

REVOCATORIA FALLIMENTARE DEI PAGAMENTI DEI CREDITI PRIVILEGIATI ED INSINUAZIONE AL PASSIVO AI SENSI DELL'ART. 70, SECONDO COMMA, L. FALL.

di EDOARDO STAUNOVO-POLACCO

Sommario: 1. Premessa. – 2. La lesione alla *par condicio creditorum*: presunzione *iuris et de iure* o *iuris tantum*? - 3. Il trattamento del terzo revocato nell'insinuazione al passivo ex art. 70, secondo comma, l. fall.

1. Premessa.

Sono passati più di dieci anni da quanto le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza 28 marzo 2006, n. 7028¹ hanno risolto il problema del danno nella revocatoria fallimentare. In quell'occasione la Cassazione ha stabilito che esso – diversamente da quanto accade nell'azione revocatoria ordinaria, ove il pregiudizio consiste nell'alterazione quantitativa o qualitativa del patrimonio del debitore creata dall'atto² - si identifica nell'alterazione della *par condicio creditorum*, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente al compimento dell'atto dispositivo.

Tale consolidato principio non è stato oggetto di rimeditazione, quantomeno in sede di legittimità, tanto da essere ribadito in più occasioni³. Può quindi darsi per assodato – e si può partire

¹ In *Foro it.*, 2006, I, 1718.

² *Ex plurimis* v. in tal senso Cass. 19 luglio 2018, n. 19207, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Revocatoria (azione)*, n. 8.

³ Cass. 25 agosto 2006, n. 18550, in *Giur. comm.*, 2007, II, 567; Cass. 10 novembre 2006, n. 24046, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Fallimento*, n. 500; Cass. 29 novembre 2007, n. 24936, *id.*, Rep. 2008, voce *cit.*, n. 463; Cass. 8 marzo 2010, n. 5505, in *Fallimento*, 2010, 930; Cass. 26 febbraio 2010, n. 4785, in *Fallimento*,

dunque dal presupposto – che, allo stato attuale, quando si parla di danno nella revocatoria fallimentare ci si riferisca al “danno provocato alla *par condicio*”.

Fra le conseguenze che derivano da tale impostazione, ai fini delle presenti riflessioni in tema di revocatoria dei pagamenti, si annovera l'irrelevanza del fatto che l'atto solutorio abbia estinto un credito assistito da garanzia reale anche consolidata (ipotecaria o pignoranzia che sia), privilegiato o chirografario. Sempre ad avviso della Suprema Corte, infatti, la presenza della causa di prelazione è irrilevante, dal momento che “è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che potrebbero insinuarsi anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria”.

Pertanto, seguendo tale orientamento, la revoca va sempre pronunciata, una volta dimostrati l'esistenza del pagamento nel “periodo sospetto” ed il presupposto soggettivo della *scientia decoctionis* (con onere probatorio ordinario o invertito, nell'ipotesi di cui all'art. 67, primo comma, n. 2 l. fall.)⁴.

Analogamente, seguendo i principi fatti propri dai Giudici di legittimità, vanno dichiarati inefficaci i pagamenti di crediti ipotecari, pignorati, privilegiati o chirografari eseguiti nel “periodo sospetto” biennale, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 65 l. fall., senza che, in tal caso, neppure si ponga un problema di conoscenza dello stato d'insolvenza, dal momento che la norma prevede una inefficacia *ex lege* svincolata da qualsiasi presupposto di carattere “soggettivo”.

Lo scopo delle considerazioni che seguono è duplice, ed è: (i) verificare se l'affermazione del danno *in re ipsa*, nei termini suindicati, sia “a tenuta stagna”, e successivamente (ii) stabilire in quale posizione il terzo revocato abbia diritto di essere ammesso al passivo fallimentare, una volta adempiuta l'obbligazione restitutoria conseguente alla revoca, ai sensi dell'art. 70, secondo comma, l. fall.

2010, 931; Cass. 17 dicembre 2010, n. 25571, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Fallimento*, n. 397; Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Fallimento*, n. 374; Cass. 21 dicembre 2012, n. 23710, in *Giur. it.*, 2013, 1831; Cass. 14 maggio 2018, n. 11652, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Fallimento*, n. 81; Cass. 22 giugno 2018, n. 16565, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Fallimento*, n. 140.

⁴ Ad eccezione di Cass. 28 marzo 2006, n. 7028 e Cass. 14 maggio 2018, n. 11652, le altre sentenze citate nelle note che precedono riguardano la revocatoria dei pagamenti ed enunciano i principi riportati nel testo.

2. La lesione alla *par condicio creditorum*: presunzione *iuris et de iure* o *iuris tantum*?

Nei precedenti giurisprudenziali sopra indicati, l'alterazione della *par condicio creditorum* creata dalla fuoriuscita patrimoniale conseguente all'atto revocabile è fatta oggetto di presunzione legale ed assoluta, non suscettibile di prova contraria.

Da questo assunto dovrebbe derivare non solo che il curatore che agisce non è tenuto a provare che l'atto abbia effettivamente leso la *par condicio*, essendo stato pagato, con esso, un credito di rango pari o inferiore ad altri crediti ammessi al passivo fallimentare, ma anche che il convenuto non è ammesso a prova contraria, cioè alla prova che quell'atto non abbia recato, in concreto, pregiudizio alcuno alla massa, avendo esso estinto un credito che, nel fallimento, avrebbe ottenuto identico trattamento.

La ragione su cui si fonda un siffatta conclusione è duplice e si articola: (i) nella presenza al passivo fallimentare, in ogni caso, dei crediti prededucibili, destinati ad essere soddisfatti con preferenza sui crediti concorsuali, e (ii) nella possibilità delle insinuazioni tardive di crediti, la cui ammissione potrebbe modificare gli assetti del passivo fallimentare fino alla chiusura del fallimento, idonea essa sola – la chiusura – a stabilizzare in modo definitivo le passività concorsuali ed a fare comprendere se ed in che termini il pagamento anteriore alla dichiarazione di fallimento ed oggetto di revoca sarebbe stato pagato nella procedura concorsuale.

Entrambi gli argomenti invocati richiedono alcuni rilievi.

(i) Quanto al primo, la presenza fra le passività da soddisfare nel fallimento dei crediti prededucibili è incontestabile: l'assunto può dunque considerarsi corretto.

Che i creditori concorsuali debbano concorrere nel soddisfacimento dei debiti della massa è altrettanto vero, e la cosa vale sia per i chirografari, sia per i creditori assistiti da privilegio generale, sia, con una regola particolare, per i privilegiati speciali, i pignorati e gli ipotecari, i quali debbono contribuire alle spese di massa in base alla disciplina sancita dall'art. 111-ter, ultimo comma, l. fall.⁵ (addebito delle spese di diretta imputazione per

⁵ Nella vigenza della disciplina anteriore alla riforma del 2006 una simile disciplina era stata tracciata da Cass. 12 maggio 2010, n. 11500, che in tema di ripartizione dell'attivo ai creditori ipotecari aveva stabilito – con regola trasferibile anche a pignorati e privilegiati speciali – che “*sul ricavato della vendita*

la gestione e la liquidazione dei beni oggetto di prelazione e della quota delle spese generali di procedura imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale).

A ciò si aggiunga che anche i creditori prededucibili possono dover sopportare, al loro interno, spese di massa di grado poziore. Difatti, in ipotesi di insufficienza dell'attivo, le prededuzioni non vanno soddisfatte proporzionalmente, ma devono essere graduate in relazione alle rispettive cause di prelazione e al loro grado, secondo gli ordinari criteri che regolano la prelazione⁶. Pertanto anche il pagamento di un credito prededucibile, nelle residuali ipotesi in cui si verifichi al di fuori della procedura concorsuale⁷, può ledere crediti, parimenti prededucibili, ma di grado poziore, e risultare lesivo della *par condicio* in sede di revocatoria fallimentare.

A queste regole si sottraggono solo i crediti che si soddisfano in sede extra-concorsuale e che sono quindi sottratti a revocatoria come principio generale: *in primis* i crediti, privilegiati o chirografari, estinti per compensazione ex art. 56 l. fall.⁸, fra i quali si devono annoverare quelli assistiti da pegno irregolare⁹; inoltre i realizzi delle c.d. “garanzie finanziarie” ex d.lgs. 170/2004 e - si deve ritenere - dei pegni non possessori (v. art. 1, comma 8, d.l. 59/2016), che avvengono in autotutela, al pari dei pegni ir-

degli immobili gravati da garanzia reale (nella specie, ipotecaria) vanno collocate in prededuzione non solo le spese riconducibili alla conservazione e alla liquidazione del bene ipotecato ma anche una quota parte del compenso del curatore, ottenuta ponendo a confronto l'attività svolta nell'interesse generale e quella esercitata nell'interesse del creditore garantito, ed infine una porzione delle spese generali della procedura, da determinarsi in misura corrispondente all'accertata utilità delle stesse per il creditore garantito, adottando, ove non sia possibile un'esatta valutazione dell'incidenza delle spese generali su quelle specifiche, il criterio di proporzionalità, la cui applicabilità è tuttavia subordinata alla certezza dell'utilità di tali spese per il creditore garantito”.

⁶ Cass. 29 gennaio 1982, n. 56, in *Fallimento*, 1982, 564.

⁷ Si pensi al pagamento di un credito sorto in corso di concordato preventivo successivamente alla revoca ex art. 173 l. fall. e prima che sia dichiarato il fallimento, cosa che nella disciplina riformata non deve necessariamente avvenire in contestualità, in tutti i casi in cui manchino istanze di creditori e nessuna iniziativa sia assunta dal tribunale e/o dal pubblico ministero nell'ottica di cui all'art. 9, n. 2, l. fall.

⁸ Da ultimo, v. Cass. 14 gennaio 2016, n. 512, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti bancari*, n. 57.

⁹ *Ex plurimis*, v. Cass. 8 agosto 2016, n. 16618, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Fallimento*, n. 374.

regolari, e ai quali si può dare corso anche in costanza di procedura, al di fuori delle regole concorsuali¹⁰. Ferme restando, inoltre, le esenzioni da revocatoria fallimentare espressamente previste dalla legge, quali ad esempio, agli specifici fini di cui si tratta, quella di cui all'art. 39, quarto comma, TUB, per i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti ipotecari fondiari.

(ii) Rispetto al secondo argomento, relativo al carattere assoluto della presunzione di danno, insuscettibile dunque di prova contraria, stante la possibilità per i creditori di insinuarsi anche tardivamente al passivo fallimentare, vanno invece formulati rilievi critici.

Innanzitutto, l'art. 101 l. fall., primo comma, l. fall., prevede ora un termine finale per le insinuazioni tardive, di dodici o diciotto mesi dal decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo. Trascorso tale termine, ai sensi dell'art. 101, ultimo comma, l. fall., sono consentite solo le insinuazioni di coloro che non abbiano potuto chiedere di partecipare al concorso anteriormente per causa non imputabile. Non vi è più, quindi, una generalizzata ammissibilità di tutte le dichiarazioni tardive di crediti, che i precedenti di legittimità sopra citati sembrano dare per scontata.

In secondo luogo, decorsi dieci anni dalla dichiarazione di fallimento (lasso temporale tutt'altro che infrequente), tutti i crediti

¹⁰ Per le garanzie finanziarie V. Cass. 7 aprile 2016, n. 6760, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 124, con la seguente massima: “*in tema di contratti di garanzia finanziaria, l'art. 4, 1° comma, lett. a), e 2° comma, d.leg. n. 170 del 2004 (attuativo della direttiva 2002/47/Ce), nello stabilire che, al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche nel caso di apertura di una procedura di risanamento (concordato preventivo e amministrazione controllata) o di liquidazione (fallimento e liquidazione coatta amministrativa), di procedere alla vendita delle attività finanziarie oggetto di pegno nel rispetto delle formalità contrattualmente previste, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, informando per iscritto gli organi della procedura sulle modalità di escussione adottate e sull'importo ricavato, nonché restituendo contestualmente l'eccedenza, attiene alla facoltà di esecuzione coattiva del credito in autotutela e, dunque, si applica anche alle garanzie pignoratizie costituite in data antecedente alla sua entrata in vigore, sia per il generale criterio procedimentale del tempus regit actum, sia in ragione dell'espressa previsione dell'art. 11 menzionato decreto, che ritiene applicabili le sole disposizioni dell'art. 3 alle garanzie costituite in epoca successiva*”. Per i pegni non possessori, l'art. 1, comma 8, d.l. 59/2016 prevede la possibilità di realizzo secondo la disciplina di diritto comune dopo l'ammissione al passivo con prelazione, così derogando all'art. 53 l. fall.

non insinuati sono prescritti, essendo l'insinuazione l'unico strumento interruttivo ammesso¹¹.

In terzo luogo, a distanza di tempo dalla dichiarazione di fallimento, anche l'incidenza delle spese prededucibili può avviarsi alla stabilizzazione ed alla previsione del definitivo ammontare. Lo prova il fatto che la legge fallimentare ha sempre consentito le ripartizioni parziali dell'attivo (art. 113 l. fall.), entro certe percentuali dell'attivo disponibile (prima della riforma del 2006 fino al 90% e dopo la riforma fino all'80% delle somme da ripartire), con l'obbligo per il curatore di trattenere le somme ritenute necessarie per spese future, per soddisfare il compenso al curatore e ogni altro debito prededucibile.

Questi esempi vogliono essere la dimostrazione che il principio della lesione della *par condicio* con presunzione *iuris et de iure* non può non soffrire delle deroghe, ogniquale volta il trattamento ricevuto dal creditore con il pagamento anteriore alla dichiarazione di fallimento risulti - anche in corso di causa ed a fallimento aperto - esattamente identico a quello che avrebbe ottenuto in sede fallimentare e nel concorso con gli altri creditori.

Si tratta, a ben vedere, di un corollario ineludibile del carattere "redistributivo" dell'azione posto a fondamento dei precedenti giurisprudenziali citati, perché redistribuire ha senso solo se ed in quanto, prima del fallimento, sia stato "distribuito diversamente" rispetto alla distribuzione fallimentare; altrimenti il trattamento sarebbe identico a quanto sarebbe scaturito in sede concorsuale ed il "danno alla massa", per chiare ragioni, non esisterebbe.

È il caso di osservare che a questa conclusione è pervenuto, quasi mezzo secolo fa, colui che ha concepito la teoria antindenitativa della revocatoria fallimentare¹². Testualmente: "*l'interesse manca quando il credito privilegiato risorto ed ammesso al passivo dovrebbe essere pagato, all'interno del concorso, negli stessi identici termini nei quali il pagamento era stato eseguito prima e quindi al di fuori del concorso, in altri termini quando l'attivo fallimentare consenta il pagamento integrale dei*

¹¹ Cass. 16 maggio 2018, n. 11966, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* n.6, che richiama Cass. 20 novembre 2002, n. 16380, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 50 ed altre anteriori.

¹² MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970.

*crediti aventi una causa di prelazione poziore*¹³. Ed ancora: “*si possono verificare casi in cui la consistenza dell’attivo, nel raffronto con la massa passiva, è tale da non lasciare adito a ragionevoli dubbi sulla sostanziale inutilità della revoca del pagamento ed in tali casi sarebbe iniquo privare il creditore del pagamento ricevuto solo per la possibilità che si verificino eventi solo astrattamente possibili. Potrà, invece, essere sufficiente una situazione di fondata e ragionevole incertezza per fare ritenere sussistente l’interesse all’esercizio dell’azione*”¹⁴.

Sia detto per inciso che si stanno ipotizzando situazioni destinate a presentarsi di rado (e la cui esistenza va senz’altro provata dal convenuto in revocatoria), ma che, allorquando sussistano, impongono di derogare alla regola della revocabilità, per mancanza di danno. In tali esatti termini si è collocata una recente sentenza di merito¹⁵, in un caso nel quale il curatore, dopo avere impugnato pagamenti ricevuti da professionisti per crediti privilegiati ex art. 2751-bis n. 2 c.c., aveva soddisfatto in un riparto parziale il grado di privilegio generale nel quale rientravano i crediti oggetto dei pagamenti da revocare.

3. Il trattamento del terzo revocato nell’insinuazione al passivo ex art. 70, secondo comma, l. fall.

(i) Assodato che, quale che sia il rango dei crediti estinti, il principio consolidato è quello della revocabilità dei pagamenti (salve le residuali eccezioni di cui sopra, se condivise), si viene al secondo tema che ci si è proposti di analizzare, ossia al trattamento da riservare al convenuto in revocatoria che, dopo essere risultato soccombente, abbia insinuato al passivo il proprio credito ai sensi dell’art. 70, secondo comma, l. fall.

Il problema è stabilire se quel soggetto abbia titolo per essere ammesso al passivo con lo stesso grado di privilegio che assisteva il credito che è stato estinto, ovvero senza alcuna ragione di prelazione.

Premesso che la norma di riferimento non contiene alcuna previsione al riguardo, se si pone mente al fatto che, come sopra

¹³ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 225.

¹⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 226.

¹⁵ Trib. Milano 31 maggio 2017, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17521.pdf>

esposto, nella concezione della revocatoria fallimentare ormai consolidata il danno si individua nell'*alterazione della par condicio creditorum* ricollegabile all'uscita del bene dalla massa conseguente al compimento dell'atto dispositivo, il corollario è che lo scopo dell'azione è *ripristinare tale par condicio*, che deve essere il *risultato finale* dell'esperimento dell'azione e della successiva insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 70, secondo comma, 1. fall.

Ripristinare la *par condicio* alterata dall'atto, chiaramente, significa ristabilire "quella *par condicio*": questo potrà accadere solo se il terzo revocato è ammesso al passivo con lo stesso grado di prelazione che gli sarebbe spettato se il pagamento non si fosse verificato, per far sì che venga trattato, in ambito concorsuale, nel rispetto della *par condicio* che quel pagamento ha violato.

Ne consegue che, in caso di pagamento del credito assistito da privilegio generale, l'insinuazione al passivo dovrebbe avvenire allo stesso grado di privilegio generale che assisteva il pagamento estinto, affinché il revocato concorra, sulla massa mobiliare ed immobiliare, al pari degli altri creditori, sostenendo le spese prededucibili ed essendo soggetto ai privilegi poziori. In caso, invece, di pagamenti di crediti assistiti da privilegio speciale, pegno o ipoteca, l'insinuazione privilegiata consentirà di concorrere, sulla somma restituita, previa decurtazione delle spese prededucibili imputabili ex art. 113-ter, ultimo comma, 1. fall. e con la soggezione ad eventuali privilegi poziori.

Ogni altra opzione, ed in particolare l'ammissione senza riconoscimento del privilegio, creerebbe un concorso dei creditori *differente* e sarebbe deviante rispetto alla natura ed allo scopo dell'azione, nei termini voluti dai citati precedenti giurisprudenziali.

Questa soluzione appare scontata nella sentenza di merito di cui si è detto in precedenza, e se ne ha traccia anche in un passo della motivazione di Cass. 20 aprile 2016, n. 7960¹⁶, nella quale si legge che "*il pagamento è affermato come eseguito dagli acquirenti dei beni ipotecati, e non è dedotto, dalla curatela, che sia mai stata prospettata una revocatoria della corrispondente vendita, onde consentire all'ipotecario di beneficiare, poi, in*

¹⁶ In *Foro it.*, Rep. 2016, voce Fallimento, n. 373.

esito a vendita fallimentare del bene così recuperato, della funzione distributiva conferente in alla sede del riparto"; dandosi quindi per pacifico che il terzo revocato dovesse concorrere, a seguito della revoca del pagamento, con il privilegio ipotecario sul bene recuperato alla massa.

(ii) Vi sono tuttavia alcune pronunce, sia di merito che di legittimità, che hanno espressamente motivato e deciso in senso contrario, con argomentazioni che a chi scrive appaiono confutabili.

a) La prima è rappresentata da Cass. 18 luglio 2008, n. 19978¹⁷, richiamata da Cass. 29 luglio 2009, n. 17522¹⁸, nella quale, avendosi riguardo al pagamento del credito ipotecario (nella fattispecie, inefficace ex art. 65 l. fall. in quanto estinto anticipatamente), si fa leva sul fatto che l'ipoteca estinta con il pagamento inefficace non può rivivere e comunque una sua eventuale reviviscenza, successiva alla dichiarazione di fallimento, sarebbe inopponibile alla massa; il tutto, per farne conseguire che *"il creditore ipotecario il cui credito sia stato estinto per effetto di un pagamento poi dichiarato inefficace, a norma della L. Fall., art. 65, può perciò certamente chiedere che detto credito venga ammesso al passivo della procedura concorsuale, ma si vedrà privato del privilegio dal quale il credito stesso era originariamente assistito"*. Analogo argomento si legge nella motivazione di Cass. 26 febbraio 2010, n. 4785¹⁹, in un caso di revocatoria del pagamento di un credito assistito da pegno consolidato.

Questi precedenti riguardano pagamenti di debiti assistiti da diritti di prelazione su specifici beni (pegno, ipoteca e privilegi speciali), e tradiscono, ad avviso dello scrivente, un errore di prospettiva.

La funzione della revocatoria fallimentare quale rimedio contro l'alterazione della *par condicio*, infatti, nei termini suesposti non si completa riconoscendo al terzo revocato il diritto di prelazione sul bene oggetto del pegno, dell'ipoteca o del privilegio speciale estinto dal pagamento (bene che, tra le altre cose, potrebbe non esistere nemmeno nel patrimonio fallimentare, essendo stato ad esempio alienato a terzi anteriormente all'avvio

¹⁷ In *Fallimento*, 2008, 1385.

¹⁸ In *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Fallimento*, n. 340.

¹⁹ In *Fallimento*, 2010, 931.

della procedura); semmai, al terzo dovrebbe essere concesso di concorrere, su quanto restituito (in linea capitale) a seguito della revoca, con la stessa collocazione che gli sarebbe spettata se la somma fosse stata distribuita dal curatore nella liquidazione dell'attivo, quindi con la decurtazione – se si parla di pegni, ipoteche e privilegi speciali – delle spese di procedura imputabili ex art. 111-ter, ultimo comma, l. fall. e di quanto di competenza di eventuali privilegiati poziori rimasti insoddisfatti.

Non si tratta, quindi, di un problema di far “rivivere” la garanzia, ma più semplicemente di ripristinare la *par condicio* (“quella *par condicio*”) alterata dall'atto, che costituisce la *ratio* della revocatoria fallimentare nella concezione accolta dalla Suprema Corte e che trova il suo strumento di chiusura proprio nell'insinuazione al passivo ex art. 70, secondo comma, l. fall.

È vero che, come già detto, questa norma non chiarisce il grado di insinuazione che va riconosciuto al terzo revocato, né prevede espressamente l'ammissione prelatizia in caso di revoca di pagamenti di debiti privilegiati. Tuttavia, proprio perché l'art. 70, secondo comma, l. fall., non prevede nemmeno il contrario, mi pare che esso debba essere interpretato conformemente alla *ratio* dell'azione cui accede, ossia quale strumento di ripristino della *par condicio* alterata dall'atto. Deve pertanto concludersi per l'ammissione al passivo nello stesso grado del credito estinto con il pagamento revocato, con la prelazione da esercitarsi, come già detto, sulla somma restituita.

b) In altra più recente decisione, invece, la Suprema Corte è giunta alla stessa decisione, ma su basi argomentative diverse.

La pronuncia è Cass. 5 ottobre 2018, n. 24627²⁰, la cui massima è la seguente: “*qualora a seguito del positivo esperimento di un'azione revocatoria fallimentare, il creditore pignoratorio che abbia escusso la garanzia, incamerando il ricavato della vendita di titoli ottenuti in pegno, sia condannato a restituirne l'importo, lo stesso ha diritto ad insinuarsi al passivo solo in via chirografaria nella misura del pagamento revocato, senza che possa rivivere l'originaria garanzia, dal momento che il credito che può essere insinuato ai sensi dell'art. 70, 2° comma, l.fall. non è quello originario, ma un credito nuovo che nasce dall'effettiva restituzione e trova fonte direttamente nella legge*”.

²⁰ In *Foro it.*, Rep. 2018, voce Fallimento, n. 189.

La motivazione si articola sui seguenti assunti: (i) il credito da insinuare ex art. 70, secondo comma, 1. fall., non sarebbe il credito originario, ma un credito nuovo nascente dalla restituzione conseguente alla revocatoria; (ii) se il credito del terzo revocato venisse ammesso al passivo al rango privilegiato che il credito estinto aveva al tempo del pagamento, l'esercizio della revocatoria "*verrebbe, in buona sostanza, a perdere quasi del tutto significato*"; (iii) nello specifico caso delle garanzie reali, poi, non si porrebbe nemmeno un problema di concorso di creditori poziori, perché il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria finirebbe per giovare solo "*al creditore che ha subito la revoca*", con la conseguenza che "*il pagamento di crediti assistiti da garanzia specifica*" sarebbe "*in buona sostanza ipotesi sottratta, pressoché ex se, all'azione revocatoria fallimentare*".

Conviene iniziare da quest'ultima affermazione.

Il fatto che, nel fallimento, i creditori assistiti da garanzie specifiche non siano soggetti al concorso di creditori poziori, non è giuridicamente sostenibile; sia perché anche pegni, ipoteche e privilegi speciali soffrono privilegi di grado anteriore, per espressa disposizione di legge (art. 2748 c.c., e a mero titolo esemplificativo si considerino i privilegi per spese di giustizia ex art. 2777 c.c., per non dire, sempre a mo' di esempio, dei gradi anteriori nelle garanzie ipotecarie e nei pegni non possessori), sia perché, comunque, nel fallimento vi sono i debiti della massa, ai quali anche le garanzie specifiche sono chiamate a contribuire, ai sensi del più volte ricordato art. 113-ter, ultimo comma, 1. fall. È proprio per questo motivo che anche i pagamenti dei crediti pignorati, ipotecari e privilegiati speciali sono revocabili; altrimenti (e cioè se davvero la legge non prevedesse crediti poziori da soddisfare), la lesione della *par condicio* provocata dal loro adempimento extra-concorsuale sarebbe un'affermazione abnorme.

Quanto, invece, alla tesi secondo la quale, ammettendo il credito al passivo con prelazione, la revocatoria fallimentare verrebbe a perdere significato, sembra vero esattamente il contrario.

Se, infatti, nella concezione accolta dalla Suprema Corte, il danno si identifica nella lesione della *par condicio creditorum* provocata dall'atto, e se quindi lo scopo l'azione è ripristinare quella *par condicio*, l'ammissione al passivo del credito ex art. 70, secondo comma, 1. fall. al rango privilegiato, nei termini sopra esposti, è l'unica opzione che consegue il risultato; non certo

l'ammissione al grado chirografario, che consente di concorrere sulla somma revocata a creditori che su di essa non avrebbero avuto alcun titolo né pretesa, in ragione della collocazione preferenziale del credito altrui. Pertanto, in senso diametralmente opposto a quanto affermato nella sentenza in esame, l'ammissione al grado chirografario non conferisce significato all'azione, ma è proprio la soluzione che la snatura.

Resta da dire, infine, rispetto all'assunto secondo cui il credito ex art. 70, secondo comma, l. fall. non sarebbe il credito originario, ma un nuovo credito che nasce per effetto della restituzione della somma revocata.

L'affermazione può essere condivisa,²¹ ma ancora una volta conduce alla soluzione opposta.

Se, infatti, la revocatoria e la successiva restituzione alla curatela facessero risorgere il credito estinto, si porrebbe davvero, per certi versi, il problema della reviviscenza della garanzia, che risulterebbe impossibile per tutte le ragioni di privilegio (inclusi i privilegi generali), a prescindere dalla presenza o meno dei beni nel patrimonio del fallito che lungamente ha fatto discutere gli interpreti; questo perché, dopo la dichiarazione di fallimento, non possono essere costituite nuove cause di prelazione, a pena di inopponibilità alla procedura, tant'è che per tale ragione è sempre stata negata, ad esempio, la possibilità di una nuova iscrizione ipotecaria in conseguenza della revocatoria del pagamento del credito assistito dall'ipoteca estinta²².

Una volta, invece, configurato il credito ex art. 70, secondo comma, l. fall. come credito nuovo, avente la propria fonte nella norma che completa il circuito del ripristino della *par condicio* iniziato con la revocatoria, non vi è alcun ostacolo all'ammissione prelatizia, che anzi risulta obbligata se si vuole evitare di vanificare proprio la tutela della *par condicio*, avvantaggiando immotivatamente creditori che non avrebbero avuto titolo per essere soddisfatti sull'importo corrisposto al creditore (poziore) revocato.

c) Infine, una pronuncia ancora più recente è costituita da Trib. Milano 8 marzo 2019, n. 2363/2019, di imminente pubblicazione su questo portale.

²¹ Opinava diversamente MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 221.

²² V. ad es. Cass. 18 luglio 2008, n. 19978, cit.

Il Tribunale ha richiamato la giurisprudenza di legittimità sopra citata, in particolare Cass. 24627/2018 e Cass. 4785/2010, ed ha aggiunto una considerazione già svolta in dottrina²³: in sintesi, l'idea secondo cui il creditore avrebbe potuto evitare di escutere la garanzia ed attendere la dichiarazione di fallimento, anziché soddisfarsi e correre il rischio di perdere il privilegio, in caso di soccombenza nella revocatoria.

Anche questi rilievi si prestano ad alcune confutazioni.

Nel caso deciso da quella pronuncia il creditore aveva escusso una garanzia pignoratizia, ma le casistiche che si possono verificare sono anche altre, *in primis* quella del pagamento spontaneo da parte del debitore, che estinguendo il debito estingue anche la causa di prelazione.

Si è detto che, in questi casi, il creditore dovrebbe rifiutare il pagamento e chiedere il fallimento della controparte insolvente²⁴.

Tuttavia, la visione fatta propria da chi ha concluso in questi termini è parziale, perché lo stesso meccanismo viene applicato anche ai pagamenti impugnati ex art. 65 l. fall., che sono inefficaci a prescindere dallo stato d'insolvenza e dalla sua conoscenza da parte del terzo. Per essi non si capisce come il creditore, in assenza di segnali di crisi, potrebbe mai rifiutare il pagamento, anche se il credito non è ancora scaduto, visto il disposto dell'art. 1184 c.c. e dal momento che il debitore può sempre eseguire la prestazione dovuta, anche prima della scadenza (ed in caso di rifiuto costituire in mora il creditore ex artt. 1206 ss. c.c.).

A ciò si aggiunga il fatto che nella menzione del creditore che, non rifiutando il pagamento o non astenendosi dal realizzo della garanzia, subisce la perdita del privilegio, riecheggia una funzione sanzionatoria della revocatoria fallimentare che va recisamente esclusa, e che vorrebbe imputare al terzo di non avere atteso la dichiarazione di fallimento per assoggettarsi alle spese prededucibili ed ai privilegiati poziori. Ma questo è proprio ciò a cui pone rimedio la soluzione proposta nelle presenti righe, ossia l'interpretazione dell'art. 70, secondo comma, l. fall. conforme alla *ratio* della revocatoria fallimentare, ormai pacificamente riconosciuta nella tutela e nel ripristino della *par condi-*

²³ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 216.

²⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., ivi.

cio, non nella sua ulteriore violazione con una liquidazione fallimentare diversa da quella che avrebbe avuto luogo in vece del pagamento revocato.