

La revocatoria fallimentare in Cassazione tra debito di valuta e debito di valore: è nomofilachia?

Con sentenza del 28 marzo 2006 n. 7028, le Sezioni Unite della Cassazione stabilirono che il pagamento ad un creditore privilegiato durante il periodo sospetto, anche se munito di garanzia ipotecaria, è soggetto a revocatoria fallimentare, poiché la lesione della *par condicio creditorum* (per quel che oggi ne resta) doveva considerarsi *in re ipsa*, nel fatto stesso dell'aver effettuato il pagamento in costanza di insolvenza, e che sussisteva, comunque, un interesse ad agire del curatore, in quanto fino al compimento del riparto finale era sempre possibile che si insinuassero dei creditori con grado peggiore rispetto all'*accipiens*.

L'affermazione di partenza era, quindi, quella del danno *in re ipsa*, ossia della presunzione assoluta di esistenza di tale danno, tanto che il creditore non è ammesso a provare l'assenza di danno per la massa in quanto egli possa ricevere la somma revocanda con privilegio nel riparto fallimentare, proprio perché altri creditori possono insinuarsi tardivamente ed avere maggior diritto del revocando.

Tale affermazione discendeva *de plano* (per la Cass. SS.UU. n. 7028/06) dalla natura (re)distributiva e non indennitaria della revocatoria fallimentare, i.e. dal fatto che scopo della revocatoria è quello di riportare il patrimonio dell'imprenditore nelle condizioni in cui si trovava al momento in cui è sorto il periodo sospetto, per effetto dell'insolvenza, in modo da consentire la redistribuzione paritetica delle risorse residue: è un'azione di reintegrazione del patrimonio.

La revocatoria realizza, ora per allora, le condizioni di parità di trattamento disattese dal debitore nel periodo sospetto, che deve essere inteso più come un "effetto retroattivo" dato allo spossessamento fallimentare che come un'azione di nullità o di risarcimento¹.

¹ E' una efficace espressione di ROCCO A., *Il Fallimento*, Torino 1917, 210 e n. 1.

Ecco perché, come giustamente osservano le Sezioni Unite, "alla stregua dei canoni dell'ermeneutica, letterale, teleologico e sistematico", l'azione revocatoria fallimentare ha carattere distributivo e non indennitario, in consonanza con le prime pronunce su questo argomento², ed è per questo che il danno per la massa è *in re ipsa* e la lesione per la *par condicio creditorum* si presume in via assoluta ogni volta che viene compiuto un pagamento o un atto dispositivo, e per il semplice fatto di ciò, con riferimento ad un patrimonio che, essendo già *a priori* insufficiente per tutti, deve perciò essere destinato alla ripartizione proporzionale tra i creditori che già esistono, e non è consentito al convenuto fornire la prova dell'assenza di danno, che peraltro potrebbe essere fornita soltanto in sede di riparto dell'attivo fallimentare, quando "è possibile verificare se esistano o meno altri creditori privilegiati di grado peggiore o pari rispetto a quello beneficiario del pagamento vietato, e se, in caso affermativo, sia possibile l'integrale soddisfazione di tutti"³, ma certo non "già anticipatamente nella fase dell'esercizio delle revocatorie", in cui non vi è spazio per la prova del danno⁴.

Diversamente, peraltro, da ciò che accade nella revocatoria ordinaria, in cui, non trattandosi nella fattispecie, di un patrimonio insufficiente

² Cass. 20 settembre 1991 n. 9853, *Fall.* 1992, 48; Cass. 16 settembre 1992 n. 10570, *Fall.* 1993, 270; Cass. 12 novembre 1996 n. 9908, *Fall.* 1997, 692; Cass. 19 febbraio 1999 n. 1390, *Fall.* 1999, 911; Cass. 12 gennaio 2001 n. 403, *Fall.* 2001, 1324; Cass. 14 novembre 2003 n. 17189, *M.CED.* n. 568159. Il fallimento implica la redistribuzione degli effetti dell'insolvenza tra tutti i creditori, affinché non siano solo alcuni di essi a sopportarne le conseguenze, mentre altri ne risultino indifferenti (tale è la funzione della revocatoria, quale essenziale azione fallimentare di recupero; v. anche Trib. Milano 16 settembre 1999, *Fall.* 2000, 108).

³ Così le SS.UU. in commento.

⁴ Si è coerentemente sostenuto che l'azione è esperibile anche nel caso di esubero dell'attivo fallimentare, sia perché il danno per la massa non ne costituisce un presupposto necessario, in quanto l'azione è diretta a ripartire in modo paritario nell'ambito della collettività dei creditori e degli aventi causa dal fallito una perdita che si è verificata, indipendentemente dall'esistenza del nesso causale tra la perdita stessa e l'atto impugnato, sia perché, in ogni caso, la lesione della *par condicio omnium creditorum* non può essere esclusa *a priori*, ma soltanto in seguito al riparto finale dell'attivo fallimentare che assicuri il completo soddisfacimento di tutti i creditori di pari grado (Cass. 15 settembre 1997 n. 9146, *Fall.* 1998, 1039).

per tutti i creditori per definizione (com'è il patrimonio dell'insolvente), è l'attore, sia anche esso il curatore fallimentare, a dover provare l'esistenza di un danno conseguente all'atto di disposizione compiuto in frode ai creditori, pregiudizio alle ragioni del ceto creditorio *"costituito dall'insufficienza dei beni residui ad offrire la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. (e non da una semplice diminuzione della stessa)"*⁵.

Per la stessa ragione, emblematico è il diverso trattamento dei pagamenti nella revocatoria ordinaria; ai sensi dell'art. 2901, co. 3, c.c., *"non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto"*: infatti, in presenza di un'obbligazione scaduta, il pagamento è un atto non solo lecito, ma anche dovuto, mentre nella revocatoria fallimentare il pagamento, una volta acquisita la concezione (re)distributiva, è sempre un atto illegittimo, benché esso sia lecito (anzi dovuto) per l'ordinamento generale.

Invero, come osservano le SS.UU., ciò che preme(va) al legislatore (del 1942), era *"non tanto il rapporto commutativo del negozio, quanto il recupero, comunque, di ciò che, uscendo dal patrimonio del debitore nell'attualità di una situazione di insolvenza, sottragga il beneficiario alla posizione di creditore concorrente (perché, in tal modo, già soddisfatto), con automatico vulnus del principio della par condicio creditorum."*, la qual cosa è dovuta alla *"specialità del sistema fallimentare ispirato all'attuazione del principio della par condicio creditorum"*⁶.

⁵ Così le SS.UU. in commento.

⁶ Si tratta della più profonda intuizione riferita alla revocatoria fallimentare ed in genere al sistema fallimentare, che già appartiene alla Cassazione con l'espressione *"concorsualità sistematizzata"*, che bene esprime il concetto che il concorso dei creditori trova piena realizzazione e tutela nel fallimento, di Gian Carlo Bibolini, estensore di numerosi scritti e sentenze della Suprema Corte, che aveva colto il senso della tutela paritetica del ceto creditorio, muovendo dai principi enunciati dagli artt. 2740 e 2741 c., di cui il fallimento è sostanziale applicazione: *<<Unico criterio diverso da quello dell'art. 2740 codice civile, in pendenza di un'insolvenza, è quello regolato con la par condicio creditorum dall'art. 2741 codice civile, che trova attuazione nella concorsualità sistematizzata, nella quale la posizione dei creditori insoddisfatti rileva non come somma di singolarità soggettive, ma come massa, e che giustifica come l'ordinamento, nell'apprezzamento comparato e bilanciato di situazioni giuridiche soggettive, privilegi la massa rispetto al singolo e ad essa*

Ora, se partiamo da questa forte, benché tardiva, presa di coscienza della Cassazione, scopriamo che vi possono essere nel sistema atti considerati perfettamente leciti (anzi, persino dovuti) per l'ordinamento generale, che al contrario assumono connotazione di illegittimità per il sistema particolare del diritto fallimentare, in cui ciò che rileva è che un certo atto o pagamento non venga affatto posto in essere durante il periodo sospetto, altrimenti "*l'eventus damni è in re ipsa, e consiste nel fatto stesso della lesione della par condicio creditorum, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione*"⁷.

Se consideriamo, quindi, l'illegittimità speciale degli atti soggetti a revoca, cioè sussistente solo con riferimento all'ordinamento particolare fallimentare, risulta di lampante chiarezza come la revocatoria non possa creare l'illegittimità di un atto o pagamento con la pronuncia, ma vada ad accertare che un determinato atto o un pagamento, in una situazione di insolvenza, non doveva essere posto in essere perché vietato⁸, da cui l'ulteriore deduzione che l'azione revocatoria non ha natura costitutiva, ma

sacrifici atti, altrimenti perfettamente legittimi secondo i criteri ed i principi dell'ordinamento generale delle obbligazioni.>>, in Cass. 16 settembre 1992 n. 10570, *Fall.* 1993, 270; v. anche Cass. 30 gennaio 1992 n. 951, *Fall.* 1992, 592; Cass. 26 gennaio 1993 n. 950, *Fall.* 1993, 621. Il fatto che alcuni atti pienamente legittimi in condizioni normali possano dover cedere alle esigenze del concorso è un cardine interpretativo della revocatoria fallimentare.

⁷ Così le SS.UU. in commento. Ciò che rileva, invero, è l'aver (oggettivamente) preferito un creditore ad un altro nella soddisfazione delle sue ragioni, o comunque l'aver posto in essere un atto che ha diminuito la possibilità di soddisfazione dei creditori esistenti in un arco di tempo prossimo al dissesto fallimentare. Si vuole cioè che in questo periodo (sei mesi per gli atti normali, un anno per quelli anormali) il patrimonio del debitore resti cristallizzato in funzione della soddisfazione di tutti i creditori, senza che siano preferiti alcuni di essi o nuovi eventuali creditori o terzi aventi causa dal fallito.

⁸ Infatti, benché ogni atto compiuto nel periodo sospetto dall'imprenditore possa essere di per sé lecito, nella logica del concorso e del fallimento si tratta di atti che non avrebbero dovuto mai essere compiuti, perché tutto il patrimonio dell'imprenditore insolvente è destinato ai creditori sin dal momento del sorgere dell'insolvenza, così come statuiva in materia di società il previgente art. 2449 c.c. (cfr. ora, *mutatis mutandis*, gli attuali artt. 2485 e 2486 c.c.), per il quale gli amministratori, una volta perduto il capitale in misura tale da comportare lo scioglimento della società, non potevano compiere nuove operazioni, e rimanevano comunque responsabili della conservazione del patrimonio a garanzia dei creditori, ex art. 2394, co. 1, c.c.

meramente dichiarativa di una speciale illegittimità intrinseca al pagamento o all'atto dispositivo⁹.

Questa è la prima grossa conseguenza della riconosciuta natura (re)distributiva dell'azione revocatoria¹⁰.

E, se questo è vero, non potranno non trarsi le dovute conseguenze anche in materia di configurazione del debito del soccombente in revocatoria come debito di valore e non più come debito di valuta¹¹.

La rivisitazione della revocatoria non più come azione costitutiva, bensì come azione dichiarativa, dovrebbe essere la conseguenza logica e giuridica di questa approfondita lettura del fenomeno revocatorio, in chiave marcatamente ed inequivocabilmente antindennitaria, fatta dalla Corte di Cassazione, con ogni necessaria

⁹ Di contro a quanto già ripetutamente affermato proprio dalle SS.UU., nel senso che la pronuncia del giudice rende inefficace un atto che prima di essa non lo era; cfr. Cass. SS.UU. 13 giugno 1996 n. 5443, *Foro it.* 1996, I, 2734; Cass. SS.UU. 8 luglio 1996 n. 6225, *Fall.* 1996, 999; Cass. SS.UU. 15 giugno 2000 n. 437, *Fall.* 2001, 565).

¹⁰ Ferma restando questa interpretazione per le revocatorie regolate dalla previgente normativa, qualche dubbio potrebbe sorgere per le nuove revocatorie; per vero, le stesse SS.UU. ravviserebbero una conferma della natura distributiva dell'azione anche nella nuova disciplina, a seguito della rimodulazione dell'art. 67 l.f., nell'attuale - rimasta sostanzialmente immutata ad avviso della Suprema Corte - formulazione. Affermano, infatti, le SS.UU. che l'unica novità sarebbe la riduzione del periodo sospetto, accompagnata dall'introduzione di "*talune eccezioni alla regola (implicitamente confermate quindi della stessa)*". Ora, se questo è vero sul piano interpretativo astratto, per cui anche la nuova revocatoria si dovrebbe considerare redistributiva, la Corte non ha però rilevato che il sistema delle esenzioni ("*talune eccezioni alla regola*") è di tale portata da obliterare nella sostanza la revocatoria e la stessa sua funzione redistributiva, perché quasi tutti i pagamenti fatti dall'imprenditore nel periodo sospetto sono intangibili. Le cose, per effetto dell'interessata spinta privatisticizzante della procedura fallimentare, sono quindi mutate con la nuova legge fallimentare e con la nuova revocatoria, in cui non è affatto più sentita l'esigenza di tutela del concorso dei creditori, cioè della tutela del soggetto debole nei rapporti economici, ma i creditori sono invece tutelati, dall'esteso meccanismo delle esenzioni, nel loro *status quo* alla data del fallimento, cioè, in pratica, "chi ha avuto ha avuto", *scordammoce o' passato...* Non essendovi più pubblicistiche ragioni di tutela della *par condicio creditorum*, si comprende il nuovo defilato ruolo del giudice nella gestione dell'insolvenza e del fallimento, che sono lasciati sostanzialmente alla libera competizione tra i creditori. Ciò non toglie tuttavia che, laddove si riesca a concludere una revocatoria, questa non debba essere comunque tuttora considerata come un'azione redistributiva, a vantaggio dei pochi creditori rimasti a contendersi la ancora più piccola torta concorsuale.

¹¹ E', infatti, l'oggettiva illiceità dell'atto o del pagamento che giustifica, in uno con la funzione di reintegrazione patrimoniale e di attuazione della concorsualità della revocatoria, la configurazione del debito di valore, anche se si tratta di restituzione di pagamenti (cfr. Trib. Padova 14 novembre 2000, *Fall.* 2001, 705).

conseguenza in materia di decorrenza della rivalutazione e degli interessi.

Pertanto, la rivalutazione dovrà decorrere dalla data del pagamento o dell'atto illegittimo (che sono tali di per sé, e non per effetto di una pronuncia successiva), ed in materia di interessi, che pure si dovranno calcolare dalla stessa data, e non da quella della domanda giudiziale (necessaria conseguenza della natura costitutiva della revocatoria fallimentare)¹².

Nello stesso senso delle Sezioni Unite di cui si è sin qui discorso, si collocano omogeneamente altre successive pronunce (Cass. 10 novembre 2006 n. 24046; Cass. 8 marzo 2010 n. 5505; Cass. 17 dicembre 2010 n. 25571; Cass. 1° aprile 2011 n.

¹² Le conseguenze delle due concezioni sono di non poco momento, sia in termini di interruzione della prescrizione dell'azione, sia in ordine all'ammissibilità di alcune ordinanze anticipatorie (artt. 186 *bis* ss. c.p.c.), sia per quanto riguarda il *dies a quo* della decorrenza degli interessi dovuti in caso di revoca dell'atto o del pagamento, e infine circa il *dies a quo* per la decorrenza del calcolo della rivalutazione. Infatti, trattandosi, secondo l'opinione comune qui posta in discussione, di azione costitutiva e non dichiarativa: - l'interruzione della prescrizione si produce solo con l'atto introduttivo del giudizio e non con la diffida stragiudiziale (inviata dal curatore), poiché l'atto revocando è in sé lecito (e ne viene riconosciuta l'illegittimità solo con la sentenza di revoca, a seguito dell'esercizio del relativo diritto potestativo) e, dunque, con la mera diffida stragiudiziale, il curatore non fa valere alcun diritto attuale, cui corrisponda un obbligo di prestazione (Cass. 19 luglio 1996 n. 6497, *Fall.* 1997, 153); - le ordinanze anticipatorie sono ammesse solo entro certi limiti: è possibile infatti l'ordinanza di condanna al pagamento di somme non contestate oggetto di revocatoria, mentre non è concepibile, prima dell'accertamento costitutivo del diritto alla restituzione, l'ordinanza ingiunzione, che presuppone un credito certo e liquido, oltre che esigibile; è infine inammissibile, perché il diritto non c'è prima della sentenza, l'ordinanza post-istruttoria (Trib. Milano 13 novembre 1995, *Foro it.* 1996, I, 1065; Trib. Pordenone 13 marzo 1998 ord., *Fall.* 1999, 333); - non è ipotizzabile la provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 282 c.p.c., ma è necessario attendere il passaggio in giudicato della stessa (App. Milano 22 dicembre 1995, *Giur. it.* 1996, I, 2), prima del quale, se coattivamente eseguita, la modificazione costitutiva potrebbe produrre effetti irreversibili o difficilmente reversibili (come nel caso dell'alienazione di beni revocati infungibili); contra: Trib. Bari 13 marzo 2001, *Fall.* 2002, 199; - gli interessi legali (salva la possibilità di prova del maggior danno ex art. 1224, co. 2, c.c.) spettano al curatore dal giorno della domanda (cioè dalla notificazione della citazione per la revocatoria), che viene intesa anche quale costituzione in mora (Cass. 20 aprile 2001 n. 5843, *Fall.* 2001, 1027), e non dal giorno dell'atto o del pagamento soggetto a revoca, come sarebbe se la sentenza fosse meramente dichiarativa di una inefficacia insita nell'atto o nel pagamento (Cass. 11 aprile 1997 n. 3155, *Fall.* 1997, 1013).

7563), le quali hanno ribadito che *“l’eventus damni è in re ipsa e consiste nel fatto stesso della lesione della par condicio creditorum, ricollegabile per presunzione legale assoluta all’atto di disposizione patrimoniale posto in essere dal fallito”*.

Si riscontrano, peraltro, distonie applicative di tali principi nelle pronunce (successive a Cass. SS.UU. n. 7028/06) che si sono occupate della materia della restituzione dei pagamenti revocati, le quali hanno affermato, quasi coralmemente, che l’atto revocato è *“originariamente lecito”* (Cass. SS.UU. 18 marzo 2010 n. 6538¹³; Cass. 10 giugno 2011 n. 12736) o anche *“originariamente valido”* (Cass. 15 dicembre 2011 n. 27084) e, pertanto, non può generare interessi e rivalutazione se non dalla domanda giudiziale, avendo la revocatoria natura costitutiva, e non avendo il curatore alcun diritto alla prestazione restitutoria prima della pronuncia, in quanto l’azione corrisponde ad un diritto potestativo.

¹³ In questa sentenza la fattispecie dedotta in giudizio riguarda un atto gratuito dichiarato inefficace ai sensi dell’art. 64 l.f., peraltro, riconoscono le Sezioni Unite, *“la norma suddetta fa parte integrante del sistema revocatorio”*, ma non traggono le dovute conseguenze dal fatto che si tratta di un’azione di inefficacia, meramente dichiarativa, sicché reiterano l’affermazione per la quale le restituzioni accessorie sono dovute dalla domanda, *“atteso che l’atto posto in essere dal fallito (...) è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della revocatoria”*.

Ora, se il curatore non ha diritto alla prestazione prima della sentenza (è vero), ciò non toglie che essa possa avere natura dichiarativa di un'illegittimità speciale di un atto che è sorto illegittimo per lo speciale ordinamento concorsuale (come si è spiegato).

Dipende dai punti di vista: è un atto lecito (per l'ordinamento generale), ma anche un fatto illegittimo (o illecito) per l'ordinamento concorsuale, dunque generante interessi e rivalutazione dal fatto stesso, se si vuole che le reintegrazioni del patrimonio sia effettiva, come vuole la natura reintegrativa della azione revocatoria fallimentare.

Si potrà anche dire che è la sentenza ad accertare l'illegittimità dell'atto o del pagamento, sicché solo da (e per effetto di) essa è possibile pretendere le restituzioni, ma non si può affermare che un atto divenga illecito (essendo originariamente lecito, Cass. cit.) o persino invalido (essendo originariamente valido, Cass. cit.) per virtù transustanziale di essa sentenza.

L'atto o il pagamento rimangono invero leciti (per l'ordinamento generale) anche dopo la sentenza di revoca, ma (ed è altrettanto vero) erano

illegittimi per l'ordinamento concorsuale, già prima di essa.

Di tutto questo si è fatta carico interpretativo la sola Cass. 16 giugno 2011 n. 13244 (Est. Bernabai), che ha finalmente posto i termini della questione nella loro giusta collocazione, affermando che "la somma di danaro relativa al pagamento oggetto dell'azione stessa, ha natura di debito di valore, in ragione della funzione (anti)indennitaria cui tale azione assolve, in quanto volta a neutralizzare le conseguenze di atti posti in essere in pregiudizio delle ragioni dei creditori; ne consegue che il predetto debito restitutorio, destinato alla reintegrazione del patrimonio del fallito, è altresì soggetto alla rivalutazione monetaria, così da poter ovviare al deprezzamento intervenuto dalla data del compimento dell'atto revocato, ed alla maturazione degli interessi sulla somma rivalutata, ai fini di risarcire il danno da ritardata acquisizione del bene".

In estrema e conclusiva sintesi, non si può da una parte affermare che l'azione revocatoria fallimentare ha natura redistributiva e funzione reintegrativa del patrimonio del fallito e dall'altra parte affermare che il debito restitutorio è di valuta.

Una sola delle due proposizioni è corretta con riferimento alla medesima fattispecie.

L'altra, quale che si voglia scegliere a livello di opzione interpretativa, è disarmonica rispetto alla proposizione contraria.

Si auspica perciò che ne siano tratte le dovute
armonizzanti conseguenze a livello di insegnamento
nomofilattico.

Giuseppe

Limitone

Giudice

Trib.

Vicenza