



LIBERO OSSERVATORIO DEL DIRITTO

L'ART. 2929-BIS, CO. 1, C.C. E I RELATIVI LIMITI DI APPLICAZIONE.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La legge. – 3. Le fattispecie temporalmente rientranti nell'area applicativa della norma. – 4. I rapporti funzionali con l'azione revocatoria e la *ratio* dell'art. 2929-bis, c.c. – 5. Gli 'elementi costitutivi' della norma (il credito - l'atto) e l'intervento. – 6. Il pregiudizio (*eventus damni*). – 7. L'onere della prova e la *scientia damni*. – 8. Il conflitto tra creditori chirografari del donante e del donatario. - 9. La trascrizione e i terzi subacquirenti.

1. Introduzione.

Buon pomeriggio a tutti e, collettivamente a tutti i presenti, il mio ringraziamento per aver aderito a questa iniziativa culturale organizzata dalla rivista 'Libero Osservatorio Del Diritto' su una norma, il nuovo art. 2929 bis, c.c., così importante.

Leggendo la novella il mio primo pensiero è tornato ad una lettura fatta alcuni anni or sono, nella quale si metteva bene in luce il valore rivestito dal "bene" circolazione.

Mi riferisco alla "Teoria giuridica della circolazione" del Professor Carnelutti, una monografia risalente all'anno 1933 ma che conserva tutt'ora, nei suoi tratti essenziali, una grandissima attualità.

Il Professore ha messo in luce che il fenomeno circolatorio risponde ad esigenze di pubblico interesse (incidendo sulla certezza dei rapporti giuridici) e rappresenta "una delle condizioni elementari per la vita della società¹".

L'impianto teorico si fonda su tre pilastri:

- a) *Libertà* nella disposizione dei diritti;
- b) *Evidenza* della vicenda circolatoria, mediante indici esterni di riconoscibilità *ultra partes*;
- c) *Sicurezza* di godimento del bene acquistato.

Ed è proprio quest'ultima colonna portante che rischia di crollare sotto l'impatto della nuova disposizione qualora l'art. 2929-bis, c.c. verrà interpretato con "leggerezza", mettendosi in crisi l'*efficienza* dello stesso atto dispositivo².

L'art. 2929, bis, c.c. introduce, intanto, una nuova regola³:

il creditore, munito di titolo esecutivo, che ritiene di essere stato pregiudicato dal compimento, da parte del debitore, di un atto "gratuito", (diciamo per ora genericamente) ad effetti reali, può pignorare

¹ Cfr. F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, pag. 11.

² Difatti si espongono a grandissimo rischio la stabilità e la certezza delle attribuzioni patrimoniali (ossia delle prestazioni, quali effetti dell'atto).

³ Prima della novella il creditore poteva: a) aggredire i beni del debitore (art. 2740, c.c.); b) aggredire i beni di un terzo qualora ipotecati in favore del primo (art. 2808, c.c.); c) aggredire i beni di un terzo alienatario con un giudizio (di merito) revocatorio (art. 2901, c.c.).



direttamente il bene anche presso il terzo proprietario, senza dover prima passare per la revocatoria, entro un anno dalla trascrizione dell'atto lesivo della garanzia patrimoniale generica (art. 2740, c.c.).

Precisiamo subito che il termine annuale previsto dalla nuova norma è di decadenza⁴, e non è quindi sottoposto alle cause di sospensione e di interruzione proprie del fenomeno prescrizione (art. 2964, c.c.).

Inoltre, con riguardo al terzo acquirente, si profila per quest'ultimo una particolare ipotesi (non tanto di 'responsabilità senza debito' quanto) di "responsabilità per debito altrui"⁵, che scatta in conseguenza di un suo semplice acquisto 'a titolo gratuito' (senza una "sentenza contro" in regudicata⁶ e senza un diritto di seguito del creditore⁷).

2. La legge.

L'art. 2929 bis, c.c. appare subito norma "singolare", già da una prima valutazione del suo dato strutturale: sotto il profilo toponomastico la novella viene innestata nel libro 6° del codice civile, in ambito di tutela *giurisdizionale* dei diritti, e crea essa stessa una nuova ed autonoma sezione, la 'I-bis', in materia di espropriazione forzata.

La disposizione tradisce rilevanti difetti di coordinamento con il vigente ordinamento giuridico, per esempio:

- con le regole in tema di pignoramento, che risultano derivate in virtù del principio di specialità: artt. 2914, n. 1)⁸ e 2915, co. 1⁹, c.c.;

⁴ È infatti un termine di esercizio del "diritto all'esecuzione", ossia inerente ad una fattispecie procedimentale (il processo esecutivo) rilevante solo sul piano giuridico-formale (l'esercizio del diritto sottoposto al termine non realizza immediatamente l'interesse sostanziale, come invece accade nei casi di prescrizione): B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, R.T.D.P.C., 1970, 866, ss.

⁵ Che non è quindi autonoma ma che risulta strettamente collegata al debito, di cui ne segue le sorti (non è certo un caso se il 'terzo proprietario' può fare opposizione all'altrui pignoramento non ex art. 619, c.p.c. ma ex art. 615, c.p.c.).

Sul tema si rinvia a M. Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 176, ss.

⁶ Formatasi in esito ad un procedimento di merito in cui debitore e terzo acquirente sono stati litisconsorti passivi necessari. Anche per quanto sarà meglio evidenziato nel prosieguo del presente lavoro si consideri che, in questo caso, la norma (ossia l'art. 2910, 1° cpv., c.c.) già deroga al principio generale per cui i creditori chirografari non hanno alcun diritto di seguito sui beni del debitore.

⁷ E quindi, ad ulteriore conferma della peculiarità dell'iniziativa prevista dall'art. 2929 bis, c.c., non si ha nessuna "estensione" di responsabilità rispetto ai casi dell'art. 2910, co. 2, c.c.

⁸ La norma prevede l'inefficacia delle alienazioni immobiliari trascritte successivamente al pignoramento (il legislatore per tutelare meglio il creditore lo ha equiparato al terzo avente causa, applicando i principi che operano in materia di conflitto tra diversi aventi causa: tra creditore pignorante e acquirente dell'immobile pignorato prevale chi trascrive per primo – per la soluzione in esame depongono ragioni di certezza processuale: l'alienazione non può pregiudicare l'esecuzione forzata -).

⁹ La disposizione risolve il conflitto tra il creditore pignorante e il beneficiario del vincolo di indisponibilità in favore di chi trascrive per primo.

- con il fondo patrimoniale (art. 167, c.c.): per diritto vivente¹⁰ l'opponibilità deriva, non dalla trascrizione (come previsto dalla lettera dell'art. 2929-bis, c.c.), ma dall'annotamento a margine dell'atto di matrimonio¹¹;

- si introduce un *eccezionale* tipo di azione esecutiva: il creditore, infatti, oggi può espropriare un bene immobile “presso il terzo proprietario” (per il solo fatto della natura ‘gratuita’ dell'acquisto compiuto da parte di quest'ultimo), prescindendo totalmente dalle particolari condizioni richieste dall'art. 2910, co. 2, c.c. che viene attuato, sul piano processuale, dall'art. 602, c.p.c.

La norma (che incide sul fenomeno della circolazione perché, nella sostanza dei fatti, ‘io vado contro il terzo come se fosse il debitore’): pare diretta a colpire, più che le donazioni (già particolarmente instabili per le contiguità con il regime successorio¹²), i *trust* interni¹³ e i vincoli di destinazione di beni allo scopo¹⁴, spesso usati con finalità elusive¹⁵.

3. Le fattispecie temporalmente rientranti nell'area applicativa della norma.

Analizzando il dato temporale la norma (cd. “catenaccio”) è entrata in vigore il giorno stesso di promulgazione della legge materiale che la contiene, e quindi con decorrenza dal 27 giugno 2015.

Più che l'art. 23, co. 6, d.l. n. 83/2015 (per cui: “L'art. 2929-bis si applica esclusivamente alle *procedure esecutive iniziate* successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”)¹⁶ rileva valutare se la norma si applichi o meno alle donazioni trascritte prima del 27 giugno 2015.

¹⁰ V., per tutte, Cass. SU, 13.10.2009, n. 21658 (nonché Cass. 12.12.2013, n. 27854).

¹¹ Invero, siccome la *ratio* dell'art. 2929 bis, c.c. è quella di colpire il debitore che sottrae beni al creditore mediante un atto a quest'ultimo opponibile, è preferibile ritenere applicabile l'art. 2929 bis, c.c. alla fattispecie ‘fondo patrimoniale’ in quanto l'espressione “data in cui l'atto è stato trascritto” dev'essere letta nel senso di “data in cui l'atto è stato reso opponibile” (così anche D. Mauritano, *Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?*, in Rivista di diritto bancario, 2015, XI, pagg. 15-17): quindi l'anno previsto dalla novella decorre dalla data di annotazione del vincolo, disposto nell'interesse familiare, nei registri dello stato civile.

¹² V. artt. 560, 561 e 563, c.c.

¹³ Che integrano forme di protezione reale di assetti di interessi fiduciari, e quindi obbligatori (per questa ragione il *trust*, a differenza di quanto avviene per l'art. 2645-ter, c.c., può avere ad oggetto anche beni fungibili, quali il denaro, non ‘marchiabili’).

¹⁴ Il richiamo è, per il diritto civile, all'art. 2645-ter, c.c. e, per il diritto commerciale, all'art. 2447-bis, c.c.

¹⁵ E ciò avviene quando questi atti sono compiuti unicamente per determinare l'effetto separatorio, di per sé vietato dall'art. 2740, c.c., in pregiudizio dei creditori del disponente (senza, dunque, che ricorra la concreta destinazione del bene ad un fine lecito e meritevole di tutela – non capriccioso né futile -).

¹⁶ Si segnala che l'inizio dell'esecuzione, mentre è fatto coincidere dalla giurisprudenza con il pignoramento ex art. 491, c.p.c. (v. Cass. civ. Sez. III, 19/09/2014, n. 19738; App. Bologna Sez. II, 10/02/2012; Cass. civ. Sez. III, 29/03/2007, n. 7737; Cass. civ. Sez. III, 14/07/2000, n. 9365; possibilista ma isolata: Cass. civ., 25/05/1998, n. 5207), dalla più autorevole dottrina, è invece fatto coincidere con la notifica dell'atto di precetto (art. 479, c.p.c.) il quale, lungi dall'essere un atto meramente prodromico all'esecuzione (così tuttavia, *ex permultis*, Cass. civ. Sez. III, 30/12/2014, n. 27527; Corte cost., 19/03/1996, n. 81 e Cass. civ. Sez. III, 27/04/1994, n. 3976), assolve alle seguenti funzioni (F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, *addenda*, 2015, 2 e 3):

Ebbene per il Tribunale di Ferrara, ord. n. 3265 del 10.11.2015 la novella si applica alle donazioni precedenti perché si è in presenza di una norma processuale (e, quindi, non c'è un problema di retroattività perché il pignoramento viene iniziato dopo l'entrata in vigore dell'art. 2929-bis, c.c.).

Sebbene parte della dottrina notarile sia di contrario avviso (per ragioni pratiche di affidamento del terzo già acquirente a titolo gratuito e di certezza dei traffici giuridici)¹⁷, la pronuncia lascia invero perplessi perché omette di considerare l'alterazione, tutta di diritto sostanziale¹⁸, del precedente regime di opponibilità dell'atto "gratuito".

4. I rapporti funzionali con la revocatoria¹⁹ e la *ratio* dell'art. 2929-bis, c.c.

I due strumenti rispondono a funzioni differenti (autonomia²⁰)²¹.

-
- a) individua il diritto fatto valere, analogamente alla domanda giudiziale (citazione o ricorso);
 - b) impedisce la decadenza ed interrompe la prescrizione (art. 2943, co. 1, c.c.), al pari della domanda giudiziale;
 - c) in materia di opposizione viene equiparato, dall'art. 617, co. 2, c.p.c., a tutti gli altri atti del processo esecutivo.

¹⁷ In tal senso v. G. Rizzi, *L'art. 2929 bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditorio*, in federnotizie.it, 2015, 16 e G. Petrelli, *Pignoramento di beni oggetto di vincoli di indisponibilità e di alienazioni gratuite – Pignoramento successivo*, in www.gaetanopetrelli.it, Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, primo semestre 2015, 8.

¹⁸ La trascrizione è fattispecie di diritto sostanziale (L. Mengoni, *Gli acquisti <<a non domino>>*, Milano, 1994, 8-11 e S. Pugliatti, *La trascrizione*, 1, Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1957, 455), sia che la si intenda come vicenda costitutiva dell'opponibilità del titolo trascritto per primo (L. Barassi, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, 448) sia che la si intenda come automatica vicenda risolutiva (*condicio iuris*) del primo acquisto non trascritto tempestivamente (F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, Comm. Schlesinger, Milano, 1998, 476).

Contra dottrina isolata che ricostruisce la fattispecie in chiave processuale, quale criterio di giudizio dato al giudice per risolvere il 'conflitto' tra due acquirenti del medesimo bene dallo stesso autore (L. Ferri, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, 362 e 363).

¹⁹ Il riferimento riguarda naturalmente quella ordinaria (azione 'pauliana'), anche se quella fallimentare (artt. 64, ss. L. Fall.) e quella penale (art. 192-195, c.p.) hanno la medesima natura (art. 2904, c.c.).

²⁰ Nei primi commenti apparsi sinora in materia si sono già date fantasiose qualificazioni alla fattispecie, tutte figlie di evidenti malintesi e foriere solo di gravi equivoci:

a. è stato scritto (Petrelli, *op. cit.*, 2 e 3) che si è in presenza di una "sorta di revocatoria *ex lege*" (ritenendosi, erroneamente, che il 2929-bis determini una inefficacia temporanea *ex lege* dell'atto dispositivo che si assume lesivo, quasi che il debitore sia stato in qualche modo "espropriato" dal legislatore del potere di disporre a titolo gratuito) – tuttavia l'atto di disposizione produce immediatamente i propri effetti, se è vero che il creditore è onerato di pignorare presso il terzo proprietario -;

b. poi, sulla scorta della relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, si è parlato di "azione revocatoria semplificata" ovvero che viene esercitata dal creditore direttamente in via esecutiva (G. Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c.*, Torino, 2015, pag. 33 nonché C.S.M.) – ma la tesi presuppone di ritenere ammissibile un'azione avente una doppia funzione (tra l'altro, disposta in un ordine non propriamente logico, prima esecutiva e poi, solo eventualmente, cautelare) oppure impone di riesumare la tesi adombrata sotto il cod. civ. del 1865, e sepolta dall'art. 2902 del codice vigente, della revocatoria come azione esecutiva (il creditore, prima di impugnare l'atto del debitore, doveva agire

La revocatoria serve a *conservare* la garanzia del credito quando questa è messa in pericolo (art. 2740, c.c.)²² mentre l'art. 2929-bis, c.c. assolve ad una funzione *esecutiva* nel consentire la concretizzazione della garanzia patrimoniale quando l'inadempimento risulterebbe altrimenti oggettivamente inevitabile²³.

in sede esecutiva facendo constare l'insolvenza del debitore, ossia la sua incapacità di adempiere: ma quest'ultima ricostruzione, evidentemente, prova troppo) -;

c. e, in dottrina (E. Smaniotto, *L'art. 2929 bis c.c. Espropriazione dei beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito*, in Immobili & proprietà, Milano, 2015, X, 584), si è parlato, evidenziando l'inversione delle tradizionali fasi giudiziali, di "espropriazione forzata anticipata" (rispetto, pare di potersi intendere, all'accertamento del diritto) – ma l'opposizione non è necessaria e quindi l'esecuzione può non anticipare alcunché (non è corretto qualificare una fattispecie in considerazione di una sua fase meramente eventuale) -;

d. ed ancora si trova scritto di una non meglio precisata azione revocatoria "invertita" (forse sull'idea di una revocatoria introdotta *ope exceptionis*, ossia da parte del debitore, ma sul presupposto che il pregiudizio sia identico in entrambe le ipotesi degli artt. 2901 e 2929-bis, c.c.);

e. si è infine fatto cenno ad una sorta di revocatoria "implicita" nell'esecuzione forzata (ma la revocatoria non viene proprio in considerazione in quanto l'art. 2929 bis, c.c. non conserva la garanzia generica ma è diretto a soddisfare il diritto del creditore): V. Violante, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929-bis c.c. introdotto con d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132*, in Rivista dell'esecuzione forzata, 2015, IV, 590 nonché A. Antonucci, *L'azione revocatoria "semplificata": dubbi di costituzionalità dell'art. 12 d.l. 83/2015*, ilcaso.it, 2015, 3.

²¹ Entrambi gli istituti sono forme di attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740, c.c.) la quale solo descrittivamente può essere definita come un 'vincolo di destinazione' dei suoi beni al soddisfacimento (per equivalente) dell'interesse (risarcitorio) del creditore (non si ha una garanzia reale – ossia un 'pegno generale' – gravante sul patrimonio dell'obbligato) e che in realtà (oltre a rappresentare un mezzo di pressione psicologica sul debitore affinché adempia spontaneamente in vista della sanzione) individua la sfera entro cui può operare lo strumento processuale attribuendo al creditore la facoltà di (rimediare alla modifica negativa della garanzia patrimoniale generica e così di) agire progressivamente in giudizio: a) in via preventiva per conservare le sue ragioni sui beni del debitore (art. 2901, c.c.) e b) in via esecutiva per escutere gli stessi (art. 2929-bis, c.c.), in quanto oggetto di affidamento del medesimo creditore.

Difatti l'art. 2740, c.c., sotto il profilo funzionale, consente di affermare che il debitore risponde con il suo patrimonio (universalità) che dunque rappresenta la garanzia generica che dà sicurezza al creditore in ordine alla realizzazione del suo diritto [L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale (disposizioni generali)*, Comm. Schlesinger, Milano, 1991, pagg. 15, 26 e 29].

²² L'art. 2901, c.c. "tutela l'effettività della responsabilità patrimoniale" (Cass. sez. III, 13.08.2015, n. 16793), prevenendo la lesione del credito (non c'è un danno attuale ma una situazione di pericolo che viene rimossa), ed ha la funzione (al più) di preparare la fruttuosità della (*eventuale*) fase di esecuzione forzata (lo strumento ha carattere 'non soddisfattivo' ma "cautelare" poiché conserva l'oggetto della responsabilità patrimoniale del debitore).

In realtà la revocatoria (art. 2901, c.c.) non ha mai funzione esecutiva in quanto "serve solo ad accertare la possibilità di un esercizio futuro dell'azione esecutiva": R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, Comm. Scialoja-Branca, artt. 2900-2967, Bologna-Roma, 1953, pag. 199.

²³ L'art. 2929 bis, c.c. rimedia alla lesione del credito (derivante da un inadempimento qualificato dalla vanificazione dell'art. 2740, c.c.) ed ha natura soddisfattiva (nel senso che è diretta immediatamente alla soddisfazione dell'interesse del creditore, anche se per equivalente).

Sarebbe pertanto operazione metodologicamente scorretta quella di sovrapporre in modo meccanico, sull'art. 2929-bis, c.c., l'esperienza maturata giudizialmente in tema di revocatoria²⁴.

La *ratio* della nuova norma, quindi, è quella di rafforzare *processualmente* la posizione del creditore e il legislatore realizza questo scopo attraverso tre mosse:

- esonera il creditore dal dover previamente agire per fare accertare l'inefficacia dell'atto dispositivo del debitore;
- dà al creditore un'azione immediatamente esecutiva (anche contro il terzo proprietario);
- e prevede una inversione della iniziativa processuale (in sede di opposizione).

L'art. 2929-bis, c.c. lungi dall'integrare un caso di "inefficacia temporanea *ex lege*"²⁵, prevede una forma di inopponibilità relativamente ai soli atti previsti dalla norma (presi in considerazione come fattispecie, ossia come atto, e non come autoregolamento di interessi, ossia come negozio)²⁶.

5. Gli 'elementi costitutivi' della norma (il credito - l'atto) e l'intervento.

Presupposto dell'azione è la presenza di un credito che, per essersi in ambito di esecuzione forzata, dev'essere certo²⁷, liquido²⁸ ed esigibile²⁹ (art. 474, c.p.c.).

²⁴ I due strumenti sono tra loro alternativi: il creditore, al fine di non incorrere in evitabili (e quindi dannose) interferenze nella sfera giuridico-patrimoniale del terzo, deve orientarsi nella scelta dell'azione sulla base del concreto livello di capienza del patrimonio residuo del debitore (rispetto al credito di cui si chiede la tutela) al tempo in cui il creditore si attiva per agire. Resta che se il creditore decade dalla facoltà di agire direttamente *in executivis* ex art. 2929-bis, c.c. rimane pur sempre legittimato ad agire, nel quinquennio, ex art. 2901, c.c. così utilizzando un mezzo diretto di pressione psicologica sul debitore affinché esegua spontaneamente la prestazione (in considerazione della sanzione).

Le azioni, tuttavia, sono concorrenti: si può iniziare con un art. 2901, c.c. e, sopravvenendone i presupposti (inadempimento), continuare con un art. 2929-bis, c.c.

²⁵ Rizzi, *op. cit.*, 1.

²⁶ In realtà il potere di disporre del debitore non è nemmeno "attenuato", come invece ritenuto per la revocatoria da una parte della dottrina (Nicolò, *op. cit.*, 194), in quanto la temporanea inopponibilità dell'atto al creditore del disponente è divenuta, allo stato, una caratteristica oggettiva della stessa fattispecie donativa in sé considerata. In altri termini mentre la revocatoria colpisce il debitore (qualora si ritenga che la sentenza che definisce la revocatoria sia di mero accertamento e non costitutiva), l'art. 2929 bis, c.c. colpisce lo strumento usato dal debitore (l'atto).

²⁷ Nel senso di esistente al momento dell'esecuzione (incerto è il credito soggetto a condizione, futuro, eventuale o contestato/litigioso).

²⁸ Nel senso di determinato nel suo preciso ammontare (liquido è anche il credito il cui *quantum* sia ricavabile da una semplice operazione aritmetica - ad es.: condanna a pagare interessi per un dato periodo o un dato numero di rate mensili del canone locatizio; generica è invece una condanna pari, per es., al 50% delle spese, prevedendosi, in questo caso, un meccanismo di *relatio* -).

La liquidità del credito, che può anche sopravvenire rispetto al momento del compimento dell'atto di disposizione (e concretizzarsi entro l'anno dalla trascrizione di quest'ultimo), può incidere sulla reale conoscenza dell'*eventus damni* da parte del debitore.

²⁹ Nel senso di non soggetto a termine, a condizione sospensiva o a controprestazione.

Il credito può avere fonte negoziale, legale (aquiliana) o giudiziale e dev'essere anteriore rispetto all'atto di disposizione lesivo (la norma, in proposito, non richiede la data certa di cui all'art. 2704, c.c.).

Infine il creditore dev'essere munito di titolo esecutivo, che può formarsi anche dopo il compimento dell'atto di disposizione del debitore (per es.: decreto ingiuntivo)³⁰.

La vicenda 'sospetta' è la "alienazione" (o la "costituzione di un vincolo di indisponibilità") posta in essere a titolo "gratuito" che abbia ad oggetto "beni immobili" o "mobili registrati"³¹.

Sono interessati solo gli atti *inter vivos* di carattere patrimoniale³² (nelle successioni, anche a prescindere dalla inefficacia dell'atto prima del decesso del disponente e comunque dalla mancanza di una alienazione³³, i creditori del *de cuius* hanno altri strumenti di tutela: la responsabilità dell'erede e l'art. 512, c.c.).

Il riferimento *letterale* del 2929-bis alla "gratuità" può essere foriero di gravissimi equivoci perché la norma, se così fosse, parrebbe riferirsi, non alla causa dell'atto dispositivo (liberale o corrispettiva)³⁴, ma alla caratteristica della prestazione (che integra la disciplina dell'atto, ma non lo identifica sul piano funzionale)³⁵.

L'adesione a questa impostazione può infatti creare un grave *vulnus* al traffico giuridico per l'incertezza, che ne discenderebbe, sulla applicazione della norma ad un numero indefinibile di situazioni-limite (che, invero, si ritengono escluse dall'art. 2929-bis, c.c.)³⁶. Qui solo a titolo esemplificativo:

³⁰ Il credito deve quindi risultare, per es., da sentenza (decreto ingiuntivo, lodo arbitrale, verbale di conciliazione giudiziale), cambiale, assegno bancario, assegno circolare, atto pubblico o scrittura privata autenticata (notai e certificazioni dei segretari comunali o provinciali per gli atti della P.A.).

³¹ In questa sede mi limito a segnalare che, ad oggi, è dibattuto se, nell'area applicativa della nuova norma, possano essere ricomprese le quote di partecipazione in s.r.l., visto l'art. 2470, co. 2, c.c., in quanto entità definite dalla giurisprudenza come 'beni mobili immateriali' sussunti nell'art. 812, ult. co., c.c. (v. Cass. 21.10.2009, n. 22361).

Per la questione si rinvia a Mauritano, *op. cit.*, 4 e 5 nonché a Smaniotto, *op. cit.*, 590 e 591.

³² Con esclusione, ovviamente, di quelli inalienabili o impignorabili.

³³ Già S. Pugliatti ha distinto, da lungo tempo, tra trasferimento (in cui rileva il disponente) e successione (in cui rileva l'acquirente), ponendoli in un rapporto da *species a genus* (*id.*, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 85, ss.).

³⁴ Questo è l'equivoco radicato nella definizione contenuta nell'art. 1101, c.c. del 1865 alla luce della quale l'onerosità sembrava coincidere con la corrispettività ("mediante" o "senza equivalente").

Su quest'ultimo profilo si rinvia alle lucidissime pagine di B. Grasso, *Gratuità dell'atto di alienazione e art. 2929 bis, c.c.*, in *lodd.it*, 2016, II, 76, ss.

³⁵ La scorrettezza metodologica di un approccio ermeneutico condotto su un piano meramente letterale ("*in claris non fit interpretatio*") emerge anche dall'analisi del co. 3 del medesimo art. 2929-bis, c.c. la cui lettera dovrebbe poter limitare l'opposizione ai soli "vincoli" destinatori (con inspiegabile esclusione delle 'alienazioni gratuite', che vincoli non creano).

³⁶ Certamente è escluso il complesso fenomeno rappresentato delle liberalità indirette (in quanto espressione di un effetto economico mediato e non dell'effetto giuridico immediato preso in considerazione dall'art. 2929-bis, c.c.), riallacciabile, per esempio, agli istituti dell'art. 1180, c.c. (dove, peraltro, dalle tasche del terzo non esce l'immobile, e non c'è una alienazione, ma il denaro, e c'è un pagamento) ovvero dell'art. 1411, c.c. (dove, peraltro, la trascrizione del trasferimento in favore del terzo non verrebbe presa contro il debitore-stipulante ma contro l'estraneo promittente).

a) la cd. vendita gratuita (non tanto quella, paradossale, effettuata “*nummo uno*” quanto quella, più realistica, avvenuta a prezzo vile – *negotium mixtum cum donatione* -: il rischio è che l’acquirente subisca un’esecuzione di un estraneo per il solo fatto che un creditore dell’alienante non abbia ritenuto congruo il prezzo pagato dal terzo proprietario);

per parte della dottrina notarile, l’art. 2929-bis, c.c. si applicherebbe³⁷ (con l’ulteriore rischio di offrire nuova linfa ai fautori del “contratto giusto”)³⁸;

b) i trasferimenti posti in essere in sede di separazione e divorzio³⁹;

per dare la corretta rappresentazione della difficoltà ermeneutica che si incontra nell’individuare il profilo oneroso o gratuito dell’operazione si richiama una recente pronuncia:

Cass. 10 aprile 2013, n. 8678 la quale afferma che tali attribuzioni “rispondono ad in intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia” che è solo socialmente tipico (no donazione né vendita) e possono “colorarsi dei tratti propri dell’onerosità o della gratuità a seconda che l’attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare e/o ripagare l’altro coniuge del compimento di una serie di atti a contenuto patrimoniale, anche solo riflesso, da questi posti in essere nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale”;

c) la cd. obbligazione naturale (art. 2034, c.c.) – che non è una ‘obbligazione imperfetta’ o un’ipotesi di “debito senza responsabilità” ma una autonoma giusta causa dell’attribuzione patrimoniale⁴⁰, ulteriore rispetto alla vendita e alla donazione -;

per una parte della dottrina⁴¹: l’atto rientra nell’art. 2929-bis, c.c. se la disposizione non è “proporzionata” rispetto al patrimonio dell’alienante.

È evidente, sul punto, la necessità di chiarire l’esatta portata della norma attraverso una rigorosa interpretazione restrittiva (correttiva), conseguente alla adozione di un criterio ermeneutico non meramente letterale⁴² ma di sistema⁴³ (che tenga quindi conto della eccezionalità⁴⁴ dell’art. 2929-bis, c.c.

³⁷ Cfr. A. Testa, *Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del codice civile*, altalex.com, 2015.

³⁸ Condivisibilmente contrario alla succitata illiberale visione, da ultimo, Grasso (*id.*, *ult. op. cit.*, 77 e 78).

³⁹ Che compongono un groviglio di interessi personali e patrimoniali tra loro difficilmente distinguibili (prestazioni in funzione solutoria di obblighi di mantenimento, attribuzioni liberali, *datio in solutum*, novazioni, ecc.).

La giurisprudenza (forse per i pregiudizi storici che ancora contaminano la materia – mi riferisco alla indissolubilità del vincolo nuziale e al divieto di donazioni tra coniugi -) fatica a qualificare causalmente queste attribuzioni patrimoniali, affermando la ricorrenza di una atipica *causa familiae* con cui giustificare, nel suo complesso, l’operazione in esame.

⁴⁰ V. Giorgianni, *op. cit.*, 120.

⁴¹ Cfr. Rizzi, *op. cit.*, 6 ed Oberto, *op. cit.*, 98 e 99.

⁴² Mette in luce quanto sia radicato il pregiudizio in favore di una interpretazione solo letterale (più ‘comoda’ e semplice) e la conseguente unilateralità del relativo metodo ermeneutico (di per sé inattendibile): Betti (*id.*, *op. cit.*, 278, 280 e 281 in nota 60).

Invero una interpretazione meramente filologica, che ritenga la norma applicabile a tutti gli atti (traslativi) a titolo gratuito in senso ampio, valorizzerebbe il solo momento logico (formale) della disposizione (aspetto statico), che risulterebbe così trattata alla stregua di una astratta formula verbale fine a se stessa (ossia con funzione meramente conoscitiva).

⁴³ L’attività di interpretazione deve valorizzare soprattutto l’essenziale momento teleologico e sistematico della norma (aspetto dinamico) che ne illuminano la portata precettiva, dovendosi tenere conto (per il canone della totalità) delle altre norme, dei principi generali e delle ripercussioni sociali che discendono da un dato risultato interpretativo (pertanto quale

per le deroghe agli artt. 2914, n. 1) e 2910, co. 2, c.c. nonché all'art. 602, c.p.c.): si ritiene che la stessa (contenendo una formula legislativa 'inadeguata')⁴⁵ sia applicabile alle sole donazioni formali⁴⁶ (art. 769, c.c.)⁴⁷, oltre, naturalmente, agli atti destinatori (traslativi oppure auto-dichiarati: artt. 2645-ter, c.c. e 2447-bis, c.c.).

risultato dell'attività ermeneutica della norma, che ne individua la *ratio iuris*, può derivare anche un effetto (*vis* precettiva) nuovo e diverso da quello che gli autori della legge avevano pensato).

⁴⁴ Per potersi affermare che la norma non sia di carattere eccezionale dovrebbe sostenersi che esiste, in favore del creditore, un diritto di 'pegno generale' sui beni del debitore (ex art. 2740, c.c.) oppure, con espressione meramente descrittiva, che si è in presenza di "una efficacia potenziata dell'azione esecutiva" ex art. 2929 bis, c.c. nè può dirsi (come la dottrina ha tentato di fare per la revocatoria contro gli atti onerosi) che il terzo è esposto a conseguenze dannose in conseguenza di un proprio comportamento illegittimo (in specie il contegno del terzo acquirente a titolo gratuito è, infatti, irrilevante).

⁴⁵ Se a queste conclusioni si perviene in base ad una valutazione di 'congruenza sistematica' (argomento giuridico), lo stesso avviene in base ad una valutazione di 'adeguatezza sociale' (argomento pratico): la norma, infatti, è strumento pratico destinato a garantire ordine alla convivenza sociale (E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 267).

Ebbene, al fine di riconoscere alla norma anche il senso socialmente più accettabile (in termini di ragionevolezza delle sue conseguenze immediate: opzione a tutela dei traffici giuridici), è insuperabile la necessità di un intervento pratico di riduzione della disposizione in esame, la cui lettera, d'altronde, ha valore meramente orientativo (L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 93 e 94).

⁴⁶ Così anche parte della dottrina notarile (R. Franco, *La novella codicistica dell'art. 2929 bis, c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in *lodd.it*, 2016, II, pag. 49 in nota 4). *Contra*: Oberto il quale ravvisa, evidentemente sulla mera base del testo di legge, "la scelta di politica legislativa volta a non limitare alla categoria delle donazioni il rimedio" e, con buona pace della sicurezza dei traffici giuridici, estende la norma a situazioni pure definite "borderline [...] ove il dubbio [...] appare più che legittimo" (*id.*, *op. cit.*, pag. 68).

Per i problemi di gratuità od onerosità che possono implicare la donazioni modali: è previsto l'apposito strumento dell'opposizione.

Invero il terzo acquirente è soggetto all'azione esecutiva del creditore per una ragione oggettiva, ossia perché la donazione non è dal primo opponibile ai creditori del dante causa per il periodo di un anno dalla sua trascrizione.

⁴⁷ Si consideri, anche se con il valore meramente indicativo che caratterizza l'interpretazione di carattere storico, come anche la relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione parla espressamente in termini di applicabilità dell'art. 2929-bis, c.c. a determinati "tipi" di atti.

Diversamente argomentando, stabilire quale sia il *discrimen* per applicare la novella ai casi dubbi sarebbe difficilissimo.

Si potrebbe anche pensare ad una posizione intermedia che, distorcendo il corretto utilizzo del criterio della 'ragione più liquida', consenta di applicare l'art. 2929-bis, c.c. (non a tutti gli atti gratuiti o alle sole donazioni formali ma):

solo ai casi in cui la gratuità è "documentale" (senza possibilità di ricostruirla con 'perizie sui valori') dovendosi, in caso contrario, chiudere l'esecuzione in rito (Trib. Brescia, 10.12.2015); conforme, in dottrina, Grasso, *ult. op. cit.*, pag. 80.

Tuttavia, in questo modo, si crea giudizialmente una qual sorta di 'terza categoria' dell'attribuzione patrimoniale rappresentata (oltre che da quella onerosa e gratuita) dalla attribuzione "manifestamente" o "dichiaratamente gratuita"; la tesi può dirsi accettabile, e valere ad escludere l'applicazione dell'art. 2929 bis, c.c., solo se l'evidenza "documentale" viene intesa nel senso di dar conto della ricorrenza di un negozio unilaterale gratuito (posto in essere dal debitore, per es., ex art. 1333, c.c.).

Si chiede, inoltre, ai Giudici la massima severità nell'assolvimento di una necessaria funzione di 'filtro': mediante l'inibitoria (art. 624, c.p.c. per le iniziative "non manifestamente fondate") e mediante l'art. 96, c.p.c. (per sanzionare l'avvocato spregiudicato o, meglio, improvvido).

L'*escamotage* per evitare al disponente di subire una esecuzione a norma dell'art. 2929-bis, c.c. è dato da:

a) una vendita seguita da una rinuncia al credito da prezzo⁴⁸;

ovvero da:

b) una vendita simulata (che dissimila una donazione)⁴⁹.

Quanto all'intervento dei "creditori anteriori" (che si fonda sull'art. 2741, c.c.) si osserva quanto segue. I creditori del donante, solo se a loro volta muniti di titolo esecutivo⁵⁰ (anche successivo al pignoramento), possono intervenire anche nell'esecuzione instaurata da uno di essi verso il terzo proprietario (l'art. 604, c.p.c., infatti, consente l'applicazione dell'intervento previsto in generale verso il debitore dall'art. 499, c.p.c.).

Tuttavia, è opportuno precisare, i creditori del donante non si ritiene possano intervenire nella espropriazione iniziata dai creditori del donatario (terzo proprietario).

6. Il pregiudizio (*eventus damni*).

La corretta applicazione della norma passa attraverso l'esatta delimitazione di due concetti chiave sui quali si fonda tutto l'art. 2929-bis, c.c.: il concetto di "gratuità" dell'atto (posto in essere dal debitore) e il concetto di "pregiudizio" (patito dal creditore).

Certamente l'atto dev'essere causa di pregiudizio.

Il pregiudizio, essendosi in presenza di una norma sull'esecuzione forzata, presuppone un inadempimento del debitore (indispensabile per potersi attivare l'art. 2740, c.c.)⁵¹ che non si esaurisce nella mancata esecuzione della prestazione dovuta (ex art. 1218, c.c.) ma che si caratterizza per aver reso senz'altro impossibile il soddisfacimento coattivo dell'interesse del creditore.

Perciò, nonostante la questione risulti generalmente trascurata, il pregiudizio in esame pare non essere lo stesso presupposto dall'azione pauliana⁵² (mera "diminuzione" della garanzia generica), e la relativa area di operatività sembra essere *più ristretta* richiedendosi, in particolare, la "esclusione" della garanzia generica (quale *oggettiva inidoneità del patrimonio residuo* del debitore a soddisfare il singolo credito

In caso di donazione modale (potenzialmente onerosa) l'atto è aggredibile ex art. 2929-bis, c.c. e la questione della possibile gratuità (la cui prova incombe sul creditore) è rinviata all'eventuale sede dell'opposizione.

⁴⁸ Al di là di qualsiasi valutazione dei pur connessi aspetti fiscali, sicuramente rilevanti nell'orientare la scelta delle iniziative pratiche dei consociati.

⁴⁹ L'apposita azione contro l'accertamento dell'apparenza del diritto è consegnata dal legislatore agli artt. 1414, ss., c.c.

⁵⁰ La norma richiede il titolo esecutivo a tutti coloro che la sfruttano, ad ogni possibile livello (perché l'art. 2929-bis, c.c. prevede un intervento 'speciale' rispetto a quello generale dell'art. 499, c.p.c.).

⁵¹ Ricordiamoci che, per Giorgianni (*id.*, *op. cit.*, 164), l'art. 2740, c.c. (ossia la responsabilità patrimoniale del debitore) entra in funzione proprio sul presupposto dell'inadempimento del debitore.

⁵² L'art. 2901, c.c. quale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale a tutela preventiva del credito, prescinde dall'inadempimento del debitore, a fronte di un mero 'pericolo di danno', è diretto ad evitarlo (v. F. Roselli, *Responsabilità patrimoniale - I mezzi di conservazione*, 2005, Torino, pagg. 131-133, 139, 140, 169, 196-198).

particolare)⁵³: il rimedio, ordunque, è ad una lesione definitiva (non è richiesta neanche una “totale compromissione della consistenza del patrimonio del debitore” in quanto si deve guardare alla corrispondenza immediata tra patrimonio del debitore e misura del credito) e tende a rimuovere il danno assicurando la fruttuosità della esecuzione forzata.

Del resto solo tale oggettiva impossibilità di ricevere dal patrimonio del debitore la soddisfazione del proprio interesse, in conseguenza di un atto dispositivo compiuto gratuitamente da parte di quest'ultimo, può legittimare (non a caso entro il breve termine decadenziale di un anno) un creditore ad invadere (addirittura in via esecutiva) la sfera giuridica di un terzo totalmente estraneo (anche sul piano cognitivo) al rapporto obbligatorio per cui si agisce (*extrema ratio*)⁵⁴.

Nemmeno è sufficiente, come invece lo è per la revocatoria, una “più incerta o difficile” soddisfazione del credito: non rileva il peggioramento qualitativo del patrimonio del debitore (intanto perché il disponente non riceve nulla in cambio⁵⁵ e non può esserci una valutazione comparativa tra differenti sostanze patrimoniali prima e il dopo l'atto di disposizione)⁵⁶:

un debitore di 100 ha in patrimonio beni per 200: 1 bene da 100 a Milano e 5 da 20 sparsi in tutt'Italia; dona il bene da 100: il creditore, pur essendo onerato di organizzare una più complessa fase esecutiva, potrà solo agire contro il debitore sul patrimonio residuo⁵⁷.

Rileva, quindi, il solo pregiudizio quantitativo⁵⁸, effettivo (non solo potenziale) e attuale (l'esistenza del “pregiudizio” dev'essere verificata al tempo dell'atto di disposizione e al tempo del pignoramento, con irrilevanza delle successive vicende patrimoniali del debitore).

7. L'onere della prova e la *scientia damni*.

Si legge, tra i vari commenti sinora pubblicati sulla disposizione in esame⁵⁹, che la norma, prevedendo una presunzione legale semplice, determina una inversione dell'onere della prova a carico del debitore. Esisterebbe, pertanto, un *favor legis* per il creditore il quale beneficerebbe di una *relevatio ab onere probandi*.

⁵³ Questa distinzione potrebbe rilevare, nel merito, ai fini di orientare l'esito di un eventuale giudizio di opposizione a fronte di un abuso dello strumento processuale da parte del creditore il quale indirizzata l'iniziativa contro il terzo nonostante la capienza del patrimonio del proprio debitore.

⁵⁴ Il carattere “cautelare” della (meno invasiva) azione pauliana consente di poter ricomprendere nel concetto di “pregiudizio” anche un semplice programma negoziale, se e quando potenzialmente lesivo della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740, c.c. (l'azione revocatoria non presuppone un inadempimento del debitore, ma semplicemente il rischio di inadempimento).

⁵⁵ Nelle donazioni modali, quand'anche onerose, l'inadempimento del *modus*, per lo meno fintanto che si rimane nell'area della donazione diretta, non importa risoluzione dell'attribuzione liberale (pregiudizievole per il creditore).

⁵⁶ Nel patrimonio del debitore non entra una controprestazione che possa dirsi più facilmente deteriorabile o consumabile o distraibile/occultabile o più difficilmente aggredibile in sede esecutiva o vendibile in via giudiziale.

⁵⁷ Da valutare se sia possibile, al più, intentare una revocatoria (del resto, a fronte di un “non inadempimento”, il terzo proprietario viene aggredito in maniera assai più blanda).

⁵⁸ Peraltro è possibile che il pregiudizio si produca anche a carico del creditore già garantito da ipoteca se l'atto di disposizione riguarda un bene diverso da quello oggetto di garanzia (in quanto la sola ipoteca potrebbe non essere sufficiente per la soddisfazione coattiva del creditore).

Non si condivide l'assunto in quanto, nella norma in oggetto, non è riscontrabile alcuna presunzione legale *iuris tantum* (art. 2728, co. 1, c.c.: schema del fatto costitutivo presunto e del fatto impeditivo da dimostrare)⁶⁰.

L'art. 2697, c.c., nel distribuire l'onere della prova tra le parti litiganti in funzione del processo, non parla di 'attore' e 'convenuto' ma si riferisce, in termini sostanziali, a 'chi fa valere un diritto' (l'onere della prova resta immutato perché chi fa valere in giudizio un diritto è sempre e solo il creditore, sia nella revocatoria⁶¹ sia nell'art. 2929-bis, c.c.).

Invero l'art. 2929-bis, c.c. si limita a disporre una semplice inversione dell'iniziativa processuale, onerandone il debitore, il quale può fare opposizione (art. 615, c.p.c.)⁶² e costituirsi in giudizio limitandosi ad affermare: "non è vero" (che il creditore abbia subito il pregiudizio a me noto).

La disposizione prevede pertanto una mera ipotesi di provocazione *ad probandum*⁶³.

E siccome è il creditore che sta facendo valere un diritto, sarà su quest'ultimo che continuerà a gravare l'onere della prova (a norma dell'art. 2697, co. 1, c.c.)⁶⁴.

Pertanto il creditore, instaurata l'opposizione da parte del debitore, dovrà riuscire a dimostrare:

- a) sul piano oggettivo: l'esistenza del pregiudizio (ex co. 1°, art. 2929-bis, c.c.);
- b) sul piano soggettivo: la relativa conoscenza (effettiva⁶⁵) da parte del debitore (ex co. 3°, art. 2929-bis, c.c.)⁶⁶, ossia la cd. *scientia damni* (e, sotto questo aspetto, forse potrà essere più semplice la prova per i crediti di fonte contrattuale).

⁵⁹ Diffusissima la contaminazione concettuale. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, F. Danovi, *Con la revocatoria semplificata azione più celere per il creditore*, in "Il sole 24 ore", del 27.01.2016; Violante, *op. cit.*, 597; Smaniotto, *op. cit.*, 585; Petrelli, *op. cit.*, 2; Rizzi, *op. cit.*, 15; Mauritano, *op. cit.*, 23; Franco, *op. cit.*, pag. 50 in nota 4; nonché Oberto, *op. cit.*, 29.

⁶⁰ Gli autori citati nella nota precedente, invero, confondono il problema pratico risolto dalla legge (*ratio legis*), neutralizzare una pratica abusiva adottata di recente dal debitore, con lo strumento tecnico utilizzato dal legislatore per raggiungere lo scopo (che in realtà è la 'inopponibilità temporanea' delle donazioni per un anno dalla relativa trascrizione).

⁶¹ Non è superfluo segnalare che l'inversione dell'onere probatorio che si riscontra nelle pronunce in tema di revocatoria ordinaria (art. 2901, c.c.) è frutto di una cd. "presunzione giurisprudenziale", illegittima (*contra legem*) per violazione dell'art. 2697, co. 1, c.c.

⁶² La cui proposizione non sospende l'esecuzione (art. 624, c.p.c.) e il cui accoglimento determina l'estinzione del processo esecutivo (art. 632, c.p.c.).

Non è di lieve momento ricordare che il terzo beneficiario dell'atto di destinazione di beni allo scopo può opporsi, al pignoramento trascritto dal creditore del disponente, a norma dell'art. 619, c.p.c.

⁶³ Del resto anche in sede di opposizione a decreto ingiuntivo l'onere della prova grava pur sempre, secondo le regole sostanziali (art. 2697, co. 1, c.c.), a carico del 'convenuto' opposto.

⁶⁴ Che si applica anche all'azione pauliana, nella quale il creditore deve somministrare la prova delle proprie ragioni (art. 2697, co. 1, c.c.): a) l'esistenza del credito; b) l'atto dispositivo; c) il danno; d) l'intento fraudolento del debitore. Sul tema si rinvia a Roselli, *op. cit.*, 207.

⁶⁵ Più che di conoscenza dovrebbe parlarsi di "consapevolezza" nel debitore della idoneità del proprio atto ad incidere negativamente sull'oggetto della garanzia patrimoniale rispetto al dato creditore.

La norma non è applicabile nel caso in cui sia riscontrabile nel debitore solo una "agevole conoscibilità" del pregiudizio (come invece accade in sede revocatoria almeno sin da Cass. civ. Sez. III, 01/06/2000, n. 7262) in quanto affermazione che

Altrimenti il debitore sarebbe messo letteralmente in ginocchio perché subisce l'esecuzione, è onerato di instaurare l'opposizione e deve pure provare che il creditore ha torto. Peraltro, in caso di debito contrattuale, la prova assegnatagli dalla legge sarebbe per lui pressoché diabolica (un debitore, mediamente sano di mente, ha la consapevolezza dei suoi debiti e della consistenza del suo patrimonio e quindi il debitore potrebbe provare la mancata conoscenza del pregiudizio solo quando questo non si è verificato): sarebbe un'interpretazione tutta per le banche, ma non può essere così.

8. Il conflitto tra creditori chirografari del donante e del donatario.

Su questo possibile conflitto, l'art. 2929-bis, c.c. tace.

Per parte della dottrina notarile si applicano per analogia le norme in tema di simulazione (art. 1416, co. 2, c.c.)⁶⁷.

Tuttavia non è dato ravvisarsi analogia di sorta.

La logica dovrebbe imporre di affermare che prevalga il creditore del disponente, altrimenti la portata della norma ne risulterebbe assai affievolita (salvo che il creditore del donatario abbia iniziato prima l'esecuzione).

Si ritiene quindi applicabile⁶⁸ l'art. 2915, co. 2, c.c. (equiparandosi il creditore pignorante all'avente causa dall'esecutato⁶⁹).

(richiamando una violazione di non meglio precisati doveri di diligenza) aprirebbe pericolosamente all'idea dell'art. 2929 bis, c.c. come sanzione ad un illecito civile [invero l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia generica non assurge a diritto soggettivo (cui dovrebbe corrispondere, nel debitore, un obbligo a mantenere nel proprio patrimonio beni sufficienti ad assicurare che, in caso di inadempimento, il creditore possa ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione) ma implica una posizione di "interesse legittimo" (Gentile)].

Pertanto non basta la colpa nel debitore ma è necessario che ricorra il 'dolo', pur se generico [consapevolezza o previsione del pregiudizio - mala fede intesa non come "intenzione (di ingannare o di danneggiare) che qualifica una attività", ma come "stato di coscienza di una situazione antiggiuridica" -].

Certo la differenza con la semplice conoscibilità sfuma se si considera che la conoscenza effettiva può essere provata anche in via presuntiva considerando il grado di prevedibilità del risultato dell'atto nelle circostanze in cui è stato compiuto. Ma è necessario vedere com'è scritta la motivazione della sentenza: il giudice (che deve sempre ricercare l'effettiva conoscenza) opera correttamente se scrive che, data la situazione, non è possibile ritenere che il debitore non fosse stato consapevole del pregiudizio; la sentenza sarebbe invece censurabile qualora affermasse che, siccome il pregiudizio era prevedibile, il debitore ha errato nel non prevederlo.

⁶⁶ Nella norma non esiste una "presunzione di frode" (art. 2727, c.c.) in quanto il co. 3 richiede all'opponente la sola "contestazione" della mancata conoscenza effettiva del pregiudizio (si ha quindi per il debitore un mero onere di negare i fatti costitutivi dell'altrui diritto).

⁶⁷ V. Petrelli, *op. cit.*, 5.

⁶⁸ Non l'art. 2902, co. 2, c.c. (in base al quale il terzo, parimenti al suo creditore, può concorrere sul ricavato della vendita solo dopo che il creditore revocante è stato soddisfatto): infatti tale norma, che postergherebbe sempre e comunque i creditori del donatario, trova la sua giustificazione nello specifico fatto che la "inefficacia" dell'atto di disposizione deriva da una sentenza (passata in giudicato). Né si può richiamare l'art. 2652, co. 1, n. 5), c.c. se il creditore del donatario pignora per primo (perché la norma tutela gli acquisti onerosi).

9. La trascrizione e i terzi subacquirenti.

Si può in conclusione ritenere che, da oggi, la trascrizione delle donazioni (e dei vincoli destinatori) è divenuta una “fattispecie complessa a formazione successiva” per cui l’opponibilità dell’atto deriva dalla combinazione di più elementi (“trascrizione + decorso di 1 anno senza pignoramento”) oppure è fattispecie assoggettata, in conseguenza dell’eventuale pignoramento, ad una *condicio iuris* risolutiva (della opponibilità del titolo trascritto).

In ordine alla stabilità della posizione occupata dagli eventuali terzi subacquirenti, manca, nell’art. 2929 bis, c.c., espressa considerazione.

Parte della dottrina processual-civilistica ritiene applicabile l’art. 2901, c.c. ed estende il pignoramento ai terzi subacquirenti a titolo gratuito⁷⁰.

Il ragionamento si fonda o sull’applicazione analogica della revocatoria (ma questo istituto colpisce il negozio giuridico inteso, più che come atto, come autoregolamento di interessi) o sul principio dell’acquisto derivativo-traslativo che importa il subentro dell’avente causa nella medesima posizione dell’autore (ma l’art. 2929-bis, c.c. è una norma di stretta interpretazione che, per di più, non involge un vizio dell’atto) o ancora sul fatto che nel bilanciamento dei contrapposti interessi (i rischi devono essere ricollegati ai vantaggi) il creditore sta cercando di evitare un danno (“*certat de damno vitando*”) mentre il (sub)donatario sta semplicemente ricevendo un regalo (“*certat de lucro captando*”).

Altra dottrina, di matrice notarile⁷¹, ritiene invece che il terzo subacquirente non sia mai soggetto all’azione esecutiva (del creditore del disponente originario) in quanto non è un avente causa dal debitore (il fatto che il pregiudizio derivi al creditore da “un atto del debitore” è un presupposto per l’azionabilità del pignoramento).

Allo stato non si ha conoscenza di autori che sostengano l’opponibilità del pignoramento a carico di qualsiasi subacquirente (a titolo oneroso e gratuito).

Avv. Luca Crotti

Componente della Commissione Giustizia Civile dell’Ordine degli Avvocati di Milano
Fondatore della Rivista Libero Osservatorio del Diritto

⁶⁹ Nel senso che se il creditore pignorante del donatario trascrive il vincolo (al pari dell’acquirente previsto dall’art. 2915, co. 2, c.c.) prima del pignoramento del creditore del donante, il primo (insieme agli intervenienti appartenenti al medesimo lato) è preferito a quest’ultimo.

⁷⁰ Cfr. E. Astuni, *Appunti sull’azione esecutiva speciale ex art. 2929-bis, c.c.*, in lodd.it, 2016, II, pag. 67.

⁷¹ Franco, *op. cit.*, 61 in nota 55. Per l’a. dalla “*eccezionalità della disposizione*” e “*dalla sua formulazione letterale [...] emerge che tra i presupposti per l’azione si individua espressamente il pregiudizio alle ragioni creditorie arrecato <<da un atto del debitore>>, non anche da un suo avente causa, a qualsiasi titolo*”.