

UNIVERSITÀ' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

FACOLTÀ DI ECONOMIA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

**DOTTORATO IN "DIRITTO PRIVATO DELL'ECONOMIA"
*CICLO XXII°***

**"LA NUOVA DISCIPLINA DELLA REVOCATORIA FALLIMENTARE E LA TEORIA
DELL'INFORMAZIONE".**

Tutor: Chiarissimo Professor Ermanno Bocchini.

Dottorando: Dottor Ferdinando Tozzi

Sommario

Capitolo I^) La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza.

1. Inquadramento metodologico della ricerca e programma di indagine. *P. 4*
2. La revocatoria ordinaria, differenze con la revocatoria fallimentare. *P. 6*
3. La revocatoria fallimentare nell'evoluzione delle tesi monistica e dualistica nonché indennitaria ed antindennitaria. Dottrina e Giurisprudenza. *P. 12*
4. I presupposti oggettivi. *P.24*
5. I presupposti soggettivi. L'informazione come l'elemento fondante l'azione revocatoria. *P. 34*

Capitolo II^) La teoria economica dell'informazione.

1. La crisi dell'impresa e la necessità di informazione. *P. 50*
2. Lo Statuto dell'Informazione. Connessione tra dovere di agire in modo informato e dovere di diligenza. Informazione e Autoresponsabilità. Limiti all'affidamento e buona fede. *P. 55*
3. *Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* - L'informazione quale "mano invisibile" del mercato.
Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation - Le Asimmetrie informative quali causa determinante il fallimento del mercato (le teorie di Arrow e Stiglitz). Lo studio di Akerlof sul c.d. mercato dei "limoni". *P. 77*

Capitolo III[^]) La nuova disciplina revocatoria fallimentare e la teoria dell'informazione.

1. La nuova disciplina della revocatoria Fallimentare. *P. 96*

- 1.1 Introduzione sulla riforma della Legge Fallimentare.
- 1.2 Differenza tra atti di gestione: atti normali ed atti anormali.
- 1.3 Alcune tendenze della riforma.
- 1.4 Prime conclusioni.

2. Criticità della riforma. *P. 112*

- 2.1 il percorso del legislatore tra teoria indennitaria ed antindennitaria. Prime anticipazioni.
- 2.2 Termini per l'esercizio delle procedure concorsuali.
- 2.3 Il "nuovo" articolo 67 L.F. .
- 2.4 Natura giuridica della revocatoria fallimentare alla luce della riforma: il danno e l'informazione.
- 2.5 La Giurisprudenza di legittimità.
- 2.6 Punti critici della riforma.
- 2.7 Tutela dei creditori nelle situazioni di crisi dell'impresa.
- 2.8 Revocatoria fallimentare e crisi dell'impresa. Ancora sulla tutela dei creditori.

3. La teoria dell'informazione nella "nuova" revocatoria fallimentare. *P. 149*

- 3.1 Dal danno all'informazione.
 - 3.2 Il ruolo economico dello Stato.
 - 3.3 Conoscenza dello stato di insolvenza e responsabilità. 3.3 bis. Conoscenza o conoscibilità?
- Conclusioni

4. Prospettive comparatistiche. Gli Stati Uniti d'America. *P. 167*

Capitolo I

La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza.

§ 1. Inquadramento metodologico della ricerca e programma di indagine.

Oggetto del presente lavoro è il tema della revocatoria fallimentare analizzata sotto il profilo dell'informazione.

Il metodo di ricerca¹ seguendo un recente ed innovativo filone dottrinario² parte dal presupposto che il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee. Il processo informativo è l'asse portante per un mercato tendenzialmente equilibrato e simmetrico. La revocatoria fallimentare è uno degli strumenti volti a garantire tale simmetria.

¹ In tema si veda E. Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Cedam, Padova, 2001, p. 5 e ss.. L'autore afferma la necessità di una rivisitazione degli istituti del Diritto Commerciale in una nuova prospettiva metodologica di studio: l'informazione e il mercato. Cfr. Stigler, *The Economics of Information*, in 69 *Journ. Pol. Ec.*, 213 (1961); Hirschfeifer, *Where We Are in the Theory of Information?* in 63 (2) *Amer. Ec. Rev.*, 31 (1973); Hirschfeife e Riley, *The Analytics of Uncertainty and Information. An Expository Survey*, in 17 *Journ. Ec. Liter.*, 1375 (1979). E' esigenza fortemente avvertita da coloro che operano sul mercato quella di avere facile disponibilità di informazioni veritiere e non contestabili su fatti e situazioni che riguardano l'impresa con la quale decidono di interessare rapporti contrattuali, ciò alla luce dei nuovi studi che inquadrano il diritto commerciale nell'ottica dell'informazione e del mercato. Tutte le decisioni economiche sono di fatto caratterizzate dalla presenza di informazioni, si sviluppano, dunque, in condizioni di incertezza ed avvengono nel tempo. La scienza economica risulta essere qualificata dagli elementi del tempo, dell'informazione e dell'incertezza. L'informazione è sinonimo di progresso tecnologico. In un sistema economico la presenza simultanea di informazione e avanzamento tecnologico crea fenomeni di esternalità di rete che evidenziano alcuni effetti prima stimati come secondari. Tuttavia il progresso tecnologico non comporta, come corollario, una equa distribuzione delle differenze informative e condizioni di inefficienza continuano a caratterizzare il sistema economico. L'informazione relativa all'andamento dell'impresa e alle sue prospettive future non risulta essere distribuita in maniera uniforme tra insiders e outsiders, comportando una asimmetria informativa a favore dei primi. Ne consegue che, nell'impossibilità di sapere con precisione le caratteristiche dello strumento finanziario oggetto dell'acquisto, l'agente economico è naturalmente spinto a diminuire il corrispettivo in misura equivalente alla probabilità che le informazioni ricevute risultino inesatte. La presenza di asimmetrie informative non necessita ineluttabilmente dell'intervento correttivo del diritto, prospettandosi vari rimedi che si rintracciano nelle dinamiche del mercato. La disciplina della informazione si apprezza sia nell'imposizione di specifici obblighi di comunicazione al pubblico sia nella previsione di sanzioni nel caso di falsa od omessa informazione. In assenza di un modello ottimale che consenta di risolvere il problema delle asimmetrie informative, appare opportuna una soluzione orientata verso una pluralità di risposte secondo un modello in cui i singoli rimedi svolgono una funzione complementare. Si veda altresì M.J. Novak e Mc Cabe, *Information Costs and the Role of the Independent Corporate Director*, in *Corp. Gov. Eur. Rev.*, 2003, 301; Onado, *Mercati e intermediari finanziari-economia e regolamentazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, 14. In tema Ziliotti, *L'economia dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 3. Le situazioni di informazione asimmetrica sono la norma nonostante la crescita delle possibilità informative dovuta alle moderne tecnologie. Si veda Easterbook-Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-London, 1991, p. 279 ss..

² Cfr. E. Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, cit., p. 39; Pavone La Rosa, *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, in *Giur. comm.*, 2007, 549; Gobbo, *La disciplina dell'informazione nei contratti di investimento: tra responsabilità (pre) contrattuale e vizi del consenso*, in *Giur. comm.*, 2007, 102; Palmieri, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, II, 2005, 513.

Il lavoro evidenzia che condizioni essenziali perché il mercato si sviluppi e perché la crisi del mercato sia gestita in modo ottimale, sono, oltre che la capacità imprenditoriale delle persone preposte alla gestione dell'azienda, anche la quantità e la qualità delle informazioni che sull'andamento della gestione e su particolari momenti della vita sociale vengono diffuse e la quantità e la qualità dei controlli che sulla gestione stessa vengono svolti.

Il lavoro dunque, in particolare, esamina l'informazione nel momento di crisi dell'impresa. La crisi dell'impresa genera sul mercato incertezza in tutti gli operatori, ancor più grave delle conseguenze finanziarie dello stato di insolvenza.

La crisi finanziaria ed economica spesso non è segnalata al mercato onde la responsabilità si traduce, strutturalmente, nella produzione di asimmetrie informative nei confronti di tutti i soggetti titolari, per l'ordinamento, di un diritto all'informazione.

Proprio laddove sarebbe ancor più essenziale un equilibrio di informazioni ed una simmetrica distribuzione delle informazioni medesime vi è invece una grave asimmetria.

Ecco la ragione fondante il presente lavoro che si propone di inquadrare l'istituto della revocatoria proprio alla luce del sistema dell'informazione nel mercato.

In particolare nel primo capitolo si procederà ad una analisi della azione revocatoria fallimentare, anche vista alla luce della azione revocatoria ordinaria, per comprenderne la ratio informatrice e per poter, fin dal principio del presente lavoro, capire se ed in che modo tale azione possa, assumendo i principi della teoria dell'informazione (dunque si illustrerà tale teoria), superare le tesi c.d. indennitaria ed antindennitaria (anche esse oggetto di analisi) e ciò anche alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza a partire dalla sentenza 7028 del marzo 2006 delle S.U. della Cassazione³.

Nel secondo capitolo si analizzerà la teoria economica dell'informazione arrivando ad illustrare in particolare i fenomeni del *moral hazard*, della *adverse selection* e della *signalation* per poi chiedersi se il perno del mercato non sia proprio l'informazione, ed in particolare l'equilibrio del mercato non si possa fondare sulla punibilità della violazione della simmetria informativa e del rispetto dei c.d. Statuti Informativi di cui si esemplifica la funzione dell'informazione nella corporate governance ed in particolare poi con il registro delle imprese quale sistema di informazioni economiche dotate di certezza pubblica.

³ Per i riferimenti si rinvia ai § successivi ove sarà meglio analizzata tale pronuncia.

Non è un refuso di chi scrive affermare che va punita la simmetria informativa, infatti superata una prima analisi della teoria dell'informazione ed entrando nello specifico di essa è possibile constatare come nella c.d. società della conoscenza il legislatore vuole punire non tanto la mancanza di informazione ma l'abuso di essa, dunque chi conoscendo (o dovendo conoscere) ha comunque operato in un determinato modo oppure, ancor più grave, ha approfittato di tale posizione di privilegio (ricordiamo, anticipando, che per Stiglitz la conoscenza è potere) ha assunto un comportamento opportunistico che va punito.

Infine il terzo capitolo analizza la "nuova" revocatoria fallimentare per comprendere se, anche alla luce delle novità introdotte dalle riforme, sia possibile sostenere che il legislatore ha accolto la teoria dell'informazione e dunque ha privilegiato il presupposto soggettivo che invero – e qui nuovamente si fa un brevissima anticipazione di conclusioni successive – anche alla luce della citata pronuncia della Cassazione del 2006 appare essere l'unico presupposto possibile.

§2. La revocatoria ordinaria, differenze con la revocatoria fallimentare.

Come anticipato, si intende ora offrire un excursus sull'evoluzione dell'istituto della revocatoria, partendo dalla disciplina del nostro Codice civile e dunque la c.d. revocatoria ordinaria ed in parallelo la revocatoria fallimentare, quest'ultima dalla sua originaria configurazione fino agli sviluppi delle teorie indennitaria ed antindennitaria⁴ per poi sfociare nella recente riforma⁵.

Invero si assume come accoglibile la teoria dell'informazione e dunque si ritiene opportuno, fin d'ora, avvisare come sia la conoscenza il vero ed unico presupposto dell'esercizio dell'azione revocatoria e questo sia per ragioni di mera analisi del dato normativo positivo (che appunto parla di conoscenza) sia per i recenti orientamenti della giurisprudenza.

Ma per poter comprendere ciò è necessario intanto analizzare la ratio informatrice l'azione revocatoria fallimentare ed anche comprendere le posizioni che, ancora di recente, hanno assunto il danno e poi (invero come mera evoluzione di tale orientamento) con una

⁴ Vedasi §3.

⁵ Vedasi Capitolo III[^].

collettivizzazione del danno medesimo hanno parlato di principio di solidarietà e di ripartizione del danno tra tutti i creditori al fine di garantire la c.d. par condicio creditorum. E' allora opportuno inquadrare nei suoi elementi essenziali l'azione revocatoria, prima di addivenire ad un approfondimento di alcune problematiche sottese all'istituto della revocatoria fallimentare.

Iniziando dall'analisi dell'azione revocatoria ordinaria, essa è disciplinata dal Codice Civile agli artt. 2901 e ss.⁶.

Tale azione ha finalità cautelare e conservativa del diritto di credito e si sostanzia nel potere, attribuito al creditore, di far dichiarare inefficaci nei suoi confronti determinati atti di disposizione sul patrimonio del debitore che arrechino pregiudizio alle sue ragioni, con la conseguenza che il bene non torna nel patrimonio del debitore, conservando l'atto la sua validità, ma resta soggetto all'aggressione del solo creditore istante nella misura necessaria a soddisfare le sue ragioni.

Funzione precipua di tale azione è di ricostituire la garanzia generica, assicurata al creditore dal patrimonio del debitore⁷, che si sospetti compromessa dall'atto di disposizione posto in essere dal debitore medesimo. Pertanto in caso di vittorioso esercizio di tale azione si determina il tipico effetto di rendere inefficace l'atto nei soli confronti del creditore che ha esperito l'azione stessa (inefficacia relativa dunque) per consentire l'eventuale azione esecutiva (volta alla realizzazione del credito) sul bene oggetto dell'atto .

Presupposti dell'azione sono:

- a) l'esistenza di un diritto di credito;
- b) l'eventus damni;
- c) la scientia damni (ed il consilium fraudis).

In merito al primo presupposto va detto che è sufficiente l'esistenza di una semplice ragione di credito, non occorrendo necessariamente un credito certo, liquido ed esigibile accertato in sede giudiziale.

Venendo all'eventus damni anzitutto è da evidenziare come non sia necessario che il debitore si trovi in stato di insolvenza essendo sufficiente che l'atto di disposizione

⁶ Sulle problematiche legate alla riforma si rinvia al primo capitolo - § terzo del presente lavoro. Va anticipato solo che, secondo alcuni l'azione revocatoria ordinaria è destinata ad assumere crescente importanza in relazione all'avvenuto depotenziamento della revocatoria fallimentare, legata alla riforma del 2006.

⁷ Vedasi quanto statuito all'art. 2740 primo comma c.c. "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri [...]".

produca pericolo o incertezza per la realizzazione del diritto del creditore in termini di una possibile o eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva. L'eventus damni ricorre anche quando si determini, semplicemente, una maggiore difficoltà ed incertezza nella esazione coattiva del credito; non è pertanto richiesta la compromissione del diritto del creditore, infatti, ad esempio, l'eventus damni può consistere anche in una variazione qualitativa come si potrebbe avere convertendo alcuni beni in altri facilmente occultabili da parte del debitore.

In merito al presupposto c.d. soggettivo, è da dire che, ove l'atto di disposizione sia successivo al sorgere del credito, è necessaria e sufficiente la consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore (appunto la scientia damni), essendo l'elemento soggettivo integrato dalla semplice conoscenza – cui va equiparata l'agevole conoscibilità – nel debitore (per atti a titolo oneroso anche nel terzo) di tale pregiudizio a prescindere dalla specifica conoscenza del credito per la cui tutela viene esperita l'azione e senza che assumano necessaria rilevanza l'intenzione del debitore di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (consilium fraudis⁸) né la partecipazione o la conoscenza da parte del terzo in ordine all'intenzione fraudolenta del debitore. Dunque basta una generica conoscenza del pregiudizio che l'atto a titolo oneroso possa arrecare alle ragioni del creditore. Non è invece necessaria la collusione tra terzo e debitore essendo sufficiente che il primo abbia la consapevolezza del fatto che il suo dante causa, già vincolato verso il creditore, mediante l'atto di disposizione riduca la garanzia patrimoniale arrecando così pregiudizio.

Ai sensi poi del successivo art. 2902 c.c.: *“il creditore ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato”* ovvero, il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria non è idoneo a determinare alcun effetto restitutorio

⁸ Ex multis vedasi Cass. Civ. 21 luglio 2006, n. 16576, Cass. 29 marzo 2007, n. 7767 in Giust. civ. Mass. 2007, 3 ove si deduce che “In tema di azione revocatoria ordinaria non è richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso. Tale rilevanza quantitativa e qualitativa dell'atto di disposizione deve essere provata dal creditore che agisce in revocatoria, mentre è onere del debitore, per sottrarsi agli effetti di tale azione, provare che il suo patrimonio residuo sia tale da soddisfare ampiamente le ragioni del creditore.”; 18 gennaio 2007, n. 1068 in Giust. civ. Mass. 2007, 1, secondo cui “In tema di azione revocatoria, la consapevolezza dell'evento dannoso da parte del terzo contraente - prevista quale condizione dell'azione dall'art. 2901, comma 1, n. 2, c.c. - consiste nella generica conoscenza del pregiudizio che l'atto posto in essere dal debitore può arrecare alle ragioni dei creditori, non essendo necessaria la collusione tra terzo e debitore; d'altra parte, il requisito della scientia damni può essere provato per presunzioni.”.

rispetto al patrimonio del disponente ne tantomeno alcun effetto traslativo in favore del creditore, comportando solo l'inefficacia relativa dell'atto di disposizione. Rilevante è anche il secondo comma del citato articolo ove si statuisce che *“Il terzo contraente, che abbia verso il debitore ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria, non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto”*. L'azione si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto di disposizione. A tale termine di prescrizione (non di decadenza), che trova applicazione anche nella revocatoria fallimentare, va applicato il principio generale secondo cui, ai sensi dell'art. 2935 c.c., il termine decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, dunque nel giorno della dichiarazione del fallimento in quanto prima non è configurabile la proposizione dell'azione revocatoria e nemmeno esiste il soggetto legittimato al suo esercizio.

Diversamente dalla revocatoria ordinaria, la revocatoria fallimentare⁹ è un'azione collettiva, che si estende a tutti gli atti che ledono il diritto alla parità dei creditori in quanto compiuti dal debitore quando già versava in stato di insolvenza.

Essa investe lo stato di insolvenza pre-fallimentare ed è diretta a ricostruire l'integrità del patrimonio del debitore per la soddisfazione della generalità dei creditori mediante il recupero dei beni usciti durante il periodo di insolvenza; periodo che, in relazione al contenuto dei singoli atti, è variamente fissato dalla legge.

La sentenza emessa in accoglimento della domanda ha carattere costitutivo, in quanto modifica ex post una situazione giuridica preesistente sia privando di effetti, nei confronti della massa fallimentare, atti che altrimenti avrebbero già efficacia, sia determinando la restituzione dei beni oggetto di revoca. Da ciò deriva anche che la massa creditoria ha un diritto potestativo rispetto al quale dunque non è configurabile l'interruzione della prescrizione a mezzo di semplice atto di costituzione in mora.

Pare opportuno valutare come i presupposti della revocatoria ordinaria (cioè la sussistenza di un diritto di credito verso il debitore, l'atto dispositivo del debitore, l'eventus damni e la scientia damni) si atteggino nell'ambito della disciplina della revocatoria fallimentare.

In merito alla sussistenza del credito, la sua importanza è relativa poiché nel fallimento la sussistenza di posizioni creditorie è presupposto pacifico e scontato dell'intera procedura.

⁹ In merito si rimanda al Capitolo III[^].

In relazione all'atto dispositivo del debitore si osserva come, a differenza dell'art. 2901 c.c., il legislatore per il fallimento ha indicato specificamente gli atti revocabili e quelli esenti. L'eventus damni invece pone una serie di problematiche legate all'adesione alle teorie indennitaria ed antindennitaria¹⁰. Volendo, seppur sommariamente, anticipare tali orientamenti è da evidenziare come si vada dall'opinione – di cui alla cd. teoria indennitaria - in base alla quale il danno costituisce un presupposto della revocatoria fallimentare alla stregua della pauliana; all'opinione - della tesi cd. antindennitaria o redistributiva – che l'elemento del danno non può essere considerato un presupposto dell'azione in esame. Infine vi è chi nega addirittura che il danno sia un presupposto della revocatoria fallimentare essendo invece detta azione volta a ripartire, in modo paritario, tra la collettività dei creditori la perdita.

E' fin d'ora opportuno anticipare¹¹ come il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria fallimentare caratterizzi tale azione in quanto, mentre nell'azione ordinaria il comportamento soggettivo del debitore acquista rilevanza dominante rispetto alla posizione soggettiva del terzo, nella revocatoria fallimentare le posizioni sono invertite e cioè la situazione soggettiva del debitore è irrilevante mentre l'unico stato soggettivo che rileva è quello del terzo. Detto stato si atteggia come conoscenza dell'insolvenza (*scientia decoctionis*) del soggetto poi fallito e cioè come conoscenza dell'incapacità del debitore di adempiere regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni.

Dunque, come si vedrà meglio nel prosieguo del presente lavoro, l'informazione e la conoscenza svolgono un ruolo essenziale soprattutto volto a garantire un equilibrio del mercato e del sistema economico ad esso sotteso.

Benché siano azioni dirette entrambe a tutelare i creditori nei confronti di atti di disposizione pregiudizievoli delle loro ragioni, i principali elementi che differenziano la revocatoria fallimentare da quella ordinaria risiedono nella disciplina dei presupposti soggettivi e nel relativo regime probatorio, nella legittimazione all'esercizio dell'azione medesima (poiché la prima può essere proposta anche anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, mentre la seconda può essere invece esperita soltanto in virtù ed a seguito della dichiarazione di fallimento) oltre che rispetto alla *vexata quaestio* del danno¹².

¹⁰ In proposito si rimanda ai successivi § del presente Capitolo I^.

¹¹ In proposito si rimanda al § 5 del presente Capitolo I^.

¹² Vedasi i successivi § del Capitolo I^.

Punto di contatto tra le due azioni revocatorie, che spinge a ipotizzare un rapporto di *species a genus*, è l'art. 66 L.F. che dispone poi come: “*il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori secondo le norme del codice civile. L'azione si propone dinanzi al Tribunale fallimentare sia in confronto del contraente immediato, sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi in cui sia proponibile contro costoro*”. Dunque la legge fallimentare consente che l'azione ordinaria possa essere esperita anche in sede fallimentare e secondo la disciplina codicistica.

Infatti, il curatore può avere interesse a promuovere l'azione revocatoria ordinaria quando non ricorrono i presupposti della fallimentare; ciò non evita che comunque la revocatoria ordinaria in sede fallimentare non subisca dei mutamenti nei presupposti sostanziali e processuali nonché negli effetti: basti pensare che la competenza è del Tribunale Fallimentare, la legittimazione attiva del solo curatore, in merito al danno – come si vedrà approfonditamente nel prosieguo del presente lavoro – ci si deve chiedere se possa essere configurato alla stessa stregua; per gli effetti il terzo che ha subito la revocatoria fallimentare può partecipare al concorso facendo valere nel passivo le sue ragioni creditorie.

Le azioni revocatorie, ordinaria e fallimentare, sono dunque diverse anche per il profilo della *causa petendi*; pertanto non è possibile il passaggio dall'una all'altra azione pena la violazione del principio del divieto di *mutatio libelli*; è invece ammissibile il cumulo delle due azioni quando la fattispecie concreta presenti delle peculiarità tali per cui è conveniente proporle entrambe; peraltro il curatore può proporre l'azione revocatoria ordinaria anche per gli atti compiuti nel periodo sospetto e per i quali potrebbe essere promossa la revocatoria fallimentare.

Ancora, è da evidenziare come la revocatoria fallimentare – ai sensi dell'art. 67 della L.F. – riguarda gli atti a titolo oneroso (per quelli a titolo gratuito vi è l'articolo 64); inoltre essa non ha alcuna previsione specifica in merito all'atteggiamento psicologico del debitore ed in merito al terzo richiede che questi sia a conoscenza dello stato di insolvenza, differenziando il relativo onere probatorio in base alla tipologia di atti sintomatici o asintomatici (cioè normali).

L'art. 67 poi non parla di “pregiudizio” alle ragioni del creditore, come fa l'art. 2901 c.c. ed inoltre la legge fallimentare subordina l'esperibilità dell'azione ad un limite temporale determinato.

Va infine anticipato come, sui rapporti tra le due azioni, si siano delineate due teorie¹³: la monistica, che ritiene come le due azioni, pur nella diversità dei presupposti, rientrino nella stessa categoria giuridica in un rapporto di species a genus; la teoria dualistica che, al contrario, sostiene trattarsi di due azioni completamente diverse sia nella struttura che nelle funzioni in quanto il fine preminente della fallimentare è di ripristinare la par condicio creditorum violata dall'atto di disposizione del debitore fallito. Tale disputa trova, appunto, il suo culmine quando si discute dell'elemento oggettivo e cioè se nella fallimentare il pregiudizio costituisca o meno presupposto dell'azione. Non vi è infatti unanimità di vedute in merito al se debba essere ritenuto, anche per la revocatoria fallimentare, sussistente il presupposto del danno così come nell'ordinaria. Proprio sul danno si sono delineate le due teorie - "figlie" delle posizioni monastiche e dualistiche - indennitaria ed antindennitaria, le quali, rispettivamente, inquadrano il danno come un presupposto dell'azione (così come nella revocatoria ordinaria) o come un elemento che non è presupposto dell'azione medesima¹⁴.

§ 3. La revocatoria fallimentare nell'evoluzione delle tesi monistica e dualistica nonché indennitaria ed antindennitaria.

Continuando nell'analisi evolutiva della revocatoria, è da evidenziare come la revocatoria fallimentare, disciplinata dall'articolo 67 del R.D. n. 267/1942, presenta alcune differenze, come si è sottolineato nel precedente paragrafo, rispetto all'azione ordinaria o pauliana di cui all'art. 2901 del codice civile: anche una lettura poco attenta permette di comprendere che si è in presenza di un complesso di disposizioni dal contenuto meno articolato rispetto alla regolamentazione della revocatoria ordinaria.

Tale considerazione ha dato vita, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, ad un ampio ed estenuante dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, incentrato sulla

¹³ Vedasi i successivi § del Capitolo I^.

¹⁴ Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970. Peraltro, Alla luce di tutto quanto fin qui dedotto, appaiono chiare le notevoli differenze o comunque le peculiarità distintive delle due azioni; certo più marcate se si aderisce alla tesi antindennitaria. Ove lo scopo della revocatoria non risiederebbe più nel dover riparare al danno subito dal creditore bensì rispettare il principio della par condicio creditorum, che al primo manifestarsi dell'insolvenza provoca l'indisponibilità relativa del patrimonio dell'imprenditore e la revocabilità degli atti di disposizione del suo patrimonio, così che delle due funzioni che si possono attribuire alla revocatoria fallimentare (preventiva e redistributiva), sarebbe privilegiata la seconda.

possibile estensione analogica delle disposizioni del codice civile in materia di revocatoria ordinaria alle corrispondenti previsioni della legge fallimentare dove lacunose e, conseguentemente, su una eventuale affinità tra le due tipologie di azioni tale da giustificare questo procedimento di applicazione analogica.

E' evidente che la risposta al suddetto interrogativo ha condotto gli autorevoli autori che si sono occupati di questa tematica a studiare la natura e la funzione di questo istituto e a porsi il problema se le due azioni fossero unitarie, quindi legate da un rapporto di *species* a *genus*, ovvero differenti.

In merito hanno preso vita due scuole di pensiero, di cui la prima, cd. teoria monistica, afferma l'identità di natura delle due azioni, viceversa, la seconda, cd. teoria dualistica, ne sostiene l'assoluta diversità.

Entrambe le tesi cercano di cogliere la *ratio legis* sita alla base della normativa in esame, giungendo a soluzioni interpretative diametralmente opposte.

La tesi monistica afferma che le due azioni rientrano nella stessa categoria giuridica nonostante abbiano presupposti diversi, ponendosi in un rapporto di genere a specie; i sostenitori della citata teoria partono dal dato normativo di cui all'art. 2904 c.c.¹⁵ ed osservano che *“la salvezza fatta dalla legge implica che l'azione revocatoria in materia fallimentare rientri nella figura generale della revocatoria, non avendo senso se si trattasse di istituto affatto diverso; essa vuole essere un avvertimento all'interprete che si hanno bensì delle modifiche, ma le stesse non incidono sul profilo essenziale dell'istituto. Questo significa che anche la revocatoria fallimentare vuole rappresentare una difesa dei creditori contro gli atti compiuti dal debitore in frode delle loro ragioni e che il mezzo tecnico per neutralizzare il pregiudizio consiste nella dichiarazione di inefficacia. Il che trova conferma sia nella rubrica della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare, contenente le norme in parola, sia nella circostanza che nella revocatoria fallimentare si parli assieme alla revocatoria ordinaria e subito dopo di essa”*¹⁶.

Come si accennava la teoria dualistica sostiene, invece, che si è in presenza di due azioni completamente diverse sia nella struttura che nella funzione, poiché il fine sotteso alla

¹⁵ In base a questo articolo *“Sono salve le disposizioni dell'azione revocatoria in materia fallimentare”*.

¹⁶ Così testualmente F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 423. Negli stessi termini G. Ragusa Maggiore, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, p. 12; M. Libertini, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. Comm.*, 1977, I, p. 84 ss.; Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori Parte generale*, in *Comm. Scialoja-Brancati*, Bologna, 1993, p. 52 ss.

revocatoria fallimentare sarebbe quello di ripristinare la *par condicio creditorum* violata proprio dall'atto di disposizione commesso dal debitore prima di fallire¹⁷.

Va in ogni caso precisato che questa accesa disputa dottrina ha assunto rilevanza soprattutto in relazione all'elemento oggettivo della revocatoria fallimentare, ossia all'elemento del danno¹⁸, dal momento che i medesimi autori che si sono occupati di studiare le differenze esistenti tra revocatoria ordinaria e fallimentare hanno formato due ulteriori filoni teorici: più precisamente i sostenitori dell'unitarietà dell'azione revocatoria appoggiano la cd. teoria indennitaria, in base alla quale il danno costituisce un presupposto della revocatoria fallimentare alla stregua della pauliana; viceversa, ad avviso della tesi cd. antindennitaria o redistributiva l'elemento del danno non può essere considerato un presupposto dell'azione in esame.

La problematica prende le mosse dal dato testuale dell'art. 67 della legge fallimentare, il quale non fa riferimento al pregiudizio, a differenza dell'art. 2901 c.c. per la revocatoria ordinaria, e, conseguentemente, non vi è alcun richiamo al danno subito dai creditori. Pertanto, gli studiosi che hanno aderito alla tesi indennitaria si sono trovati nella situazione di dover spiegare in cosa consistesse il danno e, se esso sia presunto *iuris et de iure* o semplicemente *iuris tantum*.

Secondo un autorevole sostenitore della teoria indennitaria, l'elemento del pregiudizio non si ricava direttamente dagli effetti dell'atto, bensì in via presuntiva dallo stato di insolvenza in cui si trovava il debitore al momento in cui l'ha compiuto¹⁹; dal punto di vista pratico queste affermazioni darebbero la possibilità al convenuto in revocatoria di provare che l'atto non ha causato pregiudizio, inoltre il danno andrebbe valutato al momento in cui è stato compiuto, tenendo presente la necessità di un nesso causale fra atto e danno ed, infine, il pregiudizio si dovrebbe valutare con riferimento alla situazione del concorso dei creditori poiché vi è danno non solo quando ciascun creditore riceve di meno, ma anche

¹⁷ Con riferimento a questa tesi si vedano ad esempio G. Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. Dir. civ.*, 1963, I, p. 511 ss., il quale sostiene che “*il fondamento della revocatoria fallimentare non è nella frode e nell'eventus damni, bensì nella violazione del principio della par condicio*”; Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 151 ss. che individua la *ratio* della revocatoria in una funzione repressiva, consistente, attraverso il meccanismo della retrodatazione, nel creare una sorta di cordone sanitario intorno all'imprenditore insolvente per accelerarne il fallimento, impedendogli quindi di continuare a disporre del proprio patrimonio proprio per mezzo della sanzione della revocatoria, e una funzione redistributiva, ossia la ripartizione del danno sociale fra una più ampia categoria di soggetti.

¹⁸ Per una trattazione più approfondita di questo presupposto si rinvia al paragrafo seguente.

¹⁹ Così F. Ferrara, *Il fallimento*, cit., p. 412 e 430 ss. In questo modo si viene a creare un'equivalenza sul piano normativo fra stato di insolvenza ed esistenza del pregiudizio, ed in forza di tale equivalenza l'azione revocatoria verrebbe ad incentrarsi sul primo.

per il solo fatto che un creditore venga a ricevere di più violando così il principio della *par condicio*.

L'opinione appena riportata è stata, però, oggetto di un'obiezione, secondo la quale *“questa costruzione è in contrasto con un dato testuale, e cioè con l'irrilevanza della conoscenza, nel terzo avente causa a titolo oneroso dal fallito, del nesso di causalità tra atto e pregiudizio”, dalla quale deriva “necessariamente l'irrilevanza, sul piano obiettivo, del danno arrecato dall'atto al momento del suo compimento”*²⁰.

Relativamente a questo aspetto una parte della dottrina, rendendosi conto di tali difficoltà, ha cercato di oggettivare il più possibile la tesi indennitaria cercando di prescindere dal profilo del nesso causale; si è pertanto ricollegato il pregiudizio allo stato di insolvenza dell'imprenditore fallito, attraverso il ricorso alla presunzione *iuris et de iure*²¹. Contro tale teoria è stato rilevato che la suddetta presunzione assoluta è foriera di incongruenze, poiché se il danno costituisce presupposto della revocatoria fallimentare il legislatore non dovrebbe considerare inammissibile la prova della mancanza dello stesso²².

In seguito si è assistito al tentativo di riformulare la tesi indennitaria, ma questa operazione non l'ha comunque resa immune dalle medesime critiche.

In particolare si è sostenuto che il presupposto oggettivo della revocatoria è costituito dall'idoneità dell'atto di arrecare danno ai creditori, aspetto che va valutato *ex ante* e non in base agli effetti realmente prodotti: ad esempio, nei pagamenti l'atto deve essere astrattamente idoneo ad arrecare pregiudizio alla massa, e questo profilo sarebbe valutabile solo attraverso un'analisi di carattere funzionale di tutta la fattispecie, quindi con un'indagine del vero contenuto economico dell'operazione impugnata²³. In merito le critiche ripropongono il problema di fondo di tutte le tesi indennitarie, e cioè se sia necessario o no provare il nesso causale: da un lato l'autore nega la necessità di provare il nesso causale, dall'altra ammette che *“ciò non esclude una residua rilevanza del danno tra i presupposti dell'impugnativa”*²⁴.

²⁰ Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, cit., p. 141 ss.

²¹ De Martini, *Il patrimonio del debitore*, Milano, 1956, p.330 afferma che *“L'atto è perciò inefficace perché l'insolvenza c'era effettivamente al momento in cui fu compiuto, e non può farsi la prova che non ci fosse. Si chiami questa prova presunzione assoluta, oppure preferibilmente limitazione (anzi esclusione) di prova, è certo che la sua rilevanza si esaurisce sul piano probatorio, senza estendersi ai presupposti sostanziali dell'inefficacia, che rimangono impregiudicati e sulla stessa linea di quelli della revocatoria ordinaria”*.

²² Maffei Alberti, *op. cit.*, p. 144.

²³ Terranova, *op. cit.*, p. 136 ss. 159 ss.

²⁴ Cfr. Terranova, *op. cit.*, p. 119-121 ss. Si veda altresì G. Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare: profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, CEDAM Milano 2006, il quale sostiene la contraddittorietà della teoria proposta dal Terranova, dal momento che non si comprende come, una volta che si assume che per valutare la dannosità

Sempre nell'ambito della tesi indennitaria, vi è stato chi ha spostato il problema dal danno all'interesse ad agire²⁵, ma anche a tale tesi non sono state risparmiate critiche; infatti, se è lo stato d'insolvenza a determinare la revocabilità dell'atto, a prescindere da ogni rapporto di causalità tra atto e insolvenza, l'interesse ad agire mancherà solo quando, al momento dell'esercizio dell'azione revocatoria, non esista più l'insolvenza. Tutt'al più mancherebbe l'interesse all'esercizio dell'azione revocatoria quando la massa dei creditori non ricevesse alcun vantaggio dall'accoglimento dell'azione²⁶.

Passando ad esaminare la cd. tesi antindennitaria, alcuni autori hanno tentato viceversa di svincolarsi dall'elemento del danno come presupposto oggettivo dell'azione.

L'aspetto che accomuna i sostenitori della suddetta dottrina è sicuramente il fatto che tutti adottano come punto di partenza della loro riflessione il dato normativo, rilevando come nella legge fallimentare non vi sia traccia dell'*eventus damni* e, come il richiamo a tale elemento possa essere fatto solo prescindendo dalle norme specifiche e quindi attraverso elaborazioni interpretative.

Si è sostenuto che il principio fondamentale della revocatoria fallimentare è lo stesso che ispira, in altri ordinamenti, la retrodatazione del fallimento al manifestarsi dell'insolvenza, ed è l'esigenza di tutelare i terzi di buona fede e il condizionare l'inefficacia dell'atto alla conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza. Conseguentemente, l'*eventus damni* e la frode sarebbero elementi estranei alla revocatoria fallimentare, pertanto anche il ritenere che essi siano presunti significa voler introdurre a tutti i costi per analogie elementi che non si inquadrano con tale istituto.

occorre un'analisi di carattere funzionale di tutte le fattispecie, sia possibile, poi, valutare il danno *ex ante* e cioè in base agli effetti realmente prodotti. In particolare la lampante contraddittorietà si evince dall'esempio riportato in materia di irrevocabilità delle prestazioni di lavoro. Se si afferma che il contratto di lavoro stipulato per sopperire ad oggettive esigenze di gestione del patrimonio o dell'impresa è in astratto revocabile, ma non lo è in concreto, è perché si valuta in prospettiva l'effetto dell'atto dispositivo, cioè si dinamizza la valutazione del danno nel senso che la revocatoria o meno di un atto è fatta dipendere dagli effetti in concreto prodotti. Ma se così è, non si comprende perché, quando si tratta di quantificare il danno, lo si debba valutare *ex ante* al momento della stipulazione, instaurando così una valutazione a senso unico. Infatti, se l'atto si è rivelato dannoso lo si guarda *ex ante*, se invece ha prodotto effetti positivi lo si valuta *ex post*.

²⁵ S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 209 e 229, nota 41 afferma che "ciò che viene in considerazione nel fallimento è che l'atto del debitore è stato compiuto quando egli era insolvente: non già dunque l'atto è revocabile perché ha reso il debitore insolvente. La causalità dell'atto rispetto al pregiudizio, e quindi la soggettiva condizione del debitore (consapevolezza del pregiudizio) è del tutto irrilevante: il pregiudizio può solo acquistare rilevanza sotto un profilo obiettivo e negativo, nel senso che non si potrebbe, anche nel fallimento, revocare un atto se non avesse arrecato pregiudizio, ma anzi si fosse risolto in un vantaggio per i creditori", e "l'elemento del danno entra in considerazione sotto il profilo dell'interesse, come per ogni altra azione..".

²⁶ Maffei Alberti, *op. cit.*, p. 142 ribadisce in conclusione che "Non è quindi ai risultati dell'atto impugnato che occorre aver riguardo per determinare l'interesse ad agire, ma ai risultati della revoca dell'atto impugnato".

L'intuizione più degna di nota in materia è stata l'affermazione in base alla quale l'atto sarebbe revocabile anche qualora sia possibile al terzo dimostrare l'inesistenza della frode e del pregiudizio per la massa, perché il fondamento della revocatoria fallimentare sarebbe ravvisabile non nella frode o nell'*eventus damni*, bensì nella violazione del principio della *par condicio creditorum*²⁷.

Proseguendo nell'analisi si sottolinea che il sostenitore più radicale della mancanza del danno nella revocatoria fallimentare ha individuato nella medesima il fine di ripartire la perdita normalmente derivante dall'insolvenza accertata dalla sentenza dichiarativa di fallimento, non solo tra i creditori esistenti al momento della sentenza, ma tra una collettività più ampia, che comprende anche coloro che hanno avuto causa dal fallito prima del fallimento. Inoltre, egli afferma che l'esigenza dalla quale nasce l'istituto è quella di una collettivizzazione della perdita, in modo da rendere meno gravosa, attraverso una redistribuzione all'interno di una determinata collettività, una conseguenza negativa, ossia l'insolvenza, che non discende necessariamente dal pregiudizio arrecato dagli atti revocabili, ma può essere legata a circostanze del tutto estranee, come ad esempio, la non competitività dell'impresa, un improvviso cambiamento di gusti dei consumatori ecc..²⁸.

Infine, questo autore aggiunge che tale interpretazione della revocatoria "*finisce per costituire anche uno strumento atto a premere sui creditori (e, in genere, sui terzi coi quali l'insolvente deve entrare in rapporto per la continuazione dell'attività d'impresa), perché impediscano essi stessi la continuazione dell'attività all'imprenditore insolvente*".

Dal punto di vista delle conseguenze pratiche dell'impostazione riportata si può affermare che, oltre alla mancanza, nel novero dei presupposti, del danno causato dall'atto impugnato, possono essere assoggettati a revocatoria fallimentare anche atti che non hanno causato pregiudizio o addirittura che hanno portato ad un incremento del patrimonio del fallito e infine, che il credito del terzo, che per effetto della sentenza di revoca abbia restituito il bene oggetto dell'atto impugnato, è sempre un credito pecuniario pari al valore del bene che il terzo è stato costretto a restituire²⁹.

²⁷ Cfr. per tale tesi vedasi ex multis G. Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, op. cit., p. 511 ss.; R. De Cata, *Azione revocatoria fallimentare ed elementi presuntivi*. - *Contratti* (I) 1993, II, 410; G. Fauceglia, *La revocatoria fallimentare tra sanzione e tutela della "par condicio"* in *Dir. fall.* 2003, I, 1215.

²⁸ Maffei Alberti, op. cit., p. 151 ss.

²⁹ Maffei Alberti, *La funzione della revocatoria fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 1976, I, p. 362 ss.

Per quanto riguarda il problema politico della crisi dell'impresa, l'autore ritiene che la prosecuzione dell'attività dell'impresa in crisi vada vista come un fenomeno socialmente negativo, che è opportuno ostacolare anche attraverso idonee soluzioni giuridico-interpretative; nell'economia l'insolvenza è causata da fattori complessi e variabili, e non è normalmente imputabile al carattere pregiudizievole di singoli comportamenti tenuti dall'imprenditore: per questo motivo si accentuerebbe l'esigenza di realizzare una parità di trattamento tra i soggetti che hanno coscientemente intrattenuto rapporti con un imprenditore insolvente.

Conseguentemente, l'interpretazione antindennitaria consentirebbe, sul piano redistributivo, un'estensione degli effetti dannosi dell'insolvenza, rispondente ad una visione moderna delle cause dell'insolvenza medesima.

Viceversa, la teoria indennitaria risponderebbe ad una visione superata del problema dell'insolvenza: tenderebbe a privilegiare una visione individuale del problema rispetto ad una visione collettiva.

Non sono mancate critiche relativamente alle considerazioni accennate. Uno studioso in particolare ha aspramente criticato gli assunti che precedono, manifestando un certo scetticismo in ordine alla rispondenza della tesi redistributiva ad una visione moderna della crisi d'impresa; inoltre l'obiezione ha riguardato la mancata coerenza delle stesse valutazioni, soprattutto riguardo alla soluzione per cui il terzo revocato può insinuare al passivo, ex art. 71 della legge fallimentare, un credito pecuniario commisurato al valore del bene che egli ha dovuto restituire alla massa³⁰. Relativamente a quest'ultimo aspetto, si ritiene che questa soluzione sia più vantaggiosa per il terzo revocato rispetto all'altra, tradizionale, secondo cui il credito ex art. 71 è un credito alla restituzione delle controprestazioni già effettuate dal revocato a favore del fallito: essa, dunque, in qualche

³⁰ La critica è di M. Libertini, in *Sulla funzione della revocatoria fallimentare*, cit., 97 ss. Egli sostiene che Maffei Alberti dimostra una scarsa sensibilità verso l'intero problema della riorganizzazione dell'impresa e del ripristino della solvibilità. “ Sintomatico di questo atteggiamento mi sembra il fatto che l'intera problematica venga descritta riduttivamente, en passant, come un progressivo passaggio da un sistema di collettivizzazione parziale delle perdite derivanti dall'insolvenza, qual è propria della disciplina fallimentare, ad un sistema di collettivizzazione totale, attuata attraverso l'intervento di enti di gestione ed il conseguente trasferimento delle passività delle imprese insolventi allo Stato e quindi all'intera collettività nazionale. Questa descrizione è parziale sotto due profili. In primo luogo perché riduce il problema politico della riorganizzazione dell'impresa in crisi alla tecnica del salvataggio da parte delle partecipazioni statali, che è stata praticata più volte nell'esperienza italiana. In secondo luogo perché trascura il salto di qualità presente nel passaggio dalla collettivizzazione parziale del fallimento alla collettivizzazione totale degli interventi di conservazione dell'impresa; passaggio che implica scelte diverse di politica economica (tendenti rispettivamente a favorire la dissoluzione o la conservazione-riorganizzazione dell'impresa in crisi) e si collega a modi profondamente diversi di intendere la funzione preventiva della r.f. (che anzi, nell'ipotesi del salvataggio puro e semplice, ricordata da M.A., non ha più spazio alcuno”.

misura attenua gli effetti della revoca e quindi il rischio economico ad essa legato, e pertanto indebolisce la funzione “preventiva” della revocatoria fallimentare come intesa da Maffei Alberti.

La discutibilità della soluzione antindennitaria è relativa al fatto che si attenuano i rischi della revocatoria fallimentare soprattutto a favore di quei terzi che abbiano profittato della situazione di insolvenza dell'imprenditore: ad esempio, gli acquirenti a titolo gratuito e coloro che abbiano acquistato beni ad un prezzo inferiore al valore effettivo.

La tesi di Maffei Alberti, quindi, costituirebbe un incentivo al compimento di operazioni strettamente speculative, e sotto il profilo redistributivo suscita alcuni dubbi, poiché vuole tutelare i creditori concorsuali, distribuendo la perdita tra un'ampia cerchia di soggetti, ma al tempo stesso aggrava la massa passiva del peso dei crediti derivanti da alienazioni a prezzo vile compiute dal debitore nel periodo sospetto. In conclusione si afferma che il criterio indennitario condurrebbe a risultati più equi perché tiene conto delle disparità delle situazioni esistenti: aggrava le conseguenze della revoca con riguardo agli atti tipicamente fraudolenti (vendite sotto costo ecc.), svolgendo rispetto ad essi un'efficace funzione preventiva; contemporaneamente attenua gli ostacoli alla circolazione che sorgono dalla disciplina della revocatoria³¹.

Veniamo ora al panorama offerto dalla giurisprudenza.

Nel corso del tempo i giudici hanno oscillato tra la tesi monistica e dualistica, quindi tra tesi indennitaria e antindennitaria.

La giurisprudenza più risalente, applicando il criterio indennitario, rilevava che la funzione della revocatoria fallimentare fosse quella di reintegrare la garanzia patrimoniale, non tenendo presente la diversità sussistente con l'azione ordinaria, dal momento che nell'ambito di quest'ultima la lesione della garanzia patrimoniale attiene ad un danno potenziale, viceversa in materia fallimentare il danno è attuale essendosi già verificata la situazione di insolvenza³².

³¹ M. Libertini, *op. cit.*, p. 100.

³² Cfr. Cass. 3298/1971, in *Foro It.*, 1972, I, p. 2248: “L'azione revocatoria fallimentare, al pari dell'azione revocatoria ordinaria, dalla quale si differenzia per alcune facilitazioni probatorie concesse al curatore del fallimento, consistenti in una serie di presunzioni *iuris et de iure* o *iuris tantum*, in ordine all'esistenza dei presupposti, assolve la funzione di attuare la difesa dei creditori contro gli atti compiuti dal debitore in frode delle loro ragioni, tendendo a reintegrare, mediante la dichiarazione di inefficacia degli atti dispositivi del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, la garanzia patrimoniale. Pur non potendo essere esercitata, in omaggio al principio della *par condicio creditorum* che informa tutta la procedura concorsuale, dai singoli creditori del fallito, ma dovendo essere esercitata, in via esclusiva, dal curatore del fallimento, essa ha, tuttavia, la medesima natura ed i medesimi effetti della pauliana. Conseguentemente, non è un'azione di nullità o di annullamento o di risoluzione, perché l'atto revocatorio resta pienamente valido ed efficace fra le parti, ma un'azione recuperatoria o restitutoria..”.

In proposito va segnalato che, mentre la giurisprudenza di merito, seppure in isolate sentenze, aveva già da tempo affermato la diversità concettuale fra le due azioni, al contrario quella di legittimità solo di recente, è pervenuta a questa conclusione³³Di assoluto rilievo in tale direzione è la pronuncia della Cassazione del 16 settembre 1992³⁴ con cui si statuisce fra l'altro che: “Nella revocatoria fallimentare di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, prevista dall'art. 67, comma 2, l. fall., il danno della massa consiste nella pura e semplice lesione del criterio della "par condicio creditorum". Pertanto, il presupposto oggettivo della revocatoria sussiste anche quando, contestualmente o meno al pagamento, entri nel patrimonio del fallito un bene, come controprestazione, sia che tale bene venga inventariato dagli organi del fallimento sia che esso venga consumato prima della dichiarazione di fallimento (nella specie, i pagamenti riguardavano canoni di "leasing" finanziario nonché il prezzo finale di riscatto del bene, il quale era stato inventariato dal fallimento e venduto ad un prezzo superiore a quello di riscatto, ma inferiore all'importo dei pagamenti oggetto dell'azione revocatoria)”.

Peraltro già con una sentenza della Corte di Cassazione del 1991 in materia di vendita eseguita dal fallito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per pagare un suo creditore privilegiato, si afferma che l'oggettivo danno al patrimonio della parte, poi fallita, riconducibile al requisito della “notevole sproporzione” richiesto per la revoca dell'atto oneroso di disposizione da essa compiuto, costituisce elemento da inglobare nel più ampio concetto di *eventus damni* per la massa dei creditori.

Da questa considerazione emerge come l'intento del legislatore sia stato il recupero di ciò che, uscendo dal patrimonio del debitore nell'attualità di una situazione di insolvenza,

³³ Cfr. Trib. Modena, 9/3/1972, I, 2, 618 afferma che “il sistema della revocatoria fallimentare si riallaccia a quello della retrodatazione della sentenza dichiarativa di fallimento e del conseguente spossessamento del debitore alla prima manifestazione dell'insolvenza...la retroattività trova poi ovviamente limite nella necessità di tutelare i terzi di buona fede, con la conseguenza che condizione per la revoca è, per previsione normativa, la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo: solo alla stregua delle anzidette considerazioni è possibile capire, sotto l'aspetto normativo e dogmatico, come possano essere oggetto di revocatoria fallimentare i pagamenti di debiti scaduti o i pagamenti coattivi, perché è evidente che l'indisponibilità relativa del patrimonio del debitore gli impedisce di procedere a quegli adempimenti che, seppure doverosi, devono obbedire al sistema della par condicio fin dal verificarsi dello stato di insolvenza”. C.A. Torino, 10/10/1986, in *Fallimento*, 1986, p. 461, comincia ad affrancarsi dalla nozione di pregiudizio sostenendo che “Il pregiudizio per la massa nell'azione revocatoria fallimentare non consiste in uno squilibrio delle prestazioni corrispettive nell'ambito del contratto, ma nel fatto che, attraverso il rapporto impugnato, il contraente in bonis ha assunto la veste di creditore di determinate prestazioni e quindi ha conseguito l'adempimento, in tutto o in parte, con un trattamento differenziato e privilegiato rispetto a quello degli altri creditori ed in violazione, pertanto del principio della par condicio creditorum posto a base dei procedimenti concorsuali”. Infine Trib. Milano, 11/5/1992, *ivi*, 1992, 865, afferma che “ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare non è necessario fornire la prova specifica del danno che l'atto impugnato ha provocato ai creditori, potendo il pregiudizio arrecato alla massa tradursi nella mera violazione della par condicio creditorum.

³⁴ Cass. Civ. 16 settembre 1992 n. 10570 in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 8-9.

sottragga il beneficiario alla possibilità di creditore concorrente, con automatica lesione del principio della *par condicio creditorum*³⁵.

Proseguendo nell'analisi si ravvisa un vero e proprio punto di svolta nella giurisprudenza di legittimità agli inizi degli anni novanta, periodo in cui anche i giudici della Suprema Corte di Cassazione hanno iniziato a sganciarsi dal presupposto del danno nella qualificazione della revocatoria fallimentare, sostenendo che, almeno per i pagamenti, esso sia in *re ipsa*, e conseguentemente hanno iniziato a condividere la tesi redistributiva³⁶.

A conclusione di questa esposizione di orientamenti giurisprudenziali va dato spazio ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore poi fallito, ex art. 67, secondo comma, della legge fallimentare, il quale abbia poi utilizzato parte del prezzo riscosso per il pagamento di credito privilegiato (nella specie assistito da ipoteca gravante sullo stesso immobile oggetto della vendita)³⁷. Questa sentenza si inquadra all'interno del dibattito sulla natura indennitaria o distributiva dell'azione revocatoria fallimentare e, conseguentemente sulla qualificazione del presupposto oggettivo di detta azione.

³⁵ Il riferimento è a Cass. n. 9853 del 20 settembre 1991 in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 9 ove fra le altre si deduce che "Con riguardo all'azione revocatoria fallimentare prevista dal comma 2 dell'art. 67 l. fall. lo *eventus damni* è in *re ipsa*, in forza di presunzione di pregiudizio per i creditori conseguente all'atto di disposizione del patrimonio nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento". Per le successive conformi si veda la già citata Cass. n. 10570/1992, nonché 9908/1996, 1390/1999, 403/2001, 17189 del 14 novembre 2003 in Giust. civ. Mass. 2003, 11 ove si deduce che "Nella revocatoria fallimentare avente ad oggetto gli atti a titolo oneroso compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ex art. 67, comma 2, l. fall. (nella specie, una compravendita), il danno è configurato diversamente rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., in quanto, la norma, allo scopo di realizzare una più intensa tutela dei creditori in riferimento agli atti compiuti nell'imminenza della dichiarazione di fallimento, stabilisce una presunzione assoluta e legale di danno, consistente nella lesione della "*par condicio creditorum*" derivante dal compimento dell'atto, che è conseguentemente revocabile se il curatore abbia dimostrato la conoscenza dello stato di insolvenza, essendo quindi irrilevante l'inesistenza di una sproporzione tra le prestazioni".

³⁶ Ritornando a Cass. 10570/1992, nella motivazione si legge che "...Le ragioni addotte, quindi, consentono di affermare che il presupposto oggettivo della revocatoria fallimentare, e segnatamente nella revocatoria dei pagamenti, deve informarsi, non alla nozione di danno quale emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento, ma alla specialità tipica del sistema fallimentare e, come tale, uniformandosi al principio della *par condicio creditorum*, il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio, nella cui considerazione assume rilievo ciò che dal patrimonio del fallito sia uscito...". Cass. 16915/2003, in *Foro It.*, 2004, I, 410 ha stabilito che "...nell'azione revocatoria fallimentare, che concerne atti posti in essere quando già sussisteva lo stato di insolvenza, il carattere pregiudizievole dell'atto non può essere valutato in relazione alla sufficienza dell'attivo fallimentare al pagamento del passivo, poiché detta circostanza non esclude l'insolvenza, e va invece valutato in riferimento all'aggravamento dell'insolvenza, potendo consistere nella lesione della *par condicio creditorum*, ossia nella violazione delle regole di collocazione dei crediti, implicando inoltre le ipotesi di revocatoria fallimentare una presunzione di danno, cosicché grava sul convenuto in revocatoria l'onere di dimostrarne l'insussistenza". Infine Cass. 17524/2004, in *Fall.*, 2005, 221, nell'accogliere la tesi antindennitaria ha statuito che "In tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla *par condicio creditorum*, sicché è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto...".

³⁷ Sentenza S.U. 28 marzo 2006 n. 7028, in *Fallimento n. 10/2006*, 1133 ss. e in *Foro it.* 2006, 6, 1718.

Inoltre la pronuncia delle Sezioni Unite giunge all'indomani della riforma della legge fallimentare, contenuta nel cd. decreto competitività (D.L. 14 marzo 2005 n. 35) convertito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, che ha anticipato la più ampia rinnovazione dell'intera legge fallimentare avvenuta con il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5³⁸.

I giudici di legittimità, dopo aver ricostruito brevemente le suddette teorie sulla rilevanza del pregiudizio nell'azione revocatoria fallimentare, riaffermano, in linea con parte della giurisprudenza già citata, il carattere distributivo e non indennitario di tale azione. Questa conclusione permette ai giudici, in relazione al caso concreto, di ritenere assorbito il problema dell'ammissibilità di una revoca parziale della vendita di un unico bene immobile, su cui gli stessi non prendono posizione³⁹.

Al fine di sostenere la tesi redistributiva, le Sezioni Unite analizzano, innanzitutto, le differenze fra l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare.

La Cassazione evidenzia come nell'azione pauliana l'imprenditore si trovi in una situazione di insolvenza solo potenziale che necessita, quindi, della prova di un danno concreto alle ragioni dei creditori. Nella revocatoria fallimentare, invece, gli atti sono posti in essere quando l'imprenditore si trova già in stato di insolvenza.

Le Sezioni Unite, proseguono, quindi, l'analisi distinguendo il presupposto della fattispecie di cui al n. 1 dell'art. 67, legge fallimentare, da quello della fattispecie di cui al secondo comma del medesimo articolo. Nella prima ipotesi, secondo la Suprema Corte il requisito della "notevole sproporzione" implica un pregiudizio concreto alla massa dei creditori che invece manca nell'ipotesi di cui al comma secondo dove è assente tale requisito oggettivo. A giudizio della Cassazione tale diversa disciplina evidenzia come, nel comma secondo, l'intento del legislatore sia quello di approntare una tutela più decisa, che prescindendo da un danno effettivo, e che miri alla reintroduzione nel patrimonio del debitore di quanto sia uscito nell'imminenza della sua dichiarazione di fallimento.

E' solo in un'ottica di tutela del principio della *par condicio creditorum* che si può comprendere, secondo tale autorevole pronuncia, la revocabilità di atti dispositivi "normali" e di pagamenti di crediti liquidi ed esigibili. Tali atti, di cui al comma secondo dell'art. 67

³⁸ Cfr. Bonfatti – Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2006.

³⁹ Infatti la questione, sollevata con il primo motivo di ricorso, era già venuta all'esame di questa Corte ed era stata costantemente risolta nel senso che, se con una parte del prezzo sono stati soddisfatti creditori titolari di un diritto reale di garanzia sul bene venduto o assistiti da altra ragione di preferenza rispetto agli altri creditori ammessi al concorso, gli effetti restitutori della revocatoria operano solo rispetto alla parte di prezzo che non abbia ricevuto tale specifica destinazione.

della legge fallimentare, vengono, quindi, definiti nella sentenza in commento come “vietati” ribadendo la ricostruzione, proposta dalla suddetta dottrina, della presenza di un divieto di alienazione per l'imprenditore in stato di insolvenza.

Nel “periodo sospetto” si ha quindi una presunzione assoluta di lesione del suddetto principio, che prescinde da una prova del danno effettivo e della lesione di creditori privilegiati di grado poziore o pari rispetto a quello del beneficiario del pagamento.

A parere delle Sezioni Unite la prova della presenza di tali soggetti e della loro mancata soddisfazione è possibile solo nella fase finale del procedimento fallimentare, di riparto dell'attivo, e non nella fase in cui il curatore esercita l'azione revocatoria e si deve valutare il suo interesse ad agire.

La Cassazione, infine, analizza le conclusioni a cui è giunta, alla luce della suddetta riforma della legge fallimentare e dei suoi lavori preparatori. I giudici evidenziano come alle proposte di una riformulazione della norma in senso indennitario o di esclusione dalla revocatoria dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili sia seguito, invece, solo il dimezzamento del periodo sospetto (da due a un anno). Le Sezioni Unite reputano, inoltre, che le esenzioni alla revocatoria, introdotte dalla riforma, siano da qualificare come “eccezioni che confermano la regola”, tali da avvalorare implicitamente la natura redistributiva, sottesa all'art. 67 l. fall., quale risulta dalla ricostruzione datane dalla Cassazione.

Riguardo al richiamo alla riforma della revocatoria fallimentare, presente nella sentenza citata, va sottolineato come l'esigenza di una riforma fosse molto sentita, soprattutto negli ambienti imprenditoriale e creditizio, anche a seguito della suddetta interpretazione redistributiva della giurisprudenza in tema di revocabilità degli atti e dei pagamenti di cui all'art. 67 l. fall.

Parte della dottrina aveva, infatti, denunciato come tale tesi conducesse alla creazione di un dannoso “cordone sanitario” attorno all'impresa in stato di insolvenza, che veniva, quindi isolata e condannata ad un sicuro fallimento, non potendo ottenere alcun finanziamento stante il rischio revocatorio⁴⁰.

Pertanto, quindi, da tale clima antirevocatorio, il legislatore ha cercato di limitare gli effetti dell'azione revocatoria fallimentare, innanzitutto dimezzando i “periodi sospetti” di cui ai

⁴⁰ Cfr. per questo aspetto P. Menti, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Il fallimento n. 10/2006*, 1182.

commi primo e secondo dell'art. 67, i quali vengono, quindi, ridotti rispettivamente da due anni ad un anno e da un anno a sei mesi.

Il legislatore ha comunque, come evidenziato dalla dottrina e dalla sentenza in commento, mantenuto inalterata la differenziazione presente nell'articolo tra atti anormali, per cui ha specificato la "notevole sproporzione" ad "oltre un quarto", conformemente all'indirizzo giurisprudenziale, ed atti normali.

L'innovazione maggiore è, invece, costituita dall'inserimento, nel terzo comma, di un'articolata serie di esenzioni⁴¹.

Analizzando la nuova normativa è stato sottolineato, inoltre, come il legislatore non abbia risolto l'annosa questione sulla rilevanza dell'elemento oggettivo nella revocatoria fallimentare, non abbracciando nessuna delle due tesi proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Infatti, ad esempio la differenziazione fra classi di creditori, esenti o meno da revocatoria, quale risulta dal nuovo impianto dell'art. 67 l. fall., eliminando la possibilità di ridistribuire le perdite fra una collettività più ampia di creditori, contrasta, inoltre, con il principio della *par condicio creditorum*, dogma della tesi antindennitaria.

Dall'analisi fin qui condotta si comprende, infine, come il legislatore, pur non aderendo alla tesi indennitaria, non abbia avvalorato la tesi redistributiva che, invece, viene fortemente difesa e ribadita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴².

§ 4. I presupposti oggettivi.

La qualificazione del presupposto oggettivo della revocatoria fallimentare consistente nel concetto di danno è conseguente all'enucleazione delle due tesi contrapposte esistenti in dottrina, ossia le teorie indennitaria e antindennitaria o redistributiva.

⁴¹ Con riferimento alla tematica delle esenzioni si rinvia al terzo capitolo.

⁴² Cfr. N. Petrone, *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione e della Riforma della legge fallimentare*, in *Rivista del Notariato* n. 5/2006, II,

Il punto di partenza per indagare in cosa consista il concetto di danno non può esimersi dal porre l'accento innanzitutto sul dato normativo: come si è già avuto modo di precisare, nell'art. 67 non è contemplato l'elemento del pregiudizio, presente viceversa nell'art. 2901 c.c. per la revocatoria ordinaria.

Da questa premessa deriva un dato ulteriore, ossia la circostanza che il legislatore nell'art. 67 l. fall. ha previsto alcune categorie di atti pregiudizievoli ai creditori, non si è quindi in presenza di singoli atti revocabili come nell'art. 2901 c.c.

In relazione alla tesi monistica e quindi indennitaria, sostenere che il danno consiste nell'insolvenza e che quindi l'atto è revocabile se ha provocato o contribuito a provocare la detta insolvenza, significa semplificare, in modo inaccettabile, la realtà imprenditoriale e il fenomeno dell'insolvenza che spesso è determinato da complessi e variegati fenomeni economici completamente estranei alla stessa volontà e capacità dell'imprenditore⁴³; e non si risolve il problema nemmeno ricorrendo al meccanismo della presunzione *iuris tantum*, infatti in virtù dell'inversione dell'onere probatorio, la prova graverebbe sul convenuto il quale dovrebbe provare la mancanza del danno ossia la mancanza del nesso causale fra insolvenza e danno o fra l'atto e la mancata lesione della *par condicio*, e tale dimostrazione sarebbe inammissibile dal momento che l'insolvenza è uno stato che risulta già accertato con la sentenza di fallimento.

Secondo i sostenitori della tesi indennitaria, prestando attenzione alle argomentazioni addotte, la motivazione di fondo consiste nell'evitare che la revocatoria si trasformi in uno strumento di arricchimento della massa: sostanzialmente il terzo revocato e la massa devono trovarsi nella stessa situazione in cui si sarebbero trovati se l'atto non fosse stato compiuto: quindi la massa non deve avvantaggiarsi della revocatoria ed il terzo deve essere penalizzato nei limiti del danno che ha provocato⁴⁴.

⁴³ Si pensi ad esempio alle crisi dipendenti da fattori macroeconomici del tutto imprevedibili che determinano in modo improvviso ed inatteso il fallimento di aziende fino a poco tempo prima solvibili. Cfr. G. Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit.

⁴⁴ Si veda in proposito la tesi di d'Alessandro criticata da Maffei Alberti in *La funzione della revocatoria fallimentare*, cit., 365. "Egli sostiene che il credito del terzo revocato diverrebbe credito verso la massa, fondato sull'arricchimento senza causa, tutte le volte e per la parte in cui la revoca dell'atto determini un accrescimento del patrimonio del debitore rispetto alla situazione in cui il patrimonio stesso si sarebbe trovato se non fosse stato posto in essere l'atto revocato. Devo dire innanzitutto che non vedo come questa costruzione possa coesistere con l'individuazione della funzione della revocatoria fallimentare nella ripartizione di una perdita tra una più ampia collettività. Quando si sostiene che l'azione non può mai produrre l'effetto di porre la massa in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovata se l'atto revocabile non fosse stato compiuto, (e si configura appunto un credito del terzo verso la massa per la parte in cui quest'ultima si sarebbe arricchita in virtù dell'atto impugnato), ci si muove nella logica del danno causato dall'atto impugnato..".

Stante la diversità della revocatoria fallimentare rispetto a quella ordinaria, questa tesi non è accettabile, infatti oggetto di tutela in questa sede è l'intangibilità del patrimonio del debitore insolvente⁴⁵: mentre nella revocatoria ordinaria l'atto dispositivo può essere impugnato dal singolo creditore quando questi si ritenga leso nel suo diritto di credito, nella revocatoria fallimentare l'inefficacia è prevista per tutti gli atti dispositivi compiuti dal debitore in un certo periodo. La revocabilità degli atti compiuti nel periodo sospetto nel fallimento è *in re ipsa*: la legge ne ha previsto la revocabilità per il semplice e solo fatto di essere stati compiuti in un determinato periodo stabilito legislativamente. Pertanto, deve affermarsi che il danno consiste nel puro e semplice compimento dell'atto o nella lesione della *par condicio*⁴⁶, sicchè ogni prova in ordine all'*an* e al *quantum* deve ritenersi inammissibile.

Un'autorevole dottrina sostiene che dietro la lesione della parità di trattamento dei creditori si celi una realtà sostanzialmente diversa da quella che il significato letterale dell'espressione lascerebbe intendere⁴⁷.

Il concetto di *par condicio creditorum* postula, come naturale presupposto, un concorso di creditori su un determinato compendio di beni, nella fattispecie sull'intero patrimonio del debitore, e, quindi, una cristallizzazione di questo compendio, nei suoi elementi attivi e passivi, a partire da un momento determinato, che è appunto rappresentato dall'apertura del concorso. Questa cristallizzazione si ottiene togliendo al debitore la disponibilità dei beni, in modo che gli sia impedito non solo il soddisfacimento dei vecchi, ma anche la creazione di nuovi creditori.

Nel diritto vigente, il concetto in esame si attaglia perfettamente alla situazione che viene a crearsi dopo la dichiarazione di fallimento, quando, da un lato, il patrimonio viene tolto alla disponibilità del debitore, e, dall'altro, si dà a tutti i creditori, cioè a tutti coloro che erano creditori al momento della dichiarazione di fallimento, il diritto di concorrere alla distribuzione del ricavato secondo regole determinate. Non vi è alcun dubbio che i pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento siano lesivi della *par condicio*.

⁴⁵ Cfr. ad esempio Cass. 10570/1992 cit.

⁴⁶ Cfr. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, cit., 134. L'autore inoltre riporta l'opinione di Ragusa Maggiore in *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, cit., p. 160, che estende il concetto di danno, inteso come diminuzione del patrimonio del debitore, alla lesione della *par condicio* definita come aggravamento dello stato di insolvenza.

⁴⁷ Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, cit., 135.

La dichiarazione di fallimento costituisce ad un tempo sia il momento oltre il quale non è più possibile divenire creditori del fallito con diritto al concorso sul patrimonio soggetto al vincolo fallimentare, sia il momento oltre il quale non è più possibile, a chi era creditore, essere soddisfatto dal debitore con attività provenienti dallo stesso patrimonio.

La situazione è radicalmente diversa quando ci si riferisce all'inefficacia dei pagamenti eseguiti nei sei mesi (se effettuati con mezzi normali) o nell'anno (se effettuati con mezzi anormali) anteriori al fallimento⁴⁸.

Questi termini segnano bensì il momento oltre il quale non è più consentito al creditore di essere soddisfatto, ma non segnano il momento oltre il quale non è più consentito effettuare una prestazione a favore del fallito e divenirne creditore con diritto al concorso. Va quindi precisato che il concetto di parità di trattamento dei creditori copre solo una parte della situazione reale: ad esempio bisogna spiegare per quale motivo vengano sottoposti alla parità di trattamento coloro che sono diventati creditori dopo l'insorgere dell'insolvenza ed entro i termini previsti per la revocabilità dei pagamenti.

Si sottolinea che non è rilevante che l'atto compiuto dall'imprenditore commerciale insolvente sia o non svantaggioso; ciò che rileva è unicamente il fatto che l'insolvente abbia adempiuto integralmente la prestazione cui era tenuto. Per questo motivo dietro la formula "lesione della *par condicio creditorum*" emerge un principio che non può essere limitato al solo caso in cui la prestazione effettuata dall'imprenditore insolvente consista in un pagamento, ma deve essere inquadrato in una dimensione più ampia e formulato in termini più generali: l'imprenditore insolvente può obbligarsi e ricevere la prestazione a lui dovuta, mentre non può efficacemente effettuare la prestazione da lui dovuta (ad un terzo a conoscenza dello stato di insolvenza), sia o non sia dannoso l'atto da cui derivano prestazione e controprestazione⁴⁹.

Secondo questa tesi il concetto di lesione della *par condicio* e la sussunzione di tale concetto nella cornice più ampia dell'*eventus damni* non sono altro che un meccanismo per ricondurre la revocatoria fallimentare nei confini della pauliana; ciononostante, ad un'analisi più approfondita riaffiorerebbe l'irrelevanza del danno causato dall'atto⁵⁰.

⁴⁸ A seguito della riforma della legge fallimentare questi termini sono stati dimezzati: in precedenza erano rispettivamente due anni e un anno.

⁴⁹ Cfr. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, cit., 138.

⁵⁰ Si sottolinea ancora una volta che la parità di trattamento è il risultato della revocatoria, ma questo non significa che sia configurabile e rilevante una lesione della parità di trattamento al momento di compimento dell'atto.

Si ribadisce ancora una volta che l'analisi delle differenti teorie sulla rilevanza del danno nella revocatoria fallimentare, come si vedrà a breve, sono indissolubilmente legate ai criteri indennitario e redistributivo.

Secondo una prima corrente dottrinale⁵¹, perché l'atto sia revocabile occorre che esso abbia determinato il danno: occorre, in altri termini, che esista un nesso di causalità tra atto impugnato e danno, nesso da accertarsi con riferimento al momento di compimento dell'atto, e che deve ancora esistere al momento dell'esercizio dell'azione. Il requisito del danno avrebbe gli stessi lineamenti che ha nella revocatoria ordinaria, con alcune modifiche imposte dal diverso campo nel quale l'azione è chiamata ad operare, modifiche che si ridurrebbero essenzialmente a due.

Da un lato, esso ricomprenderebbe la lesione della parità di trattamento dei creditori; dall'altro, la sua esistenza verrebbe presunta con una presunzione relativa; vi sarebbe insomma un'inversione dell'onere della prova, poiché il legislatore presumerebbe che l'atto compiuto quando il debitore era insolvente sia atto pregiudizievole.

Come già si è accennato, questa costruzione è in contrasto con un dato testuale, ossia con l'irrelevanza della conoscenza, nel terzo avente causa dal fallito, del nesso di causalità tra atto e pregiudizio; nonostante si sia cercato di superare la difficoltà con l'espedito della presunzione assoluta l'ostacolo rimane inalterato.

Una seconda corrente dottrinale esclude che possa considerarsi presupposto della revocatoria fallimentare il danno causato dall'atto al momento del suo compimento, però sostiene la rilevanza, sotto il profilo dell'interesse ad agire, del danno causato dall'atto al momento dell'esercizio dell'azione revocatoria⁵².

L'atto sarebbe revocabile non perché produttivo di danno, ma perché compiuto quando il debitore era insolvente, e quindi non legittimato a compiere l'atto. Tuttavia, l'atto che non avesse arrecato danno al momento di esercizio dell'azione non sarebbe revocabile perché difetterebbe l'interesse all'esercizio dell'azione.

Secondo un autore⁵³ vi sarebbe una contraddizione nelle affermazioni che precedono; infatti, se ciò che determina la revocabilità dell'atto è l'obiettiva esistenza dello stato di insolvenza nel momento in cui l'atto è stato compiuto, a prescindere da ogni rapporto di causalità tra atto e insolvenza, l'interesse ad agire mancherà solo quando, al momento di

⁵¹ Cfr. Ferrara, *Il fallimento*, cit., 351 ss.

⁵² S. Satta, *Il diritto fallimentare*, cit., 158.

⁵³ Maffei Alberti, *op. ult. cit.*, 142.

esercizio dell'azione revocatoria, non esista più l'insolvenza. Non è quindi ai risultati dell'atto impugnato che occorre avere riguardo per determinare l'interesse ad agire, ma ai risultati della revoca dell'atto impugnato.

Una ulteriore ricostruzione sostiene che nella revocatoria fallimentare il danno è presunto con una presunzione assoluta⁵⁴.

Secondo i sostenitori di questa tesi lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale non sarebbe di per sé il fondamento della revocatoria fallimentare.

L'azione sarebbe ancora fondata, come la pauliana, sul danno arrecato dall'atto impugnato, con la particolarità che l'esistenza del danno sarebbe presunta in modo assoluto per gli atti posti in essere dal debitore insolvente.

Il legislatore presumerebbe, senza ammettere la prova contraria, che determinate categorie di atti siano sempre pregiudizievoli quando siano compiute dall'insolvente, senza che sia necessario l'accertamento del concreto pregiudizio.

Il ricorso alla presunzione assoluta per mantenere in vita il presupposto del danno non riesce a spiegare, sul piano logico, perché il legislatore dovrebbe considerare inammissibile la prova della mancanza del danno, se il danno costituisce il fondamento della revocatoria fallimentare. Sarebbe più corretto sostenere, secondo un'altra tesi⁵⁵, che è l'obiettiva esistenza dello stato di insolvenza al momento del compimento dell'atto che lo rende revocabile e che è irrilevante la causalità dell'atto rispetto al danno, anziché ricorrere all'artificiosa costruzione che vorrebbe l'atto impugnato durante lo stato di insolvenza revocabile perché presunto dannoso con una presunzione assoluta.

Un'ultima tesi ribadisce, riprendendo il discorso iniziato dal Satta, che la revocatoria fallimentare si fonda esclusivamente sull'insolvenza e che ciò che rende l'atto revocabile è l'obiettiva esistenza dello stato di insolvenza al momento del compimento dell'atto, non già il pregiudizio arrecato dall'atto⁵⁶.

Più precisamente si sostiene che l'insorgere dell'insolvenza determina l'indisponibilità del patrimonio del debitore perché possa essere attuata la *par condicio*. Dopo l'insolvenza solo il tribunale fallimentare può garantire il rispetto della *par condicio creditorum*; il fondamento della revocatoria fallimentare non andrebbe quindi ricercato nel

⁵⁴ Cfr. De Martini, *L'eventus damni nella revocatoria fallimentare*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II, 244 ss.

⁵⁵ Cfr. Maffei Alberti, *op. ult. cit.*, 145.

⁵⁶ Cfr. G. Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, cit., p. 509.

pregiudizio arrecato dall'atto ai creditori, ma nella violazione del principio della *par condicio*.

Anche questa teoria è criticabile⁵⁷.

Innanzitutto, questa tesi riesce a spiegare la revoca degli atti che si traducono in un ineguale trattamento di coloro che già erano creditori al sorgere dell'insolvenza, ma il problema del danno resta insoluto con riferimento alla revocabilità di tutti gli altri atti, ad esempio gli atti onerosi come i contratti a prestazioni corrispettive⁵⁸. In secondo luogo, anche nella disciplina degli atti che ledono la parità di trattamento di coloro che erano già creditori all'insorgenza dell'insolvenza, vi sono aspetti che il principio della *par condicio* non può giustificare. Ad esempio, se si prendono in considerazione i pagamenti effettuati con mezzi anormali e con mezzi normali, non sussiste alcun dubbio che entrambi siano diversamente sintomatici dell'insolvenza; e a ciò è perfettamente conseguente la diversa disciplina dell'onere probatorio⁵⁹, ma è altrettanto vero che i due tipi di pagamento si equivalgono quanto alla lesione della *par condicio creditorum*.

Quindi, fondando la revocatoria fallimentare sul fatto che i pagamenti compiuti durante lo stato d'insolvenza determinano la lesione della *par condicio*, non si può in alcun modo spiegare la predeterminazione di differenti periodi di rilevanza dello stato di insolvenza per atti parimenti lesivi della *par condicio*⁶⁰.

Pertanto, con riferimento all'affermazione per cui il pregiudizio può anche consistere nella semplice lesione della *par condicio* va distinta la revoca degli atti di pagamento dalla

⁵⁷ Cfr. Maffei Alberti, *op. ult. cit.*, 146 ss.

⁵⁸ Ad esempio il concetto di lesione della *par condicio* non può spiegare la revocabilità di una compravendita posta in essere nel periodo dell'insolvenza.

⁵⁹ Infatti il pagamento effettuato con mezzi anormali è rivelatore dell'insolvenza la cui conoscenza nel creditore soddisfatto viene presunta al contrario di quanto avviene per il pagamento effettuato con mezzi normali, appunto perché non è sintomatico dell'insolvenza.

⁶⁰ Cfr. Maffei Alberti, *op. ult. cit.*, 147 ss. L'autore afferma che se si configura il danno come lesione della *par condicio* i tipi di atto menzionati non possono essere parificati. Se si configura il danno come diminuzione patrimoniale, non è sufficiente la giustificazione in base alla quale il creditore potrebbe ricevere più del *debitum*. Infatti, per gli atti a titolo oneroso il legislatore ha parlato di una notevole sproporzione tra le prestazioni e, con riferimento al danno, ad una notevole diminuzione patrimoniale. Sarebbe quindi strano che con riferimento ai pagamenti, abbia previsto una semplice diminuzione patrimoniale; in questo caso rimarrebbero senza una giustificazione i diversi limiti di revocabilità dei pegni, delle anticresi e delle ipoteche, a seconda che siano costituiti per debiti scaduti o non scaduti, preesistenti o contestuali. Sempre il medesimo autore in *Funzione della revocatoria fallimentare*, *op. cit.*, 380 ss. afferma che lo stato di insolvenza in realtà è il presupposto del fallimento, non già della revocatoria fallimentare: infatti, può essere assoggettato a revocatoria fallimentare un atto compiuto da un imprenditore non insolvente e può, al contrario, non essere revocato un atto compiuto da un imprenditore insolvente (si pensi rispettivamente al pagamento anticipato di crediti che scadono dopo la dichiarazione di fallimento e ai casi in cui l'insolvenza non si identifica con l'insufficienza patrimoniale). In conclusione, per Maffei Alberti l'unico presupposto della revocatoria fallimentare sarebbe l'esistenza del fallimento e di una perdita da ripartire.

revoca degli atti di disposizione⁶¹. Nella revoca dei pagamenti, infatti, il pregiudizio nasce dal soddisfacimento preferenziale ottenuto da un creditore: tale fatto, in presenza di un attivo insufficiente a garantire l'integrale copertura dei crediti dell'insolvente, riduce in corrispondenza la quota di attivo destinata agli altri creditori, diminuendo la percentuale ed essi spettante in sede concorsuale. Per questo motivo può dirsi che il danno è *in re ipsa* e che può essere riparato ristabilendo la *par condicio* tra i creditori. Differentemente, l'autonoma previsione della revocabilità, in sede fallimentare, degli atti di disposizione, può spiegarsi solo in quanto il pregiudizio venga imputato all'intero atto; ma affinché ciò avvenga è necessario che il terzo, partecipe dell'atto di disposizione compiuto dal fallito, sia posto al di fuori della regola della *par condicio*, allo stesso modo di quanto avviene nella revocatoria ordinaria.

A questo punto va sottolineato che la problematica delineata nelle pagine precedenti, ossia se alle radici dell'azione revocatoria fallimentare stia, insieme alla conoscenza dello stato di insolvenza, il pregiudizio che la massa creditoria subisce in conseguenza di atti di disposizione e depauperamento del patrimonio dell'imprenditore insolvente senza tenere conto delle regole del concorso e senza rispettare l'ordine delle preferenze stabilito dalla legge, o se invece sia la pura violazione del principio della *par condicio creditorum* a porsi come condizione necessaria e sufficiente della revoca, è questione che ha grande impatto pratico⁶².

Infatti, accogliendo la prima tesi, si consentirebbe al terzo di evitare in tutto o in parte la revoca di atti realizzati nel periodo "sospetto", sol che egli dimostrasse che in concreto danno non vi è stato, mentre attestandosi sulla seconda, la revoca non sarebbe comunque scongiurabile.

Riprendendo brevemente l'analisi della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione già citata in precedenza⁶³, che, come si è visto ha optato per una configurazione redistributiva

⁶¹ Cfr. M. Libertini, *op. cit.*, 108 ss.

⁶² Cfr. G. Cottino, *Il danno nella revocatoria: dubbi giurisprudenziali e "certezze" legislative*, in *Giurisprudenza italiana* n. 4/2005, 740.

⁶³ Sentenza S.U. 28 marzo 2006 n. 7058. Giova qui riportare quanto segue: "L'azione revocatoria fallimentare di una vendita eseguita dal fallito nell'anno anteriore alla dichiarazione del fallimento non presuppone la dimostrazione di un danno patrimoniale, essendo sufficiente che per effetto dell'atto oggetto di revoca sia alterata la *par condicio creditorum* ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, ove il curatore provi la conoscenza dello stato- d'insolvenza da parte dell'acquirente, è irrilevante la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato".

della revocatoria fallimentare, ci si chiede se davvero essa corrisponda all'effettiva centralità della tutela della *par condicio*⁶⁴.

La critica ribadisce che la sentenza in commento ha sottovalutato le rilevanti novità apportate dalla riforma fallimentare proprio nella modulazione della *par condicio*, senza un'adeguata argomentazione critica a riguardo.

Preliminarmente va fatto cenno all'evoluzione che ha subito il concetto di "comunità dei creditori".

Originariamente essa era coerente con gli istituti fallimentari che avevano principalmente il fine di eliminare dal mercato le imprese decotte in quanto inefficienti, con la funzione di soddisfare in modo egualitario dei creditori, intesi come collettività omogenea, indipendentemente dall'articolazione delle varie categorie e dei loro interessi specifici.

Recentemente questo concetto si è ridimensionato per effetto del peso crescente assunto dall'interesse alla sopravvivenza dell'impresa.

Con la sua rete di posizioni e di interessi collegati⁶⁵, essa oggi è sostanzialmente individuabile come bene in sé, non solo dell'imprenditore: l'impresa è costituita da una serie di posizioni riconducibili a diversi soggetti, per un verso innestati in essa, per l'altro semplicemente titolari di crediti nei confronti dell'imprenditore.

A causa di tale evoluzione la nozione di *par condicio* ha conosciuto un processo di crisi, ed è sempre più chiaro come si possa parlare di solidarietà tra i creditori soltanto nel senso minimo della comunanza di interesse alla miglior liquidazione del patrimonio del debitore, in vista della realizzazione del più alto dividendo possibile ed allo svolgimento ordinato del processo secondo le regole⁶⁶.

Da tempo la *par condicio* non appare un principio assoluto, ma piuttosto un valore residuale, rispondente a criteri di ordine delle procedure concorsuali: un "valore – mezzo", al servizio di un interesse comune dei creditori, rappresentato non solo da una ripartizione delle perdite derivanti dall'insolvenza su una più ampia platea di soggetti, ma anche da

⁶⁴ Cfr. A. Patti., *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Fallimento* n. 10/2006, 136 ss.

⁶⁵ Ad esempio la conservazione del posto di lavoro, delle posizioni di mercato alimentate dai soggetti finanziatori, fornitori e consumatori.

⁶⁶ G. Limitone, *Le sezioni unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 1/2007, 9 ss. afferma che "la *par condicio creditorum* non è solo la parità di trattamento in sede di riparto, ma è soprattutto il ripristino dell'uguaglianza che è stata violata prima del fallimento, cioè proporzione nel soffrire le conseguenze del dissesto del comune debitore, e trova le sue radici più profonde nel principio di uguaglianza e nel principio di solidarietà, che sono fondamentali valori etici sia del diritto costituzionale che del diritto naturale". Da queste parole si evince un'interpretazione più "tradizionale" della nozione di *par condicio*.

una migliore governabilità della crisi di impresa, al riparo dal disordine delle iniziative individuali.

Su questo quadro è intervenuta la riforma, nella direzione di un generale depotenziamento dell'azione, in virtù della riduzione del periodo sospetto, in ragione della metà dei termini previsti, e dell'introduzione di un'ampia area di esenzione, riguardante soprattutto i pagamenti.

Appare chiaro come sia la detta riduzione, indubbiamente espressiva della preferenza per esigenze ulteriori rappresentate soprattutto dalla stabilità del traffico giuridico, sia il sistema delle esenzioni oggettive⁶⁷ incidano profondamente sulla priorità di tutela della *par condicio*, in una prospettiva di inesorabile emarginazione.

L'aspetto che attenta irrimediabilmente al concetto stesso di *par condicio* è l'introduzione del sistema delle classi di creditori.

Pur in assenza di indicazioni puntuali dal legislatore, tali da orientare interpreti e operatori nell'individuazione di criteri per la loro formazione, la suddivisione dei creditori in classi, con possibilità di trattamenti differenziati nelle diverse classi, deve essere attuata secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei⁶⁸.

E' quindi indubbio che la nozione di *par condicio*, così come tradizionalmente acquisita ed applicata, dovrà trovare una nuova modulazione, anche alla luce della previsione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Conseguentemente, l'opzione interpretativa delle Sezioni Unite in favore della natura redistributiva dell'azione revocatoria fallimentare, con l'individuazione del danno nel "puro e semplice fatto della lesione della *par condicio*", fa sorgere degli interrogativi, a causa della sostanziale demolizione del tradizionale concetto di *par condicio* e della mobilità e mutevolezza dei suoi confini.

Innanzitutto, la redistribuzione della perdita sociale tra la massa dei creditori è un concetto diverso da quello di eliminazione di un danno al patrimonio, diventando il danno arrecato dall'atto assolutamente irrilevante e spesso neppure esistente, né sotto il profilo della diminuzione, né della sua minore aggredibilità dei beni in via esecutiva⁶⁹; ciò che si verifica è semplicemente una diversa allocazione di un danno, ma non di quello immediatamente

⁶⁷ Sistema derogante al sistema delle prelazioni ad al loro ordine di graduazione.

⁶⁸ Il riferimento agli interessi economici omogenei dà misura dello spostamento di centralità dal credito, base del sistema dei privilegi, all'interesse economico, quale spinta di efficiente aggregazione dei creditori.

⁶⁹ Cfr. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, cit., 140.

conseguente all'atto o pagamento revocato, quanto piuttosto di quello sociale da insolvenza, ormai verificatosi e non più rimediabile.

Se il danno di cui si parla è questo, è necessario chiedersi sulla base di quale criterio esso debba essere redistribuito, nell'ottica del conflitto tra i creditori, tenuto conto della modificazione dell'originaria categoria della *par condicio*.

Inoltre, occorre chiedersi qual è il pregiudizio dei creditori che deve intendersi preferibilmente tutelato in presenza di una specifica ipotesi di esenzione da revocatoria riconducibile, ad esempio, ai pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa. Sembra che in merito la scelta attuata dal legislatore sia stata di preferenza per la sopravvivenza dell'impresa rispetto all'esigenza di parità di trattamento dei creditori⁷⁰.

In conclusione la Corte di Cassazione nell'abbracciare la tesi antindennitaria della revocatoria fallimentare, e alla luce della nuova riforma, non ha completamente fugato i dubbi, le incertezze e le contraddizioni ricollegabili ai vari concetti di danno, pregiudizio e parità di trattamento dei creditori, che ancora alimentano il dibattito fra i giuristi. Si cercherà di analizzare nel prosieguo del presente lavoro, soprattutto alla luce della citata riforma di legge, quale sia la posizione attuale della giurisprudenza e se sia possibile rinvenire un orientamento equilibrato ed al passo con l'evoluzione socio-economica del mercato.

§ 5. I presupposti Soggettivi. L'informazione come l'elemento fondante l'azione revocatoria.

Nella revocatoria ordinaria, come anticipato, il presupposto soggettivo - cioè l'atteggiamento psicologico richiesto sia al debitore che al terzo contraente - è differenziato a seconda che si tratti di atti a titolo oneroso o gratuito posti in essere anteriormente o successivamente al sorgere del credito.

Nella legge speciale il meccanismo è più lineare e semplificato. L'art. 67 infatti non fa alcun cenno all'elemento psicologico del debitore, richiedendo solo, nel terzo contraente, la consapevolezza dello stato di insolvenza del debitore.

⁷⁰ Cfr. A. Patti, *op. ult. cit.*, 1141.

Appare opportuno riportare il testo del citato articolo 67: “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 cio' che a lui e' 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. 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'art. 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; 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 e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile; e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis; 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.*⁷¹

Dunque, nella revocatoria fallimentare, onde poter utilmente esperire l'azione medesima, occorre che venga provato l'elemento psicologico del terzo contraente e l'onere probatorio è diversamente articolato a seconda che si chieda la revoca ai sensi del primo o del secondo comma (rispettivamente atti normali ed anormali).

Per gli atti c.d. anormali è il terzo a dover provare la sua *inscientia decoctionis*, ovvero che "non conosceva lo stato di insolvenza del debitore"; nel caso di atti normali è invece il curatore a dover provare la *scientia decoctionis* del terzo.

Preliminarmente è opportuno comprendere come – giurisprudenza e dottrina – inquadrino il concetto di "stato di insolvenza" oggetto della conoscenza richiesta dalla legge.

Sulla definizione di insolvenza, dispone l'articolo 5 della legge fallimentare che: *"L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*. La lettera della norma induce a ritenere che lo stato d'insolvenza consista nella situazione di impossibilità del debitore ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni; un'impotenza ad adempiere non transitoria, che riguarda l'intera situazione patrimoniale del debitore.

Necessario presupposto per l'accertamento giuridico di tale stato è la sua manifestazione con "inadempimenti o altri fatti esteriori" che rappresentano gli elementi indiziari gravi, precisi e concordanti su cui si basa un giudizio tipicamente presuntivo.

Sebbene la legge fallimentare abbia esplicitamente previsto specifiche ipotesi sintomatiche, quali ad esempio la fuga, la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo (cfr. art 7 Legge fallimentare), non è rinvenibile nel dettato normativo alcuna specificazione degli inadempimenti e/o fatti esteriori che inducano a ritenere lo stato di insolvenza.

La giurisprudenza della Cassazione sull'applicazione dell'articolo 5 L.F., ha affermato che: *"l'insolvenza si identifica con uno stato di impotenza funzionale e non transitoria a soddisfare le obbligazioni contratte dall'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margini di redditività tali da essere sufficienti per la copertura delle esigenze dell'impresa e fra*

⁷¹ Articolo così modificato dal D.Lgs. 12 Settembre 2007, n. 169. In merito alle innovazioni si rinvia al Capitolo III[^].

queste, in primo luogo, l'estinzione dei debiti; nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali e senza essere costretti a decurtazioni del patrimonio"⁷². Da tale assunto⁷³ si ricava il principio secondo cui, ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza vada ricercato nella impossibilità dell'impresa di continuare ad operare sul mercato fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni.

La giurisprudenza, dunque, colloca l'asse dell'accertamento sulla condotta del debitore più che sulla consistenza del suo patrimonio.

In particolare si affermano tre punti caratterizzanti l'insolvenza: a) l'irrelevanza della superiorità dell'attivo sul passivo patrimoniale al fine di escludere lo stato di insolvenza; b) la necessità di accertare, da parte del giudice, non le cause del dissesto ma la presenza delle esteriorizzazioni negative che incidono sulle ragioni creditorie, determinandone la lesione; c) l'importanza, in una dimensione "fenomenica" dell'insolvenza, dell'avverbio "regolarmente" che, ai sensi dell'art. 5 L.F., descrive le modalità di esecuzione degli adempimenti, la cui regolarità (in relazione ai mezzi ed ai tempi) è segno di insolvenza o meno.

Se la giurisprudenza si assesta su posizioni pressoché univoche riguardo all'accertamento dello stato di insolvenza - stigmatizzando nelle varie pronunce la condotta (del non pagare) del debitore associata alla mancanza di liquidità corrente e considerando non sufficiente ai fini della valutazione di tale stato la mera analisi della situazione patrimoniale dell'impresa, indice sicuramente di "insolvibilità" ma non di "insolvenza" - la dottrina si è espressa in più filoni di pensiero per un'esegesi dell'articolo 5 L.F..

Secondo un primo orientamento⁷⁴, l'insolvenza assumerebbe il significato di incapacità patrimoniale ad adempiere; precisamente essa si differenzerebbe dall'inadempimento in quanto, mentre questo è un fatto che incide su di un determinato rapporto obbligatorio,

⁷² Cassazione Civile, sez. I, 28 giugno 1985 n. 3877, in Giust. civ. Mass. 1985, fasc. 6, Fallimento 1985, 1254; ove inoltre si deduce che: "Lo stato d'insolvenza, richiesto al fine della dichiarazione di fallimento, ricorre quando l'imprenditore, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito occorrenti alla propria attività, si trovi in una situazione d'impotenza funzionale e non transitoria, non essendo in grado di osservare regolarmente, tempestivamente e con mezzi normali gli impegni assunti e, pertanto, non postula necessariamente il riscontro di un passivo superiore all'attivo, nè l'accertamento di pregresse conclamate inadempienze".

⁷³ Ribadito con altre pronunce tra cui la sentenza del 27 febbraio 2001, n. 2830 in Giust. civ. Mass. 2001, 331, ove si deduce che: "Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza va desunto, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla possibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva escluso la sussistenza di detto stato, da un lato considerando non eccessivo lo scarto tra partite passive ed attive e desumendo dall'altro la capacità dell'impresa di risanarsi sia dalla estinzione di numerose passività durante la istruzione prefallimentare sia dalle potenzialità produttive dell'azienda e dalla sua vitalità)".

⁷⁴ Ex multis vedasi Ferrara, Il Fallimento, Milano, 1995, p. 142; Ferri, Manuale di Diritto Commerciale, Torino, 1988, p. 564. Ma anche Satta e Vassalli.

l'insolvenza è, al contrario, uno stato del patrimonio del debitore contraddistinto dalla insufficienza dell'attivo a coprire il passivo di impresa.

Si delinea dunque l'insolvenza quale stato generale dell'intero patrimonio del debitore, caratterizzato da un'incapacità patrimoniale ad adempiere, immutabile e definitiva (cd. "tesi patrimonialistica").

Per tale tesi la lettura dell'art. 5 L.F. induce a ritenere che l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni sia strettamente connessa, non alla condotta del debitore consistente nel non pagare, ma al suo stato patrimoniale. In altri termini il presupposto all'apertura del fallimento consiste in una situazione economica patrimoniale dell'impresa e non già in meri fatti, eventi, comportamenti dai quali risulti che il debitore non ha pagato o non paga i propri debiti.

Tanto, secondo tale orientamento, dovrebbe desumersi dalla locuzione stato di insolvenza la quale esprimerebbe una condizione stabile e connaturata del soggetto imprenditore tale cioè da caratterizzarne in maniera univoca e definitiva l'inattitudine ad onorare le proprie obbligazioni⁷⁵.

L'insolvenza sarebbe dunque l'incapacità patrimoniale ad adempiere che, in quanto coinvolgente l'intero patrimonio del debitore, si rifletterebbe sulla massa dei creditori in termini di conflittualità plurisoggettiva.

In una diversa prospettiva altre teorie valorizzano la condotta del debitore secondo una esegesi dell'art. 5 L.F. che valorizza il momento della esteriorizzazione dell'insolvenza mediante una visione globale degli accadimenti connotanti la condotta del debitore e che darebbero luogo all'insolvenza.

Tale orientamento⁷⁶ definisce l'insolvenza ponendo l'accento sulla condotta globale del debitore (c.d. "tesi personalistica") e cerca di chiarire la situazione oggettiva di "incapacità ad adempiere le proprie obbligazioni" espressa dall'art. 5 L.F.

Tale orientamento definisce lo stato d'insolvenza come effetto di un modo di comportarsi del debitore, una situazione riferita alla dinamica patrimoniale in cui viene a trovarsi il debitore che non ha danaro liquido e non paga, malgrado la consapevolezza di questo suo dovere⁷⁷. Infine, altra dottrina afferma che se l'insolvenza consiste in una generalizzata e prolungata impossibilità di adempiere, e se l'adempimento si sostanzia in uno specifico

⁷⁵ Vassalli, Diritto Fallimentare, Torino, 1994, I.

⁷⁶ Ragusa Maggiore, Istituzioni di diritto fallimentare, Padova, 1994, p. 62, nonché Provinciali ed Azzolina.

⁷⁷ Provinciali, Trattato di diritto Fallimentare, I, Milano, 1974, 244.

contegno del debitore, se ne deve dedurre che, per accertare il dissesto, occorre formulare un giudizio prognostico sull'attività del debitore⁷⁸. Esso tenta di conciliare le due tesi, patrimonialistica e personalistica, rilevando, peraltro, che nella prima si dovrebbe ravvisare attenzione anche alla condotta del debitore, quale elemento caratterizzante lo stato di insolvenza medesimo.

La dimensione patrimoniale dell'impresa, secondo la citata teoria, non può non essere connessa alla valutazione della condotta del debitore secondo un criterio prospettico che permette di mettere in luce le cause non patrimoniali del dissesto.

Da questo breve excursus appare chiaro come sia difficile cogliere gli esatti confini della nozione di insolvenza che, proprio in ragione del fatto che essa condiziona l'estensione del raggio operativo del fallimento, risente della preoccupazione di evitare ingerenze nell'impresa se non nel momento nel quale l'incapacità dell'imprenditore ad adempiere alle proprie obbligazioni sia irreversibile.

Fermo quanto dedotto sullo stato di insolvenza è ora possibile tornare all'analisi dell'elemento soggettivo, cioè la conoscenza dello stato di insolvenza medesimo.

Ai sensi dell'art. 67 L.F. detto elemento si articola diversamente solo in relazione al soggetto sul quale grava l'onere della prova.

Il contenuto della prova - la conoscenza dello stato di insolvenza - va rapportata al momento in cui fu compiuto l'atto che si vuole revocare.

La conoscenza è dunque l'elemento fondante che deve essere riferibile al terzo il quale materialmente e giuridicamente ha compiuto l'atto. Se invece è stato compiuto da un suo rappresentante è a questi che bisogna far riferimento, secondo l'usuale disciplina del codice civile.

Riguardo alle quattro ipotesi del primo comma del citato art. 67 L.F., vi è la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore poi dichiarato fallito, al momento del compimento dell'atto o del pagamento a carico del convenuto in revocatoria; mentre con riguardo alle previsioni del secondo comma dello stesso articolo, conformemente ai principi generali, è all'attore (dunque al curatore) che agisce in revocatoria che incombe provare la conoscenza di controparte dello stato di insolvenza, sempre al momento del compimento dell'atto o del ricevimento del pagamento. Quindi, rispetto alle previsioni del primo comma, vi è un'inversione dell'onere della prova.

⁷⁸ Terranova, Lo Stato di Insolvenza, in *Le Procedure Concorsuali, Il Fallimento*, in Trattato diretto dai Proff. Ragusa Maggiore e Costa, Torino, I, 1997 pag. 251.

Poiché lo stato di insolvenza considerato dalla legge fallimentare riguarda solo l'imprenditore commerciale, quando il legislatore subordina l'inefficacia di determinati atti alla conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, intende riferirsi alla conoscenza o alla mancata prova dell'ignoranza del fatto che controparte al momento del compimento dell'atto impugnato si trovava in condizioni tali da poter essere immediatamente assoggettata a fallimento.

La questione forse di maggior rilievo risiede poi nello stabilire se, ai fini della conoscenza dello stato di insolvenza, sia sufficiente la c.d. conoscibilità di tale stato oppure se non occorra la conoscenza effettiva.

Ci si chiede cioè se il terzo debba avere una conoscenza piena o una mera conoscibilità dello stato di insolvenza del debitore. Invero la legge parla di conoscenza, concetto ben diverso dalla conoscibilità (criterio basato sul c.d. *id quod plerumque accidit*) che, peraltro, potrebbe determinare una eccessiva oggettivizzazione dell'azione. D'altronde, come si avrà modo di dimostrare, secondo l'orientamento maggioritario la *scientia* o l'*inscientia decoctionis* non può che raggiungersi attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, sulla base dell'art. 2727 c.c., dalle quali al giudice è consentito risalire al fatto ignoto e cioè alla conoscenza che il terzo aveva dello stato di insolvenza del debitore.

L'unico stato soggettivo che rileva è quello del terzo. Detto stato si atteggia come conoscenza dell'insolvenza (*scientia decoctionis*) del soggetto poi fallito e cioè come conoscenza dell'incapacità del debitore di adempiere regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni.

Peraltro anche la risoluzione delle problematiche legate alla conoscenza risente dei diversi, generali, approcci teorici al fenomeno della revocatoria fallimentare⁷⁹.

E' comunque innegabile come la peculiarità della revocatoria fallimentare, per quanto attiene all'elemento soggettivo, risieda proprio nelle presunzioni. Peraltro, la linea di confine tra conoscenza effettiva e mera conoscibilità finisce per assottigliarsi sensibilmente una volta che si ammette che il giudice di merito possa avvalersi di elementi presuntivi e che la sua valutazione sfugga al sindacato di legittimità; in tali casi dunque avviene un'inversione dell'onere della prova per cui il curatore fallimentare offre al giudice

⁷⁹ Se si presume che i singoli atti qualificati pregiudizievoli sono astrattamente idonei a determinare il danno in una situazione di insolvenza del debitore, una volta presunta quella idoneità, bisognerà solo dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo provando la conoscenza dello stato di insolvenza accompagnata ovviamente dalla prova del compimento del singolo atto.

Pertanto il curatore sarà tenuto a dover provare la conoscenza dello stato di insolvenza e a contrario il convenuto avrà l'onere di provare la non conoscenza dello stato di insolvenza.

la prova della *scientia decoctionis* sulla base di fatti indiretti e secondari e non sulla base di una rilevazione diretta dello stato soggettivo mentre il convenuto dovrà provare la sua *inscientia decoctionis*. Invero è proprio in ordine alla prova della *inscientia decoctionis* che si discute se il terzo debba provare la mancanza effettiva o la non conoscibilità dell'insolvenza stessa.

Secondo il Maffei Alberti, la *inscientia decoctionis* potrà essere provata o attraverso la dimostrazione della mancata conoscenza o attraverso la dimostrazione della non conoscibilità. infatti, la contrapposizione tra conoscenza effettiva e conoscibilità astratta è più apparente che reale. Invero, assai frequentemente, la prova della conoscenza si fonda su elementi indiziari e pertanto nella generalità dei casi oggetto della prova è la conoscibilità in base a presunzioni ed indizi, purchè gravi, precisi e concordanti. Gli elementi costitutivi di tale tipo di prova sono: a) il fatto noto; b) il fatto ignoto; c) il nesso di causalità. Pertanto si può ammettere tale prova presuntiva solo ove gli indizi noti siano valutati nel loro collegamento logico e cronologico e facciano ritenere senza alcun ragionevole dubbio che il convenuto non poteva non conoscere.

Non va però adottato un “modello astratto di condotta” ma bisogna fare riferimento a presupposti e condizioni concrete e strettamente collegate con la realtà specifica del caso concreto.

Altra questione dibattuta in dottrina e giurisprudenza è se, per l'esperibilità della revocatoria fallimentare, sia necessario o meno, che il terzo conosca anche la qualità di imprenditore commerciale del suo contraente poi fallito. Nella generalità dei casi la conoscenza è *in re ipsa* dato che gli atti impugnati sono atti di impresa; il problema dunque si pone solo in quei casi, alquanto rari, in cui sono impugnati atti non sintomatici della qualità di imprenditore del soggetto che li ha posti in essere.

Per una parte della giurisprudenza l'ignoranza della qualità di imprenditore non esclude l'esperibilità dell'azione revocatoria ma vale come elemento di prova *dell'inscientia decoctionis*; per altra parte della giurisprudenza la qualità di imprenditore del fallito sarebbe assistita da presunzione assoluta e pertanto sarebbe del tutto irrilevante la prova della non conoscenza della sua qualità. Infine per un terzo orientamento al contrario la mancata conoscenza farebbe venir meno uno degli elementi essenziali per aversi insolvenza efficace ai fini della revocatoria fallimentare.

Veniamo ora ad analizzare, più nello specifico, i principali orientamenti giurisprudenziali.

Per le Corti, la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, da parte del creditore, della cui dimostrazione è onerata la curatela (ai sensi dell'art. 67 L.F.) deve essere effettiva, non potenziale e, tuttavia, può essere provata anche con elementi indiziari, purchè idonei a fornire la prova per presunzioni della conoscenza effettiva⁸⁰.

Si evidenzia come la prova del requisito soggettivo necessario all'accogliemnto della domanda non è integrata dalla conoscibilità in astratto dello stato di insolvenza, ma dalla conoscenza effettiva.

Si aggiunge però che gli elementi di conoscibilità possono essere rappresentati da presunzioni ed indizi gravi, precisi e concordanti in modo tale da fornire la certezza della scientia decoctionis al momento della ricezione dei pagamenti⁸¹.

Anche in giurisprudenza si giunge dunque alla conclusione (o constatazione) come ai fini dell'azione revocatoria ex art. 67, comma 1, L.F., la conoscenza, da parte del terzo, dello stato di insolvenza del debitore, nel momento in cui fu posto in essere l'atto del quale si chiede la revoca, è presunta, sicchè, per vincere questa presunzione il terzo deve fornire la prova con ogni mezzo e quindi anche con presunzioni semplici, della propria inscienzia decoctionis che si risolve nella non conoscibilità dell'insolvenza, secondo il parametro

⁸⁰ Cassaz. Civ., Sez. I^a, 9.11.2007 n° 23396 in Guida al diritto 2008, 4, 74, ove si deduce che : “La conoscenza dello stato di insolvenza del debitore da parte del creditore, della cui dimostrazione è onerata la curatela ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall., deve essere effettivo, non potenziale, e, tuttavia, può essere provata anche attraverso indizi aventi i requisiti della gravità, precisiane e concordanza, quindi fondata su elementi di fatto attinenti alla conoscibilità dello stato d'insolvenza, purché idonei a fornire la prova per presunzioni della conoscenza effettiva. La relativa dimostrazione può dunque essere anche indiretta, e cioè offerta mediante la logica concatenazione di circostanze che, in base al criterio di normalità, assunto a parametro di valutazione, consente appunto la prova presuntiva della "scientia decoctionis". Le banche, in considerazione dell'attività svolta, delle modalità che la cannotano, della circostanza che dispongano di operatori professionali qualificati, possono cogliere i sintomi di un dissesto del soggetto finanziato meglio e più tempestivamente di un soggetto non professionale, avendo a disposizione, più facilmente rispetto agli altri creditori, gli strumenti atti a interpretarli e valutarli”.

⁸¹ Ex multis, Corte di Appello di Roma, Sez. I, 18.02.2008 n° 705 nonché Cas. Civ. 98/4318 in Giust. civ. Mass. 1998, 892, ove si deduce che: “In tema di azione revocatoria fallimentare, la conoscenza, da parte del creditore, dello stato di insolvenza del debitore (la cui dimostrazione è onere della curatela), pur dovendo risultare effettiva e non meramente potenziale, può legittimamente risultare fondata su elementi indiziari (quali i protesti e le procedura esecutive, quando i titoli protestati siano stati rilasciati allo stesso convenuto in revocatoria e quando le procedura esecutive siano state, ancora, dal medesimo promosse) caratterizzati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza. In contrasto con dette presunzioni, sarà, poi, il convenuto in revocatoria a dover provare, attraverso circostanze concrete e specifiche, la sua mancata conoscenza della condizione patrimoniale del debitore all'epoca dei pagamenti, nonostante l'uso della normale ed ordinaria diligenza (principio affermato con riferimento ad una vicenda in cui il creditore convenuto in revocatoria aveva addotto, a riprova della propria "inscienzia decotionis", la circostanza secondo cui una richiesta di fallimento da lui avanzata in precedenza nei confronti del debitore poi fallito era stata inizialmente respinta per mancata prova dello stato di insolvenza: la C.S. ha, in proposito, ancora specificato che proprio la presentazione di un istanza di fallimento doveva ritenersi indice rivelatore della consapevolezza, da parte del creditore istante, di una irreversibile situazione di dissesto economico del debitore, dal quale il primo aveva, ciononostante, ricevuto i pagamenti poi oggetto della revocatoria)”.

della ragionevolezza di una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza⁸². Il presupposto soggettivo della c.d. scientia decoctionis è integrato dalla conoscenza effettiva e concreta dello stato di insolvenza, salva la possibilità che gli elementi di conoscibilità possano costituire, se valutati nella concretezza del fatto sottoposto ad esame, elementi presuntivi atti a fornire la dimostrazione dell'esistenza della suddetta componente soggettiva⁸³.

In tema di prova della *scientia decoctionis*,⁸⁴ si chiarisce dunque che la prova della conoscenza, da parte dell'accipiens, dello stato di insolvenza del debitore poi fallito può legittimamente fondarsi su elementi indiziari, purchè gravi, precisi e concordanti tali cioè da lasciar ragionevolmente presumere una conoscenza effettiva e non meramente potenziale del predetto stato.

Conseguentemente, agli effetti dell'azione revocatoria di un atto con prestazioni sproporzionate al curatore incombe la prova del compimento dell'atto medesimo, mentre al convenuto quella di aver agito in circostanze tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza che l'imprenditore si trovasse in una situazione di normale esercizio dell'impresa⁸⁵.

⁸² Cas Civ 08.02.1983/1043 in Giust. civ. Mass. 1983, fasc. 2 ove si deduce che: "Ai fini dell'azione revocatoria ex art. 67, comma 1, l. fall., la conoscenza, da parte del terzo, dello stato di insolvenza del debitore, nel momento in cui fu posto in essere l'atto del quale si chiede la revoca, è presunta, sicché, per vincere questa presunzione, il terzo deve fornire la prova, con ogni mezzo e quindi anche con presunzioni semplici, della propria inscienza decoctionis che potendo essere circoscritta ad un mero stato d'animo, ma ricorrendo solo quando sussistano circostanze esterne, concrete e specifiche, tali da indurre ragionevolmente un soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza in quel convincimento - si risolve nella non conoscibilità dell'insolvenza, secondo il parametro della ragionevolezza di una persona di ordinaria prudenza e avvedutezza, con la conseguenza che alla prova di detta non conoscibilità è in definitiva obbligato il terzo per vincere la presunzione a suo carico. La scelta circa il criterio probatorio applicabile nel caso concreto, se quello della conoscibilità ovvero quello della conoscenza effettiva, è rimessa al giudice del merito e si sottrae al sindacato di legittimità".

⁸³ Cas Civ 97/4731 in Giust. civ. Mass. 1997, 858, Fallimento 1997, 1205. In tale pronuncia si deduce che: "Ai fini della "revocatoria fallimentare", il presupposto soggettivo della cosiddetta scientia decoctionis non è integrato dalla mera conoscibilità, in astratto, dello stato di insolvenza del debitore, al momento dell'atto solutorio impugnato, ma dalla sua conoscenza effettiva e concreta, salva la possibilità che gli elementi di conoscibilità possano costituire, se valutati nella concretezza del fatto sottoposto ad esame, elementi presuntivi atti a fornire la dimostrazione della esistenza della suddetta componente soggettiva; dimostrazione di cui la curatela è onerata. Se è vero, peraltro, che sia i protesti che le procedure esecutive costituiscano elementi presuntivi atti ad ingenerare, nel creditore, la conoscenza effettiva dello stato di insolvenza del debitore ogni qualvolta i titoli protestati siano stati rilasciati allo stesso convenuto in revocatoria o siano conoscibili con l'ordinaria diligenza, ed ogni qual volta le procedure esecutive siano state promosse dallo stesso creditore convenuto, è altrettanto vero, negli altri casi, sia che l'esistenza di procedure esecutive mobiliari non costituisca - di per sè - prova sufficiente dello stato di insolvenza (attesa l'assenza di forme di pubblicità), sia che, dalla considerazione che i protesti e le procedure esecutive rappresentano elementi astrattamente idonei a rivelare la crisi economica dell'imprenditore poi fallito, non si può far discendere la automatica conclusione che, ove il creditore non li abbia percepiti, egli non sia stato sufficientemente prudente ed accorto".

⁸⁴ Cassazione Civile sentenza 2007 n° 13430 in Giust. civ. Mass. 2007, 6.

⁸⁵ Cas. Civ. 11430/23.07.2003 in Fallimento 2004, 1022 ove si deduce che: "Agli effetti dell'azione revocatoria di un atto con prestazioni sproporzionate al curatore incombe la prova del compimento dell'atto medesimo, mentre al

Alla luce di tutto quanto fin qui dedotto, risulta come - sebbene il presupposto soggettivo sia dato dalla effettiva conoscenza e non dalla semplice conoscibilità - l'evidente difficoltà di provare uno stato interiore porta, usualmente, la giurisprudenza ad affermare l'ammissibilità delle presunzioni per provare la scientia decoctionis, purchè i loro requisiti di gravità, precisione e concordanza siano tali da far effettivamente presumere l'effettiva conoscenza dello stato di dissesto dell'imprenditore poi fallito da parte del terzo.

La Corte di Cassazione⁸⁶ significativamente in proposito afferma poi che *“l'elemento soggettivo da provare della conoscenza da parte dell'accipiens dello stato di insolvenza in cui versava il tradens al momento dell'atto da revocare è costituito dalla conoscenza effettiva di tale stato, ed in tale ambito deve svolgersi l'indagine del giudice di merito sia pure utilizzando elementi che attengono alla mera conoscibilità, con l'individuazione dei c.d. sintomi”*.

La Cassazione⁸⁷ ci dice anche come, per escludere la conoscenza dello stato di insolvenza, non può darsi valore decisivo alla circostanza che, ad esempio, alcune forniture siano state eseguite dal creditore, in favore del soggetto poi fallito dopo il susseguirsi di alcuni insoluti, posto che la concessione di ulteriore credito o la prosecuzione dei rapporti commerciali sono di per se elementi equivoci, potendo trovare fondamento nella speranza del creditore che il nuovo credito aiuti il convenuto a superare la crisi economica.

convenuto quella di aver agito in circostanze tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza che l'imprenditore si trovasse in una situazione di normale esercizio dell'impresa”.

⁸⁶ Cass. Civ. 2002 n°4759 Giust. civ. Mass. 2002, 579, Fallimento 2003, 143 ove si statuisce che: “In tema di revocatoria fallimentare di pagamenti, per escludere la conoscenza dello stato d'insolvenza non può darsi valore decisivo alla circostanza che alcune forniture siano state eseguite dal creditore, in favore del soggetto poi fallito, dopo il susseguirsi di alcuni "insoluti", posto che la concessione di ulteriore credito o la prosecuzione di rapporti commerciali sono di per se elementi equivoci, potendo trovare fondamento nella speranza del creditore che il nuovo credito aiuti il convenuto a superare la crisi economica”.

⁸⁷ Vedasi, ex multis, Cas. Civ., Sez. I[^], 22.05.2007 n° 11844 “il terzo [...] può vincere la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza, di cui gode il curatore, soltanto dimostrando l'esistenza, al momento in cui è stato posto in essere l'atto impugnato, di circostanze tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza e avvedutezza che l'imprenditore si trovi in una situazione normale di esercizio dell'impresa”. Sulla medesima posizione Cassaz. Civ., sez. I[^], 09.05.2007 n° 10629 in Giust. civ. Mass. 2007, 5 ove si deduce, come in sostanza già visto, che “Al fine di vincere la presunzione semplice di conoscenza dello stato di insolvenza posta dal comma 1 art. 67 l. fall., l'onere della prova contraria gravante sul convenuto in revocatoria consiste nel dimostrare l'esistenza, al momento in cui è stato posto in essere l'atto revocabile, di circostanze tali da far presumere ad una persona di ordinaria prudenza e avvedutezza (prudenza e avvedutezza da valutarsi con maggior rigore nel caso che convenuto sia un operatore professionale qual è una banca) che l'imprenditore si trovava in una situazione di esercizio normale dell'impresa. Pertanto non possono ritenersi decisivi: la inesistenza di protesti e di azioni esecutive in atto, né l'esistenza di bilanci che, se non rovinosi, non denunciavano una florida situazione dell'impresa poi fallita, né la concessione di ulteriore credito al debitore, non potendosi escludere che questa sia motivata dalla speranza che la medesima consenta all'imprenditore di superare la situazione di insolvenza”.

Tale esemplificazione appare interessante perché permette di evidenziare come la Corte desuma la conoscenza dello stato di insolvenza del convenuto dalla presenza di insoluti tra le parti, dalla interruzione delle forniture, dalla presentazione di un'istanza di fallimento, ritenendo irrilevante il mantenimento di rapporti commerciali con il fallito⁸⁸.

Dunque, la Corte si muove su un consolidato orientamento secondo cui la prosecuzione di rapporti commerciali con il debitore non vale di per sé ad escludere la scientia decoctionis ben potendo essere indotto a continuare tali rapporti nel tentativo di ottenere almeno pagamenti parziali⁸⁹.

Giova poi constatare come la posizione della più recente giurisprudenza non è mutata in quanto si continua a sostenere che, in tema di revocatoria fallimentare, il profilo della conoscenza da parte del creditore della situazione di insolvenza del debitore - riguardando uno stato interiore del soggetto e non potendo quindi risultare da una prova diretta - imponga il richiamo dello strumento delle presunzioni. La ricerca *“di segni esteriori dell'insolvenza, in base ai quali possa pervenirsi, per via della loro gravità, precisione e concordanza, dalla conoscibilità alla conoscenza effettiva secondo un criterio di normale causalità, tenuto conto del parametro astratto della prudenza e avvedutezza di cui è normalmente munito un comune soggetto, nonché, eventualmente, delle particolari attitudini di chi, per l'attività che esercita e per i mezzi di informazione di cui dispone, è in grado di percepire prima e meglio di altri il reale stato di solvibilità del debitore”*⁹⁰.

⁸⁸ Ancora, affinché ai pagamenti di debiti scaduti effettuati anteriormente alla dichiarazione di fallimento sia applicabile la revocatoria fallimentare, ai sensi del secondo comma dell'art. 67 L.F., è necessario che il curatore provi la consapevolezza dello stato di insolvenza da parte del creditore, evitando in tal modo una disparità di trattamento fra i vari creditori. Questi potrà agire in revocatoria dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, di atti a titolo oneroso e di quelli costitutivi di una garanzia di un diritto di prelazione per i debiti contestualmente creati. La norma non distingue fra pagamenti volontari e coattivi; la giurisprudenza ritiene anche questi ultimi soggetti a revocatoria poiché anche essi possono violare la par condicio creditorum. In merito a tale punto la giurisprudenza precisa poi che i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili devono essere considerati atti giuridici distinti dal rapporto che ne costituisce la causa, così da essere revocabili indipendentemente dalla revocabilità dei negozi in adempimento dei quali sono stati effettuati.

⁸⁹ E' altresì, opportuno riportare alcune indicazioni di un lavoro del Gruppo Studi del Consiglio Superiore della Magistratura, ove si legge che elementi sintomatici della scientia decoctionis di chi è convenuto in revocatoria, sui quali basare la presunzione di conoscenza (fermi i presupposti della gravità, precisione e concordanza ai sensi dell'art. 2729 c.c.), sono diversi e sono stati catalogati in quattro grandi categorie: a) fatti e notizie costituenti indicatori oggettivi; b) dati desumibili dal bilancio; c) elementi desumibili dalle modalità operative; d) informazioni ricavabili dalla c.d. centrale rischi. Nello specifico sono, fra gli altri, secondo tale studio, indicatori oggettivi la pubblicazione sul GURI della convocazione di assemblea straordinaria per la deliberazione, ai sensi dell'art. 2447 c.c., per perdita del capitale sociale sotto il limite legale. Ancora il mancato deposito del bilancio di esercizio annuale presso la CCIAA; oppure i reiterati ritardi nel pagamento delle fatture nonostante i solleciti o il mutamento delle normali forme di pagamento (ad esempio il congelamento dei crediti maturati e la prosecuzione delle forniture con pagamento pronto cassa anziché differiti come in precedenza).

⁹⁰ Cass. Civile, sez. I, 24.04.2007, n° 9903. Peraltro sulla medesima linea anche Cas. Civile, sez. I, 8.06.2007 n° 13500 *“la conoscenza effettiva da parte del terzo, della situazione di insolvenza dell'imprenditore successivamente fallito, riguardando lo stato interiore del soggetto e non potendo quindi risultare da una prova diretta che non sia l'ammissione,*

Al contrario, in merito alla inscientia decoctionis, una recente pronuncia della Cassazione sostiene come al fine di vincere la presunzione semplice di conoscenza dello stato di insolvenza ex art. 67 L.F. comma primo, *“l’onere della prova contraria gravante sul convenuto in revocatoria consiste nel dimostrare l’esistenza, al momento in cui è stato posto in essere l’atto revocabile, di circostanze tali da far presumere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza (da valutarsi con maggiore rigore nel caso che convenuto sia un operatore professionale qual è una banca) che l’imprenditore si trovava in una situazione di esercizio normale dell’impresa. Pertanto non possono ritenersi decisivi: l’inesistenza di protesti e di azioni esecutive in atto, né l’esistenza di bilanci che, se non rovinosi, non denunciavano una florida situazione dell’impresa poi fallita, né la concessione di ulteriore credito al debitore, non potendosi escludere che questa sia motivata dalla speranza che la medesima consenta all’imprenditore di superare la situazione di insolvenza”*⁹¹.

Sul tema della conoscenza dello stato di insolvenza va dunque ribadita da un lato la necessità che si adotti la strada delle presunzioni e dall’altro la difficoltà di una enumerazione esaustiva di tutti i possibili indici rilevanti.

Dunque le presunzioni - con le quali la legge cerca di rendere effettivamente operativa la tutela in revocatoria - riguardano lo stato di insolvenza del debitore; il pregiudizio per i creditori per gli atti compiuti dal debitore insolvente; la consapevolezza del pregiudizio sempre in stato di insolvenza sia da parte del debitore sia in certi casi da parte del destinatario dell’atto. Per gli atti a titolo gratuito la presunzione è in re ipsa, nel senso che essi furono compiuti a causa dello stato di insolvenza o già in atto o imminente. Fra l’atto e lo stato di insolvenza esiste dunque un collegamento temporale o ideale (per il debitore).

non può che dedursi attraverso presunzioni [...]”. Ancora Cass. Civ., sez I, 23.07.2007 n° 16213 in Giust. civ. Mass. 2007, 7-8, Banca borsa tit. cred. 2009, 3, 328 o vedasi Cass. Civ., sez I, 2.07.2007 n° 14978 in Giust. civ. Mass. 2007, 7-8 secondo cui “La conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore, al fine della revocatoria fallimentare, secondo la previsione dell’art. 67, comma 2, l. fall., deve essere effettiva e non meramente potenziale, con la conseguenza che, agli effetti della revoca, assume rilievo soltanto la concreta situazione psicologica del creditore e non pure la semplice conoscibilità oggettiva dello stato di insolvenza dell’imprenditore; tuttavia detta revoca può fondarsi anche su elementi indiziari, sempreché questi, per i loro requisiti di gravità, precisione e concordanza, siano tali da far presumere l’effettiva scientia decoctionis da parte del creditore”.

⁹¹ Cass. Civile, sez. I, 9.05.2007 n° 10629 in Giust. civ. Mass. 2007, 5 ove si statuisce che: “Agli effetti della revocatoria di cui all’art. 67 l. fall., non può ritenersi contestuale al debito la garanzia pignorizia (consistente, nella specie, nella costituzione in pegno di un libretto di deposito bancario) concessa alla banca in occasione dell’aumento del fido, quando esista già una situazione debitoria della banca corrispondente al fido poi aumentato, giacché il concetto di contestualità deve essere inteso non in senso formale o semplicemente cronologico, bensì in senso preminentemente sostanziale e causale, onde il creditore, per evitare la revocatoria non può limitarsi a rilevare la coincidenza temporale della concessione della garanzia con l’aumento del fido, ma deve fornire la prova rigorosa che il pegno ricevuto riguardava soltanto l’ulteriore somma accreditata col nuovo affidamento, al momento della sua costituzione”.

L'atto è stato compiuto o poiché il debitore era insolvente o in previsione della sua insolvenza e quindi con l'intento di danneggiare i creditori; trattasi dunque di una presunzione juris et de jure. Le presunzioni per gli atti a titolo oneroso richiedono che lo stato di insolvenza preceda la sentenza dichiarativa di fallimento; la legge infatti ha istituito una specie di retrodatazione intesa nel senso che il limite a cui si fa risalire lo stato di insolvenza non è uniforme ma varia a seconda dei casi. Peraltro, più in generale, va considerato il c.d. presupposto cronologico ovvero il periodo sospetto (anteriore alla dichiarazione di fallimento) entro cui gli atti devono essere compiuti per essere sottoposti a revocatoria. Tale periodo è variabile ed è, ovviamente, stabilito tassativamente dal legislatore; sul punto si rimanda al capitolo terzo.

In relazione poi agli atti sottoposti a revoca, l'art. 67 L.F. pone una divisione generale tra atti a titolo oneroso, pagamenti di debiti scaduti e garanzie che presentino anomalità e dall'altro atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie che non presentino irregolarità.

Nell'ambito degli atti revocabili la legge inoltre individua due categorie: a) i pagamenti; b) gli atti costitutivi di un diritto di prelazione.

L'atto per essere oggetto di revoca deve avere le seguenti caratteristiche: essere un atto dispositivo (salvo alcuni casi diversi); essere imputabile al debitore; deve aver sottratto beni destinati alla garanzia dei creditori ovvero comunque aver alterato la par condicio creditorum. Inoltre l'atto deve essere già stato concluso e le parti devono essere dei soggetti privati, restando esclusa dunque la Pubblica Amministrazione.

Infine, bisognerà sempre inquadrare l'atto secondo i presupposti oggettivi (e relative teorie) e soggettivi dell'azione medesima.

Alla luce di quanto sopra, appare chiaro come la summa divisio, operata dalla normativa speciale, sia fondamentale tra pagamenti che presentino anomalità e pagamenti invece normali, che non presentano cioè irregolarità.

Gli atti a titolo oneroso ed anormali sono individuati nel primo comma dell'art. 67 L.F.. Si considerano anormali i mezzi di pagamento diversi dal denaro o da quei titoli di credito che la legge e la prassi equiparano al denaro (cambiali, assegni, etc.).

In particolare sono anormali:

A) gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso. Invero di fronte a certi atti che presentano qualche elemento di anomalità rispetto alla gestione ordinaria dell'imprenditore commerciale, si presume che l'insolvenza preesista al compimento degli

stessi; tale presunzione è relativa essendo consentito al terzo di provare la sua ignoranza sullo stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto.

B) Gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati in danaro o con altri mezzi normali di pagamento. Infatti, anche in tal caso, i pagamenti fatti con mezzi anormali dimostrano la situazione di insolvenza dell'imprenditore, la sua difficoltà a fare ricorso a finanziatori istituzionali (ad esempio è certo sospetto il pagamento effettuato con consegna merci).

C) I pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie per debiti preesistenti e non scaduti. Sono dunque compresi tutti gli atti di concessione volontaria di garanzia con i quali si vanno a salvaguardare debiti preesistenti non scaduti che in precedenza non erano assistiti da alcuna cautela. Anche in tal caso la revocabilità è condizionata dal fatto che la parte a favore della quale la garanzia è concessa provi di non conoscere lo stato di insolvenza del debitore.

D) I pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie per debiti preesistenti scaduti.

Gli atti a titolo oneroso rappresentano una categoria amplissima della quale fanno parte tutte le assunzioni di obbligazioni; gli atti a titolo oneroso sono sia quelli plurilaterali (es. contratti) sia unilaterali. Importante, ai fini della revocabilità, è che abbiano un contenuto di natura patrimoniale, cioè siano dispositivi del patrimonio del debitore o abbiano alterato la par condicio.

Devono dunque considerarsi non revocabili tutti gli atti giuridici unilaterali non negoziali, i negozi fonte di obbligazioni negative, la gestione di affari, l'arricchimento senza causa, il pagamento d'indebito ed i fatti illeciti. Soprattutto per questi ultimi, la loro esclusione dalla revocabilità è intuibile in quanto se è la parte poi fallita ad aver maturato il credito, la legge ha già predisposto altri strumenti di tutela. In merito ai fatti illeciti, essi, in quanto fatti non sono revocabili, però diviene revocabile un atto compiuto in conseguenza di un fatto illecito.

In merito poi ai contratti, regola generale della revocatoria fallimentare è rendere inefficace l'atto che pregiudica gli interessi della massa; di conseguenza se fallisce la parte che ha disposto di un bene nel periodo sospetto la legge consente la revocabilità dell'intero atto dispositivo ma non delle singole obbligazioni da esso derivate con l'eccezione legata ai contratti di durata.

Anche gli atti estintivi di debiti sono autonomamente revocabili e dunque è consentito aggredire l'atto di pagamento indipendentemente dalla revoca del negozio base.

In conclusione, appare dunque chiaro come oggetto dell'azione revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67 L.F., siano gli atti che ledono i diritti del ceto creditorio e ancor più in generale che violino la corretta simmetria informativa che deve necessariamente intercorrere tra gli operatori del mercato affinché vi sia un equilibrio di sistema.

L'azione revocatoria è lo strumento che il nostro ordinamento ha approntato a tutela del mercato e contro le frodi. Perno centrale del sistema è l'informazione: che da un punto di vista soggettivo è conoscenza dello stato di insolvenza e da un punto di vista oggettivo è il danno (in senso lato, ferme le contrapposte, citate, teorie) derivante dalla non conoscenza e dagli atti del debitore a discapito del creditore.

Nel mondo reale, a differenza di quanto previsto nel modello di concorrenza perfetta, l'informazione è imperfetta e asimmetricamente distribuita. I soggetti operanti nel mercato non dispongono di tutte le informazioni rilevanti sulla natura e sulle caratteristiche dei beni e dei soggetti con cui entrano in un rapporto di scambio e l'assenza di tali requisiti genera forme particolari di fallimento del mercato: l'azione revocatoria colma tali squilibri.

Capitolo II^) La teoria economica dell'informazione.

1. La crisi dell'impresa e la necessità di informazione.

2. Lo Statuto dell'Informazione. Connessione tra dovere di agire in modo informato e dovere di diligenza. Informazione e Autoresponsabilità. Limiti all'affidamento e buona fede.

3. *Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* - L'informazione quale "mano invisibile" del mercato.

Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation - Le Asimmetrie informative quali causa determinante il fallimento del mercato (Arrow e Stiglitz). Lo studio di Akerlof sul c.d. mercato dei "limoni".

§1. La crisi dell'impresa e la necessità di informazione.

Gli istituti tradizionali del diritto commerciale – ivi compresa la revocatoria fallimentare – assumono un nuovo significato se considerati dal punto di vista della teoria dell'informazione⁹².

La capacità di sfruttare le conoscenze presenti nel contesto produttivo ha sempre rappresentato un fattore di primaria importanza per comprendere i processi di sviluppo economico succedutesi nel tempo. Lo sfruttamento delle idee, la loro incorporazione in strumenti di lavoro, processi operativi, strutture organizzative e prodotti finali ha storicamente scandito le varie fasi della crescita economica.

⁹² Vedasi E. Bocchini "Introduzione al Diritto Commerciale nella New Economy", pag 1, 2001 – CEDAM. L'Autore fra l'altro ci dice come: "*L'attuale diritto commerciale vive oggi, in coerenza con la sua intima natura di categoria storica del diritto, un'epoca di grande fascino, ma, anche, di profonda trasformazione. Con i piedi piantati nella rivoluzione industriale del '700 e nella produzione industriale di massa esso è chiamato a disciplinare una realtà socio-economica post-industriale, che si caratterizza, ogni giorno di più, per l'abbandono del c.d. paradigma industriale*".

Solo di recente tuttavia gli studi teorici, specialmente di matrice socio-economica hanno focalizzato la loro attenzione sul ruolo rivestito dalla risorsa conoscenza nell'ambito delle organizzazioni produttive ed imprenditoriali e sulle opportunità da esse veicolate di generare valore.

Si parla oggi con sempre maggiore intensità di "economia della conoscenza"⁹³ sottolineando come la complessità dei contesti nei quali gli agenti economici sono chiamati ad operare imponga loro investimenti e capacità di carattere cognitivo necessarie per lo sfruttamento competitivo delle risorse a disposizione.

Si celebra in tal senso il declino della società industriale figlia della rivoluzione delle macchine e del capitale fisico; il capitalismo industriale è stato progressivamente sostituito e rielaborato con il capitalismo cognitivo⁹⁴.

La capacità di processare informazioni è condizione ormai indispensabile per l'agente economico, chiamato a generare valore non semplicemente attraverso una trasformazione delle condizioni materiali dell'esistenza ma soprattutto attraverso il trasferimento di informazioni, pensieri, emozioni, identità nelle dinamiche produttive ed innovative: il substrato cognitivo che genera giudizi e governa le azioni dei soggetti economici, entra così a far parte delle scelte da essi compiute.

La conoscenza costituisce dunque il fattore produttivo più importante per la competitività delle imprese.

Gli studi economici e le rilevazioni statistiche confermano come i dati di crescita e produttività dei diversi sistemi nazionali dipendano in misura diretta, più che dalla disponibilità di capitali e materie prime, dagli investimenti effettuati in risorse intangibili⁹⁵.

La conoscenza e l'informazione costituiscono dunque un fattore produttivo che trova il suo fondamento nelle dinamiche intercorrenti tra i soggetti economici e che deve quindi essere studiata secondo le sue peculiari caratteristiche.

Il riconoscimento della conoscenza quale fattore economico di primaria importanza rappresenta un elemento caratterizzante la c.d. knowledge-based economy.

Sicuramente l'economia della conoscenza si applica a quei settori dell'economia ricompresi nella nozione di new economy. Gli elementi che qualificano l'attuale società della conoscenza sono:

⁹³ V. Zeno Zencovich e F. Mezzanotte dir. Inf. 2008 p141 e ss. .

⁹⁴ L. Cillario "il capitalismo cognitivo. Sapere, sfruttamento e accumulazione dopo la rivoluzione informatica" in Aa. Vv. Saggi sulla storia del capitalismo, Milano, 1990, p. 133 e ss

⁹⁵ Fonte Ocse "Scienza tecnologia industria nella zona Ocse. Quadro di valutazione" 2007.

a) il rilevante aumento degli investimenti destinati alla produzione e trasmissione delle conoscenze;

b) l'abbattimento dei costi di codificazione, trasmissione e acquisizione delle conoscenze. Se ciò è innegabile è però da evidenziare come, quando si parla di economia della conoscenza non ci si può limitare a quei settori ad alta densità cognitiva che guidano l'avanzamento della frontiera tecnologica; il carattere cognitivo del sistema economico ormai emerge anche in tutte quelle attività che si alimentano di saperi propri dell'ambiente in cui sono svolte.

Pare altresì, ed incidentalmente, opportuno concentrarsi sulla nozione di "conoscenza" e sui rapporti con il concetto di "informazione". Si può sostenere come la conoscenza sia la capacità di comprensione a livello sistemico risultante dall'accumulo di flussi informativi; l'informazione si fonda invece su dati strutturati il cui significato non è immanente e la cui interpretazione dipende dal processo cognitivo dei soggetti che ne dispongono⁹⁶.

La rivoluzione informatica delinea come il mercato non sia solo il luogo di incontro di domanda ed offerta di beni materiali ma, sempre più, un sistema di informazioni decentrate e spontanee.

Il diritto commerciale dovrebbe riflettere la nuova configurazione della società, figlia della rivoluzione informatica, dunque un "nuovo diritto commerciale" che possa reinterpretare le norme a misura del diritto dell'informazione.

Venendo alla crisi dell'impresa, è da evidenziare – proprio nell'ottica dell'informazione – come essa genera sul mercato incertezza in tutti gli operatori, che è anche più grave delle conseguenze finanziarie dello stato di insolvenza.

Il mercato non teme tanto l'inadempimento, ma l'assoluta incertezza sul futuro, la carenza di informazioni affidabili e dotate di certezza legale sul vero stato della crisi dell'impresa. Proprio la crisi dell'impresa, generatrice di incertezza, abbisogna di maggiori informazioni. L'ordinamento giuridico dovrebbe cioè imporre una informazione maggiore quando l'impresa è in crisi, proprio in tali casi si ha un fenomeno di rarefazione dell'informazione spontanea da parte degli operatori.

Nella disciplina vigente, invece, l'ordinamento si comporta in modo opposto. Solo con riferimento alle società di capitali l'ordinamento obbliga la società a comunicare al mercato

⁹⁶ F. Machlup Knowledge and Knowledge production, Princeton, 1980.

la perdita del capitale sociale, che costituisce, però, un'informazione grezza e incompleta del vero stato di salute dell'impresa .

La crisi finanziaria ed economica non è segnalata al mercato e, così, la crisi si propaga alle imprese sane e l'ordinamento è assente proprio lì dove un intervento potrebbe essere risolutivo della crisi. L'impresa in crisi economica e finanziaria viaggia, così, verso l'insolvenza a "vele spiegate" .

In tema di procedure concorsuali vi è una vera e propria lacuna legislativa. Basti pensare come il bilancio di esercizio delle società di capitali che è l'unico destinato a pubblicazione, non comprende accanto al conto economico, un conto finanziario vero e proprio, laddove lo stato di insolvenza per la nostra giurisprudenza, è sostanzialmente finanziario .

Come detto il sistema delle procedure concorsuali va guardato anche come un sistema informativo, rispetto al sistema di informazioni chiamato mercato .

Il regime della informazione legale al mercato in tema di crisi dell'impresa deve ruotare dalla sua base soggettiva e punitiva, che ha riguardo per lo più alla persona fisica del fallito, verso una prospettiva oggettiva e funzionale capace di segnalare, in modo efficace, agli operatori e al mercato due aree di informazione .

L'area dei sintomi più importanti della crisi va individuata, con strumenti di analisi economico-aziendale, imponendo la redazione e pubblicazione anche di un conto finanziario delle società di capitali .

Campo d'analisi è allora quello dell'integrità del capitale sociale, (la cui perdita, peraltro, ha dato luogo fino ad oggi al maggior numero di controversie in tema di responsabilità degli amministratori).

Il punto di equilibrio si traduce dunque in un'indicazione di metodo: in caso di danni conseguenti al mancato accertamento della perdita del capitale sociale non sussiste più quella presunzione di riferibilità del fatto all'intero consiglio che sussisteva nell'ordinamento previgente, ma si dovrà preliminarmente verificare se vi sia stata una carenza o una distorsione di informazione transitiva degli organi delegati non ragionevolmente percepibile dagli amministratori non esecutivi oppure una colpevole inattività da parte di questi ultimi rispetto a situazioni contabili che lasciavano emergere la necessità di più approfondita valutazione con eventuale riquilibratura di poste sopravvalutate o sottostimate dagli organi delegati .

Venendo al dovere di agire in modo informato - che può essere considerato come dovere tipico, in primis, degli amministratori - è opportuno premettere che, nell'ambito dei doveri

degli amministratori, si è soliti distinguere tra doveri a contenuto specifico e doveri a contenuto generico, tra i quali essenzialmente viene in rilievo il dovere di diligenza; nonostante questa distinzione, sul piano dei principi generali, non sia pacificamente condivisa, essa trova largo seguito in giurisprudenza e determina riflessi indiretti sulla distribuzione dell'onere della prova, nel senso che all'attore è sufficiente dare dimostrazione della violazione dell'obbligo, rimanendo a carico dell'amministratore convenuto fornire la prova liberatoria ex art. 1218 c.c..

L'attore ha un onere più intenso, in quanto deve offrire la prova che il modello concreto di condotta dell'amministratore non è conforme al modello astratto che questi avrebbe dovuto tenere .

Questa prova , tuttavia, è molto difficile stante l'indeterminatezza di contenuto della fattispecie gestione dell'impresa, concetto non autonomo, e non è agevolata dal carattere contrattuale dell'obbligazione, dato che nel caso in questione provare la negligenza è necessario per provare l'inadempimento del debitore.

Si può osservare che il dovere di agire in modo informato sembra costituire una categoria intermedia tra gli obblighi specifici posti dalla legge a carico degli amministratori e il dovere generico di diligenza.

Il dovere riflessivo di informazione è infatti generico nel senso che presenta un certo grado di indeterminatezza della fattispecie, che richiede un giudizio di sussunzione della condotta concreta in una fattispecie astratta elastica.

La specificità si esprime sia sull'oggetto dell'attività, influenzando sul concetto di gestione dell'impresa, sia sul modo, caratterizzando un profilo della diligenza; e ciò sempre considerando che la differenza tra oggetto e modo è in alcuni casi sfumata sia dal punto di vista dogmatico che dal punto di vista pratico .

Posto che la diligenza non possiede un profilo contenutistico predeterminato, rappresentando semplicemente l'adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine, la legge è pervenuta, attraverso il dovere riflessivo di informazione, a definirne un aspetto caratteristico di contenuto, pur attraverso la fisiologica elasticità che deve essere propria di un precetto così estensivamente applicabile .

Il dovere riflessivo di informazione presenta una rilevante differenza rispetto al dovere di diligenza: il dovere di diligenza dice poco circa cosa in concreto l'amministratore è tenuto a fare, non esprime cioè precisamente il contenuto materiale di tale situazione giuridica di sottoposizione; il dovere di agire in modo informato, di contro, presenta un profilo di

contenuto rappresentato da una definizione dell'oggetto della prestazione, vale a dire, gestire l'impresa essendo o divenendo informati, cioè compiendo un'attività di verifica e di istruttoria.

L'art. 2381, sesto comma, c.c., sembra letteralmente limitarsi a indicare una modalità dell'azione, occorre sottolineare che a questa modalità può essere connessa una precisa attività (informarsi), e non può dunque essere intesa come mera esecuzione della prestazione nello stesso significato in cui è intesa la diligenza.

Il dovere di azione informata, pur lasciando libera la direzione finale dell'azione, implica inesorabilmente la doverosità di una determinata attività di verifica, ricerca, selezione e utilizzo degli elementi di fatto che circondano la natura, lo scopo e il quadro di riferimento dell'azione gestoria che si intende porre in essere.

Lo stesso contribuisce dunque, in ultima analisi, a fissare un parametro normativo dell'attività sfuggente a ogni catalogazione concreta quale è la gestione dell'impresa.

Altro elemento significativo per una corretta informazione e per prevenire “vuoti” di disciplina che possono contribuire ad un sistema asimmetrico e “disinformato”, a scapito dell'ottimale funzionamento del mercato è la valutazione della condotta degli amministratori.

Detta valutazione della condotta dell'amministratore sembra così scindersi in due momenti:

il primo che attiene al quesito se egli, rispetto all'azione che si apprestava a compiere, risultava sufficientemente informato dall'inizio ovvero abbia successivamente acquisito un grado di informazione adeguato in forza dell'attività istruttoria che egli era tenuto a compiere una volta percepita l'insufficiente conoscenza della situazione di fatto;

il secondo, che attiene allo sforzo complessivo che egli ha prestato nell'esecuzione dell'attività, e che attiene al giudizio di diligenza propriamente detto .

Sul piano della sanzione, questa scomposizione in due fasi del dovere gestorio dell'amministratore agevola l'onere probatorio dell'attore, in quanto è sufficiente dimostrare l'inadeguatezza dell'istruttoria rispetto alla decisione imprenditoriale per arrivare a conseguenze giuridicamente rilevanti in termini di revoca o, dimostrato anche il nesso di causalità, di responsabilità: a tacere di quel terreno d'indagine che attiene all'annullamento delle deliberazioni consiliari .

In un giudizio fondato invece unicamente sulla violazione del dovere di diligenza, l'indeterminatezza sia del criterio valutativo che della stessa prestazione comportava la

necessità di ricostruire tutte le condotte astrattamente diligenti che il convenuto avrebbe potuto percorrere, per poi evidenziare che quella in concreto adottata esulava dal novero di esse.

Pertanto, come chiaramente evincibile dalla esemplificazione di cui sopra, nel mercato in genere (in quello in crisi nello specifico), la disponibilità delle informazioni non solo assume un ruolo fondamentale nei processi decisionali, ma rappresenta un vero e proprio dovere di trasparenza, che diventa dunque un valore di fondo del nuovo diritto commerciale dell'informazione.

§ 2. Lo Statuto dell'Informazione. Connessione tra dovere di agire in modo informato e dovere di diligenza. Informazione e Autoresponsabilità. Limiti all'affidamento e buona fede.

Attesa la differenza tra dovere di agire in modo informato e dovere di diligenza, è tuttavia anche opportuno chiarire i punti di contatto tra i due concetti e le interferenze che possono esservi.

Se il dovere di agire in modo informato ha carattere autonomo rispetto al dovere di diligenza, in quanto non è solo una modalità di adempimento dell'obbligazione ma presenta un contenuto che, per quanto generale, è determinato o determinabile, non si può negare che esso abbia le sue radici nel dovere di diligenza, che in verità abbraccia ogni attività degli amministratori rispetto alla gestione dell'impresa .

Agire in modo diligente significa in primo luogo agire in modo informato, e agire in modo informato significa adottare, o contribuire ad adottare, scelte che costituiscono il punto di arrivo di un percorso non necessariamente positivo, ma il cui possibile esito negativo sia stato valutato e consapevolmente accettato.

L'estrinsecazione della diligenza in un modello che investe anche il contenuto dell'obbligazione, non ha dunque valenza puramente descrittiva.

Non solo l'enunciazione normativa del dovere riflessivo di informazione fa comprendere che l'attività cui essa si riferisce rappresenta la prima e più significativa modalità di espressione della diligenza dell'amministratore, ma permetterà di applicare alla nuova

norma i parametri propri del dovere di diligenza, cioè la natura dell'incarico e le specifiche competenze dell'amministratore, che costituiscono la chiave interpretativa che dovrebbe consentire soddisfacenti risultati valutativi .

E' necessario, ancora, chiarire se e quale influenza possano avere i principi di corretta amministrazione menzionati dall'art. 2403 c.c. e dall'art. 149 TUIF per il modello tradizionale e per quello dualistico .

Nasce l'impressione che i principi di corretta amministrazione costituiscano un'espressione tautologica rispetto al diligente amministrare che deve caratterizzare le modalità di svolgimento dell'attività gestoria il dovere riflessivo di informazione .

Lascia peraltro aperti numerosi interrogativi la tesi secondo cui la formula dei principi di corretta amministrazione enuncerebbe un *quid pluris* rispetto al canone di diligenza professionale espresso dall'art. 2392 c.c., in quanto corretto amministratore è colui che persegue le soluzioni più efficaci, non colui che si limita a rispettare lo standard minimo legale per non incorrere in responsabilità: colui che non conduca una gestione sociale eccessivamente *risk adverse* e come tale poco efficiente .

Le conseguenze di questa tesi vengono individuate nella possibilità di revoca dell'amministratore per giusta causa per mancata efficacia delle scelte, nonché nell'estensione del controllo da parte dei sindaci al merito della gestione non già in termini di valutazione dell'efficienza delle singole opzioni amministrative, bensì in termini di valutazione complessiva di tendenziale efficienza, o quantomeno di non preminenza della ricerca dell'esclusione del rischio di responsabilità a scapito dell'efficienza stessa .

A tale impostazione si deve tuttavia obiettare che il livello di propensione al rischio, il cui legame con l'efficienza è incerto, rappresenta in ogni caso un fattore soggettivo che rientra nella discrezionalità dell'azione amministrativa.

Esso è riassunto nel rapporto fiduciario tra società e gestore che si instaura al momento della nomina e dell'eventuale rinnovo dell'incarico, ma che non può tradursi in un motivo di censura in costanza di rapporto, salvo nel caso in cui l'« inefficienza » dipenda da una precisa violazione di doveri fiduciari ex art. 2391 c.c. o di altri obblighi specificamente posti dalla legge.

Il concetto di corretto amministratore⁹⁷ è quello di colui che sappia adattarsi tempestivamente alle mutevoli situazioni del mercato passando con rapidità da iniziative

⁹⁷ Vedasi, ex multis, L. Salvato, Problemi di valutazione dei crediti e dei debiti nel bilancio d'esercizio negli orientamenti della giurisprudenza dal "vecchio" al "nuovo" sistema, in *Giurisprudenza commerciale* 1995, 02, 259.

altamente rischiose, e dunque potenzialmente molto profittevoli, fino ad atteggiamenti che possono appiattirsi sul criterio dell'economicità in situazioni di mercato meno facili, in modo da consentire la continuità dell'impresa nei più diversi quadri economici di riferimento .

Il concetto di efficienza, d'altro canto, è un ambito estremamente opinabile, che si modifica in relazione al criterio e alle variabili accolte dall'organo decisionale: la più comune delle quali è legata al fattore temporale considerato, sì che scelte apparentemente inefficienti nel breve periodo possono rivelarsi strategicamente profittevoli in un arco temporale più esteso e viceversa .

Il dubbio che i principi di corretta amministrazione siano sostanzialmente un'ipostatizzazione della categoria civilistica della diligenza professionale richiesta dall'art. 2392 c.c., e dunque non siano in grado, in quanto tali, di fornire apporti significativi rispetto alla ricerca del contenuto e dei limiti del dovere riflessivo di informazione, trova conferma nel documento che, pur non avendo un valore normativo, ha assunto una progressiva influenza nella prassi, e cioè il testo dei «Nuovi principi di comportamento del Collegio sindacale nelle società quotate e controllate dalle quotate», il cui art. 2.2 si occupa della vigilanza sui « principi di corretta amministrazione » .

La vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione si sostanzia nel verificare la conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica posti dalla scienza dell'economia aziendale.

Il Collegio Sindacale verifica che gli amministratori non abbiano trascurato di assumere sufficienti informazioni in relazione all'operazione e che abbiano posto in essere tutte le cautele e verifiche preventive normalmente richieste per la scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità; l'accento è dunque posto sulla fase istruttoria della decisione imprenditoriale.

I principi di corretta amministrazione sembrano riassumersi nell'adozione di procedure decisionali adeguate, che includono la raccolta e l'elaborazione di informazioni pertinenti, nonché nell'evitare operazioni manifestamente irragionevoli, in conflitto di interessi o estranee all'oggetto sociale. Ciò è molto vicino al formante giurisprudenziale italiano in tema di diligenza e di dovere di azione informata.

Fermo quanto sopra, si è poi detto come il bene informazione rappresenti il punto di equilibrio per un mercato simmetrico e dunque funzionale.

A questo punto pare opportuno analizzare alcuni peculiari aspetti degli obblighi informativi dell'impresa e le connessioni con i principi generali del nostro Codice Civile, fra cui la

buona fede e l'affidamento nonché la responsabilità precontrattuale; ciò anche con una analisi di alcune ipotesi patologiche determinate proprio da una situazione di asimmetria informativa.

Prima di entrare nel merito del discorso relativo agli obblighi informativi a carico dei soggetti che operano nel mondo dell'impresa, è opportuno soffermarsi brevemente, a titolo di premessa, sull'informazione societaria e sulle figure "patologiche" che possono venire a crearsi come conseguenza di comportamenti scorretti da parte degli operatori⁹⁸.

Questa premessa, lungi dal voler annoiare chi legge, sembra al contrario necessaria poiché si inserisce nella più ampia tematica relativa alla buona fede e all'affidamento.

Innanzitutto, va fornita una definizione di realtà di impresa: essa è identificabile come un sistema aperto caratterizzato al suo interno dalla presenza di fenomeni, principi e concetti legati tra loro da relazioni di interdipendenza. In questo contesto la comunicazione di impresa si pone pertanto, come strumento necessario affinché una determinata strategia sia prescelta e implementata con successo.

In particolare, dal punto di vista interno all'impresa, essa può essere rappresentata come un insieme di capacità umane, organizzate in strutture articolate e dotate di ampia autonomia decisionale in ambito gestionale; l'unitarietà dell'intera struttura è garantita dal perseguimento dell'obiettivo comune e, quindi, dal perseguimento della strategia scelta, che deve quindi essere conosciuta e condivisa da tutti i soggetti aziendali.

La comunicazione interna risponde all'esigenza di creare una cultura aziendale costituita da valori, obiettivi, progetti e visioni comuni e svolge un ruolo formativo prima che informativo, basato sulla diffusione dei valori-guida e dei valori professionali necessari all'organizzazione.

Relativamente al piano esterno, va detto che ogni azienda non riconosce la sua ragion d'essere nell'ambito della propria struttura interna, ma nel suo interagire con l'esterno; infatti i sistemi d'azienda sono aperti e come tali devono collocare sempre all'esterno i prodotti finali del loro processo produttivo, devono agire e svilupparsi in un determinato contesto sociale e naturale. Inoltre, è agevole comprendere che il successo delle strategie adottate dipende dal grado di accettazione e di apprezzamento manifestato dall'ambiente esterno nei confronti delle decisioni dell'azienda e della cultura a cui la stessa si ispira.

⁹⁸ Il riferimento è al cd. *insider trading* e all'aggiotaggio, sul punto vedasi l'interessante scritto di Alberto Crespi, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in Banca borsa tit. cred. 2009, 02, 107.

Dal momento che la comunicazione esterna permette al pubblico di verificare la coerenza della strategia aziendale con il proprio sistema di valori, nei tempi relativamente brevi dettati dal rapido ritmo di evoluzione imposto dalla concorrenza e dalla tecnologia, essa si pone come condizione necessaria, anche se non sufficiente, affinché l'impresa raggiunga i suoi fini istituzionali.

Nonostante l'impresa sia per definizione depositaria di tutte le informazioni relative al suo agire economico, essa non gode di una posizione propriamente monopolistica nella produzione e nella diffusione al pubblico di queste ultime, in quanto i soggetti esterni possono venire a conoscenza della situazione particolare dell'impresa osservandone quei comportamenti aventi un attendibile valore segnaletico.

La comunicazione d'impresa può, in altre parole, anche essere realizzata direttamente dalla direzione amministrativa o finanziaria dell'impresa, oppure tramite un'azienda finanziaria o un analista finanziario.

Anche il veicolo attraverso cui l'informazione si diffonde non è unico e può essere costituito da grafici e/o da indicatori di performance economico-finanziaria oppure può coincidere con la relazione trimestrale o il bilancio d'esercizio che per definizione descrivono l'andamento economico di un'impresa.

L'analisi delle caratteristiche dell'intero processo di veicolazione del messaggio permette, poi, di distinguere il concetto di informazione da quello più ampio e complesso di comunicazione relativo alla trasmissione di valori non standardizzati. Il primo concetto, a differenza del secondo, risulta legato essenzialmente agli obblighi normativi di trasmettere dati e notizie relativi alla vita dell'azienda, dal momento che le norme indicano gli standard predefiniti entro cui il processo di diffusione deve avvenire. Nonostante tale differenza, il momento dell'informazione non deve essere necessariamente distinto da quello della comunicazione.

Le società quotate, ossia quelle chiamate al maggior numero di adempimenti informativi, potrebbero, infatti, essere incentivate a trasformare le circostanze in cui hanno l'obbligo di diffondere informazioni in vere e proprie occasioni di comunicazione volontaria anche grazie all'apporto delle nuove tecnologie. Ad esempio, dopo aver adempiuto l'obbligo di diffusione di un comunicato stampa in occasione della divulgazione dei dati annuali, l'azienda può decidere di inserire tale documento sul proprio sito Internet oppure di inviare lo stesso via mail ad analisti, investitori istituzionali, giornalisti e *providers* di informazione economico-finanziaria on-line, i cui siti sono visitati dai cosiddetti *day-traders* che

quotidianamente ricercano informazioni utili per le loro scelte di investimento. Infine, i contenuti del messaggio possono essere informazioni quantitative e/o qualitative, relative all'andamento economico dell'impresa oppure alle caratteristiche tecniche dei prodotti finanziari da essa offerti.

Si sottolinea che, oltre alla presenza di sempre maggiori obblighi informativi a carico delle società, l'accresciuta importanza rivestita dall'informazione societaria negli ultimi anni è certamente legata alla funzione sociale svolta dall'impresa e all'interdipendenza delle decisioni prese da tutti gli operatori economici e, all'ampio sviluppo dei mercati finanziari che hanno assunto notevole rilevanza soprattutto nel processo di ricerca dei fondi da parte delle imprese stesse.

Relativamente a questi due fattori, l'informativa societaria svolge una funzione sostanzialmente di tipo strumentale e si pone come il mezzo utilizzato dalle diverse classi di interesse presenti nelle società per ottenere informazioni fondamentali al fine di prendere decisioni economiche di vario tipo. Come strumento di conoscenza, essa è chiamata a svolgere una duplice funzione: una funzione realmente informativa quando offre *ex ante* la possibilità di compiere scelte razionali di investimento e di disinvestimento, e una funzione di rendicontazione quando, *ex post*, fornisce gli strumenti per valutare correttamente e compiutamente le scelte effettuate in precedenza.

Conseguentemente, l'informativa societaria non si identifica come un singolo flusso, ma come la combinazione di diverse forme di informativa, che variano a seconda dei soggetti coinvolti. In merito si può parlare, quindi, di domanda e offerta di informazione societaria⁹⁹. Tra i soggetti che domandano informazioni si possono enucleare i manager, i quali grazie al potere che detengono possono influenzare le decisioni dell'assemblea e verificarne la loro successiva attuazione; ma contemporaneamente essi sono anche i soggetti più impegnati nella produzione di informazioni e rappresentano la principale fonte di conoscenza per tutti coloro che instaurano rapporti con la società.

In secondo luogo, vi sono gli azionisti: in particolare, quelli di maggioranza devono verificare gli effetti prodotti dall'attuazione delle strategie aziendali, quelli di minoranza hanno l'esigenza di adottare meccanismi di controllo sull'attività di chi detiene un pacchetto di maggioranza. Inoltre, si ricordano i prestatori di lavoro: quelli con mansioni direttive si impegnano a disporre gli adeguati flussi informativi al fine di monitorare i

⁹⁹ Cfr. Petracchi B., *Informativa societaria e abusi di mercato*, Roma 2007.

risultati operativi conseguiti dall'impresa, le attese informative dei secondi, invece, sono legate essenzialmente all'esigenza di conoscere la situazione economico-finanziaria dell'impresa per formulare correttamente richieste nel processo di contrattazione collettiva. Infine, il lato della domanda comprende tutti i soggetti che interagiscono con l'impresa ossia i clienti, i fornitori, i finanziatori e i pubblici poteri, e l'elenco potrebbe essere arricchito con il riferimento ad analisti, consulenti finanziari, banche dati, società di revisione e di rating. Dal lato dell'offerta sono presenti le autorità di vigilanza, le società di gestione dei mercati e quelli che ricoprono particolari cariche all'interno delle società.

A questo punto si vuole accennare a quei comportamenti patologici che sono causati da asimmetrie informative dei mercati, e che sono riconducibili all'abuso di mercato. Il riferimento è a due distinte fattispecie: l'abuso di informazioni privilegiate (o *insider trading*) e la manipolazione (o aggio). La prima locuzione indica l'attività di negoziazione di valori mobiliari effettuata, anche per interposta persona, di solito su mercati organizzati, da soggetti capaci in qualche modo di disporre di informazioni privilegiate relativamente a titoli azionari; la seconda definizione è relativa all'attività di colui che turba l'ordine del mercato divulgando notizie false, esagerate o tendenziose o adoperando altri artifici capaci di provocare un aumento o una diminuzione dei valori ammessi nelle liste di borsa. Le due condotte appena definite si differenziano per due fondamentali aspetti: l'elemento informativo e il tipo di efficienza minacciato dalla loro presenza. Per quanto riguarda il primo elemento, mentre l'*insider trading* si configura con la presenza di alcuni soggetti meglio informati che traggono illecito vantaggio dal possesso di una reale informazione riservata, la manipolazione presuppone la diffusione di una notizia falsa, esagerata o, comunque, tale da trarre in inganno il pubblico. Per quel che attiene al secondo elemento, se l'*insider trading* minaccia l'efficienza sul piano informativo e anticipa gli effetti di una variazione sul prezzo del titolo, la manipolazione, considerata una frode collettiva o una trappola tesa al grande pubblico, minaccia l'efficienza valutativo-allocazione in quanto, essendo basata sull'adozione di comportamenti diretti a falsare il corso dei titoli, impedisce ai prezzi di riflettere il valore intrinseco degli stessi.

In materia di *insider trading* sono state elaborate molte teorie¹⁰⁰, ma l'aspetto che interessa principalmente in questa sede è sottolineare come, in generale, le turbative al

¹⁰⁰ In particolare si ricordano le teorie degli autori appartenenti alla cosiddetta Scuola di Chicago, i quali ritengono che la condotta in esame produca effetti positivi, ossia una maggiore coincidenza di interessi tra i manager e gli azionisti che dovrebbe assicurare una maggiore efficienza nella gestione; inoltre, le speculazioni sui titoli quotati da parte degli

corretto funzionamento del mercato causate dall'*insider trading* implicino una perdita di fiducia nella correttezza e integrità del mercato stesso, la quale, oltre a disincentivare l'investimento azionario e a ridurre la sua liquidità, comporta l'incremento dei costi di transazione e l'insorgere di disincentivi all'attività di ricerca. Si condivide pertanto, la tesi per la quale tra l'*insider* e la società intercorre un rapporto fiduciario e per cui incombe sull'*insider* medesimo l'obbligo di rispettare un più elevato standard di correttezza e buona fede, coincidente con l'astensione dal compiere operazioni borsistiche sulla base di notizie riservate relative alla società stessa¹⁰¹.

La seconda condotta attinente all'area degli abusi di mercato è il cosiddetto aggio su strumenti finanziari o manipolazione di mercato. In generale, la possibilità di alterare i prezzi di mercato deriva dall'assenza di trasparenza totale o, meglio, da quel grado di asimmetria informativa che caratterizza tutti i sistemi di scambio; in tale specifico contesto il manipolatore può generare o supportare condotte, di solito ingannatorie, capaci di modificare le condizioni di efficienza del mercato. In particolare, la fraudolenta alterazione del corretto processo di formazione dei prezzi di mercato non si esaurisce nella descrizione del fenomeno manipolativo, ma si iscrive nel più ampio genere delle ipotesi di fallimento della funzione allocativa del mercato stesso; in proposito è opportuno precisare che non tutte le potenziali modifiche funzionali del mercato sono illecite, ma possono essere definite tali soltanto quelle determinate da condotte atte principalmente a ledere l'intento di minimizzare i costi di transazione al quale risulta diretto qualsiasi sistema organizzato di scambi. Per questo motivo ogni comportamento manipolativo è connotato non solo dall'attitudine ingannatoria, ma anche dall'oggettiva e preminente idoneità dello stesso ad influenzare il corretto funzionamento del mercato.

Pertanto, è evidente che entrambi i comportamenti esaminati si caratterizzano per una lesione del principio del legittimo affidamento a danno degli utenti del sistema economico e, conseguentemente, della buona fede da loro stessi riposta negli operatori del sistema.

Giunti a questo punto, ci si soffermerà sugli obblighi informativi e, quindi, sul dovere di diligenza che grava sugli operatori specializzati del sistema, ossia gli intermediari, e si esaminerà altresì, il rapporto intercorrente tra tale condotta e i comportamenti dei singoli

insiders dovrebbe far muovere i prezzi di tali titoli più rapidamente verso un livello che considera anche le informazioni cui essi hanno accesso esclusivo, migliorando in tal modo la funzione segnaletica dei prezzi di mercato. (Manne, Haft e Grossmann). Un secondo gruppo di autori, viceversa, riconosce il carattere dannoso della condotta dell'*insider*, sottolineando la capacità degli operatori economici di autotutelarsi senza bisogno di una normativa specifica (Manove).

¹⁰¹ Cfr. teoria di De George, il quale sostiene che lo sfruttamento borsistico di informazioni riservate dovrebbe essere punito genericamente per la sua immoralità.

risparmiatori-investitori, i quali, nonostante la presunzione del legittimo affidamento, conservano in ogni caso l'onere di agire in modo informato.

Si è avuto modo di comprendere che l'informazione ha la capacità di incidere positivamente in varie direzioni: sulla tutela dell'investitore, che è messo in grado di compiere scelte patrimoniali consapevoli, sulla salvaguardia della funzionalità del mercato, connessa al grado di sicurezza offerta ai singoli operatori e sull'espansione del sistema economico complessivamente considerato.

Pertanto, affinché tali effetti positivi si realizzino pienamente, è necessario che il flusso delle notizie non si arresti alla ristretta cerchia degli specialisti, ma raggiunga tendenzialmente tutti gli operatori interessati, rendendo possibili reazioni consapevoli anche da parte degli investitori meno esperti.

I principali soggetti di questo processo di divulgazione dell'informazione sono la stampa e gli intermediari, cioè quegli operatori specializzati con cui i risparmiatori entrano in contatto diretto quando decidono di collocare le proprie eccedenze sul mercato dei capitali. Si deve rilevare che, per molti investitori, soprattutto i più piccoli, il contatto con l'intermediario costituisce l'unica occasione per acquisire consapevolezza del tipo di "ambiente" in cui sono chiamati a prendere le proprie decisioni; pertanto, si condivide il giudizio di quanti ravvisano nella disciplina degli obblighi di comportamento degli intermediari, con particolare riferimento al dovere di informazione, il necessario supporto di ogni regime giuridico del mercato dei capitali che voglia essere davvero coerente con la filosofia della "trasparenza"¹⁰².

L'esperienza pratica e la riflessione teorica hanno evidenziato una pluralità di ipotesi in cui entra in gioco la responsabilità dell'intermediario per fatti concernenti l'informazione: dall'ipotesi elementare della produzione diretta di notizie false al caso della divulgazione di notizie false prodotte da altri, fino a giungere alla responsabilità per consiglio o raccomandazione di investimenti.

Alla luce di quanto osservato, sembra rilevante chiedersi se ed in quali limiti l'intermediario debba farsi carico di comunicare al cliente eventuali notizie suscettibili di influenzare la valutazione di un determinato affare e, di conseguenza, in che misura egli possa essere ritenuto responsabile in caso di mancato avviso.

¹⁰² Cfr. Abbadessa P., *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, in "L'informazione societaria: atti del convegno internazionale di studi: Venezia 5-6-7 novembre 1981, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano. Milano 1982, vol. I, p. 449.

Inizialmente, la disciplina normativa vigente in Italia su questa materia era costituita unicamente dal codice civile, grazie al quale il legislatore aveva stabilito il principio generale della chiarezza e della precisione per l'informativa al pubblico e aveva previsto per le società quotate e non un contenuto minimo per il bilancio di esercizio¹⁰³. Successivamente, a partire dagli anni Sessanta, il chiaro affermarsi di un nuovo orientamento giurisprudenziale contribuiva allo sviluppo della funzione informativa svolta dal bilancio di esercizio: la tendenza sempre più frequente dei tribunali di merito ad annullare i bilanci poco esaustivi impugnati da azionisti di minoranza induceva le società per azioni ad ampliare il volume e il dettaglio delle informazioni fornite al pubblico. A metà degli anni Settanta il legislatore effettuava un ulteriore intervento diretto a soddisfare l'esigenza manifestata da più parti di una profonda riforma della disciplina del mercato mobiliare e adottava la legge 7 giugno 1974, n. 216. In primo luogo, quest'ultima istituisce la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) cui è affidato il compito di verificare la completezza e la veridicità dell'informazione offerta dalla società agli investitori, che non è più dovuta solo all'investitore attuale o al socio, ma anche all'investitore potenziale. Nell'espletamento delle sue funzioni la CONSOB ha il potere di richiedere agli emittenti la comunicazione di dati, notizie e documenti, di procedere ad ispezioni e di assumere direttamente notizie e chiarimenti presso determinati soggetti (amministratori, sindaci, revisori, direttori generali). Nonostante questo, le informazioni in tal modo ottenute non sono ancora destinate alla divulgazione in quanto si prevede che la CONSOB possa (e non debba) richiedere che siano "resi pubblici dati e notizie necessari per l'informazione del pubblico".

In seguito, si ricorda la prima norma contro l'*insider trading*, legge 17 maggio 1991, n. 157, che rappresenta l'inizio della seconda importante fase del processo di riforma dell'informativa societaria nel nostro paese. In attuazione dell'art. 6 di questa legge, che ha affidato alla CONSOB il compito di stabilire con regolamento le modalità, i termini e le condizioni dell'informativa al pubblico, è stato emanato il regolamento CONSOB n. 5553/1991, che definisce un nuovo sistema della trasparenza basato su un'informativa continua ed automatica, sostanzialmente svincolata dagli adempimenti codicistici, che

¹⁰³ Si tratta dello stato patrimoniale, del conto economico e della nota integrativa arricchiti dalle relazioni degli amministratori e del collegio sindacale. Gli artt. 2423-2425 c.c. rappresentano ancora oggi il solo strumento di informazione contabile sull'andamento degli affari sociali previsto dalla legge per gli azionisti e i creditori, anche se è necessario ricordare la divulgazione della cosiddetta informazione extracontabile relativa alle strategie aziendali e alle eventuali prospettive di sviluppo garantita da successivi interventi legislativi.

peraltro considera, e che si propone di prevenire la possibilità di sfruttamento illecito dell'informazione riservata. Oltre, infatti, a indicare nuovamente il rispetto degli adempimenti richiesti dal codice civile e, quindi, degli obblighi informativi periodici ed episodici, la nuova normativa introduce il concetto di informazione rilevante, ossia di quel tipo di notizia capace di influenzare sensibilmente il prezzo dei titoli cui si riferisce. Un aspetto importante, che interessa in questa sede, riguarda l'art. 5 della delibera CONSOB, il quale prevede che le società comunichino i fatti rilevanti direttamente al pubblico, su loro iniziativa, prescindendo da una specifica richiesta della CONSOB¹⁰⁴.

La terza ed ultima fase della riforma in materia di informativa societaria è rappresentata dall'entrata in vigore del D.lgs. 58/1998 (Testo Unico della Finanza)¹⁰⁵: esso svolge essenzialmente un'opera di delegificazione, limitandosi a fissare alcuni principi guida al fine di attribuire alla regolamentazione secondaria il compito di disciplinare in dettaglio le diverse materie anche se nell'ambito di precise deleghe.

Il primo elemento di novità della norma in esame è rappresentato dalla maggiore flessibilità operativa determinata dall'aumentato ricorso alla regolamentazione secondaria e dall'importanza crescente concessa all'autoregolamentazione da parte degli operatori dei mercati, resa possibile grazie alla privatizzazione degli stessi. La seconda importante innovazione è l'estensione della normativa dell'informativa societaria agli emittenti di azioni o obbligazioni diffuse tra il pubblico, non quotati in mercati organizzati, con un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di azionisti o di obbligazionisti superiore a duecento.

Da questo breve *excursus* della normativa italiana del settore si evince la sussistenza di determinati obblighi di comportamento ai quali devono attenersi gli intermediari, ma non sembra risolto il problema della responsabilità di tali soggetti, che va affrontato alla luce della comune disciplina contrattuale¹⁰⁶.

Il nodo centrale, come si è accennato, attiene all'affidamento che viene ingenerato nel risparmiatore-investitore a causa della posizione qualificata rivestita dall'intermediario e, soprattutto al principio della buona fede contrattuale che informa questo tipo di rapporti: in

¹⁰⁴ La CONSOB esplica in questo caso solo un controllo a posteriori.

¹⁰⁵ Il TUF è stato recentemente rinnovato in seguito al recepimento in Italia delle nuove direttive europee emanate nell'ambito della realizzazione del *Financial Service Plan Action*.

¹⁰⁶ Altri soggetti sui quali gravano obblighi di informazione sono ad esempio gli amministratori delegati: in proposito si veda Cagnasso O., *I doveri di informazione degli amministratori investiti di potere delegato*, in Atti del convegno internazionale di studi di Venezia [...], *op. cit.* Riguardo al diritto di informazione dell'azionista sulle partecipazioni azionarie, Campobasso G., *L'informazione dell'azionista sulle partecipazioni azionarie*, in *op. ult. cit.* Infine, sul diritto di informazione del socio in assemblea, Casella M., *L'informazione in assemblea*, *op. ult. cit.*

particolare, se e in quali limiti la buona fede può essere invocata dall'intermediario, o da altri soggetti specializzati, per non incorrere in responsabilità.

In merito si sottolinea che, nell'esame della disciplina contrattuale comune, vi sono stati alcuni autori che hanno ricondotto l'ordine di borsa all'istituto della mediazione¹⁰⁷, altri prendono avvio dalla disciplina del mandato¹⁰⁸: infatti, dal combinato disposto degli artt. 1710, secondo comma e 1711, secondo comma c.c. si evince che il mandatario è tenuto a rivelare al mandante tutte le circostanze a lui ignote capaci di determinare la revoca o la modifica dell'incarico. In proposito si potrebbe obiettare che tale obbligo è legislativamente previsto con riferimento ad un rapporto contrattuale in corso, e quindi in presenza di un incarico già definitivo, mentre l'investitore necessita di essere informato prima di prendere una qualsiasi decisione. Tuttavia, va dato giusto rilievo al principio sancito dall'art. 1337 c.c., in base al quale si può "anticipare" la vigenza dell'obbligo alla fase che precede l'attribuzione formale dell'incarico¹⁰⁹. Pertanto, non agirebbe secondo buona fede l'aspirante commissionario che, essendo a conoscenza di talune delle citate circostanze, decidesse di tacerle prima di ricevere l'incarico, riservandosi di rivelarle solo in seguito. Tanto il mediatore quanto il commissionario sono tenuti a comunicare al proprio cliente esclusivamente le informazioni loro note, ed essi non rispondono delle notizie conosciute sebbene conoscibili.

Diverso è il caso dell'intermediario che si presenta al cliente quale specialista del settore, come di regola avviene nel campo degli investimenti di capitali. Tale qualifica legittima il cliente a ritenere che il mediatore o il commissionario siano in possesso di tutte le notizie influenti reperibili sul mercato e a fare, di conseguenza, pieno affidamento sull'informazione che essi sono tenuti a fornirgli. Pertanto, chi si presenta come specialista, suscitando nella controparte concreti affidamenti, non può successivamente in buona fede declinare la propria ignoranza relativamente a circostanze acquisibili con l'ordinaria diligenza¹¹⁰.

Le notizie che l'intermediario ha l'obbligo di trasmettere ai propri clienti possono avere il contenuto più vario, potendosi riferire al mercato in generale o al mercato del singolo titolo; deve comunque trattarsi di notizie influenti, intendendosi per tali quelle notizie rispetto alle

¹⁰⁷ Il codice fa espressamente carico al mediatore di "comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possano influire sulla conclusione di esso" (art. 1759, primo comma c.c.).

¹⁰⁸ Secondo Abbadessa P., *op. cit.*, questa è la soluzione preferibile.

¹⁰⁹ Così Abbadessa P., in *op. cit.*, e in *Banca e responsabilità precontrattuale: i doveri di informazione*, in *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, pp. 293 ss.

¹¹⁰ Cfr. Abbadessa P., in *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, *op.cit.*

quali l'intermediario può ragionevolmente presumere che il cliente, venendone a conoscenza, possa essere indotto a modificare i termini dell'operazione intrapresa. Al fine di stabilire se una data notizia è o meno influente, può essere importante puntare l'attenzione sulla qualità del cliente, in quanto vi sono notizie che agli occhi di un risparmiatore possono apparire irrilevanti, ma che uno speculatore potrebbe invece giudicare fortemente significative. La qualità di speculatore del cliente, se da un lato accresce la quantità di informazioni che l'intermediario è tenuto a fornirgli, per altro verso la diminuisce, in quanto l'intermediario può legittimamente presumere che una fascia di informazioni, in particolare quelle di carattere più generale, siano già in possesso del suo interlocutore.

Un'altra precisazione importante riguarda l'obbligo dell'intermediario di comunicare al cliente non soltanto le notizie effettivamente conosciute ma anche quelle conoscibili¹¹¹. Inoltre, l'informazione deve essere vera, completa e chiara.

Riguardo alla verità delle informazioni, ci si chiede se l'intermediario sia tenuto ad indagare per accertare la veridicità delle informazioni raccolte: riprendendo un concetto già espresso, la qualità di specialista crea nel cliente una serie di aspettative e affidamenti, tra cui sicuramente quello di ricevere un'informazione adeguatamente controllata, che il principio di buona fede non consente di lasciare delusi, tanto più se si considera che l'intermediario riesce a collocare con maggior facilità i suoi servizi proprio perché i clienti si aspettano da lui una prestazione particolarmente qualificata. Riguardo all'obbligo di chiarezza, esso impone che le notizie siano riferite in termini tali da riuscire pienamente comprensibili all'interlocutore, considerato il livello di preparazione specifica che egli dimostra di possedere: l'intermediario è tenuto non solo a chiarire i fatti in sé, ma anche ad aiutare il cliente ad interpretarli nel loro significato economico.

Ci si chiede inoltre, se e in che limiti l'intermediario conservi l'obbligo di informazioni in caso di eventuali notizie ancora riservate¹¹²; la questione è stata risolta nel senso che l'obbligo va circoscritto alle sole notizie che egli può legittimamente rivelare. Si tende ad interpretare le ipotesi in cui l'intermediario può legittimamente derogare al segreto con una certa elasticità¹¹³: ad esempio, nel caso di notizia che la società è tenuta per legge a pubblicare, essa non può dirsi in alcun modo portatrice di un interesse giuridicamente

¹¹¹ Nel caso dell'intermediario specialista, come si è già detto.

¹¹² Questo problema si pone essenzialmente per le banche, le quali, per il tipo di attività svolta (creditizia, servizi alla clientela) hanno continue occasioni di raccogliere informazioni influenti circa i titoli negoziati con il loro intervento.

¹¹³ Cfr. Abbadessa P., *op. ult. cit.*, p. 455.

apprezzabile alla conservazione del segreto, per cui è da ritenere che l'intermediario resti libero di passare ad altri l'informazione. Lo stesso deve dirsi nel caso in cui rivelare un segreto sia stato necessario per non rendersi complice, sia pure moralmente, di un inganno ordito a danno di terzi: infatti resta esclusa ogni ipotesi di violazione del diritto alla "riservatezza" in quanto corollario della normativa generale di correttezza¹¹⁴.

Nel caso in cui l'intermediario operi in veste di mediatore *imparziale*, ossia quando sussistono i presupposti per un'integrale applicazione dell'art. 1759, primo comma, non vi è dubbio che tutte le informazioni comunicate ad una delle parti vadano messe a disposizione anche dell'altra; tuttavia, nella pratica questa è un'ipotesi eccezionale: infatti, nel settore dei titoli di investimento l'intermediario opera di regola come "collaboratore" di una delle parti, senza assumere conseguentemente nessun obbligo, in particolare di informazione, verso l'altra. Ci si chiede, allora, se sia lecito non rivelare ad essa alcuna notizia. In proposito si ritiene¹¹⁵ che anche nelle operazioni di puro scambio, se uno dei trattanti gode di una posizione di vantaggio, con l'uso dell'ordinaria diligenza, nell'accesso ad una notizia significativa, esso è tenuto, in forza del principio di solidarietà ed in particolare del dovere di buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.) a non tenere l'informazione solo per sé, ma a comunicarla alla controparte. La competizione contrattuale va infatti considerata del tutto legittima finché si svolge fra soggetti che hanno all'incirca eguali opportunità, ma quando tale presupposto fa difetto essa inevitabilmente decade a pura sopraffazione del più "debole". E non si può dubitare che un simile comportamento risulti radicalmente contrario ai valori canonizzati nella Carta costituzionale (art. 3, secondo comma), al principio di buona fede e alla stessa funzionalità del mercato.

I doveri di informazione riguardano l'intermediario, sia che esso operi come commissionario, e quindi come controparte diretta del terzo, sia che esso si astenga dallo spendere il proprio nome, limitandosi ad intervenire come rappresentante, o più semplicemente, a mettere in contatto il proprio cliente con un altro operatore disposto a fornirgli la contropartita. Il dovere di buona fede precontrattuale non si rivolge, infatti, alle

¹¹⁴ Altra ipotesi di legittima divulgazione di notizie riservate è stata individuata con riferimento delle "informazioni bancarie".

¹¹⁵ Cfr. Abbadessa P., *op. ult. cit.*, p. 457.

sole parti del futuro contratto, ma a tutti coloro che partecipano, con vari ruoli alla sua formazione¹¹⁶.

Un vantaggio informativo incolmabile, tale da far prevalere le ragioni della solidarietà sulla forza degli interessi, sussiste sia quando l'intermediario specialista si trova di fronte, in una transazione diretta, un operatore inesperto, sia quando l'intermediario è in possesso di notizie significative riservate. In entrambi i casi il terzo non è in grado di competere ad armi pari: da ciò il suo diritto ad essere adeguatamente informato.

Agli obblighi informativi degli intermediari fa da contraltare il dovere di agire in modo informato dei risparmiatori al momento dell'investimento azionario.

Questa tematica è strettamente connessa al regime della pubblicità nel diritto societario, infatti non è difficile comprendere che il discorso sul diritto all'informazione e il discorso sul regime della pubblicità deve essere unico¹¹⁷.

L'organo di controllo pubblico deve mirare, attraverso una completa, particolareggiata e veritiera informazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, ad un duplice obiettivo: tutelare il risparmio e il risparmiatore al momento dell'investimento azionario, in modo che la scelta sia fatta consapevolmente e con la conoscenza di tutti i dati rilevanti. Sostanzialmente, l'organo di controllo pubblico deve assumere su di sé, trasformandolo in obbligo, l'onere di conoscenza del singolo, fornendo le informazioni utili e necessarie, sia agli azionisti presenti che agli azionisti futuri.

In questo modo si configurano, attraverso l'organo pubblico di controllo, standard doverosi di informazione che fanno perno non più tanto sul tradizionale onere a carico dei destinatari dell'informazione, ma su un obbligo o dovere di informazione esterno, a carico degli organi gestori della società e della stessa CONSOB.

Pertanto, si sottolinea come l'obbligo di conoscenza del singolo strettamente collegato alla tematica della pubblicità e della trasparenza del mercato¹¹⁸, costituisca un limite all'affidamento del risparmiatore-investitore, nel senso che quest'ultimo non sempre potrà

¹¹⁶ In caso contrario, infatti, la posizione del trattante resterebbe insufficientemente garantita. Il dovere di buona fede non crea a favore dell'altra parte un catalogo predeterminato di pretese, ma fa scaturire queste dal complesso di circostanze che accompagnano il comportamento dell'agente. E' pertanto possibile che una vicenda insuscettibile di determinare censure a carico del rappresentato sia valutata come fonte di responsabilità per il rappresentante. Se, ad esempio, il rappresentante a causa delle trattative viene a conoscenza di una notizia che la controparte ha interesse a non divulgare, sarà il solo rappresentante ad essere vincolato al segreto, non il rappresentato che ignora la notizia e dal quale, di conseguenza, la buona fede nulla può esigere in proposito.

¹¹⁷ Su questo punto si veda Bocchini E., *Informazione societaria e regime della pubblicità*, in Atti del convegno internazionale di studi di Venezia [...], Milano, 1982, pp. 551 ss.

¹¹⁸ Il riferimento è anche alla normativa successiva all'istituzione della CONSOB, di cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti.

invocare la propria “ignoranza” per esonerarsi da un’eventuale responsabilità, fermo restando il dovere di diligenza a carico dell’intermediario.

In ogni caso, il punto controverso che ci si accinge ad affrontare è quello del fondamento della responsabilità dell’intermediario, connessa alla nozione di buona fede. L’evoluzione normativa e giurisprudenziale ha messo a dura prova la nozione classica di *culpa in contraendo*, fondata sulle due fattispecie del recesso *sine causa* dalle trattative e della conclusione di un contratto invalido¹¹⁹.

Con l’abbandono di questa prospettiva si è giunti ad abbracciare la tesi della responsabilità precontrattuale, codificata nell’art. 1337 c.c.¹²⁰. In base a questo insegnamento, il precetto di buona fede dell’art. 1337 c.c., come si è già detto, non si rivolge solo alle parti del futuro contratto, ma a tutti coloro che partecipano, con vari ruoli, alla formazione del contratto, quindi non solo agli eventuali rappresentanti delle parti, ma anche agli eventuali intermediari che si attivano per la formazione del negozio. Il dovere di buona fede, allora, non crea a favore dell’altra parte un catalogo predeterminato di pretese, ma fa scaturire queste dal complesso di circostanze che accompagnano il comportamento dell’agente.

Pertanto, in virtù del principio di buona fede nel rapporto intermediario-investigatore, diventa determinante non solo l’eventuale inesperienza o il bisogno di informazione, ma soprattutto l’affidamento nelle qualità professionali degli intermediari specializzati, che per le caratteristiche della loro attività, assurgono quasi al ruolo di garanti delle informazioni trasmesse: è evidente, quindi, che i compiti strettamente tecnici di questi operatori qualificati si basano necessariamente su un rapporto di natura fiduciaria che lega l’intermediario alla sua clientela.

L’evidente tensione sistematica a cui la categoria della responsabilità precontrattuale è sottoposta emerge con chiarezza in una recente pronuncia della Corte di Cassazione¹²¹. In questa sentenza viene affrontata per la prima volta la questione del trattamento giuridico dei contratti finanziari conclusi in violazione della legge e della normativa regolamentare Consob in tema di obblighi di informazione dell’intermediario durante la

¹¹⁹ Questo tipo di responsabilità era sostenuta soprattutto dalla dottrina tedesca dei decenni precedenti.

¹²⁰ Cfr. Portale G., *Responsabilità degli intermediari*, in Atti del convegno internazionale di studi di Venezia [...], Milano, 1982, pp. 1187 ss.

¹²¹ Si tratta della sentenza 29 settembre 2005, n. 19024. Si veda altresì la nota di Passaro E., *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, p. 902 ss. Si veda anche Meruzzi G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 945 ss. Si precisa che questa sentenza è stata seguita anche da Trib. Bari, 27 febbraio 2007 e Trib. Trani, 6 marzo 2007, in www.giurisprudenzabarese.it, 2007.

fase precontrattuale. Al riguardo la Corte afferma che la violazione, da parte dell'intermediario, delle regole di comportamento previste dalla legislazione speciale sui contratti finanziari (art. 6, legge n. 1/1991, ora sostituito dall'art. 21 TUF, e relativi regolamenti attuativi) costituisce un risvolto della violazione del dovere di buona fede e, in quanto tale, non comporta la nullità del contratto. Inoltre, configura la responsabilità dell'intermediario, che abbia violato le norme di legge e regolamentari in materia, come ipotesi di responsabilità per *culpa in contraendo*, ammettendo esplicitamente la compatibilità tra contratto validamente concluso e responsabilità precontrattuale.

La pronuncia citata, quindi, ha ridimensionato l'espansione della buona fede affermando che la violazione del canone della correttezza precontrattuale, con particolare riferimento agli obblighi informativi nel settore degli intermediari finanziari, pone un problema non di validità dell'atto, ma di reazione ad una scorrettezza comportamentale non sanzionabile con la nullità del contratto. La Cassazione afferma che se è indubitabile la qualificazione della clausola di buona fede precontrattuale, specie in relazioni in cui vi è la presenza di un contraente forte, in termini di norma imperativa non derogabile, è altresì indubitabile che non si tratta di prescrizione appartenente alla famiglia delle norme imperative considerate dall'art. 1418 c.c. ai fini della sanzione della nullità virtuale. Infatti, il primo comma dell'articolo si riferisce a quelle norme imperative che vietano il contratto sul piano della struttura, del contenuto, della forma nonché della legittimazione a stipularlo e non a tutte quelle altre prescrizioni che vietano il comportamento scorretto nella parte precontrattuale in applicazione della regola generale di cui all'art. 1337.

Tra l'altro, nonostante la mancata informazione, il contratto in sé non è vietato perché può essere persino vantaggioso: ciò che è vietato è il modo con cui si arriva al contratto (il comportamento precontrattuale).

Inoltre, è lo stesso T.U.F., che prevede la nullità in caso di violazione delle norme imperative che vietano il contratto¹²²: da ciò discende che le norme settoriali sanzionano con la nullità solo vicende concernenti violazioni di norme che vietano il contratto sul piano formale e strutturale e non su quello della disinformazione¹²³.

¹²² Ad esempio perché manca la forma scritta o non è corredato da una corretta *relatio* agli usi per la determinazione del corrispettivo.

¹²³ Questa sentenza ha smentito quella costruzione giuridica che vuole far discendere conseguenze invalidanti dalla violazione di regole legislative comportamentali. Tale posizione era stata sostenuta da una serie di sentenze di merito originate dai grandi scandali finanziari a cui si è assistito nel recente passato: dai bond argentini alle obbligazioni Cirio e Parmalat. Le suddette pronunce sono state frutto di altrettante azioni da parte di risparmiatori/investitori finalizzate ad ottenere la declaratoria di nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., dei contratti di intermediazione finanziaria

Alle considerazioni di carattere testuale sopra esposte, si aggiungono valutazioni di carattere sistematico: infatti, la nullità è per definizione una sanzione che opera senza elasticità ed in modo automatico, producendo l'inefficacia originaria del contratto per violazione di un obbligo anche non essenziale rispetto alla stipula. Per contro, le sanzioni alternative sono più elastiche e consentono di valutare in concreto quale sia la rilevanza della violazione e quali le sue conseguenze.

La Cassazione chiarisce che vi è responsabilità precontrattuale anche quando il contratto viene stipulato e la trattativa ha quindi prodotto i suoi frutti.

Il modello è, quindi, quello dell'art. 1440 c.c., considerato come norma generale in base alla quale ogni qualvolta c'è un comportamento scorretto nella trattativa che non si traduca in un contratto inutile o mancato, ma in un comportamento valido ed efficace, si produce sempre una responsabilità precontrattuale¹²⁴.

Inoltre, l'estensione della responsabilità precontrattuale all'ipotesi di contratto valido ed efficace produce conseguenze sulla quantificazione del danno, che non sarà più il danno negativo, cioè l'interesse a non perdere tempo in trattative inutili, ma sul modello tedesco, il danno positivo differenziale collegato alla violazione dell'interesse a non subire imposizioni ingiuste sul piano del contenuto del contratto, pari alla differenza tra i vantaggi e le conseguenze economiche che il contratto stipulato produce e quelli che il contratto avrebbe prodotto se fosse stato stipulato se non vi fosse stato il comportamento scorretto. Con la recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione¹²⁵, si ribadisce che la violazione della buona fede, per provocare nullità, deve sempre incidere sulla struttura o sul contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti¹²⁶.

In particolare, sono interessanti le specifiche argomentazioni che la suddetta pronuncia dedica al diritto dei mercati finanziari, poiché viene sottolineato che in questo settore non sono riscontrabili principi diversi da quelli del codice civile¹²⁷.

perché conclusi in violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari dall'art. 21 TUF e dal Regolamento Consob n. 11522/1998 attuativo della stessa disposizione.

¹²⁴ Cfr. Miriello C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 284 ss.

¹²⁵ E' la sentenza 19 dicembre 2007, n. 26725, che risolve il conflitto tra la citata sentenza n. 19024 del 2005 e le precedenti pronunce che riconducevano al primo comma dell'art. 1418 c.c. le violazioni di doveri di comportamento e in generale della clausola della buona fede.

¹²⁶ "In ipotesi di clausole contrattuali che ammettono comportamenti contrari alla buona fede, non è il comportamento concretamente tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, ma il tenore della clausola in esso prevista".

¹²⁷ Cfr. nota di Mariconda V., *L'insegnamento delle S.U. sulla rilevanza della distinzione tra norma di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giuridico*, 2008, pp. 230 ss. In particolare si legge che "In detto settore non è dato

Viene innanzitutto fatta chiarezza sulla distinzione tra il “contratto quadro” stipulato dall’intermediario con il cliente e le successive operazioni che il primo compie nell’interesse del secondo.

Questi chiarimenti sono opportuni se si considera che gli obblighi di comportamento contemplati nell’art. 6 della legge n. 1/1991, e poi nell’art. 21 del d.lgs. n. 58/1998, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del “contratto quadro” (che la sentenza definisce contratto di intermediazione finanziaria e accosta alla figura del mandato) e in parte nella fase esecutiva di esso: attengono alla fase precontrattuale l’obbligo di consegna del documento informativo e l’obbligo di informarsi sulla situazione finanziaria del cliente; obbligo che persiste anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione ed è finalizzato alla sua corretta esecuzione. Così come al medesimo fine sono preordinati gli obblighi di porre il cliente in condizione di valutare la natura, i rischi delle singole operazioni di investimento o di disinvestimento e di fornire ogni altra informazione necessaria a rendere consapevole il cliente della portata e degli effetti delle singole operazioni, nonché quello di comunicare per iscritto l’esistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse.

Sempre alla fase esecutiva del “contratto quadro” attengono i doveri di contenuto negativo posti a carico dell’intermediario: in particolare quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni non giustificate dalla situazione finanziaria del cliente.

Questi chiarimenti di ordine preliminare sono utili se si considerano le frequenti sovrapposizioni che la giurisprudenza ha fatto tra i problemi che investono il contratto quadro e quelli relativi alle singole operazioni, che possono avere a loro volta natura contrattuale, nei rapporti tra intermediario e cliente, o possono consistere in atti che l’intermediario compie con i terzi, e dai quali il cliente resta estraneo.

La questione della rilevanza della violazione delle norme di comportamento, è stata spesso riferita in modo equivoco sia ai contratti quadro sia ai singoli contratti di investimento.

Per contro, la sentenza in esame trae spunto dalla richiamata distinzione, al fine di enunciare il principio di diritto per cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e degli altri obblighi inerenti alla fase che precede e che accompagna la stipulazione del

assolutamente rinvenire indici univoci dell’intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell’altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti”.

contratto di intermediazione, origina responsabilità precontrattuale dell'intermediario; possono invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione per inadempimento del menzionato contratto quadro, le violazioni riguardanti le singole operazioni di investimento o di disinvestimento compiute in esecuzione dello stesso contratto.

In nessun caso, in difetto di specifiche previsioni normative, la violazione dei menzionati doveri di comportamento può determinare la nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., sia del contratto quadro, sia dei singoli atti negoziali conseguenti.

Questo principio di diritto è stato riferito non solo agli obblighi a contenuto positivo ma anche ai doveri di astensione, ai quali i ricorrenti avevano dato particolare enfasi, al fine di costruirli quali veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si sarebbe tradotta nella stipulazione di contratti vietati da norma imperativa.

La constatazione che anche i divieti costituiscono attuazione degli obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione del contratto quadro con il cliente, conferma che il legislatore ha "qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuale e contrattuale, non già regole di validità del contratto", essendo del tutto irrilevante che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, "trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta".

A queste conclusioni, che si uniformano ai principi di ordine generale ricavabili dal codice, la sentenza perviene dopo avere evidenziato l'inesistenza, nel settore dei mercati finanziari, di norme idonee a far emergere una linea di tendenza di contenuto opposto rispetto ai menzionati principi.

Inoltre, meritano di essere sottolineate due puntualizzazioni fatte dalle Sezioni Unite. In primo luogo, la difficoltà di coniugare e coordinare positivamente la disciplina delle nullità contenuta sia nel d.lgs. n. 58/1998, sia nel d.lgs. 190/2005 con la figura generale di nullità configurata dal primo comma dell'art. 1418 c.c. .

Le fattispecie di nullità relativa contemplate nei menzionati testi normativi, e la loro conseguente qualificazione in termini di nullità di protezione, sono inevitabilmente legate a specifiche previsioni normative, con la conseguenza che presuppongono l'esistenza di nullità testuali; ed è significativo, aggiunge la Cassazione, che nonostante la materia sia

stata più volte rivisitata dal legislatore, sino alla recente ricezione della direttiva 2004/39/CE ad opera del d.lgs. n. 164/2007, il legislatore si è astenuto dall'introduzione di una espressa previsione di nullità in relazione alla violazione delle regole di comportamento contrattuale o precontrattuale. Premessa la rilevanza dell'interesse generale connesso alla correttezza dei comportamenti degli intermediari, non si possono configurare ipotesi di nullità, che non sarebbero coerenti con questi interessi.

In secondo luogo, lo strumento di tutela accordato dal nostro legislatore, sia nella dimensione codicistica, sia in quella speciale del diritto dei mercati finanziari, è lo strumento della responsabilità e non quello della nullità radicale del contratto. Di fronte a questa scelta le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di non operare sradicamenti.

In conclusione, la sentenza esaminata conferma il proprio precedente costituito dalla pronuncia n. 19024/2005, alla quale intende dare continuità¹²⁸.

Resta così definitivamente confermato che la fattispecie del cd. recesso ingiustificato dalla trattativa non esaurisce affatto l'area della responsabilità a carico della parte della trattativa che nel corso di essa violi le regole della buona fede; accanto al caso in cui la violazione di dette regole sia consistita nella interruzione della trattativa, vi è anche quello di avvenuta conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole per la parte che ha sofferto il comportamento scorretto: la fattispecie di responsabilità precontrattuale che si verifica in tale eventualità, si salda con quella del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. e comporta l'obbligo di risarcimento del danno da liquidarsi secondo i criteri già indicati nella sentenza del 2005, integralmente richiamati dalle Sezioni Unite.

A conclusione di tale excursus si può fin d'ora constatare come il nostro ordinamento abbia accolto una concezione delle dinamiche commerciali, dell'impresa e del mercato basata sull'informazione; inoltre si può constatare come l'informazione sia un bene, uno strumento, che ha diverse modalità di manifestazione, secondo i diversi peculiari contesti cui si rapporta.

¹²⁸ La Corte precisa: *“La violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora si sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l’esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”*.

§ 3. *Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* - L'informazione quale "mano invisibile" del mercato.

***Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* - Le Asimmetrie informative quali causa determinante il fallimento del mercato (Arrow e Stiglitz). Lo studio di Akerlof sul c.d. mercato dei "limoni".**

Nel mercato il vantaggio informativo condiziona la definizione delle caratteristiche del contratto ottimale tra il principale (colui che propone il contratto) e l'agente (colui che può accettare o rifiutare).

Se le parti avessero interessi comuni, tutte le informazioni rilevanti verrebbero immediatamente scambiate e ogni asimmetria informativa cesserebbe di esistere. Quando una delle parti contrattuali possiede maggiori o migliori informazioni sulla disponibilità a pagare dell'avversario, questa asimmetria si riflette sulla capacità di influenzare a proprio favore il prezzo. Potere informativo è quindi sinonimo di potere contrattuale ed economico. È possibile notare che il contratto dell'economia dell'informazione non è nient'altro che il prezzo di equilibrio della microeconomia.

L'asimmetria informativa, e quindi la presenza di informazioni private, nasce dall'impossibilità di conoscere i pensieri delle persone e pertanto di verificare la veridicità delle affermazioni.

Quanti più soggetti dicono il vero tanto più si instaura nell'economia un *modus operandi* basato sulla fiducia. Al contrario naturalmente l'assenza di fiducia può minare le relazioni di mercato: infatti in un'economia sviluppata le relazioni fondate sulla fiducia sono la norma ed un clima di fiducia permette certamente di incrementare i rapporti di scambio, favorendone la crescita economica. Tuttavia però come diceva Arrow:

« La fiducia non è un bene che possa essere acquistato facilmente. Se la comperi, hai subito qualche dubbio su ciò che hai acquistato. La fiducia, e valori simili, come la lealtà o la sincerità aumentano l'efficienza del sistema ma non sono merci per le quali lo scambio nel mercato è tecnicamente possibile o abbia un significato. »

(Arrow)

Dunque, una volta che si è potuto constatare come sia la conoscenza l'elemento centrale, il discrimen per l'esercizio dell'azione revocatoria e prima di analizzare come, anche alla luce della riforma, tale assunto sia da confermare, dunque si diceva, una volta constatata tale visione si deve analizzare come la conoscenza sia trattata nell'economia c.d. dei giochi ed in particolare nelle teorie della *Adverse Selection*, *Moral Hazard* e della *Signalation*.

Invero l'assunto da cui partire è l'esistenza di un vero e proprio statuto dell'informazione (come esemplificato nei casi citati nei paragrafi precedenti legati alla c.d. corporate governance) che, partendo dal presupposto che il mercato è un sistema di informazioni (decentrate e spontanee) pone la conoscenza quale strumento di equilibrio, almeno tendenziale, del mercato medesimo.

Si cercherà di dimostrare come è la conoscenza l'unico vero presupposto per l'applicabilità dell'azione revocatoria fallimentare; è la conoscenza dello stato di insolvenza a permettere di rendere inefficace un atto altrimenti valido; è sempre la conoscenza a determinare la punibilità o meno di un determinato comportamento soprattutto andando a ritenere passibili di revoca quegli atti posti in essere in una situazione di abuso – per opportunismo – di simmetria informativa.

Si cercherà altresì di dimostrare come è possibile ipotizzare una applicazione delle teorie dei giochi anche all'informazione (calata nel contesto peculiare dell'azione revocatoria fallimentare) e come sia possibile riscontrare anche in relazione al fallimento ed alla revocatoria nello specifico le asimmetrie o gli abusi di simmetria esistenti tra agent e principal e tra diversi agent.

Infine, anche sul solco tracciato da tale analisi, si potrà sostenere come l'azione revocatoria solo apparentemente è stata, con la riforma, posta "in un angolo", al contrario essa è diventata uno dei principali strumenti, nelle mani dello Stato, per intervenire nel mercato al solo fine di tendere verso un suo maggiore equilibrio punendo appunto, secondo il noto principio di effettività, sia la colpevole mancanza di informazioni sia l'abuso di esse.

4.1 - *Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* - L'informazione quale "mano invisibile" del mercato.

La trasparenza data dalla circolazione delle informazioni riveste un valore vitale nell'ambito dei processi decisionali e della tutela dei vari interessi coinvolti nelle dinamiche aziendali e permette, l'informazione, anche un maggiore e più efficace controllo del corretto funzionamento delle dinamiche di mercato.

Il valore della regolare circolazione di informazioni attendibili è avvertito come un principio fondamentale da tutte le categorie di soggetti che hanno a che fare con l'impresa e soprattutto dagli investitori .

E' appunto questo grande apprezzamento che i mercati finanziari mostrano verso le informazioni, che spinge a ritenere che la capacità della società quotata di comunicare notizie attendibili circa la propria situazione ed evoluzione economica e patrimoniale, diventerà sempre più uno strumento di competitività (anche nella raccolta di risorse finanziarie).

I mercati infatti, nel medio e lungo periodo, premiano le imprese che garantiscono un elevato livello di trasparenza informativa e che, quindi, vengono considerate soggetti credibili, ossia soggetti verso i quali esiste consenso.

Nel nostro ordinamento gli enti che forse hanno più contribuito in questo senso sono state Consob e Borsa Italiana. Da parte della prima vanno innanzitutto segnalate la Raccomandazione del 20 febbraio 1997 (in cui è stata particolarmente sottolineata l'importanza della trasparenza e dell'informazione societaria) e il Regolamento del 6 aprile 2000; mentre da parte della seconda gli interventi più significativi sono state le "Linee guida per la redazione della relazione in materia di corporate governance" e, ovviamente, il Codice di Autodisciplina delle società quotate.

La trasparenza diventa dunque un valore preminente della corporate governance, tale da determinare la necessità che le società quotate si dotino di strutture capaci di garantire circolazione delle informazioni e che il dato normativo si arricchisca di sistemi caratterizzati dalla previsione di flussi informativi endosocietari ed esosocietari obbligatori e proceduralizzati .

Il dovere di trasparenza diventa un valore di fondo della corporate governance, con la succedanea necessità che le società quotate si dotino di strutture idonee a garantire la circolazione delle informazioni e le fonti normative (legislative e di autodisciplina) così da

realizzare sistemi caratterizzati dalla previsione di flussi informativi obbligatori e proceduralizzati, evitando asimmetrie informative, dannose per il mercato.

Con l'espressione asimmetria informativa si fa riferimento al fatto che le informazioni sono distribuite in modo e quantità diverse tra i vari soggetti che operano in un determinato contesto economico.

La presenza di asimmetrie informative ostacola il raggiungimento di un ottimo sociale attraverso la libera contrattazione tra le parti.

L'asimmetria informativa genera, però, due problemi:

l'azzardo morale (*moral hazard*) e la selezione avversa (*adverse selection*).

L'azzardo morale si ha quando l'*agent* abusa della mancanza di informazioni del *principal*. Se il *principal* può disporre di informazioni dettagliate sul comportamento dell'*agent*, quest'ultimo farà attenzione a mettere in atto comportamenti scorretti per la paura di essere scoperto. Nel caso dell'azzardo morale, l'*agent* si lascia andare a comportamenti scorretti perché sa che il *principal* non può disporre di abbastanza informazioni per scoprire tali scorrettezze.

La selezione avversa si ha quando il *principal*, nello scegliere l'*agent*, non può fare una scelta ottimale perché non dispone di sufficienti informazioni per valutare con precisione le capacità effettive di ogni candidato. La scelta che viene fatta in questo caso non è ottimale perché esclude, da un lato la scelta peggiore, ma dall'altro anche quella migliore, tutto ciò determina il fallimento del mercato.

Inoltre si genera il c.d. fenomeno della *segnalazione*, che è molto simile all'*adverse selection*: sebbene l'agente disponga di informazioni private che il principale non conosce, può inviare dei *segnali* che le possono rendere evidenti. Ad esempio il manager, che è sicuro di essere capace e volendo essere assunto, segnala questa informazione attraverso l'invio di un curriculum vitae in cui illustra i suoi precedenti successi. In altri casi è il principale ad avere informazioni private che ha interesse a rivelare.

La segnalazione ci aiuta a spiegare il motivo per cui prodotti uguali vengono scambiati a prezzi diversi, in evidente contrasto con i risultati della teoria microeconomica.

Orbene, nella società postindustriale c.d. dell'informazione gli istituti tradizionali del diritto commerciale – ivi compresa la revocatoria fallimentare – assumono un nuovo significato se considerati dal punto di vista della teoria dell'informazione¹²⁹.

I tempi sono ormai maturi perché il diritto commerciale rifletta anche la nuova configurazione della società, figlia della rivoluzione informatica; ove il mondo della materia cede il passo al mondo della conoscenza e dunque dell'informazione. Le istituzioni di diritto commerciale debbono cioè essere costruite a misura di una società dell'informazione, sapendo che quest'ultima dovrà convivere ancora per del tempo con il diritto commerciale tradizionale: non è necessario uno stravolgimento improvviso ma pare utile una evoluzione graduale.

Dunque un “nuovo diritto commerciale” che possa reinterpretare le norme a misura del diritto dell'informazione, quale principale chiave di lettura, unitaria.

Quanto sopra non è frutto di ostinata volontà di cambiamento ma rappresenta una doverosa presa d'atto che il modo di produrre ricchezza – e dunque le imprese – è cambiato; la società dell'informazione è la società del digitale che determina la globalizzazione dei mercati, storicamente separati.

Le caratteristiche della società dell'informazione possono così sintetizzarsi¹³⁰:

- a) la ricchezza da materiale diventa immateriale; la fonte è la conoscenza.
- b) cambia conseguentemente il processo produttivo che non è più realizzato in fabbrica ma dal “computer”.
- c) La rivoluzione informatica delinea come il mercato non sia solo il luogo di incontro di domanda ed offerta di beni materiali ma, sempre più, un sistema di informazioni decentrate e spontanee, che si aggiungono al sistema dei prezzi che, a loro volta, sono informazioni.
- d) La combinazione elementare dei fattori della produzione non richiede più necessariamente l'imprenditore, perché capitale/lavoro e terra non sono più fattori essenziali.

Dunque cambia il processo di produzione di ricchezza e cambia la natura della ricchezza.

¹²⁹ Vedasi E. Bocchini “Introduzione al Diritto Commerciale nella New Economy”, pag 1, 2001 – CEDAM. L'Autore fra l'altro ci dice come: *“L'attuale diritto commerciale vive oggi, in coerenza con la sua intima natura di categoria storica del diritto, un'epoca di grande fascino, ma, anche, di profonda trasformazione. Con i piedi piantati nella rivoluzione industriale del '700 e nella produzione industriale di massa esso è chiamato a disciplinare una realtà socio-economica post-industriale, che si caratterizza, ogni giorno di più, per l'abbandono del c.d. paradigma industriale”*.

¹³⁰ Vedasi quanto efficacemente delineato da E. Bocchini, op. cit., pag. 11.

Il mercato va perciò inquadrato come sistema di informazioni.

4.2 Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation - Le Asimmetrie informative quali causa determinante il fallimento del mercato (Arrow e Stiglitz). Lo studio di Akerlof sul c.d. mercato dei "limoni".

In merito alle teorie dell' *Adverse Selection, Moral Hazard e Signalation* e dunque alle c.d. teorie dei giochi non si possono non citare coloro i quali hanno posto le basi di tale innovativa visione: Kenneth Arrow e Joseph Stiglitz¹³¹.

Anzitutto però va illustrata, seppure per sommi capi, la teoria dei giochi per comprendere poi se e come venga assunto, al suo interno, il ruolo dell'informazione e tutto il portato delle teorie ad essa sottese in cui la conoscenza appare essere il centro del sistema.

La "Teoria dei Giochi" è la scienza matematica che analizza situazioni di conflitto e ne ricerca soluzioni competitive e cooperative tramite modelli, ovvero uno studio delle decisioni individuali in situazioni in cui vi sono interazioni tra i diversi soggetti, tali per cui le decisioni di un soggetto possono influire sui risultati conseguibili da parte di un rivale, secondo un meccanismo di retroazione.

Nel modello della "Teoria dei Giochi", tutti devono essere a conoscenza delle regole del gioco, ed essere consapevoli delle conseguenze di ogni singola mossa.

La mossa, o l'insieme delle mosse, che un individuo intende fare viene chiamata "strategia".

¹³¹Entrambi Premi Nobel: nel 1972 Arrow vincitore insieme a John Hicks, per i loro contributi pionieristici alla teoria dell'equilibrio economico generale e alla teoria del benessere; I suoi contributi principali riguardano la teoria della scelta sociale, soprattutto con il teorema dell'impossibilità che porta il suo nome, e l'analisi delle situazioni di equilibrio economico generale. Inoltre, ha contribuito ad altre aree della ricerca economica, come la teoria della crescita endogena e lo studio delle asimmetrie informative. Vedasi, ex multis, Kenneth J. Arrow; Leonid Hurwicz, *Decision making under ignorance*. In C. F. Carter and J.L. Ford (a cura di), *Uncertainty and Expectations in Economics. Essays in Honour of G.L.S. Shackle*, Oxford, Basil Blackwell, 1972 e "Rationality of self and others in an economic system," in R. M. Hogarth e M. W. Reder (a cura di), *Rational Choice.*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987.

Nel 1982 vinse il Premio Nobel Joseph Stiglitz fra le cui opere si citano, ex multis, Greenwald B. e Stiglitz J.E. (1990), *Asymmetric information and the new theory of the firm: financial constraints and risk behaviour*, in "American Economic Review", 80, maggio, pp. 160-165; (2000), *The contribution of the economics of information to twentieth century economics*, in "Quarterly Journal of Economics", novembre, pp. 1441-1478.

In dipendenza dalle strategie adottate da tutti i giocatori (o agenti), ognuno riceve un "pay-off" (letteralmente il "pagamento d'uscita", o meglio la vincita finale) secondo un'adeguata unità di misura, che può essere positivo, negativo o nullo.

Un gioco si dice "a somma costante" se per ogni vincita di un giocatore v'è una corrispondente perdita per altri. In particolare, un gioco "a somma zero" fra due giocatori rappresenta la situazione in cui il pagamento viene corrisposto da un giocatore all'altro. La strategia da seguire è strettamente determinata, se ne esiste una che è soddisfacente per tutti i giocatori; altrimenti è necessario calcolare e rendere massima la speranza matematica del giocatore, che si ottiene sommando i compensi possibili (sia positivi sia negativi) moltiplicati per le loro probabilità.

Kenneth Arrow e Joseph Stiglitz hanno chiarito come la "mano invisibile" del mercato è proprio l'informazione. Questa informazione, in forma decentrata e spontanea, forma infatti i prezzi di scambio prendendo appunto "per mano" la domanda e l'offerta di beni e servizi e favorendone l'incontro.

Essi hanno in sostanza elaborato una teoria economica dell'informazione che ha rivoluzionato la teoria neoclassica tradizionale dell'equilibrio economico generale: dal mercato concepito come sistema decentrato di informazioni decentrate e spontanee all'impresa, che del primo costituisce la cellula connettiva; essa, come il mercato, è un sistema informativo.

Basti citare in proposito quanto lo stesso Stiglitz scrive in relazione alla conoscenza: che *"è potere. Tuttavia essa ha residenza nei quartieri poveri della città dell'economia. Essa, più precisamente, viene ignorata: si assume (spesso) che la migliore tecnologia sia nota; la relazione tra i beni e le preferenze del consumatore è considerata un dato. Infine una delle industrie che producono informazione, la pubblicità è considerata con un ostilità che gli economisti normalmente riservano alle tariffe doganali o ai monopolisti"*.

Tutto il sistema va ripensato e rivalutato alla luce dell'informazione.

Il diritto commerciale va visto come un diritto della microeconomia dell'informazione che ha la funzione di trasformare, in modo tendenzialmente permanente, il mercato reale, in un sistema informativo simmetrico capace di realizzare, in concreto, una allocazione ottimale ed equa delle risorse; ciò con una simmetria, in primis, dell'informazione.

Sarebbe da applicare al diritto commerciale una clausola generale di trasparenza informativa, articolata per tutto il diritto commerciale in tre precetti:

a) obbligo di verità;

- b) obbligo di chiarezza;
- c) obbligo di correttezza.

Gli statuti informativi – quale complesso di norme sull'informazione economica – dovrebbero dunque e conseguentemente porre alcuni principi fondamentali:

- I) il principio di trasparenza informativa in cui il mercato offra informazioni certe, veritiere e non costose;
- II) principio di simmetria informativa;
- III) principio di proporzionalità informativa;
- IV) il principio di sussidiarietà informativa, cioè l'informazione come fattore di supplenza delle distorsioni del mercato;
- V) il principio di responsabilità informativa secondo cui a minor trasparenza e simmetria informativa corrisponde una maggiore responsabilità che dunque surroga la mancanza di informazioni;
- VI) il principio di effettività con sanzioni efficaci;
- VII) il principio di strumentalità o di chiusura.

Tutto quanto sopra è ancor più rilevante nel contesto del diritto commerciale relativo alla crisi del mercato e dell'impresa ed alla teoria dell'informazione.

Invero il metodo di indagine incentrato in un ottica di informazione è determinante nell'evidenziare alcuni aspetti della crisi dell'impresa che potrebbero essere se non risolti di certo attenuati con un sistema di informazione e trasparenza efficace ed efficiente.

Se, come fin qui dedotto, il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee, fondato sul credito, è evidente che la crisi di impresa impone l'esigenza di informazioni ancor più forte che nella situazione ottimale di mercato funzionante.

La crisi dell'impresa genera sul mercato incertezza sulla solvibilità dell'impresa, sul suo futuro, sulle sue attività; gli operatori ed i consumatori devono sapere.

Invero il mercato non teme tanto l'inadempimento ma la assoluta incertezza sul futuro e dunque la carenza di informazioni affidabili e certe attinenti lo stato di crisi dell'impresa, la sua entità reale¹³².

La crisi dell'impresa genera dunque incertezza e, quale rovescio della medaglia, bisogno di maggiori informazioni proprio per tentare di sopperire a detto stato di incertezza.

¹³² E. Bocchini, op. cit., pag. 104 e ss.

L'ordinamento giuridico dovrebbe quindi, come anticipato, imporre una informazione maggiore quando l'impresa è in crisi, proprio perché quando l'impresa è in crisi si verifica un fenomeno di "rarefazione dell'informazione spontanea" da parte degli operatori.

Purtroppo però il nostro ordinamento si comporta in modo esattamente opposto: solo con riferimento alle società di capitali l'ordinamento obbliga le società a comunicare al mercato la perdita di capitale sociale, che costituisce peraltro un'informazione incompleta. La crisi finanziaria ed economica non è segnalata al mercato e così la crisi – ignorata – si propaga alle imprese sane mettendo in crisi il mercato.

Dunque pare innegabile come l'ordinamento sia assente e deficitario, rispetto agli obblighi informativi, proprio laddove un intervento a favore di maggiore informazione potrebbe essere di fondamentale importanza.

Pare opportuno citare la seguente efficace ed esplicativa considerazione: "nel nostro ordinamento la informazione legale, mentre accompagna la nascita e la vita delle imprese individuali e, in particolare, collettive, in forma societaria, sembra divenire *figlia delle tenebre* quando l'impresa entra in crisi, e, cioè, proprio quando il mercato ha maggior bisogno di informazioni dotate di valore legale"¹³³.

Invero le norme che, nella legge fallimentare, ineriscono l'attuazione del principio di informazione e dunque della pubblicità, si limitano a prevedere forme di pubblicità-notizia solo nel momento di inizio della procedura concorsuale e non sono comunque un corpus unitario¹³⁴.

Alla luce di quanto sopra appare improcrastinabile ed irrinunciabile la necessità di analizzare ed anche attuare il sistema delle procedure concorsuali quale sistema informativo alla base del mercato (anche esso sistema di informazioni).

E' dunque necessario che vi sia un sistema informativo della crisi di impresa che possa con chiarezza e certezza delineare i sintomi più importanti della crisi da un lato e, dall'altro, che possa rendere conoscibili le fasi e gli atti più importanti delle diverse procedure concorsuali, eventualmente pubblicandole presso il registro delle imprese (ex multis: la relazione del curatore o del commissario giudiziale, l'inventario dei beni, il

¹³³ E. Bocchini, op. cit., pag. 104.

¹³⁴ E. Bocchini, op. cit., pag. 105 ove tra l'altro segnala come: "Nell'età della telematica abbiamo così un legislatore che ci fa segnalare attraverso l'affissione alla porta esterna del Palazzo di giustizia, e verrebbe voglia di dire del Castello, l'estratto delle decisioni che introducono procedure concorsuali. Non basta, lo stesso legislatore seppellisce le altre segnalazioni, relative al momento di apertura delle procedure concorsuali, in un Foglio degli annunci legali oggi soppresso dall'art. 31 legge 24 novembre 2000 n° 340 ma sostituito da altro strumento parimenti cartaceo di pubblicità legale, la Gazzetta Ufficiale".

bilancio fallimentare, lo stato passivo etc.) che potrebbe divenire il punto centrale del sistema informativo dell'impresa in crisi.

In questo nuovo diritto commerciale, ed in particolare in questo nuovo diritto dell'impresa in crisi di certo l'azione revocatoria trova ampio spazio; essa dovrebbe rappresentare un contenitore di informazioni agli operatori di mercato, determinare la conoscenza dello "stato di salute dell'impresa" e creare i presupposti per un'equilibrata e certa scienza decoctionis, intervenendo con la revoca proprio laddove alcuni soggetti, pur avendo le informazioni necessarie, abbiano agito in modo difforme dai principi del nostro ordinamento.

Anche la c.d. "presa di coscienza" nel commercio elettronico può rappresentare un archetipo del "nuovo diritto commerciale" incentrato sul presupposto dell'informazione.

L'avvento di internet ha determinato uno stravolgimento dei fattori tempo e spazio ed è interessante il fenomeno del commercio elettronico, quale emblema del nuovo corso del mercato e del diritto che ne disciplina le sue dinamiche; basti considerare l'importanza che il legislatore ha dato al tema dell'informazione e della "presa di coscienza" in merito alla disciplina del mercato on line. Particolare rilievo, ai fini del presente lavoro, assume la specificazione della tutela della "presa di coscienza", della direttiva 2000/31 e del d.lgs. attuativo del 9 aprile 2003, n. 70¹³⁵.

Il decreto legislativo n. 70/03 mira a conseguire l'obiettivo della *libertà di circolazione dei servizi della società dell'informazione* con l'introduzione di un insieme di regole giuridiche idonee a garantire lo sviluppo del commercio elettronico¹³⁶. Si richiede che siano fornite al consumatore, e più in generale a chiunque entri in contatto con gli operatori del commercio elettronico, le informazioni necessarie per identificare il bene o il servizio offerti ed il soggetto offerente, così da comprendere effettivamente cosa si sta acquistando e da chi. La norma ripropone obblighi già previsti in quelle leggi che trovano la loro *ratio* nel principio di tutela del consumatore e dunque del mercato in relazione agli scambi commerciali nei rapporti "a distanza". Il consumatore-utente si trova innanzi a forme di

¹³⁵ In particolare, al 7° Considerando della direttiva si specifica che "[P]er garantire la *certezza del diritto* e la *fiducia dei consumatori*, la presente direttiva deve stabilire un quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno", in proposito per tutti si veda "*I contratti telematici e il commercio elettronico*" di A. Bravo, A.M. Gambino e F. Tozzi in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Vol. 3^a *I Diritti dei Consumatori*, Tomo II^a - p. 599, a cura di G. Alpa. Giappichelli 2009.

¹³⁶ Per particolari problemi derivanti dalle sfumature linguistiche nelle trasposizioni nazionali dei contenuti della direttiva (come il diverso uso del termine "garantendo" - nella direttiva - e "promuovere" - nel decreto attuativo) si veda V.Zeno Zencovich, *Note critiche al decreto sul commercio elettronico*, in *Dir.Inf.*, 2003, p. 507 e ss.

comunicazione sempre più dirette ed invasive, la cui complessità aumenta nell'e-commerce per la graduale e progressiva "alfabetizzazione" in atto.

Accanto al generale obbligo di informare, vi è poi un obbligo di trasparenza di cui all'articolo 8¹³⁷. La fattispecie prevede alcuni obblighi informativi per "tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione"¹³⁸.

Dunque, alla luce di quanto sopra, appare innegabile come, anche per il legislatore Comunitario, sia di fondamentale importanza il principio dell'informazione quale regolatore di corrette ed efficienti dinamiche di mercato; ciò a vantaggio degli operatori tutti, consumatori ed imprenditori in primis.

A questo punto pare altresì opportuno quantomeno accennare alla figura del c.d. imprenditore virtuale¹³⁹, "figlio" del nuovo diritto commerciale basato sull'informazione.

L'impresa virtuale che utilizza dunque internet si distingue dall'impresa tradizionale che utilizza la rete solo per porre in essere atti di commercio; al contrario l'imprenditore virtuale crea il prodotto informazione e lo distribuisce.

Commercio elettronico ed imprenditore virtuale rappresentano, ad avviso di chi scrive, il paradigma del nuovo diritto commerciale, la cui ratio va applicata anche alla revocatoria fallimentare.

Altro istituto di rilevante importanza – e che nella rinnovata ottica informativa riveste ulteriore importanza – è la pubblicità legale, quale sistema di informazione giuridica dotata di certezza pubblica, che si atteggia come l'oggetto giuridico di un diritto assoluto all'informazione del singolo, capace di radicare un vero e proprio rapporto giuridico di informazione o di pubblicità tra imprenditori obbligati a dare informazioni e destinatari delle stesse in un vero e proprio circolo virtuoso.

¹³⁷ L'articolo 8 dispone che "le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono comunque parte integrante" devono rispettare alcune condizioni minime e cioè "contenere sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa diretta ad evidenziare: a) che si tratta di comunicazione commerciale, b) la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale, c) che si tratta di un'offerta promozionale, come sconti, premi o omaggi e le relative condizioni di accesso, d) che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti (vedi infatti i limiti di cui all'articolo 1), e le relative condizioni di partecipazione". In argomento v. A. LAZZARETTI, *Pubblicità online*, in AA. VV., *La pubblicità ingannevole*, Milano, 2003, p. 97 ss. e AA. VV., *La disciplina del commercio elettronico*, cit., p. 17 ss. e 40 ss.

¹³⁸ All'art. 8 è strettamente l'art. 10 sull'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate, in cui, seppur con minore rigidità rispetto a quelle commerciali, si richiede il rispetto e la conformità di tali comunicazioni alle regole di deontologia professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi.

¹³⁹ E. Bocchini, op. cit., pag. 32 e ss.

Ancora poi vi è la logica dell'affidamento, secondo cui il terzo, che tratta con l'imprenditore, debba fare affidamento su un flusso sistematico di informazioni, dunque anche un ordinata contabilità diviene strumento attuale o eventuale di informazione.

La responsabilità dell'agente aumenta tutte le volte che viene attribuito ad esso un potere senza obbligo di informazione; l'assunto è che i terzi se informati possono intervenire per evitare danni, dunque la responsabilità come "surrogato" dell'informazione¹⁴⁰ e che determina il c.d. teorema della responsabilità: $R=P/I$ ed $I=P/R$ (dove R sta per responsabilità degli amministratori, P nel potere di questi e I nell'informazione data ai terzi).

Chiariti dunque gli elementi essenziali del nuovo diritto commerciale e riprendendo quanto significato in merito all'informazione per l'impresa in crisi, nello specifico della revocatoria fallimentare è da evidenziare come non sia però poi chiaro quale è l'oggetto della revocatoria; la disputa può essere ricomposta riconoscendo che vi sono casi in cui il danno "classico" rileva e casi in cui non rileva e ciò - alla luce di tutto quanto dedotto - porta sempre più a spostare il discrimen verso il "bene" informazione.

Invero¹⁴¹ la lesione che viene ad essere individuata con la revocatoria fallimentare non è data da un danno vero e proprio ne, si potrebbe arrivare a dire, dalla mera lesione della par condicio ma dalla sussistenza di una asimmetria informativa o dalla mancanza di diligenza del soggetto nell'informarsi laddove alcuna asimmetria sussiste.

L'accipiens ha una informazione privilegiata sullo stato di salute del solvens e se ne approfitta: ciò rappresenta un comportamento che il nostro ordinamento non può tollerare e dunque provvede a punire proprio tramite la disciplina della revocatoria.

Appare chiaro come il "cuore" della questione della revocatoria fallimentare alla luce dei principi di informazione risieda proprio nella constatazione che il mercato efficiente deve tendere alla simmetria informativa e pertanto il legislatore, anche tramite la revocatoria, ha scelto di orientare il discrimen tra oggetto negoziale latu sensu inteso passibile di revoca o meno nella presenza o assenza di simmetria informativa.

Il legislatore con la revocatoria fallimentare vuole sanzionare - tramite uno specifico onere della prova - il soggetto che ha abusato delle informazioni privilegiate in suo possesso; ciò lo fa condannando detto soggetto a restituire il quantum e rimettere in pristino la situazione

¹⁴⁰ E. Bocchini, op. cit., pag. 45.

¹⁴¹ Vedasi tutto quanto analiticamente dedotto nel primo capitolo del presente lavoro, in particolare in riferimento alle contrapposte tesi indennitaria ed antindennitaria.

patrimoniale come era al momento in cui non aveva ancora l'informazione privilegiata de quo.

Ovviamente poca rilevanza riveste il fatto che l'abuso dell'informazione privilegiata sia stato doloso o colposo, involontario, perché comunque obiettivo del legislatore è tutelare la par condicio creditorum ponendo quale unica eccezione o limite il caso di buona fede dell'accipiens.

Vedremo poi come la nuova disciplina abbia elevato i casi di esenzione. In merito bisognerà chiedersi se e quanto tale scelta abbia a che fare con la volontà del legislatore di privilegiare l'ottica della simmetria informativa quale presupposto di punibilità tramite la revocatoria.

Il periodo sospetto è stato dimezzato, bisognerà chiedersi se anche tale scelta sia condivisibile, sempre nella medesima ottica de quo; in particolare bisognerà comprendere se tale orientamento è rispettoso del principio per cui il mercato deve tendere anche ad una par condicio delle informazioni: fin d'ora si può sostenere che la menzionata scelta dei nuovi termini di revocatoria non sembra essere rispettosa di detto principio, infatti con un termine breve vengono ad essere "premiati" proprio quei creditori che con informazioni privilegiate, assunte in una situazione di asimmetria informativa, si sono avvantaggiati rispetto agli altri. Bisognerebbe invece ritrovare un giusto equilibrio tra il principio dell'affidamento ed il principio della par condicio creditorum.

Fermo quanto sopra è certo che vi sia una montante discrasia tra la trasparenza di gestione dell'impresa e delle informazioni sull'impresa e la formula della conoscenza anzi conoscibilità dello stato di insolvenza.

In un economia di mercato dove l'esigenza dell'informazione cerca di essere sempre più tutelata, l'ignoranza sulle condizioni del debitore, attuale o futuro, risulta alquanto preoccupante.

Sebbene non si ignora come ci sia chi sostiene come ritenere che l'insolvenza possa essere occultata lasci perplessi visto che ci si trova in un sistema che vede l'informazione sull'impresa sempre più accentuata e che vede il mercato sempre più composto da professionisti o operare con l'ausilio di professionisti; addirittura sostenendo come sia più ragionevole restringere i tempi del periodo sospetto (ciò fu scritto ante riforma) atteso che la lunghezza contrasta con l'informativa corrente sull'azienda e per altro verso sostenendo

di dover subordinare la revocabilità dell'atto alla sua ineffettività verso l'impresa, alla sua non strumentalità per l'esercizio dell'attività economica¹⁴².

Tornando un momento ad una analisi più generale, è da ribadire come il diritto commerciale è sempre di più non il diritto privato dell'imprenditore o il diritto privato dell'impresa ma, come è stato autorevolmente affermato da più parti¹⁴³, è il diritto del mercato.

Senza la logica del mercato non è possibile giustificare le strategie normative e nella prospettiva di mercato è, del resto, possibile comporre la prospettiva soggettivistica ed oggettivistica.

Il diritto commerciale come diritto del mercato presuppone una economia di mercato e conseguentemente un sistema di informazioni decentrate e spontanee. Il mercato però può fallire anche per una situazione di asimmetria informativa che impedisce l'allocazione ottimale delle risorse perché altera i processi decisionali decentrati e spontanei, anima del mercato. Compito del diritto commerciale è allora quello di ridurre se non eliminare le cause di asimmetria informativa del mercato che ne provocano il fallimento e di favorire perciò una allocazione non solo ottimale ma anche equa delle risorse nei rapporti interpersonali.

Una delle possibili soluzioni è data dall'istituto della pubblicità legale che è strumento di conoscibilità legale ma non di conoscenza effettiva degli atti e fatti resi pubblici. Infatti la pubblicità è uno strumento di informazione in incertam personam ed allora residua per il terzo il costo della consultazione perché dal canto suo l'ordinamento presume, il più delle volte iuris et de iure, la conoscenza dei dati pubblicati che però nella effettività può non esservi essendoci di sicuro solo una conoscenza virtuale e pertanto, in concreto al di là di ogni formalismo, la simmetria informativa non è tutelata, anzi proprio l'ordinamento può generare asimmetrie informative con il meccanismo della presunzione. Per eliminare tale situazione il legislatore dovrebbe eliminare i costi di transazione e ciò obbligando la parte in possesso dell'informazione a segnalarla direttamente alla controparte.

Il passaggio dall'economia dei beni a quella dell'informazione¹⁴⁴ fa sì che appunto l'informazione sia perno centrale del sistema economico.

¹⁴² B. Libonati, Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa, relazione al convegno in ricordo di Giuseppe Auletta giugno 2001. Vedasi anche AA. VV., Nuove regole per la crisi d'impresa, a cura di A. Jorio, Milano, 2001.

¹⁴³ E. Bocchini, Sostituzione giuridica nell'attività di impresa e asimmetria informativa, Atti del Convegno. Messina 29-30 settembre 2006. A cura di Mario Trimarchi, in Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi, Giuffrè 2007.

¹⁴⁴ D. Bell, The coming of Post-Industrial Society, New York 1976.

L'informazione è divenuta un bene, si è reificata. Ma al contempo l'informazione segna il discrimen tra un mercato funzionante ed un mercato che può fallire.

Allora si tratta di chiarire quando e in quali circostanze o meglio, con riferimento a quali dati è possibile configurare un dovere di informazione giuridicamente rilevante? La sfera dei doveri di informazione è sempre più ampia, come visto nel presente lavoro, però da un punto di vista economico l'informazione è un bene al pari di tutti gli altri, anzi proprio per la sua importanza è un bene rilevante e dunque di valore: basti pensare alle nuove tecnologie, alla medicina etc..

Pertanto, spontaneamente, è ben difficile che un'impresa dia informazioni in proprio possesso; anzi cercherà di avvantaggiarsi proprio dalla sua ricchezza di informazioni, dal suo vantaggio basato su di una asimmetria informativa ad essa favorevole.

Il dovere di informare obbliga a rinunciare alla posizione di vantaggio de quo ed allora dovrà essere la legge ad imporre ciò.

Ecco che la funzione della revocatoria fallimentare, alla luce dello "statuto" dell'informazione e dell'economia dell'informazione, svolge proprio tale fondamentale funzione.

L'informazione deve essere condivisa – salvo i casi peculiari del c.d. know-how etc. – pena una inefficacia del negozio basato su asimmetria e un accollo di responsabilità a chi avrebbe dovuto informare ma anche per chi avrebbe dovuto conoscere (o, addirittura, conosceva).

Sempre in un'ottica improntata alla valorizzazione dell'informazione come elemento centrale di un mercato equilibrato, vale la pena citare il notissimo studio di Akerlof sul mercato dei "limoni" e cioè della auto usate¹⁴⁵: il mercato delle auto usate è caratterizzato da forti asimmetrie informative dovute alla maggior conoscenza dei difetti dell'auto da parte del venditore che non dell'acquirente. In queste condizioni posto che chi compra non è in grado di conoscere esattamente le condizioni dell'auto usata, sarà disposto a devolvere un prezzo medio che tenga conto del rischio di acquistare un "limone" (cioè un "bidone"); ne consegue che definito un prezzo medio di acquisto saranno disponibili a vendere a quel prezzo solo coloro i quali hanno auto dal valore uguale o inferiore al prezzo medio di mercato. Si instaura un circolo vizioso in virtù del quale nell'impossibilità di conoscere con esattezza la qualità delle auto usate conduce ad una progressiva riduzione

¹⁴⁵ Akerlof, The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in Quarterly Journal of Econom., 84, 1970, pp. 488-500.

del prezzo nonché della qualità delle auto immesse sul mercato fino al limite della esclusione del mercato stesso, del suo fallimento. Si tratta del noto fenomeno della selezione avversa “adverse selection”. Accanto ad esso – sempre quale distorsione del mercato in base a deficienze informative – vi è il fenomeno dell’azzardo morale “moral hazard” che si ha quando, dopo la conclusione del contratto una parte non ha modo di controllare il comportamento dell’altra, si pensi al rischio che dopo la conclusione di un contratto di assicurazione contro il furto l’assicurato, ad esempio, diminuisca la cura nel controllo del bene.

Le asimmetrie informative creano dunque danni al mercato ed in ultimo alla società tutta perché ostacolano l’instaurazione di un mercato e quindi, al pari dei monopoli, sono considerate tipici esempi di fallimento del mercato.

Dice Stiglitz: “quando gli economisti deplorano il fatto che i consumatori si affidano alla reputazione – nonostante essi scelgano gli articoli che leggono in buona parte su quella base – essi assumono implicitamente che il consumatore abbia a disposizione un centro studi pronto a fornire informazioni aggiornate subito e gratis”; secondo l’opinione di tale autore, osservando fenomeni empirici, questi constata che per ogni prodotto non vi è un unico prezzo e ciò perché è costoso reperire informazioni. Quindi l’informazione come elemento di equilibrio del mercato¹⁴⁶.

Il correttivo è lapalissiano: aumentare i doveri informativi in capo a tutti gli operatori del mercato.

La revocatoria fallimentare è uno degli istituti che il nostro legislatore deve utilizzare come strumento per aumentare l’informazione e contrastare il fallimento del mercato.

Per tale ragione la revocatoria deve essere intesa anzitutto come uno strumento di tutela della par condicio informativa e dunque creditorum, ma connessa con il fondamentale principio della responsabilità legata alla diligenza informativa.

E’ poi probabilmente una classica analisi del caso concreto a stabilire se e quando debba prevalere l’interesse del singolo a tutelare il proprio bene informazione o l’interesse del mercato alla conoscenza.

¹⁴⁶ George J. Stigler, Mercato informazione regolamentazione, Il Mulino, Bologna, 1994.

Rifacendoci peraltro al nostro codice civile, e dunque a principi generali, risulta difficile negare tale obbligo, essendo sufficiente pensare alla disciplina dell'art. 1338¹⁴⁷ (nonché si pensi all'art. 1759, 1812, 1821, 1892 e 1893 c.c.).

Anzi si potrebbe sostenere che vi è la presenza di una clausola generale che si astiene dal tipizzare nello specifico i singoli doveri di informazione in modo tale da consentire una evoluzione graduale e spontanea.

Essa è la norma centrale della responsabilità precontrattuale, quale risultante dal codice e dalle indicazioni della giurisprudenza, attraverso la previsione di una rispondenza per colpa, oltre che per inosservanza dell'obbligo di buona fede. La parte che nel corso delle trattative per la formazione di un contratto si accorge che l'altra versa in errore relativamente ad un elemento essenziale del contratto stesso, mentre ha l'obbligo di avvertirla, non è soggetta altresì ad illuminarla maggiormente sullo stato delle cose.

La ratio che pare possa ricavarsi da detto articolo consiste nell'obbligo di condividere le informazioni in proprio possesso laddove essenziali ai fini di un corretto svolgimento dei traffici commerciali e dunque giuridici; pertanto, nell'ambito della revocatoria, è obbligo del solvens informare l'accipiens sul proprio stato essendoci il pericolo di una revoca di quell'atto. Sarà poi il terzo, con una simmetria informativa, a decidere se comunque concludere un determinato negozio e se farlo a condizioni eque o meno.

La revocatoria fallimentare, dunque, come strumento per aumentare l'informazione e contrastare il fallimento del mercato, cioè strumento di equilibrio del mercato e di tutela contro le asimmetrie informative.

Ne consegue il superamento definitivo della teoria indennitaria e la giustificazione dell'accoglimento della teoria antiindennitaria alla luce della tutela della par condicio creditorum, ma corretta – e si vedrà meglio nel proseguo come – dalla teoria dell'informazione; ove vi è una lesione della simmetria informativa o un abuso di informazioni privilegiate ecco che la revocatoria entra in essere per riequilibrare il mercato, responsabilizzando chi dovrebbe conoscere prima di operare prevenendo gli abusi di informazioni e spingendo gli operatori verso una simmetria informativa che porterebbe ad evitare situazioni negoziali lesive degli interessi dell'impresa in crisi e degli interessi della generalità dei creditori.

¹⁴⁷ Recita l'art. 1338 c.c. che *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

Pertanto, ancor di più si palesa come sia indifferente la presenza del danno, infatti è presupposto dell'azione revocatoria la sola informazione, il discrimen è cioè dato dalla conoscenza ed allora anche laddove il terzo stipuli un accordo con l'impresa di per se consono agli standard di mercato se però egli è consapevole dello stato di insolvenza dovrà, solo per tale ragione, essere sottoposto alla azione revocatoria.

Si può sostenere dunque che quando c'è simmetria non vi può essere una patologia che al contrario vi sarà con una situazione di asimmetria informativa.

La ratio è da rinvenire proprio nel fatto che poiché il terzo conosce (o dovrebbe conoscere), è – potenzialmente - informato, della situazione di difficoltà dell'impresa e poi con dolo comunque agisce e stipula accordi con l'imprenditore in crisi dovrà essere per ciò stesso punito, al fine di garantire la par condicio creditorum. Se invece, con una situazione di asimmetria, il medesimo terzo conclude – in buona fede – un negozio con l'impresa in crisi, il suo acquisto sarà salvo; prescindendosi in entrambi i casi dalla presenza di un danno.

La revocatoria fallimentare si palesa così strumento principe per aumentare l'informazione e tutelare maggiormente il mercato ed i comportamenti virtuosi dei suoi *players*.

Capitolo III^) La nuova disciplina revocatoria fallimentare e la teoria dell'informazione.

1- La nuova disciplina della revocatoria Fallimentare.

- 1.1 Introduzione sulla riforma della Legge Fallimentare.
- 1.2 Differenza tra atti di gestione: atti normali ed atti anormali.
- 1.3 Alcune tendenze della riforma.
- 1.4 Prime conclusioni.

2- Criticità della riforma.

- 2.1 il percorso del legislatore tra teoria indennitaria ed antindennitaria. Prime anticipazioni.
- 2.2 Termini per l'esercizio delle procedure concorsuali.
- 2.3 Il "nuovo" articolo 67 L.F. .
- 2.4 Natura giuridica della revocatoria fallimentare alla luce della riforma: il danno e l'informazione.
- 2.5 La Giurisprudenza di legittimità.
- 2.6 Punti critici della riforma.
- 2.7 Tutela dei creditori nelle situazioni di crisi dell'impresa.
- 2.8 Revocatoria fallimentare e crisi dell'impresa. Ancora sulla tutela dei creditori.

3- La teoria dell'informazione nella "nuova" revocatoria fallimentare.

- 3.1 Dal danno all'informazione.
- 3.2 Il ruolo economico dello Stato.
- 3.3 Conoscenza dello stato di insolvenza e responsabilità. 3.3 bis. Conoscenza o conoscibilità?
- Conclusioni.

4. Prospettive comparatistiche. Gli Stati Uniti d'America.

1- La nuova disciplina della revocatoria Fallimentare.

1.1 Introduzione sulla riforma della Legge Fallimentare.

Con il D.Lgs 9 gennaio 2006 n. 5 è entrata in vigore la riforma¹⁴⁸ della legge fallimentare, disciplinata dal vecchio R.D. 16 marzo 1942 n. 267, e che, con la tecnica della novellazione, ha portato sostanziali modifiche alle procedure concorsuali.

La riforma è entrata in vigore il 16 luglio 2006, ma, più di un anno prima, e cioè nel marzo 2005, entrava già in vigore la riforma dell'azione revocatoria fallimentare, interamente acquisita e sfociata un anno dopo nell'organico disegno legislativo divenuto legge.

La riforma pare non aver toccato la disciplina degli atti a titolo gratuito (art. 64 L.F.), dei pagamenti anticipati (art. 65 L.F.) e della revocatoria ordinaria esercitata nel fallimento (art. 66 I.F.).

Con riferimento invece agli atti a titolo oneroso quali, tra gli altri, pagamenti e garanzie (art. 67 L.F.) in una prima estrema sintesi la riforma ha:

- a) ridotto i termini entro i quali gli atti revocabili devono essere stati posti in essere;
- b) previsto la non assoggettabilità all'azione revocatoria per una serie di fattispecie;
- c) ridisegnato gli effetti della sentenza nei confronti del terzo convenuto in revocatoria;
- d) fissato, come termine di decadenza ai fini dell'esercizio dell'azione, il termine di tre anni dalla sentenza di fallimento e comunque il decorso di cinque anni dal compimento dell'atto revocabile.

Il legislatore della revocatoria fallimentare sembra aver voluto prescindere dall'aspetto psicologico del fallito sull'atto di disposizione compiuto e ciò per un motivo cogente: il debitore in stato di crisi, conosce perfettamente la propria situazione di insolvenza latente,

¹⁴⁸ Le principali novità constano di tre interventi legislativi: 1) il D.L. 14 marzo 2005 n° 35, Disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, convertito nella L. 14 maggio 2005 n° 80, pubblicata nella G.U. n° 111 del 14 maggio 2005 n° 91; 2) il D.Lgs. 9 gennaio 2006 n° 5, Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005 n° 80, pubblicato in G.U. n° 12 del 16 gennaio 2006; 3) il D.Lgs. 12 settembre 2007 n° 169, Disposizioni integrative e correttive regio decreto 16 marzo 1942 n° 267 nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006 n° 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5-5bis e 6, della legge 14 maggio 2005 n° 80, pubblicato in G.U. n° 241 del 16 ottobre 2007.

di irreversibile decozione e, effettuando comunque l'atto, si pone nella condizione di chi ha operato con il manifesto intento di ledere l'aspettativa del creditore.

La scienza danni è, per così dire, attribuita per legge al soggetto insolvente.

Inoltre, la revocatoria fallimentare riguarda soltanto gli atti compiuti prima della sentenza dichiarativa del fallimento dell'imprenditore, considerando inefficaci sic et simpliciter gli atti compiuti dopo tale data.

Infatti, se il fallito vende dopo essere stato dichiarato tale, la disciplina che si innesta, per far ritornare alla massa fallimentare i beni ceduti, non è quella prevista dagli artt. 64 e seguenti L.F., bensì quella sanzionata all'art 44 L.F. che rende inefficaci anche i pagamenti da lui eseguiti o ricevuti dopo la dichiarazione di fallimento.

Sebbene gli atti compiuti a titolo gratuito entro i due anni precedenti la dichiarazione di fallimento siano considerati inefficaci dal legislatore fallimentare, stante il disposto dell'art. 64 L.F. comma 1, a differenza della revocatoria ordinaria quella fallimentare è un'azione che si prescrive in un anno per gli atti onerosi, registrando così una prima sostanziale modifica alla precedente disciplina che stabiliva in ventiquattro mesi il termine di prescrizione di detti atti, sottraendo di fatto al curatore (e di conseguenza al creditore) un intero anno di operazioni che prima erano suscettibili di revoca.

Come detto, nella revocatoria fallimentare il legislatore non considera l'elemento della scienza danni, grazie alla semplice constatazione che l'imprenditore, poi divenuto fallito, non può irresponsabilmente darsi ad atti di filantropia prima di saldare i suoi debiti. Il legislatore aggiunge, all'art. 65 L.F. che, alla stregua degli atti a titolo gratuito compiuti entro i due anni precedenti la sentenza di fallimento, sono inefficaci rispetto ai creditori anche i pagamenti di crediti che scadono il giorno della sentenza di fallimento o posteriormente, se effettuati prima del tempo, e comunque entro i due anni precedenti la dichiarazione di fallimento, al fine di scongiurare evidenti manovre volte a eludere il dettato normativo.

1.2 Differenza tra atti di gestione: atti normali ed atti anormali.

L'effetto maggiore della riforma è registrato all'art. 67 L.F., che, come noto, distingue tra atti normali di gestione e atti anormali.

L'art 67 L.F., in relazione agli atti anormali di gestione, consente al curatore di procedere con l'azione revocatoria a prescindere dalla scienza danni ed anche si ritiene dall'eventus danni (con una importante inversione dell'onere della prova che, come si ricorderà, nella

revocatoria ordinaria è sempre a carico del creditore contro il debitore e il terzo, mentre nella revocatoria fallimentare è il terzo che deve dimostrare di non essere venuto a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto). Gli atti anormali di gestione sono elencati al primo comma dell'art 67 L.F. e sono i seguenti:

- Atti a titolo oneroso manifestamente svantaggiosi per l'imprenditore poi dichiarato fallito (art. 67 L.F. 1 comma, punto 1), quali le vendite di immobili a prezzo fuor di mercato perchè eccessivamente ribassato. La legge dispone anche una proporzione di uno a quattro, tra il valore di ciò che si è dato e il valore di ciò che si è ricevuto o promesso, per individuare agevolmente tale fattispecie;
- Pagamenti di debiti con mezzi anormali come il pagamento di un debito scaduto ed esigibile fatto non con moneta avente corso legale o con i normali mezzi di pagamento, ma attraverso, ad esempio, la cessione di un credito;
- Prestazione di garanzie non contestuali al compimento dell'atto di disposizione, nel termine di un anno per i pegni, le anticresi e le ipoteche prestate per debiti preesistenti non scaduti, poiché in ciò il legislatore intravede il tipico comportamento sospetto del creditore che, prima ancora della normale scadenza del termine, richiede all'imprenditore di fornirgli una garanzia, con la desunta verosimile consapevolezza di avere a che fare con un soggetto in difficoltà. Il termine, invece, si riduce a soli sei mesi per le garanzie prestate dall'imprenditore per debiti che sono scaduti.

Nel comma successivo dell'articolo in esame il legislatore riformatore si preoccupa di disciplinare le fattispecie dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili che possono essere revocati, entro il citato termine abbreviato di sei mesi, a patto che il curatore dimostri – con inversione dell'onere della prova – che il creditore conosceva lo stato d'insolvenza dell'imprenditore, che però con lui aveva adempiuto l'obbligazione.

Dunque, allo stato attuale sono considerati inefficaci gli atti a titolo gratuito compiuti entro due anni dalla dichiarazione di fallimento, sono altresì revocabili entro un anno gli atti a titolo oneroso "anormali" ed entro sei mesi, invece, quelli normali.

La presente disposizione, così com'è articolata, dovrebbe mirare alla tutela della par condicio creditorum ma, dietro il vessillo di una parificazione stabilita nella prima parte

dell'articolo 67 L.F. in esame, il legislatore riformatore ha introdotto tali e tante specificate limitazioni da impedire il concreto realizzarsi della tutela anzidetta; non è una forzatura affermare ormai che trattare dell'azione revocatoria fallimentare non rientra più nella disciplina del diritto fallimentare, ma nell'ambito della storia del diritto.

Esistono infatti già alcuni segnali evidenti, nei tribunali italiani¹⁴⁹, di abbandono di tale azione perché non più percorribile.

Sul punto sembrano sterili le rimostranze di una parte della dottrina che ritiene l'azione revocatoria fallimentare in molti casi controproducente perché limite alla volontà dell'imprenditore di pagare, soddisfare almeno qualche creditore, ponendo anche un interrogativo circa il corretto comportamento da tenersi nei confronti di quella liquidità affluita presso la massa fallimentare e tolta ai creditori in precedenza pagati, in caso di azioni giudiziarie di questi ultimi contro l'esecuzione del provvedimento da parte del curatore.

A questo punto tuttavia è necessaria una considerazione: l'azione revocatoria fallimentare per anni è stata una vera spina nel fianco di soggetti, in primis le banche, che durante le procedure concorsuali erano costrette a veri e propri salassi ordinati dai tribunali fallimentari. È questo in realtà il motivo per cui la nuova disciplina è entrata in vigore senza attendere la riforma organica.

Accadeva, infatti, in passato che le banche, conscie dello stato di crisi dell'imprenditore che in precedenza dalle stesse aveva ricevuto un fido o un'anticipazione bancaria, riconoscessero da inequivocabili aspetti la decozione dell'imprenditore premurandosi di tutelarsi ed in concreto, l'imprenditore, sebbene oramai incapace di adempiere le proprie obbligazioni, continuava a beneficiare dell'apertura bancaria, purché facesse rimesse frequenti in modo da ripianare il debito, nonostante il prezzo da pagare per la riduzione dell'esposizione presso la banca fosse sovente quello di intrecciare ulteriori rapporti con altri soggetti.

La situazione è stata modificata con l'inserimento – art. 67 comma 3, lettera b, che tratta espressamente degli atti irrevocabili – di una postilla che considera irrevocabili: “le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca” .

¹⁴⁹ Vedasi ex multis la ricerca svolta da Assonime, nel settembre 2007, da cui risulta che le azioni revocatorie sarebbero drasticamente diminuite presso la quasi totalità dei Tribunali (100% Bari, 99% Roma, 80% Firenze etc.).

E' questa l'eccezione più importante di tutte quelle elencate al terzo comma dell'art 67 L.F. (come i pagamenti di beni e servizi nell'esercizio abituale dell'impresa o le vendite a prezzo di mercato di immobili adibiti ad "abitazione principale dell'acquirente o dei parenti e affini entro il terzo grado", ecc).

È quindi evidente come è ora più difficile per il curatore esperire con successo l'azione revocatoria fallimentare atteso che i suoi poteri, nei confronti delle banche ovvero dei soggetti che più di ogni altro sono implicati nei fallimenti nella veste di grandi creditori, sono davvero limitati.

Privando il curatore del potere di far affluire alla massa fallimentare la sommatoria dei versamenti compiuti dall'imprenditore, poi fallito, sul conto corrente bancario durante il periodo sospetto, è pacifico come gran parte della liquidità, da distribuire poi tra tutti i creditori in virtù della par condicio creditorium, diviene irrecuperabile, con grave danno degli altri creditori e con la consapevolezza di togliere ogni credibilità al principio ora richiamato.

Considerare atti irrevocabili le rimesse, nonostante la flebile accortezza richiamata dal dettato della norma nella parte in cui rimette all'esclusivo apprezzamento del giudice e non a criteri oggettivi, stante il tenore della norma, la possibilità di recuperare una parte delle rimesse effettuate, nel caso in cui "abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione bancaria del fallito nei confronti della banca", limita il mezzo più efficace a disposizione dei curatori per il recupero della liquidità del fallito.

Poco efficace risulta anche il richiamo dell'art. 70 che, sempre con una disposizione ad hoc, stabilisce che le revoche delle rimesse su conto corrente bancario possono essere compiute mediante un accorgimento matematico.

In altre parole la banca, qualora obbligata a restituire somme di denaro, dovrà restituire non più la sommatoria delle rimesse ricevute, ma la differenza tra l'ammontare del debito alla data in cui si dimostra (l'onere della prova è anche in questo caso per il curatore) che essa conosceva lo stato di insolvenza del proprio cliente e la data del fallimento¹⁵⁰.

Si deve quindi rilevare che una delle più importanti novità introdotte con il DL 35/2005 è rappresentata appunto dalla modifica dell'istituto della revocatoria fallimentare disciplinato

¹⁵⁰ Se alla data di provata conoscenza dello stato di insolvenza, l'imprenditore era debitore di € 50.000, mentre alla data della sentenza di fallimento tale esposizione era di, poniamo, € 40.000, la banca sarà tenuta a restituire soli € 10.000, con la possibilità, naturalmente, di insinuarsi nel passivo assieme a tutti gli altri creditori per la somma restituita. La differenza tra quanto d'ora in avanti la banca sarà tenuta a restituire e ciò che doveva prima, mostra più di ogni esempio quanto l'azione revocatoria fallimentare, tenuto conto anche delle altre eccezioni del terzo comma dell'art. 67 L.F., sia divenuta inefficace.

dell'art. 67 del R.D. 267/1942, a cui si è provveduto con l'intero par. 1, lett.re a) e b), dell'art. 2 del DL 35/2005, intitolato "Disposizioni in materia fallimentare processuale civile e di libere professioni" che, come espresso dalla rubrica, ha una portata ben più ampia rispetto alla disciplina delle sole revocatorie, avendo altresì introdotto norme di carattere processuale e disciplinato alcuni aspetti dell'esercizio dell'attività professionale.

Alla luce di quanto sopra si può dire, in via generale, che sono stati apportati significativi cambiamenti all'originario assetto delle revocatorie fallimentari, favorendo, anche dal punto di vista temporale, il principio della stabilità degli atti, a beneficio dei terzi e dell'intero sistema.

Dal punto di vista strutturale, invece il vecchio sistema dell'art. 67 LF è sostanzialmente immutato, avendo la nuova formulazione mantenuto la tradizionale distinzione tra atti sicuramente lesivi della par condicio e, in quanto tali, "colpiti" da un regime probatorio presuntivo dello stato di insolvenza, ed atti neutri rispetto al principio della parità tra i creditori, con riferimento ai quali l'elemento soggettivo della inscientia decotiois assurge ad elemento costitutivo della fattispecie della revocatoria tanto da rappresentare, comunque, un presupposto da dover provare in sede di giudizio da parte del curatore.

Venendo nel dettaglio delle questioni che ci interessano è appena il caso di rilevare che, adesso, la formulazione dell'art. 67 LF, "Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie", è sostituita, al primo comma, dalla seguente disposizione:

"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 e' 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".

Sulla scorta di quanto testualmente sopra richiamato, deve innanzitutto confermarsi che la struttura portante del primo comma dell'art. 67 LF, nella nuova formulazione che ne ha

dato l'art. 2, par. 1, lett. a), è stata riprodotta quasi pedissequamente, a dimostrazione di un evidente intenzione di mantenere il vecchio regime di sfavore nei confronti di taluni atti pregiudizievoli, come quelli per cui vi è sproporzione delle prestazioni o quelli che per la loro evidente anomalia si ritengono certamente sintomatici della consapevolezza nel terzo del dissesto del debitore.

Per tali atti infatti, la disposizione in esame non ha modificato il vecchio regime probatorio presuntivo sullo stato di insolvenza del contraente-debitore, limitandosi, dal punto di vista temporale, a ridurre il periodo sospetto per la proposizione dell'azione da due anni ad un anno per gli atti di cui ai nn. 1, 2 e 3, e da un anno a sei mesi per quelli di cui al n. 4), in ragione di quella che tradizionalmente è considerata la maggiore lesività alla par condicio creditorum degli atti contemplati nella norma in commento.

Si deve pertanto concludere che, a parte la durata del periodo sospetto – che però di per se ha una forza innovativa notevole - non vi è alcuna novità rilevante rispetto al precedente regime, né in termini di tipologia di atti e garanzie revocabili, né in termini di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del destinatario dell'atto revocabile il cui stato soggettivo di conoscenza della situazione economico-patrimoniale del suo contraente, poi dichiarato fallito, infatti, resta del tutto irrilevante ai fini della revoca dell'atto o della garanzia in questione.

Alla luce di quanto sopra, si può sinteticamente affermare che saranno revocabili, se il curatore prova la sola esistenza storica dell'atto ed il compimento di esso nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento:

- i) gli atti a titolo oneroso con prestazioni sproporzionate, allorquando, però, tra le prestazioni e gli obblighi assunti dal fallito vi sia un divario ed una sproporzione che superi il limite di un "quarto";
- ii) i pagamenti anormali, cioè gli atti estintivi di debiti scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento;
- iii) le prestazioni di garanzie volontarie per debiti preesistenti non scaduti;

Saranno invece revocabili con uguale regime probatorio presuntivo sullo stato di insolvenza, qualora il curatore provi il compimento dell'atto nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento:

iv) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie per debiti scaduti.

Quanto al regime degli atti "normali", cioè non lesivi della par condicio e non sintomatici dello stato di insolvenza - sui quali, peraltro, la Commissione Trevisanato¹⁵¹ ha avuto i più

¹⁵¹ La Commissione c.d. Trevisanato segna la storia della riforma. Infatti l'assenza di un intervento riformatore della disciplina delle crisi di impresa continuava pertanto a rappresentare una delle più rilevanti lacune dell'ordinamento societario, anche in considerazione del processo di riforma del diritto societario all'epoca già avviato. Per ovviare a tale carenza alla fine del 2001 veniva istituita, presso il Ministero della Giustizia, la Commissione per la riforma della disciplina delle procedure concorsuali (appunto la c.d. Commissione Trevisanato), che avrebbe dovuto elaborare un autonomo progetto di legge delega da presentare al Parlamento. Dopo una gestazione sofferta e conflittuale - su molti aspetti della disciplina, come vedremo, si era verificata una divergenza di impostazione tra i membri della Commissione - i lavori della Commissione sono sfociati in una proposta di legge delega, le cui principali caratteristiche possono essere così sintetizzate. La proposta prevedeva la sostituzione delle procedure concorsuali in vigore (fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria) con una disciplina unitaria articolata in meccanismi di prevenzione e di allerta; procedura di composizione concordata della crisi; procedura di insolvenza. La proposta non prevedeva, invece, così come quelle presentate in precedenza, una modifica delle procedure speciali per banche, assicurazioni, intermediari finanziari, cooperative. La disciplina proposta non prevedeva altresì la possibilità di assoggettare a procedure differenti le imprese a seconda delle loro dimensioni o caratteristiche. Le procedure disciplinate erano, quindi, applicabili a piccoli imprenditori, individuali e sociali, imprenditori commerciali ed agricoli, grandi imprese in difficoltà. Questa scelta eliminava il dualismo procedurale determinato da fattori dimensionali, mantenendo una differenziazione tra le procedure tendenti al risanamento e quelle che, essendo afferenti a situazioni di insolvenza irreversibile, perseguivano esclusivamente finalità liquidatorie.

La previsione di meccanismi di natura preventiva mirava a far emergere tempestivamente la crisi d'impresa per poter adottare le misure necessarie al suo superamento. A questo fine, era previsto l'obbligo, sanzionato in via penale ed amministrativa, in capo all'organo di controllo di riferire tempestivamente dei fatti di insolvenza agli organismi competenti. Quanto alla procedura di composizione concordata della crisi (c.d. procedura di risanamento), la sua attivazione era subordinata alla sussistenza di condizioni oggettive quali l'impossibilità o la temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni o il pericolo d'insolvenza, determinati da una situazione di squilibrio patrimoniale, economico, finanziario tale da compromettere la continuità aziendale. La procedura di crisi, che aveva un carattere più "negoziale" rispetto a quella liquidatoria, iniziava con un'apposita dichiarazione dello stato di crisi da parte dell'imprenditore, accompagnata da un piano di composizione della crisi e da un elenco dei creditori. Le proposte prevedevano una disciplina compiuta della procedura, con principi relativi a presupposti e modalità di svolgimento, effetti per debitore e creditori. La procedura di insolvenza, al contrario, aveva un carattere essenzialmente liquidatorio e soddisfacente, il cui presupposto era l'impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Uno dei punti più problematici della emananda riforma stava nella disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori. Su questo punto si confrontavano due visioni opposte: la prima, che vedeva nell'azione revocatoria uno strumento con funzione risarcitoria (c.d. concezione indennitaria, per cui dovevano essere revocati soltanto gli atti che pregiudicano le garanzie patrimoniali), e l'altra, che evidenziava l'importanza dello strumento ai fini della tutela del principio della par condicio creditorum, ribadendo l'impostazione della legge fallimentare. Nonostante la piena condivisione dei principi generali della riforma e della scelta di fondo di riordinare l'intera disciplina concorsuale in due sole grandi procedure da applicare all'imprenditore insolvente, su tutta una serie di punti critici si era venuta a creare una spaccatura all'interno della Commissione. Un gruppo di Commissari (c.d. gruppo di minoranza) - tra i quali i rappresentanti della Confindustria, della Banca d'Italia e dell'Abi - sollevava obiezioni sul sindacato Concorrenza, bene pubblico riservato all'Autorità Giudiziaria, ancora troppo invasivo anche rispetto alle scelte dell'imprenditore per il risanamento dell'impresa, sulla previsione di misure sanzionatorie (contenute nelle disposizioni penali) eccessivamente incisive nei confronti dell'imprenditore fallito ed indiscriminatamente applicabili anche nell'ipotesi in cui lo stato di insolvenza non fosse dipeso da gravi colpe dell'imprenditore, sul difetto di coordinamento della disciplina fallimentare in corso di

forti dissensi al proprio interno - la disposizione in commento fornisce una più marcata rielaborazione della disciplina, fornendo una precisazione maggiore delle fattispecie rilevanti ed una enumerazione di una serie di atti per cui è stabilita una generale esenzione da revocatoria.

In relazione alla prima parte della norma, stabilisce adesso il secondo comma del par. 1 dell'art. 2 del DL 35/05 che:

“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”.

La disposizione, come si può notare, dimezza, anche per la tipologia di atti considerati, il periodo sospetto originariamente fissato in un anno e prevede l'estensione esplicita della revocatoria anche alla costituzione di prelazioni a garanzia di debiti altrui, con ciò rispondendo a quella giurisprudenza che già da tempo aveva applicato estensivamente l'art. 67 secondo comma LF, per colpire anche le costituzioni di garanzia per debiti di terzi. Tuttavia, come detto, la parte più innovativa della disposizione è senza dubbio rappresentata dal comma successivo di cui si compone il par. 1 dell'art. 2 del DL 35/2005, che, nella sostanza, aggiunge un diverso terzo comma all'art. 67 LF, inserendovi una completa disciplina delle esenzioni dalla revocatoria allo scopo di fornire una tutela più stabile per tutti quegli atti ritenuti, in un certo senso, più meritevoli di tutela e, quindi, di limitare gli effetti negativi e strumentali della revocatoria.

Infatti, la nuova norma dispone che:

“Non sono soggetti all'azione revocatoria:

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;

emanazione rispetto alle disposizioni recentemente dettate dalla riforma del diritto societario, in particolare con quelle in materia di gruppi di imprese. Il gruppo di minoranza dei Commissari, nell'evidenziare tali criticità al testo in via di emanazione, aveva proposto una serie di emendamenti, che hanno di fatto condotto alla elaborazione di una versione alternativa del disegno di legge. Nel luglio del 2003, entrambi i testi sono stati presentati al Ministro della Giustizia, al quale è stata rimessa la scelta definitiva in merito a quello da presentare al Parlamento per l'approvazione definitiva. In ragione delle profonde differenze tra le due proposte, il Ministro della Giustizia ha ritenuto opportuno, anziché scegliere tra uno dei due testi, istituire una Commissione ristretta, con il compito di elaborare un nuovo articolato (non più un disegno di legge delega, ma, direttamente, un disegno di legge sostitutivo della vecchia legge fallimentare). Nella stesura del disegno di legge, la Commissione ristretta di esperti ha tenuto conto dei lavori seguiti dalla Commissione Trevisanato, cercando, senza successo, di contemperare gli aspetti sui quali si erano riscontrate le maggiori divergenze. Anche questo provvedimento non ha avuto alcun esito parlamentare (Fonte: Centro Studi Confindustria).

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 a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinate a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;

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 e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile;

e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis;

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”.

1.3 Alcune tendenze della riforma.

Se si volesse identificare il trend che emerge dalla riforma, si potrebbe dire che si tende ad escludere la revocabilità di atti o pagamenti rientranti in una normale operatività gestionale o in operazioni finalizzate al recupero economico-finanziario dell'impresa.

Alcuni¹⁵² sostengono che la norma imponga, ai fini della revocatoria, la necessaria esistenza di un pregiudizio ingiusto ai danni dell'imprenditore poi dichiarato fallito e, quindi, dei suoi creditori; tale lettura parrebbe eccessiva, essendo invece possibile sostenere una

¹⁵² M. Sandulli, La crisi dell'impresa – il fallimento e le altre procedure concorsuali, Giappichelli Torino, p. 108.

tendenza del legislatore della riforma ad avvalorare la tesi dell'informazione quale perno centrale del mercato e della risoluzione delle sue crisi.

Infatti va ricordato che – quale ratio sottesa all'istituto della revocatoria – nell'ambito dell'attivo fallimentare rientrano non soltanto i beni appartenenti al debitore al momento della dichiarazione di fallimento, ma altresì quei beni che hanno cessato di appartenere a lui anteriormente alla dichiarazione stessa e che la legge, al ricorrere di determinati presupposti ritiene opportuno ricomprendere tra i beni soggetti all'esecuzione collettiva.

Uno degli strumenti più efficaci e di ampia diffusione per la ricostruzione dell'attivo fallimentare è proprio l'azione revocatoria con la quale si ricostruisce il patrimonio del fallito recuperando beni (o liquidità) usciti ed espellendo debiti e garanzie che siano sorte pregiudicando la c.d. *par condicio creditorum*.

Dalla rapida rassegna sopra fornita, si può dunque cogliere agevolmente la portata della novità introdotta dal DL 35/2005, che fissa una generale esenzione da revocatoria per una ampia categoria di atti eterogenei, in relazione ai quali, nel corso dei decenni, si era sentita maggiormente l'urgenza di escludere la sanzione della revocatoria stessa, ponendo un freno, soprattutto per i rapporti di durata come quelli bancari, a tutti quegli effetti moltiplicatori che una certa applicazione dell'istituto della revocatoria aveva determinato e che avevano finito per trasformare il criterio della *par condicio* in un ingiustificato arricchimento a danno di una parte del ceto creditorio¹⁵³.

Ciò detto, vale la pena osservare, in primo luogo, che per detta tipologia di atti esclusi da revocatoria non è precisato un periodo di riferimento anteriore alla dichiarazione di fallimento, in base al quale identificare gli atti astrattamente revocabili in caso di applicazione di quelle eccezioni al principio di esclusione da revocatoria che, con riferimento a taluni atti, sono state comunque inserite e disciplinate (si pensi alle fattispecie contenute nelle lett. b) e d), che fissano delle eccezioni al principio di generale esenzione, qualora gli atti medesimi non presentino determinate caratteristiche, quali, rispettivamente, il carattere solutorio delle rimesse in conto corrente e la non "ragionevolezza" del piano di risanamento).

¹⁵³ Critica P. Filippi, Fallimenti: revocatoria ridimensionata. Una riforma disorganica, i processi non saranno più veloci. - D&G - Dir. e giust. 2005 fasc. f.24ins . Giudizi diversi da M. Rubino De Ritis, La revocatoria fallimentare degli atti anormali nella prospettiva di riforma delle procedure concorsuali. - Riv. dir. comm. 2005, I, 399 e R. Clarizia, La "nuova" revocatoria garantisce l'effettiva tutela dell'impresa. - Dir. e prat. soc. 2005 fasc. f. 14/15, 6; interessane altresì M. Fabiani, La revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma. - Foro it. 2001, V, 250 .

Sicché, non potrà che tenersi conto del periodo di sei mesi fissato dal comma precedente per delimitare il periodo sospetto, in quanto che, in definitiva, tutti gli atti enumerati nei diversi casi di esclusione per i quali comunque sussistono delle eccezioni si riferiscono ad atti “normali”, ovvero atti in relazione ai quali non è riscontrabile una presunzione di lesività al principio della parità del concorso, come quelli previsti nel primo comma dell’art. 67 LF. Inoltre, tornando su quanto anticipato, con un notevole ed ulteriore salto in avanti, che varrà senz’altro a ridurre il moltiplicarsi dei giudizi passivi che coinvolgono le banche, la disposizione in commento introduce l’esclusione da revocatoria per tutte le rimesse di conto corrente (lett. b), purché esse non presentino una chiara natura solutoria e, cioè, non abbiano avuto un chiaro effetto di elisione e diminuzione del saldo passivo e della complessiva esposizione debitoria del medesimo conto corrente intestato al cliente, successivamente fallito (“purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca”).

Alla luce di quanto precisato, si può ragionevolmente ritenere che detta ultima precisazione potrebbe avere l’effetto di esonerare da revocatoria, ad esempio, le cc.dd. operazioni bilanciate, oppure le operazioni di giroconto e tutte quelle altre movimentazioni in avere in cui la rimessa, ovvero il semplice accredito in moneta contabile effettuata su un conto corrente, abbia - già all’atto del deposito, ovvero del semplice annotamento - una destinazione ben specifica a favore di terzi, oppure ad “azzeramento” e storno di una passività di natura meramente contabile, lasciando immutato il saldo passivo e la complessiva esposizione debitoria.

Tal nuova previsione sta assumendo un ruolo preminente per il ceto bancario, consentendo una chiara esclusione della revocatoria in tutti quei casi in cui la formazione del debito a carico del correntista sia avvenuto nel rispetto delle regole di gestione del rapporto, con indubbio vantaggio per le pratiche di esercizio del credito, normalmente improntate al rispetto dei principi negoziali e comportamentali del settore; senza trascurare che, comunque, con riferimento alle rimesse di chiaro effetto solutorie, si è provveduto a dimezzare il periodo sospetto, con conseguente limitazione delle pretese revocatorie delle curatele.

Passando all’esame di quanto disposto alla lett. c) della norma in rassegna si osserva che con essa è stata introdotta un’altra importante deroga all’originario sistema revocatorio: l’esclusione di tutti gli atti di alienazione di beni immobili ad uso abitativo, o da destinarsi

ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, purché acquistati al "giusto prezzo".

Con detta particolare norma, a ben vedere, si è provveduto a dare un più decisivo rafforzamento a tutte quelle tutele previste a favore degli acquirenti degli immobili da costruire, ovvero la cui costruzione non sia stata ancora ultimata, che erano già state sollecitate, a partire dalla entrata in vigore della legge delega n.210 del 2 agosto 2004, recante la "delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire" - sull'onda di alcuni gravi casi di cronaca riguardanti innumerevoli fallimenti di cooperative edilizie, che hanno indotto il Governo ad approvare il 18 Febbraio 2005 uno schema di decreto legislativo di attuazione che prevede altre e più specifiche limitazioni all'azione revocatoria – fino alla normativa della legge fallimentare come riformata. Dalla lett. d) alla lett. g) del par. 1 dell'art. 2 del DL 35/2005¹⁵⁴, infine, si è inteso esonerare dalla

¹⁵⁴ Tale art. 2. Dispone infatti che:

Disposizioni in materia fallimentare processuale civile e di libere professioni

1. Al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, di seguito denominato: «regio decreto n. 267 del 1942», sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 67 e' sostituito dal seguente: «67. *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie.* 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 e' 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.

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 a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;

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 e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile;

e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis;

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.».

revocatoria tutti quegli atti necessari e strumentali al superamento della crisi dell'impresa ed alla continuazione dell'attività da parte del debitore, in modo da incentivare indirettamente quei comportamenti del debitore indirizzati al risanamento, ovvero alla gestione razionale della crisi dell'impresa e alla spontanea attivazione di una delle procedure di composizione concordata della insolvenza in cui si articolerà la riforma della materia concorsuale.

Si pensi, in particolare, a quanto disposto alla lett. d), che esonera “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 e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile”, ponendo in primo piano il principio dell'autonomia privata anche nella soluzione e nella gestione della crisi dell'impresa, purché l'autonomia dell'imprenditore in crisi sia conforme ai requisiti di ragionevolezza determinati anche dal rispetto delle forme previste dalla richiamata disposizione di cui all' art. 2501 bis c.c., dettata in tema di fusione societaria.

La lett. e) della disposizione oggetto della presente analisi, invece, esonera “gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis” LF, che i successivi commi dell'art. 2 del DL 35/2005 provvedono a dettare prevedendone l'inserimento nel testo del r.d. 267/42.

La lett. f) esonera “i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito”, rafforzando quella preminenza che la riforma ha attribuito alla continuazione dell'impresa e superando tutte quelle molteplici incertezze interpretative che si erano avute in tema di pagamento degli oneri sociali per contributi obbligatori ed accessori a favore di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza.

Infine, l'ultima esenzione stabilita alla lettera g) - che sottrae a revocatoria “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 “- occorre dire che la stessa disposizione va ricollegata a quel generale favore incontrato dalle diverse procedure alternative al fallimento, con le quali, secondo il progetto di riforma sistematica della materia fallimentare, si darà attuazione a forme di gestione concordata dell'insolvenza.

La disposizione si chiude, infine, facendo riferimento a quanto, in realtà, già previsto dall'ultimo comma dell'art. 67 LF, conferendo il beneficio dell'esenzione dalla revocatoria "all'istituto di emissione; alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario", fatte salve, comunque, tutte le deroghe previste nelle diverse leggi speciali.

Quanto alla applicabilità di tutto il complesso di norme appena descritto, il comma 2 dell'art. 2 in commento ne stabilisce il regime di carattere transitorio al nuovo sistema revocatorio, prevedendo che potrà essere applicato a tutte le "azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto", conformemente a quanto ipotizzato dalla stessa Commissione Trevisanato in entrambe le soluzioni proposte.

Per completezza d'esposizione, occorre segnalare che l'art. 2, par. 1, let. b), da ultimo, rimaneggia anche l'assetto degli effetti conseguenti al positivo esperimento della azione revocatoria, attualmente contenuti nell'art. 71 LF (si ribadisca che il DL, in parte de qua, fa erroneamente riferimento all'art. 70, in realtà dedicato alla disciplina dei beni acquistati dal coniuge del fallito), disponendo che:

"L'articolo 70 del regio decreto n. 267 del 1942, e' sostituito dal seguente:

«70. Effetti della revocazione. La revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o dalle società previste dall'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione.

Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto e' ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di 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 e' provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si e' aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito.»

Il primo comma della nuova disposizione appena richiamata si ricollega a quel principio informatore che aveva indotto la Commissione di riforma del diritto fallimentare ad enucleare, tra i criteri ispiratori dello schema di delega originariamente prevista per l'attuazione della riforma, quello del collegamento della disciplina concorsuale alla disciplina delle società fiduciarie e di revisione, nonché di tutti quegli istituti di

interposizione fiduciaria che si ripropongono di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, di cui alla Legge 1966/39.

E' innegabile, pertanto, che con l'anzidetto primo comma della nuova disposizione sugli effetti della revocatoria si sia inteso far riferimento anche a tutta quella complessa problematica derivante dai rapporti, fino ad ora piuttosto critici, fra azione revocatoria ed interposizione fiduciaria che, specie, se avente forma di trust, fa venire in rilievo una serie di questioni irrisolte.

Tale disposizione mira a fornire una soluzione di massima a quei limiti di operatività della revocatoria relativamente in tutti quei casi in cui vi sia una interposizione o una creazione di un patrimonio separato.

Infatti la norma in commento precisa che, nonostante l'interposizione, la segregazione, o l'effettuazione di un pagamento tramite un intermediario specializzato, gli effetti della revocatoria si andranno comunque a produrre nei confronti del "destinatario della prestazione" e, cioè, nei confronti del reale soggetto che aveva disposto a proprio beneficio l'interposizione fiduciaria o aveva disposto la separazione del proprio patrimonio e si era avvalso di un intermediario specializzato .

Relativamente al secondo comma della disposizione in esame, la stessa riproduce essenzialmente la formulazione prevista dall'attuale art. 71 LF, prevedendo a favore di chi subisca gli effetti restitutori della revocatoria la facoltà di insinuarsi al passivo per il credito conseguente alla restituzione medesima.

L'ultimo comma, invece rappresenta una novità poiché detta un limite oggettivo agli effetti restitutori a carico del soggetto passivo della revocatoria il quale, con la nuova disposizione, potrà restituire alla massa - fatto salvo il diritto di insinuarsi successivamente al passivo - solo la "somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale e' provata la conoscenza dello stato d'insolvenza e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si e' aperto il concorso" e, cioè un importo pari alla differenza tra quanto originariamente preteso dal terzo prima di cominciare a ricevere, nel periodo sospetto, pagamenti revocabili e quanto successivamente risultante, all'esito del compimento di detti pagamenti, alla data di apertura della procedura concorsuale.

A margine di quanto sopra, si rilevi che l'indirizzo minoritario della Commissione Trevisanato ha avvertito a tal punto la revocatoria degli atti c.d. normali (quelli, per intenderci, rientranti nell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 67 LF), da

proporre, nel testo alternativo predisposto sulla falsa riga dell'articolato elaborato dalla maggioranza della Commissione, una esclusione quasi generalizzata dall'azione revocatoria per tutti quegli atti "che non hanno arrecato un effettivo pregiudizio al patrimonio del debitore" a meno che non ne dipenda una "ingiustificata alterazione della parità di trattamento dei creditori", ad eccezione sia delle "operazioni di semplici interposizione nel pagamento", sia degli "atti compiuti nell'ambito di rapporti contrattuali continuativi e coerenti con l'ordinaria gestione dell'impresa", in relazione ai quali non vi sarebbe dovuta essere revocatoria.

A diversa conclusione si è giunti con riferimento ai pagamenti di debiti certi, liquidi ed esigibili, per i quali l'indirizzo minoritario ha proposto un limite oggettivo rappresentato dall'ammontare dell'importo revocabile che non avrebbe dovuto essere maggiore della "misura dell'effettiva riduzione dell'esposizione nel periodo sospetto", conseguente al pagamento fatto oggetto di revocatoria.

Il testo della maggioranza esclude invece dalla revocatoria soltanto i pagamenti compiuti nell'ambito dei rapporti contrattuali continuativi per i quali siano dimostrate la corretta esecuzione ed il regolare andamento nell'insorgenza e nell'estinzione dei crediti, ovvero effettuati per prestazioni essenziali alla continuazione normale dell'attività. (arg. ex Relazione Generale della Commissione Trevisanato).

1.4 Prime conclusioni.

Giunti a questo punto e volendo fare un breve sunto di quanto evidenziato si significa che:

- A- sono stati dimezzati i termini del periodo sospetto nel primo e nel secondo comma dell'art. 67 L.F.;
- B- è stata ristretta la discrezionalità del giudice nel valutare la sproporzione delle prestazioni;
- C- sono state qualificate per legge come onerose, o meglio il loro trattamento è stato equiparato a quello degli atti a titolo oneroso, tutte le garanzie contestuali;
- D- sono state introdotte nuove esenzioni: alcune con l'intento di proteggere la continuazione della normale attività dell'impresa prevedendo un regime esonerativo per i fornitori di beni e servizi (let. a), per i fornitori di credito (let. b), per i fornitori di prestazioni lavorative (let. f). Altre con l'intento di favorire soluzioni concordate della

crisi (lett. d, e, g). Altre ancora con l'intento di salvaguardare gli acquirenti a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo (let. c);

E- si è inserito un doppio termine di scadenza per l'esercizio dell'azione (tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque cinque dal compimento dell'atto);

F- si allarga l'ambito di applicazione dell'art. 69 L.F. per le operazioni tra coniugi.

2- Criticità della riforma.

2.1 il percorso del legislatore tra teoria indennitaria ed antindennitaria. Prime anticipazioni. Al di là di eventuali contrasti con l'articolo 77 secondo comma della Carta Costituzionale, per l'utilizzo del meccanismo della decretazione d'urgenza per introdurre nuove norme nel nostro ordinamento (mancando la straordinaria necessità ed urgenza) nonché con l'articolo 3 della Costituzione per la ventilata disparità di trattamento tra pagamenti ricevuti dalla banche (revocabili solo laddove riducono in maniera durevole e consistente l'esposizione debitoria del fallito) e pagamenti ricevuti da altri soggetti (revocabili a prescindere dall'entità) è innegabile che la riforma in commento abbia interessato in particolare l'art. 67 L.F. e ciò che più rileva ai fini del presente lavoro è comprendere se il Legislatore abbia inteso percorrere il solco della teoria indennitaria o della teoria antindennitaria.

Si cercherà di dimostrare come il Legislatore, ad avviso di chi scrive, non abbia abbracciato né l'una né l'altra delle menzionate teorie, avendo invece optato per un avvicinamento a quella che è la teoria dell'informazione che, calata nell'ambito della revocatoria, diviene il presupposto della responsabilità e permette così allo Stato di intervenire nel mercato con una azione di riequilibrio punendo i soggetti che, conoscendo o dovendo conoscere lo stato di insolvenza, abbiano cercato di trarre vantaggio da tale situazione.

In merito al fatto che la nuova disciplina ha anche elevato i casi di esenzione, bisognerà chiedersi se e quanto tale scelta abbia a che fare con la volontà del legislatore di privilegiare l'ottica della simmetria informativa quale presupposto di punibilità tramite la revocatoria o di limitare lo spazio di autoresponsabilità del mercato che invece, con il dimezzamento dei termini, pare essere stato ampliato.

Il periodo sospetto è stato infatti dimezzato e bisognerà chiedersi se anche tale scelta sia condivisibile, sempre nella medesima ottica de quo; in particolare per comprendere se tale orientamento è rispettoso del principio per cui il mercato deve tendere anche ad una par condicio delle informazioni.

Pare opportuno, giunti a questo punto, riportare un primo commento del Rago¹⁵⁵ al d.lg. n. 62/2005 (convertito in legge n. 80/2005), relativo proprio alla modifica dell'art. 67 della legge fallimentare.

“Non è questa la sede per dare un giudizio «politico» sulla riforma, ma, quello che è deprecabile è che, con un decreto legge, si siano introdotte importanti novità su un corpus organico di norme ossia su un impianto legislativo, alla cui base c'è una ben precisa politica della gestione della crisi di impresa e che aveva retto, nel bene e nel male, per oltre sessanta anni. Ovviamente, non si vuole sostenere che la legge fallimentare debba restare così com'è stata progettata dal legislatore di oltre mezzo secolo fa: al contrario, l'esigenza di una riforma è avvertita da tutti gli operatori del settore per motivi che, in questa sede, sarebbe del tutto inutile rammentare. Quello che non è condivisibile è il metodo adottato e cioè l'introduzione di norme frammentarie, ispirate a tutt'altra filosofia, che essendo state innestate, in modo quasi brutale, sul vecchio corpo normativo, hanno sortito un effetto straniante. Eppure, il legislatore aveva a disposizione lo schema del d.d.l. redatto dalla Commissione istituita con D.M. 27/2/2004 , la quale aveva dedica alla revocatoria l'intero capo VII (artt. 107-118). Senonchè, invece di pensare ad una riforma organica che avesse una sua filosofia di fondo (non importa quale), si è preferito legiferare d'urgenza dando prevalenza logiche lobbistiche di quei soggetti che, in presenza di pesanti condizioni di ristagno economico, possono condizionare la leva finanziaria del Paese”.

2.2 Termini per l'esercizio delle procedure concorsuali.

Venendo alla disamina delle problematiche strettamente giuridiche che pone la riforma si può affermare innanzitutto come il fatto che il termine di due anni è diventato un anno e quello di un anno è diventato di sei mesi è una drastica ed uniforme riduzione che

¹⁵⁵ Rago, *op. cit.*, p. 849 e ss.

probabilmente costringerà i Tribunali ad accelerare notevolmente l'istruttoria non potendo più indulgere a nessuna dilazione.

Tale normativa pone due problemi di diritto transitorio:

- 1) quale sia il momento in cui una procedura concorsuale possa considerarsi iniziata;
- 2) se e in che termini la nuova normativa si applica alle ipotesi di consecuzione di procedure.

In relazione al momento iniziale di una procedura concorsuale occorre distinguere le varie fattispecie.

Per la procedura fallimentare essa va considerata iniziata dal momento del deposito della sentenza in cancelleria, mentre per il concordato preventivo e l'amministrazione controllata la stessa inizia con il deposito del decreto di ammissione.

Diverso è il discorso per la liquidazione coatta amministrativa cui un'impresa può essere sottoposta per diversi motivi. Se la liquidazione coatta amministrativa dipende dall'insolvenza dell'impresa la dichiarazione di insolvenza della stessa può precedere o seguire il provvedimento amministrativo che ordina la liquidazione.

L'art. 203 della legge fallimentare, infatti, dispone che, accertato giudizialmente lo stato d'insolvenza (sia prima che dopo il provvedimento che ordina la liquidazione), le disposizioni sulla revocatoria previste dagli artt. 64 e ss. legge fallimentare si applicano «dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione.

Anche se tale disposizione non distingue temporalmente la dichiarazione dello stato di insolvenza, ove questa preceda il provvedimento amministrativo, relativamente al periodo sospetto il termine decorrerà dalla sentenza di insolvenza.

Si è posto un problema di diritto internazionale per tutti i casi in cui la dichiarazione di insolvenza sia stata precedente al 17 marzo 2005, data di entrata in vigore della riforma, ma il provvedimento amministrativo sia stato invece emanato dopo tale data. In questi casi si pone il problema di stabilire a quale disciplina revocatoria fare riferimento: se a quella precedente la riforma ovvero a quella novellata. A ben vedere tale peculiarità procedurale non incide sull'apertura della liquidazione coatta amministrativa il cui momento iniziale resterà sempre quello in cui viene emanato il provvedimento amministrativo.

La procedura resta unica, con la conseguenza che si dovrà tenere conto della data di emanazione del provvedimento amministrativo anche se il computo del periodo sospetto decorre con effetto retroattivo, dalla sentenza di insolvenza: in realtà, questo è solo un effetto limitato e circoscritto perchè, quanto alla disciplina applicabile, occorre avere

riguardo, come testualmente dispone il cit. art. 2 all'«inizio della procedura», relativamente al quale non vi può essere alcun dubbio sul fatto che la procedura di liquidazione coatta amministrativa inizia solo con il provvedimento amministrativo anche se lo stato d'insolvenza sia stato dichiarato prima.

Da ciò deriva che la nuova disciplina si applica solo alle procedure di liquidazione coatta amministrativa il cui decreto sia stato pubblicato dal 17/3/2005 in poi anche se lo stato d'insolvenza sia stato dichiarato prima. Tale conclusione non si pone in collisione con il principio secondo il quale il termine del periodo sospetto va computato dalla data della sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza. Infatti, si tratta di due principi che operano su diversi piani paralleli e perciò non collidenti: la regola secondo la quale il termine del periodo sospetto va fatto decorrere dalla sentenza dichiarativa di fallimento, è una regola di diritto sostanziale attinenti agli effetti; la regola che stabilisce quale debba essere la norma che si applica, è, invece, una norma di diritto processuale. Ciò significa che fra le due suddette regole non c'è alcun contrasto perchè il primo principio (decorrenza degli effetti) continua ad applicarsi, ma con le nuove regole dettate dal novellato art. 67 legge fallimentare (in specie quanto ai nuovi termini)¹⁵⁶.

Anche nelle ipotesi di amministrazione straordinaria (d.lgs. 270/1999 — L. 39/2004): la procedura deve considerarsi iniziata dal momento in cui viene emanato il provvedimento amministrativo con la conseguente applicabilità di quanto appena detto per la liquidazione coatta amministrativa.

Nelle ipotesi di consecuzione di procedure occorre comprendere la disciplina applicabile nei casi in cui il fallimento sia intervenuto in un momento successivo al 17/3/2005 sebbene l'originaria procedura (poi convertita in fallimento) sia stata aperta in un momento antecedente alla suddetta data.

La teoria della consecuzione delle procedure si basa sul principio per cui, quando ad una procedura concorsuale non fallimentare - concordato preventivo e/o amministrazione controllata - segua il fallimento, gli effetti di questo retroagiscono alla data di apertura della prima procedura.

In tali ipotesi il problema si pone perchè le procedure concorsuali sono due procedure diverse che si susseguono senza soluzione di continuità dato che la procedura originaria

¹⁵⁶ Vedasi Rago, op. cit., p.852 e ss.

sfocia nel fallimento; è importante comprendere cosa si debba intendere per «procedura iniziata» ai sensi dell'art. 2/2 L. 80/2005.

Richiamando quanto appena detto in tema di liquidazione coatta amministrativa, si può affermare che, anche nel caso di consecuzione di procedure, dev'essere mantenuto fermo il principio secondo il quale si applica la disciplina della nuova revocatoria se il fallimento sia stato dichiarato dopo il 17/3/2005 anche se la procedura minore (concordato preventivo — amministrazione controllata — amministrazione straordinaria) sia stata dichiarata prima di tale data.

Occorre peraltro effettuare delle distinzioni.

Innanzitutto nelle ipotesi di consecuzione del concordato preventivo in fallimento, la procedura che consente di esercitare la revocatoria è proprio il fallimento sicchè è alla data di questo che bisogna avere riguardo e non a quella della precedente procedura. Il principio che si applica in questi casi, infatti, è quello del *tempus regit actum* diverso dalla teoria della consecuzione dalla quale deriva la retrodatazione del periodo sospetto dalla prima delle procedure.

Tali ultimi sono principi che operano su piani diversi non incompatibili tra loro perchè il principio del *tempus regit actum* ha natura processuale e risolve il problema di quale debba essere la norma applicabile in un determinato momento, mentre quello della consecuzione attiene alla decorrenza degli effetti concretandosi in una norma di diritto sostanziale che continua ad applicarsi senza porsi in conflitto con il primo principio di diritto processuale.

Da ciò deriva che in caso di un concordato preventivo (o amministrazione controllata) iniziato prima del 17/3/2005 ma sfociato in un fallimento dichiarato dopo il 17/3/2005, il termine per la decorrenza del periodo sospetto si continuerà a computare dalla prima delle procedure, ma la disciplina (di diritto sostanziale) applicabile sarà quella del novellato art. 67 legge fallimentare .

Nel caso di conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento, l'art. 49 del d.lgs. 270/1999 consente l'esercizio delle azioni revocatorie solo nei casi di programma di cessione dei complessi aziendali.

Ciò significa che:

— se il fallimento viene dichiarato dopo il 17/3/2005, relativamente ad una procedura di amministrazione straordinaria con cessione di complessi aziendali (art. 27/2 lett. a) in

vigore prima della suddetta data, continueranno ad applicarsi le vecchie regole perchè già quel tipo di procedura consentiva l'esercizio delle revocatorie;

— se, invece, il fallimento riguarda una procedura di amministrazione straordinaria con ristrutturazione (art. 27/2 lett. b), poichè le azioni revocatorie possono essere esercitate solo grazie all'intervenuto fallimento è opportuno riferirsi alla data di pubblicazione della sentenza di fallimento per comprendere quale sia la normativa applicabile.

Nel caso, infine, di conversione della procedura di amministrazioni straordinaria (ex L. 39/2004) in fallimento, deve ritenersi che si applicano le regole del vecchio art. 67 legge fallimentare ove il decreto ministeriale sia intervenuto prima del 17/3/2005 ed il fallimento successivamente a tale data; in questi casi infatti le revocatorie sono azionabili già nell'originaria procedura.

In conclusione quando l'art. 2/2 della L. 80/2005 parla di «azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto», per «procedure iniziate» devono intendersi le procedure concorsuali nell'ambito delle quali è ammissibile l'esercizio dell'azione revocatoria.

Ciò comporta che se una delle suddette procedure sia iniziata prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, continuerà ad applicarsi la vecchia normativa, in caso contrario, sarà operativa la nuova disciplina.

Sulla base di tale criterio, trovano soluzione anche i seguenti casi:

— riapertura, dopo il 17/3/2005, di un fallimento dichiarato chiuso prima di tale data: qui, non pare che possa dubitarsi del fatto che la procedura è unica non perchè la legge parla di «riapertura» e «richiamo in ufficio del giudice delegato e del curatore»: sulla base di quanto detto, deve ritenersi che la procedura sia «iniziata» non con la riapertura, ma già da prima con l'originaria sentenza, con la conseguenza che, per le nuove revocatorie che gli organi della procedura ritengono di dovere esercitare, continueranno ad applicarsi le vecchie regole;

— fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile, dichiarato dopo il 17/3/2005, a fronte della sentenza dichiarativa di fallimento della società dichiarata prima di tale data: in tale ipotesi, qualunque delle soluzioni si voglia accogliere in ordine, alla decorrenza del termine (e cioè se dalla prima dichiarazione di fallimento ovvero dal fallimento della società), quello che è certo è che la sentenza dichiarativa del socio è diversa da quella della società tant'è che innesca una nuova e diversa procedura concorsuale che si raccorda con la prima grazie alle regole di cui all'art. 148 legge

fallimentare. Ciò comporta che, secondo la tesi che abbiamo proposto, alla nuova procedura si applicano le regole del novellato art. 67 legge fallimentare che, ovviamente, per quanto abbiamo abbondantemente spiegato, lascia del tutto impregiudicato il diverso problema della decorrenza del periodo sospetto.

– Particolarmente problematica si presenta l'ipotesi di cassazione della sentenza dichiarativa di fallimento per incompetenza del tribunale e di successiva sentenza emessa da altro tribunale ritenuto competente: la soluzione del problema dipende dalla tesi che si accoglie sulle conseguenze della sentenza di annullamento . Se si opta per la tesi (maggioritaria) secondo la quale la dichiarazione di fallimento del giudice incompetente è invalida con conseguente revoca della dichiarazione di fallimento, allora, non pare che ci possano essere dubbi sul fatto che, ove il tribunale dichiarato competente, a sua volta, dichiari nuovamente il fallimento, dal 17/3/2005 in poi, dovendosi considerare questa l'unica ed esclusiva procedura, alle revocatorie deve applicarsi la nuova disciplina . Se, invece, si propende per la tesi (minoritaria) secondo la quale, una volta dichiarata l'incompetenza, la dichiarazione di fallimento rimarrebbe ferma, dovendo essere disposta la semplice trasmissione degli atti al giudice dichiarato competente, allora, essendo la procedura unica, ed iniziata prima del 17/3/2005, anche se la sentenza di incompetenza viene emanata dal 17/3/2005 in poi, alle revocatorie si applicherà il vecchio regime.”

2.3 Il “nuovo” articolo 67 L.F. .

Tornando all'art. 67/1 n. 1 della legge fallimentare è da evidenziare come la suddetta norma, oltre che, come anticipato, essere stata modificata quanto al periodo sospetto (da due anni ad un anno), contiene un'importante aggiunta consistente nel fatto che è stata fissato in «un quarto» il parametro quantitativo al quale il giudice deve attenersi per stabilire se l'atto che s'intende revocare debba o meno essere considerato sproporzionato. Trattandosi di una misura fissa stabilita dal legislatore, il giudice dovrà rigorosamente attenersi ad essa essendogli, quindi, vietata ogni discrezionalità seppure derivante dalla necessità di evitare distorsioni in tutti quei casi in cui si supera la soglia di poco.

Ciò comporta, anche secondo il Rago, che, nei casi in cui l'accertamento del valore della prestazione è affidato ad un consulente tecnico, sarebbe opportuno che il quesito fosse affidato in modo tale che la risposta sia contenuta in una forbice fra un minimo ed massimo in modo da lasciare al giudice (che, peraltro, può sempre disattendere la CTU) un certo margine di manovra.

Venendo alle nuove esenzioni, la vera rivoluzione (della quale solo con il tempo si riuscirà ad apprezzarne appieno la portata), in realtà, è stata effettuata con l'inserimento, ex novo, del terzo comma nel quale, in sette paragrafi contraddistinti dalle lettere a) - g), sono state introdotte delle esenzioni talmente vaste ed articolate tanto da far dubitare che la legge fallimentare, sia ancora ispirata al principio della par condicio .

La disciplina delle esenzioni, che appare difficile ricondurre ad una logica unitaria, rappresenta quindi uno degli aspetti di maggiore novità della novella di cui al D.L. 14 marzo 2005 n° 35 convertito in legge 14 marzo 2005 n° 80.

In particolare le fattispecie di cui all'art. 67 L.F. sub lett. d), e), g) potrebbero essere espressione dell'intento del legislatore di favorire, anche attraverso esenzioni dalla revocatoria, modelli di soluzione della crisi di impresa alternativi al fallimento e caratterizzati da profili negoziali¹⁵⁷.

In questa prospettiva l'art. 67 L.F. comma terzo è finalizzato a rendere immuni dalla azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione del piano di risanamento, del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato in quanto è evidente che sul loro successo influisce in modo significativo l'aspettativa di stabilità dei rapporti instaurati con l'imprenditore posti in essere in esecuzione degli stessi, che potranno avere i suoi interlocutori.

Sia la diversità strutturale delle due norme, sia la sedes materiae, inducono a ritenere che le esenzioni si applicano solo ed esclusivamente alla revocatoria fallimentare, anche perchè gli atti di cui alle lett. a), b), d), e), g) (e per i quali è stata, appunto prevista l'esenzione dalla revocatoria), già non sono aggredibili con la revocatoria ordinaria posto che l'art. 2901 c.c. vieta l'esercizio della revocatoria per «d'adempimento di un debito scaduto». Siccome le esenzioni si riferiscono, quanto meno per i pagamenti (comprese le rimesse bancarie che altro non sono che pagamenti), proprio a debiti scaduti, non si capirebbe la duplicazione della stessa esenzione. Non va trascurato, infine, il seguente argomento: le esenzioni in questione, sono certamente delle eccezioni che derogano alle regole generali di cui ai precedenti commi primo e secondo dell'art. 67 legge fallimentare¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Capo, *Le "esenzioni" dall'azione revocatoria e gli "strumenti" di composizione concordata della crisi*, in Aa. Vv., *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, Itaedizioni, 2006.

¹⁵⁸ Quanto agli artt. 64-65 legge fallimentare, ogni esenzione va esclusa perchè le due norme, per come sono strutturate, si collocano agli antipodi dell'art. 67 legge fallimentare: sul punto è sufficiente considerare che la sentenza è meramente dichiarativa, si prescinde da ogni indagine sull'elemento psicologico essendo sufficiente la prova del mero dato

Se, dunque, sono delle eccezioni è chiaro che sono norme di stretta interpretazione e quindi, non possono avere una valenza generale e cioè anche per la revocatoria ordinaria. Non solo, ma la revocatoria ordinaria in sede fallimentare, com'è noto, è identica, quanto ai presupposti di natura sostanziale, a quella del Codice Civile dalla quale se ne differenzia solo sotto alcuni profili di natura processuale. Ora, se davvero le esenzioni in questione si dovessero applicare anche all'art. 66 legge fallimentare si verificherebbe che questa azione, anche sotto il profilo sostanziale, assumerebbe connotazioni del tutto diverse dall'omologa azione del diritto civile, a meno di non voler ritenere che l'art. 67/3 legge fallimentare abbia addirittura innovato non solo all'art. 66 legge fallimentare ma anche all'art. 2901 c.c.: ma questa pare una strada non percorribile se non si vuole derogare dai consueti e consolidati canoni ermeneutici.

L'art. 67 legge fallimentare è una norma speciale perchè è inserita in una legge speciale (legge fallimentare): di conseguenza, in essa non possono essere contenuti principi generali che possano derogare alla disciplina stabilita in via generale nel c.c. .

Le esenzioni in commento, dunque, si pongono in un rapporto di specialità rispetto alla regola generale della revocabilità degli atti previsti nei commi primo e secondo della legge fallimentare.

Da questa precisazione discendono due importanti corollari di natura processuale:

- dev'essere il convenuto in revocatoria, che invochi una delle esenzioni in questione, a dover provare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge;
- le norme in commento, proprio perchè eccezionali, sono di stretta interpretazione sicchè il giudice non può ricorrere all'interpretazione analogica per applicarle ad altri casi non previsti ed estenderne, quindi, la portata.

Pare opportuno ritornare, per un ulteriore approfondimento, sul terzo comma dell'art. 67 LF lett. a), ove si prevede che non sono soggetti all'azione revocatoria «i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso».

La ratio legis di tale esenzione si ritrova nell'esigenza di evitare che i creditori stendano, nei confronti del debitore che si trova in difficoltà, «un cordone sanitario» non essendo disposti a continuare a fornire beni e servizi il cui pagamento - al quale, in ipotesi, il

oggettivo del pagamento anticipato ovvero della gratuità. Alla stessa conclusione, pare, si deve pervenire anche per la revocatoria ordinaria esercitata in sede fallimentare (art. 66 legge fallimentare). A tal proposito, si deve osservare che le due revocatorie sono così diverse strutturalmente che riesce davvero ostico pensare di applicare le esenzioni in questione, inserite nell'art. 67 legge fallimentare, anche all'art. 66 legge fallimentare.

debitore potrebbe regolarmente far fronte - sarebbe esposto, in caso di futuro fallimento, all'inevitabile revocatoria da parte degli organi della procedura.

Si è voluto in tal modo evitare che anche una momentanea crisi di liquidità, potesse indurre i creditori a sospendere la fornitura di beni e servizi facendo, quindi, precipitare una situazione che, con la fiducia dei fornitori, potrebbe essere recuperata.

Da ciò deriva che il legislatore ha introdotto una presunzione iuris et de iure consistente nel fatto che se un imprenditore paga regolarmente i beni e servizi fornitigli, si deve presumere che il creditore che riceve il pagamento, non sappia che il debitore si trovasse in stato d'insolvenza con la conseguenza che viene vietato l'esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore anche se questi sia, in ipotesi, in grado di provare il contrario secondo meccanismo di cui all'art. 67/2 legge fallimentare.

Occorre, peraltro, osservare che anche sotto il vecchio regime la normalità dei pagamenti costituiva il classico ed inequivoco indice che veniva ampiamente sfruttato dai creditori (con esito positivo) per dimostrare la propria inscientia decoctionis in quanto il primo sintomo dell'insolvenza dell'imprenditore è costituito dalla sospensione dei pagamenti, dalla rinegoziazione dei termini, dal mancato rispetto delle scadenze ecc... e cioè sicuri indizi della scientia decoctionis da parte del creditore che accetta il pagamento.

L'esenzione, si riferisce ai pagamenti e cioè ai soli atti solutori effettuati «nei termini d'uso».

La locuzione adoperata, per quanto poco precisa, consente, innanzitutto, di limitare il campo dell'esenzione (stante la natura di norma di stretta interpretazione e quindi inapplicabile analogicamente) solo a quelle ipotesi in cui viene in rilievo «il termine» e non anche le «modalità» con le quali è stato eseguito il pagamento: il sostantivo «termine», infatti, rinvia alla nozione del tempo in cui dev'essere adempiuta l'obbligazione ex artt. 1183 ss. c.c.

Viceversa, nei casi in cui il pagamento avviene con modalità diverse dal pagamento con denaro (o altro mezzo equipollente), come accade ad esempio per le compensazioni, cessioni ed altro, anche se avvenuto «nei termini d'uso», deve ritenersi che la problematica ricada in quella generale ed usuale dei mezzi anormali di pagamento: di conseguenza, la revocatoria è sicuramente ammissibile e l'unica questione consiste nello stabilire se si tratta di un mezzo anormale di pagamento di cui all'art. 67/1 n. 2 ovvero di un pagamento normale previsto all'art. 67/2 legge fallimentare.

Tre sono i presupposti che, congiuntamente, devono sussistere perchè la fattispecie sia sottratta alla revocatoria:

1. deve trattarsi del pagamento di «beni e servizi»;
2. il pagamento deve essere stato effettuato «nell'esercizio dell'attività d'impresa»;
3. il pagamento dev'essere avvenuto «nei termini d'uso».

Per quanto riguarda il primo requisito relativo al pagamento di beni e servizi, si spiega con la ratio legis della norma di evitare che, alle prime avvisaglie di difficoltà, i creditori cessino di fornire beni e servizi necessari alla continuazione dell'attività imprenditoriale, nell'ipotesi in cui, l'imprenditore sia in grado di adempiere regolarmente.

Questo primo requisito fa però sorgere un quesito di non poco momento e cioè se il pagamento regolare deve riferirsi a tutte le forniture in essere, o solo a quelle che l'imprenditore, nella sua discrezionalità, ritiene più importanti, discriminando, quindi, fra i diversi fornitori.

Si noti bene che, probabilmente, sarà questa la situazione usuale di fronte alla quale si troveranno i curatori fallimentari e cioè una situazione in cui l'imprenditore in difficoltà, pur di continuare l'attività imprenditoriale nella speranza di tornare in bonis, selezioni i vari fornitori favorendo quelli più importanti che garantiscono la sopravvivenza dell'impresa (ai quali, quindi, assicura il pagamento puntuale) e discriminando quelli meno importanti, rispetto ai quali si comporterà come tutti i debitori insolventi e cioè non pagando, o pagando con irregolarità.

Ora, se si dovesse pervenire ad un'interpretazione che avallasse una tale prassi, si verificherebbe una palese ed incostituzionale disparità di trattamento fra i vari fornitori perché innanzitutto l'esenzione (prevista tout court) sarebbe, in pratica, lasciata all'arbitrio del debitore che, con il selezionare i vari fornitori e pagando regolarmente solo alcuni e non altri, finirebbe per stabilire chi, in caso di fallimento, possa essere sottoposto a revocatoria e chi no, sottraendo, quindi, solo alcuni fornitori al principio della par condicio e della concorsualità.

In secondo luogo, la normativa sarebbe irrazionale laddove si consideri che i vari fornitori verrebbero discriminati non tanto sulla base di un criterio oggettivo individuabile a priori, ma solo sulla base di un elemento (la regolarità dei pagamenti) lasciato alla più completa, arbitraria ed incensurabile volontà del debitore, senza contare che al pagamento «nei termini d'uso» il debitore potrebbe essere indotto dalla spregiudicatezza e/o violenza di creditori particolarmente aggressivi.

Da ciò deriva che occorre procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma con la conseguenza che, affinché il pagamento di beni e servizi possa essere esentato dalla revocatoria, occorre che il debitore adempia regolarmente nei confronti di tutti i fornitori e non solo di alcuni. Tale interpretazione troverebbe conferma non solo in un dato letterale in quanto la norma stessa si riferisce ai "pagamenti" al plurale riferendosi dunque a tutti i pagamenti e non solo ad alcuni, ma anche dalla ratio della norma che tende ad evitare un blocco nella fornitura dei beni da parte dei creditori¹⁵⁹.

Quindi, nel caso in cui il debitore paghi regolarmente solo alcuni fornitori e non altri, deve ritenersi che tale circostanza costituisca un indice sintomatico della potenziale conoscenza dell'insolvenza da parte dei creditori, sicchè l'esenzione (e la presunzione iuris et de iure) non è giustificata.

A livello probatorio, la conseguenza sarà che, ove il curatore voglia aggredire i pagamenti di beni e servizi effettuati nei termini, dovrà, prima di ogni cosa, provare l'irregolarità di altri pagamenti e cioè che il debitore discriminava fra i vari fornitori.

Fornita questa prova, l'ipotesi ricadrà nella fattispecie normativa dell'art. 67/2 legge fallimentare, con tutte le conseguenze del caso.

Questa prima conclusione porta, ovviamente, ad un sostanziale svuotamento della norma dato che i casi di esenzione sarebbero limitati solo a quelle ipotesi in cui il fallimento si verifica all'improvviso, senza alcun preavviso: ipotesi rara ma non impossibile.

Opinando diversamente si pone una questione di legittimità costituzionale per essere la norma illegittima nella parte in cui non prevede che l'esenzione si applica solo nei casi in cui tutti i pagamenti sono stati effettuati nei «termini d'uso».

Quanto al secondo requisito la circostanza che il pagamento dev'essere stato effettuato «nell'esercizio dell'attività d'impresa» consente di escludere dall'ambito dell'esenzione sia i pagamenti di beni e servizi personali, effettuati dall'imprenditore individuale; sia i pagamenti di beni e servizi, estranei all'oggetto sociale, effettuati dall'imprenditore collettivo (società).

E' dubbio, invece, se nella fattispecie rientrino o meno i pagamenti di beni e servizi effettuati dall'impresa in liquidazione.

¹⁵⁹ Vedasi un caso specifico da cui trarre deduzioni più generali come analizzato da V. Cederle in Prova degli affidamenti, bilanci e "scientia decoctionis" nel giudizio di revocatoria: osservazioni alla luce della riforma (rif. a Trib. Bergamo 4 giugno 2005). - Riv. dottori comm. 2005, 917.

2.4 Natura giuridica della revocatoria fallimentare alla luce della riforma: il danno e l'informazione.

Bisogna continuare nell'indagine volta ad analizzare se la riforma abbia influito sulla natura giuridica della revocatoria fallimentare e cioè se la medesima sia ispirata a criteri indennitari o antiindennitari.

In proposito, occorre osservare – quale premessa di indagine - che il principio generale al quale è improntata la revocatoria ordinaria, ovvero la necessità di un danno effettivo quale presupposto oggettivo dell'azione, non può ritenersi introdotto, di soppiatto, attraverso norme eccezionali le quali, peraltro, a ben vedere, si giustificano non perchè gli atti in questione non siano in sé dannosi (l'esclusione della revocatoria di atti non dannosi avrebbe indubbiamente portato un notevole contributo alla tesi indennitaria) ma solo perchè il legislatore ha ritenuto, insindacabilmente, che, ricorrendo determinati presupposti, alcune categorie di creditori debbano essere esentati dalla revocatoria rispetto a tutti gli altri creditori.

Infatti, quegli stessi atti, ove non sussistano i presupposti richiesti dalle varie norme, sono soggetti a revocatoria ma solo perchè alcuni interessi sono stati ritenuti meritevoli di una particolare tutela.

Non vi è altresì dubbio che la logica che animava le cosiddette teorie *antiindennitarie*, o *redistributive*, è stata superata. Il legislatore, però, non ha voluto prendere un'esplicita posizione sul punto e, soprattutto, si è rifiutato di fornire una definizione dei presupposti dell'impugnativa che chiarisse il ruolo del pregiudizio e le modalità di accertamento¹⁶⁰, essendovi il pericolo di prendere a modello le azioni risarcitorie e di snaturare l'istituto in esame, concepito dal codice e dalla legge fallimentare come un'impugnativa.

Il richiamo all'assenza di danno, inoltre, è sempre stato una sorta di clausola generale, che ha consentito all'interprete di rendere più flessibile la disciplina dell'azione revocatoria.

Nell'attuale realtà economica, le imprese in genere non falliscono a causa di comportamenti dolosi del debitore, che si appropria delle somme ricavate dalla vendita degli immobili, o trasferisce i beni di maggiore rilevanza patrimoniale; esse falliscono a causa dell'andamento del mercato, o per errori strategici, e spesso tali situazioni sono agevolmente documentate sulla base della contabilità dell'impresa.

¹⁶⁰ Cfr. Terranova G., *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, op. cit., 106 e ss.

Conseguentemente, la completa equiparazione delle azioni revocatorie a quelle risarcitorie avrebbe reso inutilizzabile il rimedio della revocatoria creando il c.d. danno indiretto in quelle ipotesi in cui l'atto viene impugnato perché crea una situazione di pericolo per i creditori.

Spesso, infatti, il convenuto potrebbe provare, sulla base della stessa contabilità aziendale, che il prezzo non è stato disperso, ma è stato impiegato in modo proficuo per la massa. Inoltre, si sarebbe dovuto concedere al terzo di dimostrare che il bene, comprato a prezzo vile, in seguito ha perso il proprio valore, o che il pagamento è stato effettuato quando il patrimonio del debitore era ancora in grado di soddisfare tutti i debiti e via dicendo.

In ogni caso la nozione di danno, alla quale ci si richiama per risolvere una serie di problemi applicativi, non è unitaria, ma ha un contenuto diverso, a seconda del contesto in cui viene utilizzata.

L'atto di disposizione può essere considerato dannoso qualora abbia reso il patrimonio del debitore oggettivamente insufficiente a soddisfare le pretese dell'intera massa dei creditori; oppure il danno potrebbe consistere, almeno nella revocatoria ordinaria, nella violazione della garanzia patrimoniale posta a tutela del singolo rapporto obbligatorio.

Invero, stando alla teoria indennitaria, il danno non sarebbe solo il presupposto dell'impugnativa, ma anche il suo limite, giacché gli effetti della revoca dovrebbero essere rigorosamente commisurati al pregiudizio subito dalla parte offesa.

Secondo la dottrina dominante, invece, l'impugnativa si limiterebbe ad eliminare nei confronti di alcuni soggetti gli effetti giuridici dell'atto di disposizione senza ulteriori varianti. E' dubbio, tuttavia, se il patrimonio del debitore debba essere considerato in maniera dinamica, tenendo conto del reddito che può produrre, o in maniera statica, ossia valutando i soli beni esposti alle azioni esecutive dei creditori.

Ancora più incerta è la risposta al quesito se si debba dare rilievo al nesso di causalità tra l'atto e il danno, o non si possa tenere conto del fatto che il patrimonio del debitore, inizialmente insolvente, è diventato solvente per un breve lasso di tempo, magari per l'approvazione di un concordato.

Problemi ancora maggiori si incontrano, poi, quando si passa ad esaminare il ruolo del danno nella revoca dei pagamenti e delle garanzie¹⁶¹.

Pertanto, si ritiene che quando si parla di danno nelle revocatorie, si allude ad un concetto molto diverso rispetto a quello utilizzato nella teoria dell'illecito, poiché si è in presenza di un'impugnativa e non di un'azione risarcitoria; in secondo luogo, le varie accezioni del termine presuppongono tutte un concetto di base, che si riferisce al fondamento dell'impugnativa e può essere riassunto nel rilievo che una certa fattispecie sulla base di una prognosi postuma, viene reputata in grado di pregiudicare la massa dei creditori.

Va però ribadito che l'economia di mercato costituisce il presupposto economico del nostro diritto; il mercato, secondo autorevole dottrina¹⁶², è un sistema di informazioni decentrate e spontanee.

Il metodo dell'economia applicato al diritto, per il quale la forma giuridica deve corrispondere alla sostanza economica dei fenomeni disciplinati, si traduce nel metodo dell'informazione nel diritto commerciale secondo il quale la forma giuridica deve corrispondere alla sostanza informativa dei fenomeni disciplinati; il processo informativo in sostanza è l'asse portante per un mercato tendenzialmente equilibrato e simmetrico.

La revocatoria fallimentare si pone dunque come uno degli strumenti volti a garantire tale simmetria: condizioni essenziali perché il mercato si sviluppi e perché la crisi del mercato sia gestita in modo ottimale sono, tra gli altri, la quantità e la qualità delle informazioni che sull'andamento della gestione e su particolari momenti della vita sociale vengono diffuse e la quantità e la qualità dei controlli che sulla gestione stessa vengono svolti.

La crisi dell'impresa genera sul mercato incertezza che risulta ancor più grave delle conseguenze finanziarie dello stato di insolvenza.

La crisi finanziaria ed economica spesso non è segnalata al mercato e la relativa responsabilità si traduce, strutturalmente, nella produzione di asimmetrie informative nei confronti di tutti i soggetti titolari di un diritto all'informazione.

Proprio laddove sarebbe ancor più essenziale un equilibrio di informazioni ed una simmetrica distribuzione delle informazioni medesime vi è invece una grave asimmetria.

¹⁶¹ Infatti è incerto se tale presupposto debba essere valutato dal punto di vista del debitore o dei creditori; oppure se si deve tener conto solo degli effetti prodotti dall'atto solutorio o si deve tener conto anche dell'acquisto con il conseguente incremento dell'attivo fallimentare.

¹⁶² Così E. Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Cedam, Padova, 2001, p. 18; M.J. Novak e Mc Cabe, *Information Costs and the Role of the Independent Corporate Director*, in *Corp. Gov. Eur. Rev.*, 2003, 301; Onado, *Mercati e intermediari finanziari-economia e regolamentazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, 14.

2.5 La Giurisprudenza di legittimità.

Nel contesto critico che si è venuto a creare si innesta il correttivo posto dalla tesi dell'informazione e della autoresponsabilità .

Relativamente al primo comma dell'articolo 67 LF la Suprema Corte¹⁶³ ha affermato come il requisito della "notevole sproporzione" implichi un pregiudizio concreto alla massa dei creditori che manca nell'ipotesi di cui al comma secondo.

A giudizio della Cassazione tale diversa disciplina evidenzia come, nel comma secondo, l'intento del legislatore sia quello di approntare una tutela più decisa, che prescindendo da un danno effettivo e che miri alla reintroduzione nel patrimonio del debitore di quanto sia uscito nell'imminenza della sua dichiarazione di fallimento.

E' solo in un'ottica di tutela del principio della *par condicio creditorum* che si può comprendere la revocabilità di atti dispositivi "normali" e di pagamenti di crediti liquidi ed esigibili.

Tali atti, di cui al comma secondo dell'art. 67 della legge fallimentare vengono, quindi, definiti nella sentenza in commento come "vietati" ribadendo la ricostruzione, proposta dalla citata dottrina, della presenza di un divieto di alienazione per l'imprenditore in stato di insolvenza.

Nel "periodo sospetto" si ha quindi una presunzione assoluta di lesione del suddetto principio, che prescinde da una prova del danno effettivo e della lesione di creditori privilegiati di grado peggiore o pari rispetto a quello del beneficiario del pagamento.

A parere delle Sezioni Unite la prova della presenza di tali soggetti e della loro mancata soddisfazione è possibile solo nella fase finale del procedimento fallimentare, di riparto dell'attivo, e non nella fase in cui il curatore esercita l'azione revocatoria e si deve valutare il suo interesse ad agire.

¹⁶³ Si fa riferimento alla già citata Cassazione civile S.U. 28 marzo 2006 n. 7028. Basti, ex multis, qui dedurre che: "In tema di fallimento, l'alienazione di un bene proprio da parte dell'imprenditore poi fallito entro l'anno consente "ipso facto" l'esperimento, da parte del curatore, dell'azione revocatoria di cui all'art. 67 comma 2 l. fall., dovendosi in tal caso l'eventus damni considerare "in re ipsa" (consistendo esso, cioè, nel fatto stesso della lesione della "par condicio creditorum," ricollegabile, per presunzione legate e assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguentemente all'atto di disposizione). Grava, pertanto, sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore da parte dell'acquirente, restando, per converso, ininfluyente la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore medesimo per pagare un proprio creditore titolare di un diritto di garanzia ipotecaria sul bene alienato, non potendosi nemmeno in tal caso escludere la possibile lesione della "par condicio" poiché solo in seguito alla ripartizione dell'attivo il curatore potrà verificare se quel pagamento abbia o meno pregiudicato le ragioni di altri creditori privilegiati che potrebbero, anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria, in ipotesi insinuarsi al passivo della procedura concorsuale".

La Cassazione, infine, analizza le conclusioni a cui è giunta, alla luce della suddetta riforma della legge fallimentare e dei suoi lavori preparatori.

I giudici evidenziano come alle proposte di una riformulazione della norma in senso indennitario o di esclusione dalla revocatoria dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili sia seguito, invece, solo il dimezzamento del periodo sospetto da due anni ad uno.

Le Sezioni Unite reputano, inoltre, che le esenzioni alla revocatoria, introdotte dalla riforma, siano da qualificare come “eccezioni che confermano la regola”, tali da avvalorare implicitamente la natura redistributiva, sottesa all’art. 67 l. fall., quale risulta dalla ricostruzione datane dalla Cassazione.

Riguardo al richiamo alla riforma della revocatoria fallimentare, presente nella sentenza citata, va sottolineato come l’esigenza di una riforma fosse molto sentita, soprattutto negli ambienti imprenditoriali e creditizi, anche a seguito della suddetta interpretazione redistributiva della giurisprudenza in tema di revocabilità degli atti e dei pagamenti di cui all’art. 67 l. fall.

Parte della dottrina aveva, infatti, denunciato come tale tesi conducesse alla creazione di un dannoso “cordone sanitario” attorno all’impresa in stato di insolvenza, che veniva, quindi isolata e condannata ad un sicuro fallimento, non potendo ottenere alcun finanziamento stante il rischio revocatorio¹⁶⁴.

Pertanto, da tale clima antirevocatorio il legislatore ha cercato di limitare gli effetti dell’azione revocatoria fallimentare, innanzitutto dimezzando i “periodi sospetti” di cui ai commi primo e secondo dell’art. 67 i quali vengono, quindi, ridotti rispettivamente da due anni ad un anno e da un anno a sei mesi.

Il legislatore ha comunque, come evidenziato dalla dottrina e dalla sentenza in commento, mantenuto inalterata la differenziazione presente nell’articolo tra atti anormali - per cui ha specificato la “notevole sproporzione” ad “oltre un quarto”, conformemente all’indirizzo giurisprudenziale - ed atti normali.

Ma, come detto, l’innovazione maggiore è, invece, costituita dall’inserimento, nel terzo comma, di un’articolata serie di esenzioni¹⁶⁵.

Analizzando la nuova normativa è stato sottolineato, inoltre, come il legislatore non abbia risolto l’annosa questione sulla rilevanza dell’elemento oggettivo nella revocatoria

¹⁶⁴ Cfr. per questo aspetto P. Menti, *La revoca dei pagamenti nell’esercizio dell’impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Il fallimento n. 10/2006*, 1182.

¹⁶⁵ Con riferimento alla tematica delle esenzioni si rinvia al terzo capitolo.

fallimentare, non abbracciando nessuna delle due tesi proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Si può a tal fine citare, a titolo di esempio, la differenziazione fra classi di creditori, esenti o meno da revocatoria, quale risulta dal nuovo impianto dell'art. 67 l. fall. che, eliminando la possibilità di ridistribuire le perdite fra una collettività più ampia di creditori, contrasta con il principio della *par condicio creditorum*, dogma della tesi antindennitaria.

2.5.1. Conclusione: tra la tesi indennitaria e la tesi redistributiva.

Dall'analisi fin qui condotta si comprende, infine, come il legislatore, pur non aderendo alla tesi indennitaria, non abbia avvalorato la tesi redistributiva che, invece, viene fortemente difesa e ribadita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁶⁶.

Il diritto commerciale come diritto del mercato presuppone una economia di mercato e conseguentemente un sistema di informazioni decentrate e spontanee. Il mercato però può fallire anche per una situazione di asimmetria informativa che impedisce l'allocazione ottimale delle risorse perché altera i processi decisionali decentrati e spontanei, anima del mercato. Compito del diritto commerciale è allora quello di ridurre se non eliminare le cause di asimmetria informativa del mercato che ne provocano il fallimento e di favorire perciò una allocazione non solo ottimale ma anche equa delle risorse nei rapporti interpersonali.

Agire in modo diligente significa in primo luogo agire in modo informato, e agire in modo informato significa adottare, o contribuire ad adottare, scelte che costituiscono il punto di arrivo di un percorso non necessariamente positivo, ma il cui possibile esito negativo sia stato valutato e consapevolmente accettato.

Bisogna ridurre se non eliminare le asimmetrie informative e l'incertezza del mercato, ciò a tutela del soggetto debole portatore di un deficit informativo.

E' chiaro a questo punto il collegamento tra il giudizio relativo al carattere pregiudizievole dell'atto ai fini della revocatoria, e le regole di correttezza che dovrebbero governare le condotte di chi ha rapporti con l'imprenditore in crisi.

In tale prospettiva, la frode ai creditori diventa il vero fulcro dell'istituto, purchè di questo concetto si riesca a cogliere la valenza oggettiva, ossia la scorrettezza della condotta,

¹⁶⁶ Cfr. N. Petrone, *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione e della Riforma della legge fallimentare*, in *Rivista del Notariato* n. 5/2006, II,

prima ancora di quella soggettiva, quindi l'intento di nuocere o la semplice consapevolezza del danno.

Coerentemente a questo ordine di idee, si sottolinea che non ha senso chiedersi se il legislatore abbia accolto la concezione indennitaria dell'istituto: ci sono molti sintomi che inducono a ritenere che vi sia stato il superamento del modello antiindennitario, ma ciò non significa che si sia rinunciato ad individuare il fondamento della revoca in una serie di giudizi social-tipici; inoltre, il danno, in questa prospettiva finisce con l'assolvere le funzioni di una clausola generale, che non serve solo ad individuare le fattispecie revocabili, ma anche a rendere più duttili gli effetti dell'impugnativa.

Pertanto, si deve ritenere che la riforma ha fatto importanti passi in avanti nella concretizzazione della predetta clausola generale, ridisegnando, almeno in parte, quel complesso di regole di correttezza, alle quali i terzi debbono attenersi, quando intrattengono rapporti con un imprenditore in difficoltà.

Il quadro presentato dalla novella, sotto questo profilo, è molto più moderno di quello desumibile dalla disciplina del 1942: si prende atto che i pericoli per i creditori dell'impresa non derivano più, in maniera prioritaria, dalle vendite di immobili; si accoglie l'idea che i flussi di risorse non possono essere disciplinati alla stessa stregua dei pagamenti isolati; si prende atto dell'esigenza di colpire soggetti diversi da quelli che hanno materialmente ricevuto la prestazione dalle mani del debitore; si detta un'apposita disciplina per certe forme indirette di garanzia, nonché per gli atti di disposizione che incidono su un separato compendio di beni, ma che potrebbero pregiudicare il patrimonio del debitore nel suo complesso.

Naturalmente, non tutte le scelte del legislatore possono essere condivise, ma alcuni profili della riforma segnano, ad avviso di chi scrive, un indiscutibile avanzamento rispetto al passato.

2.6 Punti critici della riforma.

L'inadeguatezza della normativa italiana in materia di crisi d'impresa, fondata in gran parte sulla legge fallimentare del 1942, era dunque da tempo comunemente riconosciuta.

I difetti erano noti: eccessiva lunghezza delle procedure, costi elevati, incapacità di preservare i valori aziendali, rimborsi minimi per i creditori.

Le radici di tali problemi affondano non solo nella scarsa efficienza del sistema giudiziario, ma anche in una visione dell'economia e dell'impresa, riflessa nella legge fallimentare, anacronistica. Si possono assumere ad esempio: a) la mancanza di un'adeguata considerazione dei valori intangibili (marchi, *know how*, quote di mercato, logistica, organizzazione aziendale), fondamentali per la moderna economia, che si disperdono rapidamente se l'impresa si arresta; b) la previsione di effetti personali per il fallito che configurano uno stigma sociale e non tengono conto dell'intrinseca rischiosità dell'attività di impresa e che possono disincentivare l'assunzione del rischio, con effetti negativi per l'economia e per il Paese; c) il ruolo attribuito all'organo giudiziario quale *dominus* della procedura e dei destini aziendali.

Nell'impianto della legge del '42 la regolazione della crisi d'impresa era interamente affidata all'Autorità giudiziaria, per intervento diretto, tramite il Presidente del tribunale e il giudice delegato, o in quanto l'organo preposto alla liquidazione era nominato dal tribunale nella più assoluta discrezionalità.

La conseguenza di questa impostazione è stato l'imporsi di un modello formale di composizione della crisi, fondato sul rispetto delle regole del processo, in cui il fallimento "si snoda per la sua strada", in una prospettiva standardizzata di interesse generale, dove poco contano gli interessi o le esigenze peculiari dei creditori o le capacità latenti del debitore. In questo modello i creditori non sono protagonisti, ma semplici fruitori della procedura che si muove per impulso d'ufficio, pur se ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi.

Davanti all'insolvenza del debitore e all'insoddisfazione delle pretese dei creditori si è di fronte ad un conflitto fra privati, che vede l'intero sistema operativo di regolazione dell'impresa in crisi rimesso al giudice e ai suoi ausiliari prescindendo dalla risoluzione delle singole liti effettivamente insorte.

Le ragioni di un cambiamento di prospettiva nella disciplina della crisi d'impresa sono esposte con chiarezza nelle osservazioni di un illustre giurista¹⁶⁷ che sintetizzano al meglio gli interessi che sono in gioco nella vicenda del fallimento e i ruoli dei protagonisti: "L'impresa è un congegno produttivo che si assume idoneo a produrre ricchezza più di quanto ne consumi per operare. Necessita perciò di investimenti che potranno passare per la strada del capitale di rischio o del capitale di credito. Il capitale di rischio è

¹⁶⁷ B. Libonati, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 327 ss. .

maggiormente soddisfatto in caso di esito positivo, pregiudicato in caso di esito negativo. Il capitale di credito incontra maggiori garanzie nel recupero rispetto al capitale di rischio, minor premio in caso di successo dell'impresa. Stante il maggior rischio che corre, è equilibrato riconoscere il potere di gestire l'impresa a chi fornisce il capitale di rischio. Così, tuttavia, fin quando l'investimento di rischio si conservi nell'attivazione dell'impresa, fin quando l'impresa si esprima come *going concern*. Quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito, passa dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito. Lo spossessamento del debitore insolvente si traduce nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia in *bonis*, privilegiata rispetto ad ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi". In quest'ottica, il ricorso al giudice dovrebbe essere marginale e limitato ai conflitti effettivi e "alla tutela giurisdizionale dell'impossessamento da parte dei nuovi legittimati del potere di gestione e liquidazione".

Fermo tutto quanto fin qui dedotto in merito in particolare all'analisi critica delle novità di cui alla riforma inerente l'art. 67 L.F., alcune altre critiche possono sintetizzarsi nel fatto che non si è approfittato della riforma per chiarire i molti punti ancora dibattuti.

Nulla viene detto sulla natura e sulla funzione dell'azione, sui suoi rapporti con la revocatoria ordinaria, sull'oggetto dell'obbligo restitutorio, sul regime degli interessi e dei frutti, sul trattamento dei comportamenti omissivi, sulla situazione dei soci creditori nel fallimento delle società. Si potrebbe dire che in punto teorico poco è cambiato essendo ancora l'azione fondata sulla combinazione tra tempo e scienza *decoctionis* variabile a seconda della tipologia di atto; certo tutto pare volto a restringere l'ambito di applicazione dell'azione.

Inoltre pare censurabile l'ambiguità persistente in alcuni punti: cosa sono i "termini di uso" ed a cosa si riferiscono, ai pagamenti o alle prestazioni di beni e servizi o all'esercizio di attività di impresa? Quando la riduzione dell'esposizione nei confronti della banca può ritenersi consistente e durevole? Quale è il giusto prezzo delle vendite immobiliari?

Certo un senso alla riforma va dato ed al contempo non si può negare l'inadeguatezza dell'impianto della azione revocatoria alle mutate esigenze dell'impresa e del mercato nel suo complesso.

Esigenza presente nella riforma è quella di offrire maggiore certezza sulla stabilità dei traffici commerciali anche se alcune espressioni hanno avuto un effetto contrario, destabilizzante; si pensi all'espressione "giusto prezzo" o "nei termini d'uso" oppure alla congerie di esenzioni che ledono la *par condicio creditorum*.

Può invece annotarsi quale aspetto positivo della riforma l'accentuarsi della presunzione di mala fede di cui al primo comma dell'art. 67 L.F. che pone sempre più al centro del sistema la conoscenza o conoscibilità dello stato di insolvenza del debitore.

Dunque, appare oggi possibile considerare la revocatoria fallimentare come un deterrente teso a responsabilizzare i terzi che hanno rapporti con l'imprenditore imponendo loro di non trascurare eventuali segni di difficoltà di costui o addirittura, in certi casi o per certi soggetti, di informarsi attivamente; vedremo meglio nel prosieguo, ed in conclusione del presente lavoro, se e come.

L'obiettivo della riforma del 2006 - 2007¹⁶⁸ è stato anche quello di mirare maggiormente alla conservazione dell'impresa piuttosto che alla sua liquidazione, di introdurre quindi strumenti che consentissero di far emergere ed arginare la crisi della stessa, di favorire la sistemazione del dissesto in modo da evitare l'impatto sul sistema socio economico e le conseguenti ricadute su di esso dell'estinzione dell'impresa per effetto dell'apertura della procedura concorsuale liquidatoria.

In merito si sottolinea come le ragioni della riforma delle procedure concorsuali siano sotto gli occhi di tutti gli operatori del sistema che quotidianamente si misurano nelle aule dei Tribunali, nonché nel quadro delle disfunzioni di detto sistema. In proposito, si pone l'accento sull'enorme durata media delle liquidazioni fallimentari, sulla scarsa redditività delle stesse, soprattutto per i creditori chirografari, sui costi eccessivamente elevati, soprattutto per il contenzioso inerente le azioni di responsabilità e di recupero, il troppo sporadico ricorso alle procedure alternative al fallimento, come l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo¹⁶⁹.

Tale situazione viene imputata all'impianto eccessivamente vecchio della legge del 1942, improntato ad una concezione sanzionatoria del fallimento, che trascurava il problema cruciale della conservazione dei valori organizzativi racchiusi nell'azienda o in suoi singoli rami. Tuttavia, c'è chi ritiene che vi sia un ulteriore aspetto da tenere presente, ossia il

¹⁶⁸ In realtà il primo intervento legislativo si è avuto con la legge 14 maggio 2005 n. 80, che ha completamente riscritto gli articoli 67 e 70 l.fall. Successivamente, con il d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, in vigore dal 16 luglio 2006 sono state apportate modifiche all'art. 67 l.fall., alle lett. e) e g) e all'art. 69, mentre sono stati inseriti *ex novo* gli artt. 67-bis e 69-bis.

¹⁶⁹ Cfr. Terranova G., *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova 2006, 7.

fatto che la mortalità delle aziende italiane appare inferiore alla media dei Paesi avanzati, comportando una situazione di poco ricambio¹⁷⁰.

I profili dell'inefficienza delle procedure e della scarsa mortalità delle imprese sono strettamente collegati tra loro; le imprese in crisi prima del fallimento vivono un lungo periodo di asfissia finanziaria, dal momento che il sistema bancario non le fa morire per il timore di sanzioni penali o delle revocatorie, ma non le fa neppure sviluppare per l'incertezza del recupero delle somme offerte.

Dopo il fallimento, esse danno luogo ad una lunga immobilizzazione di risorse, poiché la liquidazione dell'attivo avviene con sistemi molto lenti.

In merito alla scarsa mortalità delle imprese, va precisato che¹⁷¹ la crisi delle imprese medio – grandi non veniva risolta con le procedure concorsuali di diritto comune, bensì con interventi di natura pubblicistica o con procedure di carattere amministrativo. Attualmente la strada dell'assorbimento delle aziende insolventi all'interno delle partecipazioni statali, o quella delle amministrazioni straordinarie incentivate con sussidi pubblici appare sempre meno percorribile a causa dei vincoli posti dal diritto comunitario in materia di aiuti di Stato. Pertanto, lo strumento fondamentale ai fini del superamento della crisi è l'accordo con i creditori o, in via subordinata, la liquidazione dei beni per blocchi funzionali.

In questa sede, tuttavia, interessa l'aspetto costituito dal ritardo con cui di regola si accede alle procedure concorsuali, e dalla conseguente incertezza sul futuro dell'impresa.

Al riguardo per anticipare la dichiarazione di fallimento sarebbe necessario predisporre un sistema di sanzioni, anche di carattere risarcitorio, a carico di chi dovrebbe attivarsi per portare alla luce la situazione di crisi mentre tenta di dissimularla. In alternativa si potrebbero collegare gli obblighi di denuncia ad una vera e propria procedura d'allerta volta a richiamare l'attenzione dell'autorità giudiziaria sui problemi dell'impresa.

Il discorso appare diverso per quanto concerne le revocatorie, poiché l'esperienza di questi ultimi anni ha dimostrato che un eccessivo rigore nella dichiarazione d'inefficacia di certi atti, come ad esempio le rimesse in conto corrente, è stato controproducente ai fini di una tempestiva attivazione delle procedure concorsuali, perché ha indotto alcune classi di creditori, in particolare le banche, a rifuggire il fallimento pur di non mettere in moto un meccanismo del quale non si è in grado di governare gli effetti.

¹⁷⁰ Cfr. Terranova G., *op. ult. cit.*, 8 e ss.

¹⁷¹ Questa è l'analisi sul punto compiuta da Floriano D'Alessandro anche in *Giust. civ.*, 1997, I, 3129.

Alla luce di quanto si è detto finora, si comprende perché uno dei primi obiettivi della riforma sia stato quello di attenuare il rigore del sistema revocatorio risultante dalla legge del 1942.

In questa direzione spingevano molti fattori: in primo luogo la pressione delle banche, che si consideravano nel mirino delle curatele; in secondo luogo, l'esigenza di allineare la nostra normativa alle soluzioni accolte nella maggior parte degli altri ordinamenti comunitari, al fine di impedire che un regime revocatorio troppo rigido, capace di minare alla base ogni certezza in merito alla stabilità degli acquisti e dei pagamenti, si trasformasse in una vera e propria penalizzazione sul piano della concorrenza; in terzo luogo, le istanze di molte categorie di soggetti, come fornitori, professionisti, intermediari, che ritenevano insopportabile il peso delle impugnative; infine, la speranza di eliminare un intralcio al tempestivo avvio delle procedure concorsuali e un ostacolo per le operazioni di consolidamento finanziario e di ristrutturazione aziendale.

Il problema di come intervenire sul sistema revocatorio fallimentare per ridurre l'impatto sui rapporti intrattenuti dall'impresa in crisi con i terzi si era posto ben prima dell'inizio dei lavori di riforma.

Una prima proposta si era mossa nella direzione di dimezzare il periodo sospetto, portandolo per gli atti anormali, ad un anno, e per quelli normali, a sei mesi. In questo modo per un verso, si sarebbe consentito un più rapido consolidamento degli acquisti, con importanti vantaggi sul piano della tutela dell'affidamento negoziale, per altro verso si sarebbe ridotta la massa degli atti revocabili con la conseguenza di attenuare gli effetti dell'impugnativa su coloro che intrattengono rapporti continuativi o reiterati con il debitore in difficoltà¹⁷².

Tale soluzione appariva troppo forte in quanto a causa delle lungaggini delle istruttorie prefallimentari si rischiava di abrogare di fatto l'istituto della revoca dei pagamenti compiuti alla scadenza con mezzi normali e delle garanzie contestuali al sorgere del credito o prestate per debiti già scaduti, con la conseguenza di cancellare il principio della parità di trattamento tra i creditori. La proposta in questione sembrava altresì insufficiente se in certi ambiti si voleva mantenere, nonostante la crisi dell'impresa, la correttezza delle relazioni commerciali; non bastava attenuare il rischio di revocatorie o ridimensionarne gli effetti, ma occorreva avere il coraggio di stabilire che certe operazioni utili alla conservazione

¹⁷² Si pensi alle banche ed al problema delle rimesse in conto corrente.

dell'azienda e al suo risanamento finanziario, non possono essere toccate, se compiute in buona fede ed in modo oggettivamente corretto.

Conseguentemente la proposta di prevedere una serie di esenzioni dalla revoca, non più legate alle qualità soggettive del terzo che ha ricevuto l'attribuzione patrimoniale, ma fondate sulle oggettive caratteristiche funzionali di alcune tipologie di operazioni.

Il legislatore ha accolto cumulativamente i rimedi che erano stati prospettati, dando rilievo al massimo scoperto, non ai fini dell'individuazione dei presupposti della revoca, bensì solo ai fini della determinazione dei suoi effetti.

Si mette in evidenza che, nell'ambito dell'intervento riformatore, ha prevalso la tesi di ampliare il numero delle esenzioni dalla revoca, a tutela di una serie di soggetti che si sentivano vessati dall'eccessivo rigore delle norme in materia, in primo luogo gli acquirenti di immobili e le banche.

Nonostante questa apertura, il mondo bancario continuava a temere che le immunità previste con riferimento alle rimesse in conto corrente fossero troppo elastiche; tuttavia, non era possibile formulare un divieto assoluto di revoca, poiché era necessario evitare che il privilegio si potesse trasformare in un modo per consentire a tutti i movimenti di denaro di sfuggire all'impugnativa.

Alla luce di queste considerazioni è stata reintrodotta nel testo definitivo della riforma la riduzione del periodo sospetto, con effetti poco dirompenti per quanto riguarda il termine biennale, ma con conseguenze più pericolose in merito alla revoca dei pagamenti e delle garanzie. Ad esempio, anche le vendite a giusto prezzo possono essere impugnate con la revocatoria ordinaria, pur essendo sottoposte al termine annuale prevista dall'art. 67, secondo comma, l.fall.

E' difficile prevedere le ripercussioni sul nostro sistema della riduzione del periodo sospetto.

In merito, si può dire che il pericolo di far perdere le revocatorie eserciterà una forte pressione sui Tribunali, affinché si pronuncino rapidamente sull'istanza di fallimento. Inoltre, è probabile che non vi sia più spazio, data la strettezza dei tempi, per accordi interbancari volti a procrastinare la dichiarazione di insolvenza.

E' ovvio a questo punto che gli intermediari finanziari dovranno monitorare con maggiore attenzione le condizioni patrimoniali dei loro clienti, con un incremento di spese, che potrebbe indurre gli intermediari stessi a modificare le condizioni e le modalità dell'erogazione del credito. Non si può escludere, poi, che le maggiori spese di

monitoraggio sui debitori, sopportate dalle banche, possano indurre il legislatore ad introdurre nuove forme di garanzia, senza spossessamento, su tutti i beni aziendali. Infine, il predetto adeguamento delle nostre norme a modelli ormai da tempo praticati in altri Paesi produce, come ulteriore effetto, il passaggio da un sistema d'erogazione del credito fondato sul multi-affidamento¹⁷³, ad un sistema fondato su una relazione privilegiata con una sola banca che conosca fino in fondo le potenzialità dell'azienda ed i suoi eventuali profili critici.

Non è detto che gli effetti descritti si verifichino con le modalità qui immaginate; in ogni caso, tali conseguenze potrebbero avere in sé una valenza positiva, poiché potrebbero introdurre un elemento di dinamicità nel nostro mercato. Pertanto, per completare tale disegno, certamente si renderanno necessari nuovi adeguamenti e correzioni.

Come già ampiamente analizzato, va ribadito che uno dei punti nevralgici della nuova disciplina delle revocatorie è costituito dal sistema delle esenzioni, insieme alla riduzione del periodo sospetto; al riguardo vi sono state numerose polemiche perché si è avuta la sensazione che le nuove norme fossero nate da istanze corporative o dalla pressione di alcuni gruppi di potere¹⁷⁴.

Analizzando il sistema delle esenzioni ci si accorge che il legislatore ha previsto trattamenti differenziati, a seconda del ruolo che le varie categorie di creditori giocano nella vita dell'azienda: la disciplina è tanto più severa ed articolata, quanto maggiori sono le responsabilità ed il coinvolgimento, nella gestione della crisi, dei soggetti, ai quali le varie categorie di esenzioni si riferiscono.

Se si mettono a confronto i trattamenti riservati ai dipendenti e a certe categorie di collaboratori autonomi con quelli previsti, rispettivamente per i fornitori e per i finanziatori dell'impresa, ci si rende conto di quest'aspetto: i lavoratori dipendenti ed assimilati, sono esentati dalla revoca dei pagamenti ricevuti, a prescindere da qualsivoglia presupposto soggettivo o oggettivo, e quindi anche a prescindere dal fatto che nel patrimonio del debitore sussistessero al tempo dell'atto, dei beni, sui quali avrebbero potuto esercitare il loro privilegio; i fornitori, vengono solo in parte esentati dalla revoca, con esclusione del pagamento degli arretrati, perché si vuole che essi esercitino una pressione sul debitore,

¹⁷³ Più banche sovvenzionano la stessa impresa per rendere più sopportabile il rischio di insolvenza.

¹⁷⁴ In proposito Terranova G., in *op. ult. cit.*, 18 e ss. Questo autore ritiene che il legislatore non possa essere accusato di eccessivi cedimenti in favore di interessi particolari o corporativi. Infatti, sebbene sul piano tecnico si potesse fare di meglio e nonostante il troppo poco spazio dedicato ad alcune problematiche, non è corretto travisare il significato di alcune norme.

al fine di fargli assumere tempestivamente i provvedimenti necessari per fronteggiare la crisi; infine, i finanziatori possono godere anch'essi di un privilegio solo se mettono a disposizione nuove risorse, o se si mostrano disponibili a sopportare dei sacrifici (ad esempio una dilazione o un soddisfacimento parziale delle loro pretese), sulla base di un piano di riequilibrio finanziario o di un accordo di ristrutturazione dei debiti volti ad assicurare, almeno in prospettiva, l'eliminazione dell'insolvenza.

In poche parole, tra le varie classi di soggetti che gravitano intorno all'impresa si è fatta una sorta di graduatoria, in modo che alle categorie dotate di una maggiore forza contrattuale si chiede anche una maggiore consapevolezza dei problemi, un maggiore coinvolgimento nella soluzione della crisi e persino una partecipazione alle scelte operative necessarie per consentire all'azienda di recuperare il proprio equilibrio economico e finanziario.

2.7 Tutela dei creditori nelle situazioni di crisi dell'impresa.

La concezione di trattare i creditori "per classi", anche ai fini della *par condicio*, è uno dei fili conduttori della riforma, che non vuole rinunciare al solidarismo, ma lo articola, per tenere conto della varietà degli interessi in gioco e della differenza di posizioni, a seconda del tipo di rapporti intrattenuti con il debitore.

Nella medesima direzione si muovono anche le nuove norme che regolano il concordato preventivo e quello fallimentare, che prevedono accordi diversificati e complessi per le differenti tipologie di creditori.

In ogni caso, va precisato che questa filosofia della riforma non è sempre stata seguita in maniera coerente e rigorosa, ma ha subito una profonda lacerazione quando si è eliminata, in entrambe le procedure concordatarie, l'esigenza di conseguire una doppia maggioranza di voti, per importo dei crediti e per teste. Infatti, il concordato preventivo ha un senso solo se si parte dal presupposto che i piccoli creditori devono essere invogliati a prestare il loro consenso, con la promessa di un trattamento migliore di quello riservato ai creditori finanziari, sui quali devono ricadere le responsabilità ed i maggiori pesi imposti dal tentativo di risanare l'impresa.

Se i creditori forti, invece, sono messi in grado di fare tutto da soli, si cancella ogni tratto di solidarismo e si cancella anche l'utilità del concordato preventivo, poiché dopo la

dichiarazione di fallimento i finanziatori potranno presentare, con un'autonoma iniziativa, un assuntore, che rilevi tutte le attività.

Un punto fondamentale della riforma è costituito dunque dal nuovo assetto della tutela dei creditori nelle situazioni di crisi dell'impresa, nel quadro delle tradizionali regole sulla responsabilità patrimoniale.

La riflessione sulla tutela dei creditori nel nuovo quadro normativo delineato dall'attuale riforma della legge fallimentare può iniziare solo con un richiamo alle regole civilistiche di quella tutela, che nel codice sono collocate sotto il titolo di "mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale".

Nella legge fallimentare del 1942 le regole di base del codice civile sulla responsabilità patrimoniale del debitore restavano inalterate, mentre si rafforzavano quelle sulla connessa tutela dei creditori, in particolare attraverso lo strumento dell'azione revocatoria¹⁷⁵; ciò si giustificava sulla base della diversità esistente tra la situazione di pericolo delle ragioni dei creditori contemplata dalle norme civilistiche, e la situazione già di danno attuale per quelle ragioni, presa in esame dal diritto concorsuale.

Si può quindi affermare che, mentre per il legislatore del 1942 la tutela dei creditori si incentrava fondamentalmente sulla liquidazione del patrimonio del debitore, dunque dei suoi cespiti attivi costituiti da beni immobili, beni mobili e crediti, la riforma fallimentare ha invece voluto privilegiare, anche per una migliore tutela dei creditori, la conservazione dell'impresa con la quale i creditori hanno intrattenuto i rapporti.

Tuttavia, anche la legge fallimentare del 1942 contemplava uno strumento di conservazione dell'impresa in crisi, ossia l'amministrazione controllata, sul quale i creditori avrebbero potuto, con il principio della maggioranza, esprimere la propria eventuale preferenza; ma è anche vero che quel legislatore volle differenziare il presupposto della procedura conservativa, enunciandolo con la dicitura della "temporanea difficoltà", laddove l'impresa in stato di insolvenza, nell'ambito di quel sistema normativo, andava in linea di massima liquidata ed espulsa dal mercato, anche se l'opinione dei creditori fosse stata diversa.

In tema di responsabilità patrimoniale del debitore il codice civile fissa, con un rapporto di regola-eccezione, la regola della responsabilità del debitore per l'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, e con l'eccezione di una riserva di legge

¹⁷⁵ L'odierna riforma ha voluto mantenere l'impianto della legge fallimentare del 1942, scegliendo la via della modifica anziché quella della sostituzione con un nuovo testo organico.

per le limitazioni di tale responsabilità¹⁷⁶; poi sempre con un rapporto di regola-eccezione, viene sancito il principio dell'eguale diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sui beni del comune debitore, con una riserva di legge per le cause di prelazione, che derogano alla regola della soddisfazione paritaria¹⁷⁷.

La legge fallimentare coeva al codice civile seguiva, con gli opportuni adattamenti, entrambe le regole ed entrambe le eccezioni.

Infatti, all'azione surrogatoria del singolo creditore corrisponde la titolarità in capo al curatore, nell'interesse della generalità dei creditori, delle azioni volte a far valere i diritti del fallito verso i terzi; qui, anzi, a differenza di quanto accade secondo il diritto comune, il potere di iniziativa viene sottratto al debitore, ritenendosi che la tutela dei creditori sia assicurata meglio da una legittimazione esclusiva, e non concorrente del curatore.

Quanto al sequestro conservativo, la sua funzione è assicurata nella sede fallimentare dagli artt. 44 e 45 l. fall. nel contesto di una tutela della generalità dei creditori che abbiano chiesto ed ottenuto di partecipare al concorso.

Un discorso più articolato richiederebbe la trasposizione dell'azione revocatoria nel fallimento; come è noto, il tema è quello della disputa sulla funzione della revocatoria fallimentare, se essa sia indennitaria, cioè di rimedio alle lesioni subite dalla consistenza del patrimonio del debitore, ovvero redistributiva, ossia di "socializzazione" delle perdite provocate dallo stato di insolvenza.

Nell'interpretazione della legge fallimentare del 1942, la giurisprudenza si era in prevalenza orientata verso una concezione indennitaria della revocatoria¹⁷⁸, con la precisazione che per gli atti, i pagamenti e le garanzie indicati nel primo comma dell'art. 67 il carattere pregiudizievole era stato dal legislatore ritenuto insito nella natura stessa di quegli atti, e ciò doveva dirsi anche per gli atti ed i pagamenti indicati dagli artt. 64 e 65, colpiti dalla più forte sanzione dell'inefficacia, mentre per gli atti, i pagamenti e le garanzie indicati nel secondo comma dell'art. 67 poteva ravvisarsi una presunzione *juris tantum* di dannosità, suscettibile di prova contraria.

Essa però dovrebbe riguardare non tanto l'incidenza dell'atto o del pagamento sul patrimonio del debitore nel momento in cui viene compiuto, quanto piuttosto la valutazione

¹⁷⁶ E' l'art. 2740 c.c.

¹⁷⁷ Si tratta dell'art. 2741 c.c.

¹⁷⁸ Si veda Tarzia G., *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Milano, 2003, 39 e ss.

degli effetti della revoca ai fini del susseguente riparto fallimentare, cioè del raggiungimento di un risultato utile per la massa dei creditori concorsuali.

Con quest'ultima osservazione, ci si spostava da un presupposto di natura sostanziale, il danno, ad una condizione di natura processuale, l'interesse ad agire del curatore, con una specifica applicazione della regola generale contenuta nell'art. 100 c.p.c.; in definitiva, è il risultato di un diverso e migliore riparto fra i creditori concorsuali a giustificare l'azione di revoca, che, invece, risulterebbe priva di interesse dove un siffatto risultato, pur in caso di positivo esperimento dell'azione di revoca, non si potrebbe comunque realizzare.

Il legislatore della riforma non ha preso posizione in modo espresso sul punto; ma l'opinione prevalente dei primi commentatori è nel senso che, con l'ampliamento delle esenzioni, la logica anti-indennitaria sarebbe stata sostanzialmente superata, visto che viene sottratta all'impugnativa tutta una serie di atti giudicati utili - e non dannosi - al patrimonio ed all'attività dell'impresa, pur se compiuti nella vicinanza dell'accertamento del suo stato di insolvenza¹⁷⁹.

Ora il discorso va riportato sulla strumentalità dell'azione revocatoria fallimentare rispetto alla liquidazione del patrimonio del fallito, ed al riparto del ricavo fra i creditori concorsuali.

Come già accennato, nel quadro della legge fallimentare del 1942 l'azione revocatoria era ammessa nelle procedure di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, non anche nella procedura conservativa dell'amministrazione controllata volta al tentativo di risanamento dell'impresa.

Solo molto più tardi il legislatore sembrò voler consentire l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare anche nell'ambito di una procedura di ristrutturazione e di risanamento dell'impresa in stato di insolvenza; e ciò con la legge n. 95/79 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Si pose dunque il problema della possibile scissione di quel legame di strumentalità, che in un primo tempo indusse la giurisprudenza di legittimità ad un'interpretazione restrittiva circa l'esperibilità delle azioni revocatorie fallimentari nella procedura di cui alla legge predetta¹⁸⁰, consentendola solo nella fase liquidatoria derivante dalla mancata riuscita del tentativo di risanamento, dunque negando che il legislatore avesse davvero voluto

¹⁷⁹ Tra i numerosi commenti dottrinari sul punto si vedano: Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Il fallimento*, 2006, 612; Fabiani, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2005, 576; Bonfatti – Cavalli – Bertacchini – D'Ambrosio, *Commento all'art. 67 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e a cura di Fabiani, Bologna, 2006; Perugini, *La nuova revocatoria fallimentare*, Napoli, 2005; Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare*, op. cit..

¹⁸⁰ Si veda Cass. 27 dicembre 1996, n. 11519, in *Giust. civ.*, 1997, I, 3129, con nota di D'Alessandro.

nell'amministrazione straordinaria quella scissione che fu poi espressamente ripristinata nella riforma dell'amministrazione straordinaria attuata con il d.lgs. n. 270/99¹⁸¹.

In seguito, questo legame è apparso di nuovo spezzato nella terza variante di cui alla legge n. 39/2004 e successive modifiche, ma stavolta è stata la Corte Costituzionale ad adottare un'interpretazione restrittiva, analoga a quella che la Cassazione aveva espresso sulla prima legge, e ciò per negare l'esistenza di una irragionevole difformità di trattamento dei creditori e dei terzi nelle diverse procedure di amministrazione straordinaria¹⁸².

Pertanto, si deve osservare che, almeno nell'originario assetto della normativa fallimentare, le azioni revocatorie sono state sempre collegate alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente e, dunque, all'esecuzione concorsuale, non diversamente dall'azione revocatoria ordinaria, che è strumentale rispetto all'esecuzione singolare.

2.8 Revocatoria fallimentare e crisi dell'impresa. Ancora sulla tutela dei creditori.

Si deve ora osservare il nesso logico, nella riforma, fra il depotenziamento della revocatoria fallimentare, ed il rafforzamento dei rimedi conservativi di fronte alla situazione di crisi dell'impresa.

Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti fra debitore e creditori, delineati dalla riforma come rimedi alternativi alla liquidazione fallimentare, mostrano la preferenza del legislatore per i tentativi di conservazione dell'impresa, e per il superamento della crisi attraverso accordi negoziali fra il debitore ed i suoi creditori, dunque la preferenza per una gestione più "privatistica" della crisi, con arretramento dell'intervento giurisdizionale: si è ritenuto, infatti, di privilegiare l'opinione dei creditori circa il modo migliore di affrontare la crisi dell'impresa e salvaguardare le loro ragioni¹⁸³.

Oggi, molto più che all'epoca della legge fallimentare del 1942 nata in un contesto economico diverso da quello attuale, il valore di un'impresa è rappresentato non tanto da beni materiali suscettibili di liquidazione, ma piuttosto da beni immateriali, quali le conoscenze tecnologiche, le esperienze di mercato, l'organizzazione e le capacità imprenditoriali in genere, dunque da valori che andrebbero irrimediabilmente dispersi con

¹⁸¹ L'art. 49 consente infatti le azioni revocatorie solo nel caso di approvazione di un programma di liquidazione, e nel caso di conversione della procedura di fallimento.

¹⁸² E' la sentenza 21 aprile 2006, n. 172, in *Foro it.*, 2006, I, 1638.

¹⁸³ Cfr. Lo Cascio, in *La nuova legge fallimentare dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il fallimento*, 2005, 361.

la liquidazione; invece, una gestione della crisi che, correggendo i fattori di disequilibrio, possa conservare l'impresa evitando la sua disgregazione, è apparso un percorso preferibile anche per la tutela dei creditori.

E' altresì noto che le liquidazioni fallimentari, nella maggioranza dei casi, hanno consentito il recupero dei crediti ammessi al concorso in percentuali così modeste e con tali ritardi da doversi considerare, almeno da un punto di vista finanziario, un recupero nullo o quasi, nonostante un uso spesso eccessivo della revocatoria fallimentare volta ad incrementare l'attivo da distribuire.

In concreto, spesso la ricostituzione del patrimonio dell'imprenditore insolvente non ha compensato il danno economico dello smembramento e della liquidazione fallimentare con la perdita dei suoi valori immateriali.

Si può quindi affermare che, in sede di riforma, il legislatore ha visto una diversa e migliore tutela dei creditori delle imprese in stato di crisi, rispetto a quella tradizionale del recupero e della redistribuzione attraverso l'uso delle azioni revocatorie, con la gestione della crisi attraverso tentativi di natura "conservativa", ove gli stessi creditori dovrebbero giocare un ruolo primario, anche con l'arretramento del controllo giudiziario.

Occorre, tuttavia, fare qualche osservazione su questa diversa tutela, in rapporto con i principi generali sulla responsabilità patrimoniale del debitore e sul concorso paritario dei creditori.

Per rendere più elastico il nuovo concordato preventivo, e favorirne l'attuazione, la riforma ha introdotto la possibilità della suddivisione dei creditori in classi, e la possibilità di trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse; tutto ciò su iniziativa del debitore, e con riflessi anche sul calcolo delle maggioranze ai fini dell'approvazione o meno della proposta di concordato, e del controllo giudiziario sulla legittimità della procedura. Il nuovo testo dell'articolo 160 LF dispone infatti che "Presupposti per l'ammissione alla procedura"¹⁸⁴. L'imprenditore che si trovi in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa

¹⁸⁴ Rubrica così modificata dall'art. 12 D.Lgs. 12 settembre 2007 n° 169, la novità di maggiore rilievo consiste in una modifica radicale del presupposto soggettivo ed oggettivo per l'ammissione al concordato preventivo: sotto il primo profilo l'iniziativa è attribuita esclusivamente all'imprenditore il quale, in presenza dello stato di crisi valuta la possibilità di un accordo con i creditori per evitare il peggioramento della crisi e dunque il fallimento; da un punto di vista oggettivo è stato sostituito l'elemento dello stato di insolvenza con la più ampia accezione della crisi aziendale.

l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente purchè il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, let. d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza” .

Si sottolinea che ciò rappresenta una sostanziale deroga al principio stabilito nell'art. 2741 c.c. sull'uguaglianza dei creditori quanto al diritto di essere soddisfatti sul patrimonio del comune debitore.

E' vero che a questa regola l'art. 2741 c.c. fa seguire un'eccezione per le cause legittime di prelazione ma solo nell'ambito del *numerus clausus* delle medesime, che possono essere stabilite soltanto per legge, è ammesso un trattamento differenziato dei creditori.

In questa situazione desta perplessità il fatto che il debitore stesso possa proporre un trattamento differenziato nel soddisfacimento dei suoi creditori, al di fuori delle cause legittime di prelazione e prescindendo da esse e che quel trattamento differenziato divenga vincolante per i creditori attraverso una votazione a maggioranza, con la possibilità che il dissenso in sede di votazione venga superato dal giudice qualora ritenga - se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato - “che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

Pertanto, in presenza di una riserva di legge sulla deroga alla parità dei diritti dei creditori sul patrimonio del comune debitore, l'attuale previsione della suddivisione dei creditori in classi diverse da parte del debitore insolvente, ai fini di un trattamento differenziato

nell'esecuzione del concordato, e la soggezione dei dissenzienti al diverso trattamento, suscita non pochi dubbi, anche di possibile violazione di principi costituzionali.

Ritornando alla tutela dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali liquidatorie, si deve osservare che già da tempo era in atto la riduzione di quella tutela; dopo il 1942 si è assistito ad un continuo proliferare da un lato, di privilegi, dall'altro di esenzioni dalla revocatoria che, ovviamente, hanno concorso tra loro a circoscrivere in limiti sempre più angusti il principio di un trattamento paritario dei creditori concorsuali dell'imprenditore insolvente.

La riforma avrebbe potuto essere l'occasione per rivedere sia il sistema dei privilegi che quello delle esenzioni, soprattutto in concomitanza con la riduzione del periodo sospetto, di per sé sola idonea a diminuire il *quantum* della ricostituzione del patrimonio da liquidare, ma questa occasione è andata perduta.

Si poteva, infatti, agire sul versante delle esenzioni; nei progetti ministeriali di legge-delega per la riforma della legge fallimentare vi era, tra i criteri direttivi, quello di "prevedere esenzioni dalle azioni revocatorie e coordinare le vigenti leggi speciali, limitando le stesse alle ipotesi con presupposti oggettivamente determinati e connessi ad interessi costituzionalmente rilevanti"¹⁸⁵.

Quel proposito non ha avuto alcun seguito ed il nuovo testo dell'art. 67 l. fall., dopo aver introdotto nuove esenzioni, ha dichiarato di fare salve al riguardo le disposizioni delle leggi speciali, dunque sommando le nuove esenzioni a tutte quelle già introdotte negli anni e nei decenni precedenti da numerose leggi speciali, senza un disegno organico, e spesso senza neanche la giustificazione di "interessi costituzionalmente rilevanti".

Ai fini del discorso che si sta svolgendo, si nota che anche nell'ambito delle nuove esenzioni si è avuta preferenza per la conservazione dell'impresa, ancorchè in crisi, nella prospettiva di un tentativo di ristrutturazione e magari di cessione, senza addivenire allo smembramento dei fattori produttivi ed alla perdita dei suoi valori "immateriali". Ciò è visibile nella protezione dalla revocatoria degli atti ritenuti "normali" nello svolgimento di ogni attività imprenditoriale; ed in quest'ottica si spiega anche la forte protezione introdotta per il credito bancario accordato all'impresa.

Si tratta di una logica antitetica a quella che in passato veniva espressa con l'immagine del "cordone sanitario" attorno alle imprese in crisi, per scoraggiare la prosecuzione dei

¹⁸⁵ Vedasi l'art. 9, lettera k), del testo approvato dall'assemblea plenaria della Commissione il 20 giugno 2003.

rapporti commerciali con esse, ed in tal modo accelerarne l'espulsione dal mercato; logica che veniva addotta anche per giustificare un'applicazione il più possibile estesa della revocatoria, fino ad eccessi difficilmente accettabili.

Il credito bancario è essenziale nella vita delle imprese, in ragione della loro scarsa capitalizzazione, e della scarsa capacità di autofinanziamento, che caratterizza la loro struttura; cosicché, in definitiva, è dal credito bancario che oggi deriva in larga misura la solvenza ovvero l'insolvenza delle imprese.

La speciale protezione che il legislatore ha voluto accordare al credito bancario, nel campo delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare, appare coerente con la scelta di fondo verso la conservazione delle imprese in crisi.

Vi sono poi altri strumenti di tutela dei creditori concorsuali che sono rimasti inalterati con la riforma.

Precisamente, non sono state toccate le norme di cui agli artt. 64, 65 e 66 l.fall. sulla inefficacia degli atti a titolo gratuito e dei pagamenti anticipati, e sulla esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria da parte del curatore.

Purtroppo la riforma non ha sciolto i problemi interpretativi, a lungo discussi per l'adattamento di un'azione individuale, quale è quella prevista dall'art. 2901 c.c., nell'ambito di una procedura concorsuale che, allorquando sia esperita dal curatore, non può che essere un'azione "di massa".

I dubbi concernono aspetti sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale, in merito alla trasposizione dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento.

Il passaggio dall'azione individuale all'azione di massa ha posto da tempo l'interrogativo di spiegare "come un diritto che era proprio di un determinato creditore diventi patrimonio di tutti" e giustificare il mantenimento nella sede fallimentare di "requisiti quale il danno ad un determinato creditore, che implicitamente limita anche l'entità del danno stesso, requisiti che non trovano poi rispondenza negli effetti, molto più ampi e generali, che dall'esercizio dell'azione stessa si fanno derivare allorquando, tra il momento in cui l'atto è compiuto ed il momento in cui l'azione è stata esperita, sia venuta ad inserirsi la dichiarazione di fallimento" per cui, in definitiva, "le premesse da cui si prendono le mosse non trovano corrispondenza nelle ultime conclusioni"¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Così Corsi, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul non facile tema dell'*eventus damni* e dell'onere della prova gravante sul curatore che eserciti l'azione revocatoria ordinaria, ha deciso nel senso che l'accertamento del pregiudizio indicato dall'art. 2901 c.c. richiede che il curatore provi "che il credito dei creditori ammessi o di alcuni dei creditori ammessi era già sorto al momento dell'atto che si assume pregiudizievole, quale era la consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio del debitore subito dopo il compimento dell'atto che si assume pregiudizievole, consentendo soltanto l'acquisizione di tali dati e di verificare in concreto, attraverso il loro raffronto, se l'atto in questione abbia causato al creditore o ai creditori il pregiudizio sopra specificato"¹⁸⁷.

Secondo questa impostazione, occorre dunque che i creditori che furono danneggiati dall'atto dispositivo siano ancora creditori del fallito, ed abbiano chiesto di partecipare al concorso; ne deriva che il rimedio dell'azione revocatoria ordinaria in sede fallimentare è oggettivamente più limitato rispetto a quello dell'azione revocatoria fallimentare, anche prescindendo dal fatto che è comunque esclusa la possibilità di impugnativa con l'azione ordinaria del pagamento dei debiti scaduti, che invece è l'oggetto largamente prevalente delle revocatorie fallimentari.

Le affermazioni della giurisprudenza di legittimità quanto alla prova a carico del curatore dovrebbero coerentemente condurre alla conclusione che i beneficiari del risultato positivo della revocatoria ordinaria esercitata dal curatore siano i danneggiati, la cui presenza nel fallimento giustifica quell'azione.

Invece non è così, perché non esistono nella procedura fallimentare riparti che non siano stati destinati all'intera massa dei creditori concorsuali; e dunque persiste, almeno sotto questo aspetto, lo scollamento tra i presupposti e gli effetti dell'azione esercitata ai sensi dell'art. 66 l. fall..

Quanto agli aspetti processuali, gli interrogativi si pongono nell'ipotesi in cui il curatore, anziché promuovere *ex novo* un'azione revocatoria ordinaria, subentri nell'azione revocatoria che prima del fallimento era stata proposta da uno o più creditori; ci si è chiesti

¹⁸⁷ Cass. 12 settembre 1998, n. 9092, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2735 e in *Fallimento* 1999, 1067 (con nota di: Figone). La Corte deduce che: "Il curatore del fallimento che esperisca l'azione revocatoria ordinaria è tenuto a provare, a meno che non venga ipotizzata una dolosa preordinazione dell'atto dispositivo al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito, che il credito dei creditori ammessi o di alcuni dei creditori ammessi al passivo era già sorto al momento del compimento dell'atto che si assume pregiudizievole, quale era la consistenza dei loro crediti, quale era la consistenza quantitativa e qualitativa del patrimonio del debitore subito dopo il compimento dell'atto che si assume pregiudizievole, consentendo soltanto la acquisizione di tali dati di verificare in concreto, attraverso il loro raffronto, se l'atto in questione abbia effettivamente pregiudicato le ragioni dei creditori".

se in tal caso possa ravvisarsi un intervento ai sensi dell'art. 105, primo comma, c.p.c., facendo il curatore valere un diritto della massa diverso dal diritto individuale per il quale l'azione era stata promossa dal singolo creditore, ovvero debba ravvisarsi una successione nel processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c..

La Cassazione propende per la seconda tesi, escludendo la possibilità della presenza sia del singolo creditore che del curatore nell'azione revocatoria ordinaria avviata dal primo e proseguita dal secondo, e sostenuto che l'art. 66 l. fall. ha attribuito al curatore una legittimazione esclusiva per l'azione revocatoria ordinaria, onde le azioni dei singoli creditori sono improponibili o improseguibili¹⁸⁸.

Pertanto, da tutte queste riflessioni supporre che il legislatore della riforma non ha ridotto *sic et simpliciter* le tutele dei creditori concorsuali, ma le ha piuttosto diversificate con particolare riferimento al “depotenziamento” della revocatoria fallimentare.

3- La teoria dell'informazione nella “nuova” revocatoria fallimentare.

3.1 Dal danno all'informazione.

Giunti a questo punto del lavoro e dopo aver nel primo capitolo illustrato la natura dell'azione revocatoria e nel secondo l'essenza della teoria dell'informazione è giunto il momento, in conclusione, di chiedersi - e dunque di indagare - se si può sostenere che la nuova revocatoria fallimentare non abbia adottato una delle due teorie “classiche” (indennitaria ed antindennitaria) ma si sia posta nel solco della teoria dell'informazione.

Prima di tentare di dare una risposta, va riportato un estratto di una nota pronuncia della Cassazione che, in merito all'azione revocatoria (post riforma), significa quanto segue:

“Ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67, l. fall., comma 2, l' “eventus damni” è “in re ipsa” e consiste

¹⁸⁸ Si veda da ultimo Cass. Civ. 19 luglio 2002, n. 10547, in *Il fallimento*, 2003, 500 e in Giust. civ. Mass. 2002, 1282, Giust. civ. 2002, I,2092. Basti citare quanto segue: “Una volta dichiarato il fallimento, ogni iniziativa diretta alla conservazione della garanzia patrimoniale del debitore spetta al curatore, che è l'unico legittimato, quindi, all'esercizio anche dell'azione revocatoria ordinaria. Ne consegue che, nel caso in cui penda l'azione revocatoria ordinaria all'atto della dichiarazione del fallimento del debitore, il creditore che l'ha promossa perde la legittimazione a proseguirla, in quanto tale azione è divenuta incompatibile con le funzioni del curatore e con la finalità della procedura esecutiva collettiva, visto che dei mezzi di reintegrazione della garanzia patrimoniale deve necessariamente profittare la generalità dei creditori (generalità nei cui confronti deve essere dichiarata l'inefficacia dei singoli atti revocandi)”.

nel fatto stesso della lesione della "par condicio creditorum", ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Per cui grava, in tal senso, sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie, da ipoteca gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi.

La libertà è garantita dalla consapevolezza e dunque dalla informazione: accrescere la libertà significa accrescere la consapevolezza della scelta e ciò solo con una maggiore informazione.

L'ordinamento deve dunque collegare il rischio alla libertà della scelta. Il diritto del mercato è un diritto dell'autoresponsabilità. Tale visione è alla base della teoria dell'informazione applicata alla revocatoria e pare essere stata, non si sa quanto consapevolmente, adottata dal legislatore della riforma¹⁸⁹.

Venendo all'indagine de quo – collegata alla citata pronuncia della Cassazione – pare opportuno ribadire¹⁹⁰ come le ricerche sull'analisi del diritto commerciale quale diritto dell'informazione trovano un interessante campo di applicazione nel diritto fallimentare, con riferimento ad un istituto classico del diritto fallimentare, quello della revocatoria fallimentare.

Il diritto commerciale presuppone una economia di mercato ed è, anzi, il diritto del mercato: il mercato, a sua volta, è un sistema di informazioni decentrate e spontanee soggette al fallimento per una serie di esternalità, tra le quali fanno spicco le asimmetrie informative degli agenti al momento della decisione economica - giuridica.

Mentre la teoria c.d. indennitaria della revocatoria fallimentare individua la ratio dell'istituto nel danno dei creditori e la teoria c.d. antindennitaria la individua nella solidarietà, la teoria dell'informazione individua la ratio dell'istituto solo ed esclusivamente nella informazione

¹⁸⁹ Vedasi sia quanto statuito dalla I^a Sezione Civile della Cassazione con la citata sentenza 25 agosto 2006 n° 27853 sia la più volte richiamata pronuncia delle S.U. Cassazione civile, sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028.

¹⁹⁰ N. Irti, *Persona e Mercato*, in Riv. Dir. Civ., 1995 parte I^a, p. 295.

del terzo che è parte o destinatario dell'atto giuridico soggetto a revocatoria fallimentare e nella sua responsabilizzazione per un mercato in equilibrio.

Sul piano funzionale¹⁹¹ all'opinione c.d. indennitaria, che ravvisa la funzione della revocatoria nella caducazione di atti pregiudizievoli ai creditori, si contrappone l'opinione antindennitaria, che ravvisa la funzione revocatoria nella redistribuzione della perdita derivante dall'insolvenza non soltanto tra i creditori del debitore al momento della dichiarazione di fallimento, ma anche tra tutti coloro che hanno contratto con l'imprenditore in un periodo prossimo alla dichiarazione di fallimento, in forza di un principio di solidarietà.

Il merito della teoria antindennitaria¹⁹² "risiede nella parte destruens"¹⁹³: la teoria si libera, infatti, di un presupposto dell'azione (il danno) che nella legge fallimentare infatti non c'è.

Il limite della teoria d'altronde sta nella parte costruttiva, lì dove la teoria - che vuole essere fondata sullo stretto diritto positivo - conclude che il fondamento della revocatoria fallimentare non è nel pregiudizio dei creditori ma nella "redistribuzione della perdita derivata dall'insolvenza tra tutti coloro che hanno contratto con un imprenditore, nel periodo prossimo alla dichiarazione del fallimento".

Quindi: il fondamento risiede in un fine di solidarietà.

La parte destruens, della teoria antindennitaria è, ora, definitivamente avvalorata della giurisprudenza della Corte Suprema con la nota sentenza n. 7028 del 28 marzo 2006, come sopra citata, che la definitivamente rappresentato dal danno ai creditori.

¹⁹¹ E. Bocchini, Teoria Dell'Informazione e Revocatoria Fallimentare, in Rivista di diritto civile, 2009, n. 2, CEDAM, parte II, p. 121 e ss.

¹⁹² Come già visto è noto che, in questo secolo, alla teoria c.d. processualistica (Carnelutti - Andrioli - Auletta - Satta) che, in una prospettiva processualistica dell'intero istituto del fallimento, ha sostenuto, dagli anni 30, che la revocatoria non sia altro che una anticipazione del primo effetto dell'azione esecutiva, che consiste nel rendere indisponibile il bene da espropriare, onde garantire il proficuo svolgimento delle successive fasi del processo, si è contrapposto un orientamento di pensiero che ravvisa il fondamento della revocatoria sul terreno del diritto sostanziale.

Prevalente è l'opinione (Aulettaorsi - Corsi - Ferrara ibertini- Libertini - Mazzocca - Provinciali - Ragusa - Maggiore - Sandulli) errata che la revocatoria fallimentare presupponga un danno per i creditori e persegua una funzione indennitaria degli stessi. E' la giurisprudenza ('80 n. 3983, '97 2936, '97 n. 9146) ha fatto eco, in passato, a questa teoria affermando, in questa visione, che il terzo possa evitare la revocatoria fallimentare provando che l'atto non ha prodotto alcun danno ai creditori.

All'opinione dominante si è, però, replicato (D'Alessandro Maffei Alberti - Cottino - Montanari - Satta - De Martini - De Ferra - Campobasso) che il dato normativo non consente di attribuire alcun rilievo al pregiudizio dei creditori nella revocatoria fallimentare. Gli artt. 64 -71 l. fall. non indicano mai, salvo che nella rubrica della sezione terza, l'espressione "pregiudizio" dei creditori. E anche nella ricordata rubrica l'espressione pregiudizio compare non già come sostantivo, ma come aggettivo dall'espressione "atto" (atti pregiudizievoli).

¹⁹³ E. Bocchini, Teoria Dell'Informazione e Revocatoria Fallimentare, in Rivista di diritto civile, 2009, n. 2, CEDAM, parte II, p. 121 e ss.

Essendo però la funzione redistributiva dell'insolvenza a valle, non essendo cioè possibile distribuire tra più soggetti un pregiudizio, se il pregiudizio per questa teoria non è presupposto dell'istituto, la tesi, allora, non sembra alternativa, ma complementare alla opinione indennitaria, onde l'affermazione corrente, secondo la quale questa tesi è "antindennitaria", non è corretta.

La tesi, secondo la quale scopo della revocatoria fallimentare è ridistribuire la perdita derivante dall'insolvenza tra più soggetti, ha un senso quando viene applicata ai pagamenti effettuati del debitore, poi fallito, ad alcuni soltanto dei creditori o quando l'atto è a titolo gratuito, ma non ha alcun fondamento quando il terzo è chiamato in "solidarietà" per il fatto di aver contratto con un imprenditore nel periodo sospetto, perchè non si comprende, in questa tesi, quale sia il fondamento della solidarietà, posto che il terzo non è, al momento dell'atto, creditore e - per non meglio comprovate in diritto - ragioni di solidarietà, dovrebbe subire un pregiudizio nuovo, divenendo creditore, per effetto della revocatoria, con seria e concreta possibilità di subire la falce fallimentare del proprio credito¹⁹⁴. Perché il terzo dovrebbe assumersi tale obbligo di solidarietà? Manca invero alcuna ragione di carattere tecnico e, ancor più, legislativo.

“Può, allora, affermarsi che quando la giurisprudenza di legittimità esclude il danno, come presupposto della revocatoria, non consegue da tale dimostrazione, come invece la Cassazione ritiene, la validità della dottrina c.d. redistributiva o della solidarietà nella sua parte costruens. Invece la Corte di legittimità, a nostro avviso, apre la strada ad una prospettiva diversa, pur sempre fondata, come giustamente la dottrina ricordata ha evidenziato, sullo stretto diritto positivo.”

Se si cambia il punto di osservazione, la conclusione può mutare: se la revocatoria viene analizzata non già nella prospettiva dei creditori, ma nella prospettiva dei terzi che sono controparti dell'atto, le conclusioni cambiano, nel senso che i terzi sono chiamati ad un obbligo di solidarietà nei confronti dei soggetti che sono già creditori al momento della dichiarazione di fallimento, ma il legislatore esclude l'azione revocatoria in tutti i casi nei

¹⁹⁴ Sostiene infatti il professor Bocchini nell'opera ult. cit.: “Se la differenza tra l'attivo e il passivo è di 100 milioni di euro e tale rimane a seguito del compimento di atti che sostituiscono a un bene l'esatto valore corrispondente, la solidarietà non si giustifica, in assenza di un pregiudizio alle ragioni dei creditori. Insomma si ripete che la solidarietà presuppone un danno da risarcire, in un modo solidale. In conclusione la tesi non funziona proprio nei casi nei quali dovrebbe funzionare e, cioè, nei casi nei quali la redistribuzione ha ad oggetto non il pregiudizio dei creditori, ma l'insolvenza, perchè, a ben vedere, ciò che la dottrina chiama solidarietà accollata ai contraenti è, per i creditori pregressi del fallimento, un arricchimento (dell'attivo) da distribuire”.

quali lo stato di insolvenza non sia conosciuto dall'altra parte dell'atto soggetto a revocatoria e cioè, non sia raggiunta la prova di tale conoscenza.

Come dice il professor Bocchini, "La conoscenza dello stato di insolvenza viene presentato dalla dottrina come il presupposto soggettivo dell'azione, ma sta di fatto che tutto il dibattito dottrinario si è, poi, incentrato sul presupposto oggettivo nell'azione, discutendo gli autori sempre e soltanto se il pregiudizio costituisca o meno presupposto necessario dell'azione revocatoria, rimanendo il presupposto soggettivo ... nel cono d'ombra del dibattito".

Il legislatore parte dalla prospettiva del mercato, inteso come sistema di informazioni, e quindi, il legislatore chiede la "conoscenza" dello stato di insolvenza nel terzo contraente.

Esaminiamo, allora, questo dato di diritto positivo, con occhio sgombro da ogni pregiudizio teorico, indennitario o antindennitario.

E' possibile enunciare le seguenti proposizioni:

a) se l'atto è normale (nel senso della proposizione tra prestazione e controprestazione) e il curatore fallimentare prova che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore, l'atto oneroso "normale" è revocabile.

b) se l'atto è "anormale" (nel senso della sproporzione tra prestazione e controprestazione) esso è revocabile, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore.

Dunque è sempre la conoscenza a rappresentare il reale discrimen presupposto della applicabilità dell'azione revocatoria.

3.2 Il ruolo economico dello Stato.

Bisogna dunque tentare di comprendere se e quale possa essere la conclusione del percorso di indagine, con la consapevolezza che non si ha la presunzione di offrire soluzioni ma quantomeno, questo sì, di far emergere alcune criticità del sistema essendo principalmente questo il ruolo del giurista.

La disciplina della revocatoria deve essere studiata nella prospettiva del mercato e quindi, del traffico commerciale con i terzi e non nella prospettiva del debitore o dei creditori, già tali al momento della dichiarazione di fallimento. Il professor Bocchini si chiede "Perchè la revocatoria deve essere studiata nella prospettiva dei terzi che non sono ancora creditori? Perchè quando si ha una transazione abbiamo solo dei contraenti del debitore che sono anche destinatari delle utilità scaturenti dagli atti o contratti posti in essere dal debitore. E'

in questo momento che il legislatore ferma l'occhio della sua macchina fotografica. Questo è il fotogramma che il legislatore fissa, nel fotografare se vi sia stata o meno "conoscenza" dello stato di insolvenza nell'altra parte.

Proviamo ora a dilatare l'immagine del fotogramma, fermata al momento della conclusione dell'atto, soggetto a revocatoria, a tutto il mercato nel quale ogni giorno e ogni momento si concludono miriadi di contratti o atti giuridici.”

Il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee. Bisogna comprendere se il debitore è obbligato a informare il terzo in ordine al proprio stato di insolvenza, se dunque sia il debitore e soltanto lui responsabile dell'informazione e se ciò comporti ulteriori oneri a suo carico; probabilmente partendo dall'idea che l'economia di mercato è un sistema di informazioni distribuite, decentrate e spontanee, ma non trasparenti, certo il debitore – necessariamente a conoscenza dello stato di insolvenza – deve dare informazioni anche perchè il ruolo economico dello Stato è ridurre se non eliminare le asimmetrie informative intollerabili.

Ancora, va compreso se questo obbligo di informazioni gravi sul terzo che deve informarsi sulla sorte del debitore per scoprire i "segnali" di una sua insolvenza o solo sul debitore che ha l'obbligo di informare il terzo in ordine alla sua insolvenza?

Va, per inciso, ricordato come "Il ruolo economico dello Stato"¹⁹⁵ è ridurre se non eliminare le asimmetrie informative e l'incertezza del mercato.

Per il legislatore, che comunque non assume una posizione chiara sul punto, ciò che rileva è lo stato di "conoscenza" e la giurisprudenza non si accontenta della "conoscibilità" dello stato di insolvenza, anche se riconosce che la prova della conoscenza può essere raggiunta anche ricorrendo a prescrizioni semplici (Bollettini protesti ecc.).

Si deve ripetere che se il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee, l'operatore che non è a conoscenza dello stato di insolvenza del contraente, deve poi poter fare affidamento sulla validità e sull'efficacia dell'atto oneroso posto in essere, onde l'atto non può essere revocato.

Se viceversa, egli è posto in grado di conoscere lo stato di insolvenza del debitore e, ciò nonostante, pone in essere l'atto oneroso, per il legislatore imputet sibi (caveat emptor), onde l'atto può e deve essere revocato.

Il cuore di tutto il ragionamento è dunque il seguente:

¹⁹⁵ J. Stiglitz, *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, 1997. Lo Stato dunque deve avere un suo ruolo economico nel ridurre le asimmetrie e dunque l'incertezza del mercato a tutela del soggetto debole portatore di deficit informativo.

“Chi conosceva o poteva conoscere lo stato di insolvenza, e ciò nonostante, ha posto in essere l'atto con il debitore, poi fallito, imputet sibi secondo i principi della autoresponsabilità e non della solidarietà. Per converso negli atti a titolo gratuito, l'art. 64 l. fall. non richiede la conoscenza, nel donatario, dello stato di insolvenza del donante, non tanto perchè il donatario perde, solo, una "liberalità", in caso di fallimento del donante, ma perchè la "liberalità" è di per sè indice informativo di un piano di interessi alieno rispetto al piano economico dell'attività economica di impresa”.

La conferma di tale impostazione la si ritrova nella citata sentenza n. 7028 del 28 marzo 2006 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, come visto rifiutando, in modo definitivo, la ricostruzione c.d. indennitaria della revocatoria, pure presente in molte decisioni precedenti della Corte di Cassazione¹⁹⁶ ha affermato che "il danno è in re ipsa ovvero presunto in via assoluta e non relativa e consiste nella pura e semplice lesione della par condicio creditorum onde non è consentito provare che l'atto revocando non ha prodotto danno alcuno agli altri creditori"¹⁹⁷.

La decisione delle Sezioni Unite argomenta dal fatto che è solo nella fase finale di riparto dell'attivo, e non anche quindi già anticipatamente nella fase dell'esercizio delle revocatorie, che è possibile verificare se esistano o meno altri creditori privilegiati, di grado pozione e pari rispetto a quello beneficiario del pagamento vietato, e se, in caso affermativo, sia possibile l'integrale soddisfazione di tutti come implicitamente ammesso anche da Cassazione 1997/9149¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Ex multis: Cass. Civv. n. 20005 del 14 ottobre 2005, n. 495 del 1991, n. 2751 del 1993, n. 8096 del 2004, n. 12558 al 2004, nonché l'interessante Cas. Civ. n. 5713 del 2005 in Giust. civ. Mass. 2005, 3, ove si deduce che “In tema di revocatoria fallimentare di pagamenti, la circostanza che il credito soddisfatto sia privilegiato (nella specie, ex art. 2751 bis, n. 5, c.c.) non rende la revocatoria inammissibile, ma rileva sotto il diverso profilo dell'interesse alla relativa azione, che sussiste qualora il curatore dimostri che l'attivo realizzato non è sufficiente ad assicurare il soddisfacimento dei crediti aventi grado superiore a quell'oggetto della revoca. L'accertamento di questa circostanza è riservato all'apprezzamento di fatto del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione sufficiente, congrua e logicamente coerente”.

¹⁹⁷ Ex multis: Cass. Civv. 1991/9853, 1992/10750, 1995/11216, 1996/9908, 1999/1390, 2001/403, 2003/17189. In particolare in riferimento all'ultima pronuncia – Cass. Civ. 14.11.2003 n. 17189, in Giust. civ. Mass. 2003, 11 - giova riportare quanto segue: “Nella revocatoria fallimentare avente ad oggetto gli atti a titolo oneroso compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ex art. 67, comma 2, l. fall. (nella specie, una compravendita), il danno è configurato diversamente rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., in quanto, la norma, allo scopo di realizzare una più intensa tutela dei creditori in riferimento agli atti compiuti nell'imminenza della dichiarazione di fallimento, stabilisce una presunzione assoluta e legale di danno, consistente nella lesione della "par condicio creditorum" derivante dal compimento dell'atto, che è conseguentemente revocabile se il curatore abbia dimostrato la conoscenza dello stato di insolvenza, essendo quindi irrilevante l'inesistenza di una sproporzione tra le prestazioni”.

¹⁹⁸ In Giust. civ. Mass. 1997, 1714

Secondo la Cassazione il contrasto di indirizzi interpretativi (teoria indennitaria e teoria antindennitaria) sottostante alla questione in esame va conclusivamente risolto con l'affermazione del principio per cui, ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67, comma 2°, l. fall. l'*eventus damni* è "in re ipsa" e consiste nel fatto stesso della lesione della *par condicio creditorum*, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa dei beni del debitore conseguente all'atto di disposizione" così ragionando si nega il presupposto del danno, ma non surroga il danno con un principio positivo di solidarietà redistributiva che non trova nella legge alcun fondamento di diritto positivo.

Invero la presunzione assoluta di lesione della *par condicio creditorum* è affermazione aprioristica che non trova nel dettato dell'art. 67 l. fall. alcun fondamento di diritto positivo. Al contrario "è fortemente resistito dall'argomento logico che oppone a questo modo di argomentare il fatto ineccepibile che non può essere lesa il principio della *par condicio creditorum* se un bene che vale euro 10 è sostituito con la somma di euro 10, posto che la procedura fallimentare ha, appunto, natura liquidativa.

Probabilmente, nel pensiero della Corte, più correttamente avrebbe dovuto farsi riferimento non già alla *par condicio*, ma alla indisponibilità del patrimonio del debitore nel periodo della insolvenza"¹⁹⁹ ed è questo obbligo gravante sull'imprenditore di indisponibilità del patrimonio, che costituisce un corollario della c.d. garanzia patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. che potrebbe giustificare, molto più della astratta *par condicio*, una ricostruzione della materia in termini antindennitari.

Ma - ed è questo il punto - "la indisponibilità del patrimonio del debitore non giustifica la revocatoria fallimentare e non può, quindi, costituire la ratio dell'art. 67 l. fall. perchè il legislatore ritiene che, ove non vi sia conoscenza dello stato di insolvenza, nel terzo contraente, non può esservi revocatoria.

E' dunque, la conoscenza e non la indisponibilità del patrimonio in sè il fondamento della revocatoria.

A questo punto il nostro consenso alla decisione della Corte si ferma: esso si ferma, cioè, alla critica della Corte alla tesi indennitaria.

¹⁹⁹ E. Bocchini, *Teoria Dell'Informazione e Revocatoria Fallimentare*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, n. 2, CEDAM, parte II, p. 121 e ss.

Infatti la Corte, esclusa la adesione alla teoria indennitaria, ritiene, sul piano logico, che non possa esistere altra teoria se non la teoria antindennitaria c.d. ridistributiva che individua la ratio della revocatoria in un principio di solidarietà.

Ma questo modo di argomentare, nella sua parte costruttiva, è errato perchè la conoscenza comporta autoresponsabilità e non solidarietà. E individuare, poi, la ratio della revocatoria nella violazione della par condicio è ultraneum perchè il terzo che contrae con il debitore poi fallito al momento della stipula del contratto revocando creditore non è.

E, infine, per la legge occorre la conoscenza dello stato di insolvenza per aversi revocatoria”.

Il dato normativo, a ben vedere, non evidenzia una propensione né per il danno in quanto tale né per un non meglio precisato concetto di solidarietà, ma pone l'attenzione sul concetto di conoscenza, dunque di informazione e conseguentemente richiede al terzo ed al debitore di informarsi ed informare e punisce chi non assume tale comportamento con la imputabilità dell'atto contrario all'ordinamento giuridico e lo “attacca” con l'azione revocatoria.

La stessa sentenza delle Sezioni Unite avvalorava, in conclusione, la teoria dell'informazione, quando conclusivamente afferma che, ormai, oggi "grava sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente" non il danno!

La Corte dice che la prova che l'atto non ha prodotto danno è irrilevante giuridicamente poichè è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni degli altri creditori privilegiati che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero, in tesi, insinuarsi.

Ma se ciò è esatto, per la stessa ragione è irrilevante e aprioristico affermare che la ratio della revocatoria sia, nell'intento del legislatore, di rispettare la par condicio che sarebbe violata se un solo creditore venisse pagato con le somme provenienti dall'atto revocando, perchè, usando lo stesso modo di argomentare della Corte di Cassazione, è possibile replicare a tale argomento che è solo in seguito all'utilizzo della somma proveniente dalla stipula dell'atto e più ancora alla ripartizione dell'attivo e non al momento della stipulazione del contratto, oggetto di revocatoria, che potrà verificarsi se quel pagamento pregiudichi o meno le ragioni degli altri creditori.

E, allora, giustamente il professor Bocchini fa notare che: “come la tesi indennitaria non è accolta dalla Cassazione sulla base di questo argomento, sulla base dello stesso argomento non può accogliersi la teoria antindennitaria e c.d. redistributiva.

Si ripete: al momento dell'atto revocato non è possibile affermare nè la esistenza di un danno presunto, nè la esistenza di un danno possibile, nè la violazione della par condicio creditorum, che solo in un momento successivo è possibile verificare.

Cosa rimane, allora della pronunzia delle Sezioni Unite? La ratio della revocatoria è solo data dalla conoscenza dello stato di insolvenza intesa come fattore di indisponibilità del patrimonio dell'imprenditore.

E' dunque non la solidarietà, ma l'autoresponsabilità che costituisce fondamento della revocatoria fallimentare perchè il terzo, pur conoscendo o dovendo conoscere lo stato di insolvenza. ha posto in essere l'atto soggetto a revocatoria”.

La nuova normativa sulla revocatoria fallimentare rafforza, dunque, la teoria dell'informazione, ponendo diverse scelte legislative emerse dalla riforma.

Da un lato l'allargamento del mercato rispetto alle istituzioni giudiziarie con la riduzione dell'area della revocatoria e, quindi, del giudice rispetto agli atti d'impresa posti in essere dall'imprenditore nel periodo della crisi d'impresa, dall'altro tale allargamento dell'area di mercato tiene conto della tutela di interessi deboli (come l'interesse all'abitazione), ma ciò sembra avvenire in un'area nella quale questi interessi sociali coincidono, guarda caso, con interessi forti e delle banche in primo luogo, onde sia pure con molte cautele, si direbbe che la ratio della nuova normativa, che riduce l'area delle ipotesi di revocatoria fallimentare, fa perno su di una economia di mercato, per una certa parte a carattere sociale.

Anche la riduzione del periodo sospetto nel quale gli atti posti in essere dall'imprenditore in crisi sono revocabili, sembra sorretta da una ratio che avvalorava anche essa la teoria dell'informazione in quanto nel periodo più prossimo alla crisi lo stato di insolvenza è più riconoscibile favorendosi così una maggiore simmetria informativa perchè lo stato di insolvenza diventa più apparente.

E' possibile, in conclusione, ricostruire una unica strategia del legislatore a fondamento della intera normativa: la tutela del mercato contro i "fallimenti del mercato" stesso per "asimmetria informativa" o "opportunismo" degli agenti.

Questa tutela si articola in due modi diversi, a seconda che il mercato sia tutelato direttamente o indirettamente.

“Il mercato è tutelato dalla strategia normativa del legislatore direttamente allorchè il legislatore legittima lo stesso mercato a porre in essere una serie di atti che prima erano soggetti a revocatoria e, ora, invece sono validi ed efficaci nonostante incidano sul patrimonio di un imprenditore insolvente.

Il mercato è, invece, tutelato indirettamente allorchè vengono impedito condotte opportunistiche, che sono causa di fallimento dello stesso mercato.

Gli agenti che, conoscendo o dovendo conoscere²⁰⁰ lo stato di insolvenza, e, perciò, trovandosi in stato di simmetria informativa, abusano della informazione e compiono l'atto soggetto a revocatoria tengono una condotta inopportunistica non meritevole di tutela, onde l'atto è soggetto a revocatoria. Gli agenti, che invece non conoscono lo stato di insolvenza e pongono in essere l'atto, perciò, in condizione di asimmetria informativa sono tutelati e l'atto non è soggetto a revocatoria, perchè l'inefficacia dell'atto si ritorcerebbe contro l'agente che lo ha posto in essere e che ha interesse alla validità ed efficacia dell'atto stesso, posto che la revocatoria esporrebbe l'agente alla perdita del bene e alla falcidia fallimentare del credito derivato dalla perdita del bene”²⁰¹.

Secondo il professor Bocchini, questa strategia spiega il trattamento normativo complessivo degli atti:

“a) Viene in rilievo per cominciare la categoria degli atti (art. 64) che manifestano per lo stesso contenuto la loro estraneità al piano dell'impresa insolvente. In questo caso il legislatore parte dall'idea che la estraneità al piano di impresa rende manifesta al terzo l'informazione in ordine al piano dell'impresa. L'imprenditore insolvente che pone in essere un atto a titolo gratuito rende manifesta al mercato l'estraneità dell'atto al piano economico dell'attività economica di impresa dell'atto, onde non intelligere quod omnes intelligunt significa violare un dovere di informazione riflessiva a carico di ogni agente del mercato. Invero il comportamento dell'agente che riceva un atto a titolo gratuito dall'imprenditore insolvente tiene una condotta opportunistica, che impedisce la allocazione ottimale delle risorse e provoca, quindi, un fallimento del mercato.

b) Viene, poi, in rilievo la categoria degli atti a titolo oneroso, ove la strategia del legislatore si articola in due diverse normative.

²⁰⁰ Vedasi ad esempio la recente 23 settembre 2009 n. 20482 in *Diritto & Giustizia* 2009.

²⁰¹ E. Bocchini, *Teoria Dell'Informazione e Revocatoria Fallimentare*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, n. 2, CEDAM, parte II, p. 121 e ss.

Quando l'atto ha carattere anormale (sproporzione tra le prestazioni) sussiste un dovere d'informazione riflessiva perchè il terzo può riscontrare per la anormalità dell'atto patrimoniale lo stato d'insolvenza e, quindi, di non aver violato un dovere d'informazione riflessiva (art. 67 l. fall.)

Se l'atto, invece, ha carattere normale la prova della conoscenza dello stato d'insolvenza grava sulla curatela fallimentare, sussistendo un dovere d'informazione transitiva dello stato d'insolvenza a carico dell'imprenditore nel senso che l'imprenditore deve dimostrare di aver portato a conoscenza del terzo lo stato d'insolvenza (art. 67 l. fall.).

Quali corollari di diritto positivo discendono da questa impostazione del problema?"

Il primo corollario, ci dice che perchè l'insolvenza possa gravare sui terzi contraenti, che al momento della dichiarazione di fallimento non sono creditori, occorre un fondamento che non è la "solidarietà", ma la "conoscenza" dello stato di insolvenza.

Tutto ciò, consente di esprimere una formula matematica per la revocatoria fallimentare degli atti secondo la quale: $Rv = A \times I$ laddove, in questa formula: Rv = revocabilità dell'atto; A = atto giuridico soggetto a revocatoria; I = Informazione, rectius, conoscenza dello stato di insolvenza dell'agente. La formula matematica va letta così: la revocabilità dell'atto (Rv) viene meno (è, cioè, pari a 0) se dato un certo atto (A) manca la conoscenza dello stato di insolvenza dell'agente nel terzo contraente. ($Rv = 1 \times 0 = 0$), laddove la revocabilità sussiste se è conoscenza dello stato di insolvenza nel terzo contraente ($Rv = 1 \times 1 = 1$).

"Il secondo corollario, che è possibile trarre dall'analisi svolta, è che la disciplina della revocatoria fallimentare salda la teoria della responsabilità intesa come autoresponsabilità (per la conoscenza dell'insolvenza) alla teoria dell'inopponibilità dell'atto ai creditori, alla luce anche di una moderna teoria economica dell'informazione.

Il terzo corollario è il superamento sia delle teorie processualistiche, che delle teorie sostanzialistiche (indennitarie e antindennitarie), che partono dalla sola prospettiva del debitore o dei creditori e, perciò, dalla prospettiva del pregiudizio o della solidarietà, obliterando la prospettiva del mercato nel quale va collocato l'atto che il mercato pone in essere nonostante la crisi dell'impresa. Il mercato è, in primo luogo, un sistema di informazioni distribuite e spontanee nel quale l'agente pone in essere, ogni giorno e ogni momento, atti decisionali onde la legge chiede, espressamente, nell'art. 67 l. fall. quale presupposto della revocatoria fallimentare, nel terzo agente, "la conoscenza dello stato di insolvenza" del debitore fallito ("l'altra parte dell'atto")."

La logica è evidente e risponde ai generali principi del nostro ordinamento giuridico legati fondamentalmente alla buona fede ed all'affidamento:

in tutti i casi nei quali il terzo viola la norma materiale di condotta che impone al debitore, poi fallito, il dovere di informare il mercato della sua insolvenza e al contempo al terzo medesimo (contraente col debitore) il dovere di diligente informazione, e viola la norma materiale di condotta che vieta di porre in essere atti con un imprenditore in stato di insolvenza (conosciuta o conoscibile), consegue la violazione anche della norma strumentale che sanziona, proprio con la "revoca", l'atto illecito e permette allo Stato dunque di intervenire per far sì che il mercato tenda ad una simmetria informativa e ad una autoregolamentazione responsabile premiando i comportamenti virtuosi.

3.3 Conoscenza dello stato di insolvenza e responsabilità.

Giunti a questo punto si deve richiamare quanto anticipato nel primo capitolo del presente lavoro: l'economia di mercato costituisce il presupposto economico del nostro diritto; il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee.

Il metodo dell'economia applicato al diritto, per il quale la forma giuridica deve corrispondere alla sostanza economica dei fenomeni disciplinati, si traduce nel metodo dell'informazione nel diritto commerciale secondo il quale la forma giuridica deve corrispondere alla sostanza informativa dei fenomeni disciplinati²⁰².

Il processo informativo è l'asse portante per un mercato tendenzialmente equilibrato e simmetrico e la revocatoria fallimentare è uno degli strumenti volti a garantire tale simmetria.

Condizioni essenziali perché il mercato si sviluppi e perché la crisi del mercato sia gestita in modo ottimale sono, oltre che la capacità imprenditoriale delle persone preposte alla gestione dell'azienda, anche la quantità e la qualità delle informazioni che sull'andamento della gestione e su particolari momenti della vita sociale vengono diffuse e la quantità e la qualità dei controlli che sulla gestione stessa vengono svolti.

L'informazione nel momento di crisi dell'impresa è di fondamentale importanza: la crisi dell'impresa genera sul mercato incertezza in tutti gli operatori, ancor più grave delle conseguenze finanziarie dello stato di insolvenza.

²⁰² Così E. Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Cedam, Padova, 2001, p. 18; M.J. Novak e Mc Cabe, *Information Costs and the Role of the Independent Corporate Director*, in *Corp. Gov. Eur. Rev.*, 2003, 301; Onado, *Mercati e intermediari finanziari-economia e regolamentazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, 14.

La crisi finanziaria ed economica spesso non è segnalata al mercato onde la responsabilità si traduce, strutturalmente, nella produzione di asimmetrie informative nei confronti di tutti i soggetti titolari, per l'ordinamento, di un diritto all'informazione.

Proprio laddove sarebbe ancor più essenziale un equilibrio di informazioni ed una simmetrica distribuzione delle informazioni medesime vi è invece una grave asimmetria.

Ecco la ragione fondante per cui l'istituto della revocatoria, proprio alla luce del sistema dell'informazione nel mercato, deve essere strumento di equilibrio del mercato.

Si può dunque sostenere che l'azione revocatoria è divenuta, ancor di più con la riforma de quo, uno strumento dello Stato per tendere ad una simmetria informativa e, conseguentemente, ad un equilibrio di mercato (ove per far ciò grava sul curatore l'onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo, non il danno); vige il principio di responsabilità anche in ragione del fatto che all'approssimarsi della crisi l'insolvenza è più riconoscibile. Si combatte così l'abuso di informazione e le condotte opportunistiche salvaguardando chi in buona fede (cioè con inscienza non responsabile) ha posto l'atto che altrimenti, con la sussistenza del presupposto della conoscenza, determinerebbe punibilità.

Infatti, dimostrato che per costruire la solidarietà occorre trovare un fondamento di diritto positivo così da poter poi affermare che la funzione dell'istituto non è più indennitaria, ma solidale che però nell'art 67 L. F. manca un solido fondamento di diritto positivo alla solidarietà dei terzi verso i creditori e, ancor prima, dimostrata l'irrelevanza del danno si determina come il legislatore, escludendo l'azione revocatoria in tutti i casi nei quali lo stato di insolvenza non sia conosciuto dall'altra parte dell'atto soggetto a revocatoria e cioè, non sia raggiunta la prova di tale conoscenza parte dalla prospettiva del mercato, inteso come sistema di informazioni, e quindi chiede la "conoscenza" dello stato di insolvenza nel terzo contraente.

In conclusione, si ribadisce che la ratio della presente lettura della riforma consiste nell'assunto che se il mercato è un sistema di informazioni decentrate e spontanee l'operatore che non è a conoscenza dello stato di insolvenza del contraente, deve poi poter fare affidamento sulla validità e sull'efficacia dell'atto oneroso posto in essere, onde l'atto non può essere revocato.

Se viceversa, egli è posto in grado di conoscere lo stato di insolvenza del debitore e, ciò nonostante, pone in essere l'atto oneroso, per il legislatore imputet sibi, onde l'atto può e deve essere revocato.

E' dunque, la conoscenza e non la indisponibilità del patrimonio in sè il fondamento della revocatoria.

Tale inquadramento fa salvi i caratteri essenziali della revocatoria fallimentare²⁰³ che è un'azione collettiva, che si estende a tutti gli atti che ledono il diritto alla parità dei creditori in quanto compiuti dal debitore quando già versava in stato di insolvenza. Essa investe lo stato di insolvenza pre-fallimentare ed è diretta a ricostruire l'integrità del patrimonio del debitore per la soddisfazione della generalità dei creditori mediante il recupero dei beni usciti durante il periodo di insolvenza.

A fondamento di tale nuovo inquadramento vi è il principio civilistico della tutela dell'affidamento e della punizione di ogni comportamento doloso o colposo che, nello specifico dell'azione revocatoria, si esprime attraverso il meccanismo dell'informazione e della relativa conoscenza e conoscibilità con conseguente imputabilità di comportamenti, sì lesivi della par condicio creditorum ma effettuati nonostante si conoscesse o si dovesse conoscere la decozione della controparte. Anche la giurisprudenza ha dato rilievo alle regole della prudenza ed avvedutezza che caratterizzano – o dovrebbero caratterizzare – l'operare dei soggetti nel mercato.

Ciò che si vuole punire non è tanto la mancanza di informazione ma l'abuso di essa; il c.d. opportunismo, in particolare degli agenti (e qui bisogna dunque recuperare le teorie del moral hazard e della adverse selection) che, spando di avere informazioni maggiori del principal (o comunque dei terzi agent) ne approfittano in collisione con quelli che sono però gli interessi del mercato e della impresa nello specifico.

Tale comportamento va dunque scoraggiato e punito in quanto il legislatore deve e vuole invece favorire una allocazione non solo ottimale ma anche equa delle risorse eliminando le cause di asimmetria informativa che limitano la razionalità dei processi decisionali (ecco il connesso fenomeno della c.d. razionalità limitata).

E' dunque la conoscenza (o conoscibilità) dello stato di insolvenza dell'imprenditore poi fallito il solo ed unico onere punto di discriminazione tra la possibilità o meno di esercitare l'azione revocatoria; ed infatti solo in tale ottica informativa che si può ammettere – superando una volta e per tutte la tesi indennitaria (così come l'antindennitaria, che non è altro che una evoluzione della prima) – la inefficacia di un atto, di per se vantaggioso al fallito, posto in essere da chi conosceva o doveva conoscere lo stato di decozione e, per

²⁰³ In merito si rimanda al Capitolo I[^].

opportunismo ne ha approfittato. Peraltro solo in tale ottica dell'informazione (non dunque indennitaria, a mo' di danno collettivizzato) si può recuperare la teoria antindennitaria nella misura in cui si prescinde dalla dannosità dell'atto ma si fa solo riferimento alla conoscenza ed alla relativa lesione della par condicio creditorum (che avviene anche con atti vantaggiosi per il fallito).

3.3 bis. Conoscenza o conoscibilità?

Se è vero, come si ritiene esserlo, che la conoscenza e non la indisponibilità del patrimonio in sé è il fondamento dell'esperibilità della azione revocatoria e se è vero che la conoscenza è rimasto il vero unico elemento e presupposto per l'esercizio della azione revocatoria è altrettanto vero che bisogna interrogarsi sul concetto di conoscenza.

Infatti, come noto ed invero già anticipato²⁰⁴, ciò che il legislatore richiede è che sia dimostrata la scientia o inscientia decoctionis (a secondo delle diverse fattispecie di cui all'art. 67b L.F.); però tale conoscenza deve essere effettiva e giammai solo ipotetica.

Parlare allora di conoscenza e conoscibilità come un concetto identico non pare possa essere del tutto condivisibile: invero laddove manchi la conoscenza effettiva dello stato di insolvenza dell'altra parte l'azione revocatoria sarà rigettata, la conoscibilità intesa come oggetto di prova e al contempo come mera ipotesi non comprovata da alcun fatto concreto nemmeno presuntivo non è rilevante.

Quindi la conoscibilità, se intesa come mera possibilità astratta di conoscenza, laddove rappresenti l'oggetto di indagine, non costituisce elemento sufficiente ad essere presupposto dell'esperibilità dell'azione revocatoria.

Ma, anche in tal caso, pare opportuno mutare il piano e l'obiettivo di indagine onde risolvere ogni eventuale antinomia di sistema.

Invero – posto, come ampiamente dimostrato nel presente lavoro, che la conoscenza effettiva (al di là dei casi definibili di scuola di confessione o testimonianza) è deducibile in base a presunzioni, cioè, detta in termini non giuridici, in base a regole statistiche applicate dai Tribunali dalle quali si ricava l'effettività della conoscenza – può dirsi che la conoscibilità da oggetto di indagine ne diviene strumento.

Nel valutare la presunzione di conoscenza, la conoscibilità - intesa quale dovere di conoscere (obbligo di prendere informazioni etc.) – si trasforma in una formidabile

²⁰⁴ Vedasi in primo capitolo del presente lavoro.

presunzione che porta ad individuare l'esistenza della conoscenza (effettiva, seppur presunta); si pensi al caso di rimesse bancarie, la banca ha una serie di doveri ed obblighi informativi fondamentalmente volti a monitorare il proprio cliente e dunque tale dovere di conoscere è lo strumento per dimostrare l'esistenza (presupposta) della conoscenza effettiva da parte della banca dell'insolvenza del proprio cliente e pertanto (fermo il nuovo comma 3 dell'art. 67 L.F.) l'operazione avvenuta tra cliente e banca sarà soggetta a revocatoria proprio perché la banca dovendo conoscere (dovere di conoscenza – conoscibilità) ha comunque agito con la controparte (il cliente) insolvente con ciò violando il proprio obbligo e dovendo essere per questo punita attraverso la presunzione di conoscenza effettiva e dunque di esperibilità dell'azione revocatoria; al contrario, sempre a mo' di esempio, un soggetto, persona fisica, che acquista un immobile per uso personale non ha alcun particolare obbligo di informarsi sullo stato di eventuale decozione del venditore e pertanto sarà molto più difficile individuare delle presunzioni che possano portare alla conoscenza effettiva.

Pertanto è forse più corretto concludere per la seguente ricostruzione del "sistema" dell'informazione applicato alla revocatoria fallimentare:

la conoscenza, nell'ambito della teoria dell'informazione e del principio di responsabilità che informa il sistema della revocatoria fallimentare, deve essere solo effettiva e la conoscibilità sarà un mero – seppur formidabile - strumento di presunzione di tale conoscenza effettiva ed allora solo in tale ottica si potrà continuare a parlare di conoscenza o conoscibilità.

Alla luce di tutto quanto sopra, analizzata la figura dell'azione revocatoria fallimentare, strumento, collettivo, volto a ricostruire l'integrità del patrimonio del debitore fallito (azione che si inserisce nell'ambito della procedura, giudiziaria, del fallimento) ed illustrato come, in generale, l'informazione è strumento per correggere le imperfezioni del mercato attraverso i suoi c.d. statuti informativi e ciò soprattutto in caso di crisi del mercato; ancora posta l'attenzione sui danni che il mercato subisce da situazioni di asimmetria informativa (si pensi alle teorie di Arrow e Stiglitz) si arriva a chiarire, in modo preciso e difficilmente contestabile, che è l'informazione il perno del mercato e che essa va peraltro condivisa.

Si è infine giunti ad analizzare, proprio alla luce delle considerazioni de quo, l'azione revocatoria (riformata) e si è cercato di dimostrare che da una analisi sgombra da qualsiasi preconetto del dato normativo positivo ancora una volta è la conoscenza a rappresentare il reale discrimen presupposto della applicabilità dell'azione revocatoria e

come peraltro il dimezzamento dei termini e le esenzioni di cui al nuovo comma terzo dell'art. 67 rappresentino proprio la volontà del legislatore di prescindere dal danno o dalla *par condicio creditorum* ma rifarsi solo alla conoscenza andando a punire i comportamenti di opportunismo da abuso di informazioni con una sorta di presunzione di conoscenza per quanto riguarda il periodo sospetto ed una contraria presunzione di non conoscenza per le esenzioni (prevalendo in tal caso la volontà di favorire la normale attività dell'impresa con i vari regimi esonerativi (per i fornitori di credito, di servizi, di prestazioni lavorative)).

Appare chiaro come sia la teoria dell'informazione a caratterizzare il nuovo corso dell'azione revocatoria post riforma, quale strumento nelle mani dello Stato per garantire, almeno tendenzialmente, la simmetria del sistema e dunque la tutela del mercato.

La riforma è forse imperfetta, ma le novità introdotte hanno indubbio rilievo e aprono la strada alla modernizzazione della disciplina.

Si può ben sostenere che il diritto commerciale è il diritto della auto-responsabilità in quanto risponde all'esigenza di accrescere la libertà e la consapevolezza delle scelte, è un corpus normativo che ricollega il rischio alla libertà di scelta e che individua nell'informazione (nella conoscenza che è potere secondo Stiglitz) lo strumento più adatto a garantire tale libertà.

Per dirla con le chiare parole di un insigne studioso²⁰⁵:

“Il diritto del mercato non assiste ne soccorre, non beneficia ne elargisce doni: esso, come tutela la pluralità dell'offerta e la lealtà dell'informazione, così esalta l'autoresponsabilità, l'avvedutezza della scelta, il calcolo razionale della convenienza. La parte – diremo con le parole usata da Emilio Betti in altro quadro storico e concettuale – si trova nella necessità di risentire un danno imputabile a lei stessa: il danno cioè della inerzia o della negligenza propria nella cura di un proprio interesse”.

²⁰⁵ N. Irti, *Persona e Mercato*, op. cit. p. 295. Il riferimento al Betti è E. Betti, *Diritto Romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 411.

4. Prospettive comparatistiche. Gli Stati Uniti d'America.

Appare opportuno in conclusione di tale lavoro volgere un breve (e necessariamente parziale e sommario) sguardo verso le esperienze e gli ordinamenti giuridici stranieri ed in particolare degli Stati Uniti, ove non esiste una azione direttamente speculare alla revocatoria fallimentare, però sono interessanti gli sviluppi dottrinari e giurisprudenziali che, sulle medesime problematiche, sono emersi negli anni.

Preliminarmente, va tenuta ben presente la mancanza di un sistema di equivalenze concettuali tra l'ordinamento italiano e quello nordamericano e la diversità dei concetti delle categorie e dei termini tra civil law e common law.

Basti qui segnalare che il termine civil law sta ad indicare la tradizione giuridica del continente europeo di derivazione romanistica, caratterizzata principalmente da codificazioni di carattere generale e da una particolare tecnica normativa ed interpretativa.

In questo senso si parla anche di continental law o jurisprudence, di famiglia giuridica romano-germanica e di ordinamenti romanistici. Ovviamene il termine civil law è altresì generico, al più si dovrebbe parlare di civil law italiana, francese, tedesca etc.; al contempo è termine generico anche common law con il quale si indica la tradizione giuridica che trova la sua origine nell'ordinamento inglese. Ciò che caratterizza il common law è l'attività giurisprudenziale e la diversa teoria delle fonti, esso è infatti un sistema aperto dal quale non ci si può aspettare una stabilità di categorie e concetti analoga agli ordinamenti di civil law. Nel common law vi è infatti una assenza di codificazioni come intese nel nostro sistema; l'ordinamento del common law non è basato sulla consuetudine ma sulla giurisprudenza, è cioè a normazione comune (appunto common law) perché applicabile a tutti i soggetti ed a tutti i rapporti ed è estraneo il concetto che la disciplina vada rintracciata necessariamente in un testo legislativo o comunque nell'autorità del solo legislatore. Le fonti principali in particolare sono la common law, primaria e poi l'equity ed infine, anche, la statute law, cioè la legge scritta²⁰⁶.

Orbene, pur apparendo palesi le differenze pratiche dei due sistemi giuridici, è al contempo innegabile che le esigenze di produzione e consumo, cioè del mercato, hanno

²⁰⁶ F. De Franchis, *Dizionario Giuridico*, p 23 e ss Giuffrè, 1996. Vedasi anche Moccia, L., in Stein and Shand 1974 Oxford 1980.

ormai determinato un avvicinamento delle problematiche e delle relative soluzioni cui pervenire.

Fermo quanto sopra, la revocatoria di per sè, come detto, non esiste nella common law, di solito si parla di “Paulian Action” e può essere descritta come una “*action to prevent diminution of the debtor’s estate by his fraud*” o “*voidability of voluntary conveyances to defraud creditors*”.

Pur in assenza di una azione speculare, un risultato non troppo diverso – sebbene più vicino alla revocatoria ordinaria - lo si ottiene invocando il s. 172 del *Law of Property Act* del 1925 relativo alle “*voluntary conveyances to defraud creditors*” o “*fraudulent conveyances*” da chiunque subisca un pregiudizio derivante da un atto di disposizione posto in essere “*with intent to defraud creditors*” e nel caso di atto oneroso a codizione che l’acquirente fosse a conoscenza dell’intento fraudolento il che è detto “*with notice of the intent to defraud creditors*”.

Inoltre, le norme relative all’annullabilità delle “*fraudulent conveyances*” e più in generale sulla “*fraud*” consentono anche in materia fallimentare risultati non troppo diversi da quelli della revocatoria fallimentare di civil law.

Nello specifico la revocatoria fallimentare di common law è molto vicina alla nostra soprattutto dopo il nuovo *Insolvency Act* del 1986 (Part XVI)²⁰⁷.

E’ interessante evidenziare che pertanto, nei sistemi di Common Law, proprio la presenza dei trust di protezione del patrimonio rende più incisivo l’esercizio dell’azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, se raffrontata alle omologhe figure di azione revocatoria conosciute dal diritto italiano.

Rimedio introdotto nell’ordinamento inglese sin dalla seconda metà del XVI secolo (e precisamente con il *Fraudulent Conveyances Act* del 1571, emanato sotto Elisabetta I; attualmente la materia è regolata dall’*Insolvency Act* del 1986, sect. 423-425), esso si applica ad ogni negozio « *entered at an undervalue* », cioè concluso senza ricevere un adeguato corrispettivo e posto in essere allo scopo di sottrarre beni ad un creditore attuale o potenziale, o comunque allo scopo di pregiudicarlo.

Nel caso in cui l’azione (che è imprescrittibile e non è in grado di pregiudicare l’acquisto effettuato a titolo oneroso da parte del terzo di buona fede) sortisca esito

²⁰⁷ Amos and Walton 1967, 243; Castagnola, La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti, in *Girurisprudenza Com.*, XIV-1987, Giuffrè, p. 46). Nonché De Franchis, op. cit., p. 439 e ss.

positivo, la legge conferisce al giudice ampi poteri discrezionali nella scelta del provvedimento più adeguato per la tutela dei creditori.

Al contempo, una delle più palesi differenze tra il nostro sistema e quello di Common Law, come sopra dedotto, è il rilievo dato all'Equity nel processo decisionale del giudice.

Se nel nostro sistema l'equità è residuale, applicandosi nei casi espressamente previsti dalla legge, cioè qualora essa sia richiesta dalle parti, ovvero quando sia il giudice di pace a pronunciarsi secondo equità secondo i limiti di valore positivamente stabiliti; nel sistema di Common Law l'Equity è parte integrante ed irrinunciabile, a tal punto che la figura giuridica del trust può benissimo venire considerata il miglior risultato dell'Equity.

Al contempo interessante è il rilevare come per quanto specificamente concerne l'elemento psicologico dell'azione previsto dalla legge, occorre osservare che non di rado la giurisprudenza ritiene sussistere nel disponente l'intendimento di danneggiare i creditori sulla base della mera analisi delle obiettive circostanze di fatto, cioè omettendo qualunque ulteriore indagine sull'effettivo intento di costui.

Scopo della norma, come da essa testualmente affermato, era fin dalle origini rendere "nullo, vanificato o privato di ogni effetto ogni atto compiuto con il proposito o l'intento di impedire, ritardare, frodare i creditori delle loro giuste e legittime azioni".

Come si deduce da questi termini, il legislatore USA non specificava quali dovessero essere gli effetti dell'accoglimento dell'azione, se, cioè, la transazione impugnata dovesse essere ritenuta inefficace, e quindi aggredibile dal solo creditore agente, o totalmente nullo, a beneficio di tutti i creditori.

Secondo la giurisprudenza, l'atto dispositivo contestato dal creditore non deve essere visto isolatamente, ma deve essere contestualizzato nella situazione economica del disponente, quindi sono revocabili anche i negozi a titolo corrispettivo, nonostante l'adeguatezza di questo, qualora risulti un pregiudizio del creditore.

Le norme elisabettiane rimasero in vigore in tutti gli Stati americani fino all'inizio del Novecento, in parte per esplicita previsione di legge in parte per applicazione giurisprudenziale.

Il legislatore americano intervenne, infatti, soltanto nel 1918, con lo Uniform Fraudulent Conveyance Act, il primo dei due Uniform Acts dedicati ai rimedi del creditore contro le "fraudulent conveyances", che fu seguito da un secondo Atto, lo Uniform Fraudulent Transfer Act, entrato in vigore nel 1984 e tuttora vigente.

In entrambi, possiamo notare un particolare di rilevante importanza, soprattutto in prospettiva comparatistica con il nostro ordinamento, l'importanza da essi attribuita all'elemento soggettivo, inteso come intenzione fraudolenta, e potremmo dire come conoscenza che prova l'intento fraudolento.

Proprio questo elemento costituisce l'aspetto più importante nella disciplina statunitense dell'azione revocatoria, che sembra diretta più a punire il debitore in mala fede che a tutelare il creditore danneggiato.

Quindi negli Stati Uniti pare accolta da tempo la teoria dell'informazione quale ratio informatrice dell'azione revocatoria e dell'equilibrio di mercato.

Nella determinazione dell'intenzione fraudolenta, la giurisprudenza americana ha, da tempo, individuato una serie di "badges of fraud", ossia di circostanze alla luce delle quali un giudice ha la possibilità di desumere la natura fraudolenta di un atto, tra i quali la maggiore importanza è da sempre stata conferita all'iniquità del corrispettivo, all'esistenza di particolari rapporti di amicizia, parentela e affinità tra l'acquirente ed il debitore, ed al mantenimento del possesso del bene da parte di quest'ultimo.

Proprio il riconoscimento legislativo dell'esistenza di elementi che il giudice deve considerare "in determining actual intent to defraud", rappresenta, accanto all'assenza di un concetto di pregiudizio, una delle maggiori peculiarità dello Uniform Fraudulent Transfer Act.

A questa notevole importanza conferita all'elemento soggettivo del debitore e del terzo fa da contraltare la mancanza del concetto di pregiudizio (quindi di danno).

Nessuno dei due Uniform Acts, infatti, mostra di ritenere necessaria, accanto all'"intent to hinder, delay or defraud creditors", la presenza di quello che noi consideriamo l'elemento oggettivo dell'azione, ossia *l'eventus damni*.

Negli Stati Uniti, infatti, almeno secondo il legislatore, l'insolvenza costituisce soltanto un "badge of fraud", ossia una di quelle circostanze dalle quali il giudice ha la possibilità di desumere l'esistenza della mala fede del debitore e del terzo.

Un'ulteriore particolarità del sistema americano è rappresentata dalla tutela che, all'interno di questo ordinamento, viene prevista per il terzo acquirente.

Questi può, infatti, mantenere valido l'acquisto soltanto dimostrando non soltanto la sua buona fede, ma anche di aver pagato un equo corrispettivo (che peraltro è una sorta di presunzione di buona fede o di conoscenza/conoscibilità dell'insolvenza), senza il quale il diritto del creditore danneggiato alla soddisfazione delle sue pretese aggredendo il

bene fraudolentemente trasferito viene considerato prevalente sulle sue esigenze di mantenimento in vita dell'atto.

La tutela di chi, in buona fede, paga un prezzo inferiore in cambio del bene, infatti, viene realizzata semplicemente imponendo al creditore agente di restituire il corrispettivo da questi pagato prima di procedere all'esecuzione sul bene, sul presupposto che in ogni caso non può essere consentito di mantenere in vita una transazione compiuta dal debitore al solo scopo di danneggiare i suoi creditori.

Pare dunque sostenibile, con una qualche forzatura, che negli Stati Uniti si assuma il presupposto della conoscenza, attraverso una sorta di simile sistema di presunzioni, quale strumento per dimostrare l'esistenza di un intento fraudolento perpetrato con un abuso di informazioni a discapito della simmetria del mercato.

Per concludere tale breve analisi sugli elementi fondamentali dell'azione revocatoria negli Stati Uniti, qualche parola sulla sua prescrizione. L'azione, afferma il legislatore del 1984, si prescrive in quattro anni dal compimento dell'atto, od entro un atto dalla sua scoperta da parte del creditore agente, se successiva.

Ne consegue, quindi, la possibilità di quest'ultimo di agire anche molto tempo dopo il momento in cui è stata eseguita la transazione da lui impugnata, purché riesca a dimostrare che l'ignoranza di essa non dipenda da sua colpa. Ciò che deriva da questo sistema è, ovviamente, una minore certezza nell'acquisto operato dal terzo, che, in certe condizioni, può essere dichiarato inefficace anche diversi anni dopo aver avuto luogo, con una conseguente diminuzione della sicurezza dei rapporti giuridici.

Ciò che però più rileva, ai fini del presente lavoro, è – fatte salve le dovute differenze come sopra sommariamente evidenziate – l'atteggiamento di favor verso le teorie dell'informazione applicate all'azione revocatoria.

Le, principali, fonti utilizzate a base del presente lavoro sono le seguenti:

BIBLIOGRAFIA PRINCIPALE I^ CAPITOLO

Apice U., *Prova della conoscenza dello stato di insolvenza: un vecchio problema sempre attuale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 12/2006;

Badini Confalonieri A., *Rilevanza del gruppo nella prova della scientia decoctionis*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10/2004;

Barbieri A., *Azione revocatoria ed eventus damni*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2004;

Elementi di prova della scientia decoctionis, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10/2004;

Conoscenza dello stato di insolvenza del convenuto in revocatoria, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 2/2003;

Bianca M., *Il concetto di insolvenza nell'azione revocatoria*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10/2005;

Bonfatti S. e Censoni P., *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova 2006;

Bragadin A., Della Valle P., Sicchiero G., *Le revocatorie ordinarie e fallimentari*, Torino 2001;

Carbone V. (a cura di), *Panorama di giurisprudenza di legittimità*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 3/2007;

Osservatorio della Corte di Cassazione, in *Corriere giuridico*, n. 11/2006;

Corsi F., *L'azione revocatoria: dalla natura indennitaria alla tipologia dei pagamenti*, in *Fallimento*, n. 11/2004;

Cottino G., *Il danno nella revocatoria: dubbi giurisprudenziali e "certezze" legislative*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4/2005;

De Martini, *Il patrimonio del debitore*, Milano, 1956;

De Martini *L'eventus damni nella revocatoria fallimentare*, in *Riv. Dir. comm.*, 1958, II;

Di Lauro M., *Ancora sulla prova presuntiva della scientia decoctionis*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 5/2007;

Enc. Giuridica Treccani, voce *Revocatoria (azione)*, Roma 2001;

Enciclopedia del diritto, voce *Azione revocatoria*, Roma, 1959;

Ferrara F. jr, *Il fallimento*, Milano, 1995;

Guglielmucci L., *La vendita di immobile ipotecato ed il danno nell'azione revocatoria fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 1/2007 pt. 2;

Guido F., *Presunzioni e revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 9/2004;

Iozzo F., *Danno e revocatoria: le Sezioni Unite tra "vecchio" e "nuovo" diritto*, in *Giurisprudenza italiana* 2006, fasc. 8-9;

Landolfi F., *La presunzione semplice nella prova della scientia decoctionis*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 2/2004;

Libertini M., *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, I;

Limitone G., *Le Sezioni Unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1/2007;

Maffei Alberti A., *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970;

La funzione della revocatoria fallimentare, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, I;

Martella R., *L'elemento soggettivo nella revocatoria fallimentare*, Milano 1999;

Meloncelli F., *La conoscenza dello stato d'insolvenza nella revocatoria fallimentare*, Milano 2002;

Menti P., *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2007;

Patti A., *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10/2006;

Petrone N., *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione e della Riforma della legge fallimentare*, in *Rivista del Notariato* 2006, fasc. 5 pt. 2;

Piselli M., *La dimostrazione di un danno per la massa come spartiacque per l'inefficacia dell'atto*, in *Guida al diritto* n. 6/2005;

Punzi C., *Presupposti dell'azione revocatoria e onere della prova*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli a cura di Guido Zangari*, Milano 1973;

Quatraro B. e Fumagalli A., *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano 2002;

Rago G., *Manuale della revocatoria fallimentare: profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, Milano 2006;

Ragusa Maggiore G., *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960;

Rossi G., *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. Dir. civ.*, 1963;

Satta S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996;

Tarzia G., *Pagamento del fideiussore con accredito sul conto corrente bancario del fallito, e revocatoria fallimentare: intervengono le Sezioni Unite*, in *Il fallimento* n. 11/2005;

Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori Parte gen.*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja – Branca*, Bologna, 1993;

BIBLIOGRAFIA PRINCIPALE SECONDO CAPITOLO

Abbadessa P., *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, in *"L'informazione societaria: Atti del convegno internazionale di studi: Venezia 5-6-7 novembre 1981, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano"*. Milano, 1982, vol. I;

A. Lazzaretti, *Pubblicità online*, in Aa. Vv., *La pubblicità ingannevole*, Milano, 2003, p. 97 ss;

Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Econom.*, 84, 1970, pp. 488-500;

Kenneth J. Arrow; Leonid Hurwicz, *Decision making under ignorance*. In C. F. Carter and J.L. Ford (a cura di);

P. Abadessa, *Banca e responsabilità precontrattuale: i doveri di informazione*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981;

B. Libonati, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, relazione al convegno in ricordo di Giuseppe Auletta giugno 2001;

Bocchini E., *Informazione societaria e regime della pubblicità*, in *Atti del convegno internazionale di studi di Venezia [...]*, Milano, 1982, pp. 551 ss;

Cagnasso O., *I doveri di informazione degli amministratori investiti di potere delegato*, in *"L'informazione societaria: atti del convegno [...]"*, Milano, 1982;

Campobasso G., *L'informazione dell'azionista sulle partecipazioni azionarie*, in *"L'informazione societaria: atti del convegno [...]"*, Milano, 1982;

Casella M., *L'informazione in assemblea*, in "L'informazione societaria: atti del convegno [...]", Milano, 1982;

Mariconda V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norma di comportamento e norme di validità*, nota a Cass. sez. un. civ., 19/12/2007, n. 26724, in *Corriere giuridico*, 2008, fasc. 2;

Meruzzi G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impresa*, 2006, fasc. 4-5;

Miriello C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e impresa*, 2008, fasc. 2;

Passaro E., *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, nota a Cass. sez. I civ., 29/09/2005, n. 19024;

Petracci B., *Informativa societaria e abusi di mercato*, Roma, 2007;

Portale G., *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, fasc. 1, pt. 1;

Joseph Stiglitz, *Mercato informazione regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994;

Greenwald B. e Stiglitz J.E. (1990), *Asymmetric information and the new theory of the firm: financial constraints and risk behaviour*, in "American Economic Review", 80, maggio, pp. 160-165; (2000).

BIBLIOGRAFIA PRINCIPALE TERZO CAPITOLO

Bocchini E., *Teoria Dell'Informazione e Revocatoria Fallimentare*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, n. 2, CEDAM;

Bonfatti – Cavalli – Bertacchini – D'Ambrosio, *Commento all'art. 67 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e a cura di Fabiani, Bologna, 2006;

Corsi, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965;

De Crescenzo – Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005;

M. Fabiani, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2005;

Fortunato, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, in *Il fallimento*, 2004;

F. Sabino *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 5 p. 718 - 2005;

Guglielmucci L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005;

Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il fallimento*, 2005;

G. Rago, *Manuale della nuova revocatoria fallimentare*, Padova, 2006;

Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Il fallimento*, 2006;

Tarzia G., *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare della recente riforma*, in *Il fallimento*, 2005;

Terranova G., *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006

FERDINANDO TOZZI