

**Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c.
(la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)***

Sommario: 1. Collocazione topografica della norma (e implicazioni possibili). – 2. Concorso con l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.). – 3. Il potere sospensivo del giudice dell'esecuzione (art. 624 c.p.c.). – 4. Il problema dell'onere della prova. – 5. L'intervento dei creditori. – 6. Il problema dei sub-acquirenti. – 7. Interpretazione rigorosa della norma speciale. – 8. Qualche considerazione finale.

1. Collocazione topografica della norma (e implicazioni possibili).

L'ultima decretazione d'urgenza dell'anno 2015 incidente (anche) sull'esecuzione civile – d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132, recante *Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria* – ha inserito un art. 2929-bis dopo l'importante grappolo di norme (artt. 2919-2929) che regolano, nel codice civile, gli effetti della vendita forzata e dell'assegnazione. La nuova norma, rubricata *Dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o alienazioni a titolo gratuito* – unica di una nuova Sez. I-bis inserita nel Libro VI, Titolo IV, Capo II, avente identica titolazione –, si occupa (non di vendita e assegnazione forzate, bensì) d'un inedito fenomeno: si vuole infatti che il creditore anteriore munito di titolo esecutivo, il cui debitore abbia compiuto "a titolo gratuito" atti di alienazione o determinanti vincoli di indisponibilità su beni immobili o mobili registrati, possa senz'altro aggredire tali beni –

* Testo dell'intervento svolto in occasione dell'incontro organizzato il 4-2-2016 dall'Università di Roma 2 "Tor Vergata" *L'esonero dalle azioni revocatorie: gli articoli 2929-bis cod. civ. e 64 comma 2 legge fallimentare* nell'ambito del XXXI ciclo di Dottorato su *Diritto e Tutela: esperienza contemporanea, comparazione, sistema giuridico romanistico*.

bypassando quegli stessi atti – purché entro l'anno dalla trascrizione della formalità che si presume (*juris tantum*) pregiudizievole.

S'è immediatamente parlato, in proposito, d'una sorta di azione revocatoria invertita o semplificata o speciale o *ex lege*; se così fosse – se cioè dovessimo assumere l'aspetto sostanziale come preminente – la sua collocazione naturale sarebbe verosimilmente tra gli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale (Libro VI, Titolo III, Capo V, in una ideale Sez. II-*bis*).

Il legislatore sembra però aver ragionato diversamente, impiantando il nuovo istituto nel terreno dell'esecuzione per espropriazione. Del resto, il fenomeno (degli effetti) della revocatoria dell'atto pregiudizievole interessa una parte soltanto di quello, certamente più complesso, regolato nell'art. 2929-*bis*. Sebbene gli effetti (o i presupposti) rispondano al modello dell'inefficacia relativa, proprio dell'accoglimento dell'azione revocatoria¹, il nuovo istituto è stato piuttosto visto – sintomatica la rubrica, e con essa la collocazione – come una forma speciale di aggressione esecutiva, che potrà assumere le forme: *i*) dell'espropriazione contro il terzo proprietario, se l'atto pregiudizievole (bypassato con l'esecuzione) abbia trasferito la proprietà; *ii*) dell'espropriazione contro il debitore, se l'atto abbia costituito (soltanto) un vincolo di destinazione o indisponibilità; *iii*) dell'intervento nell'espropriazione da altri promossa, contro il terzo proprietario o anche contro lo stesso terzo in quanto tale (allorché, cioè, questi sia aggredito da propri creditori, e non da creditori del disponente che agiscano *ex art. 2929-bis*).

L'esercizio di questa particolare azione esecutiva richiede rigorose (ma implicite) condizioni: *a*) il credito per cui si agisce dev'essere sorto in epoca anteriore rispetto alla trascrizione dell'atto bypassato compiuto “a titolo gratuito”, sebbene la formazione del titolo esecutivo potrà anche essere posteriore (ma entro l'anno); *b*) l'atto bypassato, e quindi l'atto esecutivo, debbono avere ad oggetto beni immobili o mobili registrati; *c*) l'azione esecutiva (pignoramento o intervento) dev'essere esercitata entro l'anno dalla trascrizione dell'atto bypassato (si considererà quindi la trascrizione per il pignoramento², il deposito del ricorso *ex art. 499 c.p.c.* quanto all'intervento); *d*) va da sé che chi agisce *in executivis* debba essere in possesso del titolo ese-

¹ Che, tuttavia, presuppongono la formazione del giudicato, non applicandosi l'art. 282 c.p.c. alle sentenze costitutive: per tutti, IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 299 ss.; CAPPONI, *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, RTDPC, 2013, 265 ss.; COREA, *Verso la provvisoria “efficacia” della sentenza non passata in giudicato?*, REF, 2014, 481 ss.

² Cui la Cassazione riconosce efficacia costitutiva: Sez. III, 20-4-2015, n. 7998.

cutivo (riferito a credito, s'è detto, sorto anteriormente all'atto dispositivo "sospetto") per un diritto «certo, liquido ed esigibile» (art. 474, 1° co., c.p.c.); e) sullo sfondo (requisito che, però, non forma oggetto di verifica per l'accesso all'esecuzione) è la presunzione, *juris tantum*, del pregiudizio che l'atto dispositivo arrechi al creditore in termini di compromissione della garanzia patrimoniale generica; f) per altro verso, si nota che mentre il 1° co. dell'art. 2929-bis non parla della *scientia damni* (o *consilium fraudis*), la nozione viene recuperata dal 3° co. a proposito dell'oggetto delle contestazioni successive (ex artt. 615 o 619 c.p.c.) del debitore, del terzo esecutato e di ogni «altro interessato». Ciò conferma che i presupposti per la revocatoria ordinaria, grazie alla tecnica del bypass, restano inespresi nella prospettiva dell'art. 2929-bis; sebbene possano poi riemergere, all'interno del processo esecutivo, tramite le opposizioni degli interessati. Con l'aggiunta che oggetto di tali opposizioni non sarà soltanto la contestazione dell'inesistenza dei presupposti di cui al 1° co. (che potremmo definire "oggettivi"), che il legislatore ha giudicato sufficienti per il bypass, ma anche – *nonché*, dice il 3° co. – «la conoscenza del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore» (presupposto "soggettivo").

Chi esercita l'azione esecutiva speciale deve richiamare l'art. 2929-bis c.c., fondamento della sua legittimazione non ordinaria (altrimenti inspiegabile), e ciò farà nell'atto di precetto, ma non soggiace a oneri probatori circa l'esistenza delle relative condizioni, che formano oggetto di presunzione legale (art. 2728, 1° co., c.c.). È da escludere una verifica da parte dell'ufficiale giudiziario, all'atto della notifica del pignoramento. In altri termini: nonostante la specialità del contesto, la condizione che legittima l'esercizio dell'azione esecutiva, come sempre avviene, è tutta e soltanto nel possesso del titolo esecutivo. Ciò ribalta su chi subisce gli atti esecutivi l'onere di svolgere opposizione, per la fondamentale ragione che il g.e. non può conoscere di "eccezioni" o "contestazioni"³. Sotto questo profilo, la nuova norma rispetta la logica propria del processo esecutivo.

Ciò implica che gli aspetti di cognizione, che nella revocatoria ordinaria di necessità precedono gli atti esecutivi, risultano qui trasferiti *dentro* l'esecuzione forzata; con in più il vantaggio, non certo trascurabile, che l'accesso all'esecuzione è immediato, laddove nel caso della revocatoria occorrerà attendere la formazione del giudicato⁴.

³ Cfr., per tutti, VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, REF, 2007, 1 ss.

⁴ La *Relazione* del d.d.l. di conversione (atto n. 3201/XVII/C) spiega che le azioni revocatorie ordinarie sono circa 6.500 ogni anno, e la loro definizione comporta in media 1.372 giorni in primo grado, 1.546 per l'appello. Per aggredire esecutivamente il bene che forma l'oggetto, continua la *Relazione*, servono quindi in media circa otto anni (sul presupposto che

Volendo esprimersi in diversi termini, è come se fosse stata ampliata l'efficacia del titolo esecutivo, che consente ora l'aggressione di beni non nel patrimonio del debitore, alle speciali condizioni dell'art. 2929 *bis*.

Se ne deduce che, piuttosto che di revocatoria speciale, occorre più correttamente parlare di *azione esecutiva speciale*⁵.

La questione non è soltanto terminologica: dal rilievo che a venire esercitata è un'azione esecutiva, per quanto speciale, e non di cognizione, per quanto deformalizzata, discendono una serie di conseguenze che vedremo *infra* nei luoghi opportuni.

2. Concorso con l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.).

La tutela garantita, in sede esecutiva, dalla nuova norma concorre con quella, garantita in sede dichiarativa, dell'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.), essendo la prima "speciale" ma non esclusiva. Ove si ragioni sui relativi presupposti, si nota che mentre per la revocatoria ordinaria il creditore ha l'onere di dimostrare l'*eventus damni* e la *scientia o consilium fraudis*⁶; per l'azione esecutiva speciale occorre il concorso di molte altre condizioni (*retro*, § 1), che tuttavia – ecco la tecnica che abbiamo definito del bypass – non debbono essere provate ai fini dell'accesso all'esecuzione forzata.

Scopo dell'art. 2929-*bis* è di tutelare il creditore anteriore a fronte di negozi aventi varia natura – derivanti da trust, donazioni, fondi patrimoniali, atti di destinazione, diritti reali limitati, ecc., oltre che da atti dispositivi "a titolo gratuito" – posti in essere (non tanto con la finalità soggettiva, che sembra non rilevare, quanto) con la conseguenza obiettiva di sottrarre la garanzia generica del credito in violazione dell'art. 2740 c.c., entro un breve periodo giudicato dal legislatore particolarmente "sospetto". Si presume *juris tantum*⁷ l'intento fraudolento di tali atti, se appunto a titolo gratuito, e perciò si consente al creditore anteriore l'aggressione esecutiva del bene, se immobile

la sentenza provvisoriamente esecutiva sia quella d'appello, aspetto su cui si potrebbe però discutere; *retro*, nota 1).

⁵ Di «espropriazione forzata anticipata» parla SMANIOTTO, *L'art. 2929 bis c.c. Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*, *Imm. e Prop.*, 2015, 584 ss., sebbene poi inquadri il nuovo istituto nella categoria dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Sottolineano l'aspetto anche CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *www.judicium.it*, 14-12-2015, par. 3.1; MURITANO, *Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?*, *RDB*, 2015, 4 ss. dell'estr.

⁶ Per tutte, Cass., Sez. III, 27-10-2015, n. 21809.

⁷ Di tale presunzione è traccia nella *Relazione* accompagnatoria del d.d.l. di conversione, laddove si afferma senza mezzi termini che «coerentemente con la presunzione di frode, è prevista l'inversione dell'onere della prova».

o mobile registrato, senza previamente ottenere la sentenza dichiarativa dell'inefficacia relativa.

Decorso l'anno, il creditore perde il diritto di aggredire direttamente il bene (o di intervenire nell'espropriazione da altri promossa), potendo sempre agire nelle forme ordinarie per la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole. Ma si tratterà delle consuete forme cognitive, con le lungaggini consuete, non di quelle speciali esecutive.

Il legislatore sembra aver ragionato in questi termini: per un periodo limitato (un anno⁸) e per una limitata categoria di atti (caratterizzati dalla gratuità⁹), il creditore anteriore munito di titolo esecutivo (formatosi anche successivamente purché entro l'anno) potrà avvalersi del bypass. La norma avrebbe potuto limitarsi a questo e, a ben vedere, a questo si limita. L'eventualità delle opposizioni esecutive – coesenziali a ogni esecuzione forzata, e non concessione graziosa dell'art. 2929-bis – finisce per rimettere in discussione un fenomeno in sé concluso; ma caricando l'opponente – ecco la ragione della previsione, tutt'altro che favorevole per la parte onerata della contestazione – di oneri probatori particolarmente gravosi, che interesseranno non soltanto il pregiudizio oggettivo, sufficiente per il bypass, ma anche lo stato soggettivo del disponente. Che è quanto dire la prova più difficile da rappresentare in giudizio, sebbene si faccia ampio ricorso in materia a presunzioni semplici.

3. Il potere sospensivo del giudice dell'esecuzione (art. 624 c.p.c.).

Abbiamo detto che la norma è manifestazione dell'attuale tendenza a portare *dentro* l'esecuzione accertamenti tradizionalmente propri della cognizione (e che di norma precedono l'esecuzione forzata); viene in conseguenza esaltato il potere del g.e. da esercitarsi in sede di sospensione *ex art. 624 c.p.c.*, connessa all'esercizio dell'opposizione all'esecuzione¹⁰. Ove in-

⁸ Si rammenta che l'art. 64 l. fall., pure interessato dalla decretazione d'urgenza estiva, il periodo sospetto ascende a due anni. In base alla novellazione del secondo comma, ai fini dell'acquisizione al patrimonio della massa è sufficiente la trascrizione (evidentemente nei registri propri dei beni) della sentenza dichiarativa del fallimento; contro tale trascrizione è ammesso reclamo da parte di ogni interessato a norma dell'art. 36 della stessa l. fall.

⁹ Laddove la revocatoria ordinaria può interessare anche atti a titolo oneroso.

¹⁰ Non a caso, il CSM – delibera del 16-7-2015, in www.csm.it/PDFDinamici/SESTA%20COMM%20org%20uff%20giu.pdf – aveva proposto di riconoscere al g.e. il potere non solo di sospendere l'esecuzione, ma «eccezionalmente, di revocare gli atti esecutivi già intrapresi, al fine di non lasciare indefinitivamente i beni staggiati sostanzialmente non negoziabili».

fatti il g.e. (o il collegio in sede di reclamo) non sospenda, ben difficilmente al terzo acquirente potranno essere opposti gli effetti della sentenza che abbia accertato l'inesistenza delle condizioni per l'accesso all'esecuzione speciale. La costruzione per fasi del processo esecutivo e il regime di stabilità della vendita forzata (arg. ex artt. 2929 c.c. e 187-bis disp. att. c.p.c.) militano a favore della salvaguardia della posizione del terzo acquirente¹¹; in tal caso, al soggetto vittorioso nell'azione ex art. 2929-bis, 3° co., residuerebbe il diritto al risarcimento del danno e, eventualmente, al ricavato (ma qui si pone il problema dell'art. 2929 c.c. e della stabilità dei risultati della distribuzione forzata)¹².

La conseguenza è del resto inevitabile: alla "semplificazione" (o, nel nostro caso, eliminazione *tout court*) degli accertamenti previ in sede di cognizione, non può che corrispondere la complicazione dell'esecuzione forzata, nel cui ambito saranno destinati a riemergere (sebbene sia soltanto un'eventualità) i problemi accantonati nella prima sede (eliminazione *secundum eventum*). Il giudice dell'esecuzione è chiamato a nuovi delicati compiti: sempre più, cognizione ed esecuzione si mescolano in un groviglio indistinguibile¹³. La tutela effettiva dell'opponente si realizzerà non tanto nella definizione dell'opposizione, ma nel provvedimento di sospensione: aspetto che coincide con uno dei tanti punti critici della nuova disciplina.

Mentre sinora la tendenza è stata quella di moltiplicare le fattispecie di titolo esecutivo, pagando l'inevitabile prezzo dell'instabilità dell'esecuzione forzata¹⁴, l'art. 2929-bis è espressione d'una tendenza nuova: quella di consentire al titolo esecutivo l'aggressione del patrimonio del terzo, senza accertamenti previ circa il carattere pregiudizievole (e fraudolento) dei negozi a titolo gratuito. È quanto dire che il titolo esecutivo legittima l'esercizio non soltanto dell'azione esecutiva *ordinaria*, ma anche di azioni *speciali*, in deroga all'art. 2740 c.c., di cui l'art. 2929-bis potrebbe rivelarsi, nel tempo, soltanto un prototipo.

¹¹ Cfr. Cass., S.U., 28-11-2012, n. 21110. Si consenta, su questi temi, il rinvio al nostro *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*³, Torino, 2015, 102 ss.

¹² V. da ultimo, anche per riferimenti, NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, 140 ss.

¹³ Per più ampio discorso rinviamo al nostro *Il giudice dell'esecuzione e la tutela del debitore*, RDP, 2015, 1447 ss.

¹⁴ Ci permettiamo di rinviare al nostro *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, CorG, 2012, 1512 ss.

4. Il problema dell'onere della prova.

Il problema maggiore, posto dalla nuova disciplina, è forse quello della distribuzione dell'onere della prova nei giudizi di opposizione all'esecuzione o di terzo all'esecuzione. Assumendo per valida la ricostruzione dell'istituto come forma speciale di azione esecutiva, e seguendo le espressioni non equivocate della *Relazione* illustrativa, la soluzione verrà dai principi che governano l'esecuzione: il creditore che agisce è legittimato dal mero possesso del titolo esecutivo, chi si oppone assume su di sé gli oneri probatori delle fattispecie impeditive, modificative, estintive: quegli stessi che nella revocatoria ordinaria gravano, nel terreno della cognizione, su chi agisce per ottenere la sentenza costitutiva che fungerà da presupposto per la successiva esecuzione forzata.

Senonché, nel nostro caso, potrebbe notarsi che non siamo in presenza di fattispecie impeditive, modificative o estintive, secondo il modello dell'eccezione in senso proprio, bensì di contestazioni circa l'esistenza effettiva della fattispecie che legittima l'esercizio dell'azione esecutiva speciale (mere difese). La «contestazione» del 3° co. potrebbe essere intesa come invito, rivolto al creditore procedente, a dare la prova dell'esistenza delle condizioni *ex art. 2929-bis*, che legittimano l'esercizio dell'azione esecutiva speciale.

Potrebbe ancora sostenersi che le condizioni di speciale esercizio della revocatoria, implicito presupposto per l'esercizio dell'azione esecutiva speciale, non dovrebbero incidere sul normale riparto degli oneri probatori laddove i presupposti divengano oggetto di contestazione e di accertamento; e che pertanto non si dovrebbe scaricare sulla parte opponente, che è attrice soltanto in senso processuale, il gravoso onere della dimostrazione dell'inesistenza delle condizioni per l'aggressione esecutiva immediata (con in più quella che abbiamo definito "soggettiva").

Purtroppo il legislatore, sebbene abbia divisato intenzioni chiare nella *Relazione*, non è stato altrettanto chiaro nella stesura della norma; sebbene non vada trascurato – elemento che non si riscontra in altri casi, come vedremo *infra* – che l'art. 2929-bis si fonda sul modello delle presunzioni legali, che «dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite» (art. 2728, 1° co., c.c.).

I rilievi, di cui sopra, inducono dubbi più che ragionevoli, ma, al tempo stesso, esaltano una funzione cognitiva che – abbiamo visto – nel nuovo istituto sembra posta fuori gioco dalla tecnica stessa del bypass. Abbiamo già notato che mentre il co. 1° della nuova norma non parla di *scientia damni*, che pertanto non sembra essere un requisito per l'accesso alla tutela esecutiva speciale, lo stesso requisito può riemergere in sede di opposizione (3°

co.). A ben vedere, l'accesso alla tutela esecutiva speciale ha luogo in base a condizioni non soltanto presunte ma anche semplificate, che non coincidono esattamente – quando dall'esecuzione si passi alla cognizione – con ciò che l'opponente dovrà mettere sul tappeto nel tentativo di recuperare il bene.

Potrebbe anche sostenersi che la legittimazione all'esecuzione speciale verrebbe meno in caso di opposizione, ove riemergerebbero le ordinarie posizioni delle parti quasi il pignoramento fosse una sorta di *provocatio ad opponendum*. Costruzione efficace e non priva di eleganza, ma che ha il difetto di non essere supportata né da dati positivi, né da precedenti in termini (quantomeno sul terreno dell'esecuzione forzata) e che soprattutto non tiene conto del fatto che i requisiti di accesso alla tutela esecutiva speciale sono presunti dalla legge. Nel silenzio del legislatore (ma abbiamo già riferito delle chiare espressioni della *Relazione* al d.d.l. di conversione), è difficile pensare che l'interprete possa argomentare nel senso che, proposta l'opposizione (ma anche l'azione ordinaria, che non è esclusa), spetterebbe al creditore l'onere di dimostrare l'esistenza delle condizioni per la revocatoria, che la legge presume *juris tantum* (ma pur sempre presume).

In dottrina si è sostenuto che la situazione è omologa a quanto accade nel caso di esercizio del titolo esecutivo contro il successore di colui che nel titolo stesso appare come debitore¹⁵: nell'opposizione, graverà comunque sul creditore precedente l'onere di provare l'opponibilità del titolo *ultra partes*. Vi è però che l'art. 477 c.p.c. detta una regola di esercizio dell'azione esecutiva, senza al tempo stesso porre una presunzione legale.

Altri¹⁶, richiamando recenti orientamenti¹⁷, notano che nelle alienazioni a titolo gratuito né il debitore, né il terzo acquirente sono ammessi a provare l'insussistenza della consapevolezza del pregiudizio che va presunto, senza che possa essere offerta la prova contraria.

Altri ancora¹⁸ – e si tratta dell'assoluta maggioranza – danno per scontato di essere dinanzi a un'inversione degli oneri probatori; anzi, ravvisano proprio in tale fenomeno uno degli aspetti caratterizzanti della tutela speciale accordata al creditore a fronte degli atti "sospetti" *ex art. 2929-bis*.

¹⁵ BOVE, *Riforme sparse in materia di esecuzione forzata tra il d.l. n. 83/2015 e la legge di conversione n. 132/2015*, in questo fascicolo, § 3; VIOLANTE, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929-bis c.c. introdotto con il d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132, REF*, n. 4/2015, § 5.

¹⁶ SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁵, Padova, 2016, 1555.

¹⁷ Cass., Sez. II, 17-5-2010, n. 12045.

¹⁸ V., ad es., FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929-bis c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in www.dobank.com/attach/Content/Menu_principale/5433/o/art.2929bis.pdf; SMANIOTTO, *op. loc. cit.*; CIRULLI, *op. loc. cit.*; VIOLANTE, *op. loc. cit.*

La *Relazione* al d.d.l. di conversione, nel dare anch'essa per scontato che gli oneri gravino sulla parte opponente, sottolinea che il tema della prova sarebbe «estremamente semplificato», vertendo sul pregiudizio dell'atto e sulla consapevolezza di esso da parte del debitore. Ma, a ben vedere, questo passaggio – che vorrebbe rendere la pillola meno amara – muove da una completa equiparazione tra art. 2901 e art. 2929-bis, che è però contraria alla realtà: i presupposti dell'azione esecutiva speciale sono maggiori e più complessi, riferendosi all'antiorità del credito¹⁹, alla gratuità dell'atto (che potrebbe porre problemi di identificazione nei negozi misti, o simulati), all'anno quale periodo “sospetto” e in generale alle condizioni di cui più dettagliatamente *retro*, § 1.

A noi sembra di poter dire che, sebbene la scelta sia criticabile (mentre sarebbe stata di certo opportuna una disciplina *ad hoc*), ragionando sui principi generali risulta difficile non arrendersi all'idea dell'onere gravante sull'opponente, che ha da ribaltare una presunzione legale; fermo restando che tale scelta potrebbe essere vagliata, in un incidente di costituzionalità, secondo i canoni di ragionevolezza e parità di trattamento. Potrebbe infatti apparire un irragionevole eccesso di tutela – sebbene in relazione a una limitata categoria di atti in un limitato quadrante di tempo – il riconoscere non solo l'accesso diretto alla tutela esecutiva (il bypass, che già differenzia sensibilmente il creditore *ex art. 2929-bis* rispetto a quello che può agire in revocatoria ordinaria), ma anche il ribaltamento dell'ordinario onere della prova.

Denunciare questa possibile irragionevolezza, tuttavia, ci sembra cosa diversa dal prendere atto che, con tutta probabilità, è proprio questo il risultato che il legislatore ha inteso conseguire. Il che ci consente di prevedere che la giurisprudenza, come la maggioranza dei commentatori, si orienterà appunto nel senso di accollare sull'opponente gli oneri probatori circa l'esistenza delle condizioni del bypass; e il *nonché* del co. 3° sembra appunto star lì a dimostrare che chi intenda contestare – spostando il discorso dal terreno dell'esecuzione verso quello della cognizione – ha dinanzi a sé una strada in salita.

¹⁹ Il criterio dell'antiorità del credito (tanto per il pignorante, quanto per gli eventuali intervenuti) sarebbe stato di più facile applicazione se la norma avesse richiesto il possesso del titolo esecutivo al momento del compimento dell'atto pregiudizievole, e risulta assai più indaginoso se riferito alla fattispecie acquisitiva del diritto, che potrebbe essere non già accertata giudizialmente. In tale prospettiva, dovranno probabilmente richiamarsi gli orientamenti consolidati in tema di revocatoria ordinaria (che, ad es., fanno capo all'insorgere del credito e non alla sua scadenza).

5. *L'intervento dei creditori.*

Altra non semplice questione è relativa all'individuazione dei creditori legittimati all'intervento; nell'espropriazione contro il terzo proprietario, si ammette l'intervento dei creditori del terzo (qui, beneficiario) che subisce l'esecuzione e non anche di quelli del debitore diretto (qui, disponente) i quali non abbiano ragioni di prelazione sul medesimo bene²⁰. Ma nel nostro caso la *ratio* della norma, come del resto il suo tenore letterale, depongono a favore della legittimazione (anche) dei creditori del debitore perché la presunzione *juris tantum* è nel senso che il bene, pur formalmente uscito dal patrimonio di questi, possa comunque essere aggredito alle condizioni speciali fissate dalla norma. Condizioni che valgono per tutti i creditori che rispondano ai requisiti dell'art. 2929-*bis*, e non soltanto per chi abbia agito per primo, o lo abbia fatto pignorando il bene (anche con pignoramento successivo).

Va preso atto che: *a*) il bene immobile o mobile registrato è nel patrimonio del beneficiario, in caso di trasferimento della proprietà; *b*) l'esercizio dell'azione esecutiva speciale *ex art. 2929-bis* non lo fa rientrare in quello del disponente; *c*) il bene potrà dunque essere aggredito dai creditori personali del beneficiario, che agiscono ordinariamente; *d*) esso potrà essere aggredito *anche* dai creditori del disponente alle condizioni dell'art. 2929-*bis*; *e*) parlando di garanzia patrimoniale generica, si dà per scontato che tutti tali creditori siano chirografari; *f*) ove esistano creditori privilegiati (es., ipotecari) sia del disponente che del beneficiario (più facilmente di quest'ultimo), non sarà certo l'azione *ex art. 2929-bis* a far perdere loro il titolo di prelazione.

Giacché *erga omnes* il bene si considera nel patrimonio del nuovo titolare (il beneficiario), i creditori personali di quest'ultimo potranno sia pignorare, sia intervenire nell'esecuzione da altri creditori promossa. I quali potranno essere altri creditori personali del beneficiario, o anche creditori *ex art. 2929-bis* del debitore disponente.

Vi è quindi una particolarità inedita rispetto all'ordinaria espropriazione contro il terzo proprietario, perché ove entri in gioco l'art. 2929-*bis* si potrà assistere a un concorso, all'apparenza paritario, tra creditori del disponente (che rispondano agli speciali requisiti) e creditori del beneficiario (che agiranno ordinariamente sul bene del proprio debitore). Il bene potrà essere aggredito dagli uni come dagli altri, e in entrambi i casi potranno spiegare in-

²⁰ Sul non semplice tema v., per tutti, STORTO, *Sul problema dell'intervento dei creditori nel processo di espropriazione contro il terzo proprietario*, REF, 2002, 22 ss.

tervento nell'espropriazione tanto i creditori del disponente (*ex art. 2929-bis*), quanto quelli del beneficiario.

Il creditore del disponente, in possesso di titolo esecutivo, potrà intervenire *ex art. 499 c.p.c.* nel processo da altro creditore (dello stesso disponente) già promosso, depositando il ricorso per intervento entro l'anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, ove la sua ragione di credito sia sorta in un momento anteriore. E ciò potrà fare anche se il pignorante sia un creditore del beneficiario.

Allo stesso tempo, il nuovo titolare del bene (il beneficiario) potrebbe essere aggredito (anche) da propri creditori personali, e pure in tal caso dev'essere ammesso l'intervento dei creditori del disponente, alle medesime condizioni (come anche l'intervento di altri creditori personali del beneficiario). Però la norma tace sull'ordine delle possibili collocazioni in riparto.

A nostro avviso, nella distribuzione occorrerà anzitutto garantire in prededuzione le spese di giustizia; quindi la posizione dei creditori iscritti, chiunque sia il debitore, perché il loro titolo è prevalente sui chirografi; mentre al creditore *ex art. 2929-bis*, che sia procedente o intervenuto, non risulta formalmente riconosciuta una prelazione per il fatto stesso di esercitare l'azione esecutiva speciale. Il sistema che ne deriva – tenuto conto che il concorso è tra creditori chirografari – è palesemente illogico, perché la fruttuosità dell'azione esecutiva speciale potrebbe essere posta nel nulla, o sostanzialmente vanificata, dal concorso coi creditori personali del beneficiario. È evidente che anche tale aspetto avrebbe richiesto una disciplina *ad hoc*, che facesse salve le ragioni dei creditori del disponente. È ragionevole pensare che i giudici dell'esecuzione si orienteranno nel senso di favorire, nella distribuzione, i creditori *ex art. 2929-bis*, per salvaguardare la *ratio* della norma pur in assenza di indirizzi da parte del legislatore estivo. Del resto, nel caso della revocatoria ordinaria – ma qui, come abbiamo detto, il contesto è piuttosto diverso – si tende a ritenere che il vittorioso esperimento dell'azione determini, in capo al creditore, una sorta di prelazione che lo antepone ai creditori personali dell'esecutato (cioè del terzo acquirente o beneficiario)²¹. Il fatto, tuttavia, di essere dinanzi (non a una revocatoria speciale, bensì) a un'azione esecutiva speciale consiglia molta prudenza nell'utilizzare, per l'interpretazione dell'art. 2929-bis c.c., gli indirizzi e le opinioni consolidati in tema di revocatoria ordinaria²².

Il limite è dato dall'applicazione di regole proprie del processo esecutivo, quali ad es. la tempestività dell'intervento: se infatti l'interventore *ex art.*

²¹ V., per tutti e per brevità, BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 10.

²² Si tratta di impostazione condivisa, ad es., da MURITANO, *op. loc. cit.*

2929-*bis* è tardivo, non si vede come potrebbe essere preferito al creditore tempestivo del beneficiario.

6. *Il problema dei sub-acquirenti.*

Il bene, una volta pervenuto nel patrimonio del beneficiario, potrebbe successivamente circolare per atti a titolo gratuito così come a titolo oneroso.

Anche questo aspetto non è regolato nell'art. 2929-*bis*. Si tratta di una carenza molto grave, perché le due categorie di negozi non possono di certo assoggettarsi a un regime unitario: invero, il sub-acquirente a titolo oneroso, anteriore alla trascrizione del pignoramento, non può essere pregiudicato, se in buona fede (art. 2901, 4° co., c.c. in collegamento con l'art. 2652, n. 5, c.c.). Del resto, il particolare meccanismo dell'art. 2929-*bis* interessa unicamente gli atti a titolo gratuito.

Ma forse la questione va risolta – *infra*, § 7 – escludendo in radice che l'art. 2929-*bis* possa trovare applicazione nel caso dei sub-acquirenti, a qualsivoglia titolo.

7. *Interpretazione rigorosa della norma speciale.*

L'art. 2929-*bis* non soltanto dà ingresso a un'azione esecutiva speciale, ma è norma in sé *eccezionale*. La sua applicazione deve quindi evitare qualsiasi estensione a casi non espressamente considerati dal legislatore; va esclusa l'interpretazione estensiva come quella analogica²³.

Anzitutto per quanto riguarda il possibile oggetto della tutela esecutiva: gli atti dispositivi *a titolo gratuito* sono quelli come tali definiti dalle parti contraenti, non anche quelli che “gratuiti” possano risultare dopo un più o meno complesso percorso ermeneutico. Ciò vale anzitutto per i negozi misti, o per quelli simulati: il creditore non può sperimentare la speciale azione esecutiva *ex art. 2929-*bis** sul presupposto della loro sostanziale o implicita o dissimulata gratuità, di cui però non sia traccia nell'atto. Il rischio è quello di poter rispondere dei danni *ex art. 96, 2° co., c.p.c.*, per non aver agito, in sede esecutiva, con la «normale prudenza».

Per quanto riguarda i soggetti, sebbene anche a questo proposito la norma non attinga particolare chiarezza, sembra ragionevole escludere l'applicabilità dell'art. 2929-*bis* al caso del sub-acquirente.

²³ Cfr. CAPPONI-TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 136 ss.

Dell'ipotesi del sub-acquirente a titolo oneroso abbiamo già detto (*retro*, § 6). Ma anche il nuovo beneficiario a titolo gratuito, avente causa dal primo (a sua volta avente causa dal debitore), dovrebbe essere escluso dal particolare meccanismo dell'art. 2929-bis. La norma parla infatti – 1° co. – di «creditore pregiudicato da un atto del debitore», e tale atto deve costituire un «vincolo di indisponibilità» o realizzare una «alienazione». In questo secondo caso, l'espropriazione avviene *ex artt.* 602 ss. c.p.c., ma presupposto (inespresso) è che il «terzo proprietario» non sia un qualsiasi terzo dopo una più o meno lunga catena di trasferimenti, ma unicamente il terzo beneficiario *dirretto*. I tempi stessi prefigurati dalla norma (l'anno dalla trascrizione del negozio a titolo gratuito, che pregiudichi il creditore) fanno pensare che l'atto considerato dal bypass sia uno soltanto. Applicare la norma nel caso di circolazione del bene, con la conseguenza di coinvolgere più negozi e più soggetti, sembra soluzione contrastante col suo carattere *eccezionale*. Essa introduce tali deroghe alla disciplina ordinaria, da far pensare che sia la soluzione del colpo solo, non della serie.

Del resto, in caso di circolazione del bene, a titolo gratuito come a titolo oneroso, il creditore non resta privo di tutela, potendo sperimentare l'azione revocatoria ordinaria.

8. *Qualche considerazione finale.*

Il nostro breve commento frutto d'impressioni "a caldo" deve chiudersi con qualche considerazione di taglio più generale.

L'introduzione dell'art. 2929-bis è anzitutto frutto della tendenza, più volte denunciata²⁴, che fa ricorso alla decretazione d'urgenza per dettare normative sottratte a previ dibattiti in sede culturale e professionale. In questo modo, la produzione legislativa diventa affare di pochi, o di gruppi che realizzano interessi particolari prescindendo da qualsiasi disegno generale d'intervento sui delicati temi della giustizia civile.

È poi frutto della tendenza ad evitare, ogni volta che ciò sembri possibile, il ricorso al giudice della cognizione, i cui lunghi tempi sono per unanime, sconsigliato rilievo incompatibili con la tutela giurisdizionale dei diritti secondo il modello costituzionale (nonché europeo). Oramai anche la magistratura sembra apertamente consentire con tale tendenza, che spesso viene

²⁴ Da ultimo, rinviamo ai nostri *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, RTPC, 2013, 855 ss.; *Le crisi della giurisdizione civile*, CorG, 2014, 1277 ss.; *Salviamo la giustizia civile. Cosa dobbiamo dare, cosa possiamo chiedere ai nostri giudici*, Milano, 2015.

giustificata proprio facendo ricorso all'art. 111 Cost. e ai canoni del «giusto processo»²⁵.

È ancora frutto della tendenza a fare dell'esecuzione forzata il centro pulsante della tutela giurisdizionale dei diritti²⁶, e del g.e. un giudice che accerta ed esegue, conosce e realizza, in un *continuum* di semplificazioni che nascondono complicazioni²⁷ e in un contesto, caratterizzato da sommarietà come da insofferenza per qualsiasi ritardo nella realizzazione dei crediti, che inevitabilmente vede riemergere nella sede delle opposizioni esecutive i problemi non risolti in una previa sede di cognizione.

È probabilmente frutto della tendenza verso forme di autotutela esecutiva che possiamo immaginare sempre più dietro l'angolo: quando l'esecuzione, grazie alle sue tante complicazioni sopravvenute, sarà diventata un dispositivo ingolfato e inconcludente alla stregua della cognizione, la soluzione necessitata sembrerà la privatizzazione della tutela esecutiva, con le banche sempre più prossime al ruolo dell'esattore.

²⁵ V., a proposito della recente Cass., Sez. III, 3-12-2015, n. 24629, il nostro breve commento dal titolo *Il giudice, extrema ratio?*, in *QG on-line*, dal 17-1-2016.

²⁶ Ci permettiamo di rinviare, per brevità, al nostro *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in *Giustiziacivile.com*, 22-6-2015.

²⁷ Ci permettiamo ancora di rinviare, per brevità, al nostro *Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata*, *QG Trimestrale*, n. 4/2015, 148 ss.