

Alla stessa stregua dei diritti reali, il creditore in via surrogatoria può difendere il possesso del suo debitore, sia esercitando azioni possessorie, sia facendo valere le pretese creditorie che trovano il loro fondamento nella situazione possessoria (diritto a indennità per miglioramenti o rimborsi di spese).

3. L'azione revocatoria

Il pregiudizio della garanzia patrimoniale dei creditori può derivare oltre che dall'inerzia del debitore, anche dal compimento di atti modificativi della consistenza del suo patrimonio (c.d. dispositivi), tanto da un punto di vista quantitativo (es. vendita di un immobile a prezzo inferiore a quello di mercato) quanto da un punto di vista qualitativo (es. permuta di un immobile con un bene mobile di pari valore).

*Nozione
e funzione*

Ove il compimento di tali atti renda incerta, o quanto meno difficoltosa la realizzazione coattiva del diritto di credito, al creditore è accordato il rimedio dell'azione revocatoria (detta *actio pauliana* nel diritto romano).

L'azione revocatoria ha una finalità cautelare e conservativa del diritto di credito, essendo diretta a conservare nella sua integrità (anche qualitativa, al fine di garantire uno stato di maggiore "fruttuosità e speditezza" dell'azione esecutiva; cfr. in termini Cass. 25433/07) la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore. In coerenza con tale funzione l'azione revocatoria non travolge l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, ma semplicemente ne determina l'inefficacia nei confronti del creditore che l'abbia esperita, onde consentirgli di esercitare sul bene oggetto dell'atto revocato l'azione esecutiva per la realizzazione del credito.

L'art. 2901 c.c. attribuisce quindi al creditore il potere di ottenere la dichiarazione giudiziale di inefficacia dell'atto di disposizione lesivo delle proprie ragioni.

Si tratta, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, di una inefficacia relativa e parziale: l'atto dispositivo compiuto dal debitore è perfettamente valido ed efficace nei confronti della generalità dei consociati, ma è inopponibile al creditore che ha agito in revocatoria. L'azione revocatoria, quindi, diversamente dalla legittimazione surrogatoria (che presuppone una sostituzione del creditore nella posizione del debitore inerte e dunque l'acquisizione o il recupero del bene nel patrimonio di quest'ultimo), non produce l'effetto della restituzione del bene nella sfera giuridica del debitore: l'atto è idoneo a produrre il trasferimento della proprietà, con la conseguenza che il bene farà parte a tutti gli effetti del patrimonio dell'acquirente; essa, più semplicemente, impedisce che il bene venga sottratto all'azione esecutiva del creditore dell'alienante che ha esperito l'azione revocatoria. In questo senso è corretto affermare che mentre l'azione surrogatoria, recuperando il bene, giova a tutti i creditori del debitore, l'azione revocatoria, sancendo l'inefficacia relativa dell'atto, giova al solo creditore che ha agito e che si troverà a concorrere con i creditori dell'acquirente, visto che il bene permane nella sfera giuridica di questo.

Il fondamento giuridico dell'istituto non riposa su una presunta limitazione del potere dispositivo del debitore (che semmai dovrebbe rendere ab origine inefficace ogni atto di dispersione del patrimonio), né sulla violazione di un ipotetico obbligo del debitore di non compiere atti che possano pregiudicare le aspettative dei cre-

ditori (perché di un siffatto dovere non si trova traccia nell'ordinamento). Piuttosto, l'esperienza dell'azione revocatoria è espressione di un diritto potestativo ad esercizio processuale che la legge attribuisce al creditore, consistente nel produrre l'inefficacia relativa di cui si è detto.

Presupposti I presupposti sui quali si fonda l'azione revocatoria sono: l'esistenza di un diritto di credito verso il debitore; l'esistenza di un atto dispositivo posto in essere dal debitore; un pregiudizio arrecato dall'atto di disposizione alla garanzia patrimoniale del credito (c.d. "*eventus damni*"); un certo atteggiamento soggettivo del debitore (*scientia damni* o *consilium fraudis*) e, quando si tratti di atti a titolo oneroso, anche del terzo (*participatio fraudis*).

1) esistenza del credito L'azione revocatoria è un rimedio che la legge concede esclusivamente a tutela di un diritto di credito (non importa se chirografario o presidiato da un diritto di prelazione o altra garanzia). L'esistenza di una posizione creditoria in capo al soggetto agente è dunque presupposto imprescindibile per l'esercizio dell'azione revocatoria.

Non siano qualificabili creditori gli eredi del debitore: di conseguenza essi non possono ottenere la revoca di atti compiuti dal defunto, a meno che non siano stati creditori del *de cuius* ed abbiano accettato con beneficio d'inventario.

Ai fini della revocatoria il credito non deve necessariamente essere liquido (ossia determinato nel suo ammontare); non è richiesta neppure l'esigibilità: l'art. 2901, comma 1, c.c., infatti, prevede espressamente l'esperibilità dell'azione revocatoria a tutela del credito sottoposto a termine o a condizione.

E tanto sulla scorta del rilievo che se la condizione non si avverasse o il credito non dovesse venire ad esistenza, nessun danno riceverebbero il debitore (autore dell'atto di disposizione revocato) e il terzo acquirente, giacché il bene oggetto dell'atto non verrebbe aggredito dall'azione esecutiva.

Credito litigioso La giurisprudenza ha affrontato in più occasioni il problema della tutelabilità, mediante azione revocatoria, del credito litigioso. Un orientamento minoritario ha sul punto individuato, quali elementi ostativi insuperabili, per un verso, la valenza pregiudiziale della pronuncia sull'esistenza del credito e, per altro verso, l'inquadramento del credito litigioso nell'ambito delle mere aspettative. Da qui, una soluzione obbligata che comportava la necessaria sospensione del processo (art. 295 c.p.c.) in pendenza del giudizio di accertamento sull'esistenza del credito.

L'orientamento giurisprudenziale allo stato maggioritario, invece, ritiene tali obiezioni superabili anche al fine di scongiurare il rischio che il debitore possa bloccare l'esperienza della revocatoria, azionando giudizi aventi finalità dilatorie. Tale corrente di pensiero, che si basa su una lettura estensiva dell'art. 2901 c.c., comprensiva anche delle pretese meramente eventuali (tra cui appunto i crediti litigiosi), esclude la sussistenza di un rapporto di dipendenza logico-giuridica tra il giudizio per revocatoria e quello di accertamento del credito e la conseguente eventualità di un conflitto di giudicati (cfr. in termini Cass. Sez. Un. 9440/04, che equipara, la posizione del titolare di una pretesa creditoria solo potenziale e che si concretizzerà in maniera certa e definitiva solo a seguito della conclusione del giudizio avente ad oggetto la sussistenza del credito, alla situazione in cui verte il creditore sottoposto a termine o a condizione; cfr. anche, più di recente, Cass. 12235/11 che riconosce il diritto ad agire in revocatoria anche al titolare di una mera aspettativa, che non si riveli *prima facie* pretestuosa e che possa valutarsi come probabile anche se non definitivamente accertata).

Ulteriore presupposto dell'azione revocatoria è il compimento da parte del debitore di un atto di disposizione, ossia di un atto negoziale (ma parte della dottrina ritiene revocabili pure gli atti giuridici in senso stretto, ove concretamente dannosi) in forza del quale il debitore modifica la sua situazione patrimoniale. 2) *esistenza di un atto dispositivo*

Non tutti gli atti dispositivi sono tuttavia revocabili.

In primo luogo non sono revocabili gli atti di disposizione di beni inalienabili e impignorabili, come tali esclusi dalla garanzia patrimoniale generica.

Non sono inoltre revocabili i negozi *mortis causa*, stante la loro inettitudine ad arrecare pregiudizio ai creditori (i negozi testamentari producono effetti solo dopo la morte del disponente).

Inoltre, come detto, ai fini dell'azione revocatoria non è necessario che l'atto dispositivo abbia natura negoziale, ben potendo il pregiudizio per il creditore scaturire da un mero atto giuridico, si pensi ad es. alla confessione in ordine alla esistenza di un debito, o addirittura da un mero atto dovuto quale è ad es. l'adempimento, ricondotto dalla migliore dottrina nell'alveo dei meri fatti giuridici.

Con riferimento all'adempimento merita richiamare la disposizione di cui all'art. 2901, comma 3, c.c. secondo cui “non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto”. Questo è infatti un atto dovuto, imposto dall'ordinamento, salvo che non integri un'ipotesi di bancarotta preferenziale. Tale eccezione non si estende al pagamento di debiti non scaduti, i quali sono sì atti doverosi anch'essi, perché il mancato spirare del termine di esigibilità non incide sull'esistenza dell'obbligazione né legittima alla ripetizione, ma si traducono nell'ingiustificata preferenza di un creditore a danno degli altri.

Si ritengono, invece, generalmente estranei alla previsione di cui all'art. 2901, comma 3, c.c. i casi in cui, con il compimento di atti discrezionali e negoziali, la soddisfazione del creditore avvenga con mezzi anormali di pagamento: pertanto, in linea di principio, la *datio in solutum* è revocabile, salva la concreta verifica dei requisiti dell'azione.

Quanto detto vale anche per la cessione del credito, sia *pro solvendo* sia *pro soluto*, e per la novazione: la sostituzione di un vincolo debitorio ad un altro e, in definitiva, la modificazione giuridica ed economica delle componenti attive e passive del patrimonio del debitore può riflettersi in senso negativo sulla posizione del creditore.

Analoghe considerazioni valgono per l'adempimento del terzo *ex art. 1180 c.c.*, per l'adempimento dell'obbligazione naturale e per la compensazione volontaria.

Naturalmente, una volta revocato l'atto dal quale scaturisce un'obbligazione, può esserlo anche quello adempitivo, che ne costituisce attuazione; così, in caso di revoca del contratto preliminare, stessa sorte tocca al definitivo, ma non, secondo la giurisprudenza (Cass., 16.01.1992, n. 497), alla sentenza *ex art. 2932 c.c.*, la cui efficacia è subita anche dai creditori delle parti, ai quali solo è dato esperire l'opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.*

Come si è detto, sono soggetti all'azione revocatoria soltanto quegli atti i quali importano una modificazione giuridico – economica della situazione patrimoniale del debitore. Tale requisito è configurabile in riferimento non solo agli atti di alienazione che importino una diminuzione attuale del patrimonio del debitore (es. vendita di un bene, cessione del credito), ma altresì a quelli che possono compro-

metterne eventualmente la consistenza in futuro, come gli atti di rinuncia, le assunzioni di debito (assunzione di un mutuo, accollo di un debito) e la concessione di garanzie personali o reali.

Atti abdicativi

Tuttavia, per gli atti abdicativi è necessaria una distinzione occorrendo accertare se essi si ricollegano ad una posizione giuridica già potenzialmente acquisita, nei suoi elementi costitutivi, al patrimonio del rinunziante o se, invece, essi si concretano nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta, comunque, modificato, né attivamente né passivamente il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore. Nel primo caso (rinuncia all'eredità, rinuncia alla prescrizione) l'azione revocatoria è senza dubbio ammissibile, mentre nel secondo caso (rinuncia ad un compromesso d'acquisto) il comportamento del debitore non consente l'esercizio dell'azione revocatoria, perché il futuro incremento del suo patrimonio non si pone come conseguenza immediata della omessa rinuncia, ma è collegato all'ulteriore adempimento dell'obbligo, da parte del compratore, di corrispondere il relativo prezzo. Cosicché, di fronte ad una situazione giuridica ancora *in fieri*, il mancato acquisto del bene non può mai assumere il valore e la portata di un atto dispositivo, ma può giustificare tutt'al più il tempestivo esercizio dell'azione surrogatoria (cfr. in termini Cass. 1979/66).

Rinuncia al diritto di opzione in materia societaria

In applicazione dei suddetti principi la S.C. ha ritenuto che la rinuncia o il mancato esercizio del diritto di opzione relativo all'aumento di capitale di una società non sia suscettibile di revoca al fine di consentire al creditore di sostituirsi al debitore nell'esercizio dell'opzione stessa, perché effetto della revoca è la declaratoria di inefficacia dell'atto revocato e il conseguente assoggettamento del bene oggetto della rinuncia all'azione esecutiva. La revoca, ad avviso della Corte sarebbe tuttavia consentita quando l'opzione costituisca un bene in sé, dotato di autonomo valore di mercato con la conseguente subordinazione dell'azione revocatoria, nell'ambito della disciplina della società a responsabilità limitata, alla dimostrazione che il diritto di opzione sia suscettibile di alienazione secondo la legge di circolazione delle quote stabilita dallo statuto sociale (Cass. 10879/07).

Adesione al legato in sostituzione di legittima e di rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione

Analogamente, con una recentissima decisione (Cass. 4005/13), è stata ritenuta inammissibile l'azione revocatoria rispetto all'atto di adesione al legato in sostituzione di legittima e di rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione per lesione di legittima, atteso che, sostanziosamente l'atto di disposizione nella rinuncia ad una facoltà, l'eventuale accoglimento dell'azione, con la dichiarazione di inefficacia dello stesso, non consentirebbe al creditore di soddisfare le proprie ragioni, restando i beni nella proprietà dei soggetti individuati dal *de cuius*, sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione, che presuppone la rinuncia al legato.

3) *Pregiudizio alle ragioni creditorie (eventus damni)*

Presupposto oggettivo dell'azione revocatoria è, inoltre, il pregiudizio che l'atto di disposizione del debitore arrechi alle ragioni del creditore (pregiudizio che va provato da parte del creditore).

Detto pregiudizio consiste nel fatto che, come conseguenza dell'atto di disposizione compiuto, il patrimonio del debitore divenga insufficiente a soddisfare i creditori, ovvero venga ad essere composto in modo tale da rendere più difficile o rischioso l'eventuale soddisfacimento coattivo del credito (es. la vendita di un immobile, pure al prezzo di mercato, è comunque pregiudizievole per le ragioni dei creditori in ragione del fatto che il prezzo conseguito che può essere facilmente occultato e così sottratto alle azioni esecutive).

Il momento a cui deve essere riferito *l'eventus damni* è quello in cui viene compiuto l'atto di disposizione, dal quale deve derivare direttamente la lesione della garanzia patrimoniale.

In tutti i casi occorre che tra l'atto del debitore e *l'eventus damni* sussista uno specifico nesso di causalità: l'insolvenza del debitore deve essere conseguenza diretta dell'atto impugnato.

Affinché l'atto del debitore possa creare una situazione di pericolo per l'eventuale realizzazione coattiva del credito, occorre che esso sia valido ed efficace, idoneo cioè a produrre una modificazione nella situazione patrimoniale del debitore, pena l'inutilità dell'azione revocatoria medesima. Ciò accade, ad es., nei casi di nullità dell'atto *ex art. 1418 c.c.*, a cui il creditore può reagire attraverso l'azione di nullità.

Non appare inutile, invece, l'azione revocatoria che abbia ad oggetto un atto annullabile o rescindibile o risolubile: esso produce tutti i suoi effetti e, quindi, certamente pregiudica le ragioni del creditore che ha interesse ad evitarne l'opponibilità a suo sfavore. Egli potrà, pertanto, esperire l'azione di annullamento (o di rescissione o di risoluzione) in via surrogatoria (se lo si ammette in base ai rilievi svolti nel precedente paragrafo) oppure esercitare l'azione revocatoria, purché naturalmente ricorrano gli indispensabili presupposti.

Ultimo presupposto, di natura soggettiva, per l'esperimento dell'azione revocatoria è la c.d. *scientia damni* o *consilium fraudis*, ossia la conoscenza del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore. Non occorre la specifica intenzione di nuocere al creditore (c.d. *animus nocendi*), essendo sufficiente la consapevolezza che, a seguito dell'atto dispositivo, il patrimonio divenga incapiente o tale da rendere più difficile od incerta l'esecuzione.

4) elemento
soggettivo

La conoscenza è richiesta nel solo debitore, se trattasi di atti a titolo gratuito la legge, infatti, tra il terzo acquirente a titolo gratuito che cerca di realizzare un vantaggio (*qui certat del lucro captando*) ed il creditore che vuole evitare un danno (*qui certat de damno vitando*) privilegia la posizione di quest'ultimo.

Se invece l'atto è a titolo oneroso – poiché tanto il creditore quanto il terzo acquirente cercano di evitare un danno – occorre per la proponibilità dell'azione che anche il terzo sia consapevole del pregiudizio che l'atto arreca al creditore (c.d. *participatio fraudis*).

È necessario sottolineare che l'art. 2901 c.c. contiene un'importante novità rispetto al passato: infatti, all'azione revocatoria oggi sono assoggettati anche gli atti di disposizione compiuti prima che il credito nasca, purché essi siano "*dolosamente preordinati*" al fine di pregiudicare le ragioni del creditore (art. 2901, comma 1, n. 1, c.c.) e, trattandosi di atti a titolo oneroso, il terzo sia stato partecipe della dolosa preordinazione (art. 2901, comma 1, n. 2, c.c.). In questo caso l'atto revocabile partecipa di una connotazione fraudolenta che ne rivela l'intrinseca illiceità.

Ai sensi dell'art. 2901, comma 2, c.c. le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerati atti a titolo oneroso quando sono contestuali al credito garantito. Se invece la concessione della garanzia ha luogo con atto autonomo successivo al sorgere del debito, l'atto deve considerarsi a titolo gratuito.

Per effetto della sentenza di revoca il bene alienato dal debitore rimane esposto presso l'acquirente all'azione esecutiva del creditore. Si parla di inefficacia relativa

Effetti dell'ac-
coglimento
dell'azione

e parziale dell'alienazione, nel senso che il bene alienato non retrocede nel patrimonio del debitore alienante e tuttavia rimane compreso nella garanzia generale spettante al creditore ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Il creditore ai sensi dell'art. 2902, comma 1, c.c., ottenuta la sentenza di revoca, *“può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato”*.

Di queste azioni (diversamente da quanto accade per la surrogatoria) non possono giovare gli altri creditori che non abbiano partecipato al giudizio revocatorio o che non abbiano esercitato una distinta azione revocatoria contro il medesimo atto di disposizione.

Inoltre, poiché il bene rimane nella sfera giuridica dell'acquirente e viene contro di lui espropriato, i creditori personali dell'acquirente possono intervenire nell'esecuzione ma il revocante è a loro preferito.

L'art. 2902, comma 1, c.c. non trova applicazione nel caso in cui il debitore abbia costituito, a favore di un terzo, una garanzia reale (pegno, ipoteca) e il creditore eserciti contro tale atto la revocatoria, poiché in tale ipotesi il bene è rimasto nella sfera giuridica del debitore e contro di lui deve essere espropriato. Dal vittorioso esperimento dell'azione revocatoria discenderà in tal caso l'inopponibilità al creditore dei diritti di prelazione che il terzo vanta per effetto della garanzia.

Potrebbe accadere che il terzo acquirente del bene disponga a sua volta dello stesso in favore di altro soggetto o ne provochi una diminuzione di valore ovvero lo distrugga. In tal caso si concorda in dottrina e giurisprudenza sull'obbligo risarcitorio del terzo nei confronti del creditore, qualificabile in termini di obbligazione di valore.

Quanto, invece, alla posizione degli aventi causa dell'acquirente di fronte alla dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione del debitore, l'art. 2901, ultimo comma, c.c. stabilisce che l'inefficacia dell'atto revocato non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi subacquirenti di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revoca.

Prescrizione L'azione revocatoria è soggetta al termine di prescrizione breve quinquennale, che decorre dalla data dell'atto (art. 2903 c.c.). La brevità del termine e l'individuazione del *dies a quo* mostra la volontà del legislatore di circoscrivere nel tempo l'esperibilità dell'azione, in ossequio al principio di certezza dei traffici. Ciò è ancor più evidente nel caso di revocatoria avente ad oggetto atti anteriori all'insorgenza del credito, dolosamente preordinati a pregiudicare il creditore, ove il termine di prescrizione decorre da prima che si verifichino i presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria; ciò in deroga alla regola generale vigente in materia di prescrizione *ex art. 2935 c.c.*, secondo cui *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Revocatoria fallimentare L'art. 2904 c.c. contiene una norma di rinvio con la quale si fanno salve le disposizioni particolari che regolano la revocatoria nel diritto fallimentare (artt. 66 ss. legge fall.). Con tale articolo si conferma implicitamente che anche la revocatoria fallimentare è espressione del medesimo principio al quale quella generale è ispirata.

Si distinguono una revocatoria ordinaria nel fallimento ed una revocatoria fallimentare.

La revocatoria ordinaria nel fallimento (art. 66 L. fall.) si distingue dall'azione *ex art. 2901 c.c.* per i diversi effetti: infatti il risultato utile di tale azione esercitata dal curatore gio-

va indistintamente a tutti i creditori, con ciò venendo meno il carattere di relatività proprio della revocatoria esercitata dal singolo creditore.

La revocatoria fallimentare (artt. 67 ss. L. fall. così come modificato dal § 1., lett. re a) e b), dell'art. 2 del D.L. 35/2005, intitolato «*Disposizioni in materia fallimentare processuale civile e di libere professioni*»), quanto agli effetti analoga alla precedente, si caratterizza per la presenza di una serie di presunzioni circa l'esistenza dei presupposti normalmente richiesti ai fini della revocatoria *ex art. 2901 c.c.*

La revocatoria fallimentare persegue la finalità di ricostruire il patrimonio dell'imprenditore fallito, rendendo inefficaci tutti gli atti dallo stesso in precedenza compiuti in pregiudizio ai creditori. A differenza della revocatoria ordinaria, la revocatoria fallimentare è preordinata alla salvaguardia della "*par condicio creditorum*" e si fonda sul presupposto che il patrimonio del debitore sia destinato a soddisfare alla pari tutti i creditori. L'*eventus damni* è dunque *in re ipsa*, e non costituisce oggetto di prova da parte del curatore, né può ritenersi assente nei pagamenti effettuati dal fallito in favore di creditori privilegiati.

Gli atti sottoposti alla revocatoria fallimentare si distinguono in tre categorie:

- 1) gli atti a titolo oneroso con prestazioni sproporzionate (quando tra le prestazioni e gli obblighi assunti dal fallito vi sia divario ed una sproporzione che superi il limite di un quarto), gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie per debiti preesistenti non scaduti: in tali ipotesi la legge ha posto una presunzione *iuris tantum* di *consilium fraudis*, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;
- 2) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie per debiti scaduti saranno revocabili con uguale regime probatorio presuntivo sullo stato di insolvenza, qualora il curatore provi il compimento dell'atto nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento;
- 3) gli atti "normali" (cioè non lesivi della *par condicio* e non sintomatici dello stato di insolvenza) ossia i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, saranno revocabili solo se il curatore provi che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Quando gli atti dispositivi compiuti dal debitore non rientrino nelle categorie di atti sottoposti alla revocatoria fallimentare, al curatore rimane comunque e sempre la possibilità di esperire l'azione revocatoria ordinaria ai sensi degli artt. 2901 ss. c.c.

In chiusura è opportuno soffermarsi sulle differenze tra il negozio simulato ed il negozio in frode ai creditori, colpito con l'azione revocatoria.

L'azione revocatoria *ex art. 2901 cod. civ.* e quella di simulazione, assoluta o relativa, sono del tutto diverse per contenuto e finalità. Infatti mentre il negozio impugnato con la revocatoria è esistente e realmente voluto e con l'azione si tende ad ottenerne la declaratoria di inefficacia al fine unico e specifico di ricostruire la garanzia generica assicurata al creditore del patrimonio del debitore, onde i requisiti dell'*eventus damni* e, per i negozi a titolo oneroso del *consilium fraudis*, quello impugnato per simulazione esiste invece solo apparentemente, in quanto o è addirittura inesistente una volontà negoziale (simulazione assoluta) o è un negozio voluto diverso da quello apparente (simulazione relativa) e l'azione esclusivamente diretta ad ottenere l'accertamento di questa situazione di apparenza può essere proposta da chiunque abbia interesse alla eliminazione della medesima. Da quanto precede discende, tra l'altro, che l'azione revocatoria non proposta, sia pure in via subordinata a quella di simulazione nel giudizio di primo grado, non è più proponibile per il divieto dello *ius novorum* nel giudizio di appello.

Costituisce infine orientamento consolidato in giurisprudenza quello secondo cui "l'azione di simulazione (assoluta o relativa) e quella revocatoria, pur diverse per contenuto e finalità, possono essere posposte entrambe nello stesso giudizio in forma alternativa tra loro

*Rapporti
con la
simulazione*

o, anche, eventualmente in via subordinata l'una all'altra, senza che la possibilità di esercizio dell'una precluda la proposizione dell'altra". (Cass. n. 17867/07).

Ben può infatti il giudice prima valutare la possibilità di accogliere una domanda e, solo nell'eventualità in cui questa risulti infondata (o, comunque, da rigettare), esaminare l'ulteriore richiesta. Esclusa la simulazione e confermato che l'atto dispositivo ha avuto effetto, nulla impedisce infatti di valutare se con quello stesso atto l'alienante ha pregiudicato le ragioni dei suoi creditori.

Il nuovo art. 2929-bis c.c. Con il D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132, il legislatore ha introdotto nel corpo del codice civile il nuovo art. 2929-bis, rubricato "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito".

In base alla nuova disposizione "Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

Il secondo e terzo comma della succitata disposizione dettano norme di natura prettamente processuale relativamente alle forme dell'espropriazione nell'ipotesi di atti di alienazione e sugli strumenti di tutela processuale del debitore assoggettato ad esecuzione in virtù della nuova disciplina.

Per quanto di interesse in questa sede debbesi osservare che il nuovo articolo 2929-bis c.c. esonera il creditore, pregiudicato da un atto del debitore volto a sottrarre beni al proprio patrimonio, dall'obbligo di promuovere azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. ove ricorrano i seguenti presupposti: a) la non onerosità dell'atto pregiudizievole, che deve avere ad oggetto beni mobili registrati o beni immobili e deve consistere nella costituzione di un vincolo o in una alienazione; b) l'antiorità del credito rispetto all'atto pregiudizievole; c) l'esistenza di un titolo esecutivo e la trascrizione del pignoramento entro un anno dalla data di trascrizione dell'atto pregiudizievole; d) la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato al creditore.

In buona sostanza, dunque, lo spazio applicativo dell'*actio pauliana* viene ridotto in forza di un'inefficacia relativa dell'atto stabilita direttamente dalla legge ove ricorrano i presupposti su richiamati, con conseguente possibilità di azionare immediatamente la tutela esecutiva senza dover necessariamente passare per le forche caudine derivanti da una declaratoria in sede giurisdizionale dell'inefficacia stessa.

Naturalmente resta ferma la possibilità per il debitore e per chiunque ne abbia interesse di contestare in sede esecutiva, con i rimedi di cui agli artt. art. 615 e ss. c.p.c., la sussistenza dei presupposti sostanziali della predetta inefficacia.

Spetterà poi all'elaborazione dottrinale e alle prime pronunce giurisprudenziali fare luce su alcune criticità ermeneutiche che la nuova disposizione pone con particolare riguardo all'ambito applicativo, non essendo affatto agevole individuare il perimetro degli "atti di alienazione a titolo gratuito" che legittimano il diretto esperimento dell'esecuzione forzata. Si pensi a mero titolo esemplificativo alle dona-

zioni indirette, alle vendite miste con donazione, alla simulazione relativa, o ancora alle alienazioni derivanti da accordi patrimoniali raggiunti tra i coniugi in sede di separazione personale o divorzio; in dette ipotesi si porrà il problema di stabilire se la mera allegazione del creditore in ordine alla sussistenza del requisito della gratuità, legittimi o meno il diretto esperimento dell'azione esecutiva.

Merita da ultimo osservare che la riconosciuta possibilità di procedere esecutivamente nei confronti del terzo acquirente dal debitore (non è chiaro se la nuova disposizione sia applicabile in caso di trasferimento ulteriore da parte del terzo acquirente) in difetto di una declaratoria giurisdizionale della inefficacia relativa del trasferimento (che in caso revocatoria deve avere la forza del giudicato) rischia di determinare gravissimi pericoli di certezza dei traffici, posto che nell'ipotesi di mancata sospensione della procedura esecutiva a seguito della opposizione all'esecuzione, l'acquisto dell'aggiudicatario potrebbe essere travolto dalla successiva decisione favorevole all'opponente (debitore o terzo acquirente dal debitore) nella causa di merito radicata successivamente al diniego della sospensiva (arg. ex artt. 615 e 624 c.p.c.). Problematica è poi la questione del riparto dell'onere probatorio nel giudizio di cui all'art. 615 c.c.: in particolare non è chiaro se – similmente a quanto accade in materia di revocatoria ordinaria – spetti al creditore provare la sussistenza dei presupposti per la revoca stessa (anche attraverso presunzioni), o se invece con l'introduzione del nuovo art. 2929-*bis* il legislatore abbia introdotto una vera e propria presunzione *iuris tantum* di frodolenza dell'atto con conseguente inversione dell'onere della prova.

4. Il sequestro conservativo

L'art. 2905 c.c. permette al creditore, sempre ai fini della conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., di sottrarre i beni alla disponibilità ed all'amministrazione del debitore attraverso il sequestro conservativo. *Nozione e funzione*

Quest'ultimo ha, in particolare, la funzione di rendere inoffensiva per il creditore sequestrante la disposizione giuridica del bene da parte del debitore: tale finalità si attua tramite la sottrazione (materiale e giuridica) del bene alla libera disponibilità del debitore proprietario.

Sul piano materiale, è nominato un custode (che può essere lo stesso debitore) a cui il bene è affidato per l'ordinaria amministrazione. Il custode è considerato dalla dottrina dominante un ausiliario del giudice, investito di un *munus publicum*.

Quanto ai presupposti, l'inquadramento nel *genus* procedimenti cautelari rende necessaria la simultanea ricorrenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, posto che anche il difetto di uno solo dei requisiti segnalati legittima il rigetto dell'istanza cautelare formulata. *Presupposti*

Quanto al *fumus boni iuris*, la bontà della pretesa si ricollega all'accertamento della qualità di creditore in capo al soggetto precedente, anche attraverso l'assunzione di sommarie informazioni, e quindi dell'esistenza stessa del credito. In proposito si osserva che non è necessario che il credito sia liquido ed esigibile, essendo sufficiente l'esistenza di una mera ragione di credito. Dottrina e giurisprudenza, inoltre, concordano nel ritenere che il provvedimento in esame può essere richiesto e concesso anche a garanzia di un credito sottoposto a condizione, sia sospensiva che risolutiva, e a termine non ancora scaduto.