

L'ATTUAZIONE DEI CREDITI FONDIARI NEL FALLIMENTO (E NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE): IL NUOVO VERBO DELLA CASSAZIONE*

di MASSIMO MONTANARI

SOMMARIO: **1.** Il privilegio processuale dei crediti fondiari nel fallimento e la sua sopravvivenza nel sistema scaturito dal recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – **2.** L'ammissione allo stato passivo come *titulus retinendi* delle somme percepite all'esito dell'esecuzione individuale promossa o proseguita in costanza di fallimento per la realizzazione coattiva del credito fondiario. – **3.** L'eversivo *dictum* di Cass. n. 23482/2018: l'ammissione allo stato passivo come *titulus percipiendi* delle somme ricavate in forza dell'esecuzione suddetta. – **4.** Le implicazioni concettuali e sistematiche dell'insegnamento della Corte. – **5.** La compatibilità dell'insegnamento della Corte con la vocazione funzionale del privilegio fondiario. – **6.** Gli effettivi elementi di criticità della posizione della Corte. – **7.** La decorrenza dell'obbligo di restituzione del creditore fondiario che non abbia presentato domanda di insinuazione allo stato passivo

1. Il privilegio processuale dei crediti fondiari nel fallimento e la sua sopravvivenza nel sistema scaturito dal recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

E' a tutti noto, io credo, come il privilegio processuale accordato agli istituti erogatori di finanziamenti fondiari – per un verso, in grazia del riconoscimento dell'ammissibilità o procedibilità dell'esecuzione da essi intrapresa nei confronti del loro debitore ad onta del sopravvenuto fallimento di quest'ultimo e, quindi, in deroga al divieto generale delle azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall.; per il verso opposto, in forza dell'obbligo di restituzione alla massa della somma percepita

all'esito di detta esecuzione *in eccedenza* rispetto a quanto sarebbe ad essi spettato nel concorso sul ricavato della vendita in sede fallimentare dello stesso cespite ⁽¹⁾ – è a tutti noto, dicevo, come tale privilegio sia sopravvissuto indenne alla recente riforma del diritto fallimentare, quale posta in atto con il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, introduttivo del così definito Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII): e questo, a dispetto dell'esplicita direttiva di cui all'art. 7, comma 4, lett. a), della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, che a chiare lettere raccomandava di «escludere», nel nuovo ordinamento concorsuale che avrebbe dovuto vedere la luce in attuazione di essa delega, «l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari». La prescrizione è rimasta, infatti, completamente disattesa, come inequivocabilmente risulta dall'art. 369 CCII, che, nell'enumerare tutte le norme del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), di cui è disposta la modifica o abrogazione in corrispondenza all'avvento del nuovo sistema delle procedure regolatrici della crisi e dell'insolvenza, dell'art. 41 di detto testo di legge, istitutivo del privilegio in questione, non fa menzione alcuna, lasciandolo, pertanto, esattamente allo stesso posto dove stava prima ⁽²⁾, ovviamente, mutato quel che v'è da mutare, vale a dire, nella prospettiva di quella procedura di liquidazione giudiziale che, nel nuovo sistema, ha preso il posto del fallimento lasciandone, peraltro, sostanzialmente inalterata l'originaria fisionomia ⁽³⁾.

* Il presente lavoro riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione presentata nell'ambito del convegno svoltosi in data 24 ottobre 2019 presso l'Università degli Studi di Padova, con il titolo «*Recenti prospettive in tema di processo esecutivo (anche a margine del "Progetto esecuzioni")*».

⁽¹⁾ Onde la persistente soggezione degli anzidetti istituti alla regola del concorso sostanziale.

⁽²⁾ Sul punto, più diffusamente, M. FABIANI, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sul debitore e sui creditori*, in *Fallimento*, 2019, 1166, testo e nota 30, dove recisamente (e giustamente) si esclude che l'abrogazione del privilegio fondiario, non disposta dal decreto attuativo della delega, possa farsi direttamente risalire alle previsioni di quest'ultima, che, in quanto rimasta inattuata, non può acquistare forza di legge ordinaria.

⁽³⁾ La sopravvivenza, nell'ordinamento riformato, dell'istituto in esame trova indiretta conferma anche nelle previsioni dell'art. 150 CCII, il quale, nel ribadire, in sede di liquidazione giudiziale, il divieto delle azioni esecutive individuali *ex art. 51 l. fall.*, ha integralmente conservato il dettato originario di questa norma

Il tema assegnatomi nel quadro di questo convegno vede così pienamente salvaguardata la propria attualità. Non altrettanto attuali mi appaiono però, e all'opposto, le considerazioni che allo stesso tema ho dedicato nel quadro di un precedente incontro di studi, svoltosi a Ravenna nel giugno 2018, con una relazione che ritenni opportuno pubblicare immediatamente ⁽⁴⁾ e senza particolari supplementi di riflessione, nel timore che risultasse inesorabilmente superata dagli eventi, ovverosia scontando le incerte sorti, in allora, dell'istituto in rassegna: giacché è ben vero che, in quel momento, aveva già visto la luce una bozza di Codice che al privilegio fondiario non aveva sotto alcun profilo messo mano; ma nulla permetteva di affermare con sicurezza che la scelta di non esercitare sul punto la delega ⁽⁵⁾ fosse definitiva e che proprio quello sarebbe stato l'approdo finale del percorso riformatore.

Se ingiustificata alla luce degli esiti conclusivi di quel percorso, l'urgenza, di cui ho appena dato atto, di dare "alle stampe" quella relazione è risultata, però, giustificata – si può dire, *ex post* - alla stregua di quella che è stata la successiva evoluzione del quadro giurisprudenziale in materia, evoluzione che ha sancito, se non l'inattualità, certo, almeno, la necessità di un adeguamento e/o aggiornamento delle considerazioni ivi contenute.

(eccezion fatta, logicamente, per il riferimento alla nuova procedura di liquidazione giudiziale in luogo del fallimento), compresa la clausola iniziale «*salvo diversa disposizione della legge*»: clausola che, stante l'assenza, nel sistema, di deroghe ulteriori a detto divieto, non avrebbe alcuna ragione di essere ove si postulasse l'intervenuta soppressione del privilegio di cui all'art. 41 T.U.B.

⁽⁴⁾ Per l'esattezza, su questo stesso portale, in data 4 settembre 2018, con il titolo *La realizzazione dei crediti fondiari nel fallimento*.

⁽⁵⁾ Sui possibili profili di incostituzionalità di questa scelta, cfr. M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 167.

2. L'ammissione allo stato passivo come *titulus retinendi* delle somme percepite all'esito dell'esecuzione individuale promossa o proseguita in costanza di fallimento per la realizzazione coattiva del credito fondiario

Le osservazioni di chiusura del paragrafo precedente alludono e trovano riscontro a/in una innovativa pronuncia del Supremo Collegio, la n. 23482 del 28 settembre 2018 (III Sez. civ., Presidente Franco De Stefano, relatore Augusto Tatangelo) ⁽⁶⁾, che ha proceduto a un drastico riassetto dei rapporti tra esecuzione fondiaria e fallimento o, meglio, a una drastica revisione del tradizionale modo d'intendere l'assetto di quei rapporti, in quella parte, assai delicata e cruciale, che attiene all'incidenza, sulla vicenda processuale in atto davanti al giudice dell'esecuzione individuale, degli sviluppi e degli esiti dell'accertamento endoconcorsuale dei crediti, in sede di verifica dello stato passivo.

Tutti ricordiamo che nel vigore della legge fallimentare in quella che ne costituiva la primeva dizione, era motivo di assai acceso dibattito se, per poter beneficiare del privilegio di riscossione che la legge gli accorda in sede di fallimento del debitore, il creditore fondiario fosse tenuto o meno ad azionare le proprie ragioni in via di insinuazione al passivo fallimentare ⁽⁷⁾. La riforma organica del 2006 ha sciolto in termini inequivocabili quel nodo problematico, mediante l'aggiunta, ai due commi di cui precedentemente si componeva l'art. 52 l. fall., di un nuovo terzo comma, a tenore del quale «*le disposizioni del secondo comma* [ossia le disposizioni per cui ciascun creditore che intenda ottenere soddisfazione in sede di esecuzione fallimentare è tenuto a far valere le proprie ragioni nel contraddittorio incrociato degli altri creditori concorrenti, tipico del procedimento di verifica

⁽⁶⁾ Vedila in *Riv. es. forz.*, 2019, 350, con nota di A. NASCOSI, *I rapporti tra procedura concorsuale ed espropriazione forzata nella tutela del credito fondiario alla luce di una recente decisione della Cassazione*; in *Fallimento*, 2018, 1389, con nota di G.B. NARDECCHIA, *Accertamento, quantificazione e graduazione del credito fondiario: l'intervento del curatore nell'esecuzione individuale*; in *Dir. fall.*, 2019, II, 1159, annotata da S. ZIINO, *La suprema corte limita il privilegio processuale in favore del credito fondiario*.

⁽⁷⁾ Per le dovute indicazioni in proposito, si rinvia a C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, 6^a ed., Milano, 2006, 252 ss.; e, relativamente al successivo periodo, A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6^a ed., Milanofiori Assago (MI), 2017, 1776.

dello stato passivo] *si applicano anche ai creditori esentati dal divieto di cui all'art. 51*».

Assodato *per tabulas* che anche il titolare di crediti fondiari sia soggetto all'onere dell'insinuazione al passivo, si trattava, però di stabilire a qual fine tale insinuazione al passivo, con annesso provvedimento di ammissione, fosse richiesta. E ad affermarsi, se non proprio in termini totalitari, certo largamente maggioritari, è stata l'opinione secondo cui l'ammissione al passivo di detto creditore fungerebbe da *titulus retinendi* delle somme che esso abbia direttamente percepito dall'aggiudicatario del bene al termine dell'esecuzione: quanto, fundamentalmente, significa, da un lato, che il creditore che non abbia ancora proposto domanda di insinuazione o non sia stato ancora definitivamente ammesso al passivo può egualmente dar corso alla liquidazione extrafallimentare del bene ipotecato incamerando poi quanto gli spetta al termine della stessa; dall'altro, che una volta che quella domanda d'insinuazione sia stata definitivamente respinta o, *a fortiori*, la stessa domanda non sia stata ancora presentata, esso sarebbe tenuto a restituire al fallimento le somme dianzi incassate⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Si vedano, in tal senso, S. MENCHINI – A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 391; A. PALUCHOWSKI – P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7^a ed., Milano, 2008, 324; L. ABETE, *Creditore fondiario ed ufficio fallimentare: le reciproche prerogative, il relativo rapporto e le correlate conseguenze*, in *Fallimento*, 2012, 331; G. BOZZA, *Criteri di liquidazione selettiva dell'attivo come strumento di gestione rapida ed efficiente del fallimento*, in *Fallimento*, 2010, 1080 s.; A. TRINCHI, sub *art. 110*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Artt. 64-123, Milano, 2010, 1117 s.; E. FORGILLO, sub *art. 51*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 741 s.; F. CASA, *Appunti sul credito fondiario tra privilegio processuale e concorso formale*, in *Fallimento*, 2015, 789 s. (ancorché l'a. lasci intendere che la pretesa restitutoria sarebbe azionabile solamente una volta che la mancata insinuazione al passivo sia certificata dalla mancata collocazione del creditore fondiario nel piano di riparto); P. BOSTICCO, *I limiti alla concessione dei benefici processuali ex art. 41 T.U.B. al cessionario del credito fondiario*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2 s.; M.S. DEBONI, *Contestazione del credito fondiario in sede fallimentare e rapporti con l'esecuzione individuale ex art. 41, 2° comma, TUB*, in ****Dir. fall.* (versione elettronica), 2018, § 3, che richiama pure Trib. Lodi, 20 maggio 2016; cfr. pure, nella giurisprudenza successiva alla riforma, Cass., 13 dicembre 2017, n. 29972; Cass., 30 marzo 2015, n. 6377, in *Fallimento*, 2015, 784, con oss. cit. di F. CASA; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17368. Come si è detto, l'opinione appena illustrata nel testo ha riscosso consensi nettamente maggioritari ma non unanimi: per ragguagli in merito alle ricostruzioni di segno dissonante e,

Ebbene, la Suprema Corte, con la sentenza che ho testè ricordato, è venuta sostanzialmente a ripudiare questo consolidato orientamento.

3. L'eversivo *dictum* di Cass. n. 23482/2018: l'ammissione allo stato passivo come *titulus percipiendi* delle somme ricavate in forza dell'esecuzione suddetta

Com'è consuetudine nella stagione che stiamo vivendo, anche il *revirement* giurisprudenziale cui testé s'accennava s'è svolto essenzialmente in chiave di *obiter dictum*, nel senso che la questione sottoposta al sindacato della Corte di cassazione non esigeva una riflessione di così ampio respiro come quella concretamente sviluppata nella sentenza né reclamava che la Corte prendesse posizione su tutti i punti che essa è venuta concretamente a toccare, in particolare quello, di portata dirompente, come subito vedremo, concernente il rilievo pregiudiziale e condizionante dell'ammissione al passivo del credito fondiario ai fini della stessa possibilità di beneficiare dell'assegnazione provvisoria delle somme ricavate dall'espropriazione svoltasi in sede extrafallimentare.

Cos'era, in concreto, successo? Il curatore fallimentare, intervenuto nell'esecuzione individuale proseguita, in costanza di fallimento, dalla banca erogatrice del mutuo fondiario, aveva dedotto alcuni crediti prededucibili maturati nell'ambito della procedura fallimentare ed ivi riconosciuti e in parte, addirittura, già pagati – leggi: ICI, oneri condominiali, compenso spettante alla curatela -, chiedendo che la somma spettante alla banca medesima fosse decurtata del relativo importo e tale importo fosse ad esso curatore elargito. Il giudice dell'esecuzione ha respinto, però, questa istanza e lo stesso è avvenuto anche da parte del tribunale successivamente adito in via di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*

Facile è immaginare, sulla scorta degli orientamenti comunemente recepiti in materia e dianzi richiamati, quale sia stato il fondamento del rigetto così disposto: l'indole *intrinsecamente*

al contempo, obbiettivamente convergente con l'indirizzo della Cassazione di cui sarà detto immediatamente nel testo, v. *infra*, alla nt. 12.

provvisoria delle erogazioni effettuate in sede di esecuzione individuale, tale per cui, delle vicende intervenute nella procedura fallimentare che pur possano incidere con sicurezza sulla quota di riparto da attribuirsi al creditore fondiario, non occorre affatto tener conto *ex ante*, ossia nell'ambito di detta esecuzione individuale, poiché, alle eventuali eccedenze delle erogazioni ivi effettuate, stante, per l'appunto, la loro natura provvisoria, si potrà sempre porre rimedio *ex post*, attraverso le opportune restituzioni.

A fronte di questo ragionamento, la Cassazione, investita del ricorso proposto contro la sentenza sull'opposizione agli atti ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost., ha avuto facile gioco nel replicare che l'intrinseca provvisorietà di quelle attribuzioni «*non implica affatto, né giuridicamente né logicamente, che davanti al giudice dell'esecuzione non abbiano rilievo gli accertamenti e la graduazione già avvenuti in sede fallimentare*», perché in questo modo - leggi: attribuendo rilievo a detti/e accertamenti e graduazioni, vi sarebbe la possibilità di conformare tali attribuzioni provvisorie a quella che dovrebbe risultare l'attribuzione definitiva, prevenendo, ossia evitando alla radice, scostamenti per eliminare i quali si sia costretti, *ex post*, ad antieconomiche iniziative restitutorie, richiedenti la mobilitazione di un procedimento ordinario con tre gradi di giudizio e tutto il dispendio di tempo e di risorse che fatalmente ne consegue.

Ecco, per confutare la posizione del giudice di merito e casare la sua decisione, la Suprema Corte si poteva limitare a queste considerazioni, sviluppando nella specifica direzione richiesta dal caso in esame una linea di pensiero sostanzialmente già acquisita. Io stesso, ad es., nel contributo in materia cui ho accennato in apertura, osservavo che vi sono evidenti quanto difficilmente confutabili ragioni di economia processuale in virtù delle quali, ove il rigetto *definitivo* della domanda d'insinuazione al passivo abbia a sopravvenire prima che l'esecuzione sia stata intrapresa o in pendenza della medesima, questa non possa che divenire, rispettivamente, inammissibile o improcedibile ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ M. MONTANARI, *La realizzazione dei crediti fondiari*, cit., 24. E' bene integrare questa notazione precisando che a identica conclusione è dato pervenire anche nell'ipotesi in cui oggetto del rigetto definitivo non sia stata la domanda di ammissione del credito allo stato passivo, bensì l'istanza accessoria di riconoscimento della qualità ipotecaria del credito stesso: cfr. G.B. NARDECCHIA, *Accerta-*

Così come è da ritenersi che la parte del prezzo di vendita che l'aggiudicatario è tenuto a versare alla banca procedente debba essere strettamente commisurata al *quantum* dell'ammissione al passivo, laddove questa sia già intervenuta e sia già passata in giudicato al momento del pagamento ⁽¹⁰⁾.

La Corte, però, non si è fermata a questo punto, è andata ben oltre. A venire qui in gioco è il principio di economia processuale; e a guisa di piano e naturale svolgimento, sul terreno ove stiamo muovendo, di tale principio, essa giunge ad affermare che *«l'aver sottoposto la propria pretesa al procedimento di verifica del passivo [...] costituisce [...] il fondamento stesso (recte: il fatto costitutivo) del diritto del creditore fondiario di ottenere l'attribuzione, in via provvisoria, del ricavato della suddetta vendita e quindi si tratta di un accertamento dal quale il giudice dell'esecuzione non può prescindere e di un fatto che dovrà essere documentato dall'istituto procedente, anche a prescindere dall'intervento del curatore nella procedura esecutiva»*.

Consegue da ciò che, a differenza di quanto sino ad oggi comunemente si riteneva, al creditore fondiario *a)* che non abbia presentato domanda di insinuazione al passivo; *b)* ovvero sulla cui domanda il giudice non abbia ancora pronunciato; *c)* ovvero, ancora, la cui domanda sia stata respinta ma con provvedimento, allo stato, non definitivo, in pendenza vuoi dei termini per proporre nei suoi confronti opposizione vuoi del susseguente giudizio: non possa, a detto creditore, essere attribuito alcunché in sede di distribuzione del ricavato nell'esecuzione individuale, *neppure in via provvisoria*. E tutt'al più, nel caso che la domanda sia stata effettivamente presentata ma il giudice delegato non abbia ancora avuto modo di statuire su di essa, esso creditore potrebbe contare sul differimento dell'udienza di distribuzione a data presumibilmente successiva a quella dell'udienza di verifica dello stato passivo e della pronuncia da rendersi, in quella sede, sulle domande d'insinuazione sino a quel momento proposte, sul fondamento, specifica la Corte, dei poteri conferiti

mento, quantificazione e graduazione, cit., 1396. E' poi scontato che, dove il rigetto sopravvenga nelle more tra esitazione del bene staggito e distribuzione delle somme incassate, queste vadano integralmente corrisposte al curatore: A. NASCOSI, *I rapporti*, cit., 363, nt. 9.

⁽¹⁰⁾ M. MONTANARI, *op. cit.*, 24 s.

al giudice in vista di un sollecito e leale svolgimento del processo esecutivo, da esercitarsi nelle forme dell'ordinanza *ex art.* 487 c.p.c. ⁽¹¹⁾.

La tradizionale, e poc'anzi rammentata, concezione dell'ammissione al passivo come *titulus retinendi* di quanto provvisoriamente percepito all'esito della procedura esecutiva individuale è dunque sconfessata ed abiurata, nel segno di una differente concezione per cui, ad essa ammissione, occorra piuttosto guardare come a *titulus percipiendi*, in difetto del quale nessuna erogazione sarebbe consentita al titolare del credito fondiario, neppure, si ribadisce, in via provvisoria e reversibile.

4. Le implicazioni concettuali e sistematiche dell'insegnamento della Corte

Nel procedere a questa ridefinizione del ruolo dell'insinuazione/ammissione al passivo del creditore nella dinamica dei rapporti tra esecuzione fondiaria e fallimento ⁽¹²⁾, la Corte non si è, invero, minimamente preoccupata di misurare quelle che dovrebbero essere, di una siffatta ridefinizione, le implicazioni sul piano degli schemi concettuali entro cui quei rapporti consuetamente si inscrivono: implicazioni che pure vi sono e non sono affatto di lieve momento, anzi, come tra breve vedremo,

⁽¹¹⁾ Lo stesso rinvio, ad avviso di G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 1397, potrebbe essere disposto anche nell'ipotesi, di cui *supra*, *sub a*), di mancata presentazione della domanda di insinuazione al passivo, laddove il creditore sia in grado di dimostrare che tale omissione non sia addebitabile a sua colpa.

⁽¹²⁾ Su cui, fondamentalmente, convengono, in sede di annotazione della richiamata pronuncia, A. NASCOSI, *op. cit.*, 365 s.; G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 1396 s.; S. LEUZZI, *Appunti sistemici sui rapporti convulsi fra esecuzione fondiaria e fallimento*, in *www.ilfallimentarista.it*, 28.9.2018, spec. 7 s. e 12. Nel senso che solamente a séguito e per effetto dell'accoglimento della domanda di insinuazione al passivo, il creditore fondiario avrebbe diritto all'attribuzione delle somme ricavate dalla vendita effettuata in sede di esecuzione individuale, v. già peraltro, nella precedente letteratura, F. CIANI, *Divieto di azioni esecutive ed azioni cautelari*, in L. GHIA – C. PICCININI – F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*. 3. *Gli organi del fallimento e la liquidazione dell'attivo*, Milanofiori Asago (MI), 2010, 490 s.; G. PELLIZZONI – N. FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41, comma 2 T.U.L.B. alla luce del decreto correttivo*, in *Fallimento*, 2008, 614 s.

risultano decisive ai fini di una valutazione di merito del ribaltamento di prospettive che i supremi giudici ci hanno proposto.

L'illustrazione di queste implicazioni non richiede un lungo discorso. Se le condizioni richieste al creditore fondiario per vedersi assegnate le somme ricavate dall'esecuzione individuale sono le stesse – leggi: previa ammissione allo stato passivo – che si richiedono per il concorso sul ricavato fallimentare: è evidente che la fase distributiva di tale esecuzione individuale – la quale, non dimentichiamolo, individua il proprio oggetto in beni che fanno parte dell'attivo fallimentare – è evidente, dicevo, che detta fase distributiva venga a configurarsi come appendice *extra moenia*, come segmento esterno, della stessa ripartizione dell'attivo fallimentare. Ma se così è, inevitabile diviene allora prendere atto che, una volta aperto il fallimento, l'esecuzione individuale di cui si discorre risulterebbe “diacronicamente” sorretta da due distinti titoli esecutivi: quello, diciamo così, ordinario o extrafallimentare (generalmente, l'atto pubblico in cui è consacrato il contratto di mutuo ipotecario da cui origina il credito che si vuole coattivamente realizzato), su cui si incardina la fase espropriativa; e il titolo esecutivo fallimentare, ossia l'ammissione al passivo ⁽¹³⁾, su cui s'incardina la successiva fase distributiva. Il che, a sua volta, significa riportare in auge la classica impostazione dicotomica, che fu, in particolare, di Andrioli e Garbagnati ⁽¹⁴⁾, imperniata sulla distinzione tra azione esecutiva *espropriativa* e azione esecutiva *satisfattiva* ⁽¹⁵⁾, sebbene,

⁽¹³⁾ Sulla raccordabilità della soddisfazione in sede fallimentare dei singoli creditori concorrenti alla titolarità, predicabile con riferimento a ciascuno di essi, di una distinta e autonoma azione esecutiva fallimentare e sulla conseguente riguardabilità della rispettiva ammissione al passivo come titolo esecutivo fallimentare, in virtù del rapporto di derivazione genetica che lega detta azione a questo provvedimento, sia consentito rinviare a M. MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, 137 ss.

⁽¹⁴⁾ Ma v. già F. MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione. Un contributo alla teoria del cumulo processuale*, Vienna, 1901, 185 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. V. ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, Roma, 1937, 11 ss.; E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, 140 ss. Corre l'obbligo precisare che, nei termini in cui detta bipartizione è stata riportata nel testo, essa più propriamente riflette la visione del secondo degli autori testé richiamati, che alle azioni, rispettivamente, espropriativa e satisfattiva guardava come alle due distinte figure o *species* in cui si sarebbe lasciata scomporre l'azione esecutiva intesa come *genus* unitario; laddove, per Andrioli, soltanto l'azione espropriativa avrebbe partecipato della natura, e sarebbe stata, quindi, raffigurabile *sub specie*, di azione esecutiva. Per un'ampia riflessione critica su questa concezione dualistica dei poteri d'azione

qui, non certo allo scopo di dar conto del concorso, nell'esecuzione, di creditori titolati e non titolati, bensì a quello, per l'appunto, di dar conto della *consecutio*, appena descritta, di distinti titoli esecutivi a supporto del medesimo processo esecutivo.

Stando così le cose, ci troviamo al cospetto di una sorta di irrocervo, a un'esecuzione, cioè, che cambia di segno o di genere nel corso del suo cammino, avviato sotto le sembianze di esecuzione individuale e destinato poi a confluire nell'alveo dell'esecuzione fallimentare. Debbo dire, tuttavia, che non è questo il problema né basta questo, di per se solo, a condannare e respingere l'insegnamento della Cassazione che ne è la premessa ⁽¹⁶⁾. In fondo, è lo stesso privilegio processuale riconosciuto dalla legge ai titolari di crediti fondiari che viene ad appalesarsi come istituto non privo di elementi di singolarità; ed è quindi giusto o, almeno, comprensibile che questi profili di singolarità vengano a caratterizzare anche quella che ne sia la ricostruzione in chiave dogmatica e concettuale.

Il vero problema è un altro, è quello della compatibilità di una siffatta ricostruzione con la logica funzionale dell'istituto, con la sua, per quanto frammentaria e incompleta, disciplina di legge e, in definitiva, con i dati generali del sistema positivo: sono questi i parametri di cui dobbiamo avvalerci e alla stregua dei quali va saggiata l'intrinseca bontà del nuovo verbo, *in subjecta materia*, della Suprema Corte.

5. La compatibilità dell'insegnamento della Corte con la vocazione funzionale del privilegio fondiario

Sotto il primo dei profili testé evocati, ossia quello, appunto, funzionale, alla soluzione proposta da Cass. n. 23482/2018 si è obiettato che «*ancorare il privilegio fondiario alle tempistiche*

sottesi al processo esecutivo, si veda, in particolare, C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, 531 ss.

⁽¹⁶⁾ Così come non può bastare, a quello stesso fine, la mera considerazione della mancanza, nel dettato letterale delle disposizioni vigenti in materia, di spunti o passaggi che tale insegnamento avvalorino: diversamente S. ZIINO, *La suprema corte limita*, cit., 1181, che è proprio e innanzitutto su tale assoluta mancanza di addentellati testuali che ha appuntato i propri strali critici avverso la sentenza in discorso.

della procedura fallimentare comporterebbe uno svuotamento del contenuto del privilegio stesso, che è volto a dispiegare i suoi effetti sul piano temporale in maniera tale da permettere alla banca un più celere realizzo del proprio diritto, sia pure in via di attribuzione provvisoria, sottraendolo ai tempi che scandiscono la procedura concorsuale»⁽¹⁷⁾.

L'obiezione non coglie pienamente nel segno, e ciò in quanto il realizzo delle ragioni sostanziali della banca resterebbe comunque emancipato dalle tempistiche che scandiscono la liquidazione dell'attivo fallimentare e la successiva fase di ripartizione. E considerato, per un verso, che lo *spatium temporis* occorrente per addivenire alla pronuncia di ammissione al passivo da parte del giudice delegato non sono, di norma, esorbitanti e, per il verso opposto, che ad avviso della Cassazione, come espresso nella suddetta sentenza, il diritto della banca all'assegnazione provvisoria del ricavato sussisterebbe anche in ipotesi di ammissione contestata, ossia fatta oggetto di impugnazione a norma dell'art. 98, 3° comma, l. fall.: si comprende agevolmente come il problema della ritardata soddisfazione del credito fondiario per effetto della sua subordinazione agli esiti, e, dunque, del suo assoggettamento ai tempi, della verifica endoconcorsuale dei crediti verso il fallito, verrebbe a porsi, in realtà, solamente nel caso di negata ammissione al passivo, perché, a quel punto, occorrerebbe attendere, ai fini di detta soddisfazione, le risultanze del conseguente giudizio di opposizione *ex art. 98, comma 2, l. fall.*

Obbiettivamente, se si trattasse solamente di questo e non di altro, non vi sarebbero gli estremi per dover ricusare o prendere in qualche modo le distanze dai dettami della Suprema Corte. Il fatto è, però, che, ancora una volta, non si tratta soltanto di questo.

⁽¹⁷⁾ S. PASSAFIUME, *Il credito fondiario fra esecuzione e fallimento*, in www.inexecutivis.it, 1.4.2019, 8.

6. Gli effettivi elementi di criticità della posizione della Corte

Cominciamo subito con il dire che, se realmente la distribuzione del prezzo nell'esecuzione proseguita in costanza di fallimento fosse da riguardare alla stregua di appendice extraterritoriale dei riparti fallimentari – perché, non mi stancherò mai di ripeterlo, solo così, solo muovendo da questa premessa, si può postulare e giustificare l'onere dell'insinuazione al passivo per poter prendere parte ad essa distribuzione – ecco, se così fosse realmente, allora, contrariamente a quanto professato dalla Corte nell'occasione che ha dato spunto a queste riflessioni⁽¹⁸⁾, anche le spese del procedimento esecutivo e, in particolare, i compensi degli ausiliari, tipo custode e professionista delegato, andrebbero accertati e liquidati in sede di verifica del passivo fallimentare, come, invero, sostenuto anche da commentatori orientati a favore, in linea di principio, della svolta operata dal giudice di legittimità, ma sulla questione specifica pronunciatisi in termini non consonanti, sulla base della più generale, e dogmaticamente meno impegnativa, considerazione che si tratta di spese che possono incidere sulla quota di ricavo spettante ai creditori concorrenti e sarebbe quindi giusto sottoporre esse pure al controllo incrociato dei creditori stessi⁽¹⁹⁾.

Va da sé, peraltro, che questo aspetto potrebbe essere derubricato al rango di mero profilo di incoerenza o insufficiente sviluppo del ragionamento della Corte, cui la stessa ben potrebbe arrecare rimedio nel progressivo affinamento della sua giurisprudenza sul punto. Ma vi è un altro aspetto di questa giurisprudenza, *rectius*, dell'idea, che vi è sottesa, per cui la distribuzione del prezzo nell'esecuzione fondiaria sarebbe da apprezzare come appendice o segmento esterna/o dei riparti fallimentari, che non mi convince e dove non vedo margini per un affinamento o per aggiustamenti di rotta, vale a dire l'evidente, quanto irriducibile, contrasto in cui tale idea si pone con uno dei cardini

⁽¹⁸⁾ E così pure A. NASCOSI, *op. cit.*, 367 s., richiamandosi al principio di cui all'art. 179-bis disp. att. c.p.c.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 1400; S. LEUZZI, *Appunti sistemici*, cit., 13 s.; e già M. CIRULLI, *Espropriazione singolare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1481.

della disciplina positiva di quei riparti, quale il principio di irripetibilità del distribuito espressamente codificato a livello dell'art. 114 l. fall (nonché dell'art. 229 CCII).

E' vero, infatti, che questo principio non è granitico e intangibile e diverse sono le eccezioni che esso conosce. E' altrettanto vero, però, che queste eccezioni appaiono tutte e invariabilmente legate a circostanze che vengono ad avverarsi in momento successivo all'intervenuta ripartizione e, dunque, non deducibili all'atto della predisposizione del relativo piano. Il dato è di palmaria evidenza con riguardo alla fattispecie di restituzione del distribuito che la legge ha enunciato congiuntamente al principio in oggetto, vale a dire, l'ipotesi di decretata revocazione del provvedimento di ammissione al passivo sulla cui base un dato creditore abbia trovato collocazione nello stato di riparto (v. ancora *sub* art. 114 l. fall.). Ma lo stesso vale per tutte le ulteriori figure di deroga al principio di irripetibilità desumibili dal sistema: *a*) da quella legata all'evizione prodottasi a danno del soggetto che si sia reso aggiudicatario in sede di vendita fallimentare⁽²⁰⁾; *b*) a quella ricavabile dalla previsione dell'art. 54, comma 2, l. fall., per cui il creditore assistito da diritto di prelazione che, dopo aver partecipato alle ripartizioni avvenute prima della distribuzione del prezzo del bene vincolato a suo favore, non trovi integrale soddisfazione sul ricavato di quest'ultimo, ha diritto, esso creditore, di «*trattenere solo la percentuale definitiva assegnata ai creditori chirografari*»; *c*) da quella che traesse motivo, ove si ritenga che i crediti soggetti a condizione risolutiva siano suscettibili di ammissione *piena*, anziché con riserva,

⁽²⁰⁾ Il riferimento si regge, chiaramente, sul presupposto della persistente possibilità, anche nel sistema uscito dalla riforma attuata con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (c.d. riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali), di inquadrare le vendite fallimentari come *species* della più ampia categoria delle vendite forzate o coattive (risolutivo appare, in proposito, il contributo di A. CASTAGNOLA, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, V, Torino, 2008, 61 ss.), onde l'applicabilità alle prime dello statuto generale delle seconde quale approntato nel libro VI del Codice civile, incluso quell'art. 2921 che è il fondamento della specifica ipotesi di restituzione del distribuito che si è appena richiamata nel testo. Il Codice della crisi non ha sostanzialmente innovato i parametri di riferimento della questione, regolando, anzi, la liquidazione dei beni del debitore nella procedura di liquidazione giudiziale secondo modalità assai più vicine di quanto fosse in precedenza, ossia assumendo come termine di raffronto il fallimento, alle vendite nell'esecuzione individuale: cfr., *si vis*, M. MONTANARI, *Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 899 ss.

allo stato passivo ⁽²¹⁾, dall'avveramento di quella condizione medesima ⁽²²⁾; *d*) a quelle, infine, che si raccordano alle diverse ipotesi di collocazione sul ricavato, previo rilascio a favore della procedura di apposita garanzia fideiussoria, di creditori *lato sensu* contestati, secondo quanto previsto dall'art. 110, 1° e 4° comma, l. fall. (e così, pure, l'art. 220, 2° e 5° comma, CCII), a séguito delle integrazioni operate dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv., con modifiche, in l. 30 giugno 2016, n. 119.

In nessun caso, dunque, gli esiti della ripartizione dell'attivo fallimentare possono essere messi in discussione facendo valere circostanze che avrebbero potuto essere dedotte precedentemente in modo da farne conseguire esiti differenti: ciò che autorizza a parlare, indipendentemente da che la ripartizione abbia trovato fondamento nell'accertamento giudiziale conseguente all'impugnazione del piano proposto dal curatore ovvero nella scelta dei creditori di non contestare quel piano, di un'autentica *preclusione del dedotto e del deducibile*.

Vale la stessa regola per quella sua pretesa appendice data dalla distribuzione del ricavato nell'esecuzione individuale portata avanti in costanza di fallimento per la realizzazione dei crediti fondiari? Il tenore evidentemente retorico del quesito lascia intendere che esso non ammetta altro che una risposta negativa: e negativa, esattamente, perché l'obbligo restitutorio che viene, nella circostanza, a gravare sul creditore soddisfatto dipende da

⁽²¹⁾ Le testimonianze di questo filone ermeneutico sono per la più parte risalenti – cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo (accertamento del)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 205, nt. 114; A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, 171; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988, 151 ss.; S. BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA (trattato diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, III, Torino, 1997, 101 s.; G. SCARSELLI, *L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991, 115; C. LO MORO BANZI, *L'ammissione al passivo con riserva*, Padova, 1981, 166 ss.; ma v. pure G. GUIZZI, sub *art. 55*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Artt. 1-63, Milano, 2010, 1100 s.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 242, L. GUALANDI, *Gli effetti per i creditori*, in A. MAFFEI ALBERTI (coordinato da), *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 144 – ma non per questo ci si può considerare autorizzati a riguardarlo *tamquam non esset*.

⁽²²⁾ Cfr. S. BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 102; G. GUIZZI, sub *art. 55*, cit., 1101.

circostanze – leggi: presenza di crediti prededucibili o, comunque, destinati ad essere soddisfatti in anteclasse rispetto al credito per la tutela coattiva del quale il processo esecutivo sia stato promosso – che, se non sempre, certo sovente avrebbero potuto essere dedotte davanti al giudice dell'esecuzione al fine di impedire l'assegnazione del ricavato al creditore che l'esecuzione medesima aveva attivato.

Il dettato di Cass. n. 23482/2018 su questo punto specifico non lascia adito a dubbi. Dopo aver affermato che l'ammissione al passivo integra «*il fatto costitutivo*» del diritto del creditore fondiario di ottenere l'attribuzione del ricavato dalla vendita del bene ipotecato a suo favore, la Corte aggiunge che «*l'esistenza di altri crediti con diritto di preferenza rispetto a quello fondiario rappresenta invece un fatto impeditivo (ovvero modificativo o estintivo)*» di quello stesso diritto e quindi, l'esistenza di quei crediti, «*va dedotta e documentata dal curatore fallimentare*» che sia intervenuto nell'esecuzione. Il che, chiaramente, significa che, *i*) qualora il curatore non intervenga; *ii*) ovvero, intervenuto, non deduca gli eventuali crediti antergati al credito fondiario; *iii*) oppure ne deduca soltanto in parte: il giudice dell'esecuzione individuale non ne potrà tener conto *ex officio*, dischiudendo in tal modo le porte a un successivo obbligo restitutorio, fondato però, a differenza delle altre ipotesi, che il sistema, eccezionalmente, ammette, di restituzione del distribuito in sede fallimentare, su circostanze che potevano essere dedotte, ma non lo sono state, al momento della distribuzione.

Al rilievo di questa discrepanza di regimi, si potrebbe invero obiettare che la Corte non ha affatto escluso che, alla deduzione di quei fatti «*impeditivi*» al cospetto del giudice dell'esecuzione, il curatore sia tenuto a provvedere *a pena di decadenza*, così che, ove ne sia mancata la tempestiva allegazione in quella sede processuale, essi non possano essere successivamente allegati come *causae petendi* di un'azione restitutoria ordinaria. Il punto è, però, che, se la Corte non ha espressamente escluso l'operatività di un siffatto meccanismo decadenziale o preclusivo, non l'ha nemmeno, anche se solo lontanamente, ipotizzata: e questo, vien

subito fatto di dire, *pour cause*, non essendo consentito all'interprete di introdurre preclusioni che la legge, *apertis verbis*, non contempla ⁽²³⁾.

L'intrinseca provvisorietà connotante le erogazioni che avvengono nell'ambito dell'esecuzione individuale proseguita sullo sfondo e a dispetto del fallimento del debitore per la tutela dei crediti fondiari va quindi e con forza ribadita. E' questo carattere a marcare la differenza e impedire l'assimilazione della relativa fase distributiva rispetto ai comuni riparti fallimentari: ed è in relazione a ciò o, almeno, soprattutto in relazione a ciò, che faccio fatica a rassegnarmi all'idea che, per potervi prendere parte, sia necessario disporre dello stesso titolo richiesto per prendere parte a detti riparti.

Non per questo, tuttavia, posso nascondermi la pratica funzionalità delle soluzioni operative delineate dalla Cassazione nella sentenza che ha dato spunto a queste riflessioni: pratica funzionalità apprezzabile non soltanto, come già osservato, sul piano dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo, bensì anche su altri terreni, come mi riprometto di illustrare, sia pure in termini di estrema brevità, nell'immediato prosieguo della trattazione.

⁽²³⁾ Preliminarmente, si sarebbe potuto obiettare che, subordinando la rilevanza dei predetti fatti «impeditivi» ad apposita deduzione del curatore intervenuto nell'esecuzione individuale, la Corte si sarebbe posta in linea di collisione con quel suo ormai radicato insegnamento secondo cui è la rilevanza d'ufficio ad esprimere lo statuto generale dei fatti, impeditivi ecc., costituenti il sostrato delle eccezioni (cfr., solo tra le più recenti, Cass., 26 luglio 2019, n. 20317; Cass., 29 ottobre 2018, n. 27405; Cass., 19 settembre 2013, n. 21482; tra i precedenti dottrinali di questa impostazione, cfr. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, 358 s.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO [diretto da], *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1271 s.; e, soprattutto, R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, 268 ss.). Considerato, però, che il giudice dell'esecuzione individuale non può avere cognizione diretta dei crediti aspiranti a una soddisfazione preferenziale rispetto a quelli fondiari nell'esecuzione collettiva, tale potestà di rilevazione officiosa non avrebbe, nella fattispecie in esame, alcuna opportunità di concreta esplicazione. A meno di non ritenere che sia obbligo di detto giudice quello di formulare una richiesta al curatore fallimentare di esibizione dello stato passivo e di più generali informazioni sui crediti prededucibili allo stato maturati: nel qual caso, però, ci troveremo di fronte a un adempimento d'indole inquisitoria di cui sarebbe piuttosto arduo predicare la cittadinanza nel sistema, stante, a tacer d'altro, la sua difficile riconducibilità agli schemi della richiesta di informazioni alla P.A. ex art. 213 c.p.c.

7. La decorrenza dell'obbligo di restituzione del creditore fondiario che non abbia presentato domanda di insinuazione allo stato passivo

La fatica di cui davo atto, in chiusura del precedente paragrafo, a seguire la Cassazione nella svolta operata in materia, non ritengo di essere il solo ad avvertirla. Qualche resistenza si percepisce certamente anche nella giurisprudenza di merito. Così, ad es., l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma in data 2 gennaio 2019 ⁽²⁴⁾, che afferma come nel caso in cui, alla data dell'udienza di distribuzione nella procedura esecutiva, la domanda d'insinuazione al passivo sia stata proposta ma il giudice delegato non abbia ancora pronunciato su di essa, l'udienza non andrebbe rinviata ma si potrebbe immediatamente procedere all'assegnazione provvisoria a favore del creditore ⁽²⁵⁾.

Debbo dire che, se ai fini di tale assegnazione provvisoria, da un'intervenuta pronuncia di ammissione al passivo del credito è dato prescindere, a rigore, direi, si dovrebbe prescindere anche dalla stessa domanda diretta a quel fine, ossia dal fatto che la domanda sia stata meramente proposta. Nel qual caso, peraltro, si tratterebbe di stabilire a partire da quale momento, nell'eventualità di persistente omissione della domanda medesima, la conseguente azione restitutoria sarebbe esercitabile. Ma in proposito non posso che richiamare le considerazioni svolte sul

⁽²⁴⁾ Richiamata da A. NASCOSI, *op. cit.*, 369.

⁽²⁵⁾ Soluzione approvata da A. NASCOSI, *op. loc. ult. cit.*, a dispetto del suo formale allineamento (v. *retro*, alla nota 12) alla Cassazione nell'inquadramento della pronuncia di ammissione al passivo come fatto costitutivo del diritto all'assegnazione provvisoria delle somme in questione. La tesi, patrocinata dalla Suprema Corte, secondo cui, nella fattispecie ora in rassegna, sarebbe permesso al giudice dell'esecuzione di differire l'udienza distributiva a data successiva a quella della pronuncia del giudice fallimentare sulla domanda di ammissione al passivo del creditore fondiario, è stata criticata anche da S. ZIINO, *op. cit.*, 1181 s., che correttamente ha fatto notare come quello in discorso non possa ascriversi, come viceversa professato dalla Corte, al novero dei poteri «*intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento*» di cui all'art. 175, 1° comma, c.p.c. (richiamato, per il processo esecutivo, dall'art. 484, 2° comma, c.p.c.), trattandosi di norma, stando, almeno, alla sua più accreditata esegesi (per i dovuti riferimenti, cfr. S. ZIINO, *op. cit.*, 1182, nt. 30), *non attributiva* di poteri generici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle singole norme di legge. E questo a tacere dell'evidente contraddizione insita nel voler giustificato nel nome del sollecito svolgimento del processo quello che, di fatto, è un potere di sospensione del medesimo: cfr. S. ZIINO, *op. cit.*, 1182.

punto nel mio precedente contributo in materia e così sintetizzabili: *a)* l'azione restitutoria *de qua* può essere proposta solamente una volta che detta omissione si sia protratta sino alla scadenza del termine *ex art.* 101, 1° comma, l. fall.; *b)* la soluzione limita il rischio che, in pendenza dell'azione di restituzione, il titolare del credito fondiario agisca in via di insinuazione al passivo, trattandosi, per le ragioni esposte *sub a)*, di domanda c.d. supertardiva, che richiede la dimostrazione di una causa non imputabile di ritardo; *c)* nel caso tale rischio si materializzi, il problema di coordinamento, che ne deriva, tra le contrapposte iniziative giudiziali divenute pendenti non può trovare rimedio attraverso la riunione dei procedimenti; *d)* le uniche soluzioni praticabili sono, in alternativa, quella della sospensione *ex art.* 295 c.p.c. del giudizio di restituzione ovvero quella dell'applicazione, a carico del creditore, di un meccanismo di *solve et repete*, per cui esso sarebbe tenuto a restituire immediatamente al fallimento le somme dianzi percepite, in vista, però, dell'accantonamento delle medesime nell'attesa della decisione finale sulla domanda di insinuazione al passivo ⁽²⁶⁾.

Resta inteso che, ad accogliere il punto di vista della Suprema Corte da cui si è qui dissentito, tale groviglio di questioni non avrebbe neppure ragione di essere: e questo, senza nulla togliere alle riserve cui si espone sul piano dogmatico e sistematico, suona innegabilmente a conferma di quanto precedentemente osservato in ordine alla pratica funzionalità del costruito ed alla possibilità di ravvisare quest'ultima sotto plurimi e distinti profili.

⁽²⁶⁾ M. MONTANARI, *La realizzazione dei crediti fondiari*, cit., 25 s.