



ILENIA FEBBI

***Brevi note sulla responsabilità senza debito della procedura fallimentare: ipoteca e atto revocato tra incertezze procedurali, interventi giurisprudenziali e proposte.***

1. Con la recente pronuncia del 30 gennaio 2019 (ord. n. 2657)<sup>1</sup>, la Cassazione è tornata sulla *vexata quaestio* della verifica del diritto di credito ipotecario nel fallimento del terzo datore d'ipoteca. La Corte ha statuito che la sede in cui il creditore ipotecario può far valere il suo diritto di credito contro il terzo datore d'ipoteca è direttamente la procedura di ammissione al passivo. Il creditore, presentando domanda di insinuazione al passivo limitatamente all'importo della garanzia reale iscritta, può chiedere di partecipare alla ripartizione delle somme ricavate dalla vendita del bene ipotecato.<sup>2</sup>

La pronuncia si pone in consapevole contrasto con la giurisprudenza secondo la quale il creditore ipotecario, non diretto creditore del terzo datore d'ipoteca fallito, non potrebbe insinuarsi al passivo di questi. Secondo questa giurisprudenza, sebbene la riforma del 2006 abbia novellato l'art. 52 l. f. nel senso di imporre che ogni diritto reale o personale vada accertato secondo le modalità previste agli artt. 92 e ss. l. f., vi sarebbe continuità con la vecchia disciplina, perché il riferimento ai diritti reali, contenuto nel comma 2 dell'art. 52 l. f. (“*nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo 5, della disciplina del concorso*”) non riguarderebbe, in generale, i diritti reali di garanzia e, comunque, “*i diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore (o terzo datore della garanzia), atteso che questi si pongono al di fuori dello stato passivo fallimentare perché il terzo non è creditore diretto del fallito*” (Cass. I, 10 luglio 2018, n. 18082).<sup>3</sup> In ogni caso, si aggiunge, “*ove anche si volesse estendere la detta disposizione fino a comprendere anche quell'accertamento del diritto verso il terzo datore di garanzia, si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo*”, il che sarebbe incompatibile con le caratteristiche della procedura di insinuazione al passivo (Cass. n. 18082/2108; Cass. I, 9 febbraio 2016 n. 2540; Cass. I, 20 novembre 2017, n. 27504).

Nel regime antecedente la riforma del 2006, la giurisprudenza era concorde nell'escludere dal passivo fallimentare il soggetto garantito da ipoteca iscritta su bene del fallito terzo datore. L'esclusione era motivata dal fatto che l'art. 52 l. f., nel prevedere che solo i diritti di credito fossero accertati con la procedura dell'insinuazione, non faceva alcun riferimento ai diritti reali quali quello sul bene ipotecato (Cass. I, 30 gennaio 2009 n. 2429; Cass. I, 19 maggio 2009 n. 11545). L'ammissione del creditore ipotecario al passivo avrebbe – secondo la giurisprudenza – generato situazioni contrastanti con i principi della materia fallimentare. In particolare, il creditore

---

<sup>2</sup> “L'art. 52, comma 2, non fa più esclusivo riferimento ai crediti, ma affianca ad essi ‘ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare’ quale oggetto dell'accertamento secondo le forme stabilite dal capo 5. Correlativamente, l'art. 103, non è più riferito ai soli beni mobili e l'art. 108, non prevede più l'avviso della vendita ai creditori iscritti, mentre l'art. 92, ora prevede, per converso, un avviso anticipato alla fase iniziale della procedura fallimentare rivolto non soltanto ai creditori, ma anche ‘ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito’, avviso avente ad oggetto la facoltà di ‘partecipare al concorso’ presentando domanda ai sensi dell'art. 93, ossia domanda di ‘ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili’”

<sup>3</sup> “L'art. 52 l. f. non sottopone a concorso la posizione soggettiva del terzo, che non è creditore diretto del fallito; né è configurabile un'ammissione atipica al passivo, che sia circoscritta ai soli beni oggetto della predetta garanzia, valendo per la loro realizzazione in sede esecutiva, in virtù del richiamo di cui alla L. Fall., art. 105, le modalità di cui agli artt. 602-604 c.p.c., in tema di espropriazione contro il terzo proprietario”;



del garantito avrebbe finito per ricoprire lo stesso ruolo dei creditori del garante (terzo fallito), prendendo parte al comitato dei creditori nonché partecipando alla ripartizione di tutto l'attivo fallimentare, assumendo così un'anomala posizione di "creditore del fallito". Al titolare di diritto reale di garanzia era allora riservata l'istanza per partecipare alla ripartizione delle somme derivanti dalla vendita del bene ipotecato solo dopo la notifica dell'ordinanza di vendita disposta dall'art. 108 l. f. precedentemente in vigore.

Nonostante la riforma del 2006, che ha novellato l'art. 52 l. f. introducendo i diritti reali e personali nel novero di quelli oggetto dell'accertamento del giudice delegato in sede fallimentare, la Suprema Corte ha prevalentemente continuato ad avvalorare l'orientamento precedente. Essa infatti ha escluso la possibilità di proporre domanda di ammissione al passivo per il creditore ipotecario garantito da ipoteca iscritta su un bene di un terzo fallito, in quanto il riferimento ai diritti reali fatto dall'art. 52 l. f. non ricomprenderebbe i diritti di garanzia costituiti dal terzo non debitore, argomentando con l'impossibilità di soddisfare l'esigenza di contraddittorio con il debitore non coinvolto nella procedura concorsuale.

Per superare l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 108 l. f., che in precedenza prevedeva l'obbligo di avviso ai creditori ipotecari prima della vendita, la giurisprudenza ha pertanto ammesso il creditore a far valere il proprio diritto, in deroga al divieto di azioni esecutive individuali *ex* art. 51 l. f., tramite autonoma azione esecutiva contro il fallimento ai sensi degli artt. 602 e 604 c.p.c. (Cass. I, 9 febbraio 2016 n. 2540; Cass. I, 20 novembre 2017 n. 27504; Cass. I, 10 luglio 2018 n. 18082).

2. La scelta di Cass. n. 2657/2019 rovescia questa costruzione, e sembra in verità più congrua alla disciplina normativa ed alla sua *ratio*. Essa permette al creditore ipotecario, da un lato, di far valere immediatamente il proprio diritto superando ogni incertezza quanto alle modalità e ai termini dell'accertamento e, dall'altro, di eliminare la necessità di contraddire al divieto di azioni esecutive imposto dall'art. 51 l. f., divieto evidentemente eluso dalla possibilità del pignoramento del terzo *ex* artt. 602 ss. c.p.c.

Resta il punto relativo al contraddittorio con il debitore garantito dall'ipoteca sul bene del terzo fallito: come si è detto, la precedente giurisprudenza (Cass. 9 febbraio 2016, n. 2540), ritenuta imprescindibile l'effettività di tale contraddittorio, lo ha giudicato inattuabile nella procedura degli artt. 92 ss. l. f., contrariamente alla sede dell'esecuzione contro il terzo proprietario che coinvolge ad un tempo debitore e terzo proprietario. Cass. n. 2657/2019 ha però rovesciato i termini del problema negando la stessa necessità dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti di un soggetto *"la cui obbligazione, a ben vedere, non è toccata da una decisione riguardante esclusivamente il concorso degli aventi diritto nel fallimento del terzo proprietario del bene ipotecato"*.

La scelta si allinea alla riforma introdotta dal d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019. L'art. 201 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nel chiarire la posizione del creditore ipotecario, stabilisce: *"Le domande di ammissione al passivo di un credito o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili compresi nella procedura, nonché le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui, si propongono con ricorso da trasmettere a norma del comma 2, almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo"*. Nel nuovo sistema, il titolare dell'ipoteca vede quindi trasformato il suo diritto di seguito in un diritto di credito (nel credito all'importo corrispondente alla somma ricavata dalla vendita del bene ipotecato), e questo lo legittima a procedere in veste di creditore della procedura. La legge ha qui considerato recessivo il diritto al contraddittorio del debitore, evidentemente presupponendo che la questione della sorte del bene riguardi sostanzialmente il proprietario e il titolare del diritto di sequela: la questione dell'inadempimento del debitore (se già non risulti da titolo certo) si presta infatti ad essere oggetto di cognizione *incidenter tantum* nel procedimento di



insinuazione. E se è vero che, pagando l'importo ricavato dalla vendita della garanzia, il fallimento ha regresso contro il debitore (art. 2871 c. c.), è anche vero che il debitore non può subire alcuna preclusione dall'intervenuto pagamento potendo esso sempre opporre tutte le eccezioni relative al credito garantito (artt. 2870 e 2859 c.c.).

3.L'adesione a Cass. n. 2657/2019 si riflette necessariamente, a questo punto, sul rapporto tra attuazione della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria e fallimento dell'avente causa, cioè della simmetrica ipotesi di responsabilità senza debito del fallito e di destinazione di un bene presente nel patrimonio di questi alla soddisfazione di un soggetto non creditore.

Giova premettere che, alla luce della (discussa, e discutibile) Cass. Sez. Unite 30416/2018, che nega la possibilità di esercitare l'azione revocatoria contro un fallimento già dichiarato, la questione riguarda solo la sentenza di accoglimento pronunciata prima dell'apertura della procedura concorsuale, e quella pronunciata dopo la dichiarazione di fallimento ma relativa a domanda proposta (trascritta) prima della (trascrizione della) dichiarazione (la giurisprudenza di legittimità è unanime nel riconoscere al creditore agente in revocatoria la possibilità di proseguire il giudizio qualora nelle more uno dei convenuti, debitore o terzo acquirente, fallisca: Cass. Sez. Unite 30416/2018; Cass. n. 5252/2008; Cass. Sez. Unite n. 28841/2008; Cass. Sez. Unite n. 29421/2008; Cass. Sez. III n. 21810/2015).

L'art. 2902 c.c. consente al creditore, che ha ottenuto la dichiarazione di inefficacia, di "*promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato*". Di fronte al fallimento del terzo acquirente, il creditore incorre pertanto nei medesimi problemi di colui che è garantito da ipoteca iscritta sul bene di un terzo fallito.

Un tradizionale orientamento giurisprudenziale, richiamando le succitate sentenze di legittimità concernenti il creditore ipotecario e precedenti la riforma fallimentare del 2006, parificava le due situazioni. Al creditore vincitore in revocatoria veniva negata l'esperibilità dell'insinuazione al passivo, ed era riconosciuto un diritto di prelazione sul bene oggetto dell'atto revocato con attribuzione del potere di intervenire in sede di vendita per partecipare alla ripartizione delle somme ricavate dalla liquidazione del bene dopo la notifica dell'avviso ai sensi dell'art. 108 l.f. previgente.<sup>4</sup> In particolare, "*l'art. 602 c.p.c., introduttivo del capo 6, titolo 2, libro 3, del c.p.c., intitolato 'espropriazione contro il terzo proprietario', equipara infatti l'espropriazione sui beni gravati da pegno od ipoteca per un debito altrui a quella sui beni la cui alienazione da parte del debitore è stata revocata per frode. Ne consegue che in caso di accoglimento della domanda revocatoria trascritta in data anteriore al fallimento, la sentenza costituirà titolo per partecipare al riparto: in base ad essa, l'attore vittorioso potrà ottenere, in sede di distribuzione del ricavato della vendita del bene, la separazione della somma corrispondente al proprio credito verso l'alienante, di cui ha diritto ad ottenere il soddisfacimento in via prioritaria rispetto ai creditori concorsuali.*" (Cass. Sez. I, n. 25850 del 2 dicembre 2011). Tale orientamento, al pari delle richiamate pronunce della Suprema Corte precedenti la riforma del 2006 e riguardanti la verifica del diritto del creditore ipotecario in sede di fallimento del terzo datore d'ipoteca, escludeva la possibilità per il creditore revocante sia di insinuarsi al passivo fallimentare del terzo acquirente non essendo

<sup>4</sup> "Secondo un orientamento che può reputarsi ormai consolidato (Cass. nn. 11545/09, 2420/09, 15186/00) il titolare di pegno o ipoteca su beni immobili compresi nel fallimento, e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non può avvalersi del procedimento di verifica, in quanto, allorché il fallito sia estraneo al rapporto obbligatorio, il debito corrispondente non può incidere sull'intera massa passiva. Il credito del garantito, anche se escluso dal concorso formale, è tuttavia assoggettabile a verifica, ai sensi dell'art. 108, u.c., L. Fall., nella fase posticipata della liquidazione del bene gravato: il titolo che costituisce la prelazione rappresenta infatti una passività di cui il patrimonio del fallito deve essere depurato prima della ripartizione del ricavato ai creditori concorsuali. Ad analoghe conclusioni può giungersi per ciò che riguarda il diritto del creditore dell'alienante a soddisfarsi sul bene acquisito all'attivo fallimentare in conseguenza dell'atto di trasferimento dichiarato inefficace nei suoi confronti."



diretto creditore dello stesso, sia di agire autonomamente in via esecutiva nei confronti della procedura concorsuale<sup>5</sup>.

4. Nella giurisprudenza di legittimità è presente però anche la tesi dell'insinuazione al passivo: in particolare con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 1894/2018, la Sezione I della Cassazione ha espressamente affermato che l'unico "sbocco" possibile per il creditore vincitore in revocatoria è l'insinuazione del credito da restituzione, corrispondente al valore del bene oggetto dell'atto revocato, nel passivo fallimentare del convenuto perdente.<sup>6</sup>

Tale posizione si espone alla stessa fondamentale obiezione sollevata riguardo ai poteri del creditore garantito da ipoteca iscritta su bene di un terzo fallito: la inefficacia dell'atto dispositivo dichiarata dalla sentenza di revoca non è pronunciata a favore di creditore del terzo acquirente perdente. L'unico effetto derivante dall'accoglimento della domanda di revocatoria ai sensi dell'art. 2902 c.c. è la precostituzione di un titolo per esercitare un'azione esecutiva autonoma sul bene oggetto dell'atto revocato.

Stando così le cose, anche il creditore vincitore in revocatoria non potrebbe inserirsi al passivo del fallimento del convenuto perdente non vantando nei confronti di questo alcuna pretesa creditoria. La tutela del suo diritto, alla stregua di quanto previsto per il diritto del creditore ipotecario, si dovrebbe concretizzare nell'esercizio in via autonoma di un'azione esecutiva contro la procedura fallimentare ai sensi degli artt. 602 e ss. c.p.c.

L'ordinanza n. 1894/2018 si pone però in sintonia con la linea adottata da Cass. 30 gennaio 2019, n. 2657 quanto al regime dell'ipoteca: il vincitore in revocatoria può inserirsi al passivo nella veste di creditore della somma corrispondente al valore del bene oggetto dell'atto revocato, non rilevando il fatto che egli non fosse creditore del fallito. Nella revocatoria, peraltro, il problema del contraddittorio con il debitore, esaltato a proposito dell'ipoteca, sfuma del tutto poiché si è già consumato nel procedimento che ha portato al giudicato.

5. A parte sta l'ipotesi della trascrizione della domanda di revocatoria successiva alla dichiarazione di fallimento del terzo acquirente: qui il problema è altro e più radicale perché, alla luce della recente Sezioni Unite del 23 novembre 2018 n. 30416, non si tratta più di individuare il mezzo adatto (tra i più astrattamente disponibili) per la tutela del diritto del creditore danneggiato dall'atto oggetto di revoca, bensì di prendere atto della impossibilità stessa di ottenere la revoca e, quindi, della cancellazione del potere di ricostituire la garanzia patrimoniale del proprio credito. Cass. n. 30416/2018 ha infatti dichiarato inammissibile l'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti del fallimento del terzo acquirente qualora la domanda sia stata trascritta successivamente all'apertura della procedura concorsuale, lasciando in tal modo privo di difesa il diritto del creditore pregiudicato dall'atto di disposizione di un bene immobile realizzato in suo danno dal proprio debitore. Le Sezioni Unite hanno basato la propria decisione sul principio della cristallizzazione della massa operante in virtù della dichiarazione di fallimento, cristallizzazione

---

<sup>5</sup> Quest'ultimo assunto trovava il suo fondamento nell'art. 51 l.f. Secondo la Cassazione, infatti, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive autonome, previsto dalla citata disposizione, aveva natura obiettiva, cioè si riferiva a tutti i beni facenti parte dell'attivo fallimentare a qualsiasi titolo, compresi anche quelli che erano stati oggetto di atti di disposizione revocati. (Cass. Sez. I n. 25850 del 2 dicembre 2011).

<sup>6</sup> "Nel caso di convenuto in revocatoria che sia fallito, le azioni esecutive - successive all'esito vittorioso di questa - non risulteranno comunque esercitabili, giusta appunto il divieto di cui all'art. 51 legge fall.: lo sbocco naturale e proprio dell'esito vittorioso consistendo - come si è già visto essere insegnamento tradizionale di questa Corte - nell'insinuazione del credito da restituzione (come in sostanza relativo al valore del bene di cui alla revoca) nel passivo fallimentare del convenuto perdente."



che non potrebbe essere scalfita da un'azione (e quindi da una sentenza) a natura costitutiva quale sarebbe l'azione revocatoria ordinaria.<sup>7</sup>

Tale ultimo assunto è però assai dubbio. Mediante l'*actio pauliana*<sup>8</sup> viene dichiarato inefficace *ex tunc* nei confronti del creditore agente un atto illecito realizzato in suo pregiudizio (art. 2901 c.c.). L'azione revocatoria (soprattutto quella ordinaria) si inquadra pertanto meglio tra le azioni di accertamento di un'illeceità originaria che risale al momento della trascrizione dell'atto: si tratta di una retroattività "sostanziale" che poco ha a che fare con la retroattività "processuale" (di antidoto alla durata del processo) legata al momento della trascrizione della domanda. Oltre alla natura dell'azione, cospirano inoltre contro la soluzione corpose ragioni di opportunità già illustrate in dottrina.<sup>9</sup>

Purtroppo, però, la intrinseca insostenibilità della posizione delle Sezioni Unite non impedirà che (almeno per un po') sia considerata quale "diritto vivente" la soluzione dell'inammissibilità della domanda di revocatoria proposta contro un fallimento già dichiarato. A meno che il legislatore del codice della crisi, che conserva la delega al fine di esercitare poteri correttivi, non ne faccia uso scrivendo una norma apposita che sopperisca alla poco condivisibile scelta della Corte.

Posto allora che il nuovo codice è, come si è detto, già intervenuto sulla procedura per esercitare il diritto di seguito ipotecario (art. 201), l'occasione per contrastare la soluzione delle Sezioni Unite potrebbe essere data dalla opportunità di uniformare la tutela del creditore attore in revocazione e quella del creditore ipotecario sotto il profilo della loro sostanziale assimilabilità.

Non è chiaro, infatti, il motivo per cui situazioni tutte corrispondenti al *genus* della responsabilità senza debito debbano essere sottoposte a discipline differenti.

---

<sup>7</sup> "Dalla natura costitutiva della sentenza che accoglie la domanda revocatoria consegue che, poiché gli effetti tipici della stessa sono quelli della creazione di una situazione giuridica nuova, l'inammissibilità dell'azione de qua appare saldamente fondata sulla regola della cristallizzazione della massa passiva alla data del fallimento sicchè deve essere corretta la motivazione contenuta nella sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 4, laddove fonda tale sanzione processuale sulla natura di azione esecutiva della revocatoria."

<sup>8</sup> Almeno quella ordinaria, caratterizzandosi l'azione revocatoria fallimentare come azione a sé stante.

<sup>9</sup> B. SASSANI, *Improporzionabili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it); I. FEBBI, *Brevi considerazioni sulla inammissibilità della revocatoria quale "azione costitutiva" nel pensiero delle Sezioni Unite*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it).