

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI VALORE,
SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"

Roma, 21-22 febbraio 2014

DARIO LATELLA
PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

**La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"
nel sistema di realizzazione concorsuale dell'attivo.**

SOMMARIO: 1. La circolazione delle azioni "di massa" e degli altri diritti litigiosi: origine ed evoluzione dell'istituto. - 1.1. *Segue*: la cessione delle azioni nella disciplina delle procedure amministrative. - 1.2. *Segue*: la cessione delle azioni nelle recenti riforme del diritto fallimentare. - 2. La disciplina della cessione delle azioni revocatorie e "di pertinenza della massa". - 2.1. *Segue*: la cessione delle azioni quale strumento di liquidazione anticipata dell'attivo. - 3. Pretesa sostanziale e legittimazione processuale nella circolazione delle azioni di massa: l'oggetto della cessione. - 3.1. *Segue*: le azioni di responsabilità. - 3.2. *Segue*: legittimazione "sostitutiva" del curatore e selezione dei diritti cedibili. - 4. I soggetti legittimati ad acquistare le azioni di pertinenza della massa. - 5. Condizioni ed effetti della cessione.

1. La circolazione delle azioni "di massa" e degli altri diritti litigiosi: origine ed evoluzione dell'istituto.

Il tema delle azioni "di massa" e della loro cedibilità a fini concordatari ha recentemente assunto importanza centrale nello studio

delle procedure di composizione della crisi e delle tecniche di realizzazione anticipata dell'attivo¹.

Sebbene l'interesse per l'argomento sia risultato enfatizzato dalle più recenti riforme della legge fallimentare, già il legislatore del 1942 - con i previgenti commi 2 e 3 dell'art. 124 - raccoglieva le istanze che provenivano da una prassi operativa radicata ben prima della unificazione codicistica.

Accadeva infatti che l'obiettivo di assicurare ai creditori percentuali di soddisfazione tendenzialmente maggiori incoraggiasse l'intervento di soggetti interessati a più ampie prospettive di realizzo del patrimonio del debitore e, dunque, alla monetizzazione di valori latenti o giuridicamente non ancora maturi per la liquidazione in senso tecnico. Il che significava approntare soluzioni di regolazione pattizia, che trovavano nell'accollo dei debiti e nella cessione delle azioni alcuni fra i rimedi elettivi suggeriti dalla pratica.

Per altro verso, tuttavia, dottrina e giurisprudenza del tempo prospettavano numerose perplessità in ordine alle modalità ed ai possibili destinatari della cessione delle azioni, nonché rispetto alla stessa

¹ Per una prima ricognizione degli scritti specifici sul tema, v. M. PERRINO, *La cessione dei "diritti controversi" nella liquidazione fallimentare. Le azioni revocatorie concorsuali, in La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo del 18-19 giugno 2010*, a cura di S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera e M. Perrino, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 301 ss.; A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, pp. 502 ss.; C. SCRIBANO, *La cessione delle azioni di massa*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, p. 23; L. FARENGA, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/99 (c.d. Prodi-bis)*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 319; A. FAZIO, *Cessione delle azioni (revocatorie e di massa) e dei beni nel fallimento*, in *Fall. crisi imp.*, 2008, p. 813; F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, in *Fallimento*, 2008, p. 1121; G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fallimento*, 2008, p. 861; G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, in *Fallimento*, 2008, p. 774; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fallimento*, 2008, p. 1037; S. CORSO, *Le azioni di responsabilità nel fallimento tra "azioni della massa" e "azioni individuali"*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1034; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Utet, Torino, 2009, pp. 383 ss.

Più in generale, per i contributi anteriori alla riforma, v. senz'altro V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Giuffrè, Milano, 1976, spec. p. 52 ss.; e poi D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 223; cui aggiungere alcuni contributi più risalenti nel tempo, ma determinanti per la comprensione delle radici storiche dell'istituto della cessione delle azioni nel fallimento: A. CANDIAN, *Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, p. 459; V. ANDRIOLI, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie nel concordato*, in *Dir. fall.*, 1941, I, p. 55.

legittimità di un intervento di terzi nell'accollo dei debiti², di talché il perimetro dell'operazione negoziale veniva progressivamente delimitato dalla fissazione di alcune precise condizioni³: a) l'inserimento di un'apposita clausola di cessione delle azioni nella proposta di concordato fallimentare⁴; b) l'estraneità del cessionario al fallito o al fideiussore dello stesso⁵; c) l'esatta individuazione delle azioni da cedere⁶; d) la successione del cessionario nella posizione processuale del curatore⁷.

La spinta propulsiva impartita dalla lettura «efficientista»⁸ elaborata dai giudici di inizio '900 fu poi parzialmente recepita dalla legislazione corporativistica, che finì per disegnare una fattispecie normativa tesa «a

² Le disposizioni dei codici di commercio del 1865 e del 1882 erano orientate a consentire che il concordato venisse proposto soltanto dal fallito (art. 618 cod. comm. 1865; art. 830 cod. comm. 1882), sebbene si ammettesse l'intervento di un fideiussore a garanzia delle obbligazioni concordatarie (arg. ex artt. 632 e 634 cod. comm. 1865; artt. 842 e 843 cod. comm. 1882). Dette disposizioni non si occupavano, invece, della possibilità di assicurare continuità alle azioni proposte dalla curatela prima della omologazione della eventuale proposta di concordato, né della circostanza dell'intervento di un terzo che intendesse rilevare le attività del fallito. Su queste ultime ipotesi si esprimevano criticamente S. SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, p. 318, che parlava dell'assuntore come di uno speculatore; e, prima ancora, A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Fratelli Bocca, Torino, 1902, p. 540; V. ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza in tema di diritto processuale civile (1933-1934)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, p. 287; ID., *Limiti di retroattività della sentenza di revoca del fallimento*, *ivi*, 1935, I, p. 59; A. CANDIAN, *Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, p. 462; F. DOMINÈDÒ, *L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 99; S. NISIO, *Sulla trasmissibilità delle azioni revocatorie fallimentari*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1940, p. 257.

³ Dette precisazioni erano condivise anche da parte diversa della dottrina, per cui v. senz'altro G. BONELLI, *Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 291; R. MONTESSORI, *La cessione delle azioni di nullità derivanti dagli artt. 707, capoverso, e 709 c.c. al fideiussore del fallito nel concordato*, in *Giur. it.*, 1919, I, p. 1083; G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 165.

⁴ Cass., 4 maggio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, p. 1372; Cass., 12 luglio 1935, *ivi*, 1935, I, p. 1543; Cass., 17 maggio 1935, *ibid.*, I, p. 991; Cass., 9 luglio 1934, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 99.

⁵ Cass., 3 luglio 1933, in *Foro it.*, 1933, I, p. 1667; Cass., 27 marzo 1930, in *Giur. it.*, 1930, I, 1, p. 585; Cass., 25 maggio 1931, in *Foro it.*, Rep. 1931, voce *Fallimento*, n. 238.

⁶ Cass., 4 luglio 1933, in *Foro it.*, 1933, I, p. 1754; Cass., 28 giugno 1935, *ivi*, 1935, I, p. 1544.

⁷ Ne discuteva già V. ANDRIOLI, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie nel concordato*, in *Dir. fall.*, 1941, I, p. 49.

⁸ Così D. VATTERMOLI, *La cessione*, cit., p. 227 (nt. 1).

frenare gli abusi verificatisi in questa materia»⁹, ma in linea con l'idea di favorire chiusure della procedura che contemplassero la cessione delle azioni revocatorie quale patto di concordato. L'art. 124 della legge fallimentare prevede così la cedibilità delle azioni revocatorie «*a favore del terzo che si accolla l'obbligo di adempiere il concordato*» ed a condizione che queste fossero già state promosse dal curatore.

L'impostazione pubblicistica dell'epoca mal si conciliava con il *favor* per accordi che contemplassero la cessione di "diritti litigiosi" e la prosecuzione delle azioni fuori dal fallimento¹⁰; ciò nondimeno, lo scenario aperto dalla nuova disciplina presentò profili di indiscusso interesse per una fattispecie che contribuiva ad aprire nuovi spazi di dialogo fra processualisti e sostanzialisti.

Anzitutto, sul piano soggettivo, veniva posta una precisa discriminante (successivamente eliminata dalla riforma del 2006-2007): si distingueva tra il fallito, quale legittimato esclusivo alla presentazione della proposta concordataria, e l'assuntore (prev. art. 137, co. 4, l.fall.), quale beneficiario esclusivo della eventuale cessione. Sebbene, infatti, l'assuntore si ritenesse pur sempre un «*affarista, il quale si propone di speculare sui beni del fallito, assicurando ai creditori il pagamento di una percentuale contro la cessione dei beni*»¹¹, l'estromissione dei fideiussori dal novero dei possibili acquirenti (prev. art. 124) assolveva allo scopo prevalente di impedire l'accaparramento dei benefici della cessione in capo al debitore, od ai soggetti a lui prossimi¹², come tali esterni al perimetro dell'accordo massa-terzo¹³.

In secondo luogo, sul piano oggettivo, la cessione doveva essere inserita «*come patto di concordato*»¹⁴ e limitarsi alle «*azioni già proposte dal*

⁹ Così la Relazione al R.D. n. 267 del 1942 (n. 29); si veda S. SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed. aggiornata ed ampliata da R. Vaccarella e F.P. Luiso, Cedam, Padova, 1996, p. 404, il quale parla di «soluzione di compromesso».

¹⁰ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione*, cit., p. 775 (nt. 1).

¹¹ S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 398 (nt. 9).

¹² Cfr. F. FRANCHINI, *Del concordato*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. Tedeschi, I, 2, Utet, Torino, 1996, p. 1197; L. CASALE, *La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 267.

¹³ Per la prospettiva secondo cui l'assunzione corrisponde ad un accordo «*a due (massa-terzo) e non a tre (fallito-massa-terzo)*», F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, Milano, 2010, p. 406.

¹⁴ Criticavano la circostanza che il patto di cessione delle azioni revocatorie dovesse estendersi necessariamente a tutti i beni e le attività del debitore A. BONSIGNORI,

curatore» (prev. art. 124, co. 2, l.fall.), ossia - secondo una formula interpretativa largamente seguita¹⁵ - quelle già introdotte con citazione al momento del deposito della proposta di concordato¹⁶.

Ma i profili problematici che scaturirono dall'applicazione pratica dell'istituto furono molteplici.

Si discusse, ad esempio, circa la possibilità di estendere lo spettro della cessione ad altri diritti litigiosi, che non fossero espressamente catalogabili fra le pretese di inefficacia previste dagli artt. 66 e 67 l.fall. In tal senso, si è sovente ritenuto che la cedibilità potesse riguardare le azioni di revocazione (art. 102 l.fall.) e di simulazione (art. 2901 c.c.), rispetto alle

Del concordato, in *Della cessazione della procedura fallimentare. Della riabilitazione civile*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, p. 196; P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, V ed., a cura di Colesanti, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1021; per la tesi assertiva, v. invece G. SCHIAVON, *Il concordato con assunzione*, in *Fallimento*, 1989, p. 161; M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3027; V. DI CATALDO, *Il concordato*, cit., p. 111 (nt. 1); F. DI SABATO, voce: *Concordato fallimentare*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, p. 5.

¹⁵ Secondo la giurisprudenza prevalente, per "azioni già proposte" devono intendersi quelle già esperite mediante atto di citazione e non anche quelle semplicemente autorizzate dal giudice delegato: v. già App. Lecce, 10 marzo 1970, in *Giur. merito*, 1971, I, p. 121; Cass., 28 luglio 1965, in *Dir. fall.*, II, p. 678; Cass., 10 maggio 1974, n. 1349, in *Foro it.*, 1975, I, p. 425, e *Dir. fall.*, 1975, II, p. 249. Sulla ulteriore questione del termine entro cui le azioni devono essere state proposte per poter formare oggetto di cessione, invece, sono state prospettate dalla dottrina soluzioni differenti che vanno da quella più restrittiva, secondo cui possono essere cedute soltanto le azioni iniziate giudizialmente prima della proposta di concordato (P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 533, nt. 20; F. DI SABATO, voce: *Concordato fallimentare*, cit., p. 5 (nt. 14); G. SCHIAVON, *Il concordato*, cit., p. 153 (nt. 14), a quella più liberale che consente la cessione delle azioni iniziate prima del deposito della sentenza di omologazione (in qualsiasi momento anteriore alla omologazione del concordato: S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, cit., p. 372-373 (nt. 9); D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1996, p. 467), o addirittura prima del passaggio in giudicato della stessa (L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 49; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, Cedam, Padova, 1986, pp. 778-779). Vi sono poi tesi intermedie: G. RAGO, *Manuale di revocatoria fallimentare*, Cedam, Padova, 2001, pp. 858 ss.; ID., *La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare*, nota a Cass., 9 ottobre 1998, n. 10013, in *Fallimento*, 1999, pp. 614 ss., il quale ritiene che possano essere cedute tutte le azioni ben individuate nel patto di concordato, anche se il curatore, al momento del deposito della domanda, non abbia ancora ottenuto l'autorizzazione del giudice delegato, purché questa venga chiesta ed ottenuta prima dell'omologazione; una volta ricevuta l'autorizzazione, il curatore potrebbe esperire l'azione revocatoria anche dopo l'omologazione. Secondo D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie*, cit., pp. 233 ss. (nt. 1), le azioni cedibili sono soltanto quelle iniziate giudizialmente prima dell'omologazione, purché autorizzate dal giudice delegato prima del deposito della proposta di concordato.

¹⁶ Per questo orientamento, basti il rinvio a Cass., 9 ottobre 1998, n. 10013, in *Fallimento*, 1999, p. 614.

quali il tratto comune alle revocatorie veniva individuato nella sussistenza di un atto pregiudizievole per le ragioni dei creditori, di cui fosse necessario rimuovere gli effetti con conseguente incremento della massa patrimoniale ceduta al terzo assuntore¹⁷.

Ed ancora, il dibattito coinvolse il tema della natura della situazione giuridica ceduta, ponendo le basi per una discussione tuttora aperta e solo recentemente arricchita di un ulteriore contributo chiarificatore¹⁸. Come si vedrà, infatti, molti dei dubbi che prima ruotavano intorno all'istituto della cessione c.d. "autonoma" (art. 106 l.fall.) e, oggi, alla estensione normativa operata rispetto alle "azione di massa" (art. 124 l.fall.), derivano essenzialmente dalla qualificazione in senso sostanziale¹⁹, piuttosto che formale²⁰, della vicenda traslativa. Con la conseguenza, fra le altre, che i meccanismi di successione connessi alla mutazione soggettiva di una delle parti del processo - revocatorio, o latamente riparatorio; già avviato, o da avviare - risentono fortemente della premessa accolta, influenzando altresì la determinazione delle tutele da accordare ai cessionari, le modalità di chiusura dei giudizi, la regolazione delle relative spese e, in definitiva, la

¹⁷ Sull'estensione all'azione di revocazione, si pronunziavano favorevolmente R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974, III, p. 1850; Cass., 28 marzo 1966, n. 817, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 549, precisando che detta cessione dovesse comunque essere prevista nella proposta; per la tesi negativa, A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., p. 211 (nt. 14); G. SCHIAVON, *Il concordato*, cit., p. 163 (nt. 14); V. DI CATALDO, *Il concordato*, cit., p. 64 (nt. 1). Per quanto riguarda l'azione di simulazione, invece, condividono la tesi dell'estensione A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., p. 211 (nt. 14); G. SCHIAVON, *Il concordato*, cit., p. 163 (nt. 14); F. FRANCHINI, *Del concordato*, cit., p. 1198; Cass., 6 agosto 1965, n. 1895, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 664.

¹⁸ I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1037 ss (nt. 1).

¹⁹ Efficace la sintesi di G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione*, cit., p. 774 (nt. 1), il quale distingue schematicamente fra chi sosteneva che «la cessione aveva ad oggetto il diritto sostanziale, l'anticipato ricavo dell'azione revocatoria, l'alienazione anticipata del bene oggetto dell'atto revocato, sia pure condizionato all'esito positivo dell'azione revocatoria» (P. PAJARDI, *Codice*, cit., p. 1021 (nt. 14); L. DEVOTO, *L'assuntore*, cit., p. 37 (nt. 15); F. DI SABATO, *Concordato fallimentare*, cit., p. 5 (nt. 14); A. DE MARTINI, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, p. 119); da chi affermava che il trasferimento dell'azione doveva essere inteso quale trasferimento della situazione sottoposta a violazione (A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., p. 201 nt. 14), da chi, ancora, collegava la cessione all'esito finale dell'azione revocatoria, ossia il diritto di ottenere coattivamente il valore del bene oggetto dell'atto revocato (V. DI CATALDO, *Il concordato*, cit., p. 58 (nt. 1); ID., *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare: diritti dell'assuntore e diritti del revocato*, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 921; Cass., 11 settembre 1997, n. 8962, in *Fallimento*, 1998, p. 787).

²⁰ In tal senso, la tesi di R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., III, p. 1847 (nt. 17), successivamente ribadita in R. PROVINCIALI e G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1988, p. 655.

stessa utilità di un istituto comunque ispirato a realizzare anticipatamente una parte dell'attivo²¹.

1.1. Segue: la cessione delle azioni nella disciplina delle procedure amministrative.

Uno spunto sistematico nella direzione dell'accelerazione e dell'ampliamento delle prospettive di monetizzazione del patrimonio del debitore, anche non necessariamente legate alle finalità liquidatorie, proviene dalla legislazione speciale in materia di insolvenza. E ciò, nonostante la regolazione della crisi delle imprese di grandi dimensioni abbia assunto nel tempo caratteri di intervento *ad hoc*, di volta in volta collegati a ben specifiche realtà industriali di rilevanza nazionale²².

Le specificità mostrate dalla procedura nel prevedere la continuazione dell'impresa, la conservazione dei valori aziendali, l'intervento dello Stato a sostegno del programma di risanamento e, per altro verso, il rinvio alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa, hanno infatti rappresentato un adeguato terreno di coltura per gli istituti di nostro interesse, inserendo l'intervento di settore nello schema generale disegnato dalla legge fallimentare per la liquidazione di enti soggetti al

²¹ Cfr. la Relazione illustrativa alla Riforma organica delle procedure concorsuali.

²² Per i rinvii classici sul tema, relativamente alla prima versione della "legge Prodi" (D.L. n. 26, del 30 gennaio 1979, conv. in L. n. 95 del 3 aprile 1979), v. gli spunti offerti da Trib. Napoli, 5 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1247, con nota di C. SANTAGATA, *L'estensione dell'amministrazione straordinaria dell'impresa individuale Achille Lauro al vaglio del giudizio di opposizione*; e poi, senza pretesa di completezza, F. VASSALLI, voce *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Enc. giur.*, I, p. 23 ss.; M. SANDULLI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, Liguori, Napoli, 1979; V. COLESANTI, A. MAFFEI ALBERTI, P. SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Leggi civili commentate*, 1979, pp. 7045 ss.; G. MINERVINI, *La crisi dell'impresa industriale*, Liguore, Napoli, 1980; A. BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, Padova, 1980; F. D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 291; A. GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 713; B. QUATRARO, *L'amministrazione straordinaria*, Giuffrè, Milano, 1985; G. LO CASCIO, *I presupposti dell'amministrazione straordinaria: modifiche legislative ed evoluzione interpretativa del sistema normativo*, in *Giur. comm.*, 1985, I, pp. 40 ss.; e già ID., *Amministrazione straordinaria: condizioni di applicabilità e rapporti con le procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 43 ss.; B. LIBONATI, *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, I, p. 1986 e, naturalmente, già ID., *Il gruppo insolvente*, II ed., Nardini, Firenze, 1983; A. CAVALAGLIO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1990; con più specifico riguardo al tema d'indagine, v. fra gli altri M. DI LAURO, *La revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 285.

controllo delle autorità amministrative.

In tal senso, proprio il richiamo agli artt. 195 e 237 l.fall., contenuto nella prima "legge Prodi" (D.L. n. 95/1979), ha inizialmente consentito di ritenere ammissibile per le imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria sia l'esercizio delle azioni revocatorie, che la proponibilità di un concordato con accollo dei debiti da parte di un terzo.

A seguito della c.d. "legge Prodi *bis*" (D.L. 8 luglio 1999, n. 270, art. 49), fu invece espressamente prevista la possibilità di esperire azioni revocatorie, sia pure nell'ambito di un programma di cessione dei complessi aziendali (art. 27, co. 2, lett. a), ma non anche in caso di ristrutturazione economica e finanziaria (art. 27, co. 2, lett. b). Inoltre, con largo anticipo rispetto alla corrispondente novità successivamente introdotta dalla legge fallimentare generale, si consentiva che il concordato potesse essere proposto non soltanto dall'imprenditore insolvente, ma anche da un terzo (artt. 74, 78, 79).

Infine, fra gli anni 2003 e 2008, la crisi dei grandi gruppi industriali "Parmalat" e "Alitalia" diede occasione per ulteriori interventi normativi: dapprima, con il c.d. "decreto Marzano" di salvataggio del gruppo alimentare (D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni nella L. 18 febbraio 2004, n. 39), a sua volta integrato e corretto dalle disposizioni del D.L. 3 maggio 2004, n. 119 (convertito con modificazioni nella L. 5 luglio 2004, n. 166); e, successivamente, con la c.d. "Marzano-*bis*" di sostegno alla crisi della compagnia aerea (D.L. 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni nella L. 27 ottobre 2008, n. 166).

Come è noto, nella stesura della prima "legge Marzano", il legislatore inizialmente stravolse il sistema delle revocatorie elaborato dopo una faticosa opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, probabilmente operando *«senza un'adeguata riflessione, e senza porsi il problema dei molteplici interrogativi che la frettolosa scrittura della norma dell'art. 6 di quella legge avrebbe creato»*²³, consentendo che il commissario straordinario potesse proporre le azioni revocatorie anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché ciò si potesse tradurre in un vantaggio per i creditori (art. 6 D.L. n. 347/2003, nella versione convertita e poi corretta dal D.L. n. 119/2004, a sua volta convertito con modificazioni nella L. n. 166/2004). Il che apparve da subito contrastare sia con la predicata coerenza tra finalità liquidatorie

²³ G. TARZIA, *Le azioni revocatorie nella «legge Marzano»*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 521 ss.

della procedura ed effetti della revocatoria²⁴, che con la disciplina comunitaria della concorrenza e degli aiuti di Stato; potendo apparire tali le attribuzioni che, in esito al giudizio revocatorio, avrebbero potuto incrementare la massa attiva di un'impresa in fase di ristrutturazione, anziché liquidazione²⁵.

Ciò che tuttavia interessa qui sottolineare è l'esplicito riferimento, contenuto nell'art. 4-bis, co. 1, lett. c-bis), alla possibilità che il piano di concordato potesse contenere un *patto di trasferimento all'assuntore delle azioni revocatorie* «di cui all'articolo 6, promosse dal commissario straordinario

²⁴ Nell'ipotesi in cui il programma di ristrutturazione avesse esito positivo (con esclusione, quindi, di qualsiasi liquidazione fallimentare e conseguente mancanza del presupposto redistributivo, il tutto secondo la nota tesi anti indennitaria dell'azione revocatoria sancita dalla recente Cass., SS.UU., 28.3.2006, n. 7028, in *Fallimento*, 2006, p. 1133), si sarebbe dovuto provvedere alla restituzione delle somme riscosse a seguito dell'esercizio vittorioso delle azioni revocatorie. Tuttavia, molti ritengono che la coesistenza fra le azioni revocatorie fallimentari e l'esecuzione di un piano di risanamento dell'impresa possa provocare effetti distorsivi della libera e leale concorrenza, tali da favorire immotivatamente l'impresa soggetta ad amministrazione straordinaria rispetto alle proprie antagoniste.

Inoltre, la soluzione adottata dal legislatore dell'emergenza Parmalat-Alitalia non teneva in debito conto l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina formatosi sul punto a seguito dell'interpretazione del D. Lgs. 8.7.1999, n. 270 (tra gli altri, R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004*, n. 39, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 683 ss.; C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, *ivi*, 2005, I, pp. 267 ss.; A. GAMBINO, *La riforma delle società di capitali e la legge Marzano di accelerazione della procedura di insolvenza delle grandi imprese*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 425 ss.; G. TARZIA, *Le azioni revocatorie nella «legge Marzano»*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 573 ss.; M. FABIANI e M. FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004, p. 131).

²⁵ Si veda già la questione di compatibilità con il diritto comunitario sollevata al tempo della "legge Prodi": Corte di Giustizia CE, 17 giugno 1999 e decisione della Commissione CE del 16 maggio 2000, per le quali si vedano G. PELLEGRINO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ed aiuti di stato, con particolare riguardo alla revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, pp. 119 ss.; e V. AMENDOLAGINE, *Legge sull'amministrazione straordinaria e divieto di aiuti di stato alle imprese in crisi: compatibilità*, in *Fallimento*, 2008, pp. 37 ss.; Trib. Bologna, 12 luglio 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 498 s. Da ultimo, R. MARRAFFA, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. pp. 7 ss.

Per un'indicazione contraria agli "aiuti di stato", cfr. già Cass. 21 settembre 2004, n. 18915, in *Fallimento*, 2005, p. 261, con nota critica di A. CAVALAGLIO, *La Suprema Corte "aiuta" lo Stato ... ad eludere la disciplina comunitaria*, pp. 264 ss.; v. anche Cass. 28 ottobre 2005, n. 21083, in *Fallimento*, 2006, p. 1162, con nota di P. DE CESARI, *Amministrazione straordinaria, Aiuti di Stato - Revocatoria: la Cassazione torna a distinguere tra fase conservativa e liquidatoria*; Cass. 27 dicembre 2005, n. 28774, *ivi*, 2006, p. 1285; Cass. 3 febbraio 2006, n. 2420; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4206; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4214.

fino alla data di pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato»²⁶.

Non sussiste analogo espresso riferimento, invece, alla cessione delle azioni di *pertinenza della massa*, in ordine alle quali, però, si ravvisa in dottrina un atteggiamento di favore all'estensione applicativa dell'art. 124 l.fall. (versione oggi vigente) in ragione della identità di *ratio* che ispirerebbe i concordati di cui agli artt. 214 l.fall. e 78 D.Lgs. n. 270/1999²⁷. Nè sussistono, nella disciplina delle procedure amministrative, riferimenti alla cessione *autonoma* delle azioni revocatorie, ossia realizzata *al di fuori* di un piano di concordato (cfr. oggi l'art. 106, co. 1, l.fall.), sia pure in seno ad un programma di cessione dei complessi aziendali²⁸.

A tal proposito, sarebbe interessante verificare la tenuta di alcuni spunti interpretativi offerti dalla parallela disciplina delle "cessioni in blocco" di cui all'art. 90 T.U.B., con specifico riferimento alla possibile rilevanza sistematica della facoltà di estromissione dai giudizi aventi ad oggetto i rapporti giuridici ceduti²⁹ (art. 92, co. 9, T.U.B.). E' a tutti noto, infatti, che l'ampia serie dei poteri legali attribuiti ai liquidatori di aziende bancarie è priva di restrizioni formali³⁰, non soltanto sul piano delle procedure da seguire per l'alienazione dei beni, ma anche su quello della consistenza e qualità degli *assets* da cedere; può trattarsi genericamente di *attività e passività*, oppure di *azienda e rami di essa*, o infine di *beni e rapporti giuridici individuabili in blocco* (co. 1, art. 90), il tutto osservato nella molteplice ottica del mero riparto, o della realizzazione dell'attivo, o

²⁶ Sul punto della cessione delle azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria, v. le riflessioni di sintesi di L. FARENGA, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/99 (c.d. Prodi-bis)*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 319 ss.

²⁷ L. FARENGA, *La cessione*, cit., p. 326 (nt. 26).

²⁸ L. FARENGA, *La cessione*, cit., p. 327 (nt. 26), il quale dubita circa la possibilità di detta estensione ed osserva trattarsi, piuttosto, di un difetto di coordinamento fra il d.lgs. n. 270/1999 e la riformata legge fallimentare, da rimediare in sede legislativa.

²⁹ A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit. (nt. 1), spec. pp. 502 ss., i quali appunto tendono ad escludere la possibilità di una estensione analogica al fallimento della norma bancaria sulla estromissione facoltativa, stante la natura eccezionale che la disposizione riveste rispetto alla regola sancita dall'art. 111, co. 3, c.p.c.

³⁰ Per la disciplina precedente, L. DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 214; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 588; per l'attuale disciplina, V. TUSINI COTTAFI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 299; cfr. poi G. BOZZA, *La vendita dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 1988, p. 225 ss.; e già U. BELVISO, *Il trasferimento dell'azienda bancaria nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1972, I, pp. 337 ss.

ancora della stessa continuità aziendale³¹.

Superando le ragioni sottese alla finalità pratica dell'istituto di diritto speciale - che notoriamente attende alla conservazione delle unità organizzative delle aziende bancarie (sportelli, sedi, filiali, agenzie) -, rimarrebbe sul tappeto la questione relativa alla delimitazione oggettiva dei singoli negozi di cessione, la cui portata, tuttavia, si ritiene ormai estendibile a situazioni giuridiche anche in corso di formazione (si pensi, esemplificativamente, alle vicende di natura tributaria) e, in via generale, a tutti i rapporti giuridici controversi³², purché determinati o determinabili secondo i criteri generali di cui all'art. 1346 c.c.³³

Attingendo alla filosofia ispiratrice delle procedure bancarie - ed a differenza di quanto avviene con la liquidazione "in blocco" di cui all'art. 105 l.fall. -, l'istituto della cessione delle azioni apparirebbe pertanto assumere una connotazione non marcatamente liquidativa, ma piuttosto piegata alle specifiche ragioni impresse dalla strategia commissariale al negozio traslativo. In mancanza di un espresso divieto, dunque, non risulta estraneo al sotto-sistema delle procedure amministrative di gestione della crisi immaginare che, anche nelle amministrazioni straordinarie, la cessione delle azioni revocatorie possa essere praticata al di fuori delle mere liquidazioni concordatarie ed inquadrata come cessione "autonoma" dei beni, secondo il disposto degli artt. 36, D.Lgs. n. 270/1999 e 4-bis, co. 10, D.L. n. 347/2003 (nella versione convertita e poi corretta dal D.L. n. 119/2004, a sua volta convertito con modificazioni nella L. n. 166/2004).

1.2. Segue: la cessione delle azioni nelle recenti riforme del diritto fallimentare.

Secondo uno slogan ormai ricorrente fin dalla legge delega n. 80/2005 - peraltro talora tradito da prassi e orientamenti giurisprudenziali

³¹ Cfr. R. CERCONE, *La liquidazione dell'attivo*, in P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Giuffrè, Milano, 1996, t. II, pp. 1420 ss.; più ampiamente, D. VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; e naturalmente M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 33 s. e 88 s.

³² In tal senso, M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., pp. 284 ss. (nt. 31).

³³ Cfr. R. CERCONE, *La liquidazione dell'attivo*, cit., p. 1440 (nt. 31). Ad ogni modo, per la valutazione dell'atto negoziale di cessione occorre osservare un procedimento autorizzatorio, cui partecipano i commissari, il comitato di sorveglianza e la Banca d'Italia con ruoli diversi (cfr. l'art. 58 T.U.B.).

che spingono in senso opposto -, le procedure concorsuali avrebbero perso gran parte della propria natura "giurisdizionale" e sarebbero state anzi "privatizzate", o meglio ricondotte ad una determinazione privatistica degli interessi rilevanti e dei relativi assetti negoziali³⁴.

Sintomo di questo rinnovamento sarebbe, fra gli altri, il *favor* che il legislatore delle riforme ha mostrato verso l'ampliamento della platea dei soggetti ammessi alla formulazione della proposta di concordato ed in ordine ai contenuti che la stessa può avere, così da imprimere una svolta in senso "negoziale" alla regolazione della crisi d'impresa, restituendo ai creditori la "signoria" sul patrimonio del debitore³⁵. D'altra parte, è noto a tutti che l'obiettivo della soddisfazione del ceto creditorio per via meramente liquidativa ha rappresentato soltanto una chimera e che, invece, la negoziazione di soluzioni "di mercato" costituisce lo scenario culturale che fa da sfondo alle riforme dell'ultimo quinquennio.

I piani attestati (artt. 67, co. 3, lett. *d*), l.fall.), gli accordi di ristrutturazione (art. 182-*bis* l.fall.) ed i concordati (artt. 124 e 160 ss.,

³⁴ Basti il rinvio a G. B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 368; F. GUERRERA - M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 19; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le prospettive di riforma della legge fallimentare ed i profili generali del progetto di legge-delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 122; M. PERRINO, *Programma di liquidazione e tecniche di liquidazione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 1089; G. MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fallimento*, 2008, p. 214.

E' utile rileggere il dibattito sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" (così, F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 418) delle procedure concorsuali alla luce della recente sentenza delle SS.UU. sui poteri del Tribunale in sede di ammissione della proposta di concordato preventivo (Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521). Per un primo commento, F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle SS.UU. in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in www.ilfallimentarista.it, 2013; si vedano inoltre i contributi (anteriori alla sentenza delle SS.UU.) di F. GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del «decreto correttivo»*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 825; F. FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 845; A. CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, LIX, Milano, 2008, p. 112; E. F. RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 189; L. STANGHELLINI, *Art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2006-2007, p. 1948.

³⁵ V. S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, 2, Utet, Torino, 2009, pp. 1371 ss.; D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, cit., p. 401 (nt. 13).

l.fall.³⁶) integrano l'offerta di rimedi, che il debitore può cogliere prima che il proprio stato di crisi si incanali irreversibilmente verso la liquidazione fallimentare. Condizione normativa perchè ciò accada, tuttavia, è una sorta di abdicazione forzata dell'imprenditore in favore della potestà gestoria ed organizzativa dei propri creditori; il che dovrebbe realizzarsi attraverso strumenti di selezione preferenziale dei legittimati (cfr. art. 124), di ampliamento e liberalizzazione dei contenuti della proposta (cfr. art. 161 l.fall.), nonchè tramite l'incisivo impiego dei meccanismi di riorganizzazione dell'impresa un tempo riservati soltanto alla società *in bonis*³⁷.

Si è già avuto modo di osservare che la convenienza economica di dette soluzioni avrebbe dovuto scontare, fra l'altro, i costi derivanti da cadenze procedurali più lunghe, complesse e onerose³⁸, ciò che sembra trovare ulteriore conferma nelle più approfondite analisi dei dati oggi aggregati in base a specifici profili della prassi applicativa³⁹.

³⁶ Analogo discorso non vale - stante la natura pubblicistica degli interessi coinvolti - per i cc.dd. "concordati amministrativi di cui agli artt. 214 l.fall., 78, D.Lgs. n. 270/1999 e 4-bis D.L. n. 347/2003.

³⁷ Per le tecniche di impiego delle operazioni straordinarie a fini di soddisfacimento conorsuale, v. naturalmente F. GUERRERA - M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 19 (nt. 34); F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 575 ss.; cfr. inoltre le modifiche intervenute a seguito del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

³⁸ Sia consentito il rinvio a D. LATELLA, *Del concordato*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare annotata*, Jovene, Napoli, 2006, p. 273.

³⁹ ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, 2012, p. 3, secondo cui per ogni procedura considerata sono emerse alcune inefficienze. In particolare, in relazione al concordato preventivo: l'utilizzo del concordato per finalità essenzialmente liquidatorie; la difficoltà per il debitore di accedere alla nuova finanza; la scarsa soddisfazione del ceto creditorio. Con riguardo al fallimento: il ritardo nell'accesso alla procedura e l'eccessiva durata della stessa; la difficoltà della nomina del comitato dei creditori; il mancato utilizzo degli strumenti di liquidazione introdotti dalla riforma; le basse percentuali di soddisfazione del ceto creditorio.

I dati mostrano inoltre come molte opportunità offerte dai nuovi istituti non siano state colte e come le potenzialità della riforma non siano ancora state sfruttate. Il cattivo funzionamento di essi riflette sia la presenza di ostacoli normativi, sia resistenze culturali. Ciò assume particolare evidenza nel concordato preventivo, che si conferma un istituto importante, cui accedono imprese di maggiori dimensioni e dove ancora si può salvare valore. Appare opportuno dare all'impresa in crisi la possibilità di accedere alla protezione immediata del patrimonio, consentendo al debitore e ai suoi consulenti di elaborare un piano efficace per l'uscita dalla crisi dopo l'avvio della procedura. In questa fase occorre chiarire, ove necessario in via legislativa, che la valutazione di convenienza

Se, dunque, l'insieme delle regole introdotte dal legislatore sembrava potesse fornire addirittura occasioni di investimento da parte di terzi e/o creditori, nella realtà ciò è avvenuto di rado. Ed anche la valorizzazione in sede liquidativa dei diritti di credito e, appunto, delle azioni "di massa"⁴⁰, ha dimostrato che il preliminare svolgimento di una intensa attività di studio e negoziazione nella preparazione della proposta mal si concilia con l'approccio intempestivo che il debitore suole assumere rispetto alla gestione della propria crisi, soprattutto a seguito delle spinte opportunistiche indotte dalla novella del 2012⁴¹ e recentemente contrastate da un ennesimo ritocco normativo⁴².

Si ha insomma la sensazione che le numerose riforme del diritto fallimentare abbiano contribuito ad ampliare lo spettro delle possibili

del piano spetta ai creditori e non al giudice, cui è rimessa la funzione di garantire la correttezza del procedimento.

⁴⁰ ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma*, cit., pp. 34-36, 41 (nt. 39), ove si rileva che uno degli strumenti diretti a contenere i tempi della procedura sarebbe stato quello della cessione delle azioni revocatorie. Tuttavia, sul totale delle procedure aperte nel primo semestre 2008 e nel primo semestre 2010, tale cessione è stata effettuata una sola volta. Il dato si giustifica anche in relazione alle modifiche introdotte dalla riforma a questo istituto, che hanno riguardato la riduzione del cd. "periodo sospetto" nel quale deve essere stato compiuto l'atto revocabile, determinando di fatto un crollo di tali azioni.

Sebbene non si abbiano dati precisi sulle cessioni effettivamente realizzate, è comunque significativo che, nell'ambito del programma di liquidazione, nella maggioranza dei casi sono state inserite azioni risarcitorie e/o recuperatorie. Nel 57% delle procedure esaminate, infatti, risultano previste azioni da esercitare e quasi la metà di esse riguarda la responsabilità degli organi sociali.

⁴¹ L'introduzione della c.d. "domanda in bianco", con riserva, o appunto di pre-concordato (art. 161, co. 6, l.fall., come modificato ad opera del D.L. n. 83/2012, convertito in L. n. 134/2012) suscita ormai diffuse critiche, a causa dell'utilizzo sovente abusivo che viene fatto dell'istituto. Si vedano in proposito le linee guida dettate dal Tribunale di Milano in esito al *plenum* del 20 settembre 2012, nonché A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *ilFallimentarista.it*, 20.02.2013; C. CAVALLINI, «*Spigolature*» e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, *ivi*, 8.03.2013; M. A. RUSSO, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, *ivi*, 22.05.2013; interessante rilevare, inoltre, l'opinione espressa in merito da Confindustria, secondo cui l'utilizzo abusivo dello strumento prenotativo del concordato (o "domanda in bianco") introduce veri e propri elementi distorsivi della concorrenza fra imprenditori ad opera di coloro che, approfittando del blocco delle azioni esecutive, completano l'opera di svuotamento delle aziende a danno dei creditori e degli imprenditori più corretti (cfr. G. NEGRI, *Sul concordato non basta una semplice manutenzione*, in *Il Sole 24 ore*, 9 giugno 2013, p. 5).

⁴² Cfr. l'art. 82, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (conv. con L. del 9 agosto 2013, n. 98), che ha inasprito la serie degli obblighi incumbenti su chi presenta una domanda di concordato con riserva.

soluzioni tecniche, lasciando tuttavia la meccanica dei rimedi disancorata dai tempi ordinari di reazione e di predisposizione delle proposte; nel tema che ci occupa, poi, a distanza di circa un lustro dal primo intervento riformatore, gli stimoli di studio e le proposte interpretative si sono rivelati decisamente più numerosi dei casi emersi dalla pratica.

2. La disciplina della cessione delle azioni revocatorie e "di pertinenza della massa".

Per convenzione ormai diffusa, lo studio dell'istituto della cessione delle azioni muove da due ipotesi tipiche:

a) la prima (c.d. "cessione autonoma"), è prevista in tema di vendita fallimentare: l'art. 106, co. 1, l.fall., stabilisce infatti che *«Il curatore ... può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti»;*

b) la seconda (c.d. "cessione concordataria"), può essere invece inserita come clausola della proposta di concordato fallimentare presentata da uno o più creditori o da un terzo (non anche dall'assuntore, o dal fallito), quando abbia ad oggetto, oltre ai beni inclusi nell'attivo fallimentare, anche le *«azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa»* (art. 124, ult. co., prima parte, l.fall.).

Fuori dallo specifico scenario della cedibilità, la legge fa comunque riferimento alle *«azioni che derivano dal fallimento»* (art. 24, l.fall.), alle *«azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie»* (art. 104 *ter*, co. 4, l.fall.) ed ai *«crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione»* (art. 106, comma 1, l.fall.), evidentemente considerando, per un verso, che possano sussistere *diritti od obblighi* in corso di *formazione*, la cui consistenza giuridica e patrimoniale dipende essenzialmente dall'iniziativa processuale del curatore fallimentare; per altro verso, che possano esistere *fenomeni di disgregazione o depauperazione* del patrimonio attivo, dai quali possono derivare pretese latamente riparatorie, anch'esse da azionare in sede processuale grazie alla legittimazione esclusiva del curatore.

Sotto questo profilo, a seguito delle riforme del diritto fallimentare la gestione dei rapporti processuali riferibili all'impresa in crisi ha assunto connotati sensibilmente diversi.

2.1. *Segue: la cessione delle azioni quale strumento di liquidazione anticipata dell'attivo.*

L'attività di programmazione e quella di realizzazione della liquidazione dell'attivo trovano nella cessione delle azioni un interessante punto di intersezione.

L'art. 104 *ter*, lett. c), l.fall. richiede che il programma indichi «*le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare*», mentre la disposizione contenuta nell'art. 106 stabilisce, nell'ambito della Sezione dedicata alla "Vendita dei beni", che il curatore possa *cedere «i crediti ... futuri, anche se oggetto di contestazione ... le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti»*.

Fuori da ogni considerazione in ordine al contenuto ed alle condizioni del programma di liquidazione e delle attività di vendita spettanti al curatore, giovi qui osservare come il legislatore delle recenti riforme abbia inteso attribuire al "contenzioso" genericamente inteso il valore di specifico *asset* da monetizzare in sede di realizzazione unitaria dell'attivo.

Prima dell'intervento riformatore, infatti, le vendite aggregate di beni e la cessione dei diritti rappresentavano ipotesi eccezionali di lavoro sulle quali basare la strategia liquidativa, giustificate dalla ricercata coerenza fra la previgente disciplina fallimentare dell'alienazione di beni mobili (v. il vecchio testo dell'art. 105 l.fall.) e la natura composita dei compendi aziendali, oppure dai criteri di «necessità o utilità evidente» richiesti dal precedente art. 106 per le vendite in massa di attività mobiliari⁴³.

Nel transito alla nuova filosofia ispiratrice della *programmazione* e variegata *attuazione* delle cessioni di beni, invece, il legislatore non soltanto ha favorito le aggregazioni di valori dirette al miglior realizzo dell'attivo, ma ha perfino precisato ed esteso la individuazione degli *assets* monetizzabili. I crediti, le azioni revocatorie, le quote societarie, risultano

⁴³ Per riferimenti generali nella disciplina previgente, v. F. CINTIOLI - G. D'AMICO - F. GUERRERA - D. LAELLA, *I trasferimenti d'azienda*, Milano, Giuffrè, 2000; G. BOZZA, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in *Fallimento*, 1987, pp. 283 ss.; ID., *La vendita dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 1988; e poi L. PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in AA.VV., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani - A. Patti, Ipsoa, Milano, 2006, p. 191; F. FIMMANÒ, *Vendita di azienda, di rami, di beni e di rapporti in blocco*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Iorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Torino, 2007, p. 1689; A. PALUCHOWSKY, *Vendita di azienda, di rami, di beni e di rapporti in blocco*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, p. 974.

oggi espressamente presi in considerazione quali *beni* presenti nella disponibilità gestoria del curatore per formarne oggetto di alienazione anche anticipata.

E' pur vero che, fra il momento della programmazione delle attività liquidative (art. 104 *ter*) e quello della sua attuazione (art. 106), la lettera della legge sembrerebbe trascurare la regolazione della cedibilità delle azioni risarcitorie e recuperatorie, alle quali non dedica espressa attenzione. Deve tuttavia ritenersi che il "sistema" della cessione concorsuale delle azioni attinge non soltanto a norme di carattere sostanziale, legate essenzialmente alla cessione negoziale di beni e diritti, ma anche - ed ovviamente - a norma di carattere processuale (fra tutte, gli artt. 110 e 111 c.p.c.), visto che dette cessioni producono effetti destinati a ripercuotersi necessariamente sui giudizi pendenti o da instaurare. Non è detto, dunque, che il mancato richiamo dell'art. 106 alle azioni recuperatorie e risarcitorie valga ad escluderne la cedibilità; anzitutto, perché la "liquidazione" delle relative pretese viene inserita per legge nel programma di cui all'art. 104 *ter* e, in secondo luogo, perché di cessione delle azioni (aventi ad oggetto pretese) "di pertinenza della massa" si torna a parlare in altra sede della legge fallimentare, ma sempre in materia di regolazione dei meccanismi di realizzazione dell'attivo.

La superiore impostazione - come si vedrà anche oltre - risulta confermata dalle disposizioni dettate in tema di cessione concordataria delle azioni (art. 124, commi 1 e 4, l.fall.), le quali assolvono, in una prospettiva più articolata, alle medesime logiche funzionali. La soddisfazione del ceto creditorio viene assicurata mediante attribuzione alla curatela di una legittimazione dai contorni ancora indefiniti, ma apprezzabile sia sul piano *dispositivo negoziale*, che su quello *processuale formale*. Se al curatore è infatti attribuito il potere di trasferire al proponente i «*beni compresi nell'attivo fallimentare*», la proposta può estendersi fino a comprendere situazioni giuridiche qualificate come «*azioni di pertinenza della massa*» (art. 124, co. 4), le quali - a prescindere dalla esatta classificazione che può offrirsi e salve le specificazioni del caso - comportano l'astratta cedibilità del potere di agire e proseguire nel processo, riconosciuto alla curatela in ambiti anche differenti da quello latamente revocatorio.

Sotto questo profilo, le differenze testualmente ravvisabili fra cessione autonoma e cessione concordataria delle azioni *riducono* sensibilmente la propria portata semantica, senza intaccare in assoluto il

contenuto dell'attività dispositiva, ma eventualmente sottoponendola a precise *condizioni* e/o *presupposti* formali.

D'altra parte, la sempre valida⁴⁴ ed oggi ribadita⁴⁵ funzione di attuazione della garanzia che viene riconosciuta al concorso sul patrimonio dell'imprenditore, qualifica in senso universale i beni appartenenti al debitore, a prescindere se essi siano beni strumentali, poteri, azioni, facoltà, o rapporti giuridici che costituiscono il mezzo per l'acquisto o la conservazione di altri beni.

Esistono inoltre possibilità di recupero di beni che non fanno parte del patrimonio al momento della dichiarazione di fallimento, in quanto ceduti nel contesto di un'attività fraudolenta del debitore e da riacquisire tramite l'esercizio delle azioni revocatorie, surrogatorie, o di simulazione. E, come si anticipava, esistono infine pretese in corso di formazione, che non possono farsi rientrare né fra i crediti certi, né fra quelli in contestazione, ma sono tuttavia suscettibili di essere valutate sotto il profilo economico quali *assets* eventualmente cedibili. Si tratta, ad esempio, delle pretese risarcitorie che il debitore avrebbe potuto far valere nei confronti di terzi, ovvero delle analoghe pretese che i terzi avrebbero potuto far valere *uti singuli* nei suoi confronti, con l'intento di ottenere la riparazione del danno cagionato dallo stesso imprenditore.

Nel primo caso, si dovranno azionare diritti del *debitore* nel quadro di una legittimazione di carattere *generale*, spettante al curatore quale gestore *esclusivo* del patrimonio e dei rapporti processuali del fallito (artt. 31 e 43 l.fall.); nel secondo caso, invece, dovranno azionarsi diritti *altrui*, sulla base di una legittimazione di carattere *speciale* ancorata a tassative ipotesi legali (art. 2394 *bis* c.c., art. 2497 ult. comma, c.c.; art. 146, comma 2, lett. *a*); art. 146, comma 2, lett. *b*) con riferimento all'art. 2476, comma 7, c.c.), il cui fondamento è ormai riconosciuto nel beneficio finale che la *massa* dei creditori riceverà dalla reintegrazione o riparazione del patrimonio fallimentare⁴⁶.

⁴⁴ S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 404 (nt. 9).

⁴⁵ I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1037 (nt. 1).

⁴⁶ Non vi è ancora unanimità di consensi in dottrina circa le azioni da ricomprendere nell'ambito della legittimazione generale che il curatore possiede rispetto alle situazioni giuridiche presenti nel patrimonio del fallito (art. 43 l.fall.), ovvero, per altro verso, derivanti dalle singole "legittimazioni speciali" attribuite alla curatela nell'interesse dei creditori (cfr. G. TARZIA *La cessione delle azioni*, cit., pp. 861 ss. (nt. 1); F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., pp. 1121 ss. (nt. 1); per una sintesi, I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., pp. 1037 ss.(nt. 1).

La fattispecie traslativa in commento viene così ad assumere connotati più chiari, individuando, sotto il profilo *soggettivo*, il curatore quale legittimato in via esclusiva a *disporre* dei "beni" del fallito ed a *rappresentare* in sede giudiziale gli interessi dei creditori concorsuali. Sotto il profilo *oggettivo*, invece, essa può ragionevolmente *estendersi* a tutte le *posizioni giuridiche controverse*, la cui definizione risulti suscettibile di apportare benefici al patrimonio del debitore, o comunque alla massa dei creditori.

Considerato, dunque, che la posizione del curatore è sempre funzionale alla realizzazione di un interesse alieno variamente graduato e qualificato, rimane da chiarire in quali termini la predicata estensione - e la conseguente cessione che qui si analizza - possa realizzarsi. Non si trascuri, infatti, la sussistenza di posizioni giuridiche rispetto alle quali risulta più complesso immaginare un'attivazione suppletiva della curatela, soprattutto in ordine a fatti di non esclusiva imputabilità e lesioni di incerta o diffusa ricaduta patrimoniale. Ciò accade, ad esempio, con l'azione risarcitoria da concessione abusiva del credito realizzata in favore dell'impresa decotta; azione recentemente sottratta dalle Sezioni Unite sia alla legittimazione generale della curatela (art. 43 l.fall.), che allo spettro delle legittimazioni processuali cc.dd. *straordinarie*⁴⁷, in quanto considerata di pertinenza "individuale", ossia esclusivamente di quel creditore (o gruppo di creditori) che possa legittimamente affermare di aver patito un danno da artefatta continuazione dell'impresa debitrice. L'azione risarcitoria in parola non possiede, in altri termini, i requisiti di "universalità" del beneficio richiesto (essendo diretta alla reintegrazione dell'attivo fallimentare) e "concorsualità" di accesso (dovendo prescindere dalle quote di riparto), che caratterizzerebbero le azioni di massa e, per quanto attiene all'argomento in esame, ne consentirebbero la conseguenziale cedibilità⁴⁸.

⁴⁷ Sarebbe scorretto immaginare che taluno possa esercitare diritti altrui in mancanza di una espressa norma processuale sulla legittimazione (cfr. art. 81 c.p.c.); ma è altrettanto opportuno verificare se non sussistano legittimazioni processuali, che possano derivare alla curatela non tanto dalla attribuzione formale del potere di agire (il che dovrebbe sottostare alla regola di specialità), quanto piuttosto dalla stessa configurazione dell'azione in termini di strumento diretto a tutelare interessi patrimoniali universali e concorsuali e, come tale, assistito da legittimazione processuale "implicita" (ma non "generale", ai sensi dell'art. 43 l.fall.) del curatore.

⁴⁸ Il dibattito suscitato in vista della sentenza SS.UU. n. 7030, del 28 marzo 2006, in *Foro it.*, 2006, p. 3414; in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 615; e in *Fallimento*, 2006, p. 115, è noto (cfr. il numero monografico de *Le Società*, n. 4, 2007; e poi C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria «di massa» per «concessione abusiva di credito»*, in *Fallimento*, 2005, p. 857; A. CASTIELLO

Non si trascuri tuttavia che la Suprema Corte è recentemente tornata sull'argomento, questa volta ammettendo che il curatore possa esercitare l'azione risarcitoria contro la banca che abbia però *concorso* nella *mala gestio* dell'impresa sovvenuta; è stato infatti applicato il diverso schema normativo di estensione dell'obbligazione, in base al quale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile (art. 2055 c.c.)⁴⁹.

D'ANTONIO, *La banca tra «concessione abusiva» e «interruzione brutale» del credito*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 766; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, ESI, Napoli, 2004, p. 207; G. LO CASCIO, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fallimento*, 2002, p. 1181; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 265; ed anche A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 648).

L'azione è esercitata per far valere il diritto dei creditori anteriori al fallimento ad essere risarciti per il pregiudizio sofferto come conseguenza dell'aumento della massa passiva, a sua volta provocato dall'artificioso finanziamento deciso dall'istituto di credito (ovvero da una pluralità di istituti di credito). Si discuteva se detta azione potesse essere esercitata dal curatore nell'interesse dei creditori, ovvero se il curatore potesse esercitare soltanto il diritto risarcitorio sorto in capo all'impresa fallita, ovvero ancora se essa permanesse in capo ai soli creditori lesi. Anche sotto il profilo processuale, poteva ritenersi che la legittimazione del curatore discendesse dall'art. 24 l.fall. e che la relativa competenza spettasse in via esclusiva al Tribunale che ha dichiarato il fallimento. Nel rendere la decisione regolatrice del 28 marzo 2006, la Suprema Corte ha preso le mosse dalla premessa secondo cui il curatore non è titolare di una legittimazione generale a rappresentare gli interessi dei creditori. Al contrario, il curatore espleta funzioni di conservazione del patrimonio del debitore e di garanzia dei diritti creditori, anche attraverso l'esercizio di azioni funzionali a ripristinarne l'integrità o ripararne la lesione (azioni "di massa"). Per tale motivo, in presenza di pretese azionabili individualmente, in quanto dirette a procurare vantaggi a specifici creditori, la legittimazione della curatela viene meno.

Dall'elaborato della Cassazione, si perviene a definire l'"azione di massa" come diretta a far valere l'indistinto vantaggio che i creditori ricavano dall'incremento della massa attiva realizzatosi a seguito dell'esito vittorioso dell'iniziativa giudiziaria, a prescindere dalla quota di incremento che ciascuno di essi percepirà nell'ambito del riparto endofallimentare. Non sono da considerarsi azioni di massa, pertanto, quelle cui è sotteso l'accertamento di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori, od anche ad una categoria o classe (cfr. M. FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale*, in B. Inzitari (a cura di), *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Cedam, Padova, 2006, p. 57). Può accadere, infatti, che il creditore non abbia ricevuto alcun danno dall'artefatta prosecuzione dell'attività d'impresa, oppure abbia maturato il proprio credito soltanto dopo il finanziamento abusivo erogato dalla banca.

⁴⁹ Cass., 1 giugno 2010, n. 13413, in *Giur. it.*, 2011, 109; per la natura plurioffensiva dell'inadempimento gestionale e l'estensione della responsabilità, v. M. FERRARI,

3. Pretesa sostanziale e legittimazione processuale nella circolazione delle azioni di massa: l'oggetto della cessione.

Per giungere ad una classificazione di massima delle azioni cedibili e delle relative conseguenze, è utile esplicitare una distinzione sovente data per presupposta nelle analisi sul tema, probabilmente anche a causa di una certa vaghezza della definizione normativa⁵⁰.

Solo recentemente⁵¹, infatti, il problema della esatta qualificazione dell'oggetto della cessione ha fatto riemergere antichi quesiti, un tempo legati alla incerta natura dell'azione revocatoria (ordinaria e fallimentare) e poi tendenzialmente superati dal definitivo acclararsi della efficacia costitutiva della sentenza di revoca in ordine al connesso diritto alla modificazione giuridica invocata⁵². Lo stato della ricerca si concentra attualmente su due profili del medesimo tema, fra loro intimamente connessi ed inerenti, per un verso, alla *qualificazione* delle situazioni giuridiche negoziate e, per altro, alle *conseguenze* derivanti dalla loro traslazione.

Naturalmente, sfugge ai limiti del presente lavoro lo svolgimento di un'indagine approfondita e separata sugli aspetti sopra indicati; deve tuttavia ritenersi possibile l'apporto di un contributo ulteriore lungo due specifiche direttrici: *a*) una definizione più puntuale dei meccanismi di legittimazione e delle posizioni traslate; *b*) ed una più approfondita analisi della struttura giuridica del negozio di cessione.

Affrontando unitariamente i due profili problematici ed attingendo ad una centenaria elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁵³, deve anzitutto chiarirsi che l'analisi dell'istituto della cessione delle azioni nel diritto concorsuale non può limitarsi allo studio della legittimazione processuale generale (art. 43 l.fall.), o delle legittimazioni speciali (cfr., ad esempio, gli artt. 2394-*bis*, e 2497, co. 4, c.c.; 146 l.fall.), così facendo

Legittimazione del curatore, cit., p. 57 (nt. 48); e già F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Giuffrè, Milano, 1991, 176.

⁵⁰ I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1037 (nt. 1).

⁵¹ I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1037 (nt. 1); e A. BRIGUGLIO – F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit., spec. pp. 508 ss. (nt. 1).

⁵² Per tutti, G. TERRANOVA, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola e F. Galgano, artt. 64-71, t. 1, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, pp. 193 ss.

⁵³ Cfr. G. TOMEL, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, p. 66 s.

retrocedere il potere di azione della curatela ad una mera attribuzione straordinaria della facoltà di agire nell'interesse altrui⁵⁴, ossia di colui che, peraltro, essendo titolare del diritto azionato, dovrebbe necessariamente partecipare al giudizio secondo il disposto inderogabile dell'art. 102 c.p.c.⁵⁵.

Osservata sotto un profilo squisitamente patrimoniale, infatti, l'azione non rappresenta soltanto l'attuazione giudiziale della pretesa sostanziale - con la quale mantiene comunque un rapporto di necessità -, ma costituisce essa stessa elemento del coacervo di *beni* in senso giuridico, sommariamente assunti nella stessa definizione di patrimonio⁵⁶. D'altra parte, l'intrinseca *concretezza* dell'azione consente di comprendere come essa possa avere - ed effettivamente abbia - una sua disciplina sostanziale, che si manifesta nelle formule della decadenza, della prescrizione, della improponibilità, della inammissibilità e, appunto, della negoziabilità. In tal senso, in diritto positivo, non esiste una sola azione, ma tante azioni quanti sono i diritti che intendono farsi valere, le categorie cui essi appartengono e, in definitiva, i soggetti ai quali sono imputati⁵⁷.

Sicché, qualsiasi grado di astrattezza l'azione possa raggiungere non sarà comunque possibile elidere la stretta connessione esistente fra *Klage* e *Anspruch*, intesa come necessaria pertinenza della prima (l'azione) alla

⁵⁴ Per approfondimenti su questo profilo, si vedano A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, pp. 524 ss.; e prima ancora, V. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, pp. 273 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 131 ss.; E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 566 ss.; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, pp. 721 ss.; G. TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 65 ss. (nt. 53); E. FAZZALARI, voce *Azione civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 32.

⁵⁵ Si vedano, tra i molti, G. FABBRINI, voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 810 ss., spec. p. 817; G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 115 ss.; L. ZANUTTIGH, voce *Litisconsorzio necessario*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, pp. 41 ss.; ma v. naturalmente G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, (oggi) in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. II, Il Foro Italiano, Roma, 1931, pp. 427 ss.; e di E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rist. della I ed. (Milano, 1911), Giuffrè, Milano, 1960.

⁵⁶ V. anzitutto S. PUGLIATTI, voce *Beni*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, pp. 164 ss.; e V. M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1959, pp. 271 ss.; e naturalmente, R. ORESTANO, voce *Azione* (Storia del problema), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 785 ss.; e S. SATTA, voce *Azione* (L'azione nel diritto positivo), *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 822 ss.

⁵⁷ Sul punto, v. senz'altro le limpide parole di R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1953, p. 20.

sussistenza almeno affermata della seconda (la pretesa). Avviene tuttavia che l'attribuzione del potere di agire risponda talora all'esigenza di consentire l'attivazione di una iniziativa che, in condizioni date, non risulta azionata; ciò che accade, ad esempio, con l'azione di cui all'art. 2901 c.c., la cui denominazione tradizionale (azione surrogatoria) non deve far pensare ad un'azione tipica, di contenuto particolare, che spetti al creditore nei confronti del debitore o di terzi. Il creditore non esercita alcuna speciale azione verso il debitore, al quale piuttosto si sostituisce (in senso lato) facendo valere nei confronti del terzo la medesima azione che in concreto spetterebbe al debitore.

Per tale motivo, con più corretta terminologia, non di *azione surrogatoria* deve parlarsi, bensì di *legittimazione surrogatoria*, intesa quale facoltà, concessa ad un soggetto in via straordinaria, di esercitare l'altrui azione o far valere l'altrui diritto con efficacia immediata per il titolare. In presenza dei presupposti richiesti dalla fattispecie, qualsiasi azione a contenuto patrimoniale spettante al debitore potrebbe essere esercitata *nomine debitoris* dai suoi creditori, avvalendosi della legittimazione straordinaria concessa loro dalla legge. Nel contesto generale delineato dagli artt. 24 Cost., 2907 c.c., 81 e 102 c.p.c., la legittimazione surrogatoria si colloca dunque come una delle possibili specificazioni normative della legittimazione straordinaria.

Riportando il discorso nell'alveo della disciplina concorsuale, si potrà verificare come le "legittimazioni straordinarie" spettanti alla curatela discendono: *i*) dall'attribuzione della titolarità di azioni derivanti a titolo originario dal fallimento e che, dunque, non sarebbero neanche sorte in mancanza di detta preconditione (art. 24 l.fall.); *ii*) oppure, dal generale potere di gestione (e, quindi, anche di attuazione processuale) di pretese non azionate, sebbene già presenti e riconoscibili nel patrimonio del fallito, ma come tali sottratte alla sua disponibilità (art. 43 l.fall.); *iii*) o ancora, dal potere di esperire azioni anche preesistenti al fallimento, rispetto alle quali l'apertura del concorso determina soltanto la migrazione della relativa legittimazione processuale dal titolare originario alla curatela (artt. 66, 67 l.fall.; cfr. art. 1414 c.c.⁵⁸); *iv*) o infine, dall'attribuzione

⁵⁸ Per l'inclusione dell'azione di simulazione fra le azioni "di massa" e, quindi, per la estensione ad essa della legittimazione processuale della curatela, v. Cass., 20 luglio 2004, n. 13496, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, p. 297; cfr. anche Cass., 9 luglio 2005, n. 1448, in *Fallimento*, 2006, p. 141; si consideri peraltro che la giurisprudenza, mediante l'inclusione della curatela fra i soggetti titolati a far valere la simulazione dell'atto compiuto dal fallito, potrebbe rendere superfluo il meccanismo del subingresso nella

del potere di attuazione processuale di una pretesa risarcitoria collettiva o di interesse generale, sottratta dalla legge alla disponibilità dei rispettivi titolari e riservata all'iniziativa della curatela (artt. 2394-*bis*, 2476, 2497, ult. co., c.c.; art. 146 l.fall.).

3.1. Segue: le azioni di responsabilità.

La definizione dell'area di rilevanza delle pretese risarcitorie che possono includersi fra le cc.dd. "azioni di massa" - da considerare quindi cedibili a fini di realizzazione anticipata dell'attivo - merita una trattazione specifica, presentandosi tuttora in corso di elaborazione da parte della dottrina. A tal riguardo, un utile criterio di selezione è rappresentato, anzitutto, dal tipo societario di riferimento.

Ai sensi dell'art. 2394 *bis* c.c., nel caso di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria di *s.p.a.*, il curatore, il commissario liquidatore ed il commissario straordinario saranno legittimati ad esercitare: i) l'azione di responsabilità di cui agli artt. 2392, 2393 e 2393 *bis* c.c., diretta a far valere la pretesa risarcitoria *sociale* attivabile nei confronti degli amministratori (di diritto e di fatto), nonché nei confronti dei consiglieri di gestione (sistema dualistico), dei consiglieri di amministrazione (sistema monistico) e dei direttori generali (art. 2396, c.c.); l'azione deve intendersi estesa anche alla fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2486 c.c., per la tutela della pretesa (anch'essa *sociale*) scaturente dal pregiudizio da "continuazione dell'attività", cagionato dagli amministratori in conseguenza del verificarsi di una causa di scioglimento della società; fra i legittimati passivi, sono infine compresi anche i liquidatori (art. 2489 c.c.); ii) l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c., diretta a far valere la pretesa risarcitoria *altrui*, ossia quella che i creditori sociali possono vantare *direttamente*⁵⁹ ogni qual volta gli

posizione del debitore e, piuttosto, consentire la qualificazione dell'azione di simulazione quale azione che deriva dal fallimento ai sensi dell'art. 24 l.fall. (così, I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1042 (nt. 1).

⁵⁹ Secondo la dottrina maggioritaria, l'azione di responsabilità esercitata dai creditori *non* possiede natura surrogatoria della pretesa sociale: per una dimostrazione più estesa, sia permesso il rinvio a D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. cap. 3; da ultimo, cfr. la tesi sviluppata da S. SERAFINI, *L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 849 ss., secondo cui l'azione sociale deve essere considerata come «rimessa ai soci collettivamente considerati» e quella dei creditori come «complementare rispetto a quella esercitata dai soci ... ed avente la medesima funzione di questa, ossia la reintegrazione del patrimonio sociale» (v. spec. pp. 884 ss.). La qualificazione che l'A. offre dell'azione dei

amministratori rendano incapiente il patrimonio della s.p.a. a seguito della violazione dei relativi obblighi di conservazione. Anche in tal caso, è ragionevole ritenere che la medesima azione, potendo essere esperita dai creditori sociali per la riparazione del pregiudizio nascente a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento (art. 2486, c.c.), possa ritenersi esercitabile anche dal curatore della società fallita e, eventualmente, nei confronti dei liquidatori.

Sia l'azione sociale di responsabilità, che quella spettante ai creditori sociali, possono inoltre esercitarsi contro gli organi di controllo della s.p.a. L'art. 2407 c.c. prevede un'espressa estensione ai sindaci delle norme appena richiamate che, in virtù della salvifica clausola legale contenuta nell'art. 223 *septies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, deve considerarsi applicabile anche ai componenti del consiglio di sorveglianza (sistema dualistico) e del comitato interno per il controllo sulla gestione (sistema monistico).

Analogamente deve poi ritenersi coinvolgere sia i soggetti preposti all'attività di revisione contabile (art. 2409 *bis*, c.c.), che anche il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154 *bis* TUF). I primi sono sottoposti alle stesse disposizioni che riguardano i componenti del collegio sindacale per espresso rinvio operato dall'art. 2409 *sexies* all'art. 2407. Il secondo soggiace alle stesse disposizioni che riguardano gli amministratori per espressa previsione dell'art. 154-bis, co. 6, TUF.

Discorso parzialmente diverso va fatto con riguardo al fallimento di *s.r.l.*

Con la riforma del diritto societario, il legislatore ha infatti ridisegnato l'assetto dei poteri processuali diretti a far valere la responsabilità dell'organo di gestione. L'art. 2476 c.c. ha attribuito al singolo socio la legittimazione processuale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, con ciò, evidentemente, non intendendo privare la

creditori quale «mezzo collettivo di conservazione della garanzia patrimoniale» ha il merito di spostare l'attenzione dell'interprete sulla *funzione* del rimedio, giungendo ad affermare la legittimazione processuale *autonoma* dei creditori e, tuttavia, la natura *indiretta* del risarcimento, visto che questo giova sempre alla società. L'idea che un'azione - in sede interpretativa - possa affermarsi di spettanza *collettiva* genera alcune perplessità, essenzialmente dovute alla natura tassativa ed al rango ordinamentale del sistema di attribuzione dell'iniziativa processuale; in tal senso, immaginare che soggetti terzi (creditori) possano esercitare i diritti risarcitori altrui (società) in mancanza di una norma attributiva della connessa legittimazione processuale (straordinaria o sostitutiva) appare in contrasto con gli artt. 24 Cost., 2907 c.c., 81 e 102 c.p.c.

società di autonoma legittimazione attiva, bensì introducendo una sorta di legittimazione individuale di carattere *derivativo* all'americana, la cui coesistenza con la legittimazione sociale primaria è dimostrata: *i*) dalla necessaria destinazione alla società del risultato utile dell'azione (arg. ex art. 2476, co. 4, c.c.); *ii*) dalla facoltà di rinuncia e transazione concessa alla società (art. 2476, co. 5, c.c.); *iii*) dall'espresso mantenimento dell'azione individuale (art. 2476, co. 6, c.c.)⁶⁰. Alla tradizionale azione sociale di responsabilità è stata poi aggiunta – ma invero trattasi di azione già ricavabile dal sistema previgente – quella esercitabile contro i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (art. 2476, co. 7, c.c.), come tali chiamati a rispondere in solido con gli amministratori⁶¹.

L'azione sociale di responsabilità deve inoltre ritenersi esperibile nei confronti degli amministratori per il pregiudizio derivante dalle operazioni compiute a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento della società, essendo l'art. 2486 c.c. dettato indistintamente per tutte le società (azionarie e non). Deve tuttavia rilevarsi come la responsabilità civile da "nuove operazioni" descritta dalla norma in parola sia espressamente invocabile, non soltanto dalla società, ma anche da parte dei creditori sociali e dei terzi. Il che può risultare significativo ai fini della individuazione dell'ampiezza della *facultas agendi* del curatore. Si considera peraltro estendibile alle s.r.l. il dettato dell'art. 2489 c.c., che disciplina la responsabilità dei liquidatori mediante rinvio in blocco alle norme dettate in tema per gli amministratori e che, ad ogni modo, riguarda pur sempre una pretesa di spettanza *sociale*.

Da questo quadro, come a tutti noto, rimane fuori una importante e discussa fattispecie di responsabilità, analoga a quella prevista dall'art. 2394 c.c. per i creditori della s.p.a. Non esiste, infatti, alcun indizio normativo (diretto, o di rinvio anche implicito) che faccia ritenere i creditori della s.r.l. titolari di una pretesa risarcitoria azionabile nei confronti dell'organo amministrativo per fatti inerenti alla gestione della

⁶⁰ Sia permesso il rinvio a D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità*, cit. (nt. 59), *passim*, ove numerosi riferimenti; v. inoltre F. M. MUCCIARELLI – L. ENRIQUES, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in P. Abbadessa e G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Utet, Torino, 2006, vol. 2, pp. 859 ss.

⁶¹ Sul punto, v. senz'altro V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in P. Abbadessa e G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Utet, Torino, 2006, vol. 3, pp. 665 ss.

società ed eziologicamente connessi alla lesione dei rispettivi diritti di credito. Ai nostri fini, ovviamente, il problema circa la omessa previsione dell'azione dei creditori sociali non rileva con riguardo alla fisiologia societaria – nell'ambito della quale è ormai aperta la strada per affermare l'incoerenza di un sistema che non preveda il rimedio in parola⁶² –, né tantomeno interessa affermare l'indiscusso diritto di ciascun creditore sociale di azionare individualmente la pretesa con l'azione aquiliana (art. 2043 c.c.). In questa sede, il problema riguarderebbe infatti il ventaglio delle legittimazioni processuali di derivazione fallimentare (o "di massa"), la cui attribuzione al curatore richiede un appiglio normativo in grado di superare gli ostacoli posti dall'art. 24 Cost. e 81 c.p.c., che nella specie risulterebbero insormontabili e precluderebbero, di fatto, l'accesso a quello che – a causa delle più favorevoli regole di prescrizione a tutti note – sovente risulta l'unico strumento risarcitorio azionabile nei confronti degli amministratori⁶³.

Infine, l'art. 2497 c.c. prevede che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e

⁶² Cfr. in generale la tesi di M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim*; e poi, per approfondimenti, S. AMBROSINI, Art. 2476, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1586 ss.; P. BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, pp. 1063; G. CAVALLI, *Il controllo legale dei conti*, in *Giur. comm.*, 2003, I, spec. p. 721, (nt. 21); D. CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, p. 1575; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controlli nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 486; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, p. 1571; F. MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Giappichelli, Torino, 2003, p. 96; F. PARRELLA, *Articolo 2476*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 121 ss.; G. RACUGNO, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2003, p. 16; G. C. M. RIVOLTA, *Profili della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, pp. 691 ss.; V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, p. 8; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 76 ss.; G. M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in P. Abbadessa e G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, vol. 3, pp. 583 ss.; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, *ibidem*, pp. 631 ss.; MELI, *La responsabilità dei soci*, *cit.*, pp. 665 ss. (nt. 61); da ultimo, G. LANDOLFI, *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

⁶³ Per il riconoscimento di un'azione aquiliana a favore dei creditori sociali, Trib. Napoli, 12 maggio 2004, Pres. Dacomo, Rel. Pica, in www.ilcaso.it; ed inoltre Trib. Verona, 6 settembre 2011, Pres. Mirenda - Est. Lanni, in www.ilcaso.it.

imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. L'ultimo comma della norma dispone che, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori della controllata è esercitata dal curatore, dal commissario liquidatore, o dal commissario straordinario.

E' dunque prevista una ipotesi di responsabilità, che può essere attivata dal curatore verso una platea estesa di convenuti: nei confronti della società che ha esercitato la direzione, di chi abbia preso parte al fatto lesivo (ad es., gli amministratori della società soggetta alla direzione, poi fallita e gli amministratori della società capogruppo) e di chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio (ad es., gli amministratori o i soci di controllo della società capogruppo). Anche in tal caso, come in quello previsto dall'art. 2394 c.c., la pretesa risarcitoria azionata non spetta alla società fallita, bensì ai soci ed ai creditori di questa. E la legittimazione processuale del curatore, pertanto, non discende dall'applicazione dell'art. 43 l.fall., bensì da una precisa scelta del legislatore che, sempre in deroga agli artt. 24 Cost. e 81 c.p.c., attribuisce la *facultas agendi* a soggetto differente dal titolare della pretesa sostanziale.

Non è invece contemplata un'azione di responsabilità esercitabile dalla curatela contro la società controllante nell'interesse proprio della società fallita. Ma ad un risultato interpretativo del genere potrebbe giungersi riconoscendo la sussistenza di una pretesa aquiliana in capo alla società controllata, che il curatore potrebbe far valere mediante la legittimazione processuale generale riconosciutagli dall'art. 43 l.fall.⁶⁴.

⁶⁴ Per l'ammissibilità di un'azione risarcitoria a favore della società dominata, F. GUERRERA, «Compiti» e responsabilità del socio di controllo, in RDS, 2009, 506 ss., spec. 512; ed anche ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Utet, Torino, 2004, 74 ss.; cfr. inoltre, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione unitaria*, in P. Abbadessa e G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2007, vol. 3, 317; contra, P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279 ss.; e V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in P. Abbadessa e G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2007, vol. 2, 939.

3.2. *Segue: legittimazione "sostitutiva" del curatore e selezione dei diritti cedibili.*

Passando in rassegna le sopra elencate ipotesi di *sostituzione* dell'attore che la legge realizza in favore della curatela fallimentare, si sarà notato come il problema dell'azione esercitata e dei connessi diritti affermati venga a coincidere essenzialmente con quello della *consistenza* della "legittimazione" a proporre la relativa domanda giudiziale e dell'*estensione* del contraddittorio da instaurare in giudizio. Non tutti i meccanismi di duplicazione della legittimazione processuale corrispondono, infatti, alla medesima logica giuridica, essendo diretti, alcuni, all'attuazione della pretesa *a prescindere* dalla partecipazione al giudizio del titolare della stessa e, altri, ad assicurare il medesimo risultato con la *presenza necessaria* del legittimato in via ordinaria.

Ciò accade perché, ogni qualvolta si realizza una deroga al principio di stretta corrispondenza fra il titolare del diritto affermato o contestato ed il soggetto che riveste la qualità di attore o convenuto (cfr. art. 24 Cost.), l'ordinamento appresta due strumenti tendenzialmente alternativi: quello della *legittimazione straordinaria* in senso proprio; e quello della *sostituzione processuale* di cui all'art. 81 c.p.c.⁶⁵. Con la differenza che, al di là del rilievo

⁶⁵ Si tratta di valutazioni politico-legislative – talora di mera opportunità, altre volte dettate dalla necessità di indirizzare la tutela verso altri soggetti –, rispetto alle quali è opportuno segnalare la discriminante rappresentata dalla necessità, o meno, di instaurare il litisconsorzio necessario con il legittimato in via ordinaria (v. senz'altro gli artt. 101 e, soprattutto, 102 c.p.c.). L'art. 81 c.p.c., infatti, porta la rubrica «Sostituzione processuale» e non è raro che questo istituto sia assimilato in tutto alla legittimazione c.d. straordinaria, della quale la sostituzione rappresenterebbe soltanto una specificazione (v. ad es., E. FAZZALARI, voce *Sostituzione processuale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 160) che, appunto, non richiederebbe la necessaria presenza in giudizio del soggetto "sostituito" o legittimato in via ordinaria.

Può osservarsi che le ragioni di opportunità possono ravvisarsi, ad esempio nel caso dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. (prevista a favore del creditore, in "sostituzione" del debitore che trascuri di far valere il proprio credito), ovvero (sotto il profilo passivo) dell'azione diretta contro l'assicuratore della responsabilità civile (art. 18, l. 24 dicembre 1969, n. 990) e della c.d. "azione popolare" di cui all'art. 7, l. 18 giugno 1990, n. 142 (estesa dall'art. 4, l. 3 agosto 1999, n. 265, a tutte le azioni esercitabili dai comuni anche dinanzi al giudice ordinario). Altre volte, la scelta legislativa in discorso appare determinata da esigenze di natura sociale radicate in precetti costituzionali, quali il diritto di associazione di cui all'art. 18 Cost., da cui deriverebbe la tendenza a riconoscere la legittimazione a determinati «gruppi» per far valere diritti dei singoli (o anche dei singoli) che vi appartengono, in quanto tali gruppi appaiono, più del singolo, sensibili alle esigenze di tutela e, soprattutto, più in grado di far valere le situazioni soggettive correntemente indicate come *interessi collettivi o diffusi* (esemplificativamente, tra i moltissimi, cfr. V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo – La legittimazione ad agire*,

meramente lessicale della questione⁶⁶, la chiamata in giudizio del legittimato "ordinario" risponde alla logica di consentire che *costui* (in quanto titolare affermato della pretesa, ovvero destinatario naturale degli effetti del provvedimento richiesto) partecipi al giudizio da protagonista, onde poterne condizionare l'esito senza subire l'attività processuale dell'attore (legittimato "straordinario") e, per tale via, imponendo una dialettica che potrebbe valutarsi sintomatica della scelta operata dal legislatore nel bilanciamento degli opposti interessi.

Qualora, al contrario, il litisconsorzio con il legittimato ordinario non risulti necessario (art. 102 c.p.c.), l'ordinamento assume che il giudizio possa essere condotto fino in fondo esclusivamente dal legittimato straordinario.

La prima figura descritta corrisponde alla *legittimazione straordinaria in senso proprio*⁶⁷; in tal caso, la sentenza produce effetti nei confronti del legittimato ordinario, ma, qualora venisse pronunciata in difetto di integrità del litisconsorzio necessario, risulterebbe *inutiliter data*.

Rispetto alla seconda figura, da intendersi quale *species* della prima, è invece più appropriato parlare di *sostituzione processuale*, in quanto l'intensità della deroga al criterio generale (della coincidenza tra l'attore ed il soggetto affermato titolare della pretesa) è talmente elevata da consentire che il processo si svolga in assenza del sostituito, ma con gli stessi effetti giuridici che deriverebbero dalla sua eventuale partecipazione⁶⁸.

Giuffrè, Milano, 1979, *passim*; E. GRASSO, *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 242 ss.; F. CARPI, *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 544 s.; M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, pp. 49 ss.).

⁶⁶ La legge non è sempre esplicita nell'individuare le ipotesi di litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) e, anzi, essa rinvia sovente alla percezione dell'interprete circa la inevitabilità che la decisione produca effetti nei confronti di più parti (cfr. artt. 331, 419, 420 co. 9, 619, 784, c.p.c.; e 67, 180, 247, 248, 249, 1010, 2733, 2738, 2900, 2901, c.c.). Ciò che appare importante ai nostri fini è comprendere se una fattispecie data sia configurabile quale ipotesi di legittimazione straordinaria in senso stretto, ovvero di sostituzione processuale, al fine di scongiurare la possibilità di una sentenza "inutile".

⁶⁷ Si pensi appunto all'ipotesi del creditore che inizia un processo, al posto del proprio debitore negligente, affinché il debitore di quest'ultimo (*debitor debitoris*) venga condannato ad adempiere (azione surrogatoria ex art. 2900 c.c.); ovvero al caso in cui il pubblico ministero chiede la dichiarazione di nullità del matrimonio di persona già coniugata, ex art. 117 c.c. (modificato dalla l. 19 maggio 1975, n. 151). Nel primo caso, il debitore surrogato deve partecipare al processo (art. 2900, co. 2, c.c.); nel secondo caso, ovviamente, i contraddittori necessari sono i (pretesi) bigami (cfr. art. 125 c.c.).

⁶⁸ Non è necessario che il soggetto sostituito partecipi al giudizio nel caso di

Il tema dell'esatta qualificazione della legittimazione processuale della curatela - alla luce di una lettura che tenga conto delle situazioni giuridiche sostanziali e non soltanto della profilatura formale del potere di agire - viene così ad assumere contorni più decisi, peraltro superando e dando consistenza all'approccio riduttivo che la giurisprudenza di legittimità ha assunto tre lustri addietro⁶⁹. Al tempo, la Suprema Corte riteneva infatti che, per effetto del fallimento, le diverse fattispecie di responsabilità degli amministratori semplicemente «*confluissero in un'unica azione*», dal carattere unitario ed inscindibile, all'esercizio della quale era legittimato in via esclusiva il curatore; di talché, posta la premessa sulla mutazione della fattispecie sostanziale, appariva naturale affermare che tutti i connessi poteri di azione soggiacessero alla medesima logica e la domanda spiegata potesse strutturarsi - forse opportunisticamente - senza subire limitazioni particolari in ordine alla prescrizione dell'azione sociale, alla quantificazione del danno risarcibile ed all'interesse ad agire.

Ora che, invece, i tentativi di ricostruzione della legittimazione processuale sono sbilanciati sulla valorizzazione di una certa autonomia delle posizioni azionate dalla curatela rispetto a quelle riconosciute alla platea dei legittimati quando l'impresa è *in bonis*⁷⁰, il dato di osservazione può essere riletto non tanto nel senso della confluenza di distinte fattispecie in una "nuova" azione unitaria di diritto fallimentare, quanto piuttosto nel riconoscimento di una legittimazione sostitutiva piena, che si aggiunge alla legittimazione di carattere generale (art. 43 l.fall.) e viene attribuita al curatore in ragione della tutela di posizioni sostanziali ben individuabili, senza concorrenza possibile da parte dei legittimati in via

legittimazione straordinaria dei contraddittori nel giudizio di costituzionalità della legge (legittimazione straordinaria perché il giudizio si svolge esclusivamente tra le parti del processo *a quo*, ma coinvolge anche tutti gli altri soggetti titolari di posizioni derivanti dalla legge *sub iudice*); nel caso di cui all'art. 108 c.p.c. (estromissione del soggetto garantito dal giudizio assunto dal garante); nel caso di cui all'art. 111 c.p.c. (successione a titolo particolare nel diritto controverso); nel caso in cui il mandatario eserciti le azioni di spettanza del mandante senza che sia necessario chiamarlo nel giudizio (art. 1705 c.c.); ed ancora, nei casi previsti dagli artt. 1979 e 2789 c.c.

⁶⁹ V. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488.

⁷⁰ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., p. 1037 (nt. 1), la quale parla di una sorta di "diritto al patrimonio del fallito", che verrebbe soddisfatto mediante una multiforme attività giuridica del curatore; e A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit., pp. 508 ss. (nt. 1), per i quali «*appare indispensabile postulare, in via interpretativa, la circolazione unitaria (e inscindibile) della pretesa restitutoria derivante dall'azione revocatoria e della situazione giuridica passiva connessa ad essa, in forza della stessa previsione di legge*» (così anche M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., pp. 291 ss. (nt. 31)).

ordinaria per tutta la durata del fallimento (cfr. art. 120 l.fall.).

Se per un verso, dunque, la legittimazione sostitutiva del curatore possiede una caratterizzazione *funzionale*, essendo diretta all'attuazione paritaria del concorso fra i creditori; per altro verso, essa acquista una precisa connotazione di natura *patrimoniale*, atteggiandosi come il risvolto esterno di singoli rimedi suscettibili di essere valutati economicamente e, quindi, di circolare separatamente dagli altri beni del debitore.

Detti rimedi sono essi stessi *beni in senso giuridico* - secondo l'accezione che si è sopra fornita con riguardo all'azione -, ossia situazioni giuridiche soggettive consistenti in veri e propri *diritti* di conservazione, reintegrazione e riparazione del patrimonio intestato al debitore, che si attuano mediante l'esperimento di rimedi invalidativi, revocatori e risarcitori e, in definitiva, attraverso l'esercizio delle corrispondenti azioni di nullità, di simulazione, revocatorie ordinarie e fallimentari, nonché delle azioni di responsabilità.

Inoltre, ai fini dello studio del fenomeno traslativo e dei suoi effetti, questi *diritti* vengono in considerazione soltanto nella misura in cui siano ancora *controversi* e non integrino, pertanto, situazioni giuridiche (ad esempio, di credito o debito) pienamente definite, sia pure contestate, le quali possano essere alienate in applicazione degli artt. 105 e 106, co. 1, prima parte, l.fall., in quanto già presenti quali elementi *appartenenti al fallito*.

Ed è proprio la nozione (sia pure evanescente) di *diritto controverso*, in combinato con la regolazione positiva del suo trasferimento negoziale (art. 111, spec. ult. co., c.p.c.), a fondare la tesi della indissolubilità del legame tra il processo ed il suo contenuto sostanziale⁷¹; tesi che, nello specifico caso della *sostituzione processuale* del curatore nei diritti della massa, sembra trovare un florido terreno di coltura. Appare infatti pienamente coerente anche con il meccanismo della successione nel diritto controverso, concepire che la cessione delle azioni revocatorie concorsuali (art. 106, co. 1, ult. parte) e delle azioni di pertinenza della massa (art. 124, co. 4) presupponga in capo al curatore non soltanto una mera *legitimitas ad*

⁷¹ G. PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nella pretesa tra vivi durante il processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, II, p. 137; ma v. anche E. BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, II, p. 320; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1996, p. 429; E. FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 521. *Contra*, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, p. 876; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1973, p. 220.

causam, ma anzitutto la piena ed esclusiva *disponibilità* dei sottostanti diritti invalidativi, revocatori e risarcitori in contestazione.

Salvo quanto si preciserà più avanti, in ordine a condizioni ed effetti della cessione, si può dunque tentare una prima classificazione delle posizioni astrattamente cedibili dalla curatela nell'ambito del sistema di circolazione dei diritti litigiosi che si è tentato di disegnare:

a) anzitutto, gli *elementi del patrimonio attivo* del debitore (crediti e altri diritti pienamente definiti, anche se in contestazione), la cui cessione è realizzabile in via *autonoma*, ma anche quale componente *implicita* di una cessione generale dell'attivo (v. il caso delle cessioni in blocco, o dell'intervento di un assuntore); detta cessione segue la regola di legittimazione dispositiva generale di cui all'art. 43 e si attua secondo la disciplina degli artt. 105 e 106, co. 1, prima parte, l.fall.;

b) in secondo luogo, le *azioni revocatorie concorsuali*, la cui cessione è realizzabile in via *autonoma*, a condizione che «*i relativi giudizi siano già pendenti*» (art. 106, co. 1, l.fall.), oppure quale componente *esplicita* (ossia espressamente pattuita) di una cessione generale dell'attivo realizzata in ambito concordatario, purché la proposta sia stata presentata da «*uno o più creditori o da un terzo*» e le azioni siano state «*autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa*» (art. 124, co. 4, l.fall.);

c) infine, le *azioni di pertinenza della massa*, che non possono esistere fuori dalla procedura fallimentare (art. 42 l.fall.), oppure hanno ad oggetto pretese non direttamente ascrivibili al patrimonio del debitore, ma tali da apportare un beneficio apprezzabile dall'intera massa dei creditori in concorso fra loro (ad es.: art. 2394 *bis* c.c., art. 2497 ult. comma, c.c.; art. 146, comma 2, lett. a); art. 146, comma 2, lett. b) con riferimento all'art. 2476, comma 7, c.c.); queste azioni possono essere cedute in virtù di apposita *clausola* contenuta nella proposta di concordato presentata da «*uno o più creditori o da un terzo*», purché siano state «*autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa*» (art. 124, comma 4, l.fall.).

A prima vista, le azioni di pertinenza della massa sembrerebbero dunque rimanere fuori dall'area della negoziabilità autonoma, non essendo espressamente inserite fra quelle per cui è prevista la cessione da parte del curatore in sede di liquidazione diretta del patrimonio fallimentare (art. 106 l.fall.).

Secondo quanto si è tentato di dimostrare, tuttavia, la massa

patrimoniale che l'apertura del fallimento cristallizza nella disponibilità gestoria della curatela non è composta soltanto dai beni (in senso materiale e giuridico) ascrivibili alla persona del debitore anche prima della dichiarazione d'insolvenza e pervenuti al curatore in virtù dello spossessamento. Essa è altresì composta da una serie di situazioni giuridiche soggettive attivabili soltanto dalla curatela, quale legittimata in via sostitutiva, e sinteticamente definibili quali diritti invalidativi, revocatori e risarcitori, la cui inerenza al patrimonio del debitore non costituisce affatto una condizione delle corrispondenti eventuali azioni di nullità, di simulazione, revocatorie (ordinarie e fallimentari), o di responsabilità. D'altra parte, che la realizzazione dell'attivo faccia leva, fra l'altro, sui risultati di una specifica strategia liquidativa, rappresenta un dato di diritto positivo, almeno da quando è stato introdotto nella legge fallimentare l'art. 104 *ter*, co. 2, peraltro recentemente rafforzato nel suo tenore di norma "manifesto" della liquidazione: « ... *Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: ... c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito ...*»⁷².

Esiste, cioè, una tendenziale equiparazione posta dalla legge fra i rimedi programmabili dal curatore ai fini della realizzazione dell'attivo latamente inteso, che risulta confermata dall'impiego della categoria uniforme delle "azioni di pertinenza della massa" in sede di liquidazione concordataria (art. 124, co. 4). Questa stessa categoria sembrerebbe però ricevere una sorta di inspiegabile menomazione non appena si tratti della cessione autonoma, non risultando inserite nel catalogo di cui all'art. 106 le altre azioni di pertinenza della massa diverse dalle revocatorie (ossia, le risarcitorie, recuperatorie ed invalidative).

Nel passaggio dal testo originario dell'art. 104 *ter*, co. 2, a quello oggi vigente, come si è detto il legislatore ha però decisamente valorizzato il crisma di vera e propria strategia che l'attività liquidativa possiede nella prospettiva del curatore; di talché, la cessione autonoma - in quanto semplice *modus* di detta strategia liquidativa - non può considerarsi fattispecie condizionante la validità del programma, bensì semplicemente strumento della sua attuazione. Ove poi venga attribuito adeguato risalto

⁷² La norma è stata così modificata dall'art. 7 del D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169; il testo previgente recitava: «... *Il programma deve indicare le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, specificando: ... c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ...*».

alla saldatura normativa ravvisabile fra il dettato del novellato art. 104 *ter*, co. 2, e quello dell'art. 124, co. 4, apparirà di centrale importanza quell'obbligo di *specificazione* sancito in sede programmatica con riguardo al «*possibile esito*» delle azioni e, in sede di cessione concordataria, con riferimento all'«*oggetto e del fondamento della pretesa*»; di talché, la stessa *intentio legis* acquisirà maggiore nettezza, potendosi ragionevolmente tradursi nella volontà di spingere il curatore ad impiegare criteri omogenei di valutazione della *qualità* e della *convenienza* dei diritti litigiosi oggetto di negoziazione.

Osterebbe insomma ad una lettura sistematica delle norme in considerazione, nonché alla proposta nozione *estesa* di patrimonio liquidabile, quell'interpretazione che ravvisasse nel disposto dell'art. 106 l.fall. un vero e proprio divieto (sia pure implicito) di cessione autonoma delle azioni diverse dalle revocatorie, così peraltro (irragionevolmente) circoscrivendo l'utilizzabilità dei rimedi risarcitori, recuperatori ed invalidativi all'area delle azioni *esperibili* (art. 104 *ter*, co. 2), ma non anche a quella delle azioni *negoziabili* fuori dalla chiusura concordataria (art. 124, co. 4).

Si aggiunga, che le ragioni di *valenza universale* che il patrimonio fallimentare esprime nella prospettiva della liquidazione dei valori attivi, unite alla *portata dispositiva* che la legittimazione processuale sostitutiva del curatore possiede rispetto a diritti pur non direttamente ascrivibili al patrimonio del fallito, depongono anch'esse per l'ammissibilità di una cessione autonoma (o anche *in blocco*, ai sensi dell'art. 105 l.fall.) delle azioni di pertinenza della massa diverse dalle revocatorie, sia pure in osservanza delle condizioni di negoziabilità previste dalla norma di specie.

4. I soggetti legittimati ad acquistare le azioni di pertinenza della massa.

Stando alla lettera dell'art. 106, la legge fallimentare non individua restrizioni dell'area dei legittimati ad acquistare le azioni revocatorie e gli altri beni oggetto di cessione autonoma. Varrebbero pertanto le regole generali sullo spossessamento del debitore e sul divieto di rendersi acquirente dei propri beni, diritti e pretese derivanti da atti fraudolenti posti in essere in periodi rilevanti anteriori alla dichiarazione di insolvenza.

Detto divieto, sebbene immanente al sistema, si ricavava

espressamente dalla originaria formulazione del terzo comma dell'art. 124 l.fall., un tempo dedicato esclusivamente alle azioni revocatorie. La previgente disciplina prevedeva, infatti, che la cessione potesse realizzarsi esclusivamente come patto di concordato «a favore del terzo che si accolla l'obbligo di adempiere il concordato e limitatamente alle azioni già proposte dal curatore». La cessione, al contrario, non era appunto ammessa «a favore del fallito e dei suoi fideiussori» (previg. art. 124 l.fall.), in quanto la coincidenza che in tal caso si sarebbe realizzata fra l'autore della disgregazione (o depauperazione) del patrimonio attivo ed il possibile beneficiario degli esiti del giudizio di recupero, o di riparazione, costituiva (e costituisce tuttora) un ostacolo all'estensione dell'area dei cessionari, peraltro ritenuto cogente anche nei confronti di soggetti comunque *non terzi* rispetto al fallito⁷³.

Ad ogni modo, anche seguendo la linea interpretativa segnata dalla Corte Costituzionale in un noto caso di amministrazione straordinaria, la concreta utilità dell'azione revocatoria proposta e la sua stessa cedibilità devono valutarsi avendo riguardo alla posizione dei creditori. Di talché, potrà considerarsi legittimo soltanto quel trasferimento che escluda il fallito dal novero dei possibili cessionari, realizzando così un equo temperamento fra sacrificio imposto ai terzi revocati e beneficio derivante dal concorso sul patrimonio reintegrato⁷⁴.

Il testo riformato dell'art. 124, co. 4, l.fall., invece, omette di indicare quali siano i soggetti esclusi dall'area dei cessionari. Piuttosto, impone che la cessione delle azioni venga eventualmente prevista quale clausola espressa della proposta concordataria, riservandone però la presentazione esclusivamente ad «uno o più creditori» o ad un «terzo».

⁷³ L. STANGHELLINI, *Art. 124*, cit., pp. 1989 ss. (nt. 34).

⁷⁴ Si tratta della ristrutturazione economica e finanziaria del gruppo Parmalat, per cui basti il riferimento alla nota sentenza della Corte Cost. n. 172, del 21 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1638, secondo la quale, sia pure con riferimento alla cessione di azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria, i Giudici della Consulta hanno reputato costituzionalmente legittima l'esperibilità di dette azioni, purché la destinazione dei loro proventi fosse riservata ai creditori, anche sotto forma di incremento del prezzo corrisposto per il compendio fallimentare che comprendesse le azioni medesime; giacché la cessione delle azioni in parola deve necessariamente ridondare in benefici per i creditori o il terzo, non già per il fallito, che ha compiuto gli atti fraudolenti oggetto delle azioni. In verità, argomentando da questo principio, si è anche detto che la proposta che contempra la cessione delle azioni di pertinenza della massa deve altresì prevedere la cessione di tutto il compendio fallimentare, perché altrimenti si frustrerebbe la finalità evidenziata dalla Consulta (cfr. G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata, controllo giurisdizionale*, Ipsoa, Torino, 2007, *passim*).

I due pilastri della fattispecie sono quindi rappresentati, per un verso, dal collegamento necessario fra cessione e proposta, e, per altro verso, dalla legittimazione ristretta a presentare una proposta sì fatta. Il valore costituito dalle azioni da cedere, in altri termini, viene considerato come un *asset* attribuito alla disponibilità di soggetti determinati (*i creditori o i terzi*), i quali possono trarre un lecito vantaggio economico dall'esito delle stesse.

Potrebbe residuare il dubbio se l'assuntore ed il fideiussore (in quanto formalmente *terzi* rispetto al fallito) possano risultare cessionari delle azioni in parola. Nel passaggio dalla vecchia alla nuova formulazione dell'art. 124 l.fall., il legislatore ha infatti sostituito la tecnica normativa *ad excludendum* (del fallito e dei suoi fideiussori) con quella selettiva dei legittimati alla presentazione di una proposta con clausola di cessione (creditori o terzi).

Ecco allora che la nozione di terzietà del proponente riveste un ruolo centrale nell'interpretazione della norma, che va comunque teleologicamente orientata a favore dell'intervento di soggetti estranei all'area di influenza del fallito⁷⁵.

Sul punto, il pensiero della dottrina muove tuttora dalla riconosciuta ammissibilità di un intervento esterno per l'assunzione degli obblighi del concordato fallimentare⁷⁶, ma si divide in ordine alla praticabilità della cessione delle azioni nei confronti dell'assuntore, del fideiussore o di altri soggetti collegati al fallito⁷⁷. Ciò per due ragioni essenziali: a) perché, secondo una lettura combinata del primo e del quarto comma dell'art. 124 l.fall., la terzietà può essere astrattamente predicata non soltanto con riferimento al soggetto che presenta la proposta, ma anche rispetto alla cessionario delle azioni; b) perché, nel solco dell'interpretazione indotta dalla Corte Costituzionale⁷⁸, l'incompatibilità fra il beneficio derivante dalla cessione e la posizione del fallito è in grado di determinare l'ampliamento della categoria di soggetti esclusi dall'area di cedibilità delle azioni.

Una ragionevole nozione di terzietà può fondarsi anzitutto sulla legittimazione formale alla presentazione della proposta, in base alla quale

⁷⁵ V. nota precedente.

⁷⁶ Cfr. A. IORIO, *Art. 124*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 1687 ss.

⁷⁷ L. STANGHELLINI, *Art. 124*, cit., 1989 ss. (nt. 34).

⁷⁸ Corte Cost., 21 aprile 2006, cit.

distinguere quella presentata dal «*fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte al comune controllo*» (art. 124, comma 1, ult. parte, l.fall.) da quella, appunto, presentata da «*uno o più creditori o da un terzo*» (art. 124, comma 4, l.fall.). In tal senso, visto che soltanto quest'ultima «*può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa*» (art. 124, comma 4, l.fall.), dovrà escludersi la cedibilità delle azioni ogni qualvolta la proposta di concordato provenga dai soggetti indicati dal primo comma. Così, ad esempio, non potrà considerarsi ammissibile la cessione prevista in favore dell'assuntore del concordato o del fideiussore, là dove la proposta provenga da società partecipata dal fallito. Al contrario, andrebbe considerata ammissibile la cessione operata in favore dell'assuntore (o del fideiussore del fallito) tutte le volte in cui la proposta provenga da soggetti legittimati ai sensi del quarto comma dell'art. 124 l.fall.; si pensi al caso della proposta proveniente da un gruppo di creditori, i quali costituiscono una *newco* allo scopo di adempiere agli obblighi concordatari, beneficiando altresì della clausola di cessione⁷⁹.

Quando però si passi a considerare la funzione dell'istituto in commento, ecco che l'area dei possibili cessionari assume contorni più incerti. La cedibilità viene ad esempio esclusa in favore del fideiussore, o della società appartenente al gruppo della fallita (una volta decorsi sei mesi dalla dichiarazione di fallimento). E ciò perché, in questo caso, verrebbe comunque violato «*il principio della necessaria terzietà di chi concretamente esercita le azioni revocatorie, dato che la società controllante beneficerebbe dell'impugnativa degli atti compiuti dalla controllata*»⁸⁰. Sebbene questa interpretazione possa prestarsi a dilatazioni difficilmente controllabili, è pur vero che la formale alterità soggettiva dell'impresa fallita rispetto alle società da questa partecipate non è considerata dalla legge condizione sufficiente per la presentazione (immediata) della proposta di concordato fallimentare (v. art. 124, comma 1, l.fall.). Allo stesso modo, per coerenza interna del sistema, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso il beneficio della cessione di cui al quarto comma come spettante a soggetti diversi da quelli indicati nel primo e, in tal

⁷⁹ M. FABIANI, *Contratto e processo*, cit., pp. 383 ss. (nt. 1); A. IORIO, *Art. 124*, cit., pp. 1698 ss. (nt. 36); G. TARZIA *La cessione delle azioni*, cit., pp. 861 ss. (nt. 1); G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione*, cit., p. 774 (nt. 1).

⁸⁰ L. STANGHELINI, *Art. 124*, cit., p. 1990 (nt. 34); *contra*, E. BERTACCHINI, *Art. 124*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Giappichelli, Torino, 2006, p. 780.

senso, terzi rispetto all'impresa fallita.

Appare quindi ragionevole ritenere che il criterio di formale terzietà presente nel quarto comma dell'art. 124 l.fall. riguardi senz'altro sia il proponente, che il cessionario, e vada tuttavia misurato considerando, quale argine ad una interpretazione eccessivamente preclusiva, che il grado di "cointeressenza" fissato dal primo comma per selezionare i legittimati alla proposta è pur sempre rappresentato dal beneficio economico che il fallito può ricevere dalle iniziative della società cui partecipa o ad esso collegata.

5. Condizioni ed effetti della cessione.

Sia pure entro i limiti posti dal presente studio, appare utile soffermarsi conclusivamente sulle ripercussioni che la proposta ricostruzione dell'istituto in chiave essenzialmente patrimonialistica consente di sviluppare sul piano delle *condizioni legali* della fattispecie traslativa e su quello degli *effetti* (essenzialmente processuali) derivanti per il cessionario.

In base al punto di osservazione prescelto, l'inquadramento della cessione delle azioni di pertinenza della massa è stato realizzato grazie ad una nozione *lata* del patrimonio offerto alla gestione del curatore, ossia inteso come coacervo dei beni e dei diritti già appartenenti al debitore (art. 42 l.fall.), oppure soltanto nella disponibilità dell'ufficio in base a precise norme attributive di una legittimazione che non è soltanto processuale, bensì anche dispositiva in senso sostanziale. In quest'ultimo caso, la curatela agisce attivando pretese di carattere *universale*, destinate ad apportare un beneficio apprezzabile da tutti i creditori in *concorso* fra loro e non necessariamente appartenenti alla sfera patrimoniale dell'imprenditore fallito.

Questi *beni* in senso giuridico, in quanto presenti nel patrimonio disponibile per la curatela, sono destinati a realizzarsi come componente dell'attivo attraverso il corso naturale del giudizio, oppure anticipatamente, mediante la loro utile collocazione sul mercato.

Tuttavia, la innegabile consistenza immateriale ed aleatoria di questi beni impone che la loro stessa negoziabilità venga sottoposta ad un vaglio preventivo, idoneo ad assicurare al cessionario la certezza di aver acquistato una entità suscettibile di esprimere - sia pure *de futuro* - un valore economicamente apprezzabile, a sua volta consistente nel *petitum*

del rimedio invalidativo, revocatorio o risarcitorio azionato.

Affinché ciò avvenga, gli artt. 106 e 124 l.fall. pongono due distinte *condizioni*, da intendersi quali elementi essenziali della fattispecie negoziale:

a) nel caso di *cessione autonoma*, è necessario che le azioni revocatorie da cedere (e, secondo la ricostruzione qui proposta, anche le altre azioni "di massa") risultino *pendenti* alla data della cessione (art. 106, co. 1, ult. parte, l.fall.);

b) nel caso di *cessione concordataria*, invece, è richiesto che le azioni di pertinenza della massa (fra cui, per opinione unanime, anche le revocatorie) siano state previamente «... autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa... » (art. 124, co. 4, l.fall.).

Non si tratta, come è naturale, di condizioni la cui mancanza possa ostare all'esercizio della singola azione, bensì esclusivamente al suo trasferimento. In entrambi i casi, poi, accadrà verosimilmente che le azioni di cui trattasi siano già state inserite nel programma di liquidazione autorizzato *ex art. 104 ter* l.fall., con specifica indicazione del «... loro possibile esito». Giacché la delibazione sulla consistenza dei diritti litigiosi da cedere si può dire venga svolta reiteratamente - forse anche con una certa ridondanza⁸¹ - sia da parte del comitato dei creditori in sede di approvazione del programma - e sempre che non vi debba provvedere il giudice delegato (art. 41, co. 4, l.fall.)⁸² -, che, comunque, da parte dello stesso giudice delegato in sede di autorizzazione all'esercizio delle azioni ed al compimento degli atti di esecuzione del programma (v. art. 25, co. 1, n. 6; e art. 104 *ter*, co. 8, l.fall.).

La differenza ravvisabile fra le cessioni di singole azioni (c.d. autonoma) e quelle inserite quali clausole di proposte di concordato fallimentare sta, dunque, nella maggiore rigidità formale che il legislatore assume rispetto alle prime, richiedendo che i giudizi ad esse inerenti risultino già *pendenti*⁸³. Probabilmente, la valutazione di merito che

⁸¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *Art. 124*, cit., pp. 1990 ss. (nt. 34).

⁸² Il comma 4 dell'art. 41 è stato modificato dall'art. 3 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; il testo previgente recitava: «*In caso di inerzia, di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato*».

⁸³ Sul punto, cfr. F. GUERRERA, *Aspetti della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, p. 1087, il quale rileva che, pertanto, le azioni cedute possono essere iniziate anche dal cessionario proponente il concordato fallimentare, non essendo richiesta per questa ipotesi la pendenza del relativo giudizio.

sottende al trattamento delle due fattispecie negoziali discende dalla differente rilevanza che l'*asset* da cedere riveste rispetto al potenziale cessionario. Mentre, infatti, nel caso di cessione autonoma alla generalità, l'azione deve risultare suscettibile di valutazione economica nella sua specifica identità e "concretezza" processuale, nel caso di cessione concordataria, l'azione rappresenta soltanto uno degli *assets* che lo specifico proponente ha già scientemente valutato ed inserito nell'ambito di un coacervo assai composito di beni e rapporti giuridici⁸⁴.

Ove poi si concordasse per una cedibilità estesa delle azioni di pertinenza della massa - rivolta cioè ad ammetterne la cessione sia in via autonoma *ex art. 106*, che anche in blocco *ex art. 105 -*, detta spiegazione apparirebbe ulteriormente plausibile. L'espresso *favor* accordato dal legislatore per la cessione aggregata di beni e rapporti giuridici emergerebbe infatti con chiarezza - oltre che dal comma 1 dell'*art. 105 -* anche dalla mancanza di condizioni formali per il trasferimento del compendio che comprenda azioni di massa. Sicché, in tal caso, non sarebbe necessaria la pendenza dei giudizi, ma piuttosto soltanto la previa ricognizione compiuta dal curatore nel programma di cui all'*art. 104 ter l.fall.*, assistita dalla delibazione autorizzativa del comitato dei creditori, se nominato.

Venendo invece agli *effetti processuali* che la cessione produce per l'acquirente, l'indagine di dottrina e giurisprudenza sul punto si è concentrata sul tema della cessione delle azioni revocatorie⁸⁵, ma è plausibilmente estendibile - almeno nei suoi profili generali - anche alle altre azioni di pertinenza della massa. In tal senso, sarebbe certamente interessante discriminare detti effetti per tipologia di azione ceduta, come anche indagare la eventuale patologia dei negozi traslativi in parola, ma questi obiettivi esulerebbero dal presente studio.

Come si è sopra anticipato, il tema degli effetti processuali viene da tempo inquadrato nell'ambito di una successione a titolo particolare nel diritto controverso (*art. 111 c.p.c.*), che si realizza ad opera del curatore ed in favore del cessionario. La più recente giurisprudenza di legittimità⁸⁶,

⁸⁴ Giocano poi motivi di deterrenza dell'azione di eventuali speculatori, che risultano ben presenti nella Relazione illustrativa alla Riforma.

⁸⁵ Per tutti, già V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare*, cit., spec. pp. 52 ss. (nt. 1); e poi D. VATTERMOLI, *La cessione*, cit., pp. 223 ss. (nt. 1).

⁸⁶ Cass. 28 febbraio 2007, n. 4766, in *Fallimento*, 2007, pp. 775 ss., con nota di PERRINO; cfr. anche G. TARZIA *La cessione delle azioni*, cit., pp. 861 ss. (nt. 1); F. DE SANTIS,

con riferimento alla cessione delle revocatorie intervenuta in favore dell'assuntore del concordato, dopo aver ribadito la procedibilità delle azioni a prescindere dalla cessazione della procedura, ha tuttavia ridotto la portata applicativa dell'art. 111 c.p.c., osservando che la successione *de qua* si realizza in un contesto nel quale la prosecuzione del giudizio può diventare impossibile a causa della sopravvenuta perdita della legittimazione processuale del curatore per chiusura della procedura; con la conseguenza ulteriore che dovrà farsi luogo all'interruzione del processo.

Il venir meno della parte per cessazione giuridica non corrisponderebbe, tuttavia, alla fattispecie di cui all'art. 110 c.p.c., non concretizzandosi in una successione universale nelle posizioni del *de cuius*, rispetto al quale non potrebbe dunque invocarsi l'effetto devolutivo automatico che si produce in quel caso⁸⁷. Secondo la Suprema Corte, in altri termini, dovrebbe soltanto prendersi atto della identità delle circostanze di fatto che accomuna le fattispecie di cui agli artt. 110 e 111 c.p.c., superando per questa via la diversificazione degli effetti prodotti dal differente titolo giuridico di successione (universale o particolare).

Nel caso di cessione autonoma (art. 106 l.fall.), è pur vero che la chiusura della procedura non si verifica contestualmente al perfezionamento del negozio traslativo, ma certamente ne rappresenta lo scenario previsto e, anzi, auspicato proprio in virtù della realizzazione anticipata dell'attivo che quell'atto negoziale intendeva realizzare. Sicché, sebbene non si possa parlare letteralmente di successione per causa di morte, la soluzione prospettata dalla Suprema Corte - di considerare interrotto e proseguibile secondo le regole dettate dall'art. 300 c.p.c. il processo revocatorio ceduto - potrà considerarsi validamente applicabile a tutte le ipotesi di cessione del diritto litigioso (realizzate, cioè, sia in sede autonoma, che concordataria), con la conseguenza che il procuratore del cessionario dovrà curare la enunciazione del fatto interruttivo in giudizio, procurandosi di riassumerlo nei termini di legge. Se, infatti, si osserva il precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 120 l.fall., si noterà che la improcedibilità comminata dalla norma a carico delle azioni esperite dal

La cessione delle azioni di massa, cit., pp. 1121 ss. (nt. 1); per una sintesi, I. PAGNI, *Le azioni di massa*, cit., 1037 pp. ss. (nt. 1).

⁸⁷ A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit., spec. pp. 504 ss. (nt. 1), con riferimento all'art. 111 c.p.c. parlano di «... oggettiva impossibilità di applicazione di tale disposto dovuta appunto al venir meno della parte originaria (senza successione universale) in contemporanea al trasferimento del diritto controverso».

curatore «per l'esercizio dei diritti derivanti dal fallimento» non può certo riguardare quelle che hanno formato oggetto di cessione o, almeno, i giudizi rispetto ai quali non vi sia ancora stato l'intervento del cessionario con il conseguente effetto prosecutorio⁸⁸.

Ma è nelle interferenze possibili fra la posizione del cessionario del diritto litigioso e quella del terzo soccombente, che si ravvisano alcune ripercussioni della ricostruzione sistematica proposta in questo studio. Può accadere, in tal senso, che il terzo revocato subisca la chiusura della procedura prima di avere la possibilità di insinuare il proprio credito verso il fallito (artt. 70, co. 2, l.fall.; e 2902, co. 2, c.c.); oppure, può accadere che la declaratoria di inefficacia dell'atto simulato, ottenuta dal cessionario a seguito del trasferimento della relativa azione, generi posizioni di credito a favore di una platea di soggetti che hanno contratto con il simulato acquirente e sono sottoposti alle regole di postergazione di cui all'art. 1416 c.c.; o ancora, si può verificare che gli organi amministrativi e di controllo, o le società capogruppo, condannati al risarcimento del danno scaturito dagli atti di scorretta gestione fatti valere con l'azione ceduta dal curatore abbiano interesse, a loro volta, ad azionare diritti di regresso e/o di rivalsa il cui presupposto era tuttavia rappresentato dalla pendenza della procedura.

Esiste, insomma, una varietà innumerevole di situazioni prospettabili in relazione alla tipologia dell'azione trasferita, alla posizione litigiosa (attore o di convenuto) ceduta, o ancora allo stato della procedura entro cui avviene il trasferimento, che non consente in questa sede ulteriori approfondimenti, ma che imporrebbe di indagare il fenomeno successorio connesso all'istituto in esame secondo una duplice linea argomentativa: a) anzitutto, assumendo che il trasferimento dell'azione comporta anche il trasferimento del corrispondente diritto

⁸⁸ Così, A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit. (nt. 1), p. 507, i quali sostengono l'incoerenza di un'interpretazione che, in presenza di un istituto palesemente orientato a favorire la circolazione dei diritti litigiosi, non assicuri adeguata perseguibilità - e, quindi, consenta di disapplicare l'art. 120, co. 2, l.fall. - ai giudizi avviati dal curatore e ceduti in corso di procedura. La conclusione cui pervengono gli AA. è tuttavia di carattere prudenziale: «... in ipotesi di "cessione autonoma" delle azioni revocatorie, è estremamente opportuno che il cessionario intervenga immediatamente in giudizio dopo la cessione e/o che la curatela noti adeguatamente e tempestivamente il cessionario in ordine alla chiusura del fallimento».

Sulla stessa linea di perizia nella tecnica negoziale, si muovono le istruzioni impartite dal Tribunale di Milano il 19 marzo 2008, con circolare a firma dell'allora Pres. della Sez. II civ., dott. Bartolomeo Quatraro.

invalidativo, recuperatorio o risarcitorio ad essa sotteso. Il che, alla luce di quanto sopra ampiamente articolato, non dovrebbe più apparire un mero postulato⁸⁹; b) in secondo luogo - ma si tratta, allo stato, di una mera ipotesi di lavoro - che la considerazione della oggettiva inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. alla fattispecie data dovrebbe lasciare l'interprete alquanto insoddisfatto, spingendolo piuttosto a ricercare altrove le ragioni per cui predicare l'ammissibilità della prosecuzione del giudizio da parte del successore.

Una di queste ragioni potrebbe essere rappresentata dalla valorizzazione della funzione economica del negozio traslativo, il quale - per opinione unanime⁹⁰ - è finalizzato alla realizzazione anticipata dell'attivo e, in definitiva, alla più rapida chiusura della procedura. Sotto quest'ultimo profilo, sarebbe probabilmente eccessivo attribuire alla *causa* della cessione una connotazione tale da configurare il negozio traslativo quale *atto mortis causa* in senso stretto⁹¹, ma potrebbe non essere azzardato ritenere, invece, che la previsione dell'evento "morte" (*sub specie* di cessazione giuridica) entri *tipicamente* a far parte degli elementi accidentali della sua struttura giuridica, tanto da consentire l'inclusione della cessione *de qua* tra i cc.dd. *atti sotto modalità di morte*⁹². Questi ultimi, appartenendo comunque al *genus* degli atti *inter vivos*, escludono la morte dal congegno causale dell'attribuzione patrimoniale, ma sono destinati a produrre tutti o alcuni dei propri effetti in dipendenza (termine) o in relazione

⁸⁹ Così, A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit., p. 511 (nt. 1).

⁹⁰ Basti anche il solo riferimento alla Relazione illustrativa alla Riforma organica delle procedure concorsuali, secondo cui «... Questa soluzione, così come quella della possibilità di cedere le azioni revocatorie, è stata dettata dall'esigenza di evitare ritardi nelle chiusure delle procedure concorsuali che, secondo il sistema previgente, sono spesso dovuti proprio ai lunghi tempi connessi alla definizione, con sentenza passata in giudicato, dei contenziosi fiscali e ordinari...».

⁹¹ Si sarebbe in presenza di un *atto mortis causa* in senso stretto se la cessione venisse a regolare soltanto le vicende successive alla cessazione della procedura concorsuale; diversamente, la morte non rappresenterebbe il punto di origine della situazione regolata (cfr. il fondamentale contributo di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 42).

⁹² A. PALAZZO, *Gli istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2003, p. 12; ma v. già, R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, pp. 147 ss.; A. TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, 1959, I, p. 580; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 118 s., 165, 189 s.

(condizione) alla cessazione giuridica del disponente⁹³, così dando luogo ad una vicenda traslativa che - con gli adeguati aggiustamenti sulla nozione di *universalità* della destinazione del patrimonio fallimentare - potrebbe motivatamente rientrare nello spettro applicativo dell'art. 110, o almeno dell'art. 111 co. 2, c.p.c.; e comunque, offrirebbe un più sicuro appiglio a quella «*etero-integrazione legale*» dell'atto traslativo recentemente proposta come soluzione operativa dei problemi di regolazione del fenomeno processuale successorio⁹⁴.

⁹³ Si pensi alle donazioni *cum moriar* e *si praemoriar*, che non possono considerarsi alla stregua di inammissibili donazioni *mortis causa*, ma risultano tuttavia ammissibili alla luce dell'art. 458 c.c.; sul tema, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002, p. 222; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 314; F. S. AZZARITI - ZARMARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1982, pp. 827-828; C. GROSSO - OSSBURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, vol. XII, t.1, Utet, Torino, 1977, p. 96; non si trascuri di confrontare, in termini generali, ancora G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., *passim*.

⁹⁴ A. BRIGUGLIO - F. GUERRERA, *La cessione "autonoma"*, cit., p. 511 (nt.1).