

**REVOCATORIA DEL REALIZZO DEL PEGNO
CONSOLIDATO, *EVENTUS DAMNI* ED
INSINUAZIONE AL PASSIVO EX ART. 70, C. 2, L.F.
NOTE SULLA SOLLECITAZIONE DI UNA
PRONUNCIA A SEZIONI UNITE
DA PARTE DI CASS. 8923/2021.**

di EDOARDO STAUNOVO-POLACCO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La lesione alla *par condicio creditorum*: presunzione *iuris et de iure*, presunzione *iuris tantum* o nessuna presunzione? – 3. Il trattamento del terzo revocato nell'insinuazione al passivo ex art. 70, secondo comma, 1. fall.: verso l'ammissione al medesimo grado del credito estinto?

1. Premessa.

Risale a quindici anni fa la nota pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte sul danno nella revocatoria fallimentare¹, con la quale è stata accolta la teoria c.d. “anti-indennitaria” (o “redistributiva”) che identifica il pregiudizio nell’alterazione della *par condicio creditorum* ricollegabile (secondo le Sezioni Unite, per “*presunzione legale ed assoluta*”), all’uscita del bene dalla massa conseguente al compimento dell’atto dispositivo².

¹ Cass. SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, 1718.

² Nello stesso senso v. Cass. 25 agosto 2006, n. 18550, in *Giur. comm.*, 2007, II, 567; Cass. 10 novembre 2006, n. 24046, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Fallimento*, n. 500; Cass. 29 novembre 2007, n. 24936, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 463; Cass. 8 marzo 2010, n. 5505, in *Fallimento*, 2010, 930; Cass. 26 febbraio 2010, n. 4785, in *Fallimento*, 2010, 931; Cass. 17 dicembre 2010, n. 25571, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Fallimento*, n. 397; Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Fallimento*, n. 374; Cass. 21 dicembre 2012, n. 23710, in *Giur. it.*, 2013,

Un arresto, quello del 2006, al quale ha fatto seguito l'affermazione secondo la quale il terzo revocato ha diritto all'insinuazione al passivo per il proprio eventuale credito, ai sensi dell'art. 70, secondo comma, 1. fall., solo in via chirografaria³.

A distanza di tre lustri, con l'ordinanza n. 8923 del 31.3.2021 la Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente, affinché sia valutata l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza (i) “*della revocabilità dell'incasso rinveniente dalla realizzazione del bene costituito in pegno consolidato*” (ii) “*cui risulta strettamente collegata l'ulteriore questione se, una volta restituita dal creditore pignoratizio la somma revocata, l'ammissione del credito al passivo ai sensi della L. Fall., art. 70, comma 2, in via chirografaria, possa o meno ritenersi confliggente con la stessa concezione redistributiva e anti-indennitaria della revocatoria fallimentare, che implica unicamente il ripristino della par condicio creditorum*”.

L'opportunità di una nuova e più approfondita riflessione, nella prospettiva della recente ordinanza (che, come si vedrà, conferma che lo scopo dell'azione è il ripristino della *par condicio*), investe entrambe le componenti di quello che può essere definito “il circolo della revocatoria”: sia il versante “rescindente”, rappresentato dalla revoca del pagamento (nel caso di specie, di un credito assistito da pegno consolidato), sia il versante “rescissorio”, consistente nella ricollocazione del terzo revocato fra i creditori concorsuali.

La richiesta di tornare a meditare sul principio espresso da Cass. 7028/2006, ribadito spesso negli anni in modo tralatizio, risulta opportuna sotto entrambi i punti di vista: quanto al primo, relativo alla presunzione *iuris et de iure* di danno, perché esso ha mostrato, nel tempo, segnali di debolezza; quanto al secondo,

1831; Cass. 14 maggio 2018, n. 11652, *Foro it.*, Rep. 2018, voce Fallimento, n. 81; Cass. 22 giugno 2018, n. 16565, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Fallimento*, n. 140.

³ Cass. 18 luglio 2008, n. 19978, in *Fallimento*, 2008, 1385, e successivamente Cass. 29 luglio 2009, n. 17522, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Fallimento*, n. 340, Cass. 26 febbraio 2010, n. 4785, in *Fallimento*, 2010, 931, e Cass. 5 ottobre 2018, n. 24627, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Fallimento*, n. 189, nonché, nella giurisprudenza di merito Trib. Milano 8 marzo 2019, n. 2363/2019, <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/21861#gsc.tab=0>.

perché la presunta natura *in ogni caso chirografaria* del credito insinuato ai sensi dell'art. 70, secondo comma, 1. fall., ha finito per produrre risultati opposti rispetto alla tutela della *par condicio* cui l'azione è finalizzata.

2. La lesione alla *par condicio creditorum*: presunzione *iuris et de iure*, presunzione *iuris tantum* o nessuna presunzione?

Quanto all'aspetto "rescindente" della revocatoria fallimentare, l'ordinanza in esame non mette in discussione, ed anzi conferma, la funzione anti-indennitaria dell'azione; ricorda però che, all'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite con la pronuncia 7028/2006 – seguita dalle pronunce, citate nella nt. 2, in tema di revocabilità del pagamento del credito assistito da pegno consolidato – se ne era contrapposto un altro che negava la revocabilità del realizzo, sia perché legittima escussione di una garanzia non più revocabile, sia perché la revoca del pagamento avrebbe prodotto l'effetto di una indiretta revoca della garanzia.⁴

Dopodiché, nella parte finale della motivazione, il Collegio scrive: "*la fattispecie [della revocatoria del pagamento ottenuto con il realizzo del pegno consolidato, n.d.a.], non appare pacificamente assimilabile a quella della revoca del pagamento di un credito astrattamente privilegiato, in cui il creditore non ha acquisito alcun diritto, opponibile alla massa, a soddisfarsi sulla somma di denaro ricevuta; al contrario, in caso di pegno costituito al di fuori del c.d. periodo sospetto, l'efficacia della garanzia nei confronti del fallimento non può più essere posta in discussione ...*".

Subito dopo, la Suprema Corte aggiunge: "*sotto tale profilo andrebbe allora verificata l'applicabilità al caso di specie della teoria distributiva sopra richiamata, aparendo quantomeno dubbio che la realizzazione del pegno consolidato possa pregiudicare le ragioni di altri creditori privilegiati (ma, evidentemente, non muniti del medesimo privilegio pignoratorio) che potrebbero insinuarsi anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria, e che pertanto la verifica*

⁴ Cass. 10 novembre 2008, n. 26898, in *Giust. civ.*, 2009, I, 953; Cass. 14 settembre 2004, n. 18439, *ivi*, 2005, I, 649.

dell'insussistenza di tale pregiudizio possa verificarsi solo in seguito alla ripartizione dell'attivo, secondo quanto affermato da Cass. Sez. U., n. 7028/2006”.

Questi passaggi argomentativi meritano, ad avviso dello scrivente, integrale condivisione, sia pur con alcune puntualizzazioni.

2.1. Che il realizzo dei pegni consolidati sia giuridicamente legittimo non è revocabile in dubbio.

Stando poi all'orientamento giurisprudenziale sul quale l'ordinanza di rimessione sollecita una nuova analisi, non è in dubbio nemmeno il fatto che la revoca del pagamento produca una indiretta revoca della garanzia: poiché, infatti, il terzo revocato si dovrebbe insinuare al passivo solo in via chirografaria, la degradazione del credito, come risultato finale, è un dato che non si può confutare.

2.2. Per quanto riguarda, invece, la perplessità manifestata dal Collegio circa il fatto che il realizzo del pegno consolidato possa pregiudicare altri creditori, come si è avuto modo di osservare in un precedente intervento su questo portale⁵, in linea di principio quel realizzo (ma lo stesso valga per il pagamento spontaneo), è suscettibile senz'altro di ledere la *par condicio*, e ciò sia perché anche i pegni soffrono privilegi di grado anteriore (sebbene in via residuale), sia perché, comunque, nel fallimento vi sono i debiti della massa, ai quali anche le garanzie specifiche sono chiamate a contribuire, ai sensi dell'art. 113-ter, ultimo comma, l. fall.

In questi termini, il passaggio motivazionale in esame va condiviso in una prospettiva ben specifica, che è quella che si presenta quando il trattamento ricevuto dal creditore con il pagamento anteriore alla dichiarazione di fallimento risulta - anche in corso di causa ed a fallimento aperto - esattamente identico a quello che avrebbe ottenuto in sede fallimentare, nel concorso con gli altri creditori.

⁵ STAUNOVO POLACCO, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti dei crediti privilegiati ed insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 70, secondo comma, l. fall.*, <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1111.pdf>, 4 giugno 2019.

Ciò accade, nel pagamento spontaneo o “coattivo” del credito pignoratizio, quando il controvalore del bene in garanzia è tale da consentire l’integrale soddisfacimento non solo del credito, ma anche della quota di pertinenza delle spese prededucibili e di tutti i privilegiati poziori; il che presuppone, per forza di cose, che quel controvalore sia sovrabbondante rispetto alla posizione creditoria estinta.

In tutti gli altri casi, il creditore pignoratizio elude il concorso negli oneri prededucibili e viene soddisfatto in pregiudizio di eventuali privilegiati di grado anteriore: è difficile dunque negare l’attitudine dell’atto solutorio a recare danno alla *par condicio*.

2.3. L’ordinanza ha poi il pregio di sollecitare, in termini più generali, una rimediazione del principio della presunzione di danno *iuris et de iure*, inaugurato dalle Sezioni Unite con Cass. 7028/2006 e confermato – talvolta in modo tralatizio, come già si è osservato – nelle successive decisioni di legittimità.

Poiché, infatti, sono indubbiamente configurabili situazioni nelle quali il pagamento del credito privilegiato non altera la parità di trattamento fra i creditori, perché la procedura dispone di liquidità sufficienti all’estinzione integrale delle prededuzioni, dei privilegiati poziori e del credito estinto con il pagamento impugnato⁶, la presunzione di danno dovrebbe perdere, per ciò solo, il carattere dell’assolutezza.

La giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2006, per sostenere – al contrario – la presunzione *iuris et de iure* di danno, aveva invocato la facoltà, per i creditori, di proporre le insinuazioni tardive: ciò renderebbe impraticabile la previsione della composizione finale del passivo, d’onde la conseguenza che anche l’esclusione del danno, in corso di procedura, risulterebbe un’operazione impossibile.

⁶ Non è superfluo rammentare, al riguardo, che anche l’ideatore della teoria anti-indennitaria concludeva in tal senso (v. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, pagg. 225-226), e che nella giurisprudenza di merito il danno è stato escluso in un caso nel quale il curatore, dopo avere impugnato pagamenti ricevuti da professionisti per crediti privilegiati ex art. 2751-bis n. 2 c.c., aveva soddisfatto in un riparto parziale il grado di privilegio generale nel quale rientravano i crediti oggetto dei pagamenti da revocare (v. Trib. Milano 31 maggio 2017, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17521.pdf>).

Vi sono almeno quattro ragioni per mettere in dubbio tale costruzione.

Le prime tre, già evidenziate nel citato intervento su questo portale, possono essere così sintetizzate: (i) nell'attuale legge fallimentare le insinuazioni tardive sono soggette ad un termine finale (che nel CCII sarà dimezzato), oltre il quale sono inammissibili, a meno che il ritardo sia dipeso da causa non imputabile; (ii) in ogni caso, tutti i crediti non insinuati al passivo – al più tardi – entro dieci anni dalla dichiarazione di fallimento, sono prescritti; (iii) le spese prededucibili, a distanza di tempo dalla dichiarazione di fallimento, possono essere previste nella composizione definitiva, essendo questo uno specifico compito del curatore nelle ripartizioni parziali dell'attivo⁷.

La quarta ragione è di carattere più generale, e si appunta sul trattamento che la legge riserva ai creditori tardivi nel fallimento.

La presunzione *iuris et de iure* fondata sull'eventualità che costoro si insinuino al passivo fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo postula una *tutela assoluta* delle loro ragioni che il sistema non conosce: da un lato, perché la loro domanda di partecipare al concorso è soggetta, come si è già detto, a termini preclusivi; dall'altro lato, perché il diritto al dividendo spetta loro solo rispetto ai riparti successivi all'ammissione al passivo, fatta eccezione per i creditori privilegiati e per quelli il cui ritardo sia dipeso da causa non imputabile (art. 112 l. fall.); creditori, questi, che comunque esercitano i propri diritti solo sull'attivo che residua, visto che non è possibile alcuna ripetizione delle somme legittimamente percepite dagli altri creditori nei riparti parziali (art. 114 l. fall.).

La regola, quindi, è che i creditori tardivi *accettano la procedura nello stato in cui si trova*; e se il legislatore ha previsto, nei termini esposti, che sopportino le conseguenze del ritardo, non sembra possibile costruire un sistema differente, nella revocatoria fallimentare, lasciando il tema del “danno” ostaggio dell'eventualità che, un giorno, essi esercitino la

⁷ STAUNOVO POLACCO, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti*, cit., spec. 5 ss.

prerogativa di partecipare, tardivamente o ultra-tardivamente, al concorso.

2.4. Se i rilievi che precedono sono corretti, una volta superata la tesi della presunzione *iuris et de iure*, il problema si sposta a capire se sia predicabile una presunzione *iuris tantum* o se piuttosto non sia più corretto tornare al principio generale, più volte enunciato nella giurisprudenza anteriore al 2006, secondo il quale il curatore che agisce in giudizio deve provare che il creditore, senza il pagamento impugnato, non avrebbe trovato capienza, in tutto o in parte, sul ricavato del bene cui il privilegio si riferiva, in ragione della sua insufficienza ovvero della concorrenza su di esso di crediti privilegiati poziori⁸.

In assenza di una norma che inverta l'onere ex art. 2697 c.c., il soggetto gravato della prova di quel fatto dovrebbe essere proprio il curatore. Nella fattispecie in esame, l'onere sarebbe oltretutto di agevole assolvimento, dal momento che l'intera documentazione della procedura è a mani del curatore, mentre ciò non può dirsi per il terzo convenuto, che a quella documentazione di regola non ha accesso; e sarebbe verosimilmente esplorativa ed inammissibile anche la sua richiesta di un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. volto ad acquisire documenti per verificare “se” le liquidità concorsuali consentano l'integrale soddisfacimento dei debiti di massa, dei privilegiati poziori e dei creditori del suo rango.

Pertanto, in definitiva, parrebbe più corretto tornare ad applicare, nell'intera materia, le comuni regole processuali.

Ciò, anche sul versante della c.d. “vicinanza della prova”, che nei rapporti tra curatore e convenuto è stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità proprio sul tema dell'*eventus damni* (ma nella revocatoria ordinaria), con enunciazione del principio secondo il quale nell'azione esercitata ai sensi dell'art. 66 l. fall. “*non può trovare applicazione la regola secondo cui, a fronte dell'allegazione, da parte del creditore, delle circostanze che integrano l'eventus damni, incombe sul debitore*”

⁸ Limitandoci alle pronunce di poco anteriori a Cass. SS.UU. 7028/2006, v. Cass. 14 ottobre 2005, n. 20005, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Fallimento*, n. 419; Cass. 8 luglio 2004, n. 12558, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 446; Cass. 28 aprile 2004, n. 8096, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 382.

l'onere di provare che il patrimonio residuo è sufficiente a soddisfare le ragioni della controparte, in quanto, da un lato, il curatore rappresenta contemporaneamente sia la massa dei creditori sia il debitore fallito e, dall'altro, in ossequio al principio della vicinanza della prova, tale onere non può essere posto a carico del convenuto, beneficiario dell'atto impugnato, che non è tenuto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale del suo dante causa; ne consegue che in tale evenienza il fallimento è onerato di fornire la prova che il patrimonio residuo del debitore fallito era di dimensioni tali, in rapporto all'entità della propria complessiva esposizione debitoria, da esporre a rischio il soddisfacimento dei creditori".⁹

La medesima logica dovrebbe essere trasferibile all'ambito che ci occupa.

3. Il trattamento del terzo revocato nell'insinuazione al passivo ex art. 70, secondo comma, 1. fall.: verso l'ammissione al medesimo grado del credito estinto?

L'ordinanza in esame solleva poi il problema del trattamento da riservare al convenuto in revocatoria che, dopo essere risultato soccombente ed avere restituito quanto incassato a valere sul credito privilegiato, abbia proposto insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 70, secondo comma, 1. fall.

Dopo avere ricordato le pronunce di legittimità che assegnano al terzo revocato il diritto all'ammissione al passivo in via meramente chirografaria, i passaggi di maggiore rilievo dell'*iter* logico-argomentativo della Suprema Corte sono i seguenti:

"8.4 ... occorre valutare se l'applicazione congiunta della L. Fall., art. 67, comma 2 e art. 70, comma 2 - nella lettura divisatane da Cass. 4785/2010 e 24627/2018 - non finisca per privare di efficacia una causa di prelazione costituita in forza di un atto non più suscettibile di essere ritenuto pregiudizievole per i creditori, al di là delle stesse esigenze della concorsualità.

8.5. Se infatti è vero che la possibilità di una soddisfazione in sede extra-concorsuale, in quanto eccezionale, non soffre letture estensive o analogiche oltre i casi espressamente previsti ... tuttavia ciò non significa che all'esercizio vittorioso dell'azione

⁹ V. Cass. 2 marzo 2021, n. 5657 e 5658; Cass. 18 aprile 2018, n. 9565; Cass. 31 gennaio 2018, n. 2336; Cass. 12 aprile 2013, n. 8931.

revocatoria fallimentare consegua, oltre al fine precipuo di ricondurre il pagamento nell'orbita concorsuale, anche l'effetto "sanzionatorio" - inespesso - del venir meno della causa di prelazione spettante al credito irregolarmente soddisfatto (e così estinto) in sede extraconcorsuale.

La Corte, quindi, conclude:

“9. ... poiché il tema in disamina postula una precisa opzione ermeneutica che coinvolge i principi generali della concorsualità sottesi alle norme implicate, è opportuno trasmettere gli atti al Primo presidente affinché valuti se rimettere alle sezioni unite la questione di massima di particolare importanza della revocabilità dell'incasso rinveniente dalla realizzazione del bene costituito in pegno consolidato, cui risulta strettamente collegata l'ulteriore questione se, una volta restituita dal creditore pignoratizio la somma revocata, l'ammissione del credito al passivo ai sensi della L. Fall., art. 70, comma 2, in via chirografaria, possa o meno ritenersi confliggente con la stessa concezione redistributiva e anti-indennitaria della revocatoria fallimentare, che implica unicamente il ripristino della par condicio creditorum”.

3.1. Iniziando dal primo punto (quello che, nella motivazione, è numerato 8.4), si è accennato nel paragrafo che precede, e qui va confermato, che seguendo i principi espressi da Cass. 4785/2010 e Cass. 14627/2018 la privazione di efficacia di una garanzia consolidata è innegabile: il creditore pignoratizio, soccombente nella revocatoria del pagamento senza previa revoca del pegno, è chiamato a restituire al Curatore quanto incassato in virtù del grado prelatizio, e si colloca, nel concorso, al rango dei creditori chirografari; il che significa che viene degradato per il solo fatto di avere ottenuto il pagamento prima della dichiarazione di fallimento, con il risultato finale di assoggettarlo ad un trattamento peggiorativo rispetto a quello che avrebbe conseguito se avesse atteso l'apertura della procedura concorsuale e fosse stato pagato a seguito del realizzo della garanzia consolidata ai sensi dell'art. 53 l. fall.

3.2. Vi è poi, nel secondo e nel terzo punto, l'enunciazione del principio – a giudizio di chi scrive –risolutivo dell'intera questione, ossia il riconoscimento (scontato nella costruzione anti-indennitaria), del fatto che il fine precipuo dell'azione è “*ricondere il pagamento nell'orbita concorsuale*”, e che ciò “*implica unicamente il ripristino della par condicio creditorum*”.

Tale constatazione è pienamente corretta e pare decisiva perché impone di adottare l'unica soluzione che la *par condicio* effettivamente ripristina, ossia il riconoscimento al soccombente del diritto di concorrere nella stessa posizione che gli sarebbe spettata in ambito concorsuale. Agendo diversamente, non solo la *par condicio* non viene ripristinata, ma subisce la sua peggiore violazione, dal momento che viene consentito a creditori di rango inferiore di concorrere su di una somma sulla quale non avrebbero avuto alcun diritto, vista la prelazione altrui¹⁰. Nella revocatoria dei pagamenti assistiti da privilegio generale, il ripristino della *par condicio* si attua ammettendo al passivo il credito ex art. 70, secondo comma, 1. fall., con il grado di privilegio di cui beneficiava il credito estinto, e nei crediti assistiti da privilegio speciale, pegno ed ipoteca, si ottiene consentendo al revocato di concorrere sulla somma restituita, che tiene luogo del realizzo in sede fallimentare del bene oggetto della garanzia specifica, e sul cui ammontare devono essere fatti gravare gli eventuali oneri prededucibili imputabili, nonché, sicuramente, la quota proporzionale delle spese generali di procedura, ai sensi dell'art. 111-ter, terzo comma, 1. fall.

La cartina al tornasole della correttezza di questa soluzione si ottiene traendo spunto da una disposizione del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, ossia dall'art. 164, che ha ripreso i dettami dell'art. 65 l. fall., e che al comma 2 sanziona con l'inefficacia *ex lege*¹¹ i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale, o nell'anno anteriore (il medesimo comma 2 chiarisce che si applica l'articolo 2467, secondo comma, c.c.,

¹⁰ In questo senso, di recente, v. Trib. Ascoli Piceno 5 luglio 2019, pubblicata sempre su questo portale (<http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/22189>).

¹¹ Al pari dei pagamenti nel periodo sospetto biennale dei crediti non scaduti e che scadono il giorno dell'apertura della liquidazione giudiziale o successivamente, di cui si occupa il comma 1,

mentre il comma 3 stabilisce che il tutto opera anche per il rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti).

La riflessione che tale norma suscita involge il tema più generale della revocatoria fallimentare dei pagamenti dei crediti postergati; perché se, nella re-insinuazione al passivo, si oblitera l'osservazione del grado del credito estinto – è questa l'ottica dell'orientamento che l'ordinanza in esame vorrebbe rimeditare – nella fattispecie in esame, a seguito della restituzione al curatore della somma ricevuta con il pagamento del debito postergato, si legittima l'ammissione al passivo ex art. 70, secondo comma, 1. fall., al grado chirografario¹², dato che la norma, sul punto, nulla dispone (e non dispone nulla nemmeno l'omologo art. 171, comma 2, CCII).

Che si tratti di una conclusione inaccettabile è evidente, perché la non ragionata “promozione” al rango superiore del credito insinuato a seguito della declaratoria di inefficacia è l'esatto contrario del ripristino della *par condicio*, che è l'obiettivo (l'unico), della revocatoria fallimentare.

Così come lo è quella conclusione, lo è anche quella che vorrebbe alterare la *par condicio* relegando all'ammissione chirografaria i creditori prelatizi, che abbiano restituito quanto ricevuto, a seguito della revoca dei pagamenti anteriori all'apertura del concorso.

3.3. In definitiva, anche dal punto di vista dei diritti del convenuto in revocatoria soccombente le rimeditazioni sollecitate dall'ordinanza meritano di essere integralmente condivise.

È del tutto appropriato, del resto, anche il richiamo della motivazione al carattere “sanzionatorio” che l'azione impropriamente rivestirebbe se, perdendo di vista l'unico obiettivo del ripristino della *par condicio*, si focalizzasse l'attenzione sul comportamento del creditore che, anziché rifiutare il pagamento, lo abbia accettato nonostante la conoscenza dello stato d'insolvenza. Basti considerare, al

¹² I crediti postergati, invece, vanno ammessi al passivo al rango postergato, v. Cass. 31 luglio 2019, n. 20649, e. Cass. 22 marzo 2000, n. 3363.

riguardo, che nel sistema vigente la revocatoria fallimentare non ha funzione punitiva, e del resto, come si è avuto modo di osservare nel già richiamato intervento su questo portale, l'art. 70, secondo comma, 1. fall., si applica anche ai pagamenti inefficaci ex art. 65 l. fall., per i quali la conoscenza dello stato d'insolvenza non è richiesta¹³, per cui l'accettazione del pagamento non può essere stigmatizzata in alcun modo.

Infine, per completare il novero degli argomenti, sia consentito ribadire, in estrema sintesi, una riflessione svolta sempre nel precedente intervento su questo portale: il tema della “reviviscenza della garanzia” – la cui impossibilità, ad avviso dei sostenitori della tesi messa in discussione, precluderebbe l'ammissione al rango prelatizio¹⁴ – in questa ottica si rivela un falso problema. Nessuna causa di prelazione di un credito estinto, infatti, può rivivere dopo la dichiarazione di fallimento, così come del resto, per i postergati, non può rivivere neanche la particolare situazione legale o volontaria che, prima dell'apertura della procedura, aveva determinato la subordinazione ai chirografari del credito soddisfatto con il pagamento revocato.

Qui, tuttavia, non si tratta di far rivivere la prelazione o la causa di postergazione, ma più semplicemente di ripristinare la *par condicio* consentendo al terzo revocato di concorrere in modo corretto sulla somma restituita, *id est* subendo le dovute falcidie e venendo soddisfatto secondo il grado proprio del credito estinto. Conclusione, questa, tanto più predicabile, quanto più si consideri che il credito ex art. 70, secondo comma, 1. fall. viene qualificato, proprio dalla giurisprudenza che vorrebbe l'ammissione chirografaria, come *credito nuovo*, che sorge con la restituzione al curatore della somma oggetto del pagamento revocato¹⁵, e che ben si concilia con l'unica ammissione al passivo idonea a chiudere il “circolo della revocatoria” in modo coerente con la funzione di questa azione.

¹³ La *ratio* della norma va riaccordata unicamente con le previsioni degli artt. 42 e 44 l. fall., v. al riguardo FABIANI, *La revocatoria dei pagamenti anticipati*, *Foro it.*, 2002, I, 2410.

¹⁴ V. Cass. 19978/2008, Cass. 17522/2009 e Cass. 4785/2010, cit.

¹⁵ Così Cass. 24627/2018, cit.