

Gaetano Presti

*Professore ordinario di diritto commerciale
nell'Università Cattolica del S. Cuore di Milano*

La funzione della nuova revocatoria fallimentare. Cosa è cambiato rispetto al passato*

§1. La genesi della riforma.- Nel 2002 la riforma dell'azione revocatoria non venne inserita nel progetto di legge governativo 1243S del 14 marzo 2002 "Modifiche urgenti al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante disciplina del fallimento"; quindi, non era considerata urgente. Nel marzo 2005, invece, diviene un caso straordinario di necessità e d'urgenza (art. 77, comma 2, Cost.) e condivide con le modifiche sul concordato l'onore di essere l'unico aspetto fallimentare inserito nel d.l. 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del *Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale* poi convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80 che, come noto, contiene anche deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della legge fallimentare.

Tanto straordinariamente urgente era la riforma della revocatoria che le nuove norme contenute nel decreto legge si applicano solo alle azioni revocatorie proposte da procedure iniziate dopo la sua data di entrata in vigore.

Queste banali notazioni potrebbero bastare per chiudere subito la relazione nell'attesa di una pronuncia di illegittimità costituzionale, per così dire, "documentale". Ma la Corte costituzionale non è troppo severa nel giudicare i requisiti di straordinaria necessità e urgenza e forse è giusto che sia così perché in politica vige, oltre a quello di propaganda, il principio di relatività: le urgenze sono variabili in relazione alle contingenze e ai bisogni del momento; talvolta non viene realizzato quello che è urgente, ma al contrario ciò che è politicamente realizzabile viene qualificato come urgente. E allora, procediamo nell'esame.

Sul piano meramente fattuale, bisogna riconoscere che la forzatura del decreto legge ha rimosso un tappo che impediva alla riforma fallimentare di decollare. Tolto il dente della revocatoria, è stata approvata la delega, si sono predisposte, sia pur con un curioso procedimento dualistico (per non dire concorrenziale), le norme delegate, si è arrivati al varo del decreto legislativo (d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5). Parafrasando la nota espressione di chi ottimisticamente pensava che ci fosse un limite al peggio, abbiamo perso la preoccupazione di morire sotto la vecchia legge fallimentare.

Ammessa la ragguardevole abilità tattica di chi ha compreso che i provvedimenti per la competitività potevano costituire l'occasione per condurre final-

* Lo scritto riproduce la relazione presentata Convegno "Il potere dell'economia e le nuove regole del diritto fallimentare" tenutosi ad Abano Terme il 16 e 17 dicembre 2005.

mente in porto la riforma fallimentare, va peraltro sottolineato che la scelta di dividere in due la riforma, anticipando quella della revocatoria (e del concordato) nel decreto legge, e rinviando il resto alla delega aveva un costo implicito: la revocatoria è un tassello della disciplina fallimentare e anticiparla significava rischiare il non coordinamento non solo a livello materiale (e su questo è bene stendere un velo pietoso pensando all'attuale normativa sul concordato), ma anche concettuale.

In limine va subito ricordato che la riforma della revocatoria è stata fortemente voluta soprattutto dalle banche: cioè dai creditori istituzionali. Basta però leggere qualunque trattazione internazionale sulla revocatoria per realizzare che l'istituto è volto a risolvere un problema di azione collettiva dei creditori e a tutelarli dal pericolo che, nel periodo che va dall'insorgere della crisi alla dichiarazione di fallimento, il debitore compia atti che pregiudichino il suo patrimonio ovvero alterino l'ordine legale di priorità tra i creditori, cioè la *par condicio* normativamente intesa. Che in Italia siano stati proprio i creditori istituzionali a premere vivacemente per la riforma è, quindi, alquanto singolare e indica o che in Italia si era distorto l'uso dell'istituto oppure che i creditori forti, probabilmente anche per via di un certo sovradimensionamento delle garanzie richieste per finanziare le imprese, hanno ritenuto preferibile perdere l'ombrello legale di protezione per sostituirlo con una rafforzata tutela contrattuale della loro posizione; oppure, come spesso accade, che entrambi i fattori hanno giocato nell'aggressivo atteggiamento riformatore del ceto bancario.

§2. Sintesi delle innovazioni.- Prima di procedere alla valutazione della nuova disciplina, è bene ricordare in sintesi quali sono state le novità già introdotte e quelle in corso di introduzione:

- 1) sono stati dimezzati i termini del periodo sospetto previsto nel primo e nel secondo comma dell'art. 67. Sono invece rimasti immutati quelli degli artt. 64 e 65, così come quelli della c.d. revocatoria aggravata contemplata nell'art. 91 l. 2270/1999;
- 2) è stata ristretta la discrezionalità del giudice nel valutare la sproporzione delle prestazioni;
- 3) sono state qualificate *ex lege* come onerose, o meglio il loro trattamento è stato equiparato a quello degli atti a titolo oneroso, tutte le garanzie contestuali, ivi comprese quelle concesse per debito altrui;
- 4) è stata introdotta una raffica di nuove esenzioni e, secondo alcuni, l'estensione – tramite la loro oggettivizzazione – di quelle già previste nella legge fallimentare. Molto velocemente le nuove esenzioni sono così raggruppabili a seconda che abbiano l'intento:
 - o di proteggere la continuazione della normale attività di impresa prevedendo un regime esonerativo per i fornitori di beni e servizi (lettera a), per i fornitori di credito (lettera b), per i fornitori di prestazioni lavorative (lettera f);

- di favorire le soluzioni concordate delle crisi di impresa (lettere d, e, g);
 - di salvaguardare gli acquirenti a giusto prezzo di immobili a uso abitativo principale proprio o dei prossimi congiunti, in attuazione dell'art. 47, comma 2, Cost. (lettera c);
- 5) a seguito della riforma societaria, si introduce una norma *ad hoc* per la revoca degli atti dispositivi che incidono sui patrimoni destinati;
 - 6) si sono esonerati dalla soggezione a revocatoria le società fiduciarie, gli intermediari specializzati nei pagamenti e coloro che operano nelle procedure di compensazione multilaterale statuendo che in questi casi l'azione deve essere indirizzata nei confronti del destinatario "finale" della prestazione;
 - 7) si sono considerati unitariamente i rapporti continuativi o reiterati prevedendo che in tal caso l'azione non ha ad oggetto i singoli pagamenti atomisticamente intesi bensì solo la differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle pretese creditorie, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso;
 - 8) si inserisce un doppio termine di decadenza per l'esercizio dell'azione: tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque cinque anni dal compimento dell'atto;
 - 9) infine, si allarga l'ambito di applicazione dell'art. 69 per le operazioni tra coniugi. Ma solo apparentemente perché l'estensione agli atti a titolo gratuito compiuti più di due anni prima della dichiarazione di fallimento era già stata stabilita dalla Corte costituzionale con la sentenza 19 marzo 1993, n. 100.

Singolarmente non si è approfittato della riforma per chiarire i molti punti ancora dibattuti sull'azione revocatoria fallimentare. Al di là delle garanzie contestuali per debito altrui e dei rapporti con le banche, le altre questioni controverse sono restate intoccate. Alla bulimia delle norme di esenzione per le banche corrisponde l'anoressia per tanti altri profili critici. Nulla di espresso 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; e l'elenco potrebbe continuare a lungo.

Molto riduttivamente si potrebbe dire che in punto teorico nulla è cambiato: l'impianto generale è rimasto immutato continuando a fondarsi sulla combinazione tra tempo e *scientia decoctionis*, variabile a seconda della tipologia di atto; le variazioni essenziali riguardano solo la durata del periodo sospetto e l'aumento delle esenzioni. Nulla quindi che alteri ruolo e funzione dell'azione revocatoria fallimentare. Ma forse è soluzione troppo semplicistica: chi ricorda il materialismo dialettico serba memoria della legge di conversione della quantità in qualità.

In effetti tutte le modificazioni hanno una direzione univoca nel senso di restringere, soprattutto per quanto concerne i pagamenti, l'ambito di applicazione dell'azione revocatoria, in aderenza al desiderio di "evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, spesso strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti" (relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l. 35/2005).

A dimostrazione di una certa episodicità dell'intervento legislativo, più legato alle contingenze volta a volta emergenti che a un razionale disegno riformatore, si può notare che questa spinta restrittiva si pone in controtendenza rispetto al pur recentissimo art. 6, comma 1, legge Marzano, secondo il quale, a differenza di quanto avviene nell'amministrazione straordinaria "ordinaria" ove l'azione revocatoria può essere proposta solo in caso di programma di cessazione, "il commissario straordinario può proporre le azioni revocatorie previste dagli articoli 49 e 91 del decreto legislativo n. 270 anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché si traducano in un vantaggio per i creditori." Soluzione quest'ultima simile a quella francese ove l'azione revocatoria può essere proposta anche nella procedura di *redressement judiciaire*, ma contraria al nostro sistema e, in apice, al diritto comunitario ove la revocatoria si giustifica solo a vantaggio dei creditori concorrenti. Tant'è che la norma appena citata è stata recentemente rimessa alla Corte costituzionale per contrasto con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto regola in modo difforme situazioni eguali (l'amministrazione straordinaria "ordinaria" e quella "straordinaria"), e con quello di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.), in quanto distorce la concorrenza permettendo all'impresa insolvente di restare sul mercato sfruttando anziché le proprie capacità economiche le risorse finanziarie provenienti dall'esercizio dell'azione (Trib. Parma, ord. 18 novembre 2005, relativa al caso Parmalat che, come noto, ha la particolarità che il programma di ristrutturazione è stato svolto attraverso un concordato con assuntore che avvicina molto la fattispecie a quella prevista nell'art. 124 l. fall.).

Al di là di questa discrasia, forse solo momentanea, è possibile una prima valutazione. A prescindere da quale ne sia il fondamento, la revocatoria è destinata a perdere notevolmente di importanza nel quadro delle procedure concorsuali. Prima della riforma il capitolo delle revocatorie era uno dei più importanti, se non di fatto il principale, nell'agenda degli organi fallimentari. Può essere che già allora si trattasse di una distorsione, che l'appetibilità di non difficili azioni di recupero – soprattutto se a carico di controparti certamente capienti e propense a transigere – facesse passare in secondo piano attività altrettanto importanti nell'assicurare il massimo ristoro possibile per i creditori concorrenti. Ma certamente il futuro sarà diverso, le procedure non potranno più essere "revocentriche".

L'effetto della riforma, tuttavia, non si giudica solo da come cambierà la gestione delle procedure; ma anche, e soprattutto, da come cambierà il comportamento precedente dei vari protagonisti di cui viene sostanzialmente modificato il sistema di incentivi.

§3. Le modificazioni di contesto che incidono sull'azione revocatoria fallimentare. Non meno importanti delle innovazioni dirette sono le modificazioni del contesto in cui è chiamata a operare l'azione revocatoria fallimentare.

Anzitutto, con la riforma verrà alquanto ridotta l'area di soggezione a fallimento, il che implica un'estensione del perimetro di non revocabilità (cfr. art. 1 e art. 15, ultimo comma). In altri termini, un allargamento della zona franca da *par condicio* e rimessa all'applicazione del principio alternativo del *prior in tempore, potior in iure*. Al riguardo va precisato che la riduzione non riguarda solo un soggetto identificato *a priori* (il piccolo imprenditore così come definito *a contrario* dal nuovo art. 1, comma 2, l. fall.), ma anche una situazione accertata *ex post* (la ridotta esposizione debitoria residua che, ai sensi del nuovo art. 15, ult. comma, l. fall., preclude la dichiarazione di fallimento anche sussistendone tutti i normali requisiti soggettivi e oggettivi). In sostanza, è possibile che l'azione revocatoria fallimentare (non quella ordinaria) sia impedita anche in situazioni ove vi è stata eclatante e ingiustificata disparità di trattamento fra i creditori: e ciò per la circostanza che la residua modesta esposizione debitoria non giustifica l'apertura di una procedura concorsuale.

In secondo luogo sarà soppressa la dichiarazione del fallimento d'ufficio. E' presumibile che l'effetto sia un aumento dell'utilizzo strumentale della istanza di fallimento considerata anche la riduzione dei termini del periodo sospetto: un premio per il creditore intraprendente che riduce – magari pregiudicando le possibilità di ripresa dell'impresa – le risorse a disposizione del debitore. E' vero che il debitore nel nuovo sistema dovrebbe avere meno preoccupazioni di fallire, essendosi perse le connotazioni più marcatamente sanzionatorie e potendo fruire – se persona fisica – dell'esdebitazione; ma questo, almeno in un primo periodo, solo teoricamente perché c'è da scommettere che, fin quando la no-mea di "fallito" non perderà il suo disvalore sociale, molti soggetti saranno disposti a tanto pur di evitare il fallimento. E così chi ha ottenuto il pagamento chiedendo il fallimento potrà contare sulla collaborazione del debitore per far passare il semestre di rischio.

In terzo luogo vi sono tutte le novità procedurali in tema di azione revocatoria. In quanto azioni che derivano dal fallimento, le revocatorie fallimentari verranno esperite secondo "le norme previste dagli articoli da 737 a 742 del codice di procedura civile" (art. 24, comma 2). Quanto il procedimento camerale sia adatto a cause spesso complesse (e che in futuro, stante l'ambiguità di molte delle nuove disposizioni, lo saranno ancora di più), quanto le poche norme del codice di rito possano assicurare certezze procedurali alle parti, quanto sia opportuno moltiplicare i riti in relazione ai vari tipi di azione, lo può giudicare il pubblico. Certamente sconcertante, per usare un eufemismo, è l'espresso richiamo all'art. 742 c.p.c. sulla modifica e revoca in qualsiasi tempo dei decreti camerale.

All'area procedurale appartiene anche il nuovo sistema delle decisioni relative alla instaurazione e alla gestione della lite. Prima il G.D. autorizzava

l'azione e nominava il legale della procedura, il Tribunale autorizzava l'eventuale transazione. Adesso il meccanismo è molto più complesso e articolato. Già il programma di liquidazione che il curatore deve predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario ed è sottoposto all'approvazione del G.D. previo parere favorevole del comitato di creditori deve specificare le azioni revocatorie da esercitare (art. 104-*ter*, comma 1 e comma 2, lett. c); non mi pare tuttavia che l'omissione di un'azione ne precluda l'esperibilità né che la sua previsione comporti, ai sensi del comma 5, la superfluità dell'ordinario *iter* autorizzatorio per le azioni giudiziali così disegnato: il G.D. autorizza l'azione, ma è il curatore a nominare il legale (tuttavia il G.D., su richiesta del curatore, ne liquida il compenso ed eventualmente lo revoca). L'eventuale transazione è autorizzata dal comitato dei creditori e il suo provvedimento è reclamabile avanti il G.D., ma solo per violazione di legge. Il sistema presenta alcune incongruenze: in caso di accoglimento parziale dell'azione in primo grado bisognerà che l'eventuale transazione sia autorizzata dal comitato dei creditori, mentre l'eventuale appello (o meglio, reclamo) andrà autorizzato dal G.D.

Non è stata invece accolta l'idea, presente nel progetto della *Trevisanato-bis*, di prevedere la legittimazione surrogatoria dei creditori in caso di inerzia del curatore.

Non priva di riflessi sull'azione revocatoria sarà, infine, la nuova disciplina dell'insinuazione nello stato passivo. Anche nel nuovo sistema sono possibili le domande tardive; ma esse vanno depositate entro il termine di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo; solo in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare il termine fino a diciotto mesi. Decorso il termine, e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili solo se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile. In sostanza, la non imputabilità del ritardo, che prima condizionava solo la non sopportazione delle spese (art. 101, ult. comma, vecchia l. fall.) e la possibilità di "prelevare sull'attivo ripartito anche le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni" (art. 112 vecchia l. fall.), adesso diviene discriminante per la possibilità stessa di partecipare al concorso.

La disposizione gioca su due versanti. Anzitutto, la riduzione dei tempi a disposizione del creditore per far valere il suo diritto sdrammatizza, anche se non elimina del tutto, il problema della possibilità del curatore di sollevare l'eccezione di prescrizione (oggi, per la verità, di decadenza) una volta prescritta (oggi decaduta) l'azione. Al riguardo va notato che il nuovo art. 95, comma 1, seconda frase, nell'intento di risolvere un problema che nel vecchio sistema era stato sollevato (e risolto negativamente dalla Corte di cassazione), prevede che in sede di formazione dello stato passivo "il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, *anche se è prescritta la relativa azione*"; ma oggi non è più previsto un termine di prescrizione, bensì un doppio termine di decadenza.

Secondariamente, la nuova regola incide sul diritto all'ammissione al passivo fallimentare per il suo eventuale credito di colui che, per effetto della revoca, ha restituito quanto aveva ricevuto (artt. 70 e 71 l. fall.); se si segue quell'orientamento giurisprudenziale, comunque non univoco, che ritiene colpevole il ritardo del soccombente in revocatoria, ne consegue l'impossibilità dell'ammissione al passivo qualora il giudizio non si chiuda in tempi brevissimi.

Infine, per completare il quadro generale va evidenziato un primo riflesso sistemico della nuova disciplina dell'azione revocatoria. Il suo attuale minore ambito di applicazione si riflette immediatamente sulla maggiore appetibilità rispetto al passato dell'ipotesi concordataria. Come noto, il giudizio di convenienza del concordato rispetto al fallimento, allora rimesso sia ai creditori sia al tribunale e oggi spettante esclusivamente ai creditori (salvo il caso particolare del *cram down*), si basava anche e soprattutto sui possibili recuperi revocatori possibili solo in sede fallimentare. La minore dimensione di tali riprese renderà, *ceteris paribus*, comparativamente più allettanti le offerte concordatarie: in altri termini, consentirà di risolvere la situazione di crisi con minor sacrificio per il debitore e maggiori rinunce dei creditori. D'altra parte, la riduzione del periodo sospetto e la vasta area esente riducono una delle classiche armi a disposizione del debitore per imporre un concordato o una soluzione stragiudiziale purchessia ai creditori a rischio di revoca. Anzi, nel nuovo scenario, semmai saranno costoro a minacciare il fallimento per poter poi procedere al concordato fallimentare che li vede in una posizione di favore rispetto al debitore.

§4. Il nuovo ruolo dell'azione revocatoria.- La riforma dell'azione revocatoria, come vedremo, non è stata affatto priva di valide motivazioni. Il compito di cercare di comprendere la funzione dell'azione nel nuovo sistema è, tuttavia, estremamente arduo perché l'attuazione dell'intervento legislativo è stata tutt'altro che lucida. A esigenze effettive si sono sommate disordinatamente la fretta e le pressioni di chi – a torto o a ragione – pensava di essere stato per anni vittima di un'applicazione distorta della legge da parte dei giudici *quaerentes quem devoret* e, quindi, cercava, se non vendetta, quanto meno una sicurezza assoluta da possibili riemersioni di tale orientamento; il che ha causato, per quanto riguarda i rapporti bancari, un eccesso di protezione con norme di non facile coordinamento fra loro (art. 67, comma 2, lettera b; art. 70, comma 3; e art. 70 comma 1) e, forse, qualora si segua la tesi – autorevolmente sostenuta – dell'inapplicabilità alle rimesse in conto corrente bancario dell'art. 70, comma 3, con la possibilità di un effetto paradossale.

In più la revisione normativa è stata effettuata con una tecnica redazionale assai modesta, probabilmente agevolata dal segreto in cui le norme del decreto legge – come noto, figlie del maxiemendamento di Natale 2004 – sono state partorite. Al *conditor legis* non va rimproverato tanto di non avere scelto tra la teoria indennitaria e quella antiindennitaria. In fondo il legislatore non deve scegliere tra teorie (tra l'altro non ontologiche, ma tese a razionalizzare la disciplina previgente), ma dettare una disciplina graduando interessi contrastanti: *la doc-*

trine, come *l'intendence*, *suivra*. Quel che appare censurabile è la cronica ambiguità di molte delle nuove disposizioni, il rifugiarsi spesso e volentieri in aggettivazioni e locuzioni polisense, l'aver privilegiato soluzioni surrettizie, l'inconsapevolezza delle ricadute di sistema delle nuove norme.

Senza invadere il terreno di altre relazioni e senza toccare il tema delle soluzioni concordate e/o stragiudiziali, mi limito ad alcune domande: cosa sono i termini d'uso e a cosa si riferiscono, ai pagamenti o alle prestazioni di beni e servizi o all'esercizio dell'attività di impresa? quando la riduzione dell'esposizione nei confronti della banca può ritenersi consistente e durevole? qual è il giusto prezzo delle vendite immobiliari e quale rapporto vi è tra la norma della legge fallimentare e l' art. 10, d. lgs. 122/2005? chi sono i collaboratori, il pagamento del cui corrispettivo, oltre quello dei dipendenti, è esente da revoca, solo i co.co.co., oggi l.a.p., o anche altri? quali sono i servizi strumentali all'accesso a concordato preventivo?

Infine, a differenza di quanto era stato previsto in tutti i progetti di questi ultimi anni, deprecabile è stato l'aver perso l'occasione di riordinare organicamente tutte le varie esenzioni previste nelle leggi speciali.

Sono tutti difetti che produrranno conseguenze non da poco. Per un verso, la difficoltà di ricostruire un disegno sistematico; dall'altro, l'apertura della corsa a recuperare la sanzione per ciò che non è più revocabile (tramite strumenti quali la responsabilità da reato, la revocatoria ordinaria, la nullità del pagamento, ecc.) che ulteriormente incrementerà l'incertezza del sistema.

Ciò detto, i profili essenziali da considerare per cercare di mettere ordine sono il nuovo sistema delle esenzioni e il regime temporale della revocatoria fallimentare.

§5. Il nuovo sistema di esenzioni.- La perdita di centralità dell'azione revocatoria connessa al nuovo sistema di esenzioni è coerente con il nuovo contesto di fatto e normativo. Al di là dell'ipotesi di esenzione relativa all'acquisto della casa di abitazione, che risponde all'esigenza di tutelare uno specifico bisogno di rango costituzionale, mi pare che si possa – sia pur a fatica e a prezzo di alcune semplificazioni – individuare un *fil rouge* del nuovo sistema: tutte le nuove esenzioni ruotano intorno agli *inputs* del ciclo economico, essenziali per la continuazione dell'attività, oppure al *favor* per le soluzioni concordate e/o stragiudiziali.

Prima il fallimento era la soluzione standard della crisi di impresa; nella legge la sequenza normale era “crisi dell'impresa – sua espulsione dal mercato – liberazione di nuove risorse”. Non vi era alcun *favor* per le soluzioni alternative, subordinate alla meritevolezza soggettiva del debitore. Era quindi naturale che la ricostruzione del patrimonio del debitore e il rispetto della *par condicio creditorum*, intesa come applicazione dell'ordine legale di priorità, fosse la preoccupazione essenziale della legge. Tutte le operazioni che, nel periodo sospetto, avevano pregiudicato il patrimonio del debitore o alterato la *par condicio* dove-

vano essere sanzionate con l'azione revocatoria. Ciò consentiva di aumentare le risorse a disposizione della procedura per soddisfare le pretese concorrenti nonché di ripartire il detrimento derivante dal dissesto tra un numero maggiore di soggetti, azzerando le preferenze dell'ultimo momento. In quest'ordine di idee si riteneva che "tanto prima, tanto meglio": era opportuno stendere un cordone sanitario (secondo altri, ancor più icasticamente, "fare terra bruciata") intorno all'impresa in crisi per disincentivare gli altri operatori dall'intrattenere rapporti con lei e affrettarne l'inevitabile espulsione dal mercato con la conseguente liberazione di risorse potenzialmente utilizzabili in altre, più remunerative, attività.

Adesso il fallimento non è più l'esito fisiologico del dissesto dell'impresa, ma solo l'ultima spiaggia qualora non siano praticabili altre ipotesi di soluzione della crisi di impresa, non più rimesse a una meritevolezza soggettiva e a soglie predeterminate, ma subordinate solo al vaglio di convenienza degli operatori. Si è già detto che il concordato potrebbe diventare la regola e il fallimento l'eccezione. Nel nuovo sistema si scommette fortemente sulle soluzioni concordate la cui praticabilità richiede, per un verso, di non sopprimere immediatamente l'impresa malata e, per altro verso, di usare non il bastone ma la carota con l'imprenditore in crisi nella cui esclusiva disponibilità spesso sono le conoscenze essenziali per tentare il risanamento, ove possibile, o comunque per un esito migliore della liquidazione.

Si rinuncia, quindi, all'espulsione drastica dell'impresa in crisi dal mercato e alle conseguenze sanzionatorie più dure del fallimento. E' chiaro che questa soluzione, positiva *ex post* perché può agevolare il recupero di imprese che ancora hanno valore, presenta non pochi pericoli *ex ante* perché possono essere agevolati comportamenti opportunistici. Per questa ragione mi pare quanto mai inopportuna la nuova esenzione di cui alla lettera f) che, per un verso, confonde soggetti diversi (i lavoratori e gli altri collaboratori) che in termini generali ricevono dall'ordinamento una valutazione di meritevolezza graduata (l'art. 2751-*bis* si applica solo ai dipendenti) e, per altro verso, potrebbe consentire all'interno della stessa classe trattamenti discriminatori non recuperabili con l'esercizio della revocatoria (si pensi al pagamento di un dipendente, magari parente dell'imprenditore, a scapito di altri dipendenti). In effetti, tra tutte le eccezioni, quella in esame è la meno oggettiva essendo riferita unicamente alla qualifica del soggetto che riceve il pagamento.

D'altra parte, tornando a ragionare in termini generali, il cambiamento di impostazione è nella logica delle cose. In un'economia caratterizzata dal sempre maggior valore dei beni immateriali, della conoscenza, dell'organizzazione in sé rispetto ai classici valori patrimoniali è evidente che va costantemente aumentando il *gap* tra il valore dell'impresa in attività e quello dei singoli beni che compongono l'azienda. O meglio, quello di questi ultimi spesso è così ridotto che, se è vero che non è sempre conveniente salvare l'impresa in crisi, è anche vero che spesso il mantenimento del *going concern* è nell'interesse dei creditori in quanto permette loro un rientro maggiore di quello miserrimo della liquidazione concorsuale.

Si comprende allora come rispetto alla linea malthusiana che richiedeva una revocatoria ferrea sia *ex post* che *ex ante* prevalga adesso una linea più morbida tesa a favorire, ove possibile, la continuazione dell'attività dell'impresa o, al limite, la soluzione concordata della crisi.

Mi pare che, in realtà, questo esito fosse già implicito nella razionalizzazione *ex ante* della teoria antiindennitaria che si basava sull'ineluttabilità dell'esito concorsuale per accelerarne l'apertura e, quindi, massimizzarne l'esito. Una volta che l'obiettivo non è più principalmente questo, ma quello della continuazione dell'attività o delle soluzioni concordate, è ovvio che le due finalità dell'azione revocatoria (eliminare pregiudizi al patrimonio del debitore e alterazione dell'ordine legale di priorità tra creditori) non sono più valori assoluti da perseguire senza se e senza ma, bensì variabili da bilanciare con altre esigenze meritevoli di tutela: in particolare quelle dei soggetti che senza profittarne hanno contribuito alla continuazione dell'attività, eventualmente nell'ottica di una soluzione concordata.

In certi casi, poi, l'esigenza di non rimettere in discussione quanto accaduto all'interno di sistemi complessi, come quello dei pagamenti e delle compensazioni multilaterali, fa premio su tutto. In generale la segmentazione in un contesto altamente organizzato delle relazioni giuridico-finanziarie e la loro continuità inducono ad andare al di là del dato giuridico-formale per giungere al dato sostanziale sia per quanto riguarda l'effettivo destinatario del pagamento (cfr. i sistemi multilaterali di compensazione) sia per quanto concerne l'accertamento del *quantum* effettivamente solutorio (rapporti continuativi). Un principio di *law & economics* tende ad accollare i rischi a chi è maggiormente in grado di assicurarli. Qui, secondo quanto si deduce dalla riforma, vale il contrario: si colpisce più duramente la controparte occasionale che non è in grado di assicurare il rischio piuttosto che l'interlocutore istituzionale per il quale, essendo inserito in un contesto a elevata interdipendenza, *the show must go on*. In effetti si ha una preoccupazione sistemica diversa da quella di una volta. Nel vecchio sistema si aveva paura che l'insolvenza si propagasse ad altre imprese e quindi si cercava di stemperare il danno su una pluralità di soggetti. Ora si ha paura che l'insolvenza di un soggetto possa rappresentare il granello di sabbia che inceppa il funzionamento dei meccanismi globali e quindi si preferisce allocare il danno sui creditori concorrenti oppure sul terzo isolato la cui sanzione non tocca i congegni istituzionali di mercato.

§6. Valori tutelati e tecnica normativa.- Il cambiamento non è stato solo di valori protetti, ma anche di tecnica identificativa della revocabilità. Il problema della revocatoria fallimentare è, da sempre, quello di distinguere nell'ambito di atti e contratti, tutti parimenti validi ed efficaci, quelli che conservano efficacia anche se compiuti in pendenza o in prossimità dell'insolvenza da quelli che invece, proprio e solo a cagione del tempo in cui sono stati attuati, perdono o possono perdere efficacia.

Il vecchio sistema revocatorio era sostanzialmente caratterizzato da una vi-

sione *ex post*, non a caso si usava l'aggettivo "redistributivo" per indicarne la funzione. In quell'impianto l'elemento soggettivo, vale a dire la *scientia decoc-tionis*, diversamente articolata in relazione alla tipologia di atti, funzionava come bilanciamento di regole che altrimenti sarebbero state eccessivamente onerose; anche le esenzioni originarie erano formulate in termini soggettivi. La nota teoria del cordone sanitario era solo una brillante razionalizzazione degli effetti *ex ante* del meccanismo redistributivo, ma non rappresentava il cuore del meccanismo normativo.

Quel sistema, basato su termini oggettivi di revoca e bilanciato da esenzioni soggettive, non era affatto irragionevole, ma certamente di operatività non semplice. In effetti, la sensazione è che il giudizio di "odiosità" della revocatoria che soprattutto negli ultimi anni ha accompagnato l'istituto e, alla fine, ha portato alla sua radicale riforma, dipendesse da una diagnosi di cattivo funzionamento dell'esenzione soggettiva: troppo inclini i giudici a scambiare la conoscenza con la conoscibilità, troppo severi nello standard di prova richiesto quando l'onere è a carico del terzo convenuto in revoca.

La critica mi sembra ingenerosa perché è nella logica delle cose che la prova della non conoscenza sia diabolica e che la dimostrazione di un elemento soggettivo psicologico come la conoscenza possa essere raggiunto di regola solo attraverso presunzioni: e il confine tra conoscibilità e conoscenza provata presuntivamente è per sua natura labile.

Piuttosto il discorso è un altro. La prova della conoscenza per presunzioni inevitabilmente svantaggia coloro che hanno i rapporti più stretti con il debitore: i fornitori di finanza, i fornitori abituali, i dipendenti (questi ultimi, peraltro, da tempo protetti con strumenti finanziati dalla collettività). L'elemento soggettivo, dunque, in un'economia come quella attuale, è una falsa difesa per le controparti abituali, proprio quelle che sono strategiche per la continuazione dell'attività.

In questa chiave, credo, si spiega la novità di maggior respiro sistematico della riforma: il disegno di una serie di esenzioni non più caratterizzate da aspetti soggettivi, ma connotate oggettivamente. Il che, in altri termini, significa che il *focus* si sposta dalla redistribuzione (*ex post*) al giudizio oggettivo di meritevolezza dell'atto o del pagamento (*ex ante*). Esente da revoca non è il soggetto che ignaro dell'insolvenza altrui abbia concluso un'operazione o ricevuto un pagamento, ma un'operazione caratterizzata in un certo modo e che il legislatore ritiene meritevole di tutela, anche se la controparte è perfettamente a conoscenza della crisi della controparte.

Questa impostazione mi pare confermata da quella che altrimenti parrebbe una singolarità sconcertante. Le nuove esenzioni da revoca, infatti, non alterano solo la *par condicio creditorum* astratta, ma anche – ciò che è più interessante – il *priority ranking* legislativo, cioè l'ordine dei privilegi legali. A significare che oggi, in caso di crisi dell'impresa e fino a quando il dissesto non è accertato definitivamente, le priorità sono diverse da quelle ordinarie.

Il sistema, però, a questo punto è bifronte. La vecchia esenzione soggettiva

basata sulla non conoscenza dello stato di insolvenza infatti non è stata cancellata; a essa si è giustapposta una schiera di esenzioni oggettive. Ci si può chiedere, allora, soprattutto per gli atti c.d. normali, e considerate l'esigenza di certezza e la riduzione del periodo sospetto, se il cambiamento non poteva essere più drastico, assoggettando a revoca tutte le operazioni non esenti compiute nel periodo sospetto, a prescindere dello stato soggettivo della controparte.

Non è una soluzione così rivoluzionaria come potrebbe sembrare. Negli Stati Uniti, ad esempio, la *scientia decoctionis* non è mai richiesta. Anche in Inghilterra, ove pure è rilevante lo stato soggettivo del debitore, non lo è mai quello del terzo. Pure da noi, infine, gli artt. 2467 e 2497-*quinqüies*, correttamente nel vecchio sistema ritenuti estranei al sistema revocatorio, prevedono un'inefficacia oggettiva che prescinde dalla prova di uno stato soggettivo.

Una scelta del genere certamente avrebbe comportato l'esigenza di una maggiore estensione delle esenzioni oggettive, forse prevedendo, oltre alle operazioni di esecuzione delle soluzioni concordate (come in Francia), tutti gli *actos ordinarios ... realizados in condiciones normales* come nella nuova legge spagnola oppure una classificazione analoga a quella statunitense ove, come noto, le eccezioni principali sono quelle: (i) del *contemporaneous exchange*; (ii) degli *ordinary course payments*, regolati in modo ben più stringente rispetto alla lettera a) dell'art. 67, comma 2, giacché il carattere ordinario si riferisce a entrambe le parti in relazione sia al pagamento sia al titolo che ne è fonte; (iii) della *net result rule*.

Ma di ciò avrebbero guadagnato l'organicità e la coerenza del sistema giacché è difficile comprendere per quale ragione sia esente da revoca il pagamento di una fornitura già ricevuta nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso, ma non la nuova fornitura; o per quale ragione, a fronte della molteplicità di nuove esenzioni, sia soggetta al rischio di revoca la garanzia prestata per ottenere contestualmente il credito necessario alla continuazione dell'attività.

Il legislatore, invece, non si è mosso in questa direzione, e neppure ha seguito la strada subordinata di parificare alla *scientia decoctionis* la conoscenza delle circostanze di fatto dalle quali l'insolvenza si può univocamente desumere (come proposto nel testo di maggioranza della Trevisanato-*bis* sulla scia dell'esperienza tedesca). Ha dato, anzi, un segnale in controtendenza perché per le garanzie per debito altrui contestuali, qualificandole come onerose, ha valorizzato l'elemento soggettivo del beneficiario; scelta che, tra l'altro, ponendosi nell'ottica del beneficiario della garanzia (quindi, per essere chiari, della banca finanziatrice), comporta un avvicinamento alla revocatoria ordinaria incoerente con il resto della legge che privilegia l'esame oggettivo dell'operazione nella prospettiva dell'impresa in crisi che compie l'atto di disposizione.

§7. La questione dei tempi.- Passando ai profili temporali, la riduzione del periodo sospetto viene giustificata con la complessità delle moderne relazioni economiche e finanziarie che richiede un alto grado di programmazione e certezza che mal si concilia, almeno per quanto concerne gli atti che un tempo si

dicevano normali (quelli dell'art. 67, comma 2, l. fall.), con i lunghi tempi del periodo sospetto precedentemente previsti.

Non è questione banale come potrebbe sembrare a prima vista; è vero che la ricerca del bilanciamento tra ricostruzione del patrimonio e *par condicio* da un lato e certezza della stabilità delle relazioni giuridiche dall'altro, scartato il sistema della retrodatazione giudiziale (ormai adottato, nei Paesi più importanti, solo in Francia), implica inevitabilmente un certo margine di arbitrarietà; ma l'arbitrio non deve superare la soglia della ragionevolezza.

Attualmente i termini del periodo sospetto sono così disegnati: due anni per le operazioni menzionate negli artt. 64 e 65; un anno per quelle indicate nell'art. 67, comma 1, nn. 1, 2 e 3 (con inopportuna rottura della simmetria tra atti a titolo gratuito e a prestazioni sproporzionate); sei mesi per quelle dell'art. 67, comma 1, n. 4, e comma 2. Nell'amministrazione straordinaria, però, i termini dell'art. 67 diventano rispettivamente di cinque anni e di tre anni per le operazioni infragruppo (rispettivamente il quintuplo e il sestuplo di quelli ordinari).

Non mancano ovviamente le insidie di questa drastica riduzione dei termini. Ogni creditore cercherà il prima possibile di fare il suo interesse, contando sui più ridotti termini di consolidamento di atti e pagamenti. Il creditore forte non avrà incentivi a mettere in comune la sua conoscenza, ma tenderà a profittarne personalmente.

Se si da uno sguardo all'estero ci si avvede che in Francia, come detto, vi è ancora il sistema della retrodatazione giudiziale (modificabile in corso di procedura) che però non può andare oltre i diciotto mesi dalla data di cessazione dei pagamenti (art. L631-8 *code de commerce*), cioè quando il debitore si è trovato "*dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible*" (art. L631-1) e, salvo il caso di frode, non può essere fissata a una data anteriore all'omologazione di un *accord amiable* ai sensi dell'art. L611-8. Tuttavia possono essere revocati anche gli atti a titolo gratuito compiuti nei sei mesi precedenti la cessazione dei pagamenti (art. L632-1). In Spagna, con la riforma del 9 luglio 2003, si è abbandonato il sistema della *retroacción* (che, a differenza di quella francese, non prevedeva limiti) e si è stabilito un termine unitario di due anni dalla dichiarazione di fallimento sia per le operazioni pregiudizievoli sia per quelle preferenziali (art. 71, ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

In Germania, come noto, il sistema è estremamente articolato e i termini, a seconda della tipologia dell'operazione (p.e. atti normali, anormali, direttamente pregiudizievoli, intenzionalmente pregiudizievoli, a titolo gratuito) e della qualità e dello stato soggettivo della controparte (p.e. *nahestehende Personen*), varia da un mese a dieci anni. Comune a tutte e ipotesi è però che il termine corre a ritroso non dalla data dell'apertura del concorso, ma da quella del deposito in cancelleria della domanda di apertura del procedimento (§139 InsO).

In Inghilterra i termini sono di due anni per le operazioni *at undervalue* (sostanzialmente equivalenti a quelle dei nostri artt. 64 e 67 comma 1, n. 1) e di sei mesi per le c.d. *preferences* (equivalenti agli atti dell'art. 67, comma 1, nn. 3 e 4 e comma 2), che però diventano due anni se il beneficiario è una *connected*

person. Anche qui il termine decorre dalla data di presentazione della domanda (*section 240.3 Insolvency Act 1986*): c.d. *onset of insolvency*.

Negli Stati Uniti, infine, il termine è di un anno per i *fraudulent transfers* (più o meno equivalenti delle operazioni *at undervalue* inglesi) e di novanta giorni per le *preferences*; quest'ultimo però diviene di un anno se la controparte è un *insider* come definito nella § 101 del Bankruptcy Code. Anche qui il termine decorre dalla data in cui avviene il *filing of the petition*.

Al di là della diversità dei termini previsti nei vari ordinamenti, due sono gli aspetti che subito balzano all'occhio.

Anzitutto, quello relativo al trattamento particolare riservato alle operazioni con quelle che noi potremmo chiamare "parti correlate". In Germania, Inghilterra e Stati Uniti, i termini ordinari sono considerevolmente aumentati; in Spagna i termini del periodo sospetto per le operazioni con una parte *especialmente relacionada* restano eguali, ma il requisito – ordinariamente richiesto – del carattere pregiudizievole dell'atto viene presunto (art. 71, comma 3, n. 1, legge 22/2003). Da noi esiste solo la previsione dell'art. 69 l. fall. per gli atti fra coniugi, che riguarda solo una particolare persona *especialmente relacionada* ed è evidentemente estranea all'universo delle imprese societarie, nonché i citati artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Per il resto l'atto normale, il pagamento, la garanzia contestuale o non contestuale per debito scaduto si consolidano in soli sei mesi anche se a beneficiarne è una parte correlata.

Conformemente alle raccomandazioni dell'Uncitral, del resto seguite in tutti i progetti che hanno preceduto la riforma, era quindi opportuno allungare il periodo sospetto per le operazioni con parti correlate.

Il secondo profilo riguarda la decorrenza del termine. Negli ordinamenti più evoluti – e non solo in Germania come solitamente si ricorda – il periodo sospetto decorre dalla data di presentazione della domanda. E' una soluzione certamente saggia che non presenta rilevanti controindicazioni e che sarebbe stato opportuno adottare anche da noi. A tutti sono conosciuti i casi di istruttorie prefallimentari durate mesi, se non anni; in parte per i soliti difetti della giustizia italiana, in parte perché una modulazione "morbida" di tali tempi può essere di ausilio per perfezionare soluzioni alternative che, peraltro non sempre si avverano come auspicato; recentemente il Tribunale di Milano ha dichiarato il fallimento di una società quotata dopo quasi un anno dalla presentazione dell'istanza. Inoltre, l'importanza attuale delle soluzioni concordate e il venir meno della dichiarazione d'ufficio possono rendere ancora più lunghi di prima i tempi dell'apertura del concorso.

La decorrenza di termini abbreviati dalla data del fallimento rischia in sostanza di rendere inutili le esenzioni; perché tanto tutte le operazioni compiute prima della domanda saranno automaticamente salvate dal semplice decorso del tempo. Salvo che, per non perdere inesorabilmente la possibilità di esercitare le azioni revocatorie, non si affrettino i tempi dell'istruttoria prefallimentare negando quegli approfondimenti e quei rinvii che spesso sono nell'interesse di tutte le parti.

D'altra parte, dovendo scontare i tempi dell'istruttoria prefallimentare, il creditore accorto anticiperà i tempi della sua richiesta per non correre il rischio di ottenere la sentenza quando ormai nulla è più possibile fare per incrementare l'attivo o alleggerire il passivo, per evitare di ritrovarsi con un fallimento *de residuo*.

Dall'esperienza estera, insomma, traiamo il dato che sarebbe stato opportuno prevedere termini più lunghi per le operazioni con parti correlate e neutralizzare il tempo che va dalla presentazione dell'istanza alla dichiarazione di fallimento, dando ai creditori e al tribunale tutto il tempo per valutare la situazione senza che ciò incida negativamente sulle possibilità di azione a disposizione del curatore. Il rischio, con il nostro sistema riformato, è che aumentino le istanze di fallimento e diminuiscano i tempi dell'istruttoria; fenomeni entrambi convergenti nel portare a un incremento del numero dei fallimenti oltre il desiderabile e in contraddizione con la *ratio* complessiva della riforma.

§8. Segue.- Ma la rilevanza del tempo non si limita alla determinazione del periodo sospetto. Con previsione inedita la riforma ha previsto ben due termini di decadenza: il termine è utilizzato nella rubrica del nuovo art. 69-*bis* l. fall. e nel punto 6 della delega che peraltro stabiliva di ridurre "il termine di decadenza" sull'implicito presupposto che già prima ne fosse previsto uno mentre, come noto, nel sistema previgente nulla era stabilito per l'azione revocatoria fallimentare e giudizialmente veniva applicato il termine quinquennale di prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria facendone partire la decorrenza dalla data della dichiarazione di fallimento in ossequio all'art. 2935 c.c. secondo cui "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

I due termini sono di tre e di cinque anni e decorrono rispettivamente dalla dichiarazione di fallimento e dal compimento dell'atto. Il primo è un termine spesso previsto nelle legislazioni straniere (p.e. due anni in Germania e negli Stati Uniti), ma nessuno ha avuto l'estrosa fantasia latina di prevedere un termine di decadenza che decorre da un momento in cui per definizione il diritto di agire, che deriva dalla dichiarazione di fallimento e al quale è legittimato solo il curatore, non può essere esercitato. L'astuzia del legislatore sta nell'aver qualificato come decadenziale il termine giacché se fosse stato di prescrizione si sarebbe inevitabilmente applicato l'appena citato art. 2935 c.c. Peccato che lo scaltro *conditor legis* abbia trascurato che comunemente si ritiene applicabile tale norma anche ai termini di decadenza come del resto a chiunque non può non apparire ragionevole.

Le perplessità aumentano quando poi si pongono a confronto i due termini di decadenza con i periodi sospetti previsti per le varie tipologie di operazioni. Ebbene, siccome – salvo due eccezioni di cui si dirà – il massimo del periodo sospetto è di due anni, ne risulta che il termine di decadenza quinquennale è inutile: tutte le operazioni compiute nel biennio decadono allo scoccare del termine triennale dalla dichiarazione di fallimento.

E' vero che vi sono due eccezioni: per un verso, i termini allungati nella re-

vocatoria aggravata prevista per le operazioni infragruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria; per altro verso, i termini "aperti" per gli atti compiuti tra coniugi. Ma è difficile immaginare che il legislatore intendesse affrontare proprio queste due ipotesi. Per l'amministrazione straordinaria, come s'è visto, non vi è nella riforma alcun tentativo di coordinamento, come se il legislatore delegato non sapesse quanta, e quanto rilevante, parte della crisi d'impresa è regolata da quel sistema normativo. Per gli atti fra coniugi, invece, la marginalità dell'ipotesi è chiara. Allora perché?

La risposta va probabilmente cercata nell'indole di questo legislatore, così restio ad affrontare apertamente i problemi, poco consapevole delle ricadute sistematiche delle scelte effettuate, ma pronto a soluzioni surrettizie. Il punto è quello della consecuzione delle procedure: la riforma non prende posizione su uno dei grandi problemi trasversali del nostro diritto concorsuale, ma con il termine quinquennale di decadenza pensa di risolvere in fatto il profilo del calcolo del periodo sospetto. Lo si calcoli pure, se così vuole il potere giudiziario, dall'apertura della prima procedura (ormai solo il concordato preventivo), tanto passati cinque anni dall'atto opera la tagliola della decadenza. Soluzione sbrigativa, forse inadeguata (si ricordi l'art. 2935 c.c.) e ben poco coordinata con il resto della riforma.

Oggi, infatti, il presupposto del concordato preventivo non è più lo stato di insolvenza ma quello di crisi, concetto che certamente non si identifica con il primo. Come noto, secondo alcuni lo stato di crisi si contrappone a quello di insolvenza: dove c'è l'uno non c'è l'altro e viceversa. Secondo altri, e l'opinione è a mio parere preferibile, invece, il rapporto è di genere a specie: lo stato di insolvenza è compreso nella più lata nozione di stato di crisi. Anche con questa seconda opinione non vi è dunque identificazione tra crisi e insolvenza e non è neppure detto che il perimetro della crisi non rappresentato dall'insolvenza sia definibile come "insolvenza reversibile" come, con ammirabile artificio retorico, si diceva una volta della temporanea difficoltà ad adempiere. Anzi, è molto più coerente con la novella impostazione intendere che la crisi diversa dall'insolvenza sia da descrivere come "pericolo di insolvenza", quindi come situazione che per definizione ancora insolvenza non è. Se è così, è chiaro che vengono meno le fondamenta stesse della costruzione della *consecutio*, senza bisogno di inventarsi singolari termini di decadenza che decorrono da quando il diritto non può essere esercitato.

Del resto, proprio per la non coincidenza tra stato di crisi e stato di insolvenza, si dubita molto oggi della effettiva sopravvivenza delle norme, benché non espressamente abrogate (art. 162, comma 2; art. 173, comma 2; art. 179; art. 186, comma 3), che prevedono la conversione automatica del concordato in fallimento e il nuovo art. 163, ult. comma, che per l'ipotesi di mancato deposito delle spese di procedura, rinvia all'ormai famoso art. 173, comma 4: che ci sia la legge dice, dove sia nessun lo sa. Quand'anche le norme citate si ritenessero ancora applicabili, ciò non varrebbe comunque a risolvere il problema della consecuzione nel vecchio modo: la conversione (cioè, la dichiarazione di fallimento senza accertamento dell'insolvenza) potrebbe, infatti, essere vista in

chiave di sanzione per irregolarità nella procedura concordataria; ma è tutto da dimostrare che la sanzione sia base sufficiente per retrodatare il periodo sospetto. In altra prospettiva, la dichiarazione di fallimento in pendenza di concordato sulla base dell'accertamento dell'insolvenza al momento di tale dichiarazione introdurrebbe un elemento di discontinuità tale da impedire la retrodatazione.

Vi è anche un ulteriore argomento a sostegno della tesi appena esposta. Il nuovo art. 67, comma 2, lett. e), prevede tra l'altro che siano esenti da revoca gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo. La norma ha un significato che va ben al di là del suo tenore letterale e, per quanto riguarda l'azione revocatoria, scardina la teoria della consecuzione. A lume di logica, infatti, la previsione di un'esenzione presuppone (contrariamente a quanto prima della riforma correntemente si riteneva) che gli atti in questione siano per sé soggetti a revoca; ma se così è, vuol dire che il termine sospetto corre in pendenza della procedura concordataria e che quindi, per il principio di non contraddizione, il *dies a quo* del calcolo a ritroso non può essere il giorno dell'ammissione a concordato.

La conclusione: un termine di decadenza probabilmente non conforme alla Costituzione previsto per risolvere un problema – quello della consecuzione – che il legislatore non si era accorto di avere già risolto in altro modo.