

# LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

PAOLO BONTEMPI

*La provvisoria esecutività delle sentenze  
che accolgono l'azione revocatoria fallimentare  
di rimesse bancarie in conto corrente*

- CASS. CIV., I sez., 29.7.2011, n. 16737  
 Conferma Trib. Catania, 13.5.2009

FALLIMENTO - REVOCATORIA FALLIMENTARE - RIMESSE BANCARIE - SENTENZA COSTITUTIVA - CONDANNA ALLA RESTITUZIONE DEI PAGAMENTI - PROVVISORIA ESECUTIVITÀ - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 2908, 2909; cod. proc. civ., artt. 282, 474; r.d. 16.3.1942, n. 267, art. 67) (a)

FALLIMENTO - REVOCATORIA FALLIMENTARE - RIMESSE BANCARIE - CAPO CONDANNATORIO - ESECUZIONE - CURATORE - OBBLIGO DI ACCANTONAMENTO - SUSSISTENZA - CREDITORE - CREDITO DELL'ACCIPCIENS - AMMISSIONE CON RISERVA ALLO STATO PASSIVO - CONDIZIONE - PASSAGGIO IN GIUDICATO DELLA SENTENZA (r.d. 16.3.1942, n. 267, artt. 113, 70, comma 2°) (b)

(a) **Nell'azione revocatoria fallimentare di rimesse bancarie, il nesso tra statuizione condannatoria e accertamento costitutivo si presenta come di mera dipendenza: la condanna alla restituzione delle somme ricevute con gli atti solutori dichiarati inefficaci dipende dall'accertamento circa la sussistenza, o non, del titolo in base al quale tali somme sono state acquisite, ma non vi è rapporto di stretta sinallagmaticità tra i due capi. Ne deriva di necessità la conclusione che la anticipazione degli effetti esecutivi di tale capo condannatorio – cioè l'adeguamento della realtà materiale al *decisum* – non è nella specie incompatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel momento successivo del passaggio in giudicato.**

(b) **Le somme che l'*accipiens* restituisca alla curatela in ottemperanza, spontanea o coatta, alla sentenza di primo grado non ancora passata in giudicato non sono distribuibili (dovendo essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal g.d.), atteso il disposto dell'art. 113, ult. comma, l. fall., introdotto dal d. legis. 9.1.2006, n. 5. Tale accantonamento implica specularmente, per identità di *ratio*, l'ammissione al passivo con riserva del credito condizio-**

**nale dell'*accipiens*, la cui estinzione è stata dalla stessa sentenza ritenuta inefficace nei confronti della massa.**

*dal testo:*

**Il fatto.** Nel gennaio 2008 il curatore del fallimento della Saro Valastro s.r.l. notificava al Banco Popolare Società Cooperativa un atto di precetto per il pagamento della somma di Euro 896.370,43 in forza della sentenza n. 3353/07 emessa dal Tribunale di Catania, con la quale era stata accolta la domanda della curatela di revoca di alcune rimesse solutorie effettuate dalla società poi fallita in favore del Banco, con conseguente condanna di quest'ultimo a restituire alla massa le somme ricevute. Il Banco Popolare proponeva opposizione, deducendo – per quanto qui ancora rileva – la mancanza di titolo esecutivo sul rilievo che le sentenze costitutive, quale quella in questione, fanno stato ad ogni effetto tra le parti solo con il passaggio in giudicato, nella specie non verificatosi essendo la sentenza stessa gravata di appello. Si costituiva in giudizio il curatore del fallimento della Saro Valastro, chiedendo il rigetto dell'opposizione. Con sentenza depositata il 13 maggio 2009, il Tribunale di Catania rigettava l'opposizione con riguardo al motivo qui evidenziato (la accoglieva sul motivo subordinato diretto ad una riduzione della somma di cui all'intimazione), ritenendo che il vigente art. 282 c.p.c., si applica anche alle pronunce di natura costitutiva o, quanto meno, ai capi condannatori da esse derivanti.

Avverso tale sentenza, non impugnabile secondo il disposto dell'art. 616 c.p.c., vigente alla data di deposito, il Banco Popolare, con atto notificato il 16 novembre 2009, ha proposto ricorso straordinario a questa Corte, affidato ad unico motivo. L'intimato non ha depositato controricorso. Il ricorrente ha depositato memoria difensiva.

**I motivi.** 1. Il Banco Popolare censura, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, la attribuzione di titolo esecutivo alla sentenza del tribunale che ha definito il giudizio di revocatoria, formulando il seguente quesito di diritto: "si chie-

de se l'attribuzione di una provvisoria esecutività ad una pronuncia di revoca fallimentare di pagamenti e di affermazione dell'obbligo di restituzione del convenuto, ancora sub iudice per essere stata la dichiarazione di revoca impugnata in appello, e quindi prima che faccia stato fra le parti ad ogni effetto la pronuncia costitutiva di revoca dalla quale dipenderà l'obbligazione restitutoria, comporti o meno la violazione degli artt. 2908 e 2909 c.c., art. 474 c.p.c., e L. Fall., art. 67, e, di conseguenza, una falsa applicazione della norma dell'art. 282 c.p.c.". Assume, in sintesi, che l'azione revocatoria fallimentare, qualificabile come esercizio di un diritto potestativo del curatore, dà luogo ad una sentenza costitutiva che priva di effetti ex post, ma solo al momento del passaggio in giudicato, un atto o un pagamento compiuto dal fallito; e che la eventuale (nelle c.d. revocatorie acquisitive) condanna alla restituzione sanziona un obbligo che nasce dalla pronuncia costitutiva e ad essa segue come momento logico successivo, sì che neppure con riferimento a tale pronuncia consequenziale può applicarsi l'esecutività provvisoria disposta dall'art. 282 c.p.c.

2. Come la stessa sentenza impugnata da atto, la questione non è certo nuova, essendo stata ampiamente dibattuta, con soluzioni non univoche, in giurisprudenza ed in dottrina. L'orientamento giurisprudenziale che la recente Cass. S.U. n. 4059/2010 ha definito tradizionale e maggioritario, e ribadito con forti correzioni nella fattispecie lì controversa (riguardante la sentenza costitutiva di accoglimento di una domanda ex art. 2932 c.c., relativa ad un contratto preliminare di compravendita), è nel senso che la sentenza costitutiva produce la modificazione della situazione giuridica solo con il passaggio in giudicato. Il punto è però se debba in ogni caso escludersi che, nelle more del giudizio di impugnazione, sia ammissibile l'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti dalle statuizioni costitutive, sia cioè ammissibile il compimento di atti di esecuzione provvisoria della sentenza nei casi nei quali l'adeguamento della realtà materiale al decisum, che tali atti sono destinati a produrre, sia reso necessario dalla pronuncia di condanna che accede all'accertamento costitutivo (nella specie, la condanna alla restituzio-

ne delle somme di danaro ricevute dal Banco a seguito degli atti solutori dichiarati inefficaci L. Fall., ex art. 67). Anticipazione che l'art. 282 c.p.c., come modificato dalla L. n. 353 del 1990, prevede – nel contesto del rinnovato sistema di rapporti tra il giudizio di primo e secondo grado che va “letto” alla luce non solo dell'art. 24 Cost., ma anche del novellato art. 111 Cost. – per tutte le sentenze di primo grado, non contenendo alcuna esclusione nell'applicazione di tale regola in relazione a particolari tipi di sentenze. È vero che la sentenza costitutiva è in sé insuscettibile di esecuzione in senso stretto, ma si tratta di un limite intrinseco, non di una preclusione di fonte normativa afferente alla provvisoria esecutività di ogni sentenza costitutiva. Una preclusione siffatta invero non si rinviene neppure nel disposto degli artt. 2908 e 2909 c.c.: la prima norma fa riferimento alla tutelabilità in sede giurisdizionale delle azioni costitutive, e la seconda stabilisce per la sentenza costitutiva, come per le altre sentenze in generale, l'ambito di efficacia derivante dal giudicato.

2.1 In tal senso, la richiamata sentenza n. 4059/010 delle Sezioni Unite fornisce puntuali indicazioni nella ricostruzione del sistema.

In essa si afferma chiaramente che la possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute nella sentenza costitutiva va riconosciuta, in concreto, di volta in volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo con il giudicato.

L'adeguamento della realtà sostanziale non può cioè ritenersi precluso in generale (cioè in relazione al tipo di sentenza costitutiva) dalla circostanza che l'effetto costitutivo non si è ancora prodotto, dovendosi piuttosto distinguere i casi nei quali le statuizioni condannatorie sono meramente dipendenti da quell'effetto dai casi nei quali invece la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico, ponendosi come parte – talvolta “corrispettiva” – del nuovo rapporto oggetto della domanda costitutiva. In questi ultimi casi – tra i quali va compresa la condanna al pagamento del prezzo della compravendita contenuta nella sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso – il rapporto di stretta sinallagmaticità che lega il pa-

gamento del prezzo al trasferimento del diritto che si realizza solo con il giudicato (rapporto che non consentirebbe al venditore di percepire il prezzo prima del trasferimento della proprietà) impedisce di attribuire la provvisoria esecutività al capo di condanna; negli altri casi, nei quali la anticipazione degli effetti esecutivi si mostra compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento temporale successivo, non è individuabile nell'ordinamento alcuna preclusione alla formazione del titolo esecutivo indipendentemente dalla cosa giudicata sull'esistenza del diritto.

2.2 Alla luce di tali principii, che il collegio condivide, va osservato che, nella fattispecie in esame, il nesso tra la statuizione condannatoria e l'accertamento costitutivo si presenta come di mera dipendenza: la condanna alla restituzione delle somme ricevute con gli atti solutori dichiarati inefficaci – non diversamente, ad esempio, da quella alla restituzione del bene locato conseguente alla risoluzione del contratto di locazione – dipende dall'accertamento circa la sussistenza, o non, del titolo in base al quale tali somme sono state acquisite, ma non è in un rapporto di stretta sinallagmaticità tra i due capi, quale quello sopra descritto. Ne deriva di necessità la conclusione che la anticipazione degli effetti esecutivi di tale capo condannatorio – cioè l'adeguamento della realtà materiale al *decisum* – non è nella specie incompatibile con la produzione dell'effetto costitutivo al momento successivo del passaggio in giudicato.

2.3 Nè – contrariamente a quanto argomentato dal ricorrente nella memoria difensiva – tale anticipazione, ai fini esecutivi, degli effetti della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria appare inconciliabile con la disciplina del fallimento, che al contrario consente un efficace contemperamento, pur nei limiti della concorsualità, delle rispettive esigenze di tutela sia del credito restitutorio della massa verso l'accipiens, sia del credito di quest'ultimo verso il fallito, estinto dall'atto dichiarato inefficace nei confronti della massa. Sotto il primo profilo, le somme che l'accipiens restituisca alla curatela in ottemperanza, spontanea o coatta, alla sentenza di primo grado non ancora passata in giudicato non sono distribuibili (dovendo essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal g.d.), atteso il disposto della L.

Fall., art. 113, u.c., introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2006, che ha reso cogente una regola di condotta invero già praticata dagli uffici fallimentari. Sotto il secondo profilo, sia la L. Fall., art. 71, (abrogato dal D.Lgs. n. 5 del 2006) sia la L. Fall., art. 70, commi 2 e 3, (nel testo introdotto dal D.L. n. 35 del 2005, convertito in L. n. 80 del 2005), nel prevedere, una volta che l'accipiens abbia restituito alla massa le somme ricevute, l'ammissione al passivo del suo credito inefficacemente estinto dall'atto revocato (o comunque del credito d'importo corrispondente a quanto restituito), non contengono alcun riferimento alla condizione che tale restituzione sia avvenuta in forza di sentenza definitiva, il che costituisce ulteriore conferma della insussistenza, nel sistema normativo, di una preclusione all'anticipata esecuzione della condanna restitutoria rispetto alla irretrattabilità, inerente al giudicato, della statuizione costitutiva. Nè può condividersi l'assunto del ricorrente secondo cui la ammissione con riserva (da sciogliersi all'esito del giudizio di impugnazione della sentenza di revoca) di tale credito al passivo non sarebbe consentita perché non prevista dalla L. Fall., art. 96, né dalla legge. Al contrario, l'accantonamento, imposto dal già richiamata L. Fall., art. 113, u.c., della somma che l'accipiens abbia restituito in forza della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado implica specularmente, per identità di ratio, l'ammissione al passivo con riserva del credito condizionale dell'accipiens la cui estinzione è stata dalla stessa sentenza ritenuta inefficace nei confronti della massa: si tratta invero dei due effetti della sentenza che definisce il giudizio di revocatoria, i quali, come si è detto, sono indubbiamente tra di loro interdipendenti (pur non essendo in rapporto di sinallagmaticità), e quindi debbono considerarsi sottoposti, ai fini del concorso, alla medesima condizione costituita dal passaggio in giudicato di detta sentenza.

3. Il rigetto del ricorso si impone dunque, senza provvedere sulle spese non avendo l'intimato svolto attività difensiva. (*Omissis*)

[PROTO *Presidente* – SCALDAFERRI *Estensore* – GOLLIA *P.M.* (concl. diff.). – Banco popolare società cooperativa (avv.ti De Angelis e Tarzia) – Fall. Saro Valastro s.r.l.]

**Nota di commento:** «La provvisoria esecutività delle sentenze che accolgono l'azione revocatoria fallimentare di rimesse bancarie in conto corrente» [★]

## I. Il caso

Dopo l'accoglimento di un'azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto rimesse bancarie in conto corrente, la curatela preannuncia l'esecuzione forzata della sentenza, notificando l'atto di precetto alla banca soccombente che aveva tempestivamente proposto appello.

La banca promuove opposizione all'esecuzione, sostenendo che la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare non sia titolo esecutivo, stante la sua natura costitutiva che ne subordinerebbe gli effetti al passaggio in giudicato.

L'opposizione viene respinta in primo grado, con decisione confermata dalla Corte di Cassazione.

La soluzione offerta dalla Supr. Corte nella sentenza che si annota interviene a poca distanza di tempo da un precedente delle sezioni unite che sembravano di contrario avviso nel negare la *provvisoria esecutività della sentenza di natura costitutiva* oggetto del contendere (in quel caso si trattava di sentenza produttiva degli effetti di un contratto di compravendita non concluso).

Proprio per questo la decisione in commento si presenta di notevole interesse, considerato che, per la prima volta espressamente a quanto consta, la Cassazione precisa che: *a*) le sentenze aventi ad oggetto la *revocatoria fallimentare di rimesse bancarie* sono provvisoriamente esecutive relativamente al capo di condanna della banca alla restituzione delle somme oggetto degli accrediti dichiarati inefficaci, le quali, dunque, debbono essere restituite immediatamente, a prescindere dalla proposizione dell'appello; *b*) il curatore è obbligato ad accantonare le somme restituite, fino al passaggio in giudicato della sentenza e la banca ha diritto di insinuare allo stato passivo del fallimento il proprio credito originario in misura corrispondente all'importo delle rimesse restituite e condizionatamente alla definizione della causa di revocatoria fallimentare.

## II. Le questioni

1. **L'ESECUTIVITÀ PROVVISORIA DELLE SENTENZE COSTITUTIVE.** È ormai consolidata l'opinione che l'azione revocatoria (fallimentare od ordinaria) e la conseguente sentenza di accoglimento hanno natura costitutiva (in giurisprudenza l'orientamento si è af-

fermato a partire da Cass., sez. un., 13.6.1996, n. 5443, *infra*, sez. III).

In dottrina (per tutti si veda MANDRIOLI, *infra*, sez. IV) si è precisato che, con le sentenze costitutive, si fa valere il diritto (potestativo) ad una modificazione giuridica, distinguendosi i casi in cui l'attività giurisdizionale sia condizione necessaria per produrre l'effetto modificativo, a prescindere dall'intervenuta violazione di una norma giuridica (giurisdizione costitutiva necessaria), dai casi in cui gli effetti costitutivi avrebbero potuto essere attuati anche indipendentemente dall'intervento dell'organo giurisdizionale, ma, essendo mancata la collaborazione di una delle parti, l'altra si rivolge al giudice per ottenere quel risultato (giurisdizione costituiva non necessaria).

A questo secondo tipo appartengono, ad esempio, le sentenze che danno attuazione all'obbligo a contrarre *ex art.* 2932 cod. civ. o, appunto, le sentenze derivanti da un'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

Caratteristica comune alle azioni costitutive è che gli effetti modificativi che esse sono destinate a produrre si realizzano solo *ex post*, cioè con decorrenza dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (CASS., 19.5.2005, n. 10600, *infra*, sez. III).

Tali effetti possono consistere nel costituire nuovi rapporti giuridici (ad esempio nella costituzione di una servitù coattiva *ex art.* 1032 cod. civ. o – come già detto – nell'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 cod. civ.) o nel modificare un rapporto giuridico preesistente (si pensi alla separazione giudiziale dei coniugi) oppure nell'estinguere un rapporto giuridico (come nel caso dell'annullamento di un contratto per vizio del consenso, di annullamento di una delibera assembleare *ex art.* 2377 cod. civ., di rescissione del contratto, di risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta).

La loro realizzazione avviene immediatamente con la pronuncia della sentenza, senza bisogno di un procedimento esecutivo, caratteristico invece delle sentenze di condanna (per questo le sentenze costitutive sono definite *self-executing*).

Il riferimento normativo per questa categoria di sentenze si ritrova nell'art. 2908 cod. civ. che prevede la tipicità della tutela costitutiva, nel senso che le ipotesi in cui al giudice è attribuito il potere di costituire, modificare o estinguere una situazione soggettiva debbono essere espressamente e tassativamente previste dalla legge (con esclusione di ulteriori casi creati dall'autonomia negoziale delle parti).

Problemi particolari non sorgono quando si tratta solo di decidere la decorrenza degli effetti modificativi propri della sentenza; maggiori perplessità si

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

pongono invece quando, a tali conseguenze, si accompagna una statuizione accessoria, di per sé suscettibile di immediata esecutività a prescindere dal passaggio in giudicato, come la condanna all'esecuzione di una prestazione a carico della parte che subisce l'effetto costitutivo.

È il caso dell'azione revocatoria fallimentare e della relativa sentenza di accoglimento che, quale conseguenza della pronunciata inefficacia di determinati atti solutori, comporta l'obbligo di restituire i pagamenti rimasti privi di causa proprio per effetto della loro sopravvenuta inopponibilità alla massa dei creditori.

Anche in questo caso, la natura costitutiva della statuizione (la declaratoria di inefficacia degli atti solutori) che costituisce il presupposto dell'effetto condannatorio (la restituzione dei pagamenti colpiti da inefficacia) dovrebbe condurre a ritenere che gli effetti di diritto sostanziale (tutti) possono prodursi solo al momento del passaggio in giudicato. Quindi il diritto del curatore o dei creditori all'acquisizione del cespite la cui fuoriuscita dal patrimonio del debitore insolvente è stata privata di efficacia, così come l'obbligazione restitutiva dell'*accipiens* (socombente nella causa di revocatoria) dovrebbero divenire attuali solo con il passaggio in giudicato dell'unica sentenza che incorpora sia il capo costitutivo che il capo condannatorio.

Risulta infatti naturale pensare che non sarebbe concepibile la nascita anticipata dell'obbligazione restitutiva dell'*accipiens* rispetto al diritto del curatore (se parliamo di revocatoria fallimentare) di ritenere definitivamente inefficace l'atto di disposizione patrimoniale del debitore fallito.

La pretesa restitutiva rientrerebbe tra gli effetti di diritto sostanziale della sentenza di revocatoria fallimentare che appunto sancisce l'inefficacia dell'atto dispositivo, inefficacia che può considerarsi definitiva solo al momento del passaggio in giudicato delle decisioni.

Non potrebbe, in altre parole, distinguersi tra cc.dd. azioni revocatorie fallimentari «*non acquisitive*» (volte solo ad escludere dal concorso un credito o una prelazione per effetto della dichiarata inefficacia del negozio che ne costituisce la causa) ed azioni revocatorie fallimentari «*acquisitive*» destinate al recupero, a beneficio dei creditori concorsuali, di cespiti attivi usciti dal patrimonio del debitore insolvente (vuoi che si tratti di beni specifici vuoi che si tratti di denaro, come nelle revocatorie delle rimesse bancarie).

La condanna sarebbe – secondo la tesi che si sta ipotizzando e che è stata più volte sostenuta soprattutto dalle banche convenute in giudizi revocatori – conseguente alla modifica della precedente situazione giuridica determinata dalla stessa sentenza che

accoglie la domanda revocatoria ed avrebbe quindi carattere derivativo dalla pronuncia costitutiva.

Parte della giurisprudenza aveva applicato questo principio, precisando che l'inidoneità delle sentenze costitutive alla provvisoria esecutività *ex art. 282 cod. proc. civ.* vale anche per tutti i capi accessori o consequenziali alla pronuncia principale.

Una definitiva conferma di questo orientamento era stata ravvisata nella recente pronuncia della Cassazione, a sezioni unite (Cass., sez. un., 22.2.2010, n. 4059, *infra*, sez. III), la quale ha precisato che «*non è possibile dare esecuzione ad obblighi che sul piano processuale non sono ancora sorti*» e che «*possono ritenersi anticipabili i soli effetti esecutivi dei capi che sono compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento temporale successivo, ossia nell'atto di passaggio in giudicato del capo di sentenza propriamente costitutivo*».

In sostanza, le sezioni unite paiono escludere l'efficacia provvisoriamente esecutiva delle sentenze appartenenti alla tipologia in esame, anche con riferimento ai suoi capi accessori e/o strumentali.

Sembrava fare eccezione solo il capo riferito alla condanna alle spese giudiziali che pareva sottrarsi alla regola secondo cui le sentenze costitutive non possono produrre effetti anticipati rispetto al momento del passaggio in giudicato (Cass., 10.11.2004, n. 21367, *infra*, sez. III). L'eccezione trovava giustificazione in considerazione dell'autonomia della condanna alle spese di lite rispetto al *decisum* sulla domanda giudiziale, derivando la relativa statuizione da un meccanismo del tutto automatico e non subordinato all'accoglimento o meno della domanda introdotta dalle parti.

Quello che poteva apparire il naturale punto di arrivo del percorso argomentativo che si è appena descritto (escludere la provvisoria esecutività anche dei capi condannatori contenuti in una sentenza di revocatoria fallimentare) non è stato in realtà raggiunto nella successiva evoluzione giurisprudenziale.

La sentenza che si annota né è la dimostrazione: essa infatti approfondisce la differenza tra la fattispecie sottoposta al giudizio delle sezioni unite e l'azione revocatoria fallimentare, per poi pervenire ad una conclusione diversa dal punto di arrivo che ci si poteva aspettare.

La sentenza delle sezioni unite n. 4059/2010 si riferiva ad un'ipotesi del tutto diversa da quella di una sentenza avente ad oggetto la condanna derivante dall'accoglimento di un'azione revocatoria fallimentare: essa riguardava una condanna *ex art. 2932 cod. civ.* e, come precisa la motivazione di quella decisione, «*la soluzione adottata (...) non è riferita al tipo di sentenza costitutiva, ma alla sentenza pronunciata su contratto preliminare di compravendita*».

In particolare, l'affermazione era riferita all'esecuzione della condanna del promissario acquirente al pagamento del saldo del prezzo (costituente condizione sospensiva dell'effetto traslativo della proprietà) ed al mantenimento, in capo al promittente venditore, del diritto di ottenere dal conduttore il rilascio dell'immobile oggetto del medesimo contratto preliminare da eseguire, in un momento in cui la sentenza traslativa della proprietà *ex art. 2932 cod. civ.* non era ancora passata in giudicato.

Si trattava, con tutta evidenza, di decidere in ordine alla provvisoria esecutività di capi condannatori inscindibilmente dipendenti dall'effetto costitutivo del passaggio di proprietà del bene, nel senso che essi erano legati a tale trasferimento o da un rapporto di corrispettività (condanna al pagamento del prezzo del bene trasferito) o da un inscindibile legame (quello che lega la legittimazione al rilascio di un immobile alla titolarità del diritto di proprietà sul medesimo).

Le sezioni unite precisavano però che «*occorre differenziare le statuizioni condannatorie meramente dipendenti dal detto effetto costitutivo dalle statuizioni che invece sono a tale effetto legate da un vero e proprio nesso sinallagmatico*».

Solo nel secondo caso è esclusa la provvisoria esecutività della condanna, mentre, nel primo caso, va riconosciuta la possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie.

La sentenza n. 4059/2010 enuncia quindi un principio che non esclude affatto ipotesi nelle quali, in virtù di attenta disamina del caso di specie e, precipuamente, del rapporto sussistente tra l'effetto condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo subordinato al giudicato, sia ammissibile un'anticipazione dell'esecutività delle statuizioni condannatorie.

Infatti, quando si parla di condanna alla restituzione di rimesse bancarie ritenute revocabili, ci si riferisce certamente ad un capo condannatorio *meramente dipendente dall'effetto costitutivo* rappresentato dalla ritenuta inefficacia di quelle stesse rimesse e pertanto ci si riferisce a somme che non sono legate a quell'effetto da un vero e proprio nesso sinallagmatico (come accade nel caso dell'obbligo di pagare il prezzo del trasferimento di proprietà disposto con sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*).

Coglie bene questa sottile distinzione la sentenza che si annota, precisando che la possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute in una sentenza costitutiva va riconosciuta, in concreto, di volta in volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo con il giudicato.

La distinzione e la soluzione adottate dalla sentenza che si annota vanno senz'altro condivise, non

solo per la correttezza del ragionamento seguito (che non è smentito dal precedente orientamento delle sezioni unite di cui si è detto), ma anche per la coerenza di tale ragionamento con la più recente evoluzione normativa processuale.

Oggi infatti, nell'interpretare una norma processuale che ha inequivocabilmente uno scopo acceleratorio del processo, non può prescindersi – ai fini di un'interpretazione che sia costituzionalmente orientata – dall'art. 111 Cost. (nel testo modificato dalla l. cost. 23.11.1999, n. 2) che ha esplicitato il principio della *ragionevole durata del processo*.

Tale principio è divenuto un costante criterio di riferimento nell'interpretazione delle norme processuali, soprattutto di quelle che, appunto, mirano ad accelerare o anticipare gli effetti processuali degli atti e quindi a garantire al cittadino l'effettività e la rapidità della tutela giurisdizionale.

Una simile conclusione è oggi, a maggior ragione, imposta all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo che, a seguito del Trattato di Lisbona del 13.12.2007, ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ed entrato in vigore il 1°.12.2009, ha ottenuto un particolare riconoscimento.

Infatti il Trattato di Lisbona, nel modificare sia il Trattato sull'Unione Europea (trattato di Maastricht del 1992) sia il Trattato che istituisce la Comunità Europea (Trattato di Roma del 1957, oggi ribattezzato Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), ha riscritto l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea il quale oggi prevede: *a)* l'esplicito richiamo ed il riconoscimento dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata solennemente il 7.12.2000, alla quale viene espressamente attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati e che quindi diviene, a tutti gli effetti, norma comunitaria, prevalente sulle eventuali norme interne contrarie, anche di rango costituzionale (salva la prevalenza dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana); *b)* l'adesione dell'Unione Europea alla Conv. eur. dir. uomo, precisando che i diritti fondamentali ivi sanciti «*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» (tale adesione, anche se non si vuole attribuire alla Convenzione l'efficacia di norma comunitaria, come nel caso della Carta, determina pur sempre il riconoscimento di fondamentali principi generali, tra i quali rientra anche quello della ragionevole durata del processo).

Quindi le norme della Conv. eur. dir. uomo impongono oggi (più che in passato) al giudice nazionale di interpretare il diritto interno coerentemente con tale convenzione.

Ove ciò non fosse possibile e si riscontrasse un insanabile contrasto tra norma interna e principio del-

la ragionevole durata del processo, il giudice dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nazionale per contrasto con l'art. 117, comma 1°, Cost. (che impone al legislatore di conformarsi ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario) e con gli artt. 10 e 11 Cost. (che impongono l'adeguamento del nostro ordinamento alle norme ed agli accordi internazionali).

Va anche considerato che un vero e proprio problema di provvisoria esecutività si pone solo per quei capi di sentenza che richiedono una pratica attuazione (attraverso appunto l'esecuzione forzata) del diritto sostanziale fatto valere.

Invece, come già detto, le sentenze costitutive realizzano immediatamente il diritto soggettivo o il potere modificativo riconosciuto a chi domanda questa forma di tutela, a condizione che sia definitivamente accertato (a seguito del passaggio in giudicato) il presupposto sostanziale di tale modificazione.

Pertanto l'eventuale incompatibilità che si volesse ritenere tra il capo costitutivo di una sentenza e l'art. 282 cod. proc. civ. non esclude che possano essere ritenuti provvisoriamente esecutivi i capi suscettibili di tutela anticipata (appunto perché condannatori), ancor più se non legati al primo da un vincolo di così stretta dipendenza da non poter esistere senza quello (è il caso appunto dell'obbligo di pagare il prezzo di un bene da trasferire coattivamente che diventa attuale solo una volta divenuto definitivo l'effetto traslativo).

Per concludere, nel caso di sentenza che accoglie un'azione revocatoria fallimentare, la condanna alla restituzione delle rimesse bancarie ritenute revocabili non può ritenersi legata da un nesso sinallagmatico alla dichiarata inefficacia di tali rimesse, ma tutt'al più ritenersi una statuizione condannatoria meramente dipendente da questo effetto e, come tale, ben può ritenersi provvisoriamente esecutiva *ex lege*.

Di tutto questo si era ben accorta la più recente giurisprudenza di merito che, anche prima della sentenza che si annota, aveva confermato la provvisoria esecutività delle sentenze aventi ad oggetto la revocatoria fallimentare di rimesse bancarie, quantomeno con riferimento ai capi di condanna restitutori.

2. L'INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL CREDITO RISORTO IN CAPO ALL'ACCIPIENS CHE ABBA RESTITUITO I PAGAMENTI REVOCATI. Prima del 16.7.2006, l'art. 71 l. fall. prevedeva che «Colui che per effetto della revoca prevista nelle disposizioni precedenti ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimento per il suo eventuale credito».

La norma era collocata all'interno della sezione III, titolo II, capo III della legge fallimentare, nel

l'ambito delle disposizioni riguardanti gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli alle ragioni dei creditori.

La disposizione è stata abrogata dall'art. 56 del d. legis. 9.1.2006, n. 5 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*), che ha però riportato il testo del citato articolo nel comma 2° dell'art. 70 l. fall., come modificato dall'art. 2, comma 1°, del d.l. 14.3.2005, n. 35 (*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*).

Pertanto è rimasta intatta la previsione del diritto della banca (che abbia restituito somme ritenute revocabili) di insinuare al passivo del fallimento del proprio originario debitore il credito risorto per effetto delle restituzioni effettuate.

Il problema che oggi si pone è quello di coordinare tale azione concorsuale con la provvisoria della condanna in forza della quale è avvenuta la restituzione che legittima l'insinuazione tardiva allo stato passivo *ex art. 70, comma 2°, l. fall.*

È infatti evidente che, laddove la condanna alla restituzione dovesse venire riformata o annullata nei successivi gradi di giudizio, la restituzione operata dal creditore rimasto soccombente in primo grado diventerebbe priva di causa, con conseguente suo diritto alla retrocessione di quanto pagato.

Pertanto l'ammissione allo stato passivo di un credito risorto in conseguenza della revoca di atti solutori avviene in una situazione non ancora intangibile e quindi non può ritenersi definitiva.

Né può ritenersi definitiva l'acquisizione, da parte della curatela, delle somme restituite per effetto di una sentenza revocatoria non ancora passata in giudicato, dovendo il curatore accantonare le somme così acquisite ai sensi dell'art. 113, ult. comma, l. fall.

Questa mancanza di definitività giustifica, ad avviso della Supr. Corte nella sentenza annotata, l'ammissione al passivo *con riserva* del creditore che abbia provveduto alla restituzione delle somme revocate, dovendo il suo diritto di credito ritenersi condizionato al passaggio in giudicato della sentenza che ha ritenuto l'inefficacia, nei confronti della massa, degli atti estintivi che lo riguardano.

Si tratta di due effetti della sentenza che definisce il giudizio di revocatoria che sono tra loro interdipendenti in quanto al provvisorio effetto restitutorio corrisponde un altrettanto provvisorio effetto modificativo dello stato passivo derivante dall'ammissione di un credito "risorto" in conseguenza della restituzione dei pagamenti ritenuti inefficaci, ma che rimane sospensivamente condizionato al passaggio in giudicato della decisione.

È proprio la provvisoria di questi effetti e l'obbligo della curatela di accantonare le somme così re-



stituite a convincere frequentemente le Corti di Appello, nell'ambito dei procedimenti incidentali *ex art. 351 cod. proc. civ.* promossi dalle banche soccombenti ed appellanti, a respingere le istanze di sospensione della provvisoria esecutività delle sentenze di revocatoria fallimentare per mancanza dei gravi e fondati motivi richiesti dall'art. 282 cod. proc. civ., quantomeno per l'assenza di un concreto *periculum in mora*.

Resta solo da verificare quanto la soluzione offerta dalla Supr. Corte nella sentenza che si annota sia compatibile con la ritenuta eccezionalità dell'ammissione al passivo con riserva di crediti condizionali, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 55, comma 3°, e 96 l. fall.

Infatti la Supr. Corte, anche recentemente (CASS., 15.4.2011, n. 8765, *infra*, sez. III), ha precisato che «*In tema di ammissione al passivo con riserva dei crediti soggetti a condizione, l'art. 55, comma 3, l. fall., nel prevedere siffatta partecipazione al concorso, è norma eccezionale, che devia dal principio generale della cristallizzazione operata dalla dichiarazione di fallimento sulla situazione del passivo dell'imprenditore, e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica a diritti i cui elementi costitutivi non si siano integralmente realizzati anteriormente alla detta dichiarazione, in tal caso versandosi in ipotesi, non già di mera inesigibilità della pretesa, ma di credito non ancora sorto ed eventuale*».

Pertanto, in relazione all'eventuale credito restitutorio della parte che abbia pagato in virtù di sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, trattandosi di «*prestazioni eseguite e ricevute nella comune consapevolezza della rescindibilità del titolo e della provvisorietà dei suoi effetti*» (così CASS., sez. un., 13.6.1989, n. 2841, *infra*, sez. III), le esigenze di tutela del creditore trovano soddisfazione nell'art. 113 l. fall. che prevede l'accantonamento delle somme percepite dalla procedura in virtù di sentenza esecutiva (anche se il principio è dettato in materia di crediti prededucibili, che appare fattispecie diversa da quella concorsuale).

A ben vedere, nel caso del creditore che restituisca somme oggetto di revocatoria fallimentare, egli torna ad essere titolare, nei limiti delle somme restituite, dell'originario credito che era stato estinto in frode alle ragioni della massa.

Questo è il credito che viene insinuato al passivo tardivamente ai sensi dell'art. 70, comma 2°, l. fall.

Non pare invece che ad essere insinuato allo stato passivo possa essere il credito restitutorio che sorgerebbe in capo al *solvens* (creditore soccombente nel giudizio revocatorio) nell'ipotesi in cui la sentenza provvisoriamente eseguita venisse riformata o annullata, per la ragione che un simile credito non è semplicemente condizionato (alla riforma o all'an-

nullamento della sentenza provvisoriamente esecutiva), ma deve considerarsi non ancora sorto e quindi solo eventuale, almeno fino a quando non intervenga la riforma o l'annullamento della decisione in forza della quale il creditore abbia provveduto alle restituzioni.

Se così è, tutti gli elementi costitutivi del credito che viene tardivamente insinuato ai sensi dell'art. 70, comma 2°, l. fall., esistono da prima della dichiarazione di fallimento e quindi quel diritto è suscettibile di essere assoggettato ad una condizione che lo renda inesigibile fino al passaggio in giudicato della sentenza di revocatoria fallimentare, la cui esecuzione lo ha fatto risorgere.

Si tratta di una condizione desumibile direttamente dalla legge e precisamente da un'interpretazione estensiva dell'art. 96, comma 1°, n. 3, l. fall., che si riferisce espressamente ai crediti riconosciuti verso il fallito in forza di sentenza emessa prima della dichiarazione di fallimento e non ancora passata in giudicato, ma che può essere esteso a tutte le ipotesi di crediti preesistenti la dichiarazione di fallimento e la cui esigibilità dipenda da una sentenza non ancora irrevocabile.

Peraltro l'obbligo del curatore di accantonare le somme riscosse in forza di una sentenza non ancora definitiva *ex art. 113*, ult. comma, l. fall. pare confermare l'esistenza di una condizione sospensiva del credito spettante al creditore che abbia pagato in forza del medesimo titolo.

Se così è, l'ammissione con riserva appare corretta, dovendo in ogni caso ritenersi condizionato l'originario diritto di credito che risorge in capo al creditore proprio a seguito della restituzione delle somme pagategli ad estinzione dello stesso, in esecuzione della sentenza che abbia revocato quegli atti solutori.

Ovviamente quel credito non potrà che essere insinuato tardivamente ai sensi degli artt. 101 e 70, comma 2°, l. fall., anche oltre il termine di 12 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (c.d. istanza di insinuazione *ultratardiva*), considerato che la tardività dipende da causa non imputabile al creditore e precisamente dall'esito sopravvenuto di un giudizio promosso dopo la dichiarazione di fallimento.

Nel caso in cui la sentenza revocatoria venga confermata irrevocabilmente, il credito così ammesso dovrà considerarsi definitivamente insinuato al passivo *ex art. 113 bis* l. fall. e verrà quindi soddisfatto in moneta fallimentare (mentre le somme restituite dal creditore resteranno definitivamente acquisite alla curatela e potranno essere distribuite).

In caso di annullamento della sentenza, invece, il creditore avrà diritto all'integrale retrocessione delle somme che aveva restituito e che erano state accan-

tonate, come ben si desume dall'art. 117, comma 2°, l. fall.

Va detto, per concludere, che, nella non condivisibile ipotesi in cui si ritenesse inammissibile l'insinuazione con riserva in quanto non espressamente prevista dalla legge (c.d. *riserva atipica*), il credito dovrebbe venire ammesso allo stato passivo puramente e semplicemente.

Gli effetti pratici di quest'ultima soluzione non cambierebbero però molto rispetto alla soluzione dell'ammissione con riserva del credito originario.

Infatti, nel caso in cui la sentenza revocatoria venisse poi confermata, il credito dell'*accipiens* ammesso al passivo senza riserva verrebbe sempre soddisfatto in moneta fallimentare.

Nel caso invece di annullamento o di riforma della sentenza revocatoria, il creditore avrebbe diritto di ottenere la retrocessione delle somme indebitamente pagate e di esse si terrebbe conto in sede di ripartizione finale dell'attivo, con esclusione di qualsiasi questione relativa all'esistenza, qualità e quantità del credito già ammesso che non potrebbe essere più messa in discussione una volta divenuto esecutivo lo stato passivo.

### III. I precedenti

1. L'ESECUTIVITÀ PROVVISORIA DELLE SENTENZE COSTITUTIVE. Sulla natura costitutiva della sentenza che accoglie l'azione revocatoria fallimentare si vedano: CASS., sez. un., 8.7.1996, n. 6225, e CASS., sez. un., 13.6.1996, n. 5443, in *Fallimento*, 1996, 999, ed in *Giust. civ.*, 1996, I, 2219, secondo cui la pronuncia modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, nei confronti della massa fallimentare, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) ed alla soddisfazione dei creditori. L'orientamento è poi confermato dalla giurisprudenza successiva, come chiariscono, fra le tante: CASS., 22.3.2007, n. 6991, in *Guida al dir.*, 2007, n. 20, 66, e in *Foro it.*, 2007, I, 2410; CASS., 7.4.2004, n. 6893, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1339.

Sulla natura costitutiva della sentenza che accoglie la domanda di revocatoria ordinaria si veda CASS., 30.3.1986, n. 1142, in *Foro it.*, 1986, I, 1874.

Sulla decorrenza degli effetti delle sentenze costitutive dalla data della sentenza, per tutte, si veda CASS., 19.5.2005, n. 10600, in *Giur. comm.*, 2006, 1039.

In senso apparentemente contrario alla sentenza che si annota CASS., 11.6.2004, n. 11097, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, riferita però alle sentenze *ex art.* 2932 cod. civ. Nello stesso senso, più di recente,

CASS., sez. un., 22.2.2010, n. 4059, in *Foro it.*, 2010, I, 2082, ed in *Guida al dir.*, 2010, n. 11, 50.

Un'anticipazione invece dell'orientamento fatto proprio dalla sentenza annotata si riscontra in CASS., 3.9.2007, n. 18512, *ivi*, 2007, n. 39, 42, la quale riconosce l'immediata efficacia dei capi condannatori e costitutivi della sentenza, valorizzando l'innovazione ispiratrice della riforma dell'art. 282 cod. proc. civ. sull'assunto per cui le sentenze costitutive sono in grado di sorreggere effetti esecutivi conseguenti (la sentenza si riferiva sempre ad una sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.).

Nella giurisprudenza di merito escludono che le sentenze che accolgono l'azione revocatoria fallimentare possano avere efficacia provvisoriamente esecutiva, anche con riferimento alle pronunce accessorie e consequenziali di restituzione: APP. VENEZIA, 3.6.1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 153; APP. TRENTO, 12.1.2001, in *Foro it.*, 2001, I, 1363; APP. FIRENZE, 4.5.2004, in *Fallimento*, 2004, 1402; APP. TORINO, 22.5.2006, *ivi*, 2007, 179; TRIB. MODENA, 1°2.2001, in *Giur. it.*, 2001, 977; TRIB. TORINO, 16.11.2005, *ivi*, 2006, 221; TRIB. CUNEO, 21.12.2010, in *Redazione Giuffrè*, 2010.

Sulla provvisoria esecutività del capo condannatorio riferito alle spese giudiziali: CASS., 10.11.2004, n. 21367, in *Il civilista*, 2011, n. 6, 65.

Sulla esecutività provvisoria dei capi condannatori inseriti in una sentenza che accoglie l'azione revocatoria fallimentare si vedano invece: APP. BRESCIA, ord. 30.11.2005, in *www.ilcaso.it* (Sez. I – Giur., doc. n. 216/2005). Nello stesso senso APP. TORINO, 21.12.2010, in *www.ilcaso.it*, Sez. I – Giur., doc. n. 2825, che ha ben distinto le statuizioni condannatorie meramente dipendenti dall'effetto costitutivo da quelle statuizioni che invece a tale effetto sono legate da un vero e proprio nesso sinallagmatico. Analogo il ragionamento di TRIB. NAPOLI, 4.5.2011, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giur., doc. 4446. Conf. sono anche: TRIB. NAPOLI, 23.3.2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009; TRIB. RIMINI, 26.2.2006, in *Fallimento*, 2006, 2007; TRIB. MESSINA, 28.9.2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 11, 91; TRIB. PATTI, 8.3.2004, in *Giur. locale Messina*, 2004; TRIB. ROMA, 8.6.2011, ined.

Sul rigetto dell'istanza di sospensione della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado che accoglie l'azione revocatoria fallimentare per mancanza del *periculum in mora* in conseguenza dell'obbligo del curatore di accantonare le somme riscosse: APP. BOLOGNA, ord. 5.7.2011, in causa n. 803/2011 R.G., ined.; APP. BOLOGNA, ord. 1°6.2011, in causa n. 679/11 R.G., ined.

2. L'INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL CREDITO RISORTO IN CAPO ALL'ACCIPIENS CHE ABBAIA RESTITUITO I PAGAMENTI REVOCATI. Sulla eccezionalità del-

l'ammissione al passivo con riserva di un credito condizionale: CASS., 15.4.2011, n. 8765, in *Juris Data Giuffrè*, 2011; nello stesso senso CASS., 8.8.2003, n. 11953, in *Fallimento*, 2004, 1091.

Sulla ripetibilità delle somme pagate in forza di una sentenza non ancora passata in giudicato e sul diritto alla restituzione di quanto pagato in forza di sentenza provvisoriamente esecutiva, ma poi riformata si veda: CASS., sez. un., 13.6.1989, n. 2841, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 230.

#### IV. La dottrina

1. L'ESECUTIVITÀ PROVVISORIA DELLE SENTENZE COSTITUTIVE. Sulle caratteristiche delle azioni e delle sentenze costitutive si vedano: MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2007, I, 15 ss.; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Cedam, 1970; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Cacucci, 1981.

Sulla natura costitutiva delle sentenze che accolgono un'azione revocatoria fallimentare VITALONE, in VITALONE-CHIMENTI-RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, Giappichelli, 2008, 156; RAGUSA MAGGIORE, *Strutture generali della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1964, 374; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 1998, 331; FABIANI, *Revocatoria fallimentare: attualità dell'istituto e degli aspetti processuali*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 105; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Giuffrè, 1970, 908; GIACALONE, *Azione revocatoria, natura costitutiva ed effetti della prescrizione*, in *Fallimento*, 1996, 1006; TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, 2001, 359.

Natura costitutiva viene riconosciuta anche alla sentenza che accoglie la domanda di revocatoria ordinaria: così LUCCHINI, *L'azione revocatoria ordinaria*, in questa *Rivista*, 1991, II, 321 ss.

Affermano invece la natura dichiarativa dell'azione revocatoria fallimentare così come di quella ordinaria: JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, Giuffrè, 2000, 424; FERRARA JR., *Il fallimento*, Giuffrè, 1989, 383; SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996, 261; LO CASCIO, *La revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991, 885; LIMITONE, *La revocatoria fallimentare nella concorsualità sistematizzata*, in *Giur. comm.*, II, 2001, 757.

Negano che possa darsi provvisoria esecuzione del capo condannatorio contenuto in una sentenza di revocatoria fallimentare: TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, 2002, 252, modificando l'opinione espressa nella prima edizione, nella quale aveva ritenuto che le sentenze costitutive fossero soggette alla disciplina del novellato art. 282 cod. proc. civ.; MONTELEONE, voce «Esecuzione provvisoria», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., *Agg.*, Utet,

2000, 367, per il quale l'esecuzione delle statuizioni accessorie non può compiersi finché la sentenza non sia passata in giudicato, atteso che, fino a quel momento, il diritto di procedere ad esecuzione forzata appare privo del requisito della certezza imposto dall'art. 474 cod. proc. civ.; nello stesso senso anche TUCCI, *La revocatoria fallimentare e l'esecuzione provvisoria delle sentenze costitutive*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 153 ss., il quale precisa che il capo di condanna alla restituzione della somma di denaro a suo tempo percepita dal soggetto soccombente è solo un ordine materiale del giudice, non autonomo, ma strettamente consequenziale alla pronuncia costitutiva dell'inefficacia relativa dell'atto impugnato.

Ammettono la provvisoria esecutività delle condanne accessorie a sentenze dichiarative o costitutive: MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Cedam, 2001, I, 2, 1606; COMOGLIO, *L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in TARUFFO, *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, 422; CONSOLO, in CONSOLO-LUISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, 1996, 263; LUISO, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, 2000, II, 197 ss.; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Esi, 1994, 331; SIRACUSANO, in VERDE-VACCARELLA, *Codice di procedura civile commentato*, Utet, 1997, II, 519.

Favorevoli alla provvisoria esecutività anche delle sentenze costitutive sono: CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Giuffrè, 1972, 59 ss.; CESARETTI, *Provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado e contratto preliminare di vendita*, in *Giur. merito*, 2011, 1, 135; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, 2004, 309 ss. e nt. 37; FERRI, *In tema di esecutorietà della sentenza e inhibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 559 ss.; TAVORMINA, *Titolo esecutivo giudiziale e stragiudiziale. L'efficacia del titolo esecutivo e l'ammissibilità della sua sospensione*, in *www.judicium.it*, n. 2; M. FABIANI, in M. FABIANI-PANZINI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Cedam, 1994, 170 ss.; TOTA, *Sugli effetti della domanda giudiziale ex art. 2652 c.c. trascritta medio tempore tra l'iscrizione di ipoteca e la trascrizione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2002, 292, nt. 10; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 194 ss.; MONACI, *La "novella" ed il processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 165 ss.; PELLEGRINO, *Fallimento e nuovo processo civile*, Cedam, 1994, 68 ss.

Ritiene che la provvisoria esecutività debba essere riconosciuta specialmente alle sentenze emesse nell'ambito della giurisdizione costitutiva non necessaria, in cui si discute dell'attuazione di diritti potestativi, come nel caso delle azioni revocatorie: IMOAGNATIELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

civ., 2005, 751 ss. ove ampi riferimenti ai diversi orientamenti dottrinali sul punto.

Distingue a seconda che la sentenza costitutiva incida su diritti della persona e della famiglia o su diritti patrimoniali, sostenendo che, mentre nel primo caso l'anticipazione di tutti o di parte degli effetti della sentenza dipende da una scelta del legislatore sostanziale, nel secondo caso non vi siano ragioni per subordinare il prodursi degli effetti della sentenza costitutiva o dichiarativa al suo passaggio in giudicato: VERDE, *Profili del processo civile*, Jovene, 2000, II, 241 ss.

2. L'INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL CREDITO RISORTO IN CAPO ALL'ACCIPIENS CHE ABBA RESTITUITO

PAOLO BONTEMPI

► CORTE GIUST. UE, 22.9.2011, causa C-323/09

MARCHI - KEYWORD ADVERTISING - VIOLAZIONE DI UNA DELLE FUNZIONI DEL MARCHIO - CONSEGUENZE [direttiva n. 89/104/CEE, art. 5, n. 1, lett. a); reg. CE n. 40/1994, art. 9, n. 1, lett. a)] (a)

MARCHI - NOTORIETÀ DEL MARCHIO - KEYWORD ADVERTISING - DIVIETO - CONDIZIONI [direttiva n. 89/104/CEE, art. 5, n. 2; reg. CE n. 40/1994, art. 9, n. 1, lett. c)] (b)

(a) **Il titolare di un marchio ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità – a partire da una parola chiave identica a detto marchio che tale concorrente, senza il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell'ambito di un servizio di posizionamento su *internet* – a prodotti o servizi identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, quando il predetto uso è idoneo a violare una delle funzioni del marchio.**

(b) **Il titolare di un marchio che gode di notorietà ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità – a partire da una parola chiave corrispondente a tale marchio che il suddetto concorrente, sen-**

TO I PAGAMENTI REVOCATI. Sulla eccezionalità dell'ammissione con riserva allo stato passivo: SCARSELLI, in BERTACCHINI-GUALANDI-PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2007, 292; FERRO, *La legge fallimentare*, Cedam, 2007, 697.

Sull'inammissibilità delle cosiddette riserve atipiche che quindi debbono considerarsi come non scritte, JORIO, 628.

Precisa che l'ammissione al passivo del creditore che ha subito la revocatoria fallimentare è ammissibile solo dopo che sia avvenuta l'effettiva restituzione della somma revocata FERRO, 520.

**za il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell'ambito di un servizio di posizionamento su *internet* – qualora detto concorrente tragga così indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio oppure qualora tale pubblicità arrechi pregiudizio a detto carattere distintivo o a detta notorietà.**

dal testo:

**Il fatto.** 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 5 della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (GU 1989, L 40, pag. 1), nonché dell'art. 9 del regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario (GU 1994, L 11, pag. 1).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che opponeva le società Interflora Inc. e Interflora British Unit alle società Marks & Spencer plc (in prosieguo: la «M & S») e Flowers Direct Online Ltd. A seguito di una composizione amichevole con la Flowers Direct Online Ltd, la causa principale oppone ora la Interflora Inc. e la Interflora British Unit alla M & S riguardo alla pubblicazio-