

CONDIZIONI ED EFFETTI DELLA REVOCATORIA FALLIMENTARE DEL PAGAMENTO ESEGUITO IN FAVORE DEL CREDITORE PIGNORATIZIO CON DENARO DERIVANTE DALLA VENDITA DEL BENE OGGETTO DI PEGNO.

Cass., SS.UU, n. 5049 del 2022

di Claudia Di Pirro Bellisario

SOMMARIO: 1. La questione oggetto di rimessione; 2. La revocabilità dell'incasso dell'escussione di un pegno consolidato e *par condicio creditorum*; 3. La sorte del credito ricondotto nella massa fallimentare; 4. La posizione della giurisprudenza di legittimità.

La questione oggetto di rimessione

Con l'ordinanza Cass. Civ., Sez. I, 31 marzo 2021, n. 8923, venivano rimessi gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione affinché valutasse l'opportunità di rimettere alle Sezioni Unite circa la revocabilità dell'incasso del realizzo di un pegno costituito con garanzia consolidata e della conseguenziale questione se, ammessa la sua revocabilità, il creditore, dopo aver restituito, abbia o meno titolo per insinuare il proprio credito, a norma dell'art. 70, co. 2, L. Fall., con il medesimo rango di cui il credito godeva all'escussione del pegno.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione, risolvendo entrambe le questioni che le erano state sottoposte, ha concluso, innanzi tutto, per la revocabilità dell'incasso derivante dall'escussione del pegno, sulla base, da un lato, della riconduzione della tutela revocatoria concorsuale alla teoria antindennitaria o redistributiva del pregiudizio derivante dall'insolvenza, nel rispetto della regola della parità di trattamento dei creditori e, dall'altro lato, osservando che la possibilità di predicare l'assenza della lesione della *par condicio* non può affermarsi con certezza, se non in sede di riparto finale, non potendosi escludere l'insinuazione, dopo l'esperimento dell'azione revocatoria, di altri crediti di grado peggiore o pari, in particolare non potendosi parimenti escludere l'insorgenza, in corso di procedura, di ulteriori crediti, di rango prededucibile.

Se, quanto alla prima questione, la pronuncia delle Sezioni Unite fa mostra di dare continuità all'orientamento da tempo prevalente in giurisprudenza, quanto alla seconda questione va registrata un'inversione di tendenza rispetto all'insegnamento maggioritario.

La revocabilità dell'incasso dell'escussione di un pegno consolidato e *par condicio creditorum*

Le Sezioni Unite, nell'affrontare la questione posta, richiamano dapprima le opposte teorie create in giurisprudenza.

La prima delle tesi affrontata è quella della irrevocabilità "in ogni caso" del pagamento eseguito in periodo sospetto dal debitore in favore del credito munito di garanzia consolidata, riscontrabile anche in orientamenti risalenti relativi al credito garantito da ipoteca (Cass. nn. 3608 del 1976 e 2180 del 1969).

A tale tesi si è affiancata successivamente un'ipotesi cd. ricostruttiva (Cass. 7649 del 1997), che si fonda sulla verifica in concreto dell'interesse della procedura fallimentare a promuovere la revocatoria, da riscontrarsi solo ove si dimostri che vi sono creditori di grado peggiore rispetto a quello che ha ricevuto il pagamento. La revocabilità del pagamento verrebbe, infatti, meno, ove, in sede di riparto, al creditore pignoratizio (od ipotecario) si sarebbe potuto attribuire il medesimo importo ottenuto con il pagamento eseguito in sede prefallimentare. Nell'ipotesi opposta, d'incapienza in sede di riparto del creditore in questione per l'esistenza di creditori di grado peggiore, sussisterebbe il pieno interesse all'esercizio dell'azione revocatoria, da rinvenirsi, tuttavia, secondo una parte della dottrina, anche quando si potesse dimostrare che il pagamento ante fallimento (e nel periodo sospetto) fosse d'importo superiore

a quello ricavabile in sede di riparto. A parte le concrete difficoltà probatorie connesse al giudizio prognostico da svolgere, tenuto conto della formazione progressiva dello stato passivo, la tesi illustrata si fonda sul cd. carattere indennitario dell'azione revocatoria fallimentare, disciplinata dalla L. Fall., art. 67, co. 2. E' necessario, per l'esercizio dell'azione, il requisito dell'*eventus damni* (così come nell'azione revocatoria ordinaria), da accertarsi in concreto: in mancanza di esso si configura il difetto dell'interesse ad agire.

In conclusione, il fondamento teorico di quest'opzione è costituito da due pilastri: la natura distributiva dell'azione revocatoria e la necessità di ristabilire la *par condicio creditorum* in relazione a tutti i pagamenti eseguiti nel periodo sospetto senza alcuna esclusione dettata dalla natura giuridica dei crediti posti a pasc degli importi versati. A questa duplice premessa segue, secondo la giurisprudenza di legittimità successiva alle S.U., la collocazione in chirografo del credito conseguente alla restituzione derivante dall'eventuale esito vittorioso dell'azione revocatoria. Quest'ultimo assunto si fonda, come efficacemente precisato nella recente pronuncia n. 24627 del 2018, sul rilievo secondo il quale il credito che s'insinua al passivo L. Fall., ex art. 70, comma 2, non è quello originario ma un credito nuovo che nasce dalla restituzione dovuto alla revocatoria e "*trova fonte direttamente nella legge*". L'obbligo restitutorio non fa rivivere l'originaria garanzia.

Successivamente il Collegio affronta il tema dell'opzione teorica fondata sulla natura distributiva dell'azione revocatoria fallimentare, in quanto volta alla corretta applicazione delle regole concorsuali in relazione a tutti i pagamenti effettuati nel periodo sospetto, ove sia accertata la *scientia devocionis* e ne fa conseguire la conclusione più generale della revocabilità di tutti i pagamenti eseguiti in favore di un creditore privilegiato, che siano stati eseguiti nel periodo sospetto, con la consapevolezza del creditore dello stato d'insolvenza del debitore prossimo al fallimento.

La teoria c.d. antindennitaria o della natura redistributiva della revocatoria fallimentare, consolidatasi decisamente - anche in tal caso in forza di una pronuncia delle Sezioni Unite¹ - ha trovato poi, negli anni successivi, adesione in una serie di pronunzie di legittimità², cui si sono saldate altre pronunzie che hanno definito il diritto del creditore, che ha subito la revocatoria, come sorto ex novo, e quindi spogliato della prelazione che l'aveva assistito sino all'escussione della garanzia reale³.

La Suprema Corte dichiara di aderire convintamente all'opzione teorica fondata sulla natura distributiva dell'azione revocatoria fallimentare; la disciplina dell'azione revocatoria ordinaria e specialmente la disposizione dell'art. 2901, co. 3, c.c., per il quale non sono revocabili i pagamenti dei crediti scaduti, palesa chiaramente che costituisce presupposto dell'azione pauliana non tanto la lesione della parità di trattamento dei creditori (che, di regola, inevitabilmente si attua quando venga eseguito il pagamento di un credito scaduto), quanto la diminuzione del valore del patrimonio del debitore. Non vi è, nel caso di pagamento di un credito scaduto, alcuna diminuzione del valore del patrimonio del debitore, poiché, a fronte del pagamento, l'ammontare dell'indebitamento si riduce corrispondentemente e, quindi, le due poste, anche contabilmente, si pareggiano⁴.

Nella disciplina della revocatoria fallimentare, viceversa, i pagamenti dei crediti scaduti, nel periodo sospetto, sono pacificamente revocabili, sia pure a determinate condizioni; e ciò comprova che costituisce titolo per la revocatoria

¹ Cass. Civ., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028.

² Cass. Civ. 25 agosto 2006, n. 18550, in Giur. comm., 2007, II, 567; quanto alle successive: Cass. Civ. 10 novembre 2006, n. 24046, in Mass. Giust. civ., 2006, fasc. 11; Cass. Civ. 8 marzo 2010, n. 5505, in questa Rivista, 2010, 930; Cass. Civ. 26 febbraio 2010, n. 4785, in questa Rivista, 2010, 931; Cass. Civ. 17 dicembre 2010, n. 25571, in Banca, borsa, tit. cred., 2010, 1619; Cass. Civ. 19 dicembre 2012, n. 23430, in Mass. Giust. civ., 2012, 1432; Cass. Civ. 21 dicembre 2012, n. 23710, in Giur. it., 2013, 1831; Cass. Civ. 14 maggio 2018, n. 11652, in Mass. Giust. civ., 2018; Cass. Civ. 22 giugno 2018, n. 16565, in Mass. Giust. civ., 2018.

³ Per tale orientamento, v. Cass. Civ. 5 ottobre 2018, n. 24627, in Mass. Giust. civ., 2018; Cass. Civ. 26 febbraio 2010, n. 4785, cit.; per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 8 marzo 2019, in Il Caso.it, 12 giugno 2019.

⁴ Per la verità, la giurisprudenza sembra riconnettere la mancata soggezione del pagamento del credito scaduto (sancito dall'art. 2901, comma 3, c.c.) alla natura di "atto dovuto" dell'adempimento "in senso tecnico", escludendo dunque che tale natura possa riconoscersi ad atti diversi dal pagamento con mezzi regolari, com'è il caso della cessione pro solvendo di tutti i crediti presenti e futuri, in quanto simili atti avrebbero natura discrezionale e sarebbero suscettibili di alterare la regola della parità di trattamento dei creditori (cfr., in tema di cessione di crediti: Cass. Civ. 19 febbraio 2020, n. 4244, in Mass. Giust. civ., 2020, rv. 656908-01; Cass. Civ. 10 dicembre 2008, n. 8981, in Mass. Giust. civ., 2008, 1758; e, in caso di datio in solutum: Cass. Civ. 14 novembre 2017, n. 26927, in Mass. Giust. civ., 2017). Tale tesi è peraltro criticabile, posto che, considerato sotto il profilo dell'*eventus damni*, non si vede quale differenza sostanziale vi sia - considerata sotto il profilo dell'alterazione della *par condicio* - che l'adempimento sia realizzato con atto ordinario o con altro, egualmente, in concreto, lesivo. E, come sosteneva già F. Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, III, Milano, 1959, 192, il debitore che adempie un debito scaduto "non mette nulla di proprio per danneggiare gli altri creditori" e "da sua parte, il creditore pagato suum recipit".

concorsuale un atto qualsiasi che pregiudichi la parità di trattamento dei creditori, anche se, di per sé, quell'atto non abbia comportato riduzione della consistenza del patrimonio.

La revocatoria opera non diversamente dalla regola dell'indisponibilità che consegue all'apertura della procedura concorsuale, stabilendo l'art. 44 L. Fall. l'indisponibilità del patrimonio del debitore una volta aperta la procedura⁵. La revocatoria fallimentare, sia pure sulla base di presupposti e con effetti diversi (non determinando un'efficacia di diritto, richiedendo particolari presupposti circa la conoscenza dello stato d'insolvenza, etc.) attua un'anticipazione cronologica di detta indisponibilità del patrimonio del fallito, nel senso che preclude la possibilità che i singoli creditori si soddisfino sul patrimonio del debitore e, in questo senso, non appare del tutto infondata la tesi, che echeggia in giurisprudenza, di una presunzione *iuris et de jure* di danno, ovvero di un *eventus damni* da considerarsi *in re ipsa*⁶.

Anche per la revocatoria fallimentare, debba in ogni caso vagliarsi la ricorrenza della condizione dell'azione costituita dall'interesse ad agire, condizione imprescindibile di ogni azione, e che al convenuto compete sollevare la relativa eccezione, ma che, per il canone interpretativo della prossimità della prova, è al curatore che deve addossarsi l'onere della prova della sussistenza dell'interesse.

La sorte del credito ricondotto nella massa fallimentare

La Suprema Corte, dopo aver quindi chiarito che il creditore soddisfatto extraconcorso non rispetta la necessità del previo soddisfacimento dei debiti della massa (prededucibili) e che viola pertanto la *par condicio* rispetto agli altri creditori privilegiati posteriori che si insinuino successivamente, passa all'analisi del secondo quesito, relativo alla eventuale collocazione del credito in chirografo, una volta che sia stata effettuata la revocatoria.

Va premesso che il diritto all'insinuazione al passivo del credito del creditore che subisce la revoca del pagamento presuppone che egli restituisca alla massa quanto incassato.

Non è necessario che la restituzione avvenga a seguito di sentenza e tanto meno che avvenga dopo che la sentenza di revoca sia passata in giudicato: è sufficiente che il creditore abbia restituito, eventualmente anche a seguito di transazione; in tal caso, il creditore ha facoltà di avvalersi della regola di cui all'art. 112 L. Fall., se prova che il ritardo dell'insinuazione non è a lui imputabile (come nel caso in cui abbia restituito in forza di richiesta della curatela e successiva transazione).

L'opzione della collocazione in chirografo del credito dedotto nel giudizio oggetto di trattazione è dominante nella giurisprudenza di legittimità, ponendo in evidenza, a partire dalla natura distributiva dell'azione revocatoria, come qualsiasi pagamento eseguito nel periodo sospetto, sebbene fondato sull'obbligo di soddisfare un creditore munito di prelazione, altera la *par condicio creditorum*. Rimane da comprendere se, ferma la concorsualità del credito conseguente alla ripetizione in revocatoria del pagamento eseguito dal fallito, la collocazione in chirografo sia l'unica che determini la corretta applicazione di tale violato principio.

Il principio della *par condicio* si fonda sulla graduazione dei crediti secondo criteri di priorità predeterminati dalla legge. Le S.U. nella sentenza n. 7028 del 2006, hanno affermato che la lesione della *par condicio* si determina con l'uscita del bene o, come nel caso di specie, del pagamento successivo alla compravendita del bene (titoli azionari) oggetto dell'atto di disposizione. Con la sua re-inclusione nella massa, per effetto della revocatoria, si ristabilisce la parità alterata, ma i principi che regolano la collocazione e la graduazione dei crediti ammessi al passivo devono essere conservati, alla luce della natura giuridica del credito, dalla soddisfazione del quale è derivato l'atto sospetto.

⁵ Attuandosi, come si trova affermato nella giurisprudenza, un "pignoramento generale" sui beni del debitore. L'espressione, in origine, risale a R. Provinciali, Manuale di diritto fallimentare, V ed., Milano, 1970, 701 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. Civ. 13 marzo 2014, n. 5792, in Inexecutivis.it, 15 dicembre 2017; Cass. Civ. 30 luglio 2009, n. 17735, in Arch. locazioni, 2010, 151; Cass. Civ. 20 luglio 2007, n. 16158, in Mass. Giust. civ., 2007, 1461; Cass. Civ. 9 luglio 2004, n. 12684, in Giust. civ., 2004, I, 1941; Cass. Civ. 22 marzo 2001, n. 4090, in Mass. Giust. civ., 2001, 546. Per la tesi per cui "attuando la dichiarazione di fallimento un pignoramento dei beni del fallito", la loro rivendica soggiace alla disciplina della opposizione di terzo all'esecuzione, cfr. Cass. Civ. 19 marzo 2003, n. 4043, in questa Rivista, 2004, 43, con nota di C. Trentini.

⁶ Cass. Civ. 22 giugno 2018, n. 16565, cit. Ma, pur affermando che l'*eventus damni* è *in re ipsa*, consistendo nella lesione della *par condicio*, ricollegabile (per presunzione assoluta) all'uscita del bene dal patrimonio del fallito, Cass. Civ. 15 maggio 2019, n. 13002, in Mass. Giust. civ., 2019, precisa che il pregiudizio alla massa è presunto e peraltro tale presunzione opera *iuris tantum*, e sul convenuto grava l'onere di vincere la presunzione; v. anche Cass. Civ. 24 febbraio 2006, n. 4206, in Giust. civ., 2007, 2563; Cass. Civ. 5 dicembre 2016, n. 24792, in Mass. Giust. civ., 2017.

Il pagamento revocato (e revocabile solo ove accertata la *scientia decoctionis* del creditore) costituisce pur sempre l'adempimento di un'obbligazione debitoria munita di garanzia reale ed assistita da diritto di prelazione esercitabile anche in sede concorsuale. L'inefficacia del pagamento eseguito nel periodo sospetto determina la collocazione concorsuale, non potendosi escludere l'esistenza di crediti prededucibili e poziori, tenuto conto della formazione progressiva dello stato passivo. L'inefficacia del pagamento conseguente alla revoca incide sull'esclusione della concorsualità, non anche sulla corretta collocazione concorsuale, in ossequio al principio della *par condicio creditorum*. La causa di prelazione che assisteva il credito originario qualifica anche il nuovo credito derivante dal pagamento (eseguito in adempimento del credito privilegiato) revocato, poiché si verificherebbe, nell'ipotesi della collocazione del credito in chirografo, un effetto peggiore anche rispetto alla soddisfazione post fallimentare di un credito avente le medesime caratteristiche, ma non ancora realizzato. Anche se il ricavato della vendita del bene oggetto della garanzia reale non è stato acquisito dalla massa, ma al contrario il pegno è stato escusso prima della dichiarazione di fallimento al fine di estinguere uno scoperto di conto corrente, la revocabilità in presenza delle condizioni di legge (L. Fall., art. 67, co. 2) costituisce rimedio adeguato, nella misura in cui si consenta al creditore di concorrere su quanto restituito a seguito della revoca con la stessa collocazione che gli sarebbe spettata se la somma fosse stata ripartita dal creditore a seguito della liquidazione dell'attivo, previa decurtazione ex art. 111 ter L. Fall., dei crediti prededucibili e con prioritaria soddisfazione dei crediti poziori. Con questa soluzione non risultano danneggiati né i creditori concorsuali (poiché l'atto dispositivo è stato revocato), né il creditore prelazionato, il cui credito conserva il grado derivante dalla natura del proprio credito, ma in modo corretto all'interno della sede concorsuale.

Come affermato da autorevole dottrina, la regola della *par condicio* deve valere anche in favore del creditore all'atto dell'insinuazione al passivo: così ragionando si determina un adeguato bilanciamento tra il diritto dei creditori concorsuali a non ricevere meno rispetto a quanto avrebbero avuto diritto di ricevere se il pagamento al creditore munito di diritto di prelazione fosse avvenuto tramite il riparto e la tutela del creditore revocato a che i creditori concorsuali non ricevano di più di quanto avrebbero ottenuto se il suo soddisfacimento fosse avvenuto all'interno del concorso.

La funzione della revocatoria deve essere individuata nella necessità di costringere il creditore (munito di garanzia consolidata) a sottoporsi alle regole del concorso, non potendosi escludere, come indicato dalle S.U. nella pronuncia n. 7028 del 2006, l'esistenza di ulteriori crediti prededucibili o comunque poziori insinuati successivamente all'inizio dell'azione: questa funzione è realizzata pienamente mediante la revocabilità, non occorrendo che il creditore perda la sua posizione fondata sul diritto di prelazione, non oggetto di revoca, dal momento che come espressamente affermato dalle S.U. "*solo all'esito della ripartizione dell'attivo potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni degli altri creditori*".

Anche se la L. Fall., art. 70, comma 2, non precisa quale grado debba essere dato al credito del terzo (creditore) revocato in sede di successiva insinuazione al passivo, la Suprema Corte ritiene, alla luce di un'interpretazione sistematica, che a quest'ultimo possa essere riconosciuta la stessa causa di prelazione di cui godeva in precedenza e che la norma debba essere interpretata conformemente alla *ratio* dell'azione cui accede ovvero quale strumento di ripristino della *par condicio* alterata consentendo al creditore munito di causa di prelazione di realizzare quest'ultima ma solo all'interno del concorso.

La posizione della giurisprudenza di legittimità.

In relazione al primo quesito deve essere affermato il seguente principio di diritto: "il pagamento eseguito dal debitore, successivamente fallito, nel periodo sospetto, così come determinato nella L. Fall., art. 67, co. 2, ove si accerti la *scientia decoctionis* del creditore, è sempre revocabile, anche se effettuato in adempimento di un credito assistito da garanzia reale ed anche se l'importo versato deriva dalla vendita del bene oggetto di pegno.

In merito al secondo quesito, viene formulato il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: "*la revoca, L. Fall., ex art. 67, del pagamento eseguito in favore del creditore pignoratizio, con il ricavato della vendita del bene oggetto del pegno, determina il diritto del creditore che ha subito la revocatoria ad insinuarsi al passivo del fallimento con il medesimo privilegio nel rispetto delle regole distributive di cui alla L. Fall., artt. 111, 111 bis, 111-ter e 111-quater*".

Le Sezioni Unite rovesciano la tesi sinora prevalentemente seguita dalla giurisprudenza che aderiva alla tesi per cui il credito che viene insinuato ex art. 70 L. Fall. sorge ex novo con la restituzione, e, come tale, è privo della garanzia divenendo dunque chirografario.