

Art. 6
Azioni revocatorie¹

1. 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.

1-bis. Nel caso in cui la soddisfazione dei creditori avvenga attraverso un concordato, si applica l'articolo 4-bis, comma 1, lettera c-bis).

1-ter. I termini stabiliti dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo secondo del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si computano a decorrere dalla data di emanazione del decreto di cui al comma 2 dell'articolo 2. Tale disposizione si applica anche in tutti i casi di conversione della procedura in fallimento.

SOMMARIO: 1. L'art. 6 d.l. n. 347/2003 (Edoardo Staunovo-Polacco). – 2. L'esperibilità delle azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria "speciale" (Edoardo Staunovo-Polacco). – 3. L'affermata incostituzionalità del comma 1 (Edoardo Staunovo-Polacco). – 4. La compatibilità delle azioni revocatorie ex art. 6 d.l. n. 347/2003 con l'ordinamento comunitario (Edoardo Staunovo-Polacco). – 5. La revocatoria degli atti soggetti alla legge di altro Stato comunitario (Edoardo Staunovo-Polacco). – 6. Il requisito del "vantaggio per i creditori" (Edoardo Staunovo-Polacco). – 7. La cessione delle revocatorie all'assuntore: rinvio (Edoardo Staunovo-Polacco). – 8. La decorrenza del periodo sospetto e la prescrizione (Edoardo Staunovo-Polacco).

1. L'ART. 6 D.L. N. 347/2003.

L'attuale formulazione della norma sulle azioni revocatorie del d.l. n. 347/2003 è il risultato degli interventi tramite i quali, dapprima in sede di prima conversione, quindi col d.l. 3 maggio 2004, n. 119 (a sua volta convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 l. n. 166/2004), il legislatore ha provveduto a correggere l'iniziale testo del decreto, modificando in più parti il comma 1, e inserendo in seguito i commi 1-bis e 1-ter.

Inizialmente, per una probabile dimenticanza, la norma menzionava solo le azioni re-

¹ La disciplina della revocatoria fallimentare, di cui agli artt. 64-71 l. fall., è stata oggetto degli interventi di riforma di cui al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Le modifiche previste nel decreto legge si applicano alle procedure di amministrazione straordinaria iniziate dopo la sua entrata in vigore, avvenuta il 17 marzo 2005 (l'art. 2, comma 2, prevede infatti che "le disposizioni del comma 1, lett. a) e b), si applicano alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto"); per quelle di cui al decreto legislativo è incerto se l'applicazione sarà limitata alle "nuove" procedure o riguarderà anche quelle pendenti (l'entrata in vigore della riforma è prevista, alla data in cui si scrive, per il 16 luglio 2006), dal momento che l'art. 150 del medesimo provvedimento dispone che "i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore", e dunque non riguarda espressamente né la liquidazione coatta amministrativa, né l'amministrazione straordinaria.

vocatorie di cui all'art. 49 d.lgs. n. 270/1999, ovverosia le azioni di cui agli artt. 64 ss. l. fall. Poiché ciò aveva fatto sorgere il dubbio che il richiamo non includesse anche la c.d. "revocatoria aggravata" per le operazioni infragruppo², con la legge di conversione del decreto correttivo il problema è stato eliminato aggiungendo il richiamo all'art. 91 d.lgs. n. 270/1999; mentre, per altro verso, l'iniziale inciso dell'ultima parte della norma, secondo il quale le revocatorie sarebbero dovute essere "funzionali al raggiungimento degli obiettivi del programma [di ristrutturazione]", è stato dapprima modificato dalla legge di conversione, che vi aveva aggiunto la frase "nell'interesse dei creditori", quindi ulteriormente modificato, in sede di conversione del d.l. n. 119/2004, nel senso che si legge nel testo attuale.

Infine, la legge di conversione di quest'ultimo decreto ha aggiunto i commi 1-*bis* e 1-*ter*, dedicati, rispettivamente, all'ipotesi di cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato e al decorso, a ritroso, del c.d. "periodo sospetto", completando così la stesura della norma.

2. L'ESPERIBILITÀ DELLE AZIONI REVOCATORIE NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA "SPECIALE".

Sin dalla prima formulazione della norma in esame, la previsione dell'esperibilità delle azioni revocatorie fallimentari "anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione" è stata salutata dalla totalità dei commentatori³ come una vera e propria sorpresa, o per meglio dire come una grave frattura rispetto sia al diritto vivente, sia al diritto positivo risultante dalla riforma dell'amministrazione straordinaria attuata dal d.lgs. n. 270/1999.

Per chiarire, sia pure in estrema sintesi, i termini del problema, l'esordio nell'ordinamento della procedura di amministrazione straordinaria risale, come è noto, alla l. n. 95/1979⁴, e sin dai primi commenti a tale normativa era sorto un ampio dibattito circa la compatibilità delle azioni revocatorie fallimentari con la "nuova" procedura, che si differenziava nettamente rispetto alle tradizionali procedure concorsuali liquidative e conservative per essere volta in principalità al risanamento, e solo in subordine alla liquidazione delle imprese di rilevanti dimensioni.

Il dubbio era sorto perché, fino a quel momento, il panorama presentava agli interpreti un sistema di diritto positivo nel quale le azioni revocatorie potevano inserirsi esclusivamente nell'ambito delle procedure liquidative, non anche in quelle volte al risanamento dell'impresa, ciò che era ben evidenziato in oltre quarant'anni di esperienza della legge fallimentare, ove per l'appunto si prevedevano le revocatorie nel fallimento e nella liquidazione coatta amministrativa, ma non anche nella procedura, precipuamente conservativa, dell'amministrazione controllata.

Non essendo opportuno rievocare qui le opinioni dottrinali e giurisprudenziali alternatesi in quasi vent'anni di diatribe in argomento⁵, ci si può limitare a ricordare che, a un

² In questo senso, v. BONFATTI, 2004, p. 371.

³ V. BONFATTI, 2004, p. 371; M. FABIANI e M. FERRO, 2004, p. 147; PANZANI, 2004a; A. ROSSI e D. GALLETTI, 2004; SANTARONI, 2004, p. 782; GIO. TARZIA, 2004, p. 575.

⁴ Abrogata salvo per le procedure in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 270/1999.

⁵ Si rinvia al riguardo ai richiami del commento all'art. 49 d.lgs. n. 270/1999, nonché a M. FABIANI e M. FERRO, 2004, p. 147.

certo punto, sulla questione ebbe ad intervenire la corte regolatrice, stabilendo il principio secondo il quale l'azione revocatoria fallimentare sarebbe risultata esperibile, nella procedura in questione, solo una volta iniziata la fase c.d. "liquidativa"⁶, ossia, in termini pratici, solo una volta scaduta o revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa da parte del commissario straordinario concessa ai sensi dell'art. 2 l. n. 95/1979.

Intervenendo nell'ambito della complessiva riforma della procedura, il legislatore di fine secolo deve aver sentito l'esigenza di adeguarsi alle sopraggiunte tendenze dei giudici di legittimità, e ha quindi introdotto l'art. 49 d.lgs. n. 270/1999, che però, inserendosi nell'ambito di una procedura diversa da quella della l. n. 95/1979, non ha ripetuto pedissequamente il principio enunciato dalla Suprema Corte, ma lo ha, per così dire, "adattato" alla nuova struttura della procedura.

A differenza della l. n. 95/1979, infatti, il d.lgs. n. 270/1999 non prevede più una fase conservativa cui far seguire, in subordine, una fase di liquidazione, ma pone un'alternativa fra ristrutturazione dell'impresa e cessione dei cespiti aziendali, secondo le ipotesi proposte dall'art. 27, comma 2.

Il trasferimento alla nuova procedura del principio di cui si tratta, quindi, non ha potuto non diversificarlo rispetto al passato; e lo ha fatto negando l'esperibilità delle revocatorie in caso di autorizzazione del programma di ristrutturazione (cioè nella versione della procedura più prettamente conservativa), e riconoscendola invece in caso di cessione dei cespiti aziendali o di conversione in fallimento, ossia qualora l'amministrazione straordinaria si svolga nella forma più marcatamente liquidatoria, o venga convertita nella procedura concorsuale ordinaria, che il carattere liquidativo ha come caratteristica essenziale.

Questo essendo il quadro d'insieme, l'intervento legislativo che ha introdotto, con la norma in commento, l'incondizionata esperibilità delle azioni revocatorie, e quindi anche in caso di autorizzazione di un programma di ristrutturazione, ha avuto sui commentatori l'effetto di un vero e proprio fulmine a ciel sereno, avendo eliminato con un veloce colpo di spugna quello che, condivisibile o non condivisibile che fosse, era il risultato di un dibattito che aveva impegnato gli interpreti per quasi vent'anni⁷.

La scelta legislativa lascia tanto più perplessi, quanto più si consideri che non sembra davvero frutto di una ponderata rimediazione dell'opzione accolta con il d.lgs. n. 270/1999; prova ne sia che, secondo il legislatore del 2003, le revocatorie sarebbero "compatibili" con la ristrutturazione delle sole imprese aventi i "numeri" per rientrare nell'applicazione della norma-

⁶ V. Cass. 27 dicembre 1996, n. 11519, in *Fallimento*, 1997, p. 819, seguita da Cass. 23 giugno 2000, n. 8539, *ivi*, 2001, p. 656.

⁷ Interrogarsi sulla *ratio* di un così brusca inversione di marcia sarebbe utile, se non fosse che anziché giungere all'esito di riflessioni, più o meno approfondite, di carattere tecnico-giuridico, che ben avrebbero potuto suggerire la rivisitazione delle precedenti opzioni interpretative (per un recente contributo che reputa la revocatoria fallimentare pienamente compatibile anche con le procedure conservative, v. A. ROSSI e D. GALLETTI, 2004), la norma qui commentata è a tutta evidenza frutto di considerazioni di pura opportunità, legate alle dimensioni del dissesto delle società del gruppo Parmalat e all'immediata percezione che purtroppo si ebbe dell'indisponibilità di attivo da realizzare e distribuire ai creditori; il che deve aver suggerito al legislatore di "recuperare" le azioni di cui si discute, soprattutto nella prospettiva di dirigerle verso le aziende bancarie, senza nemmeno tentare seriamente di salvare le apparenze, tanto che, agli osservatori, le varie spiegazioni addotte dal Governo nella relazione accompagnatoria del decreto legge sono subito risultate, in larga misura, pretestuose (v. BONFATTI, 2004, p. 364).

tiva in esame, non anche di quelle, pur sempre “grandi”, assoggettabili all'amministrazione straordinaria “comune”, quando è chiaro che, se davvero vi fosse stato un ripensamento in termini di diritto, il cambio di direzione avrebbe riguardato l'amministrazione straordinaria in generale, non solo quella “speciale” introdotta dalla presente disciplina.

Ma lasciando da parte i motivi di critica, questo è l'attuale panorama del diritto positivo, ed è dunque opportuno muovere oltre ed analizzare il dato normativo, per descriverne la portata ed affrontare i problemi che ne scaturiscono.

3. L'AFFERMATA INCOSTITUZIONALITÀ DEL COMMA 1.

I commenti al d.l. n. 347/2003 susseguitsi da subito dopo l'entrata in vigore della disciplina d'urgenza non sono stati solo concordi nel prendere atto dello stravolgimento del precedente assetto interpretativo e normativo, ma hanno anche rilevato, con un coro pressoché unanime, che la norma in esame si presenta di assai difficile compatibilità con il dettato costituzionale⁸.

Come è facile intuire, la disposizione che si è assunta violata è l'art. 3 Cost.; il ragionamento è alquanto semplice, ed è che, raffrontata con l'art. 49 d.lgs. n. 270/1999, la norma in esame provocherebbe un trattamento differenziato di situazioni omogenee, là dove, segnatamente, consente che nell'ambito di imprese ugualmente sottoposte all'amministrazione straordinaria, e con identiche prospettive di ristrutturazione, l'imprenditore insolvente, i creditori e i terzi siano sottoposti a trattamenti diversificati secondo che si tratti di dissesti di imprese “grandi” o “grandissime”, tenendo presente, oltretutto, che la procedura che consente il massimo ricorso alle revocatorie può essere aperta, a differenza dell'altra, esclusivamente su istanza dello stesso debitore insolvente, che ne trae quindi un indubbio beneficio⁹.

Queste considerazioni sono difficilmente contestabili; in effetti, non si può negare che l'imprenditore ammesso all'amministrazione straordinaria speciale possa contare, per la gestione ristrutturativa della propria impresa, sulle somme rivenienti dall'esperimento delle azioni di cui si discute, mentre quello sottoposto alla procedura di risanamento *ex art. 27, comma 2, lett. b)*, d.lgs. n. 270/1999, debba, suo malgrado, farne a meno; che i creditori dell'impresa assoggettata alla prima procedura possano (ma vedremo più oltre che questo aspetto è piuttosto problematico), fare affidamento sulle somme recuperate con le revocatorie fallimentari ai fini del proprio soddisfacimento, mentre quelli dell'amministrazione straordinaria ristrutturativa comune debbano rassegnarsi a non poterne beneficiare; ed infine, che i terzi possano o non possano essere colpiti dalle iniziative giudiziali in discorso secondo che l'imprenditore con cui sono entrati in contatto sia o non sia nelle condizioni di ottenere l'ammissione al procedimento di cui al decreto legge in esame, oltretutto dietro sua esclusiva iniziativa.

A fronte di queste eclatanti incongruenze, resta però aperto un interrogativo, e cioè se le disparità di trattamento che si sono segnalate non siano giustificate dalla diversità dimensionale delle imprese assoggettabili alle due procedure, onde negare l'omogeneità

⁸ V. BONFATTI, 2004, p. 371; FABIANI, 2004, p. 1574, che ritiene che norma presentasse aspetti di costituzionalità “prima della legge di conversione”, ma non specifica se dopo le modifiche parlamentari la situazione sia mutata; M. FABIANI e M. FERRO, 2004, p. 148; PANZANI, 2004a; A. ROSSI e D. GALLETTI, 2004; SANTARONI, 2004, p. 783; GIO. TARZIA, 2004, p. 576.

⁹ V. in particolare, a questo riguardo, M. FABIANI e M. FERRO, 2004, p. 148.

delle situazioni disegualmente disciplinate, o in alternativa riconoscerla ravvisandone tuttavia la “ragionevolezza” che esclude la violazione del precetto costituzionale¹⁰.

A nostro parere, la diversificazione dovuta all’aspetto “dimensionale” è troppo sottile per consentire di ravvisare, nell’una e nell’altra procedura, situazioni “sostanzialmente” differenti, una volta che si dia atto (ed è incontestabile che sia così) che la funzione dell’amministrazione straordinaria è identica in entrambi i procedimenti, e che lo sono pure le prospettive di ristrutturazione che si presentano nell’un caso e nell’altro.

Per le stesse ragioni, non vediamo come delle disparità di trattamento di tale portata potrebbero apparire “ragionevoli” là dove legittimano l’esercizio delle revocatorie in una procedura e non anche nell’altra solo perché, ferma restando l’omogeneità “sostanziale” di entrambe, un’impresa ha un maggior numero di dipendenti e un più elevato indebitamento dell’altra.

L’unico rilievo da aggiungere è che i termini del problema non sono stati messi in discussione dall’introduzione, con l’ultimo intervento correttivo del legislatore, della condizione che le revocatorie, per essere esperibili, debbano “tradursi in un vantaggio per i creditori”¹¹; perché quand’anche le azioni in esame fossero finalizzate ad avvantaggiarli (e vedremo che non si tratta nemmeno di un’affermazione facile), per ovvie ragioni ciò non eliderebbe, e tantomeno eliminerebbe, le disparità di trattamento che si sono sin qui messe in evidenza¹².

4. LA COMPATIBILITÀ DELLE AZIONI REVOCATORIE EX ART. 6 D.L. N. 347/2003 CON L’ORDINAMENTO COMUNITARIO.

Passando ora dal diritto nazionale a quello sovranazionale, occorre verificare se, ed entro che limiti, la norma qui esaminata si riveli compatibile con l’ordinamento comunitario.

È di attualità, anzitutto, la questione della compatibilità della l. n. 95/1979 con le norme europee, segnatamente con il divieto di aiuti di Stato previsto dagli artt. 87 e 88 Trattato CE. La questione è dibattuta in numerosi giudizi promossi dai commissari delle procedure aperte sotto la vigenza della normativa abrogata.

In questa sede non è il caso di interessarci di tale problematica, che esorbita dall’oggetto del presente commento. Va però ricordato che gli aiuti di Stato sono “gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo ta-

¹⁰ V. al riguardo MARTINES, 2000, p. 521, e la giurisprudenza costituzionale ivi citata.

¹¹ Il chiarimento è opportuno dal momento che tutte le opinioni sopra citate riguardano commenti alla versione della norma risultante dal d.lgs. n. 347/1999 e relativa legge di conversione.

¹² Si segnala che il Tribunale di Parma, con ordinanze successive alla stesura del presente testo, ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale in più controversie di revocatoria fallimentare della Parmalat S.p.A. in a.s., anche per motivi diversi da quelli evidenziati in questo commento: v. Trib. Parma 20 febbraio 2006, in causa Parmalat S.p.A. in a.s. c. Cassa di Risparmio di Pisa S.p.A., e Trib. Parma 20 febbraio 2006, in causa Parmalat S.p.A. in a.s. c. Sanpaolo IMI e altri, in relazione agli artt. 3, 41 e 42 Cost.; Trib. Parma 16 febbraio 2006, in causa Parmalat S.p.A. in a.s. c. G.E. Capital Finance S.p.A., in relazione agli artt. 3 e 41 Cost.; Trib. Parma 27 dicembre 2005, in causa Parmalat S.p.A. c. Monte dei Paschi di Siena S.p.A., in relazione agli artt. 3 e 41 Cost.; Trib. Parma 18 novembre 2005, in causa Parmalat S.p.A. c. HSBC bank p.l.c., sempre in relazione agli artt. 3 e 41 Cost. Tutte le ordinanze, ad oggi, sono inedite. Sempre successivamente alla stesura del testo, si è appreso che con sentenza 21 aprile 2006, n. 172, la Corte ha rigettato le questioni sollevate nell’ambito della penultima e dell’ultima controversia sopra citate.

lune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza” (art. 87 Trattato CE), e che le “misure d’aiuto” possono consistere tanto in sovvenzioni, quanto in tutti quegli altri interventi che “in varie forme, alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un’impresa”, purché siano concesse “direttamente o indirettamente mediante risorse statali”, o costituiscano “un onere supplementare per lo Stato o per gli enti designati o istituiti al tal fine”¹³.

Tenendo presente questi principi, il compito che ora si deve svolgere è stabilire se, prevedendo la possibilità di un’azione revocatoria anche nell’ambito dell’amministrazione straordinaria finalizzata alla ristrutturazione, il legislatore abbia o non abbia introdotto nell’ordinamento un aiuto di Stato vietato dalla normativa europea¹⁴.

Il primo quesito che ci si deve porre, per risolvere il problema, è se la norma in esame crei o non crei una distorsione della concorrenza nel mercato comune; e la risposta è senza dubbio affermativa, perché consentendo alle imprese sottoposte alla procedura speciale di trarre risorse dall’esperimento delle azioni di cui agli artt. 64 ss. l. fall., la disposizione consente loro di “finanziare” la propria ristrutturazione, e in ultima analisi la permanenza sul mercato, con strumenti ai quali, per converso, né le imprese *in bonis*, né (per rimanere in ambito concorsuale), quelle sottoposte all’amministrazione straordinaria *ex d.lgs. n. 270/1999* possono in alcun modo fare ricorso.

Detto ciò, il passo ulteriore è stabilire se la “misura” dell’azione revocatoria sia o non sia un vero e proprio aiuto statale, nel senso chiarito in precedenza; e qui la risposta è per forza di cose negativa, perché non risulta che l’esperimento delle revocatorie comporti, o sia in grado di comportare, oneri supplementari per lo Stato italiano, sotto nessuna forma¹⁵.

Se questi rilievi sono corretti, la conclusione cui possiamo giungere è che sotto questo aspetto la norma in esame non sembra suscettibile di alcuna censura; fermo restando che, nonostante non gravino sulla collettività, gli effetti distorsivi della concorrenza da essa creati appaiono pur sempre macroscopici, e suscitano assai più che qualche perplessità¹⁶.

5. LA REVOCATORIA DEGLI ATTI SOGGETTI ALLA LEGGE DI ALTRO STATO COMUNITARIO.

Sempre nella prospettiva dei rapporti della revocatoria con la legislazione comunitaria, altra normativa da tenere presente è il Regolamento comunitario sulle procedure d’in-

¹³ Corte giust. 17 luglio 1999, causa C-295/97, in *Foro it.*, 2000, I, c. 8; si veda anche, in precedenza, Corte giust. 1° dicembre 1998, causa C-200/97, in *Fallimento*, 1999, p. 831.

¹⁴ Poiché qui si tratta solo della revocatoria, l’unica indagine rilevante ai nostri fini è stabilire se essa concretizzi o non concretizzi un aiuto di Stato vietato dalle norme comunitarie; si tenga presente, peraltro, che nell’amministrazione straordinaria *ex l. n. 95/1979* sono stati ritenuti incompatibili con l’ordinamento comunitario istituti diversi da quello che ci occupa, come la continuazione dell’esercizio dell’impresa in circostanze diverse dall’esercizio provvisorio nel fallimento, l’imposta fissa di registro sui trasferimenti d’azienda, il ricorso alla garanzia del Tesoro dello Stato, ecc.; v. al riguardo le decisioni della Corte di Giustizia citate *supra*, nota 10.

¹⁵ In questo senso v. anche G. D’ATTORRE, 2004, p. 96.

¹⁶ Si segnala che la distorsione della concorrenza è stata ritenuta, nelle ordinanze di rimessione citate in precedenza, motivo di violazione del principio di libertà dell’iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost.