

**RIFLESSIONI SULL'ESENZIONE DA REVOCATORIA EX ART.
67, COMMA 3° , LETT. A), L. FALL. ALLA LUCE
DELL'INTRODUZIONE DEL CONCORDATO "IN BIANCO"***

DI ANDREA ZORZI

1. Una nuova giovinezza per la revocatoria? La consecuzione di procedure e il concordato "in bianco".

Nonostante siano ormai trascorsi quasi sette anni dall'introduzione del comma 3° dell'art. 67 l. fall. ⁽¹⁾, le pronunce giurisprudenziali edite in materia di esenzione da revocatoria sono ancora rare, specie con riguardo all'esenzione di cui alla lett. a), che assiste i «pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso» ⁽²⁾.

Non è improbabile che questa scarsità di precedenti sia dovuta al crollo verticale nel ricorso all'azione revocatoria che si è registrato per effetto della riforma che, nello stabilire per gli atti "normali" un periodo sospetto di appena sei mesi, lo ha fatto pressoché coincidere con quella che può facilmente essere la durata di un procedimento prefallimentare.

* Ringrazio Lorenzo Stanghellini per le preziose indicazioni.

¹ La riformulazione dell'art. 67 l. fall. è dovuta al primissimo atto della riforma della legge fallimentare, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, che ne dettò la formulazione in larga parte ancora identica (la lettera *a*), in particolare, è rimasta uguale).

² Si è stati in grado di reperire solo cinque decisioni. Si tratta di Trib. Torino, 23 aprile 2009, Lamier s.p.a. in a.s. c. Sirp s.r.l., in *Fallimento*, 2010, 368, con nota di CAVALLI, *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei termini d'uso*; Trib. Torino, 4 maggio 2010, Fall. R&G s.r.l. c. Cagi s.r.l., in *Giur. it.*, 2011, 123, con nota di IOZZO, *Pagamenti nei termini d'uso: primi orientamenti giurisprudenziali*; Trib. Marsala, 24 giugno 2011, in *Il Caso.it*, 2011, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/5939.php>; Trib. Monza, 24 aprile 2012, in *Il Caso.it*, 2011, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7288.php>; Trib. Milano, 3 maggio 2012, Fall. Debora s.r.l. in liquidazione c. Sipral Padana s.p.a., in *Il Caso.it*, 2012 <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7179.php>.

Ciò che riduce drasticamente, in punto di fatto, l'esperibilità dell'azione revocatoria non è, però, tanto la brevità del termine, quanto il fatto che il termine a ritroso decorre, anziché dalla data del deposito del ricorso per la dichiarazione di fallimento, dalla data della sentenza di fallimento. Un *dies a quo* fissato nella sentenza di fallimento si poteva tollerare anche con un procedimento prefallimentare garantista, come quello che si è andato delineando negli ultimi quarant'anni, solo con un termine sufficientemente lungo, che potesse andare ad incidere su un momento temporale in cui l'impresa era ancora in qualche modo operante e in cui, quindi, era normale incontrare atti potenzialmente revocabili.

La combinazione di un termine abbreviato con un procedimento prefallimentare ormai strutturato come processo di parti, sia pur particolare, potenzialmente complesso e relativamente lungo, sembrava destinata – è comune constatazione – a relegare la revocatoria a un ruolo marginale, e rendeva manifesto il fatto che l'individuazione di un *dies a quo* nella data del fallimento (anziché nel momento della presentazione del ricorso per fallimento) è un relitto del passato. Questo *dies a quo* accomuna i “vecchi” termini della legge fallimentare (oltre ai termini per il calcolo del periodo sospetto per le revocatorie, anche il termine dell'art. 10 l. fall.); i “nuovi” termini a ritroso, invece, decorrono dalla data del ricorso: così per l'individuazione delle soglie di fallibilità (art. 1, comma 2°, l. fall.) e per la determinazione della competenza e della giurisdizione (art. 9 l. fall.).

La revocatoria, però, non è pronta al pensionamento, neppure quella degli atti normali, con il suo brevissimo termine semestrale: una nuova giovinezza, infatti, può venirle quale corollario dell'enorme crescita del ricorso al concordato preventivo, destinata a crescere ancor più con la riforma del “pacchetto sviluppo” (d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e legge 7 agosto 2012, n. 134), che ha introdotto la possibilità di depositare una domanda di concordato con riserva della presentazione del piano, della proposta e della documentazione di cui all'art. 161, commi 2° e 3°, ovvero “in bianco”³).

³ Sul tema in generale v. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, II, 313/2012; FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1265 ss.; PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *Il Fallimentarista*, 2012.

Quando vi sia consecuzione delle due procedure i termini, infatti, si calcolano dalla data del ricorso. Questo consente di colpire atti che intervengono in una fase pienamente attiva dell'attività d'impresa, in cui l'imprenditore sta più o meno regolarmente contraendo e pagando.

La regola della consecuzione, pacifica prima della riforma del 2005-2007 e successivamente messa in dubbio da alcuni (ma riconfermata dalla giurisprudenza) ⁽⁴⁾, è oggi espressamen-

Il Tribunale di Milano, *Plenum* del 20 settembre 2012, 3, rappresentava – ad appena nove giorni dall'entrata in vigore del “pacchetto sviluppo” 2012 – che «già vi è una marea di domande di concordato».

⁴ Il principio della consecuzione di procedure (un tempo incontrastato: v. per es. Cass., 14 marzo 2006, n. 5527) fu messo in dubbio con la riforma, per diversi motivi, tra cui il venir meno dell'automatismo tra revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento (anche per il venir meno dell'iniziativa ufficiosa del tribunale) e la (possibile) diversità del presupposto oggettivo del concordato (anche soltanto lo stato di crisi) rispetto a quello del fallimento (insolvenza) (ampiamente sul punto, nonché per riferimenti, MARINUCCI, *Sopravvivenza del principio della consecuzione tra procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1564 ss.; CIERVO, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali?*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 879 ss., ivi a 881-885 e NOCERA, *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 241 ss.).

La dottrina prevalente aveva, però, riaffermato il principio (così già GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2007, 1044 ss., ivi a 1046; CENSONI, *Prescrizione, decadenza e «consecuzione di procedure concorsuali» nella nuova azione revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, 166 ss., ivi a 174; NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, 1245 ss., 1248-1249. V. anche GALLETTI, *Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il “nuovo” curatore fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 2011, 30-34 (consecuzione limitata al solo caso di contestuale dichiarazione di inammissibilità del concordato e pronuncia di fallimento).

A chiudere la questione è, poi, intervenuta la Cassazione: cfr. Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, Banca Stefano Credito Cooperativo Martellago c. Fall. Meccanica Patrono s.r.l. e altri, tra l'altro in *Giur. comm.*, 2011, II, 873, con nota di CIERVO, cit. e in *Fallimento*, 2011, 30 con nota di BOSTICCO, *È ancora attuale la consecuzione dei procedimenti nella nuova legge fallimentare?*; orientamento ribadito da Cass., 17 febbraio 2012, n. 2335, MPS c. Fall. Zago. La prima individuò, quale *dies a quo* dal quale far decorrere gli effetti “consecutivi” non, come sembrava prevalente in precedenza, la data del decreto di ammissione ma – molto più coerentemente con il sistema degli effetti del concordato (art. 168 e 169 l. fall.) – la data della domanda. Cass., n. 2335 del 2012, specificamente in tema di revocatoria, ha invece riaffermato il principio secondo cui la consecuzione decorre dalla data del decreto di ammissione.

Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Siracusa, 19 novembre 2010, in Il Caso.it (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2652.php>) (la sentenza computa – come i precedenti ante-riforma – il periodo sospetto dal decreto di ammissione, non dal deposito della domanda); App. Roma, 22 aprile 2011, Fallimento C. s.p.a. c. Banca [...] s.p.a., in *Pluris* (solo m.); Trib. Bari, 08 febbraio 2011, Curatela Fallimento Ce.Pu. s.c.a r.l. c. El.Du. s.p.a., in *Pluris* (solo m.); Trib.

te sancita dall'art. 69-bis l. fall., che fa decorrere tutti i termini per le revocatorie a ritroso dalla data in cui è pubblicato nel registro delle imprese il ricorso per concordato preventivo ⁽⁵⁾.

La formulazione dell'art. 69-bis l. fall., prima ancora della ratio stessa della norma, fuga ogni dubbio circa il fatto che sia sufficiente, per fissare il dies a quo del periodo sospetto, anche il deposito di una domanda di concordato "in bianco", ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l. fall.: l'art. 69-bis si riferisce alla «domanda», così come l'art. 161, sia nella rubrica, sia nel comma 1° sia, appunto, nel comma 6°. Resta quindi disomogenea linguisticamente, ma senza che da questo si possa inferire alcuna conseguenza, solo la previsione dell'art. 168 l. fall., che si riferisce invece – in tema di effetti verso i terzi – al «ricorso».

La circostanza che il termine decorra anche solo dalla domanda "in bianco" ha un effetto relevantissimo dal punto di vista della numerosità, per così dire, degli atti potenzialmente revocabili in caso di successivo fallimento: poiché la domanda può essere di molto anticipata rispetto alla presentazione del piano e della proposta, il periodo sospetto di fatto si allunga all'indietro di quei 60, 120 o perfino 180 giorni che possono essere richiesti per il deposito di piano e proposta.

Ma la previsione della possibilità di presentare una domanda "in bianco", prima assente, reagisce anche sull'interpretazione

Monza, 5 gennaio 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, II, 242 ss., nota di NOCERA, cit. (la sentenza si riferisce alla data di ammissione al concordato, non alla data del deposito del ricorso); Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 luglio 2010, Curatela Fallimento C.D. s.a.s. c. Fa.Um., in *Pluris* (solo m.); Trib. Milano, 18 gennaio 2010, L.C. s.p.a. c. C. s.r.l., in *Pluris* (solo m.); Trib. Venezia, 15 novembre 2011, Fall. Ellemme c. Banca Antonveneta s.p.a., inedita.

⁵ L'art. 69-bis l. fall. fa decorrere anche i termini a ritroso dalla data della «pubblicazione» (così si esprimono sia l'art. 69-bis, sia l'art. 168, comma 1°, l. fall.) nel registro delle imprese (non dall'iscrizione, né dall'annotazione, come invece l'art. 16 per la sentenza di fallimento) della «domanda» di concordato.

La circostanza che per la decorrenza di un termine a ritroso occorra la pubblicazione dell'atto nel registro delle imprese è probabilmente frutto di una svista del legislatore. Una simile previsione ha senso per tutelare l'affidamento di chi potrebbe essere pregiudicato dal compimento di un atto *successivo* all'atto rilevante, ma anteriore alla pubblicazione (così, per es., per l'effetto per i terzi della sentenza di fallimento, ai sensi dell'art. 16, comma 2°, l. fall.). Non ha nessun senso, viceversa, per un termine che si calcola a ritroso e che va a colpire atti compiuti anteriormente all'atto da pubblicare: che sia pubblicato o no, nulla cambia per la tutela di questi terzi, che è invece affidata (se del caso) al rilievo dello stato soggettivo e/o al ricorrere di una esenzione.

La previsione, inoltre, suscita problemi per il caso di imprese non iscritte: v. FABIANI, *Nuovi incentivi alla composizione concordata*, cit., 1266.

della portata dell'esenzione di cui alla lett. a) dell'art. 67, comma 3°, come si vedrà più avanti.

Il tema di come questa esenzione debba essere interpretata è dunque, con la riforma del 2012, divenuto di importanza cruciale. Si vedrà, quindi, quale sia l'interpretazione corrente e quale sia il significato che, oggi, le deve essere attribuito.

2. La ratio dell'esenzione

Alcuni elementi della norma non suscitano grandi contrasti in dottrina.

In primo luogo, si riconosce comunemente che la funzione dell'esenzione è quella di agevolare la continuazione dell'attività d'impresa in modo da poter accedere a procedure concorsuali nelle quali l'impresa possa essere risanata (concordato) o l'azienda ceduta in blocco (concordato o fallimento, eventualmente con esercizio provvisorio). La ratio della norma – in parte comune all'esenzione di cui alla lett. f), relativa al pagamento di dipendenti e collaboratori⁶ – è quella di evitare che i fornitori, avuta notizia dello stato di difficoltà dell'impresa, interrompano ogni fornitura, così costringendo all'interruzione l'attività d'impresa⁷.

⁶ Cfr. Trib. Santa Maria C.V., 25 novembre 2010, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 215, con nota di MESSORE, *Osservazioni a Trib. S. Maria C.V., 25 novembre 2010*, in tema di esenzione da revocatoria fallimentare dei pagamenti per corrispettivi relativi a prestazioni di lavoro (interpreta la lett. f) dell'art. 67, comma 3°, c.c., alla luce della lett. a): la ratio di questa, come di quella, esenzione è di «escludere la sanzione di inefficacia per quei rapporti che sono indispensabili per permettere la continuazione dell'attività d'impresa anche quando si profilano gli estremi dell'insolvenza» (ivi a 216).

⁷ JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Cedam, Padova, 2009, 389 ss., 423; MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2007, 498 ss., 511-512; FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 718 ss., ivi a 721; CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, 2012, già reperibile in www.orizzontideldirittocommerciale.it, da cui si cita, ora in *Nuovo dir. delle società*, 2012, fasc. 7, 8 ss. (in una prospettiva particolare, sottolinea come non vi sia alcun modo di impedire che l'esenzione operi anche quando la prosecuzione dell'attività fosse dannosa per i creditori e di questo il fornitore fosse consapevole: ivi a 9-10 e 14).

Dato tanto il tenore testuale della disposizione, quanto la sua *ratio*, si esclude anche che la norma possa esentare da revocatoria i pagamenti di beni e servizi

In considerazione di questa ratio, si ritiene che si debbano escludere, in generale, i pagamenti non volti alla continuazione delle forniture, ma al saldo di debiti pregressi (⁸).

Vi sono peraltro importanti dissensi: in particolare, secondo alcuni, che si rifanno alla genesi della norma a livello comparatistico, la ratio dell'esenzione non è tanto tutelare la continuità dell'impresa (si osserva, infatti, che non sono esenti da revocatoria le vendite di prodotti aziendali), quanto piuttosto tutelare il terzo contraente negli scambi nei quali, per la contestualità dello scambio, non vi è una "apertura di credito" all'imprenditore (⁹); secondo altri, ancora, l'esenzione offrirebbe una forma di semplificazione procedurale in quei casi nei quali la normalità del rapporto lascia presupporre la mancanza di conoscenza dell'insolvenza in capo ai contraenti (¹⁰).

estranei all'ambito dell'impresa; il problema sembra peraltro porsi pressoché solo per gli imprenditori individuali o, comunque, per gli imprenditori diversi dalle società, le quali svolgono attività d'impresa come unico oggetto: v. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in *Fallimento*, 2007, 981 ss., ivi a 982.

Pone l'accento sulle soluzioni concordate dell'insolvenza CAVALLINI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. Cavallini, Egea, Milano, 2010, Artt. 64-123, 115 ss., 192.

Sul tema v. anche FALCONE, *La «esenzione» da revocatoria per gli atti di gestione dell'impresa*, in *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, a cura di Bonfatti, Giuffrè, Milano, 2005, 64 ss.; GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 392 ss.; MELI, *La revocatoria fallimentare: profili generali*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2006, 119 ss.; RUOTOLO, *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa e dei corrispettivi per prestazioni di lavoro (Art. 67, primo comma, lett. a) e f)*, Studio n. 6113/I del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005.

⁸ MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 207 ss., ivi a 227; PASI, *La revocatoria dei pagamenti non bancari*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2006, 145 ss., 148; CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008, 374; IANNELLO, *Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006, 169.

⁹TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 243 ss., 255-259.

¹⁰GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 163 ss., ivi a 173-176, secondo il quale la ratio della norma è di offrire una semplificazione probatoria secondo l'*id quod plerumque accidit*, impedendo al curatore, anche qualora fosse in grado di farlo, di provare la conoscenza dell'insolvenza in capo al terzo; in modo simile RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Cedam, Padova, 2a ed., 2006, 860; VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 877 ss., ivi a 880.

È appena il caso di ricordare, ancora, che si tende a ritenere che «beni e servizi» non si possa riferire ai pagamenti di natura finanziaria (pagamenti di rate di mutuo, ecc.)⁽¹¹⁾, ma è rappresentata anche la tesi che, invece, ve li ricomprende⁽¹²⁾.

Si discute se l'esenzione si estenda anche agli atti (contratti) in adempimento dei quali sono effettuati i pagamenti esentati da revocatoria. C'è chi afferma che, se fosse possibile revocare il contratto sottostante, sarebbe facile eludere l'esenzione⁽¹³⁾. Altri, invece, pur dubitando della razionalità di questa previsione, ritengono che la possibilità di revocare il contratto resterebbe intatta⁽¹⁴⁾.

È, ancora, maggioritaria la considerazione che l'esenzione della lett. a) – così come le altre – operino su un piano meramente oggettivo, senza che sia necessaria alcuna “buona fede” dell'*accipiens*⁽¹⁵⁾. Essa, infatti, sembra presupporre, o quanto meno ritenere normale, che il terzo sia a conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore; d'altronde, se fosse richiesta l'*inscientia decoctionis*, nella gran parte dei casi il pagamento non sarebbe comunque revocabile in base alla mera applicazione dell'art. 67, comma 2°, e l'esenzione finirebbe per “coprire” i soli casi di pagamenti sproporzionati o con mezzi anormali. Non mancano peraltro, qui, opinioni contrarie⁽¹⁶⁾.

La teoria sembra affiorare, non esplicitamente, in alcune pronunce: cfr. Trib. Torino, 23 aprile 2009, cit., in motivazione, 369 (l'espressione «termini d'uso» «implica la contestualità e la normalità dello scambio e si declina in un rapporto sinallagmatico che continua a svolgersi *de plano* rimanendo di fatto estraneo, soprattutto nella percezione dell'*accipiens*, alle sopravvenienze negative imputabili al sopraggiungere dello stato d'insolvenza»); Trib. Monza, 24 aprile 2012, cit., in motivaz., 3 («[i] termini d'uso di cui all'art. 67 terzo comma lett a, pur rapportati alle concrete condizioni pattuite tra le parti, fanno riferimento a forme e temi di pagamento fisiologici, tali da non generare il sospetto della non solvibilità del debitore»).

¹¹TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 254; IOZZO, *Primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., 126.

¹²AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della disciplina*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2007, 108.

¹³TARZIA, *Le esenzioni (vecchi e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nelle recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, 835 ss., p. 840; CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti* (2007), 983; JORIO, *Gli effetti del fallimento*, 423.

¹⁴MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti «nei termini d'uso»*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 189 ss. ivi a 191.

¹⁵TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit. 257; CAGNASSO, *L'esenzione da revocatoria*, cit., 18.

¹⁶ V. gli autori citati *supra*, nota 10.

3. I «termini d'uso».

Le posizioni della dottrina sono assai più articolate con riguardo al significato di «nei termini d'uso»: espressione che potrebbe riferirsi (a) ai pagamenti, come sembra più probabile; (b) alla fornitura di beni e servizi; o – con un'ancor maggior forzatura linguistica – (c) all'esercizio dell'impresa.

(a) La tesi di gran lunga prevalente è quella che ritiene che la locuzione «nei termini d'uso» si riferisca ai pagamenti. Sarebbero quindi esenti i soli pagamenti (di beni e servizi resi nell'esercizio dell'attività d'impresa) fatti «nei termini d'uso». Si vedrà tra breve che cosa si debba intendere per «termini d'uso», riferito ai pagamenti, e quali altri problemi sollevi questa lettura ⁽¹⁷⁾.

(b) Un'altra tesi, proposta all'indomani della riforma e rimasta isolata per la difficoltà letterale che incontra, riferisce invece i termini d'uso ai beni e servizi: sarebbero cioè esentati da revocatoria i pagamenti (ancorché in termini e modi non usuali) fatti per «beni [forniti] e servizi effettuati ... nei termini d'uso», ovvero sia per beni e servizi relativi all'attività corrente dell'impresa. La disposizione dovrebbe cioè leggersi nel senso che siano esentati i pagamenti «delle forniture di beni e servizi effettuate nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso» ⁽¹⁸⁾.

Questa tesi sarebbe coerente con la volontà del legislatore di evitare che i fornitori interrompano i rapporti commerciali con l'imprenditore in crisi ⁽¹⁹⁾ e avrebbe nel contempo il pregio di consentire ai terzi di valutare con un ragionevole margine di certezza se il pagamento ricevuto ricada nell'ambito dell'esenzione, cosa che non è invece possibile, in alcuni casi, interpretando la norma secondo l'orientamento dottrinale dominante ⁽²⁰⁾.

(c) Secondo una terza tesi, infine, i «termini d'uso» dovrebbero riferirsi all'attività d'impresa. La norma dovrebbe essere letta nel senso che siano esenti i pagamenti fatti «nell'esercizio dell'attività d'impresa», a condizione che questa si svolga «nei termini d'uso». Dunque, «tutti i pagamenti a fronte di forniture di beni e di servizi necessari a garantire la continuità della ge-

¹⁷ V. *infra*, par. 4.

¹⁸ MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria*, cit., 190-191.

¹⁹ MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria*, cit., 190-191;

²⁰ JORIO, *Gli effetti del fallimento*, cit., 426-427

stione (non importa se anticipati, tempestivi o ritardati e neppure se eseguiti con mezzi più o meno usuali) [dovrebbero] ritenersi esonerati dalla revocatoria, sempre, però, che dette forniture siano ricollegabili ... ad un esercizio [imprenditoriale] definibile in termini di normalità (d'uso), in quanto finalizzato alla prosecuzione dell'attività»⁽²¹⁾.

Anche questa tesi, che incontra minori ostacoli lessicali (ma presuppone comunque un uso disinvolto della lingua da parte del legislatore), ha il pregio di esentare degli atti che si pongono in rapporto di funzionalità con la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma non è, forse, così coerente con la ratio della norma come vorrebbe il suo autore: a condizione che il bene o il servizio afferissero all'attività normale dell'impresa, infatti, sarebbe consentito all'imprenditore procurarseli con qualsiasi mezzo. E proprio questo, al contrario, deve indurre a optare per la lettura che della norma dà la prevalente dottrina e giurisprudenza, come si vedrà subito.

4. I «pagamenti ... nei termini d'uso».

Si è anticipato che la larga maggioranza della dottrina ritiene che i «termini d'uso» siano attributo del pagamento⁽²²⁾.

Non vi è, tuttavia, concordia in ordine al significato di questa espressione, sebbene sia possibile identificare un certo consenso intorno alla tesi più rigorosa, sposata dalla giurisprudenza.

Senza ripercorrere tutta la dottrina che si è espressa sul punto⁽²³⁾, si possono delineare essenzialmente tre posizioni circa la nozione di «termini»:

(a) «termini» come modalità dell'adempimento: sarebbero esenti soltanto quei pagamenti effettuati con mezzi usuali⁽²⁴⁾;

²¹ CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti* (2007), 987 e già CAVALLI, *Art. 67, 3° co., lett. a)*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2006, I, 945 ss., ivi a , 956-957.

²² V. gli autori citati nelle tre note che seguono.

²³ V. la rassegna in CAVALLINI, *Atti a titolo oneroso*, cit. 194 ss., cui *adde* CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti* (2007), 985-985.

²⁴ BONFATTI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Utet, Torino, 2009, I, 559 ss., ivi a 609 (con posizione peraltro sfumata, nel senso che «l'espressione “nei termini d'uso” dovrebbe alludere al carattere “normale” delle modalità di effettuazione del pagamento più che alla sua puntualità cronologica»).

(b) «termini» come tempo dell'adempimento: sarebbero esenti solo quei pagamenti che siano effettuati alla scadenza⁽²⁵⁾ e, secondo alcuni, anche prima di essa, salva l'applicazione dell'art. 65 l. fall. se la scadenza fosse successiva al fallimento⁽²⁶⁾;

(c) «termini» come espressione complessiva che comprenda tanto l'aspetto della modalità, quanto il momento cronologico del pagamento. È questa l'opinione che prevale⁽²⁷⁾.

Occorre, ancora, segnalare l'opinione, forse sottovalutata, di chi ritiene che si debbano riscontrare i requisiti richiesti non in capo al singolo pagamento della singola fornitura, ma il complesso dei pagamenti effettuati nel periodo sospetto, lasciandosi altrimenti arbitro l'imprenditore di decidere quali saranno, ex post, i pagamenti revocabili, mediante un pagamento nei termini o non nei termini⁽²⁸⁾.

Nella sua absolutezza, questa tesi non pare, in realtà, condivisibile. Essa ritiene illegittima, anche con riferimento all'art. 3 Cost., la discriminazione tra fornitore e fornitore sulla base della mera selezione fatta dall'imprenditore⁽²⁹⁾, quando in realtà è

²⁵ TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 257-258; VINCRE, *Le nuove norme*, cit., 881-882; TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove)*, cit., 840.

²⁶ V. in particolare TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 257-258.

²⁷ NIGRO, *Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Giappichelli, Torino, 2006, I, 370 ss., ivi a 374; NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, 14 ss., ivi a 17; GALLETTI, *Le nuove esenzioni*, 174; SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei «pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso» [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 430 ss., ivi a 438-439; DOLMETTA, *Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su «termini» ed «esenzioni»*, 2008, in *Il Caso.it* (<http://www.ilcaso.it/opinioni/67-dolmetta-21-06-07.pdf>), 17, REBECCA-SPEROTTI, *Le operazioni bancarie esenti da revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 710 ss., ivi a 715; PATTI, *Art. 67*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, 535 ss., ivi a 545; MENTI, *La revoca dei pagamenti*, cit., 511, che pone l'accento sulla normalità in concreto delle modalità di pagamento; analogamente GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 3a ed., Giappichelli, Torino, 2008, 158; PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2006, 125.

²⁸ RAGO, *Manuale*, cit., 862-863.

²⁹ Scrive RAGO, *Manuale*, cit., 862: «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 importan-

nella natura delle cose, e nel “gioco” consentito dalla legge fallimentare riformata (si pensi alla possibilità di formare classi diverse nel concordato preventivo), che l'imprenditore possa decidere di continuare a pagare normalmente i fornitori strategici “tagliando” invece su quelli non strategici. D'altro canto, ai fornitori non strategici, trascurati dall'imprenditore, rimane la fondamentale arma di interrompere le forniture e, se ancora creditori, chiedere il fallimento (e l'esenzione in esame ha la palese finalità di non pregiudicare l'acquisizione di nuove forniture, non di consentire il pagamento del pregresso).

Tuttavia, questa tesi può essere riformulata in termini più circoscritti. Sembra infatti ragionevole chiedere che la regolarità dei pagamenti riguardi l'intera serie di pagamenti al singolo fornitore, nei limiti in cui componga una serie continua. Se, infatti, occorresse guardare solo al singolo pagamento, ignorando il “contesto” di pagamenti, si consentirebbe di manovrare intorno al funzionamento della norma, facendo apparire come regolari dei pagamenti che, in realtà, non lo sono affatto ⁽³⁰⁾.

ti 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 aberrante prassi, si verificherebbe una palese ed incostituzionale disparità di trattamento fra i vari fornitori e ciò perché:

- 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;

- 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)».

³⁰ Si faccia questo caso. Il fornitore fornisce, con pagamento 60 giorni data fattura:

- 1° gennaio, con scadenza 1° marzo, merce per 100;
- 1° febbraio, con scadenza 1° aprile, merce per 100;
- 1° marzo, con scadenza 1° maggio, merce per 100;
- 1° aprile, con scadenza 1° giugno, merce per 100.

Il 15 maggio l'imprenditore è ancora moroso delle tre forniture con termini di pagamento scadute. Contratta un piano di dilazione che prevede il pagamento dei 300 dovuti in due rate da 150 euro con scadenza il 1° giugno e il 1° agosto.

Il 1° giugno paga 150, ma imputa il pagamento per 100 alla fattura 1° aprile (con scadenza il 1° giugno, appunto) e per 50 al rientro dall'esposizione pregres-

Si discute anche circa il riferimento all'«uso». Se vi è concordia in ordine al fatto che la norma non si riferisce all'uso normativo, si possono individuare, anche qui, almeno tre linee di pensiero:

(a) vi è chi ritiene che si debba guardare alla specifica relazione contrattuale, per verificare se il pagamento sia conforme alle prassi instauratesi tra l'imprenditore e il suo specifico fornitore;

(b) vi è chi, invece, ritiene che si debba guardare alle prassi del settore commerciale ⁽³¹⁾;

sa. Poi il 20 giugno paga altri 100 che imputa a saldo della prima rata del rientro programmato. Finalmente il 1° agosto paga altri 150, e poi fallisce.

Se si dovesse avere riguardo al singolo pagamento, sarebbero non effettuati nei termini d'uso solo i pagamenti delle prime tre forniture, perché quella del 1° aprile fu, formalmente, pagata regolarmente (alla scadenza). Viceversa, se si contestualizzano i pagamenti, ci si avvede che tutti i pagamenti sono irregolari, perché, al di là della veste dell'accordo di dilazione – che sovente sarà implicito, od orale ed impossibile da provare – l'imputazione dei pagamenti avrebbe dovuto essere fatta prima ai crediti già scaduti e poi a quelli da scadere, e tra i primi a quelli di più antica data.

Certo, l'imputazione può essere diversamente fatta dal debitore, eventualmente d'accordo con il creditore (art. 1193 c.c.); ma c'è da dubitare che questa possa essere fatta in pregiudizio dei creditori e, se lo fosse, l'accordo relativo potrebbe essere a sua volta revocato, in quanto atto di natura negoziale (BIANCA, voce «Imputazione del pagamento», in *Enc. giur.*, Roma, XVI, 1997, 1).

³¹ Alcuni autori (TARZIA, *Le esenzioni (vecchi e nuove)*, cit., 840; ROSA-PEPE, in ABRIANI ET AL., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, 248; RAGO, *Manuale*, cit., 866-867) ritengono che, se non derogati dalle specifiche pattuizioni (e nei limiti in cui sono consentiti), si debba avere riguardo ai tempi di pagamento individuati dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231. Dal un lato, tale tesi sembra tuttavia eccessivamente rigorosa, in considerazione delle prassi effettivamente seguite nelle dilazioni di pagamento; dall'altro, si istituirebbe così una “sanzione” – la non esentabilità da revocatoria – aggiuntiva rispetto a quelle già previste dalla legge stessa, e questa volta in danno del creditore, non del debitore, in ossequio a un criterio di (supposta) utilità per il sistema di pagamenti puntuali e non eccessivamente dilazionati.

In altri termini, si creerebbe un meccanismo simile a quello del *qui in re illicita versari, etiam tenetur pro casu*, ma con uno scollamento radicale dalla tipicità sociale del disvalore riconnesso al ritardo nel pagamento, *anche se visto dal lato del creditore*. Di fatto, si imporrebbe al creditore di agire immediatamente per il recupero del credito, o di interrompere immediatamente le forniture, non appena non fosse pagato nei termini di cui al d.lgs. 231 del 2002; assegnando quindi alla mancata attivazione di una esenzione da revocatoria una funzione di stimolo, in prospettiva “educativa”, che richiederebbe – specie, si ripete, in considerazione della sua lontananza dalla percezione sociale del ritardo nel pagamento – ben altra chiarezza e consapevolezza.

Per SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria*, 438, la norma avrebbe valore indicativo, e sarebbe sufficiente, ancorché non necessaria, la condizione del pagamento nei termini di cui al d.lgs. 231 del 2002.

(c) infine, vi è chi ritiene che si debbano cumulare i due parametri per la valutazione della, per così dire, “usualità” del comportamento.

Con riguardo ad entrambi i profili – termini e usi – le tesi più rigorose sembrano preferibili. In particolare, con riguardo al tempo e alle modalità di adempimento occorre tenere conto che “aprire” l’esonazione a qualsivoglia forma di pagamento non è affatto conforme alla ratio della norma di consentire all’impresa di essere traghettata senza soluzione di continuità verso forme di composizione concordata della crisi o, anche, il fallimento (o analoghe procedure applicabili in virtù della dimensione dell’impresa). La legge, infatti, certo non vuole che a tali procedure si arrivi a qualsiasi costo; al contrario, la legge palesemente esorta l’imprenditore a cercare di conservare il valore dell’impresa e a giungere alle procedure (o a diverse soluzioni della crisi) tempestivamente (³²).

Le tesi più rigorose prevalgono anche in giurisprudenza: si tende a richiedere che i pagamenti avvengano secondo l’uso invalso tra le parti, ma a condizione che non si siano pattuite modalità e termini di pagamento stravaganti o inusuali nel mercato: di fatto, quindi, imponendo il criterio cumulativo (³³).

5. L’art. 161, comma 6° e le sue ricadute interpretative sull’esonazione per i pagamenti «nei termini d’uso»

La corretta individuazione del perimetro dell’esonazione è fondamentale ai fini della programmazione dell’intervento a sostegno della continuità aziendale dell’impresa in crisi nella fase anteriore all’accesso al concordato preventivo.

Si è detto in precedenza di come la nuova norma che consente il deposito della domanda di concordato con riserva di produrre il piano e la proposta sia in grado di ampliare in punto di fatto l’ambito degli atti revocabili.

³² V. anche NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell’art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, 14 ss, 17; ABRIANI-QUAGLIOTTI, *An e quantum della «novissima» revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, 367 ss., ivi a 378.

³³ V. in particolare Trib. Torino, 4 maggio 2010, cit. e Trib. Monza, 24 aprile 2012, cit. Per Trib. Milano, 3 maggio 2012, cit., invece, occorre fare riferimento solo ai termini pattuiti tra le parti.

La circostanza che sia ora possibile l'anticipazione degli effetti della domanda di concordato sembra, tuttavia, in grado anche di influenzare l'interpretazione dell'esenzione, nel senso di imporne una lettura particolarmente rigorosa e stringente.

Grazie all'art. 161, comma 6°, non vi sono, ora, più scuse per ritardare il doveroso intervento per la risoluzione della situazione di crisi in cui si trova l'impresa; dotato dello strumento per un intervento tempestivo, l'imprenditore ha ora anche l'onere, se non addirittura l'obbligo, di farne uso, nell'interesse (anche) dei suoi creditori ⁽³⁴⁾.

L'esenzione di cui alla lett. a) deve essere letta in coerenza con l'obiettivo legislativo di imporre un intervento in una fase anticipata della crisi. Essa, quindi, deve essere letta nel senso di richiedere una continuità ininterrotta della regolarità dei pagamenti: una lettura troppo lasca o "permissiva", che includa nell'esenzione anche pagamenti effettuati in ritardo o con mezzi anomali, non sarebbe coerente con il complessivo disegno del legislatore di sollecitare l'adozione, da parte dell'imprenditore, delle necessarie misure per fronteggiare la crisi non appena questa emerge, senza attendere l'ultimo momento per farlo, quando le opzioni sono ormai ridotte e, soprattutto, il valore dell'azienda tende a dissolversi.

³⁴ Dati gli effetti conservativi della presentazione della domanda in bianco, c'è perfino da domandarsi se si possa ricostruire dal sistema un obbligo di ricorrervi anche in assenza dei presupposti del concordato, al solo fine di preservare l'attivo – anche mediante l'anticipazione del *dies a quo* del periodo sospetto – in vista del successivo fallimento. La presentazione della domanda in bianco, infatti, non ha di per sé alcun effetto pregiudizievole: pregiudizio può, invece, derivare solo dalla gestione successiva, nel corso della quale gli atti compiuti sono irrevocabili e fanno sorgere crediti prededucibili. L'attenzione deve, quindi, spostarsi – anche nella valutazione dell'illiceità penale del comportamento, per esempio ai sensi dell'art. 217, comma 1°, nn. 3 e 4 l. fall. – sulle concrete modalità di gestione nel periodo successivo alla presentazione della domanda *ex art.* 161, comma 6°, l. fall.

Secondo CAGNASSO, *L'esenzione da revocatoria*, cit., 9-10 e 13-14, un punto problematico della disciplina di cui alla lett. a) consiste nell'impossibilità di escludere l'operatività dell'esenzione non solo quando l'attività d'impresa prosegua in modo dannoso (cosa che potrebbe essere dovuto al fatto che per il creditore è difficile da valutare, ma anche quando il creditore che riceve il pagamento sia consapevole del fatto che l'attività prosegue in modo dannoso. Il problema, probabilmente, deve essere scomposto in due profili. Da un lato, l'esenzione da revocatoria che, dato il suo carattere oggettivo, parrebbe poter continuare a operare. Dall'altro, però, quando vi sia consapevolezza della dannosità della condotta dell'imprenditore, c'è da domandarsi se non si possa configurare un concorso del fornitore nell'illecito, anche penale, dell'imprenditore.

Ai terzi che contrattano con l'imprenditore, quindi, deve essere impedito di fare affidamento sull'esenzione in tutti i casi in cui l'anomalia delle modalità di pagamento lasci intendere che il debitore sta procrastinando l'intervento di risoluzione della crisi. Simmetricamente, si ritiene d'altronde che, nella fase antecedente il concordato, nella quale vi è il problema di continuare a procurarsi beni e servizi senza né incorrere in illeciti dissimulando lo stato di insolvenza né, per altro verso, preferire un creditore a discapito degli altri, si possa proseguire l'attività d'impresa pagando i fornitori «alla scadenza pattuita e solo nei limiti in cui costoro eseguano nuove forniture all'impresa»⁽³⁵⁾, sulla base di un programma di accesso alla procedura concordataria che «richiede una tempistica precisa e ragionevole certezza dei tempi di deposito della domanda di concordato».

Proprio la finalità della norma, più ancora degli argomenti linguistici, suggerisce, dunque, che possano essere esentati i soli pagamenti effettuati alla scadenza con i mezzi consueti tra le parti e conformi ai rapporti contrattuali in essere e alla prassi del settore.

La possibilità di assicurare la continuità aziendale mediante lo strumento del concordato "in bianco" porta a valutare con maggior rigore l'esenzione da revocatoria. Il debitore deve affrontare tempestivamente la crisi. Il pagamento non nei termini è un sintomo del ritardo nell'affrontare la crisi, ritardo che è disincentivato dalla legge. Nessuna protezione, quindi, può essere data ai creditori che si rendano complici nel procrastinare il momento in cui l'imprenditore deve prendere (anche drastici) provvedimenti per fare fronte alla situazione di crisi.

³⁵ RUBINO, *La gestione dell'impresa nella fase preconcordataria fra rischi di bancarotta preferenziale e insolvenza fraudolenta*, in *Il concordato di risanamento (con continuità aziendale). Materiali per i partecipanti al Corso di perfezionamento in diritto fallimentare*, Firenze, 12 maggio 2010, a cura di Pagni e Stanghellini, con la collaborazione di Zorzi, 2010, I-51 ss., ivi I-53.