



Francesco Campione

Questioni processuali in tema di revocatoria fallimentare nei confronti di altra procedura concorsuale*

Sommario: 1. Il problema dell'ammissibilità dell'azione revocatoria proposta dal curatore contro altra procedura concorsuale. - 2. La dimensione processuale del problema in esame: profili preliminari – 3. La proponibilità, in sedi separate, dell'azione revocatoria fallimentare contro il curatore e della domanda restitutoria conseguenziale; il coordinamento tra i giudizi. - 4. Un'ultima questione: la necessità o meno che la domanda di revoca del curatore sia accompagnata da un'apposita istanza di condanna.

1. Ad avviso di chi scrive, la soluzione propugnata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 30416 del 2018 – concentrando l'analisi sulla questione dell'esperibilità dell'azione revocatoria (fallimentare e ordinaria) da parte del curatore nei confronti di altra procedura concorsuale - appare tutt'altro che condivisibile¹.

Invero, a ben vedere, il tema oggetto della decisione del Supremo Collegio richiede di affrontare due ordini

* Il presente contributo altro non è che una versione lievemente alleggerita (ma anche in minima parte aggiornata) dell'articolo *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 3-4/2019, 750 ss, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti

Segnaliamo, inoltre, che l'argomento trattato, nei suoi snodi principali, non è toccato dalla riforma che ha condotto all'emanazione del Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155). Infatti il contenuto delle principali disposizioni della legge fallimentare che via via richiameremo è rimasto pressoché intatto, pur in un contesto ove sul piano terminologico si è determinato l'avvento, in luogo del fallimento, alla “liquidazione giudiziale” (cfr. ad es. gli artt. 150 e 151 C.C.I.I in raffronto agli artt. 51 e 52 l.fall.; oppure gli artt. 165 e 166 C.C.I.I. in raffronto agli artt. 66 e 67 l.fall.).

¹ Con tale pronuncia, com'è noto, le SS.UU., rispetto alla questione enunciata, hanno accolto la soluzione negativa, non dando seguito all'esito auspicato dalla ordinanza di rimessione [Cass. (ord.) 25 gennaio 2018, n. 1894].

In breve, la Suprema Corte ha articolato il proprio ragionamento basandolo, nei suoi snodi essenziali, sui seguenti passaggi.

La sentenza che accoglie la domanda del curatore che esperisce un'azione revocatoria fallimentare ha natura costitutiva; la Corte dà conto di come si tratti di un'impostazione da sempre seguita in giurisprudenza e corroborata nel corso degli anni anche da pronunce delle stesse Sezioni Unite. Dalla natura costitutiva della predetta sentenza, discende che essa produce effetti dal momento in cui passa in giudicato; tali effetti possono retroagire alla data della domanda (opponibile al fallimento se trascritta ai sensi dell'art. 45 l.fall.), salvi i casi in cui la legge contempla espressamente la retroattività degli effetti al momento della nascita del rapporto (modificato dalla sentenza medesima), come nell'ipotesi delineata dall'art. 1458 c.c.

Da quanto sopra consegue che, dato che gli effetti tipici della sentenza costitutiva consistono nella creazione di una situazione giuridica nuova, l'inammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare nei confronti di altra procedura concorsuale appare fondata sul principio della cristallizzazione della massa passiva alla data della dichiarazione del fallimento (convenuto); siffatto principio impedisce di invocare nei confronti del fallimento – eventualmente destinatario dell'azione e dei suoi effetti - una pretesa che sorge solo a seguito della sentenza di accoglimento della domanda; sicché “*si può parlare di “diritto quesito” alla revoca solo se la causa sia stata promossa prima del fallimento e se la domanda sia stata trascritta anteriormente al fallimento del terzo che subisce l'azione revocatoria*”.

L'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare sono indubbiamente caratterizzate da differenti presupposti e profili di disciplina; senonché tale diversità non vale a modificare natura ed effetti dell'azione ordinaria, qualora sia proposta dal curatore, poiché la stessa condurrà a un provvedimento costitutivo, “*con ogni conseguenza già ravvisata a proposito della revocatoria fallimentare*”.

La conclusione alla quale giungono le Sezioni Unite è in linea con quanto affermato dai più recenti precedenti della stessa Suprema Corte sul tema della ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare avverso altra procedura concorsuale; precedenti che, d'altro canto, ad avviso dell'ordinanza interlocutoria, dovevano essere “superati” (per approfondimenti cfr., se vuoi, CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 3-4/2019, 750 ss., ove si rileva anche che, storicamente, il tema della ammissibilità della revocatoria contro altro fallimento si è rivelato piuttosto controverso, facendo emergere sovente anche spunti problematici in merito alle implicazioni di matrice processuale e che in particolare in dottrina, tradizionalmente, è stata per lo più ammessa la possibilità che una procedura concorsuale subisca un'azione revocatoria esercitata da un curatore fallimentare; casomai il dibattito si è prevalentemente concentrato sulle implicazioni di matrice processuale).



di questioni: in primo luogo si pone proprio il problema dell'esperibilità da parte del curatore fallimentare dell'azione revocatoria contro un altro fallimento; in secondo luogo, ove si giunga a una soluzione positiva rispetto al primo punto, si tratta di scrutinare i profili più direttamente di matrice processuale, i quali attengono, per così dire, alla individuazione delle vie giurisdizionali da seguire, da un lato, per esercitare l'azione revocatoria e, dall'altro, per far valere le pretese restitutorie conseguenziali all'accoglimento della domanda di revoca.

Iniziando dal primo aspetto, si può osservare come le Sezioni Unite giungano alla soluzione dell'inammissibilità dell'azione revocatoria contro altra procedura concorsuale facendo esclusivamente leva sul principio della cristallizzazione della massa passiva, il quale impedirebbe di invocare, verso il fallimento eventualmente destinatario dell'azione stessa, una pretesa che sorge solo a seguito della sentenza di accoglimento della domanda; il che equivale a dire, in sostanza, che in virtù di siffatto principio non si possono insinuare al passivo fallimentare domande restitutorie che conseguono, ad esempio, all'annullamento, alla risoluzione o alla rescissione del contratto, qualora l'effetto costitutivo derivante dalla modificazione prodotta dalla sentenza non si sia verificato prima della dichiarazione di fallimento.

Invero, va osservato che la legge fallimentare contempla diverse eccezioni al principio generale enunciato dall'art. 52 (che infatti fa salva una diversa previsione di legge); e in giurisprudenza è ormai evidente la tendenza ad ampliare la portata di tali eccezioni².

L'ordinamento concorsuale, in altre parole, contempla non poche ipotesi in virtù delle quali sono ammessi al concorso diritti di credito tecnicamente non ancora sorti al momento della dichiarazione di fallimento³. Del resto, secondo l'elaborazione tradizionale della giurisprudenza, devono considerarsi anteriori al fallimento i crediti fondati su "titolo o causa" o comunque su una situazione giuridica anteriore⁴; e – come spiegheremo meglio più avanti – nel caso dell'azione revocatoria esperita contro altra procedura concorsuale la pretesa che discende dall'accoglimento della domanda ha titolo anteriore al fallimento (convenuto).

Inoltre, le Sezioni Unite, rigettando sul punto quanto enunciato dall'ordinanza interlocutoria circa gli effetti dell'esercizio vittorioso dell'azione revocatoria⁵, hanno espressamente sostenuto che la sentenza costitutiva produce effetti che possono retroagire al massimo alla data della domanda giudiziale, salvi i casi in cui la legge – come ad esempio l'art. 1458 c.c. in tema di risoluzione – prevede espressamente che gli effetti retroagiscono al momento in cui è sorto il rapporto.

A ben vedere, il dato della retroattività o meno degli effetti dell'accoglimento della domanda di revoca alla data dell'atto revocato appare, ai nostri fini, piuttosto decisivo.

Le Sezioni Unite, peraltro, sembrano considerare l'irretroattività come un dato scontato e inoppugnabile, motivando l'assunto sulla base della mancanza di una disposizione espressa (come l'art. 1458 c.c.) che contempli la retrodatazione degli effetti al momento della nascita del rapporto.

Sennonché, a nostro avviso, l'apparente fermezza di tale impostazione può essere messa in discussione dai

2 Cfr. i rilievi sul punto di P. BOSTICCO, Sub art. 52, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2017, pp. 613 ss.

3 In questo senso, tra l'altro, si può pensare ad esempio ai crediti alla cui fattispecie costitutiva è apposta una condizione sospensiva, che sono ammessi a partecipare al concorso ai sensi dell'art. 55, comma 3°, l.fall. [cfr. sul punto la riflessione contenuta in L. CALVOSA - G. GIANNELLI - F. GUERRERA - A. PACIELLO - R. ROSAPEPE, *Diritto fallimentare* (manuale breve), Milano, 2017, pp. 300 ss., ove si rileva come l'antiorità debba riguardare il titolo costitutivo e non l'effetto giuridico/diritto].

4 Cfr. G. RUISI (con aggiornamento a cura di CENSONI), in *Il Fallimento* (Giurisprudenza sistematica civile e commerciale), a cura di Maffei Alberti, Jorio, Ruisi e Tedeschi, Torino, 1978, p. 500, e i riferimenti giurisprudenziali *ivi* riportati, ove si aggiunge – sempre richiamando appositi arresti di legittimità – che, pertanto, deve affermarsi ad esempio la concorsualità del credito relativo a quei danni che, pur manifestatasi o accertati o liquidati in corso di fallimento, siano tuttavia derivati da inadempimento contrattuale o da fatto illecito anteriore al fallimento stesso.

5 La Cassazione, nell'ordinanza di rimessione, ha rilevato che, secondo il proprio insegnamento tradizionale, l'esercizio vittorioso dell'azione revocatoria ha effetto retroattivo, onde l'atto (poi revocato), seppure intrinsecamente valido, "manca ab imo di efficacia nei confronti del fallimento che l'ha esperita".



seguenti rilievi.

Intanto, che gli effetti dell'esito vittorioso dell'azione revocatoria retroagiscano alla data dell'atto non è ipotesi così fantasiosa, se si pensa che, tradizionalmente, una cospicua parte della dottrina ritiene che l'*actio pauliana*, almeno nella sua forma ordinaria, si configuri come azione di accertamento di una inefficacia originaria dell'atto di disposizione⁶. Non nascondiamo, peraltro, che valorizzando tale idea si finisce col negare qualunque fondamento alla ricostruzione della revocatoria (ordinaria) come azione costitutiva; ma il punto – come osservato anche da chi appare più incline a considerare la revocatoria codicistica come azione di accertamento – è che comunque la natura costitutiva dell'azione, ancorché meramente ipotizzata, non giustificerebbe la irretroattività della sentenza di accoglimento⁷.

Inoltre, se è vero che tra le maglie della disciplina sulla revocatoria (ordinaria e fallimentare) manca una disposizione analoga all'art. 1458 c.c., è anche vero che una siffatta norma difetta pure all'interno della disciplina afferente ad altre pronunce costitutive, per le quali tuttavia è generalmente riconosciuta l'efficacia retroattiva, come l'annullamento e la rescissione⁸.

Insomma, l'idea della retroattività delle sentenza di revocatoria sembrerebbe sorretta, non solo da specifici riscontri dottrinali e giurisprudenziali recenti⁹, ma anche dalla considerazione che, con tutta probabilità, anche nella “dimensione” dell'azione revocatoria entra in gioco una vicenda negoziale rispetto alla quale può essere predicata l'efficacia eliminabile *ex tunc*¹⁰, secondo una logica espressa dalle Sezioni Unite, in un'altra importante decisione, con riguardo all'annullamento, alla rescissione e alla risoluzione¹¹.

Le riflessioni sin qui articolate sembrano trovare autorevole conferma in una elaborazione¹² che – nell'ottica di mettere ordine rispetto al problema circa la possibilità di insinuare al passivo fallimentare domande restitutorie discendenti da sentenze costitutive intervenute dopo la dichiarazione di fallimento – propone di distinguere tra azioni costitutive proposte nei confronti dell'imprenditore *in bonis*, dichiarato fallito nel corso del processo, e azioni costitutive non ancora esercitate al momento del fallimento.

Così, per quanto attiene alle prime, l'art. 72, comma 5°, l.fall., pur di non facile lettura sotto alcuni profili,

6 E doppiamente relativa; cfr., tra gli altri, C. COSSU, *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, pp. 457 ss.; D. POLETTI, in AA.VV., *Diritto privato*, II, Torino, 2010, pp. 498-499.

7 Cfr. B. SASSANI, *Improprio le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*.

8 In tema di effetti, a parte il disposto del citato art. 1458 c.c. che, come detto, concerne esclusivamente la risoluzione, per l'annullamento e la rescissione sono dettate due norme, rispettivamente agli artt. 1445 e 1452 c.c., le quali, pur contemplando presupposti non coincidenti, stabiliscono che a certe condizioni l'annullamento e la rescissione non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda (di annullamento o rescissione); si tratta a ben vedere di un disposto normativo che può essere allineato a quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 2901 c.c., ai sensi del quale l'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede a titolo oneroso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione.

9 Preme ricordare che, *in parte qua*, l'ordinanza di rimessione n. 1894/2018 richiama Cass. 24 aprile 2012 n. 6270. In dottrina, di recente, cfr. G. LO CASCIO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare promossa tra fallimenti: rimessione alle sezioni unite*, in *Fall.* 2018, pp. 705 ss. e nt. 8, 9 e 10 per riferimenti giurisprudenziali, il quale ricorda anche che il debito restitutorio dell'azione revocatoria è di valore e non di valuta e la decorrenza degli interessi sull'importo liquidato decorrono anche prima della domanda giudiziale, ove vi sia stata costituzione in mora. Su quest'ultimo aspetto, peraltro, la sentenza n. 30416/2018 delle Sezioni Unite rimarca come, in realtà, l'orientamento che si è poi consolidato è nel senso che l'obbligo restitutorio dell'*accipiens* soccombente in revocatoria ha natura di debito di valuta e che è inapplicabile l'ipotesi dell'interruzione della prescrizione prevista dall'art. 2943, comma 4, c.c., a seguito di atti di costituzione in mora (cfr. il punto 4.3 della decisione).

10 Ovviamente, allorché opera la revocatoria, l'inefficacia che si determina, date le peculiarità delle caratteristiche e della funzione di tale azione, è – com'è noto – relativa.

11 Cass. Sez. un. 14 dicembre 2014 n. 26242; si veda in tema il commento di I. PAGNI, *Il “sistema” della impugnativa contrattuali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, pp. 70 ss.; v. anche S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, pp. 931 ss.

12 S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Gabrielli, Luiso e Vassalli, II, Torino, 2014, 421 ss.



sarebbe sufficientemente chiaro nel risolvere lo specifico problema affrontato, posto che riconosce espressamente che l'azione di risoluzione esercitata prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente, a seguito del fallimento di questa, è efficace nei confronti del curatore; con la conseguenza che le pretese restitutorie di somme e di beni (conseguenziali rispetto alla risoluzione), ancorché non ancora sorte al momento della dichiarazione di fallimento, sono opponibili alla massa e, pertanto, azionabili secondo le forme del capo V della legge fallimentare.

La norma, dettata per una ipotesi specifica, avrebbe in realtà recepito un principio di portata generale, di guisa che quanto da essa disposto risulta applicabile anche ad altre fattispecie, quali, ad esempio, le domande di annullamento, di rescissione, di risoluzione per eccessiva onerosità del contratto, di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., nonché di revocatoria fallimentare, proposte contro il contraente *in bonis*, dichiarato fallito nelle more del processo¹³⁻¹⁴.

D'altro canto, lo stesso art. 72, comma 5°, l.fall., non offre spunti univoci circa le modalità di coordinamento tra la domanda costitutiva e la domanda recuperatoria conseguenziale, rimanendo incerto se la prima, intervenuto il fallimento, divenga improcedibile in sede ordinaria per essere "trasferita", unitamente alla pretesa restitutoria, nell'accertamento fallimentare; ovvero se essa permanga in sede ordinaria (con la necessità, allora, di coordinare il giudizio ordinario e il processo di accertamento del passivo).

Passando all'ipotesi – oggetto di interesse specifico in questa sede – dell'azione costitutiva non esercitata prima della dichiarazione di fallimento, l'impostazione dottrinale testé richiamata ritiene che debba essere sottoposto a revisione critica l'orientamento tradizionale, secondo il quale le domande costitutive (e le conseguenziali pretese pecuniarie) non possono essere proposte nei confronti del curatore¹⁵.

Invero, senza voler mettere in discussione il principio della c.d. cristallizzazione della massa e della partecipazione al concorso dei soli creditori il cui diritto sia sorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, il predetto orientamento sostiene che la portata di tali regole debba essere precisata e che esse non operino nelle fattispecie prese in considerazione; ricorda, inoltre, che le regole *de quibus* possono subire deroghe, com'è dimostrato proprio dal caso della domanda costitutiva proposta prima della dichiarazione di fallimento nonché da altre fattispecie¹⁶.

In tale logica, si osserva che, in effetti, il diritto di credito del terzo non può definirsi come tecnicamente esistente prima della dichiarazione di fallimento, posto che viene ad esistenza solo a seguito della

13 Cfr. ancora S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 421 e nt. 89 per richiami giurisprudenziali e di dottrina, nonché p. 422 e nt. 90 e 91 per ulteriori riferimenti. Inoltre, a pag. 423 gli Autori citati giustamente sottolineano che il principio enunciato vale, non solo con riguardo alle pretese restitutorie pecuniarie, ma anche per i diritti alle restituzioni attinenti a beni mobili determinati e di beni immobili, che nascono a seguito della caducazione del titolo negoziale in virtù del quale l'imprenditore, prima della dichiarazione di fallimento, ne aveva acquistato la proprietà.

14 Quanto all'azione ex art. 2932 c.c. proposta dal promissario acquirente, pare utile ricordare che le Sezioni Unite hanno affermato che la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, avvenuta prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore nel registro delle imprese, non impedisce al curatore di esercitare il potere di sciogliersi dal contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 l.fall.; tuttavia, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., lo scioglimento non è opponibile nei confronti del promissario acquirente qualora la domanda ex art. 2932 c.c. venga accolta e la sentenza venga parimenti trascritta; di modo che il giudice può accogliere la domanda con una sentenza che, se trascritta, retroagisce alla trascrizione della domanda stessa e sottrae, in modo opponibile al curatore, il bene alla massa attiva del fallimento (Cass. sez. un. 16 settembre 2015, n. 18131, in *Fall.* 2015, pp. 1284 ss., con nota di BALESTRA, *Trascrizione della domanda e potere del curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle sezioni unite* e di I. PAGNI, *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le sezioni unite*).

15 Cfr., tra gli altri, M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 366; F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 320-321; impostazione di recente ribadita da F. DE SANTIS, *Profili di rito della domanda di risoluzione contrattuale*, in *Fall.* 2018, pp. 1105 ss. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 29 ottobre 2008, n. 25984, in *Fall.* 2009, pp. 1179 ss.; Cass. 16 maggio 2002, n. 7178, in *Foro it.* 2002, I; per ulteriori riferimenti, v. S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, pp. 425-426 e nt. 98.

16 In forza delle quali entra in gioco, ad esempio, l'insinuazione al passivo di crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento, come nel caso del soccombente in revocatoria fallimentare, il quale può chiedere l'ammissione al passivo del proprio credito (cfr. sul punto S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 426 e nt. 99 e 100).



modificazione giuridica prodotta dalla sentenza costitutiva intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento; tuttavia, si rimarca anche che tale diritto ha titolo in fatti precedenti al fallimento, costituiti per lo più da un comportamento antiggiuridico del debitore fallito, e che la modificazione giuridica attuata dall'accoglimento delle azioni in questione ha efficacia retroattiva tra le parti, risalente alla data della stipula del contratto, dunque a un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento¹⁷⁻¹⁸.

Quella appena esaminata è un'impostazione che pare ben adattabile (anche) alla revocatoria fallimentare (oltre che ordinaria) esercitata contro altra procedura concorsuale.

In tale ambito, a ben vedere - al di là della possibilità di esprimersi in termini di antiggiuridicità *tout court*¹⁹ -, è la legge stessa a stabilire che al ricorrere di certi presupposti fattuali, integratisi prima di entrambi i fallimenti, l'attività (*lato sensu*) dispositiva dell'imprenditore *in bonis*, in quanto lesiva della *par condicio creditorum*, è soggetta alla declaratoria di inefficacia ove successivamente alla stessa sia intervenuto il di lui fallimento; il sistema, a parte il rinvio alla disciplina della revocatoria ordinaria²⁰, è congegnato proprio in modo da dare rilevanza al c.d. termine sospetto, cioè a una parentesi temporale (variabile a seconda del tipo di

17 Cfr. ancora, anche per ulteriori precisazioni sul punto, S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 427 e nt. 101 e 102 per approfondimenti e altri riferimenti.

18 Precisa poi la richiamata dottrina – p. 429 ss. - che le conclusioni testé raggiunte valgono bensì per le pretese restitutorie pecuniarie, mentre per i diritti alle restituzioni di beni mobili determinati e di beni immobili – che sorgono a seguito della caducazione del titolo negoziale in ragione del quale il fallito, prima della dichiarazione di fallimento, ne aveva acquistato la proprietà - operano regole in parte diverse, da rintracciare non già nel diritto delle procedure concorsuali, ma nel diritto sostanziale.

In breve, nei casi in cui, per regola di diritto materiale, l'antiorità dell'acquisto del terzo – rispetto alla domanda volta a far caducare il negozio traslativo - produce a suo favore un titolo preferenziale sul piano sostanziale, non è possibile pretendere fondatamente la restituzione del bene, proprio perché il venir meno del negozio non travolge l'acquisto del terzo; sicché, proiettando il discorso sulla scena concorsuale, nelle ipotesi in questione il fallimento – se la sentenza che lo dichiara precede la proposizione (o meglio, come vedremo subito appresso, la trascrizione) della domanda d'impugnativa negoziale - prevale e all'interessato residua solo la possibilità d'invocare la tutela per equivalente, da far valere mediante l'insinuazione al passivo per una somma corrispondente al valore del bene. *In parte qua*, vengono segnatamente in gioco le norme sulla trascrizione delle domande giudiziali e dei relativi effetti rispetto ai terzi; si tratta degli artt. 2652 e 2653 c.c. per ciò che attiene ai beni immobili, e degli artt. 2690 e 2691 c.c. per quanto riguarda i beni mobili registrati.

Quanto alla revocatoria, le disposizioni di riferimento sono l'art. 2652 n. 5 c.c. e, sul fronte dei beni mobili registrati, l'art. 2690 n. 1 c.c.. La questione meriterebbe tutt'altro approfondimento; ad ogni modo, anticipando su questo versante i risultati della nostra indagine, si ritiene che, peraltro, al di fuori di tali ipotesi, debbano valere le medesime conclusioni a cui approderemo all'esito della trattazione, soprattutto se si considera che, secondo la dottrina prevalente, l'ammissione al passivo con riserva può operare anche per le domande di restituzione di beni (cfr. F. DIMUNDO – B. QUATRARO, *Accertamento del passivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, II, Torino, 2009, p. 1049; S. MENCHINI – A. MOTTO, *Op. cit.*, p. 496). Pur tenendo conto della differente efficacia dell'azione revocatoria di atti aventi ad oggetto beni determinati, pare fisiologico che, in caso di revocatoria fallimentare contro il curatore, l'interesse della curatela attrice a vedere “rientrare” il bene nella massa attiva in ottica liquidatoria venga vagliato e acclarato in sede di accertamento dinanzi al giudice delegato del fallimento convenuto (la curatela attrice potrà eventualmente chiedere la sospensione della liquidazione del bene *ex* art. 93, comma 7°, l.fall.), dato che in tal caso emerge anche l'interesse di quest'ultimo alla conservazione del bene stesso; mentre il tribunale del fallimento attore resterà competente a pronunciarsi esclusivamente sull'(in)efficacia dell'atto oggetto della domanda di revocatoria.

19 Sul fronte tematico citato s'innesta, senza possibilità di approfondimento nella presente sede, il problema della configurazione, nell'ambito della revocatoria ordinaria e in contrapposizione alla revocatoria fallimentare, dell'atto di disposizione come illecito (cfr. C. COSSU, *Revocatoria*, cit., pp. 457 ss.; ma per spunti in senso critico v., più di recente, F. DE SANTIS, *Le Sezioni Unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, in *Fall.* 3/2019, 321 ss.).

Il che, con riguardo alla revocatoria fallimentare, rimanda al dibattito circa la necessità o meno che l'atto impugnato abbia arrecato un pregiudizio ai creditori (cfr. per approfondimenti sul punto L. CALVOSA - G. GIANNELLI – F. GUERRERA – A. PACIELLO – R. ROSAPEPE, *Diritto fallimentare*, cit., 255 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, 305 ss.).

20 Rispetto alla quale, ai sensi dell'art. 66 l.fall. (ora art. 165 C.C.I.I.), opera, con gli adattamenti del caso, il rinvio agli artt. 2901 ss. c.c. (sul punto v., tra gli altri, A. BONSIGNORI, *Revocatoria fallimentare*, *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XII, Torino, 1996, pp. 463 ss.).



atto posto in essere dall'imprenditore *in bonis*) necessariamente antecedente la dichiarazione di fallimento del *solvens* e, almeno nella normalità dei casi, dell'*accipiens*.

In tale contesto, inoltre, un dato peculiare da registrare risiede nella circostanza che, laddove poi sopraggiunga anche il fallimento dell'*accipiens* prima dell'esercizio dell'azione, su entrambe le "sponde" della controversia, emergono esigenze di tutela della *par condicio creditorum*. Infatti, da un lato – e cioè dall'angolo visuale del fallimento "destinatario" dell'azione revocatoria e delle pretese conseguenziali –, è rinvenibile l'interesse a garantire il concorso dei creditori con titolo anteriore alla dichiarazione di fallimento; dall'altro lato – e cioè dalla prospettiva del fallimento attore –, è parimenti rintracciabile l'esigenza di garantire la *par condicio*, essendo scopo prioritario della revocatoria fallimentare – la quale, secondo tale logica, opera anche rispetto al pagamento di debiti scaduti – assicurare l'equa distribuzione degli effetti dell'insolvenza presso i creditori²¹.

Sciogliere la tensione dialettica tra tali opposte esigenze a esclusivo favore della procedura concorsuale dell'*accipiens* pare, francamente, eccessivo; le norme di diritto fallimentare, a nostro avviso, consentono, come meglio vedremo più avanti, di giungere ad una soluzione equilibrata e sistematicamente solida²².

Senza contare che precludere la proponibilità con effetti opponibili alla massa della domanda costitutiva dopo il fallimento (dell'*accipiens*) e, dunque, non riconoscere la possibilità al curatore fallimentare di agire in revocatoria contro un'altra procedura concorsuale, rischia di determinare conseguenze inique rispetto a scenari che, invece, dal punto di vista dell'esperibilità della tutela, non dovrebbero essere regolati in maniera distinta²³; e pare altresì integrare una negazione del principio di responsabilità patrimoniale del debitore *ex art. 2740 c.c.*²⁴.

Inoltre, l'opinione, espressa anche dalla Cassazione, contraria all'esperibilità della revocatoria fallimentare contro altra procedura concorsuale e favorevole invece alla sola "proseguibilità" contro il curatore dell'azione esercitata contro il contraente *in bonis*, appare eccessivamente penalizzante se solo si pensa all'ipotesi in cui il fallimento attore sia dichiarato *dopo* il fallimento del convenuto²⁵.

2. Una volta ammessa la possibilità, per la curatela fallimentare, di agire in revocatoria nei confronti di altra procedura concorsuale, occorre esaminare il problema inerente alle forme processuali mediante le quali far valere, avverso altro fallimento, le pretese conseguenziali all'accoglimento della domanda di revoca.

Peraltro, prima di addentrarci nell'analisi, ci pare opportuno fissare, in via preliminare, alcuni tasselli, in parte già emersi nel corso della trattazione.

21 Spunti in C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, Padova, 2015, p. 286.

22 In tale prospettiva, un ruolo non secondario, a nostro avviso, è rivestito anche dall'art. 70, comma 2°, l.fall., il quale consente a colui che, per effetto della revoca, restituisce quanto ricevuto di essere ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

23 Spunti analoghi, se male non intendiamo, in S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 428 (e nt. 103 per ulteriori spunti) i quali, per quanto qui interessa, evidenziano l'iniquità che si presenterebbe se, in materia di risoluzione, si ritenesse che, da un lato, il contraente non inadempiente, proposta l'azione di risoluzione a fronte dell'inadempimento altrui, a seguito del fallimento del convenuto, potrebbe insinuare al passivo le pretese restitutoria e risarcitoria; dall'altro, che sorte analoga non toccherebbe al medesimo soggetto, il quale, a fronte del medesimo inadempimento, non avesse tempestivamente agito in risoluzione e, nel frattempo, la parte inadempiente fosse fallita.

Sul fronte della revocatoria fallimentare, si può immaginare l'evidente disparità che si verrebbe a determinare ove si ammettesse, da un canto, che il curatore del fallimento del *solvens*, agendo contro l'*accipiens in bonis*, il quale poi fallisca in corso di causa, possa far valere la pretesa restitutoria pecuniaria mediante insinuazione al passivo del secondo fallimento; d'altro canto, che quello stesso curatore non possa viceversa azionare siffatta pretesa nell'ambito del secondo fallimento, laddove egli, al momento di proporre la domanda di revoca, si rendesse conto della sopravvenienza – rispetto al momento del pagamento revocabile – del fallimento dell'*accipiens*. Pare, insomma, che bloccare, in tale ultimo caso, qualunque possibilità di recupero del credito rappresenti un *vulnus* eccessivo per le ragioni del fallimento del *solvens*.

24 V. anche D. GALLETTI, *Il concorso nel fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. JORIO, Milano, 2016, I, p. 1270.

25 Cfr. per spunti in senso analogo F. LAMANNA – G. JACHIA, *Inesperibilità dell'azione revocatoria verso un altro fallimento*, in www.ilfallimentarista.it, 2011.



A) In primo luogo, pare utile fare un breve cenno, in termini generali²⁶, al tema della c.d. efficacia restitutoria della revocatoria fallimentare, per chiarire quali siano (e quale natura abbiano) i diritti spettanti a un fallimento in conseguenza del vittorioso esperimento di tale azione, la quale, come già ricordato, dà luogo a una pronuncia costitutiva²⁷.

Sul punto, occorre innanzitutto registrare che è soprattutto in giurisprudenza che le incertezze emergono, se così si può dire, con più evidenza. Infatti, in Cassazione è possibile imbattersi in pronunce che affermano, da una parte, che il vittorioso esperimento di un'azione revocatoria fallimentare non determina alcun effetto restitutorio in favore del disponente (poi fallito), né tanto meno alcun effetto traslativo in favore dei creditori, comportando soltanto la parziale inefficacia dell'atto rispetto al creditore che agisce in giudizio, e rendendo, conseguentemente, il bene trasferito assoggettabile ad azioni esecutive, senza in alcun modo caducare, ad ogni altro effetto, l'avvenuta alienazione in capo all'acquirente²⁸; dall'altra – pur ricordando quanto rilevato dal precedente appena richiamato –, che è tuttavia riconosciuta la legittimità della condanna restitutoria dei beni oggetto di revoca - condanna che assume carattere derivativo dalla pronuncia costitutiva sanzionando un obbligo da essa nascente -, e che l'accoglimento della revocatoria fallimentare, diversamente da quanto accade per quella ordinaria, comporta la restituzione del bene all'amministrazione del fallimento, tenuto conto che essa si inserisce in una procedura esecutiva già in atto, caratterizzata dalla acquisizione di tutti i beni che devono garantire le ragioni dei creditori²⁹.

In dottrina, invece, a parte qualche più risalente impostazione³⁰, si tende a negare che dall'accoglimento della revocatoria si produca un effetto restitutorio *stricto sensu*, ossia quale diretta conseguenza della dichiarazione di inefficacia. In linea di massima - in un contesto ermeneutico ove emerge comunque una certa eterogeneità di sfumature di cui non è possibile qui dar conto -, si osserva che l'azione *de qua* determina solo l'inefficacia (relativa) dell'atto revocato, sicché essa consente la soggezione del bene uscito validamente dal patrimonio del debitore all'azione esecutiva dei creditori. La restituzione del bene, pertanto, non discende direttamente dalla sentenza che accoglie la domanda di revoca, ma dall'esercizio dell'azione esecutiva resa possibile da tale sentenza; sia la pronuncia che accoglie la *pauliana*, sia quella che accoglie la revocatoria fallimentare, si limitano a rendere possibile l'esecuzione (che sarà singolare nella prima ipotesi, concorsuale nella seconda)³¹.

Ancora, ove l'atto revocato consista nel trasferimento di beni determinati, l'accoglimento della domanda importa, non già la materiale restituzione del bene al curatore, ma solo la possibilità di procedere alla liquidazione fallimentare³².

Peraltro, se quanto testé segnalato vale con riferimento alla revoca di atti di disposizione aventi ad oggetto

26 Prescindendo cioè, al momento, dalla peculiare ipotesi della revocatoria fallimentare proposta contro un altro fallimento.

27 È questa, già da diverso tempo, l'opinione assolutamente dominante (cfr., in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. sez. un. 15 giugno 2000, n. 437, in *Foro it.* 2000, I, p. 2724 e, in dottrina, per tutti, M. FABIANI, *Provvisoria esecutorietà dei capi condannatori nelle sentenze revocatorie e interferenze con la riforma fallimentare*, in *Fall.* 2007, pp. 179 ss., e nota 5 per ulteriori riferimenti; per il dibattito sul punto si rinvia ad A. BONSIGNORI, *Revocatoria fallimentare*, cit., 463 ss.). Come osservato in apertura, sulla natura costitutiva della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria esercitata dal curatore si concentrano diffusamente anche le sezioni unite nella sentenza n. 30416/2018.

28 Cass. 11 settembre 1997, n. 8962, in *Fall.* 1998, pp. 787 ss., con nota di A. PATTI, *Efficacia restitutoria della revocatoria fallimentare*.

29 In tale ottica, il curatore, comunque legittimato all'apprensione del bene alla massa fallimentare, può domandare al giudice, quale pronuncia accessoria alla declaratoria di inefficacia dell'atto traslativo del bene, la condanna del convenuto in revocatoria alla restituzione del ben stesso (cfr. Cass. 18 maggio 2005, n. 10432, in *Fall.* 2006, pp. 409 ss., con nota di S. DE MATTEIS, *Obbligazione restitutoria e condanna alla consegna nella revocatoria fallimentare*; in precedenza v. Cass. 22 giugno 1985, n. 3757, in *Fall.* 1986, p. 28).

30 Cfr. ad es. A. BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944, p. 127.

31 A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, pp. 190-191.

32 Cfr. M. FABIANI, *Il sequestro giudiziario nell'azione revocatoria promossa dal curatore fallimentare*, in *Foro it.* 1998, I, p. 2001; spunti anche in S. DE MATTEIS, *Obbligazione restitutoria*, cit., pp. 409 ss.



beni determinati, è in termini di vera e propria efficacia restitutoria che, sia la giurisprudenza³³, sia la dottrina, si esprimono in merito alle conseguenze discendenti dalla declaratoria di inefficacia di atti aventi ad oggetto somme di denaro.

In tal caso, a ben vedere, non sono individuabili beni che i creditori possano aggredire in virtù di un titolo esecutivo ottenuto nei confronti del debitore; sorge invece una obbligazione a carico del terzo, il quale deve corrispondere il valore di quanto ricevuto; obbligazione per la quale il terzo risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri *ex art. 2740 c.c.* Secondo tale logica, se il terzo non adempie, i creditori potranno agire esecutivamente contro di lui (aggredendo i suoi beni), ma solo dopo aver ottenuto un titolo esecutivo nei suoi confronti; onde, quanto alla revocatoria fallimentare, è necessario che il curatore, oltre alla declaratoria di inefficacia, chieda anche la condanna del terzo al pagamento del valore dei beni non più individuabili³⁴.

In altri termini, nella revocatoria di pagamenti, “è ovvio che l'effetto della decisione consista nella restituzione delle somme percepite per la semplice ragione che l'atto dispositivo e cioè il pagamento, una volta dichiarato inefficace, non deve essere soggetto ad esecuzione per venire convertito in denaro a beneficio dei creditori in quanto è liquido *ex se*”³⁵; la sentenza di accoglimento di una domanda di revoca di pagamenti contiene anche un capo di condanna alle restituzioni, ma solo in funzione di agevolare la pretesa esecutiva³⁶.

Ad ogni modo, quantunque sia da considerare che la testé descritta differenza tra la revocatoria di pagamenti e le altre tipologie di revocatoria va apprezzata sul piano esecutivo più che su quello della natura degli effetti della decisione³⁷, rimane il dato che, in favore della curatela, l'esito positivo della revocatoria fallimentare del pagamento di una somma di denaro fa sorgere una pretesa al “rientro” di tale valore pecuniario.

B) In secondo luogo, occorre richiamare le regole che sovrintendono all'accertamento del passivo: infatti, una pretesa restitutoria quale quella testé delineata, ove debba essere invocata contro la curatela del fallimento dell’“obbligato”, al fine di individuare lo strumento processuale mediante il quale incanalare la relativa domanda occorre necessariamente guardare al diritto delle procedure concorsuali.

Ebbene, in tale sede la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 52 l.fall., il quale in apertura ricorda che il fallimento apre il concorso dei creditori sul fallito e, al comma 2°, dispone che ogni credito, anche se munito di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, comma 1°, n. 1) della stessa legge³⁸, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni di legge. Sicché il canale processuale da attivare è quello predisposto agli artt. 92 ss. l.fall. per l'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari o immobiliari dei terzi³⁹.

In breve, quanto disposto, in particolare, dal citato art. 52 l.fall. evoca il c.d. principio di esclusività dell'accertamento del passivo, mentre gli artt. 92 ss. l.fall. (specialmente l'art. 93) descrivono le modalità e le forme processuali contemplate per far valere le ragioni di credito concorsuali, ossia formatesi prima della dichiarazione di fallimento⁴⁰; il comma 1° dell'art. 52 l.fall. individua il principio della cristallizzazione del passivo⁴¹, per il quale il concorso formale è circoscritto ai crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento⁴².

Il giudizio di accertamento del passivo (o di verifica dei crediti) ha un oggetto tipico, predeterminato

33 Cfr., *ex multis*, Cass. 31 agosto 2015, n. 17338 in *Fall.* 2016, p. 614; Cass. 3 luglio 2015, n. 13767, in *Fall.* 2016, p. 615.

34 A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, cit. p. 195

35 Così M. FABIANI, *Il sequestro giudiziario*, cit., p. 2001.

36 M. FABIANI, *Inefficacia degli atti e liquidazione dei beni*, in *Fall.* 2003, pp. 1088 ss.

37 M. FABIANI, *op. ult. cit.*, pp. 1088 ss. il quale parla di effetti restitutori “indiretti”, nel senso che il bene viene considerato come “restituito” ai soli fini dello svolgimento dell'attività di vendita coattiva.

38 E cioè come prededucibile.

39 Nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 - C.C.I.I.) le norme corrispondenti si trovano agli artt. 201 ss.

40 Per spunti in tal senso cfr., per tutti, M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 383.

41 Su cui v. anche RUISI, cit., 498 ss.

42 Con riferimento, sul piano temporale, all'elemento genetico dell'obbligazione *ex art. 1173 c.c.* (cfr. sul punto, tra gli altri, P. BOSTICCO, *Sub art. 52*, cit., p. 607).



dalla legge. Infatti, il giudice in tale contesto è chiamato a decidere, in via esclusiva, sui crediti dei terzi al pagamento di una somma di denaro nei confronti del fallimento e sui diritti dei terzi, reali o personali, di restituzione o di rivendicazione di beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito⁴³.

I provvedimenti emessi all'esito del processo di verifica producono effetti soltanto ai fini del concorso, non dispiegando alcun effetto al di fuori di tale ambito (cfr. art. 96, u.c., l.fall.); inoltre, il provvedimento con il quale il giudice accoglie la domanda di ammissione al passivo ha l'efficacia di un titolo esecutivo *sui generis*, posto che legittima quel creditore a beneficiare dei risultati della liquidazione fallimentare⁴⁴.

Il principio di esclusività⁴⁵, sancito come si è visto dall'art. 52, comma 2°, l.fall., comporta che il terzo, ove voglia vedere soddisfatte le sopra descritte pretese all'interno della procedura concorsuale, ricorra unicamente al canale del procedimento di verifica dei crediti; donde l'inaffidabilità della richiesta di tutela in sede ordinaria di uno di tali diritti contro il curatore⁴⁶.

In conclusione, ci pare di poter sostenere che il diritto alla restituzione di una somma di danaro, trovi, almeno in astratto, in virtù di quanto disposto dagli artt. 52 e 92 ss. l.fall., la sede processuale preposta alla sua affermazione nel giudizio di verifica dei crediti.

C) Infine, alla luce di quanto testé rilevato, pare possibile rilevare che non sembrano deducibili, nel procedimento di verifica, situazioni giuridiche diverse dai diritti lesi dall'inadempimento di un obbligo o dalla violazione di un dovere, né paiono esperibili altre forme di tutela diverse da quelle di condanna ed esecutive⁴⁷.

S'intuisce allora che un sistema siffatto pone delicati problemi laddove le pretese da far valere in sede di accertamento fallimentare siano connesse in maniera forte a situazioni giuridiche non deducibili in tale sede. Ci riferisce, in altre parole, a quei casi in cui, per un verso, la domanda creditoria deve seguire il canale processuale disciplinato al capo V della legge fallimentare; per altro verso, la tutela della domanda connessa a quella proposta in sede di accertamento fallimentare – qual è, come nell'ipotesi qui presa in esame, quella sottesa all'azione revocatoria fallimentare – è rimessa invece, generalmente, alle sedi di cognizione per così dire ordinarie.

A ben vedere, prima di intraprendere qualunque percorso investigativo onde individuare una possibile soluzione, occorre determinare meglio i termini della predetta connessione. Ebbene, si può affermare che tra la domanda di revoca e la pretesa restitutoria si configura una relazione di pregiudizialità-dipendenza; in particolare, in tale specifica ipotesi la connessione è da qualificarsi in termini di c.d. pregiudizialità costitutiva, posto che la pretesa creditoria dipende non già da un diritto o da un rapporto che si assume come esistente, ma dall'attuazione di una modificazione giuridica sostanziale; il diritto, cioè, nasce solo a seguito della produzione dell'effetto costitutivo⁴⁸. In questo caso, insomma, è la sentenza, che accoglie l'azione costitutiva, a far sorgere

43 Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 376, i quali richiamano, segnatamente, gli artt. 52, comma 2°, 92, comma 1° e 93, comma 1°, l.fall., aggiungendo – nt. 2 – che le disposizioni di carattere generale trovano conferma in norme di dettaglio, e cioè dettate per singole situazioni soggettive, quali, ad esempio, gli artt. 72, comma 4°, 72-*quater*, comma 3° e 77, comma 1°, l.fall.

44 Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 384.

45 Che peraltro subisce alcune deroghe, come ammette lo stesso art. 52, comma 2°, l.fall. In questo senso, si pensi ad esempio ad alcuni dei crediti prededucibili (art. 111-*bis* l.fall.); infatti, non sono sottoposti al giudizio di verifica: i crediti non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio; i crediti che ineriscono a decreti di liquidazione del giudice delegato, per i quali il rimedio fornito è il reclamo ex art. 26 l.fall. (per approfondimenti sul punto si v., per tutti, M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 385; S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., pp. 386 ss.).

46 Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 384, e nt. 17 e 18 per ulteriori richiami, anche di giurisprudenza. Se, invece, prima della dichiarazione di fallimento, il terzo aveva già proposto la domanda per la tutela di uno di tali diritti, ai sensi dell'art. 43 l.fall. con l'apertura del fallimento il processo si interrompe; il terzo non può riassumere il giudizio nei confronti del curatore, ma deve proporre la domanda nel procedimento di accertamento del passivo.

47 Non sono cioè esercitabili domande di mero accertamento e costitutive, concernenti diritti reali o rapporti giuridici complessi (per spunti cfr. anche S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 410).

48 S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, pp. 411 ss., con approfondimenti circa la distinzione tra pregiudizialità costitutiva e non costitutiva, e in merito alla descrizione dell'ulteriore figura di connessione forte, ossia quella per incompatibilità; per ulteriori



il diritto da far valere nel giudizio di verifica fallimentare.

In tal caso, differentemente dalle ipotesi di pregiudizialità non costitutiva⁴⁹, si pone il problema di capire se le pretese creditorie conseguenziali siano azionabili in sede fallimentare, laddove la loro fattispecie costitutiva – la modificazione giuridica determinata dalla sentenza di accoglimento – non si sia perfezionata prima della dichiarazione di fallimento.

3. Fondamentalmente, il nodo da sciogliere è se la domanda costitutiva (di revoca) e la pretesa restitutoria conseguenziale seguano canali processuali diversi e separati o se, invece, anche l'azione costitutiva pregiudiziale del fallimento attore debba essere incardinata dinanzi al giudice delegato del secondo fallimento secondo le forme dell'accertamento del passivo⁵⁰.

Prima di analizzare compiutamente la questione, pare utile rimarcare che, nell'ipotesi presa in esame, ci si trova dinanzi a una relazione tra domande in termini di pregiudizialità costitutiva, onde nel caso *de quo* non può configurarsi, processualmente, una mera cognizione *incidenter tantum* dell'elemento giuridico pregiudiziale⁵¹; emerge qui un vero e proprio nesso di condizionamento tra gli effetti delle decisioni, nel senso che la domanda sul diritto dipendente può essere accolta solo previo accoglimento dell'azione costitutiva⁵².

Anche su questo versante, la dottrina richiamata in precedenza⁵³, peraltro con precipuo riferimento ad altre fattispecie di pregiudizialità costitutiva, propone di procedere nell'analisi distinguendo tra il caso in cui la domanda costitutiva e quella di condanna relativa al diritto dipendente siano proposte in un'ordinaria sede processuale contro l'imprenditore *in bonis*, dichiarato poi fallito nelle more del giudizio; e l'ipotesi in cui siffatte domande non siano state proposte nei confronti dell'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento di quest'ultimo.

Cominciando dal primo scenario, giova ricordare che, *in parte qua*, la norma di riferimento è rappresentata, ancora una volta, dall'art. 72, comma 5°, l.fall.⁵⁴. Secondo l'impostazione dottrinale richiamata, essa non è

spunti e approfondimenti in tema di verifica dei crediti e connessione tra diritti, cfr. M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.* 2016, pp. 146 ss.

49 Come nel caso della nullità contrattuale, ove la sentenza, essendo meramente dichiarativa, accerta che il contatto era inefficace sin dall'origine.

50 Secondo F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica del passivo e pretese di tutela dichiarativa e costitutiva*, in *Fall.* 2018, pp. 665 ss., le domande di accertamento o costitutive davanti al giudice ordinario, se azionate nei confronti della curatela, sono improcedibili, a meno che il preteso creditore non abbia dichiarato di voler ottenere un titolo da utilizzare contro il debitore solo dopo il suo ritorno in bonis. In tale ordine d'idee, pertanto, la delibazione delle pretese costitutive o di accertamento, che rappresentano il presupposto per l'ammissione al passivo di un credito pregresso verso il fallito, può avvenire soltanto *incidenter tantum* per mano del G.D.

51 Ma si v. in senso contrario, se male non intendiamo, F. DE SANTIS, *Le Sezioni Unite*, cit., 321 ss.

52 Qui, pertanto, lo scenario diverge da quello che si presenta in caso di connessione, tra la domanda "esterna" al giudizio fallimentare di verifica dei crediti e la pretesa creditoria, di pregiudizialità c.d. dichiarativa. In questo caso, infatti, l'elemento pregiudiziale può essere accertato dal giudice delegato con effetti limitati alla decisione della domanda proposta, in applicazione di quanto previsto dall'art. 34 c.p.c.; siffatta domanda, pertanto, prescinde da un accertamento con efficacia di giudicato del rapporto pregiudiziale. Considerazioni analoghe valgono anche per la connessione per incompatibilità, ove il diritto o il rapporto incompatibile può essere oggetto di cognizione da parte del giudice delegato in quanto sia dedotto dal curatore *ope exceptionis*, e cioè al solo fine della reiezione della pretesa dell'istante. Non è da escludere, peraltro, che siano contemporaneamente pendenti il processo sul rapporto pregiudiziale (o sul diritto incompatibile) e il procedimento di verifica nel quale è dedotta la pretesa creditoria; ciò pone il problema del coordinamento tra le decisioni dei due giudizi, la cui soluzione, tuttavia, esula dalla presente trattazione.

Per approfondimenti sui sopra esposti profili cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *Op. cit.*, pp. 415-417, pp. 433 ss., e 560 ss. per quanto concerne la soluzione al problema da ultimo richiamato; per ulteriori spunti, v. anche M. MONTANARI, *Verificazione del passivo*, cit., pp. 146 ss.; Id., *Contrapposte domande in sede ordinaria e di verifica del passivo fallimentare e sospensione per pregiudizialità*, in *Fall.* 2016, pp. 337 ss.

53 Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *Op. cit.*

54 Dedicato precipuamente alla domanda di risoluzione, proposta nei confronti dell'imprenditore inadempiente, efficace, una volta intervenuto il fallimento di quest'ultimo, rispetto al curatore, salvi gli effetti della trascrizione della domanda; ma, come si è visto innanzi, e come rilevato anche dalla dottrina citata, la portata della disposizione è estensibile alle altre ipotesi di pregiudizialità costitutiva e, segnatamente, di impugnativa negoziale e di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. (cfr. S. MENCHINI – A.



oltremodo chiara nel definire, per così dire, la sorte processuale della domanda costitutiva a seguito del fallimento della parte convenuta, mentre ribadisce, ove l'attore voglia ottenere, con la pronuncia costitutiva, la restituzione di una somma o di un bene oppure il risarcimento dei danni, la regola generale di cui all'art. 52, comma 2°, l.fall., posto che stabilisce che in tal caso si devono seguire le regole di cui al capo V l.fall. A questo punto, la suddetta ricostruzione evidenzia che le soluzioni possibili sono due, entrambe astrattamente compatibili con il tenore letterale dell'art. 72, comma 5°, l.fall.: o, dichiarato il fallimento di parte convenuta, diviene improcedibile in sede ordinaria solo la pretesa creditoria conseguenziale, di guisa che l'azione costitutiva può continuare in tale sede mediante riassunzione del processo nei confronti del curatore⁵⁵; oppure, intervenuto il fallimento del convenuto, anche la domanda costitutiva deve essere “trasferita” nell'ambito dell'accertamento del passivo⁵⁶.

Le perplessità, che la seconda soluzione suscita alla summenzionata dottrina e che conducono la medesima a preferire la prima prospettiva – pur riconoscendo il pregio della seconda nell'ottica di meglio assicurare, attraverso la concentrazione delle domande, il coordinamento tra i giudizi -, risiedono, in linea di massima, sui seguenti rilievi: il principio di esclusività dell'accertamento del passivo implica che ai sensi del capo V l.fall. siano fatto valere, nei confronti del fallimento, solo pretese creditorie e/o di rivendica e restitutorie; inoltre, la decisione emessa all'esito del giudizio di verifica produce una efficacia solo endoconcorsuale; sicché, ammettere la produzione della modificazione giuridica pregiudiziale nell'ambito dell'insinuazione al passivo comporterebbe - in contrasto con le regole generali - il riconoscimento che l'effetto costitutivo possa essere attuato in via meramente incidentale e con una efficacia limitata alla pretesa azionata; ancora, in caso di contratti aventi ad oggetto beni immobili e di trascrizione della domanda, vi sarebbero i problemi posti dalla forma della decisione assunta in sede di accertamento fallimentare, che è quella del decreto, come tale, alla luce del principio di tassatività degli atti soggetti a pubblicità, non idoneo a costituire titolo per la trascrizione⁵⁷.

MOTTO, *op. cit.*, p. 438; v. anche a pag. 437 e nt. 111, ove gli Autori osservano come la norma *de qua* innovi parzialmente rispetto al diritto vivente formatosi prima della riforma fallimentare del 2006/2007, nell'ambito del quale l'idea era che la pretesa restitutoria derivante dalla risoluzione dovesse anch'essa essere coltivata in sede ordinaria e, se accolta, *ivi* decisa con una pronuncia di condanna a carico del curatore). Nell'attuale C.C.I.I. si veda l'art. 172, comma 5.

55 Tesi sostenuta da parte della dottrina e della giurisprudenza (cfr. ad es. F. LAMANNA, *Sub art. 52*, cit., pp. 1067-1068; Trib. Salerno 1° febbraio 2013, in *Fall.* 2013, pp. 1391 ss.; Trib. Verona 17 aprile 2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7390.pdf>). Giova poi ricordare l'orientamento della Cassazione in tema di azione revocatoria esperita prima del fallimento del convenuto, di cui alle pronunce n. 3672/2012 e 17443/2011 in precedenza richiamate (cfr. *supra* par. 3.2). In precedenza, nella giurisprudenza di legittimità, cfr., tra le altre, Cass. 9 dicembre 1998, n. 12396, in *Riv. dott. Comm.* 1999, pp. 752 ss.

Per l'orientamento più recente della Cassazione v. *infra* nel testo.

56 Tesi sostenuta da altra e cospicua parte della dottrina e da parte della giurisprudenza di merito (cfr., ex multis, L. GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, pp. 1129 ss.; F. DI MARZIO, *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento danni) e fallimento della parte inadempiente*, in *Fall.* 2009, 1179 ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 366-367; M. MONTANARI, *Verificazione del passivo*, cit., pp. 146 ss. nt. 19 per ulteriori riferimenti; Id., *Fallimento e giudizio pendente di risoluzione del contratto*, in *Fall.* 2013, pp. 1391 ss.; P. BOSTICCO, *Sub art. 52*, cit., Trib. Udine 16 marzo 2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7605.pdf>; Trib. Milano 19 settembre 2011, in *Giur. comm.* 2013, II, p. 548, con nota critica di CLARIS APPIANI, *Azione revocatoria e fallimento sopravvenuto del convenuto*). In precedenza, in questo senso, cfr., tra le altre, Cass. 21 novembre 1998 n. 11775, in *Fall.* 1999, pp. 1002 ss.

57 Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, pp. 440-443 e nt. 123 per ulteriori riferimenti; gli Autori citati, peraltro, sono ben consapevoli che i principi generali enunciati non hanno carattere assoluto e che i problemi discendenti dalla loro attuazione in sede concorsuale potrebbero essere risolti mercé la previsione di regole speciali; sono però altresì consapevoli delle difficoltà di introdurre deroghe in via interpretativa a tali principi, in mancanza di un'esplicita disposizione legislativa che le contempli.

Peraltro, *in parte qua*, pare opportuno segnalare un paio di novità relative al decreto che rende esecutivo lo stato passivo – che, a nostro avviso, sul piano generale, non incidono direttamente e decisamente su quanto riportato nel testo e su quanto si articolerà nel prosieguo della trattazione – rintracciabili nel nuovo CCII. In particolare, la prima è rappresentata dall'art. 204, comma 5, il quale sostanzialmente conferma l'efficacia endoconcorsuale del decreto (così come delle decisioni pronunciate in sede di contestazione di tale provvedimento) ma “limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui”. Sul punto va osservato che, da un lato, la legge delega intendeva «assicurare stabilità



La prima soluzione, invece, rispetterebbe i principi generali testé richiamati: sarebbero assicurate, per così dire, la specialità oggettiva dell'accertamento del passivo e la prospettiva dell'attuazione in via principale in un ordinario giudizio di cognizione della modificazione giuridica pregiudiziale; la pronuncia di accoglimento della domanda costitutiva sarebbe trascrivibile⁵⁸.

Senonché, tale scenario pone il delicato problema del coordinamento tra i due giudizi. Su questo, decisivo, profilo, l'idea propugnata dalla dottrina più volte richiamata, in alternativa all'ipotesi della sospensione *ex art.* 295 c.p.c. del giudizio di verifica di cui agli artt. 92 ss. l.fall.⁵⁹, è quella dell'ammissione con riserva (della pretesa creditoria restitutoria) da parte del giudice delegato ai sensi dell'art. 96, comma 2°, n. 1), l.fall.⁶⁰.

In effetti, la prospettiva della sospensione per pregiudizialità rischierebbe d'incidere sulla effettività della tutela e sulla funzionalità del procedimento di accertamento fallimentare, il quale, per tale via, potrebbe rimanere inattivo per lungo tempo⁶¹; mentre l'idea dell'ammissione con riserva – rispetto alla quale, peraltro, invocandone l'applicazione al caso di specie, si condivide la consapevolezza di forzare il dato normativo⁶² –

alle decisioni sui diritti reali immobiliari» (art. 7, 8° comma, lett. d), l. n. 155/2017), al fine di «meglio salvaguardare l'esigenza di certezza dei terzi»; dall'altro lato, la Relazione illustrativa del codice afferma che «l'efficacia meramente endoconcorsuale del decreto che rende esecutivo lo stato passivo e delle decisioni assunte dal tribunale all'esito delle impugnazioni sia limitata all'accertamento dei crediti mentre hanno efficacia di giudicato le decisioni sulle domande di rivendica o restituzione». La seconda novità è data dall'art. 210, comma 3, sulla base del quale «il decreto che accoglie la domanda di rivendica di beni o diritti il cui trasferimento è soggetto a forme di pubblicità legale deve essere reso opponibile ai terzi con le medesime forme». Per approfondimenti in materia, non sviluppati in questa sede, si rinvia, tra gli altri, a A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2018, p. 635 ss.; M. ZULBERTI, *Novità in tema di accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale: riflessioni a prima lettura*, in *Il diritto degli affari* 2/2019, p. 8 ss. Per una disamina anche in chiave critica delle questioni poste dall'art. 204, comma 5, CCII, in relazione anche all'art. 210, comma 3, CCII, cfr. A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori e accertamento del passivo*, in *Il diritto degli affari.it*, 12 aprile 2019, p. 15 ss.

58 V., ancora, S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, pp. 443-444.

59 Pure immaginabile, ricorrendone i presupposti, al di là del problema, di ordine più generale, circa la corretta portata dell'art. 295 c.p.c. (per il quale si rinvia, tra gli altri, a S. MENCHINI, *Sospensione del processo civile. a) Processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1 ss.).

Per la soluzione suggerita da S. MENCHINI e A. MOTTO rispetto al coordinamento dei giudizi in caso di pregiudizialità dichiarativa – soluzione che scarta l'ipotesi della sospensione del processo sulla pretesa creditoria dipendente – v. *op. cit.*, 558 ss.

60 A tenore del quale, oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi con riserva, tra gli altri, i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'art. 55 (il quale dispone «i crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113-bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale»). Si veda, in corrispondenza, nell'attuale C.C.I.I. l'art. 204, comma 2.

61 Benché, rispetto a questa osservazione – lo ricordano anche S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. cit.*, p. 444, nt 126 – possa farsi presente che un parziale correttivo può essere ricavato da quanto stabilito da Cass., sez. un., 19 giugno 2012 n. 10027, in *Riv. dir. proc.* 2013, pp. 683 ss., con nota critica di S. MENCHINI, *Le sezioni unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*; e in *Giur. it.* 2013, pp. 3 ss., con nota di J. POLINARI, *Le sezioni unite tornano sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile. Spunti per una lettura sistematica*. Con tale pronuncia, la S.C. ha affermato che il processo, il sia stato sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c., può essere ripreso anche prima del passaggio in giudicato della decisione sul diritto pregiudiziale, salvo che non sia espressamente previsto che la sospensione duri sino a che la decisione sulla causa pregiudiziale non sia passata in giudicato; la decisione sul diritto pregiudiziale, ancorché non definitiva, dispiega efficacia nella causa sul diritto dipendente e il giudice vi si deve uniformare, salvo che, in caso di impugnazione della stessa, opti per la sospensione discrezionale *ex art.* 337, comma 2°, c.p.c.

62 Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 445 e nt 127, i quali precisano che, indubbiamente, nei casi in esame non vengono in considerazione diritti sottoposti a condizione in senso tecnico, però osservano, a sostegno della loro tesi estensiva, che anche la giurisprudenza tende a ritenere la disposizione di cui all'art. 96, comma 2°, n. 1), l.fall., applicabile anche a fattispecie diverse da quelle espressamente disciplinate. Secondo F. DE SANTIS, *Profili di rito*, cit., pp. 1105 ss., con precipuo riguardo alle pretese derivanti dalla risoluzione contrattuale, il principio di tipicità delle ipotesi di ammissione condizionata impedisce di iscrivere con riserva il credito restitutorio o condannatorio; secondo tale Autore, nell'ottica di evitare comunque la sospensione *ex art.* 295 c.p.c., il giudice delegato potrebbe allora far leva su una dosata applicazione del rinvio della trattazione della domanda di ammissione, nell'attesa che sopraggiunga almeno la sentenza di primo grado sulla domanda di risoluzione, che – proprio in quanto quesita prima della dichiarazione di fallimento – potrebbe essere assimilata, *quoad rationem*, all'ipotesi di ammissione con riserva di cui all'art. 96, comma 2, n. 3), l.fall.



pare aprire la strada a una soluzione più equilibrata, in grado di assicurare il coordinamento tra i giudizi in maniera più efficiente.

Del resto, come rilevano gli autori più volte citati, anche nel caso dei diritti di credito e restitutori, derivanti dalla previa attuazione di una modificazione giuridica, sono rintracciabili le seguenti caratteristiche: le pretese, che pure possono essere fatte valere contro il curatore, ancora non sono sorte al momento della dichiarazione di fallimento; il diritto nasce solo a seguito del verificarsi di un evento futuro, e cioè l'emanazione del provvedimento costitutivo dell'effetto giuridico; l'evento da cui origina la pretesa creditoria non è nella disponibilità esclusiva dell'interessato, né può essere direttamente accertato dal giudice delegato, posto che esso è integrato dalla decisione sulla domanda pregiudiziale, di spettanza del giudice del processo ordinario⁶³.

D'altro canto, a nulla sembrano valere, in senso contrario, i rilievi mossi recentemente da altra parte della dottrina⁶⁴ all'impostazione sin qui presentata e alla quale chi scrive intende convintamente aderire.

Tali considerazioni critiche, infatti, non sembrano poggiare su argomentazioni inoppugnabili: in prima battuta, si rileva che, in punto di risoluzione domandata prima del fallimento della parte inadempiente e nell'ottica di far valere contro il curatore le pretese restitutorie e risarcitorie consequenziali, l'art. 72, comma 5°, l.fall., contempla la concentrazione delle domande in sede di verifica dinanzi al giudice delegato; sennonché, abbiamo già visto che tale impostazione, pure compatibile col dato letterale della norma, risulta in contrasto con i più volte ricordati principi generali. Inoltre, si segnala che l'efficacia limitata "soltanto ai fini del concorso" non escluderebbe la possibilità di articolare dinanzi al giudice delegato anche altre domande, dato che nulla è espressamente disposto nell'art. 96 l.fall. anche in ordine alla portata degli effetti derivanti dalle relative decisioni; tuttavia, a ben vedere, per le ragioni già esposte in relazione alla esclusività e peculiarità dell'oggetto dell'accertamento fallimentare, appare piuttosto opinabile anche siffatto assunto.

Ancora, quanto alla riferita inidoneità del provvedimento reso in forma di decreto a fungere da titolo trascrivibile, si sostiene, fondamentalmente, che il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione debba cedere il passo a esigenze di contraddittorio, o per meglio dire all'esigenza, per ciascuno dei creditori aspiranti al concorso, di essere posto nelle condizioni di interloquire sulle ragioni degli altri concorrenti, senza che, dunque, il dibattito sull'*an* della pretesa creditoria – nella specie, la risolubilità del contratto – sia limitato al confronto dialettico tra istante e curatore⁶⁵; sennonché, pur ammettendo che non emergano le esigenze sottese alla previsione dell'art. 96, comma 2°, n. 3), l.fall.⁶⁶ – anche se, a parere di scrive, ne vanno ravvisate altre⁶⁷ –,

63 S. MENCHINI – A. MOTTO, *Op. cit.*, p. 445 e, con riferimento precipuo al rilievo da ultimo formulato, nt. 128, ove gli Autori ricordano come, secondo la giurisprudenza, ove sia proposta insinuazione di un credito soggetto alla giurisdizione del giudice contabile o amministrativo, in caso di contestazioni, il giudice delegato debba considerarlo alla stregua di un credito condizionale ed ammetterlo così con riserva, che sarà poi sciolta all'esito del processo condotto dal giudice fornito di giurisdizione; insomma, come fanno notare gli Autori, *in parte qua* la giurisprudenza estende il regime previsto per le pretese tributarie ai crediti soggetti alla decisione di altre giurisdizioni speciali, mediante una interpretazione estensiva dell'ammissione con riserva contemplata per i crediti condizionali, posto che l'accertamento di tali crediti in sede fallimentare è precluso. In questo senso, cfr., ad esempio, Cass. sez. un. 16 maggio 2008 n. 12371, in *Fall.* 2008, pp. 1223 ss., di cui si riporta la seguente massima: "In tema di fallimento, nelle ipotesi in cui venga chiesta l'ammissione al passivo di un credito il cui accertamento è devoluto alla giurisdizione della Corte dei conti, e l'ammissione sia contestata, non viene meno il potere del giudice fallimentare di ammettere il credito con riserva, essendo gli organi fallimentari tenuti a considerare il credito come condizionale ed a sciogliere la riserva in relazione all'esito del processo dinanzi al giudice competente, sì da consentire al creditore la partecipazione al riparto mediante accantonamento".

64 M. MONTANARI, *Verificazione del passivo*, cit., pp. 146 ss.

65 Su questo profilo l'Autore citato – cfr. M. MONTANARI, *Op. cit.*, pp. 146 ss., nota 30 – ammette che il rilievo rischia di provare troppo, posto che anche nell'ipotesi di cui all'art. 96, comma 2°, n. 3), l.fall., viene meno il contraddittorio "incrociato"; sennonché, a suo avviso, tale esenzione rappresenta il prezzo da pagare all'economia processuale e all'esigenza di non vedere sprecata la cognizione già effettuata prima del fallimento.

66 V. la nota precedente.

67 Attinenti, ad esempio, a principi di matrice processuale quali l'esclusività del giudizio fallimentare di verifica dei crediti, l'accertamento espresso e non meramente incidentale dei diritti pregiudiziali alle pretese creditorie da far valere nel concorso, e l'accertamento con efficacia di giudicato e non meramente endoconcorsuali di siffatti diritti.



rispetto a questa osservazione non può non farsi presente che, nella fattispecie analizzata, il rapporto pregiudiziale non coinvolge affatto gli altri creditori, i quali al più, ove ne abbiano titolo e interesse, potrebbero intervenire nel processo ordinario istituzionalmente preposto all'accertamento costitutivo della situazione pregiudiziale⁶⁸.

Del resto, l'opinione qui criticata contrasta nettamente con l'orientamento manifestato, anche di recente, dal Giudice della nomofilachia⁶⁹ (oltre che da altra parte della dottrina)⁷⁰. La Suprema Corte, infatti, ha affermato che la domanda di risoluzione per inadempimento dell'acquirente, ove trascritta, non trova ostacolo nella sopravvenienza del fallimento del convenuto e resta incardinata nella sede processuale ordinaria, mentre sono assoggettate al concorso solo le pretese restitutorie e risarcitorie conseguenziali; onde solo queste ultime devono essere fatte valere, previa separazione delle cause, nelle forme di cui agli artt. 93 ss. l.fall.

Un'ulteriore riflessione ricavabile da tale impostazione critica attiene alla possibilità di estendere quanto propugnato in tema di risoluzione alle altre ipotesi di azione costitutiva, quindi anche – ed è ciò che maggiormente interessa in questa sede – alla revocatoria fallimentare proposta contro un soggetto a sua volta dichiarato fallito nel corso del giudizio.

In parte qua, intanto, preme ricordare l'indirizzo espresso da una risalente decisione di legittimità⁷¹ e confermato anche di recente dalla S.C.⁷², la quale ha ribadito che ove il convenuto in revocatoria fallimentare sia dichiarato fallito nelle more del giudizio⁷³, il processo deve proseguire dinanzi al tribunale che ha dichiarato il primo fallimento quanto alla domanda di revoca; mentre le pronunce conseguenziali alla declaratoria di inefficacia competono al tribunale che ha dichiarato il secondo fallimento, che a tal fine deve essere adito con le forme stabilite per l'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi. Sicché, in altri termini, il potenziale conflitto tra l'art. 24 l.fall. e l'art. 52 l.fall.⁷⁴ va risolto nel senso che le sorti dell'atto pregiudizievole restano appannaggio del tribunale del primo fallimento, mentre le domande di condanna conseguenziali vanno azionate presso il giudice del secondo fallimento (con le modalità previste per la verifica dei crediti); ed è solo con riferimento a queste ultime, pertanto, che può porsi un problema di temporanea improponibilità o improseguibilità.

Ebbene, partendo dall'esame di tale indirizzo, la dottrina da ultimo richiamata ha osservato che, in realtà, l'orientamento di legittimità si spiegherebbe con l'esigenza di salvaguardare, proprio per il caso della revocatoria fallimentare, la competenza inderogabile, ex art. 24 l.fall., del tribunale che ha dichiarato il primo fallimento; in sostanza, si configurerebbe anche in questo caso un limite al giudizio di verifica – non rinvenibile, ad esempio, in punto di risoluzione – come quando si è dinanzi a un'attribuzione di giurisdizione ad un giudice speciale⁷⁵.

68 Ad esempio con un intervento adesivo dipendente.

69 Cass. 29 febbraio 2016 n. 3953, in *Fall.* 2017, 3, p. 352.

70 Cfr. F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica*, cit., pp. 665 ss.; Id., *Profili di rito*, cit., pp. 1105 ss.

71 Cass. 14 ottobre 1963, n. 2746, in *Giur. it.* 1964, I, 1, p. 776.

72 Cass. 22 agosto 2011, n. 17443, in *Fall.* 2012, pp. 740 ss., e Cass. 1° settembre 2011, n. 17989, in *Mass. Redaz.* 2012. Cass. 4 ottobre 2016, n. 19795, in *Fall.* 2017, p. 1361, ha dato seguito a siffatto orientamento in una vicenda concernente la revoca di un atto di alienazione immobiliare.

73 Ovvero nel corso del processo il convenuto in revocatoria sia sottoposto a liquidazione coatta amministrativa.

74 *Ratio* analoga, come rileva Cass. n. 17443/2011 cit., va ravvisata nell'art. 83 del Testo Unico Bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), il quale, in particolare, al comma 3° dispone che contro la banca in liquidazione coatta non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare; gli artt. 86 ss. si occupano poi, nell'ambito di tale procedura concorsuale, dell'accertamento del passivo.

Si è voluto precisare quanto sopra poiché, nella concreta vicenda decisa dalla citata pronuncia della Suprema Corte, il soggetto convenuto era proprio una banca, sottoposta nelle more del giudizio a liquidazione coatta.

Si consideri altresì che, sempre in tema di liquidazione coatta amministrativa, l'art. 201 l.fall. rinvia espressamente, tra gli altri, all'art. 52 l.fall. Cfr. adesso l'art. 304 C.C.I.I.

75 Cfr. M. MONTANARI, *Op cit.*, cit., pp. 146 ss.



Anche sul versante della revocatoria fallimentare, ci pare che il summenzionato orientamento critico dimostri di non essere convincente. Invero, a nostro avviso, il fatto che esista la competenza inderogabile del tribunale che ha dichiarato il primo fallimento a decidere sulla revocabilità dell'atto - posto che ai sensi dell'art. 24 l.fall. la domanda di revoca proposta dal curatore è sicuramente espressione di un'azione che deriva dal fallimento⁷⁶ -, rappresenta semmai un ulteriore “segnale” nel senso della concezione, da parte dell'ordinamento concorsuale, della possibilità della separazione processuale tra la domanda costitutiva pregiudiziale e la pretesa creditoria conseguenziale da far valere contro un fallimento. In altri termini, ci sembra che la previsione di cui all'art. 24 l.fall., anziché porsi quale deroga alle regole generali, si spieghi semplicemente in ragione delle peculiarità, per così dire, sostanziali dell'azione revocatoria fallimentare, la quale non è concepibile al di fuori del fallimento; tali peculiarità permangono anche ove tale azione debba essere proseguita o esercitata contro un'altra procedura concorsuale, mentre non si rinvergono in caso, ad esempio, di azione di risoluzione contro un soggetto poi fallito, sicché in quest'ultimo caso pare fisiologico che il processo sulla domanda costitutiva si svolga interamente in sede ordinaria, proprio facendo applicazione, in assenza di previsioni espresse di segno contrario, dei principi generali.

Venendo ora all'ipotesi che più direttamente interessa in questa sede, e cioè la proposizione della domanda costitutiva pregiudiziale e della conseguenziale pretesa creditoria dopo la dichiarazione di fallimento della controparte – con precipuo riguardo alla revocatoria fallimentare esperita contro altro fallimento -, non occorre, a dire il vero, aggiungere molto altro a quanto sin qui riportato; infatti, come si è visto, è da ritenersi ammissibile la proposizione della domanda costitutiva pregiudiziale e delle pretese conseguenziali direttamente nei confronti del curatore. In tale contesto, il primo curatore agisce, infatti, a tutela della massa, in vista della ricostituzione della garanzia patrimoniale del “suo” fallito; il secondo curatore, facendosi portatore degli interessi del “suo” fallimento, potrà spendere ogni opportuna difesa in merito alla eventuale insussistenza dei presupposti della revoca.

Se così stanno le cose, il quadro processuale – sempre tenendo a mente che l'ipotesi precipuamente presa in esame nel presente contributo è quella della revocatoria fallimentare contro altro fallimento – è il seguente: la pretesa creditoria deve necessariamente essere fatta valere secondo le forme dell'accertamento del passivo, mentre l'effetto costitutivo pregiudiziale non può essere prodotto *incidenter tantum* in tale sede; la domanda costitutiva pregiudiziale (nel nostro caso, la domanda di revoca) deve essere avanzata nella separata sede ordinaria⁷⁷ nei confronti del curatore del secondo fallimento (nel nostro caso, nei confronti del curatore del fallimento dell'*accipiens*); il diritto dipendente, e cioè il credito restitutorio, è ammesso dal giudice delegato (del fallimento dell'*accipiens*) con riserva⁷⁸, una volta che questi abbia verificato che l'azione costitutiva pregiudiziale sia stata esercitata in un'autonoma e separata sede processuale ordinaria contro il curatore (del fallimento dell'*accipiens*); la riserva sarà sciolta, *ex art. 113-bis l.fall.*, con un provvedimento di ammissione definitiva ovvero di reiezione, dopo che la domanda pregiudiziale sia stata decisa nel senso, rispettivamente, dell'accoglimento o del rigetto; il creditore ammesso con riserva ha diritto all'accantonamento delle somme ai

76 Cfr., per tutti, M. FABIANI, Sub art. 24, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da FABIANI, Torino, 2007, p. 427 e nota 11 per ulteriori richiami e riferimenti giurisprudenziali. Spunti su tale profilo anche in L. QUAGLIOTTI, *Il fallimento convenuto*, cit., pp. 178 ss., nt. 8 e 9. Cfr. adesso l'art. 122 C.C.I.I.

77 Presso il tribunale che ha dichiarato il fallimento attore.

78 Pare utile segnalare quanto affermato da Trib. Verona 17 aprile 2012, cit., con riferimento all'ipotesi della proposizione della domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.* e di risoluzione prima della dichiarazione di fallimento: “*La subordinazione dell'accoglimento della domanda di ammissione all'esito di altro giudizio rende condizionale tale domanda ai sensi dell'art. 96 della legge fallimentare dovendo trovare applicazione, anche al caso di specie, il principio dalla Cassazione, S.U. 16 maggio 2008 n. 12371 con riferimento a crediti che devono essere accertati da giudici diversi. E', pertanto, principio generale che abbiano natura condizionale tutti i crediti che non possono, per le più varie ragioni, essere oggetto di esame in sede di accertamento del passivo*”.

Tale lettura, a nostro avviso, per le ragioni esposte nel testo, può essere confermata anche nel caso in cui l'azione costitutiva pregiudiziale e le pretese creditorie conseguenziali siano esercitate dopo l'apertura del fallimento di parte convenuta, come nel caso – oggetto di specifica disamina in questa sede – di azione revocatoria fallimentare esperita contro un altro fallimento.



sensi dell'art. 113, comma 1°, n. 1), l.fall. (in sede di ripartizioni parziali dell'attivo) e dell'art. 117, comma 2°, l.fall. (in sede di riparto finale); egli ha anche diritto di voto della proposta di concordato ex art. 127 l.fall.⁷⁹.

4. Residua, infine, un'ultima questione. Ci si riferisce al problema della necessità o meno che la domanda di revoca del curatore sia accompagnata da un'apposita istanza di condanna alle restituzioni conseguenziali (anche in vista dell'eventuale ritorno *in bonis* del convenuto).

Innanzitutto si è visto che, per costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza, in caso di revocatoria fallimentare di atti aventi ad oggetto somme di denaro, è necessario che il curatore, oltre alla declaratoria di inefficacia, chieda anche la condanna del terzo al pagamento/restituzione.

Proiettando il discorso sulla scena della revocatoria fallimentare esercitata nei confronti del curatore del fallimento dell'*accipiens*, si tratta di appurare se sia necessario che la curatela attrice chieda l'emissione di una sentenza che contenga anche la condanna alle restituzioni, o se, invece, possa limitarsi a chiedere la revoca del pagamento, facendo valere la pretesa restitutoria unicamente mediante l'insinuazione al passivo.

A nostro avviso la prospettiva da accogliere è la seconda. A bene vedere, infatti, nell'ottica, per un verso, di salvaguardare, per la tutela dei crediti nei confronti di una procedura concorsuale, l'esclusività dell'accertamento fallimentare e, per altro verso, di garantire le esigenze di recupero del credito in favore della curatela revocante, ci pare che possa essere valorizzato l'art. 117 l.fall., poc'anzi richiamato.

In particolare, il comma 2° di tale disposizione prevede che nel riparto finale vengono distribuiti gli accantonamenti precedentemente fatti; tuttavia – prosegue la norma – se la condizione non si è ancora verificata o se il provvedimento non è ancora passato in giudicato, la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato, affinché, verificati gli eventi indicati, possa essere versata ai creditori a cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare tra gli altri creditori. Tale comma 2° in chiusura aggiunge che *gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura*. In altre parole, la pretesa restitutoria pecuniaria è ammessa – a seguito dell'insinuazione al passivo del fallimento convenuto in revocatoria – con riserva; ciò dà diritto all'accantonamento delle somme, il quale, per così dire, sopravvive alla chiusura della procedura concorsuale, e consente alla curatela, una volta che l'effetto costitutivo pregiudiziale si sia prodotto, di ottenere quanto dovuto alla massa quantunque il fallimento dell'*accipiens* non sia più pendente⁸⁰.

Del resto, degno di nota pare anche il rilievo secondo cui, se si ammettesse che nella sentenza di revoca debba trovare spazio anche un capo di condanna, verrebbe notevolmente ridimensionato il ruolo del giudice delegato (del fallimento convenuto) nell'accertamento e verifica del credito restitutorio, posto che egli non ne potrebbe sindacare il *quantum debeatur*, ma soltanto la sua collocazione e l'eventuale aliquota di falcidia⁸¹.

79 Cfr. anche S. MENCHINI – A. MOTTO, *Op. cit.*, pp. 446-448. Quanto alle norme richiamate, cfr., nel C.C.I.I., gli artt. 227, 228, 232 e 243.

80 Potrà semmai discutersi circa le concrete modalità mediante le quali, a fallimento chiuso, dovrà procedersi al soddisfacimento del creditore condizionale o degli altri creditori concorrenti. Per spunti cfr. P. GENOVIVA, *La sorte delle somme relitte dai creditori irreperibili tra vecchio e nuovo rito fallimentare*, in *Fall.* 2009, pp. 355 ss., nt. 9, il quale, rispetto alla disciplina antecedente la riforma fallimentare del 2006/2007, ricorda sul punto le opinioni di G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p. 467, secondo il quale le somme vanno depositate su libretto bancario intestato al creditore ed al curatore congiuntamente, mentre la destinazione finale delle stesse sarà effettuata direttamente dal debitore tornato *in bonis*, sulla base delle indicazioni a suo tempo fornite dal giudice delegato; di A. BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO e G. SANTINI, Bologna - Roma, 1976, pp. 351 ss., per il quale entra in gioco un libretto nominativo al portatore, intestato al beneficiario, con successiva distribuzione delle somme agli aventi diritto ad opera dell'ex fallito; di M. MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova, 1995, p. 549, ad avviso del quale i “vecchi” organi della procedura conserverebbero funzioni, per così dire, ultrattive in ordine a tale distribuzione.

81 Cfr. E. GALANTI, *Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività di una banca in liquidazione coatta e tutela della par condicio: una questione aperta*, in *Banca borsa tit. cred.* 1997, pp. 617 ss.; L. QUAGLIOTTI, *Il fallimento convenuto*, cit., pp. 178 ss., secondo il quale, inoltre, l'accertamento del tribunale del fallimento convenuto avrebbe ad oggetto anche la presumibile non imputabilità del ritardo con il quale la procedura ha formulato la domanda di ammissione al passivo; alla base di



In realtà, il ruolo degli organi della verifica è tutt'altro che insignificante: benché in sede di accertamento del credito sia preclusa la valutazione circa la sussistenza dei presupposti della revoca dell'atto da cui scaturisce la pretesa, rimane tuttavia impregiudicata anche la verifica di eventuali fatti estintivi che possano incidere sull'ammissione di tale credito⁸².

tale ultimo rilievo, se male non intendiamo, risiede l'idea secondo la quale, nell'ottica di decidere quale strada processuale percorrere per agire in revocatoria contro un altro fallimento, il curatore potrebbe optare o per l'ordinaria citazione in giudizio, oppure adire il tribunale del secondo fallimento ai sensi degli artt. 93 ss. l.fall. e, segnatamente, come domanda d'insinuazione la cui tardività non sia imputabile alla colpa dell'istante.

82 Cfr. G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA, *Il fallimento*, in *Le procedure concorsuali*, Padova, 1997, p. 175; Trib. Torino 2 febbraio 1996, cit., secondo il quale, peraltro, in tale logica è possibile, per il fallimento convenuto in revocatoria, opporre in compensazione in sede di accertamento del credito vantato dal fallimento attore gli effetti di azioni revocatorie (c.d. incrociate) esercitabili nei confronti di quest'ultimo.