



PRIME RIFLESSIONI SUL SECONDO COMMA DELL'ART. 64 L. FALL.

Sommario. 1. L'art. 64, comma 2°, l. fall. e l'art. 2929 bis c.c.: due norme a confronto. 2. Le modalità di apprensione dei beni nell'attivo fallimentare. 3. Il vulnus dei diritti dei soggetti coinvolti nella vicenda.

1. La tesi secondo cui la norma del 2° comma art. 64 l. fall. si limiti ad introdurre una disciplina analoga e speculare rispetto a quanto previsto, nello stesso contesto del D.L. n. 83/2015, come convertito in L. 21 agosto 2015, n. 132, dall'art. 2929 bis cod. civ., risulta essere stata formulata già in sede di conversione, laddove si era evidenziato come lo strumento processuale semplificato, apprestato dalla disciplina civilistica, avrebbe potuto trovare applicazione anche nel fallimento, sostituendo al pignoramento la sentenza dichiarativa di fallimento. Ciò nonostante, una prima riflessione si impone in relazione al perimetro applicativo dell'art. 2929 bis c.c. e dell'art. 64 l. f. nuova formulazione, e tanto nella prospettiva di verificare se vengano, innanzitutto, presupposte le medesime “*categorie negoziali*” di riferimento. Invero, l'art. 2929 bis c.c., forse proprio perché dettato in tema di espropriazione, fa riferimento nella stessa rubrica ai “*beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*”, mentre l'art. 64 l.f., nella tradizione lessicale tipica della procedura concorsuale, fa riferimento agli “*atti a titolo gratuito*”, ma nel secondo comma specificamente si riferisce “*ai beni oggetto degli atti di cui al 1° comma*” ovvero “*agli atti a titolo gratuito*”.

In sostanza, la formulazione del 2° comma dell'art. 64 l. fall. stravolge l'impostazione che la legge fallimentare aveva assegnato all'intera disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori (così viene rubricata la Sezione III), introducendo una formulazione che prescinde dal “*contratto*” o dal “*negozio*” pregiudizievole per riguardare “*l'oggetto*” ovvero i “*beni*”, cui quel negozio fa riferimento. Questa opzione lessicale, giustificabile nel contesto della procedura esecutiva individuale, resta meno comprensibile nel contesto proprio della procedura esecutiva collettiva o concorsuale, se non per gli effetti “*acceleratori*”, e che sembrano caratterizzare – a detrimento della tutela delle posizioni soggettive dei terzi – il dato rilevante dell'intervento del più recente legislatore, che sembra più orientato, con inversione ideologica ben manifesta rispetto al precedente impianto normativo, alla tutela prevalente delle “*ragioni del credito*”.

Nella medesima prospettiva di analisi, si pone la comparazione lessicale tra l'art. 2929 bis c.c., che fa riferimento ad “*un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione*”, e l'art. 64 co 1° l.f. che si riferisce agli “*atti a titolo gratuito*”, dovendo, per quest'ultima ipotesi, verificarsi se il perimetro degli atti presupposti nelle due norme sia lo stesso ovvero se la disciplina concorsuale, resti confinata ai soli atti a titolo gratuito, essendo evidente che



gli atti che configurano un vincolo di indisponibilità con coincidono (necessariamente) con gli atti a titolo gratuito.

Nel contesto applicativo dell'art.64 l. fall., la fattispecie di atti a titolo gratuito erano individuati, nella stessa evoluzione che il tema aveva conosciuto nella giurisprudenza: (a) nell'adempimento del debito altrui, per il quale, come è noto, l'assunzione del debito, a mezzo di delegazione, espromissione o accollo, si riteneva conservare carattere neutro rispetto alla distinzione dei negozi secondo il criterio della gratuità o dell'onerosità, dovendo piuttosto accertarsi la natura dell'obbligazione assunta dal terzo in ragione di un rapporto di provvista dal quale risulti un interesse patrimoniale del soggetto, per esso tenuto all'adempimento (*Cass. 29 maggio 2003, n.8690, in Fallimento, 2004, 270; Patti, Sub art.64, in Il nuovo diritto fallimentare, diretto da Jorio, Bologna, 2006, 322*); (b) nella garanzia prestata per debito altrui, rispetto alla quale non solo sono state richiamate le tradizionali problematiche della contestualità tra prestazione di garanzie ed erogazione del credito, ma si è posto il profilo di qualificare la stessa, in termini di gratuità o di onerosità, in virtù della causa concreta del negozio fonte di garanzia (l'esempio è dato dalla garanzia nell'ambito dei rapporti infragruppo, laddove è da ricercare l'interesse economico di gruppo e il c.d. vantaggio di gruppo: *Trib. Genova, 27 maggio 2010, in Foro it. 2010, I, 2460 con nota di Costantino*); (c) nella compravendita con patto di riservato dominio, trascritto dopo il contratto purché munito di data certa anteriore al fallimento (*Trib. Bologna, 14 dicembre 2007 in Giuraemilia*). Si tratta, però, nel complesso di fattispecie che pur in qualche modo, interferendo con il disposto dell'art.64 l.f., si collocano in quella terra di mezzo dell'azione revocatoria fallimentare o dell'azione di simulazione, non incidendo significativamente sull'inefficacia immediata ed *ex lege* dell'atto a titolo gratuito. In effetti, l'inefficacia dell'atto è qui giustificata dalla sua "gratuità", che determina un danno per i creditori da considerarsi *in re ipsa* o una mera presunzione di danno ovvero di una sanzione a carattere obiettivo che opera in modo automatico (cfr.: *Terranova, Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari, in Dir. fall. 2010, I, 36*).

Si colloca, invece, nella prospettiva propria degli atti a titolo gratuito di cui all'art.64 l. fall., quella giurisprudenza che ha ritenuto rientrasse nella norma la donazione effettuata dai genitori in favore della figlia, con l'unica limitazione rappresentata da un *modus* simbolico consistente nell'onere imposto alla donataria di versare in favore dei donanti, in caso di locazione dei beni a terzi, la differenza tra i canoni e le spese di sostentamento della donataria (*Trib. Sulmona, 19 maggio 2010*) o l'ipotesi di un onere posto a carico del donatario (*Trib. Vicenza, 1 aprile 2011*), ed ancora il trasferimento a titolo gratuito effettuato dal marito alla moglie ed avente ad oggetto l'unico immobile di sua proprietà in occasione della loro separazione personale (*Cass. 24 giugno 2015, n.13087*). Sino a giungere alla costruzione che la nozione di "gratuità" ha fatto la Corte di Cassazione, secondo cui in tema di dichiarazione di inefficacia degli atti a titolo gratuito ex art.64 l. fall., la valutazione di gratuità o onerosità di

un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta (*Cass. Sez. Un. 18 marzo 2010, n. 6538*) e non già ai motivi. La linea interpretativa è quella che caratterizza l'intera giurisprudenza in tema: si deve escludere che nella nozione rientrano solo quelli posti in essere per spirito di liberalità, essendo tale requisito richiesto per la donazione ex art.769 c.c.; mentre non è indispensabile negli altri contratti a titolo gratuito, cioè quelli in cui una sola parte riceve e l'altra sopporta un sacrificio unico essendo l'attribuzione patrimoniale.

In sostanza, può ritenersi che nel contesto della disciplina concorsuale, l'ambito di applicazione della norma ha riguardato *"atti a titolo gratuito"*, con riferimento appunto alla *"fattispecie"*; con ciò implicando, a seguito della riforma del 2015, il necessario scrutinio sul *"se"* il secondo comma dell'art.64 disciplini ora fattispecie diverse oppure si riferisca ai soli effetti del negozio (sul tema: *Oberto, La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c., Torino, 2015*).

2. Ad una prima lettura pare che l'area degli *"atti"* ricoperti dal 1° co dell'art.64 abbia una maggiore estensione rispetto agli effetti degli atti indicati nel 2° comma, nel senso che il riferimento da quest'ultimo compiuto agli *"atti del 1° co"* debba essere specificato in ragione dell'espressione *"i beni oggetto"*, con riferimento alla *res* che risulta sottratta all'attivo del fallimento ovvero alla necessaria sua materialità, non potendo essere acquisiti nell'attivo - per impossibilità di fatto oltre che giuridica - i finanziamenti a titolo gratuito o infragruppo, e i pagamento dei debiti altrui, ferma restando la possibilità, pur sempre riconosciuta, di far dichiarare la inefficacia degli atti. Del resto, è la stessa *ratio* della norma a prevedere un *"rientro"* immediato della *res* nell'attivo, non *"mediato"* da alcuna preventiva sentenza di accertamento (così come avveniva nel previgente contesto normativo), laddove dispone che *"i beni"* oggetto degli atti a titolo gratuito *"sono acquisiti mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento"*. Resta evidente, pertanto, il riferimento ai beni immobili, ai beni mobili registrati, nonché agli altri *"beni"* che conoscono un particolare regime pubblicitario (ad esempio le quote di s.r.l.). Questa lettura che presuppone un legame diretto tra il regime pubblicitario e il fenomeno dell'immediata apprensione della *res*, resta confermata da alcune modalità operative che sono state individuate dai tribunali fallimentari (*Trib. Siracusa sez. Fallimentare, 8 marzo 2016 in www.ilcaso.it*), per procedersi all'apprensione dei beni nella massa attiva, che possono così sintetizzarsi: *a)* in presenza di beni immobili essi sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa (in tal senso, il curatore procederà alla trascrizione della sentenza dichiarativa redigendo due note: la prima avente ad oggetto la trascrizione della sentenza di fallimento ex art. 88, co 2°, l. f., con effetti di pubblicità notizia, a favore della massa dei creditori e contro il fallito (con riferimento all'intero compendio immobiliare e a diritti reali di cui il fallito risulta titolare); una seconda nota, finalizzata all'acquisizione dei beni nel concorso (ovvero nella espropriazione collettiva già iniziata con la dichiarazione di fallimento (ex art. 64 co 2°); *b)* in presenza di beni mobili

iscritti nei pubblici registri, la sentenza va notificata ai pubblici registri, allegando l'estratto della sentenza ed indicando chiaramente i criteri identificativi del bene (es. numero della targa) oppure seguendo le regole proprie dell'apprensione dei beni nel processo esecutivo (es. per quanto riguarda le navi, per le quali si rinvia alle norme di esecuzione dettate dal codice della navigazione); c) mentre per le quote di s.r.l. si fa riferimento alla disciplina del Registro Imprese per la pubblicità e per le azioni di s.p.a. ai diversi regimi, con riferimento particolare a quello della gestione accentrata degli strumenti finanziari. In sostanza, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce il *prius* ovvero il presupposto dell'esecuzione concorsuale, che si concretizza nell'immediato effetto apprensivo in assenza di qualsiasi intermediazione giudiziaria.

Resta, però, applicabile l'esenzione prevista dall'ultima parte del 1° comma dell'art. 64 l.f., *“esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante”*: qui è più stretto il riferimento normativo alla *“donazione”*, confermata – in qualche modo – dall'ulteriore presupposto essenziale della *“proporzione”*. Anche in questo caso, più che un mero giudizio di proporzionalità contabile o quantitativo tra l'atto e il patrimonio, si tende a valutare l'intento perseguito dal disponente, avuto riguardo ad un criterio di normalità dell'atto rispetto alle abitudini e alla posizione economico-sociale del disponente (l'individuazione di tali atti sono fatti in termini restrittivi, trattandosi di eccezione alle regole generali).

3. Gli effetti della norma restano, però, devastanti dal punto di vista della tutela dei soggetti coinvolti, nonché sulla certezza delle situazioni giuridiche, e ciò in una misura ancora più intensa rispetto a quanto registrato nel dibattito sull'art. 2929 bis c.c. In effetti, mentre l'art. 2929 bis ha come riferimento un atto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, nel presupposto che il credito sia oggettivamente preesistente all'atto (con effetti distintivi tra esistenza del credito ed accertamento del credito); l'art. 64 l. f. fa riferimento semplicemente ai due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento, invero non al presupposto del credito nella sua configurazione sostanziale, ma ad un elemento proprio dell'esecuzione collettiva concorsuale ovvero la dichiarazione di fallimento. Balza, inoltre, agli occhi l'evidente dilatazione temporale un anno nell'art.2929 bis c.c. rispetto ai due anni dell'art.64 l.f. (ancora più rilevanti posto che la inefficacia opera anche se il disponente al tempo dell'atto non era neppure imprenditore commerciale, quindi a prescindere da ogni condizione soggettiva del disponente, dappoi, dichiarato fallito). A tanto si aggiunge la diversità degli strumenti di tutela: nell'art.2929 bis, *“il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni di cui all'art.615 e 617 cpc”*; nell'art. 64 l. fall. la reazione di *“ogni interessato”* è affidato al reclamo a norma dell'art. 36 l. fall. avverso la trascrizione, che avviene automaticamente, a prescindere da qualsiasi obbligo informativo (anche contestuale) da parte del curatore. In sostanza, nella

specie, è sufficiente la mera trascrizione per conseguire gli effetti dell'immediata apprensione del bene, e ciò anche nei riguardi del beneficiario della disposizione, oltre che del fallito.

La norma, così come formulata, mi pare affetta da incostituzionalità, pur nell'ambito della disciplina dell'esecuzione concorsuale, in considerazione del fatto che limitare gli strumenti del diritto di difesa al solo art.36 l. fall., soffre di molteplici *vulnus*: a) il ristrettissimo termine di otto giorni dalla conoscenza dell'atto, che qui si intende riferito, per gli effetti tipici della trascrizione nei registri immobiliari, della sentenza dichiarativa di fallimento, termine per altro non soggetto alla sospensione feriale (ai sensi dell'art. 36 bis l. fall.); b) la limitazione del mezzo esclusivamente alla violazione di legge, con tutti i limiti della censura che lo strumento ha conosciuto nella esperienza della prassi fallimentare; c) l'assunzione della decisione a mezzo di decreto motivato, con violazione di qualsiasi profilo tipico della cognizione, che, probabilmente, la questione meriterebbe; d) il ricorso per Cassazione resta limitato nell'ambito dell'art.111 Cost.. Si manifesta, in effetti, un vero e proprio squilibrio degli interessi (che non poteva riscontrarsi nella previgente disciplina che, comunque, imponeva un giudizio di accertamento) coinvolti nella vicenda.

Per quanto riguarda l'applicabilità della norma ai fallimenti dichiarati in data antecedente all'entrata in vigore del 2° co art.64 l. f., è opportuno rilevare come non possa il tema risolversi come già è avvenuto in relazione all'art.2929 bis c.c. (*Trib. Ferrara 10 novembre 2015*), per il quale la giurisprudenza di merito ha ritenuto l'applicabilità della novella anche agli atti compiuti prima della sua entrata in vigore. Diversamente, l'art. 64, co 2°, l. fall., riferendosi alla sentenza di fallimento, consente di ritenere inapplicabile la norma alle sentenze intervenute prima dell'entrata in vigore della novella, con la conseguenza che essa resterebbe applicabile solo ai fallimenti dichiarati dopo dell'entrata in vigore della novella.

La formulazione del 2° comma, con rinvio agli atti del 1° comma, farebbe escludere la diretta applicabilità dell'apprensione fallimentare rispetto ai terzi subcontraenti o subacquirenti (a fronte della cui posizione resterebbe esperibile la sola azione revocatoria), con la conseguenza che l'acquisto del terzo subacquirente a titolo oneroso è fatto salvo se il terzo era in buona fede al momento dell'acquisto, essendo irrilevante la sua eventuale mala fede successiva (v., però, *Cass. 23 febbraio 2011, n. 2772*, secondo cui per il subacquirente a titolo oneroso non è necessaria la prova della conoscenza in capo al terzo della insolvenza di colui che ha compiuto l'atto a titolo gratuito, avendo il curatore il solo onere di provare la conoscenza del terzo della gratuità dell'atto di acquisto da parte del suo dante causa, da ciò facendo derivare la conoscenza per il terzo della natura pregiudiziale dell'atto). Sul tema, però, si pone un problema tipico degli effetti della trascrizione anche per i terzi in buona fede: l'opinione tradizionale faceva salvi gli effetti della trascrizione dell'atto, compiuta prima della sentenza dichiarativa di fallimento, e l'art.17 l. fall. ha spostato tale effetto all'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese; il co 2° art.64 menzionando *“la trascrizione della*

sentenza dichiarativa di fallimento” avvalorata la tesi che, in relazione ai principi propri della pubblicità immobiliare, gli effetti della trascrizione dell’atto del terzo sono opponibili alla massa solo se precedenti alla trascrizione della sentenza dichiarativa, primo atto dell’esecuzione concorsuale e del fenomeno dell’apprensione materiale.

Concludendo, deve essere evidenziato che mentre l’art. 2929 bis c.c. attua una “tutela anticipata” del creditore, nel senso che solo l’opposizione all’esecuzione sarà la sede processuale in cui potrà realizzarsi l’equilibrio degli interessi contrapposti; l’art. 64, 2° comma, l. fall. realizza un tratto di immediata “autotutela” consistente nell’apprensione del bene alla massa, non individuando una sede o un mezzo processuale in cui questi possano concretamente esplicarsi (tale non è, per le ragioni innanzi esplicitate, il rimedio dell’art. 36 l. fall.). Si consuma, in sostanza, in maniera ancora più evidente rispetto alla disciplina civilistica, la lesione della tutela nella circolazione dei beni e del traffico giuridico, con conseguenze negative ben più rilevanti delle “storture” che il legislatore avrebbe voluto eliminare, e che possono individuarsi nel sistema processuale, del quale i consociati sopportano “il costo sociale” oltre che “l’insita incertezza”.

Giuseppe Fauceglia

Ordinario di Diritto Commerciale
Università degli Studi di Salerno