

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Relatrice: Prof.ssa Laura Baccaglini

Laureando: Nicolò Orlich

Cessione – Azioni di massa – Curatore Revocatorie – Concordato

Anno Accademico 2019/2020



INDICE

INT	TRODUZIONE 1
	CAPITOLO PRIMO LA CESSIONE DI AZIONI IN GENERALE
1.	Premessa
2.	Ricognizione normativa
3. 4.	Segue. Discussione
4 . 5.	La critica a Redenti e la diversa proposta ricostruttiva di Walter Bigiavi 10
6.	Segue. Discussione
7.	Definizione della c.d. cessione di un'azione giudiziale
8.	_
	CAPITOLO SECONDO
	LE AZIONI DI MASSA
1.	Premessa
2.	Le azioni di massa secondo le c.d. sentenze gemelle del 2006 24
3.	Il problema della legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Inquadramento
4.	corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento» (art. 43 l.fall.). La tesi secondo cui il curatore sarebbe sostituto processuale del fallito
5.	Segue. L'orientamento minoritario nel senso della persistenza della capacità di stare in giudizio del fallito. Critica
6.	La posizione processuale del curatore rispetto alle controversie non oggetto dell'art. 43 l.fall
	6.1. Quali siano i casi in cui sta in giudizio il curatore, e in particolare se tale novero sia o meno tassativo
	6.1.1. Tesi della non tassatività40
	6.1.2. Tesi della tassatività
	6.2. Discussione e transizione

	6.3. Se le situazioni giuridiche per la cui tutela agisce il curatore preesistano o meno alla dichiarazione di fallimento, e chi ne sia titolare. Natura della legittimazione ad agire del curatore
	6.3.1. Ipotesi che il curatore sia sostituto processuale dei creditori. Critica
	6.3.2. Ipotesi che il curatore eserciti diritti d'azione derivati dai creditori. Critica
7.	Le azioni di massa secondo le Sezioni Unite del 2017
8.	Azioni di massa "non concorsuali" e azioni di massa "concorsuali" 57
	8.1. Azioni di massa "non concorsuali" 57
	8.2. Azioni di massa "concorsuali"
	8.3. Proposta di conciliazione delle sentenze delle Sezioni Unite del 2006 e del 2017
9.	Proposta di definizione delle azioni di massa
10.	Discussione di alcuni casi specifici
	10.1. Azioni di accertamento o di condanna per crediti del fallito e relative azioni esecutive
	10.2. Azioni di inefficacia ex artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall
	10.3. Azioni di simulazione
	10.4. Azioni di responsabilità
	10.5. Eccezioni revocatorie e impugnazioni dello stato passivo
	CAPITOLO TERZO
	LA CESSIONE DI AZIONI DI MASSA IN GENERALE
1.	Premessa
2.	Oggetto della cessione 81
3.	In quali termini le azioni di massa facciano parte dell'attivo concorsuale, e se la loro cessione sia possibile solo ove prevista dalla legge
4.	Se la pendenza del giudizio su un'azione di massa sia requisito essenziale per la cessione di essa
5.	Aspetti processuali della cessione
	5.1. Qualificazione processuale della cessione come successione a titolo particolare nel diritto controverso
	5.2. Il diritto controverso trasferito
	5.3. Se la successione sia sempre a titolo particolare
	5.4. Se il consenso del convenuto sia requisito per l'estromissione dell'organo concorsuale dai giudizi pendenti interessati dalla cessione
	92

	5.5. Se la mancata estromissione dell'organo concorsuale osti alla cessazione della procedura, e le ricadute di quest'ultima sui giudizi pendenti interessati dalla cessione
	5.6. Eccezioni opponibili dal terzo convenuto al cessionario dell'azione 99
	5.7. Segue. Sufficienza dell'ulteriore attivo concorsuale ceduto al fine del soddisfacimento dei crediti concordatari
	CAPITOLO QUARTO
	LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NEL FALLIMENTO
1.	Cenni storici
	1.1. Giurisprudenza e dottrina vigente il codice di commercio del 1882 . 103
	1.2. La legge fallimentare del 1942 110
2.	Caratteri generali della c.d. cessione concordataria (art. 124, 4° comma, I.fall.)
	2.1. «La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione»
	2.2. «Oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa»
	2.3. «Purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa»
	2.4. Limitazione della responsabilità del cessionario
	2.5. Possibilità per il terzo convenuto o da convenire con l'azione di massa ceduta di proporre opposizione all'omologazione del concordato 130
	2.6. Possibilità per il terzo convenuto di eccepire che l'azione è stata ceduta senza essere stata autorizzata dal giudice delegato
	2.7. Ricadute della risoluzione o dell'annullamento del concordato sui giudizi pendenti interessati dalla cessione
3.	Caratteri generali della c.d. cessione autonoma (art. 106, 1° comma,
	<i>I.fall.</i>)
	3.1. «Azioni revocatorie concorsuali»
	3.2. «Se i relativi giudizi sono già pendenti»
	3.3. Possibili cessionari
	3.4. Modalità della cessione
	3.5. Possibilità per il terzo convenuto o da convenire con l'azione di massa ceduta di proporre reclamo avverso l'autorizzazione del giudice delegato
	3.6. Possibilità per il terzo convenuto di eccepire che l'azione è stata ceduta a giudizio non pendente

CAPITOLO QUINTO LA CESSIONE DELLE AZIONI REVOCATORIE NEL FALLIMENTO

1.	Oggetto de	lla cessione 14	.7
		tto della cessione non è un mero potere processuale.	.8
	1.2. La tes	i tradizionale: cessione dell'azione revocatoria come alienazion pata del bene oggetto dell'atto da revocare	е
	-	Segue. Discussione 15	
		minoritarie	
		Cessione dell'azione revocatoria come cessione di un credito a	
		valore del bene oggetto dell'atto da revocare	5
	1.3.2.	Cessione dell'azione revocatoria come subentro del cessionari nel potere di promuovere l'azione esecutiva contro il terzo 15	
	1.3.3.	Discussione	9
	1.4. Conclu	<i>isione</i> 16	3
2.	La posizion	e sostanziale del c.d. terzo revocato 16	3
	2.1. II probi	lema in generale. Premessa 16	4
	2.1.1.	La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2 comma, I.fall. potrebbero consistere in un credito derivante dall risoluzione per evizione dell'eventuale rapporto sinallagmatic tra terzo revocato e fallito. Critica	la o
	2.1.2.	La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2 comma, I.fall. potrebbero consistere in un credito di indennizz di un arricchimento senza causa del debitore. Critica	0
	2.1.3.	La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2 comma, I.fall. potrebbero consistere in un credito da indebito Critica	Э.
	2.1.4.	La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2 comma, I.fall. potrebbero consistere in un credito che rivive pe effetto della restituzione alla massa del pagamento ricevuto de terzo e poi revocato. Discussione	er al
	2.1.5.	La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato potrebber consistere in un credito di indennizzo di un arricchimento senz causa della massa fallimentare. Discussione	a
	2.1.6.	Conclusione 18	3
	2.2. II probi	lema in caso di cessione di un'azione revocatoria	3
	2.2.1.	Panorama dottrinale e giurisprudenziale 18	3
	2.2.2.	Segue. Discussione	7
	2.2.3.	Possibilità per l'assuntore del concordato di limitare la propri responsabilità nei confronti del terzo revocato	
3.	Aspetti pro	cessuali della cessione 19	2
	3.1. In part	icolare, quale sia il diritto controverso trasferito 19	3

CAPITOLO SESTO

LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

1.	Aspetti sostanziali e processuali comuni ai diversi tipi di liquidazione amministrativa	
2.	Liquidazione coatta amministrativa in genere	198
	2.1. Aspetti sostanziali della cessione concordataria	
	2.2. Aspetti sostanziali della cessione autonoma	199
	2.3. Aspetti processuali	
3.	Liquidazione coatta amministrativa delle banche	202
	3.1. Aspetti sostanziali della cessione concordataria	202
	3.2. Aspetti sostanziali della cessione autonoma	207
	3.2.1. Fondamento e tipologia della cessione	207
	3.2.2. Tempo della cessione	210
	3.2.3. Limiti alla responsabilità del cessionario	212
	3.3. Aspetti processuali	221
4.	Liquidazione coatta amministrativa delle assicurazioni	222
	CAPITOLO SETTIMO LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA	
1.	Amministrazione straordinaria c.d. comune	227
	1.1. Premessa. Legge Prodi	227
	1.2. Legge Prodi-bis	228
	1.2.1. Cessione concordataria	229
	1.2.2. Cessione autonoma	232
2.	Amministrazione straordinaria c.d. speciale (decreto Marzano)	233
	2.1. Cessione concordataria	234
	2.1.1. Aspetti sostanziali	234
	2.1.2. La cessione concordataria nel caso Parmalat. La sente 172 del 2006 della Corte costituzionale. Discussione	
	2.1.3. Aspetti sostanziali (continua)	239
	2.1.4. Aspetti processuali	240
	2.2. Cessione autonoma	241
BIE	BLIOGRAFIA	243

INTRODUZIONE

Gli scopi e lo svolgimento di questa indagine sulla (cosiddetta) cessione delle (cosiddette) azioni di massa nelle procedure concorsuali risulteranno più chiari alla luce di alcune notazioni preliminari.

Merita in primo luogo osservare che il tema qui trattato è tutt'altro che nuovo, ma ha assunto una conformazione e un rilievo diversi per effetto di riforme intervenute nel nuovo millennio.

La legislazione concorsuale, che nel 1942 recepì espressamente la possibilità – allora vivacemente discussa da decenni – della «cessione delle azioni revocatorie come patto di concordato» fallimentare¹, dal 2006 estende questa previsione alle «azioni di pertinenza della massa»² e inoltre ammette il curatore a «cedere le azioni revocatorie concorsuali»³ in sede di liquidazione dell'attivo. Dal 2015, la cessione di «azioni di pertinenza della massa» mediante concordato è espressamente consentita anche nella liquidazione coatta amministrativa delle banche⁴.

D'altro canto, va riconosciuto che all'interesse manifestato dal legislatore, oltre che da parte non esigua della dottrina, per queste forme di cessione non corrisponde (più) quello degli operatori economici e concorsuali⁵.

Un'indubbia ragione di ciò è il notevole depotenziamento cui sono andate incontro, in pari tempo, le azioni revocatorie fallimentari. In particolare, il dimezzamento del c.d. periodo sospetto, e la previsione di ampie ipotesi di c.d. esenzione da revocatoria, hanno provocato una significativa riduzione di questa peculiare «materia prima»⁶ cedibile in via concordataria o autonoma⁷.

Questa osservazione quasi scontata induce a un interrogativo sulla opportunità e utilità del presente lavoro, per la risposta al quale risultano significative delle considerazioni non altrettanto immediate.

È dato evidente a chiunque si affacci allo studio di questo tema che la grandissima parte delle indagini giurisprudenziali e dottrinali in materia hanno risentito della storica delimitazione delle azioni giudiziali cedibili alle revocatorie esercitabili in sede fallimentare. Proprio perché di «azioni di pertinenza della

¹ Così l'originario art. 124, 2° comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare; in seguito, "l.fall.").

² Art. 124, 4° comma, I.fall.

³ Art. 106, 1° comma, I.fall.

⁴ Art. 93, 3° comma, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico bancario; nel prosieguo, "t.u.b."), come modificato dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181.

⁵ Lo osservano, in particolare, D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 448 ss., pp. 448 s., e D. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa" nel sistema di realizzazione concorsuale dell'attivo*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 24 ss., pp. 13 s.

⁶ Espressione di D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, p. 449.

⁷ Con riguardo alla cessione autonoma di azioni revocatorie concorsuali (art. 106, 1° comma, I.fall.), M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 465, osserva che «[I]a scelta di consentire la cedibilità delle azioni è un'evidente espressione della volontà di eliminare i fattori di ritardo che più hanno inciso in passato sulla durata delle procedure di fallimento. Ma il contemporaneo forte depotenziamento dell'azione revocatoria ha in questi anni generato una sopravvenuta acuta riduzione delle azioni revocatorie, il che rende la nuova previsione della cedibilità tanto utile quanto tardiva».

massa» la legge fallimentare non ha fatto menzione fino al 2006, la categoria delle azioni di massa quale comprensiva di forme ulteriori di tutela è stata solo di rado esaminata della prospettiva della loro cedibilità in ambito concorsuale.

Allo stesso tempo, e per ragioni analoghe, l'attenzione degli interpreti si è concentrata sul solo strumento del concordato fallimentare, con considerazione solo occasionale della cedibilità delle azioni di massa (o meglio, appunto, delle azioni revocatorie) in via autonoma o in procedure concorsuali diverse dal fallimento.

Ne è conseguito che la cessione di azioni di massa diverse dalle revocatorie, in particolare al di fuori del concordato fallimentare, è stato sinora un tema poco considerato. Questo disinteresse, d'altro canto, forse non riflette adeguatamente i valori economici potenzialmente in gioco. Si pensi, per fare un solo esempio, alle azioni di responsabilità del diritto societario, e i corrispondenti, non di rado milionari, crediti risarcitori.

Questo disinteresse sembra però riflettere in parte anche un problema più profondo, e cioè il non soddisfacente inquadramento dogmatico delle stesse categorie generali in discorso⁸: già (in particolare, ma non soltanto) di cosa voglia dire "cedere un'azione" giudiziale, "azione di (pertinenza della) massa", e quindi "cedere un'azione di massa".

Bisogna constatare che a questi interrogativi sono state date non di rado risposte poco approfondite, con rinvio a singoli lavori di autori illustri e a singoli precedenti giurisprudenziali. A un esame approfondito, però, queste fonti pur ben meditate si rivelano meritevoli, anche per la loro età, di precisazioni sulla base delle più moderne acquisizioni di diritto sostanziale e processuale civile.

Ciò che questo lavoro quindi si propone non è in fondo che una rimeditazione in forma organica di spunti dottrinali e giurisprudenziali prevalentemente occasionali e asistematici, alla luce di dati normativi assai diversi da quelli con cui si confrontarono molti degli interpreti del passato.

Chiaramente, a ravvivare l'interesse verso un istituto giuridico non può certo essere un qualsiasi modesto tentativo di studio, ma le esigenze della viva prassi commerciale. È però vero che una migliore precisazione dei profili dogmatici e sistematici di un istituto, naturalmente mediata dalla ricezione giurisprudenziale, può contribuire a ridurre progressivamente le incertezze, e quindi i rischi, cui sono esposti gli operatori specializzati.

Ciò, a maggior ragione, oggi che il legislatore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁹ ha in parte ampliato lo spazio di operatività delle revocatorie, in particolare ancorando il c.d. periodo sospetto (non più alla dichiarazione di fallimento, bensì) al «deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale»¹⁰, e generalizzando la revocatoria degli atti infragruppo prima nota nella sola amministrazione straordinaria¹¹.

⁸ Sottolineano come le «notevoli potenzialità» dell'istituto siano frenate anche da incertezze interpretative A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 499 ss., p. 499.

⁹ D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (nel prosieguo, anche "c.c.i."). L'art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore del Codice (con l'eccezione degli articoli indicati dall'art. 389, 2° comma, c.c.i.) al 1° settembre 2021.

¹⁰ Cfr. gli artt. 64 ss. l.fall. e gli artt. 163 ss. c.c.i.i.

¹¹ Cfr. l'art. 91 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e l'art. 290 c.c.i. Valga in proposito quanto osservato da D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 477, il quale sottolinea che

Anche senza tenere conto di questi recenti (e futuri) sviluppi, una migliore precisazione del novero delle azioni di massa potrebbe dispiegare possibilità di cessioni forse sinora non appieno valorizzate, e quindi risultare di qualche interesse nel segno di una conclusione più rapida delle procedure concorsuali, che consenta comunque ai creditori concorrenti una qualche soddisfazione sul valore economico delle azioni cedute.

Ma persino a prescindere da tale auspicio, l'analisi qui compiuta, proprio per la sua vocazione dogmatica e sistematica, può forse dire qualcosa di più e di non scontato su alcuni fondamentali sotto-temi toccati lungo il corso dell'opera.

Uno di questi è la posizione processuale del curatore fallimentare nelle controversie in cui egli sta in giudizio o in virtù del c.d. spossessamento processuale (art. 43 I.fall.) o in forza di una diversa legittimazione processuale. Questa posizione processuale, spesso descritta con varie espressioni dal sapore atecnico e perciò tecnicamente insoddisfacenti, è una chiave di volta non solo per la corretta comprensione del tema della cessione di azioni di massa, ma anche (e soprattutto) per la proficua disamina di ulteriori questioni di grandissima importanza pratica: si pensi ai rapporti tra azioni del curatore e dei singoli creditori, alla disciplina probatoria, al decorso dei termini di prescrizione.

Un altro di questi sotto-temi è quello delle pretese sostanziali del terzo soccombente in un'azione revocatoria esercitata in sede fallimentare, su cui la legislazione concorsuale non detta in generale che l'ellittico ed ambiguo art. 70, 2° comma, I.fall. Evidentemente, la soluzione prescelta a questo proposito non può non spiegare importanti ricadute sulla posizione dell'eventuale cessionario dell'azione stessa. Soprattutto però è vero anche il contrario: proprio la possibilità di inserimento nella procedura di un "estraneo" cessionario dell'azione revocatoria rappresenta un punto visuale di estremo interesse (ma di solito trascurato) per vagliare le soluzioni proposte per questo spinoso problema.

La vastità degli prospettive che così si dispiegano all'interprete mi ha suggerito di separare idealmente questo lavoro in una "parte generale" e in una "parte speciale".

La "parte generale" si compone dei capitoli dal I al III. Vi è sviluppata una indagine di definizione delle tre categorie generalissime attorno a cui ruota l'istituto qui esaminato, che in assenza di una simile opera definitoria risulterebbe, se non proprio incomprensibile, lasciato alla mercé di opzioni interpretative arbitrarie.

Nel capitolo I, si ricerca il significato dell'espressione "cessione di un'azione" (giudiziale). La ricognizione di questa e simili occorrenze nella legislazione, da un lato, e il confronto e la precisazione dei più puntuali interventi dottrinali in materia, confortano la conclusione dominante in dottrina e in giurisprudenza per cui questo fenomeno va inteso come trasferimento di situazioni giuridiche sostanziali, e precisamente il trasferimento della situazione giuridica dedotta come oggetto della domanda giudiziale.

3

[«]le potenzialità del "mercato" delle revocatorie [sono] decisamente maggiori nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi rispetto alle altre procedure [...], in particolare qualora ad essere investito dalla procedura sia un gruppo di imprese [...]. Ed infatti, l'art. 91, d.lgs. n. 270 del 1999 [...], nell'estendere i termini per la revocabilità degli atti infragruppo (c.d. revocatoria "aggravata") supera uno degli ostacoli – anzi, il maggiore – che attualmente si frappongono all'utilizzo dello strumento di reintegrazione della massa attiva».

Nel capitolo II, si ricerca il significato dell'espressione "azioni di massa". A partire da alcune pronunce delle Sezioni Unite, rese nel 2006 e nel 2017 in materia di legittimazione ad agire del curatore fallimentare, la riflessione su quest'ultimo tema fa da tramite per la formulazione di una sintetica proposta ricostruttiva di questa categoria funzionale e composita. Viene in particolare prospettata una sinergica dicotomia tra due sotto-categorie di azioni di massa, distinte a seconda dell'influenza che esercita sui loro presupposti lo stato di insolvenza (dichiarata o no). Questa ricostruzione implica, in particolare, l'esclusione dal novero delle azioni di massa delle azioni per diritti per cui il debitore stesso avrebbe potuto chiedere tutela prima del c.d. spossessamento processuale. Vengono inoltre esaminati specificamente alcuni casi emblematici di azioni per cui è controversa l'attribuzione della qualifica "di massa".

Nel capitolo III, l'indagine svolta nei capitoli I e II viene condotta a sintesi in una discussione delle caratteristiche generali – predicabili in assenza di espresse disposizioni di legge – della cessione delle azioni di massa. Non solo la natura sostanziale del fenomeno traslativo trova ulteriore conferma calandosi nei complessi rapporti tra debitore, organo concorsuale e creditori, ma viene precisata la concorde qualifica della cessione come successione a titolo particolare nel diritto controverso, analizzandone limiti e implicazioni.

La "parte speciale" si compone dei capitoli dal IV al VII, i quali trattano della cessione delle azioni di massa nelle procedure connotate dalla dichiarazione dell'insolvenza. L'analisi svolta nella parte generale si rivela qui come possibile fonte di parametri di risposta ai quesiti più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza.

Nel capitolo IV, vengono esaminate le due figure di cessione delle azioni di massa nel fallimento: la cessione c.d. autonoma (art. 106, 1° comma, I.fall.) e la cessione c.d. concordataria (art. 124, 4° comma, I.fall.), nei loro aspetti sostanziali e processuali, tentando di sopperire alla lacunosità della legislazione.

Nel capitolo V, viene approfondito il difficile studio della cessione di azioni revocatorie nel fallimento. I quesiti cruciali affrontati attengono all'oggetto della cessione e (come anticipato) alla posizione sostanziale del c.d. terzo revocato in relazione alle pretese del, e nei confronti del, cessionario dell'azione. Nell'impossibilità di una soluzione definitiva dell'uno e dell'altro profilo, stante l'ambiguità degli indici normativi, si evidenziano quali tra le alternative proposte appaiano accettabili, e quali tra esse siano preferibili a seconda degli assunti che si ritengano accettabili sul più generale piano degli effetti della revoca.

Nel capitolo VI, viene esaminata la cessione delle azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.) disciplinata dalla legge fallimentare, nella l.c.a. bancaria, e nella l.c.a. delle assicurazioni. Particolare approfondimento è dedicato alla l.c.a. bancaria, alla luce del favore storicamente dimostrato in questo ambito per la cessione di azioni di massa, nonché del recente intervento di riforma dell'art. 93 t.u.b. prima richiamato.

Nel capitolo VII, l'opera si conclude con l'esame della cessione delle azioni di massa nell'amministrazione straordinaria c.d. comune (d.lgs. 270/1999) e speciale (d.l. 347/2003). In relazione a quest'ultima, vengono specificamente considerate le pronunce rese della Corte costituzionale nel c.d. caso Parmalat, che toccano nel vivo la possibilità di cessione delle azioni revocatorie e delle altre azioni di massa in procedure rivolte al risanamento, anziché alla liquidazione, dell'impresa del debitore.

CAPITOLO PRIMO

LA CESSIONE DI AZIONI IN GENERALE

1. Premessa.

Come anticipato nell'Introduzione, il primo quesito di "parte generale" affrontato in questo lavoro è che cosa debba intendersi per cessione o trasferimento di un'azione giudiziale.

Come si è detto, nel diritto concorsuale italiano, l'espressione «cessione delle azioni» comparve nell'originario art. 124, 2° comma, della legge fallimentare del 1942. Vedremo però tra poco che questa espressione è ben più antica. Il legislatore dell'epoca mutuò infatti una locuzione non solo diffusa da tempo in giurisprudenza e dottrina, ma anche già presente nei codici post-unitari.

Sul significato di questa espressione hanno meditato nei decenni interpreti illustri. Alcuni risultati fondamentali dei loro sforzi esegetici rappresentano ormai dati acquisiti, e come tali sono di seguito riepilogati. In questo capitolo vengono però proposte anche delle precisazioni a queste letture, confortate dalla dottrina più recente.

2. Ricognizione normativa.

Come si è visto nell'Introduzione, diverse disposizioni dell'odierna legislazione concorsuale discorrono di cessione o trasferimento di azioni giudiziali. L'art. 124, 4° comma, I.fall. stabilisce che una proposta di concordato fallimentare può «prevedere la cessione [...] delle azioni di pertinenza della massa». L'art. 106, 1° comma, I.fall. sancisce che «[i]l curatore può [...] cedere le azioni revocatorie concorsuali». L'art. 4-bis, 1° comma, lettera c-bis), del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, prevede che «[c]ome patto di concordato, potranno essere trasferite all'assuntore le azioni revocatorie». L'art. 93, 3° comma, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. testo unico bancario o t.u.b.) dispone che una proposta di concordato nella liquidazione coatta amministrativa delle banche «può prevedere la cessione [...] delle azioni di pertinenza della massa».

È perciò interessante che nel resto dell'ordinamento giuridico italiano constino pochissime disposizioni che si esprimono in termini di cessione di un'azione giudiziale¹².

¹² Per la ricognizione (certo parziale e indicativa, ma abbastanza ampia) di questa e di simili ricorrenze testuali, ho condotto tramite la banca dati legislativa "Normattiva" (www.normattiva.it) una ricerca sui testi originali degli atti normativi statali lì indicizzati, emanati a partire dal 1861, usando stringhe di ricerca composte di tre elementi: (1) un lemma (in numero singolare o plurale, ove possibile) tra "acquirente", "alienare", "alienazione", "cessionario", "cessione", "conferire", "conferimento", "disporre", "dispositivo", "disposizione", "successione", "succeduto", "successore", "trasferimento", "trasferire", "vendere", "vendita"; (2) un articolo o proposizione semplice o composta tra "dei", "della" (o "dell"), "delle", "di", "il", "in", "la" (o "l'"), "le", "nei", "nel", "nella" (o "nell"), oppure uno spazio vuoto; (3) un'espressione (in numero singolare o plurale, ove possibile) tra "diritto a/al/alla/alle/all", "azione", "domanda", "lite", "potere", "pretesa". Questa piccola ricerca – idealmente suscitata dalla riflessione di W. BIGIAVI, *Note inutili*

Il codice civile del 1865 conteneva sei disposizioni di questo tenore.

Di particolare interesse era l'art. 1149, in materia di pagamento d'indebito, il quale disponeva che «[c]hi ha venduto la cosa ricevuta in buona fede, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita od a *cedere l'azione per conseguirlo*». La stessa regola era stabilita dagli artt. 933, 2° comma, e 1851 per gli atti di disposizione compiuti, rispettivamente, dall'erede apparente e dall'erede del depositario.

Significativo era anche l'art. 1538, 1° comma, nel capo dedicato alla "cessione dei crediti o di altri diritti", ai sensi del quale «[l]a vendita o la cessione di un credito, di un diritto o di un'azione è perfetta, e la proprietà se ne acquista di diritto dal compratore o cessionario al momento che si è convenuto sul credito o sul diritto da cedersi e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso». Peraltro, non sembra facile spiegare il riferimento a «proprietà» e «possesso», che per le azioni giudiziali è certo incongruo, nonché il mancato richiamo delle azioni nella seconda parte della disposizione¹³.

Rilevante era poi l'art. 1458, collocato nel capo III ("Delle persone che possono comprare o vendere") del titolo VI ("Della vendita") del libro III. Il primo comma di questa disposizione sanciva che «[i] giudici, gli uffiziali [sic] del pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura, di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese». Il secondo comma temperava questo rigoroso principio con una deroga per cui «[r]imane[va] eccettuato dalle disposizioni precedenti il caso in cui si tratt[asse] di azioni ereditarie fra i coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti o per difesa di beni posseduti».

Vi era infine l'art. 1007, il quale, fissata al primo comma la norma generale per cui «[è] soggetto a collazione» – tra l'altro – «ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale delle discendenti», precisava al secondo comma che «[s]e il dotante ha pagata la dote al marito senza le sufficienti cautele, la figlia dotata è soltanto obbligata a conferire l'azione verso il patrimonio del marito».

Il codice civile del 1942 riprese tutte queste disposizioni apportandovi modifiche di varia incisività.

Il posto dell'art. 1149 c.c. 1865 fu preso dal primo comma dell'art. 2038 c.c. Questa disposizione è in continuità con quella previgente nello stabilire che «[c]hi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito». Vi è però radicale discontinuità rispetto al previgente inciso «od a cedere l'azione per conseguirlo», superato dalla regola per cui «se [il corrispettivo] è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito *subentra nel diritto dell'alienante*». E questa soluzione è stata coerentemente estesa agli atti di disposizione compiuti dall'erede apparente (art. 535, 2° comma, c.c.) e dall'erede del depositario (art. 1776 c.c.).

6

sul c.d. trasferimento delle azioni civili, in Riv. dir. civ., 1965, I, 130 ss., p. 137, per cui «molto probabilmente nel codice [civile] e nelle leggi speciali si possono rintracciare altre norme nelle quali viene usata la stessa terminologia» dell'art. 1261, 2° comma, c.c. – ha dato risultati pertinenti modestissimi: solo quelli discussi nel testo.

¹³ Incongruenze notate da W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 136 nota 29.

Innovazioni simili ma parziali è dato riscontrare agli artt. 1260 e 1261 c.c., nel capo "Della cessione dei crediti".

L'art. 1260 non contiene più alcun riferimento a diritti o ad azioni diverse dal semplice «credito» (cfr., invece, l'art. 1538, 1° comma, c.c. 1865)¹⁴.

L'art. 1261, 1° comma, c.c. enuncia in questi termini il principio prima espresso dall'art. 1458, 1° comma, c.c. 1865: «[i] magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni».

Sembra però in continuità con la legislazione previgente l'art. 1261, 2° comma, c.c., ai sensi del quale «[l]a disposizione del comma precedente non si applica alle *cessioni di azioni ereditarie tra coeredi*, né a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario».

Nessuna innovazione di rilievo (per quanto ci interessa) fu d'altronde apportata in materia di divisione ereditaria, dove l'art. 741, 2° comma, c.c. ripropose quasi senza alcuna modifica la disposizione dell'art. 1007 c.c. 1865: «[s]e il dotante ha pagato la dote al marito senza le sufficienti cautele, la figlia dotata è solo tenuta a *conferire l'azione verso il patrimonio del marito*». Vero è che l'art. 741 c.c. fu successivamente abrogato con la legge 19 maggio 1975, n. 151, di riforma del diritto di famiglia, per cui esso non ha più che rilevanza storica.

Nell'ambito del diritto processuale, dato chiave è l'assenza nel codice di rito di qualsiasi riferimento testuale a cessioni di azioni giudiziali. La sola norma del codice di procedura civile appena ravvicinabile a questa particolare espressione è (naturalmente) l'art. 111 c.p.c., che regola in generale la successione a titolo particolare nel diritto controverso¹⁵.

3. Segue. Discussione.

I dati normativi riportati nella sezione precedente non sono univoci.

Da un lato, si riscontra la continuità lessicale – di per sé incorsa in critiche ¹⁶ – dell'art. 1261, 2° comma, c.c. e dell'(abrogato) art. 741, 2° comma, c.c. con il

¹⁴ Come osservava, tra gli altri, W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 137 nota 29 (ove riferimenti). 15 L'art. 111 c.p.c. così recita: «[1.] Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. [2.] Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. [3.] In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. [4.] La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione».

¹⁶ Vedi W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 168: «Appar chiaro [] che in quelle norme il legislatore si è limitato a far suo il linguaggio della pratica (oltre che il linguaggio dei nostri vecchi autori), senza pensar minimamente a risolvere un problema di teoria». Quanto all'art. 1261 c.c., in particolare, l'Autore osservava che «l'ultima delle tre ipotesi» di cui al secondo comma («cessioni *per difesa* di beni posseduti dal cessionario») «è presentata in maniera alquanto strana e [] il legislatore ha usato linguaggio oscuro ed arcaico: a me sembra che, nel 1942, ci si sarebbe dovuti esprimere in maniera ben diversa anziché riprodurre pedissequamente il testo dell'art. 1458, comma 2°, c.c. 1865».

codice del 1865, in termini rispettivamente di «cessioni» e di «conferimento» di azioni.

Dall'altro lato, nel redigere gli artt. 1261, 1° comma, e 2038, 1° comma, c.c. il legislatore della codificazione ha abbandonato le espressioni «cedere l'azione per conseguir[e]» il corrispettivo e di «cession[e di] liti, ragioni ed azioni litigiose» (artt. 1149 e 1458 c.c. 1865), preferendovi rispettivamente quelle di «cession[e] di diritti sui quali è sorta contestazione» e di «subentr[o] nel diritto dell'alienante».

In effetti, sono proprio gli artt. 1261, 1° comma, e 2038, 1° comma, c.c. ad apparire particolarmente interessanti per la nostra indagine.

Ciò perché, a tacer d'altro¹⁷, queste due disposizioni, a differenza delle prime due, *non* recano norme *speciali* dettate per *particolari* azioni giudiziali.

La norma di cui all'art. 1261, 1° comma, c.c. è sì speciale rispetto a un generale principio di libera disponibilità dei diritti, ma per caratteristiche che *non* attengono ai particolari elementi dell'azione: la regola restrittiva fissata da questo comma, infatti, si riferisce a fatti giuridici riguardanti le persone dei *cessionari* e l'*autorità giudiziaria* davanti alla quale pende il giudizio, *non* a titolo, oggetto e parti delle domande giudiziali. Pertanto, questa norma si può descrivere come soggettivamente, ma non oggettivamente, speciale: essa riguarda *generici* «diritti sui quali è sorta contestazione».

La norma di cui all'art. 2038, 1° comma, c.c., invece, riguarda sì *particolari* azioni giudiziali, ossia quelle che spettano all'alienante nei confronti del subacquirente che ancora gli debba il corrispettivo. Questa norma non è però speciale in senso proprio, perché non deroga a una norma più generale: essa, semplicemente, *amplia* la tutela di colui che abbia pagato l'indebito, disponendo (per il caso, *non* speciale *bensì* alternativo, che il corrispettivo non gli sia stato ancora pagato) il suo subentro *ex lege* «nel diritto dell'alienante».

In conclusione, quanto visto nella presente sezione conforta l'idea di un rilievo sistematico delle due disposizioni da ultimo considerate. Più precisamente, l'impiego delle espressioni «cession[e] di diritti sui quali è sorta contestazione» e di «subentr[o] nel diritto dell'alienante» suggeriscono che sia *inutile* intendere la cessione di un'azione giudiziale come qualcosa di distinto e ulteriore dal trasferimento del solo «diritto controverso» sostanziale (art. 111 c.p.c.).

4. La proposta ricostruttiva di Enrico Redenti.

Se l'idea appena prospettata sembra suggestiva, dovrebbe indurre quantomeno a prudenza la risalente opinione di Enrico Redenti per cui proprio nell'art. 124, 2° comma, I.fall. si rinverrebbe «la conferma ufficiale, esplicita ed indubbia, che nel sistema della legge trova posto *in linea generale* la figura della cessione delle azioni», che anzi vi troverebbe «un crisma legislativo incontestabile»¹⁸.

¹⁷ Vedi W. Bigiavi, *Note inutili*, cit., p. 168: «[A]ppar chiaro che il secondo comma dell'art. 1261 c.c. vigente, sebbene parli della cessione di azioni ereditarie, in realtà si riferisce alla cessione di diritti litigiosi, come del resto emerge dal primo comma della stessa norma, nel quale si parla appunto di cessione di "diritti sui quali è sorta contestazione"».

¹⁸ E. REDENTI, Sui trasferimenti delle azioni civili, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 74 ss., p. 86.

Questa opinione, beninteso, non si riduce a una semplice asserzione, bensì rappresenta l'esito di una riflessione critica svolta dall'Autore sulle due categorie in cui a suo avviso sarebbe possibile classificare le azioni giudiziali.

Nella prima categoria troverebbe posto ogni azione data all'attore che prospetti¹⁹ «un diritto soggettivo primario preesistente (il diritto allo *status*, la proprietà, il credito...) [...] in istato di sofferenza (trasgressione od insoddisfazione)», ossia ogni «azione [] data per la restaurazione-realizzazione nell'ordine pratico di quel diritto primario preesistente»²⁰.

Nella seconda categoria si troverebbero invece le azioni «a cui non preesiste e non sottostà un diritto soggettivo primario»²¹, date secondo Redenti solo nei casi «espressamente preveduti» dalla legge²². In particolare, secondo l'Autore, la legge «collega sempre, caso per caso» tali azioni «all'esistenza di un interesse a conseguire quei tali provvedimenti a cui l'azione tende», interesse «che è elemento costitutivo dell'azione e non già un *quid* estrinseco ad essa»²³.

La differenza tra le due categorie di azioni avrebbe importanti implicazioni sulla loro cedibilità.

Le azioni del primo tipo si trasferirebbero insieme al diritto soggettivo primario, nel senso che il trasferimento del diritto «trarrà seco *naturaliter* (anche se non espressamente pattuito) il trasferimento dell'azione»²⁴, quantomeno come regola generale²⁵. D'altro canto, «[s]e l'azione ha origine e causa da un diritto indisponibile, *evidentemente* la indisponibilità si estenderà all'azione»²⁶. Tutto ciò senza togliere «che [] si possa e [] si debba sempre distinguere un *duplice* trasferimento, del diritto e dell'azione»²⁷.

Le azioni del secondo tipo sarebbero oggetto di un ben diverso meccanismo trasferimento. Qui si dovrebbe infatti esaminare «se e come, per sua natura o per effetto di regole legali», il predetto interesse che è «elemento costitutivo dell'azione e non già un *quid* estrinseco ad essa»²⁸ sia «trasmissibile o intrasmissibile, problema che *evidentemente* non ammette soluzioni generali di

¹⁹ Il termine è usato per la ragione che l'Autore rigettava inequivocabilmente la concezione chiovendiana (cfr. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, Jovene, 1935, pp. 19 ss.) dell'azione come diritto processuale concreto, ossia sussistente solo in quanto esista *effettivamente* il diritto sostanziale fatto valere: vedi E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, cit., pp. 86 ss.

²⁰ Ivi, p. 77.

²¹ Ivi, pp. 79–80.

²² *Ivi*, p. 79.

²³ Ivi, p. 82.

²⁴ *Ivi*, p. 81.

²⁵ Infatti REDENTI, mentre riteneva inseparabili, per esempio, il diritto di proprietà e l'azione di rivendica, nonché il diritto di credito e le relative azioni di cognizione e di esecuzione, affermava che lo stesso non avverrebbe – sempre per esempio – «[a]llorché da un danneggiamento della cosa per fatto colposo altrui, sia sorta una azione di risarcimento». Questa infatti «appare [] negozialmente separabile dal diritto primario [...] Qui infatti l'azione tende soltanto a conseguire una somma di denaro e non il recupero della cosa, salvo vedere poi come si regoli una eventuale questione di accertamento incidentale della proprietà, quale elemento o presupposto del diritto al risarcimento» (E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, cit., p. 82).

²⁶ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

²⁷ Ivi, p. 81 (corsivi aggiunti).

²⁸ Ivi, p. 82.

massima»²⁹. Più precisamente (mi sembra intendesse l'Autore³⁰), occorrerebbe verificare – per esempio, o esclusivamente?³¹ – se i presupposti in presenza dei quali la legge dà l'azione, *oppure* «il risultato a cui tende l'azione», «per loro natura», siano suscettibili di cessione: se lo sono, dovrebbe ritenersi cedibile anche l'azione, beninteso sempre in virtù di un trasferimento *duplice* come sopra descritto³².

In caso contrario, precisava l'Autore, una cessione dell'azione «[n]on sarebbe concepibile», perché la «si mutilerebbe [...], recidendone un elemento essenziale al suo stesso schema, e per riflesso si farebbe venir meno dall'altro lato per il cessionario l'interesse che sta a base dell'azione medesima»³³.

Pertanto, secondo Redenti, si potrebbero cedere (per esempio) l'azione di annullamento di una delibera assembleare di società (perché essa presuppone la titolarità di azioni o di quote della società stessa); l'azione di annullamento per incapacità o di simulazione di un atto dispositivo (perché essa mirerebbe al «recupero» dei beni oggetto dell'atto); l'azione revocatoria ordinaria (perché essa sarebbe «presidio amminicolare» di un diritto di credito, da esso «[i]nseparabile»)³⁴.

Viceversa, secondo l'Autore non si potrebbero cedere in principio, bensì in forza di previsione espressa di legge (art. 124 l.fall.), le azioni revocatorie fallimentari, perché esse sarebbero «previste e concesse dalla legge nell'interesse globale dei creditori» e «pertanto non si coordinano a singoli crediti»³⁵.

5. La critica a Redenti e la diversa proposta ricostruttiva di Walter Bigiavi.

Dovettero trascorrere dieci anni prima che la ricostruzione di Redenti descritta nella sezione precedente fosse sottoposta a un approfondito esame (decisamente) critico, ad opera di Walter Bigiavi.

L'illustre Autore adempì a questo compito oneroso³⁶ con un fondamentale contributo in rivista³⁷ in cui espresse la propria posizione nei termini che seguono.

²⁹ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

³⁰ Mi sembra lecito sintetizzare in questi termini i non così lineari pensieri dell'Autore: vedi *ivi*, pp. 82 ss.

³¹ L'Autore ha discusso infatti alcuni casi specifici, nei termini sintetizzati nel testo, ma in chiusura si è espresso (troppo) ambiguamente, affermando che «[i]n situazioni *di questo genere* ritengo possibile e lecito trasferire l'azione» (E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, cit., p. 83); ma sono proprio i confini di «questo genere» a non risultare chiari.

³² Vedi E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, cit., pp. 82 ss. L'autore arriva anzi ad affermare – senza motivazione – che qualora «in un certo negozio le parti convengano la cessione dell'azione di revindica [*sic*] di una certa cosa, questo per implicito vorrà dire che trasferiscono la proprietà, se ed in quanto sussista, e che il cessionario agendo ricupererà (se vi riesca) la cosa per sé»: *ibidem*.

³³ *Ivi*, p. 84.

³⁴ *Ivi*, p. 85.

³⁵ Ibidem.

³⁶ «Uno studio del genere di quello da me condotto nel presente saggio non è per nulla conforme alla mia mentalità, e sarebbe troppo lungo spiegare come e perché io sia rimasto invischiato in una ricerca che non mi piaceva e che non mi piace per nulla. Mi limito a rilevare che ho fatto onorevole ammenda... preventiva dando alle mie osservazioni il titolo di note "inutili"»: W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 172.

³⁷ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit.

In primo luogo, l'Autore formulò il seguente rilievo³⁸: «ove si trasferisca un diritto soggettivo primario, detto trasferimento non comporta altresì il trasferimento in senso tecnico dell'azione (di accertamento, di esecuzione ecc.), quasi che l'azione sia un accessorio del diritto primario»: in verità, «il nuovo titolare del diritto primario – proprio perché si trova in questa *situazione* – viene ad usufruire di quei rimedi che, per così dire, sorgono *ex novo*, a titolo originario, in capo a lui (appar chiaro dunque che, anche in questo caso, io escludo il trasferimento a titolo derivativo, in senso tecnico, dell'azione)»³⁹.

In secondo luogo, «[o]ve si trasferisca l'azione cui sottostà un diritto soggettivo primario, non è vero che il trasferimento dell'azione *implichi* altresì il trasferimento del diritto soggettivo primario [...]: vero è invece [...] che siamo dinanzi a un *cosiddetto* trasferimento dell'azione, che *si risolve* nel trasferimento del diritto primario (ossia: che è, in realtà, il trasferimento del diritto primario): con la conseguenza, anche qui, che il nuovo titolare del diritto primario diviene (nel senso ripetuto or ora [...]) titolare altresì dell'azione, che in maniera scorretta si dice "trasferita"»⁴⁰. Secondo l'Autore, infatti, risulterebbe «non solo inutile, ma addirittura scorretto»⁴¹ concepire un *duplice* trasferimento, del diritto primario e dell'azione. In particolare, fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto primario attengono *già* e *solo* a quest'ultimo, *non* all'azione⁴², e lo stesso deve dirsi del giudicato sostanziale, *ex* art. 2909 c.c.⁴³.

Da questi due argomenti Bigiavi concludeva che, per esempio, «se Tizio conviene con Caio di cedergli l'azione di rivendica relativa al fondo Corneliano, in realtà Tizio e Caio hanno voluto trasferire la proprietà di quel fondo»⁴⁴; con la corretta precisazione per cui, se è vero che Redenti si era espresso in termini simili⁴⁵, per quest'ultimo «il trasferimento dell'azione *implica* il trasferimento (*anche*) del diritto sostanziale». Al contrario – ribadiva l'illustre Autore – «non bisogna dar peso alla lettera del negozio (dove si parla, in ipotesi, di trasferimento dell'azione) e bisogna invece concludere nel senso che il preteso trasferimento dell'azione cui sottostà un diritto primario *si risolve* (si esaurisce) nel trasferimento del diritto (l'acquirente del diritto potrà come tale, perché in quella certa relazione o situazione, esercitare l'azione)»⁴⁶.

³⁸ Che a ben vedere rappresenta non una conclusione, bensì un assunto alla base delle riflessioni dell'Autore: cfr. W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., pp. 137 s.

³⁹ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 159.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 143.

⁴² Mi sembra lecito generalizzare in questi termini quanto Bigiavi esprimeva con queste parole: «Mi spiego con un esempio: se il credito è a termine, e il termine è stato apposto a favore del debitore, è chiaro che il cessionario non può agire prima che il termine sia scaduto. Analogamente se, dopo sorto il credito, le parti hanno concordato un *pactum de non petendo*, diciamo per due anni, è chiaro che il ceduto potrà opporre questo patto al cessionario senza che ci sia bisogno di giustificare l'ovvia soluzione – che discende dai principi in tema di successione particolare nel credito – scrivendo che il risultato è ammissibile solo pensando che l'azione è stata trasferita con quella limitazione. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi; ma io mi fermo qui pensando che quello ora prospettato sia più che sufficiente» (W. Bigiavi, *Note inutili*, cit., p. 141).

⁴³ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 142.

⁴⁴ *Ivi*, p. 143.

⁴⁵ Vedi nota 32.

⁴⁶ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 144.

In terzo luogo, dovrebbe «negarsi il trasferimento anche dell'azione cui non sottostà un diritto soggettivo primario. In realtà, ciò che risulta trasferito è quello che viene chiamato il "diritto potenziale", il "diritto condizionato", o meglio "l'aspettativa"; e il nuovo titolare di quel "diritto potenziale", di quel "diritto condizionato", di quell'"aspettativa" diviene (nel senso ripetuto [qui sopra]) il titolare dell'azione»⁴⁷.

Infatti, benché anche Redenti avesse affermato⁴⁸ che in questi casi il trasferimento dell'azione «non può concepirsi se non comporta altresì il passaggio del "risultato utile", è chiaro che chi fa leva, in via primaria, sul trasferimento dell'azione deve [...] far leva, in un modo o nell'altro, sul concetto di accessorietà del risultato utile; [...] bisogna, per così dire, che [si] spinga all'estremo il concetto di accessorio: e questo risultato lo [si] ottiene (o [si] pensa di ottenerlo) distruggendo l'autonomia del c.d. "risultato utile" e incorporandolo nell'azione»⁴⁹.

Ed ecco infatti – osservava Bigiavi – che «[q]uesto procedimento è adottato proprio dal Redenti, il quale, parlando delle azioni "che non traggono origine da un diritto soggettivo primario", deve "osservare innanzitutto che la legge le collega sempre, caso per caso, all'esistenza di un interesse a conseguire quei tali provvedimenti a cui l'azione tende"⁵⁰; deve aggiungere che in tanto l'azione è trasmissibile in quanto è trasmissibile siffatto "interesse"⁵¹; e, poi, per salvar tutto, deve concludere, in maniera per me stupefacente, che "questo interesse [...] è elemento costitutivo dell'azione, non già un *quid* estrinseco ad essa"⁵²».

Ma – obiettava vigorosamente Bigiavi – «dire che il trasferimento dell'azione cui non sottostà un diritto soggettivo primario deve essere collegato con il trasferimento dell'interesse perché questo sarebbe elemento costitutivo dell'azione e non già un *quid* estrinseco ad essa significa risolvere (apparentemente) il problema nel momento stesso in cui lo si pone; significa fare del verbalismo», con «uno scoperto *escamotage*»⁵³. Ciò risulta comprovato dal fatto che «se il rimedio, anzi il "ripiego" cautamente (e quasi nascostamente) introdotto nel ragionamento fosse valido, non si capirebbe perché il nostro processualista non abbia fatto ricorso ad esso anche nell'ipotesi di trasferimento di un'azione alla quale sottostà un diritto soggettivo primario [...] non solo esaspera[ndo] il concetto di autonomia dell'azione dal diritto sostanziale, ma addirittura elimina[ndo] quest'ultimo, sia esso "attuale" o "potenziale", [...] incentra[ndo] tutto quanto [...] sull'azione e soltanto sull'azione»⁵⁴. Accogliendo quest'impostazione, infatti, «è chiaro che [...] il problema della trasferibilità

⁴⁷ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 160.

⁴⁸ Vedi *sub* note da 28 a 33.

⁴⁹ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 157 (corsivo aggiunto).

⁵⁰ Vedi sub nota 23.

⁵¹ Vedi sub note da 28 a 33.

⁵² Vedi sub nota 23.

⁵³ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 158.

⁵⁴ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., pp. 158–159. Continuava l'Autore: «Con riguardo a questa ipotesi si è detto, al contrario, che il trasferimento dell'azione (poniamo, di rivendica) implica il trasferimento anche del diritto soggettivo primario (del diritto di proprietà): perché non dire, invece, anche in questo caso, che siamo dinanzi al trasferimento della *sola* rivendica, la quale è collegata con un interesse, che sarebbe "elemento costitutivo" dell'azione, non già un *quid* "estrinseco ad essa"?» (W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 158).

dell'azione sarebbe risolto in partenza (e in senso positivo) senza bisogno di giustificazione alcuna, ché l'azione sarebbe, in pratica, l'unico diritto trasmissibile»⁵⁵.

In realtà, da ciò si dovrebbe piuttosto concludere che affermare (come faceva Redenti) «prima [...] che l'azione è trasmissibile se è trasmissibile l'interesse e poi (per voler "far centro" sull'azione) [...] che il trasferimento dell'azione comporta il trasferimento dell'interesse», dimostra «che il punto di vista è sbagliato: che, in altri termini, non bisogna "far centro" sull'azione; che non bisogna parlare, nemmeno nel caso de quo e nei moltissimi altri analoghi, di trasferimento dell'azione»⁵⁶.

Sarebbe poi inconferente la valorizzazione dell'art. 124 I.fall. compiuta da Redenti. Ciò, in primo luogo, perché «sembra che, ove si faccia della revocatoria ordinaria un "presidio amminicolare" di un certo credito⁵⁷, la situazione non cambi di molto nell'ambito della revocatoria fallimentare, anzi, delle revocatorie fallimentari, per il fatto che esse "non si coordinano a singoli crediti"⁵⁸. Se è vero che il curatore propone quelle azioni *pro coeto*, e cioè nell'interesse della massa dei creditori (e mi astengo da ogni accenno alla veste giuridica del curatore), si può quindi affermare con tanta sicurezza che quelle azioni sono del tutto svincolate dalle situazioni sottostanti per il solo fatto che esse risultano concesse a presidio collettivo dei crediti ammessi?»⁵⁹. In secondo luogo, perché non solo nell'art. 124 I.fall., ma in tutte le disposizioni normative che discorrono del trasferimento di azioni giudiziali «[a]ppar chiaro» che «il legislatore si è limitato a far suo il linguaggio della pratica (oltre che il linguaggio dei nostri vecchi autori), senza pensar minimamente a risolvere un problema di teoria»⁶⁰.

Come recentemente notato da Giuseppe Terranova, questa complessiva ricostruzione di Bigiavi «è stata accettata per molti decenni [...], perché aveva il merito di ricondurre il discorso in termini di diritto sostanziale, a prima vista più confacenti alla natura patrimoniale degli interessi, di cui si disponeva»⁶¹. Essa anzi rappresenta ancora un saldo punto di riferimento per la dottrina in tema di cessione delle azioni di massa nelle procedure concorsuali, la quale ne mutua la conclusione fondamentale che le c.d. cessioni di azioni giudiziali si risolvono nel trasferimento di situazioni giuridiche *sostanziali*⁶².

⁵⁵ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p 159.

⁵⁶ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 157 nota 115.

⁵⁷ Vedi *sub* nota 34.

⁵⁸ Vedi sub nota 35.

⁵⁹ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 135.

⁶⁰ W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 168.

⁶¹ G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 523 ss., p. 556. Il lavoro di BIGIAVI è ripreso, per esempio, in un'opera giovanile di ID., *L'assuntore di concordato fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 11 nota 13, e in L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 19 ss.

⁶² Vedi, per esempio, M. PERRINO, *Cessioni "individuali" e "in blocco" dei diritti controversi come modalità liquidatoria concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 51 ss., pp. 52 ss.

6. Segue. Discussione.

Giunto a questo punto, il lettore attento dovrebbe però essersi accorto che anche la ricostruzione di Bigiavi si fonda su assunti decisivi di cui è lecito saggiare la consistenza.

In particolare, l'illustre Autore affermava che una azione cui non sottostà un diritto soggettivo primario – per riprendere la classificazione di Redenti – sorgerebbe in capo al soggetto cui sia stato trasferito «il "diritto potenziale", il "diritto condizionato", o meglio "l'aspettativa"» o «il "risultato utile"» ⁶³ cui l'azione stessa sarebbe rivolta; e che, assente il trasferimento di ciò, l'azione non potrebbe sorgere in capo a soggetto diverso dall'originario titolare.

Approfondiamo però in cosa consisterebbe per Bigiavi questo "diritto potenziale", "diritto condizionato", "aspettativa" o "risultato utile". Su questo profilo, l'Autore prendeva le mosse dalla decisione resa dalla Corte di Cassazione⁶⁴ in un caso assai interessante.

Questo il fatto: una tale moriva dopo aver venduto un immobile ed essere stata successivamente interdetta; a uno dei due eredi succedeva la moglie, che – ritenendo che l'antica vendita fosse annullabile ex art. 428 c.c. – cedette a una terza persona «qualsiasi azione ed eccezione potesse spettarle al riguardo, nonché il diritto di proprietà sugli immobili⁶⁵ e sui relativi frutti. L'efficacia della cessione venne subordinata al fatto che con sentenza passata in cosa giudicata fosse pronunciato l'annullamento della ripetuta vendita e che gli acquirenti [...] fossero condannati al rilascio degli immobili [...] E fu convenuto che il prezzo della cessione [...] sarebbe stato corrisposto al verificarsi dell'indicata condizione» ⁶⁶.

Nel giudizio instaurato dal cessionario, la corte d'appello⁶⁷ rigettò *in rito* la domanda. Essa ritenne che il diritto controverso *non* fosse «quello che aveva formato oggetto del contratto impugnato, e cioè *la proprietà dei beni in contestazione* spettante agli acquirenti [...], *bensì il diritto derivante dall'invalidità dei contratti stessi*»⁶⁸. E poiché quest'ultimo, ad avviso della corte di merito, era intrasmissibile, nel giudizio sarebbe ricorsa una «ipotesi di sostituzione processuale, la quale [avrebbe] dov[uto] ritenersi non consentita, non versandosi in nessuno dei casi per i quali è dalla legge ammesso, in via di eccezione, di far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»⁶⁹ (art. 81 c.p.c.).

La Suprema Corte concordò con la corte d'appello quanto all'identificazione del diritto controverso come «diritto ad invocare l'annullamento dell'originario contratto di compravendita»⁷⁰. Essa però negò che dall'art. 428 c.c. potesse trarsi argomento per l'intrasmissibilità di quest'ultimo. Non solo: nessun «motivo di invalidità per la particolare cessione sarebbesi potuto far derivare dal fatto che, secondo l'assunto, alla cessione del diritto all'annullamento non si sarebbe accompagnata anche quella dei diritti relativi al rapporto che si sarebbe andato

⁶³ W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 160.

⁶⁴ Cass., 18 ottobre 1956, n. 3709, in *Foro it.*, 1956, I, 1613.

^{65 «[}P]erché al plurale?», appuntava correttamente W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 146.

⁶⁶ Cass. 3709/1956, cit.

⁶⁷ Peraltro, come osservava W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 146, «dalla pronuncia della Cassazione non risulta come si sia svolto il processo dinanzi al Tribunale».

⁶⁸ Cass. 3709/1956, cit. (corsivi aggiunti).

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

ad impugnare. Invero dalla ricostruzione dei fatti compiuta dalla impugnata pronuncia è senz'altro dato di desumere che [fu ceduto], oltre al diritto a conseguire l'annullamento della vendita fatta dalla [] originaria dante causa, anche l'eventuale risultato utile dell'azione [...], il che non può certo non configurare ipotesi di trasmissione del diritto che l'azione stessa mirava a realizzare. È vero che il diritto che nella specie miravasi a realizzare, e cioè l'acquisto della proprietà degli immobili [...], era sottoposto alla condizione che l'azione di annullamento conseguisse un risultato favorevole attraverso l'emanazione di pronuncia passata in cosa giudicata; ma tanto non può ritenersi bastevole per escludere che ricorresse ipotesi di trasmissione congiuntiva nei riferiti sensi»⁷¹. Sicché «è evidente» che il cessionario, «[s]ubentrato così per tutti gli effetti al posto» della sua dante causa, «ebbe a far valere un diritto ormai divenuto proprio per trasmissione fattagliene senza riserva o restrizione di sorta. Onde non potevasi in nessuna quisa sostenere che esso [cessionario] intendesse far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»⁷².

Di queste argomentazioni della Suprema Corte disse Bigiavi che «[a]ppar chiaro [] che la nostra alta magistratura, pur negando (esattamente) che l'azione di annullamento per incapacità abbia carattere personalissimo, ne esclude il trasferimento autonomo (e c'è appena bisogno di precisare che a identica soluzione essa perverrebbe con riguardo ad ogni altra azione di annullamento); appar chiaro, insomma, che la Suprema Corte ammette il trasferimento dell'azione solo quando esso avvenga insieme con il trasferimento del "diritto condizionato", del "diritto potenziale" che spettava al cedente»⁷³.

In realtà, non sembra corretto affermare così recisamente che la Suprema Corte avesse escluso la trasferibilità in via autonoma dell'azione di annullamento.

Più corretto sarebbe stato, semmai, affermare che nel caso deciso dal supremo collegio il quesito non si era neppure posto, avendo il contratto di cessione espressamente trasferito anche «il diritto di proprietà sugli immobili e sui relativi frutti».

Ma non solo. Ancora più significativamente, la lettura fatta da Bigiavi della sentenza qui discussa dimostra che egli «trascurava che al terzo non viene trasferito un bene futuro (il "risultato utile" dell'azione), ma vengono trasferiti, con effetto immediato, tutti i poteri (ancorché processuali), che servono ad ottenerlo»74.

In termini moderni, mi sembra che l'illustre Autore non tenesse in debito conto la distinzione tra il diritto potestativo ad attuazione giudiziaria che è oggetto di un giudizio costitutivo⁷⁵ e le *altre* situazioni giuridiche sostanziali che siano in concreto dipendenti dalla situazione giuridica che viene creata, modificata o estinta col giudicato costitutivo.

In questo senso depongono due considerazioni.

⁷¹ Cass. 3709/1956, cit.

⁷² Cass. 3709/1956, cit.

⁷³ W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 148.

⁷⁴ G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 556–557. Cfr., esemplarmente, W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 166.

⁷⁵ Vedi, per esempio, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 12 ss. In dottrina si discorre, alternativamente, di potere di azione costitutiva: vedi, per esempio, E. GARBAGNATI, La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 90 ss.

In primo luogo, si deve notare che tutte le azioni che Redenti e Bigiavi qualificavano come "azioni cui non sottostà un diritto soggettivo primario" sono azioni costitutive. Sicché, in particolare, ciò che Redenti presentava come un suo parere, cioè che la legge le avrebbe date nei soli casi da essi espressamente previsti⁷⁶, non è altro che il principio espresso dall'art. 2908 c.c.⁷⁷; tanto più che non si comprende su altro quale fondamento potrebbe predicarsi questa limitazione.

In secondo luogo, considerando l'azione di annullamento su cui si è incentrata l'attenzione di Bigiavi, mi sembra chiaro che *una cosa* è l'effetto giuridico sostanziale cui l'azione è *sempre* rivolta, e cioè l'annullamento dell'atto (art. 428 c.c.), *altra cosa* sono le situazioni giuridiche sostanziali che, *per effetto* di questo annullamento, sorgono, si modificano o si estinguono in capo al titolare del rapporto giuridico che il giudicato investe. È infatti evidente che la sentenza costitutiva di accoglimento dell'azione *ex* art. 428 c.c., annullando l'atto, potrà sì far risorgere *anche* il diritto di proprietà, ma *solo se e in quanto* sia stato *in concreto* impugnato un atto traslativo dello stesso diritto di proprietà. Questo *particolare* "risultato utile" non è però allora effetto *naturale*, bensì *eventuale*, dell'azione di annullamento *ex* art. 428 c.c., che in sé considerata è rivolta soltanto all'annullamento dell'atto. In *questo* senso, allora, il diritto di proprietà è una "aspettativa", un "diritto potenziale", un "diritto condizionato": condizionato, appunto, alla formazione del giudicato di accoglimento della domanda costitutiva⁷⁸.

Ecco che così la c.d. cessione di un'azione costitutiva non sembra più concettualmente imprescindibile dal contestuale trasferimento di un simile "risultato utile" 79.

⁷⁶ Vedi *sub* nota 22.

⁷⁷ Ai sensi del quale «*[n]ei casi previsti dalla legge*, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

⁷⁸ Confortano questa conclusione le riflessioni di F. Di SABATO, *L'assuntore di concordato* fallimentare, Napoli, Jovene, 1960, pp. 23-24, in tema di cessione delle azioni revocatorie, sulla insufficienza della «opinione che vede nella cessione la sola alienazione del potere processuale attribuito al fallimento» perché «non si riuscirebbe a spiegare in qual modo il mero trasferimento di un potere processuale possa produrre effetti sostanziali direttamente in capo al cessionario, per il soddisfacimento di un interesse che è proprio di costui, indipendentemente dalla esistenza di un diritto di credito a garanzia del quale è prevista l'azione revocatoria. Se, cioè, venisse trasferito il solo potere processuale tendente alla dichiarazione di inefficacia del negozio, l'assuntore mediante l'esercizio dell'azione revocatoria potrebbe al più ottenere una dichiarazione di inefficacia dell'atto» (corsivi aggiunti). L'Autore faceva tuttavia discendere da questa corretta osservazione che «appare necessario interpretare la fattispecie non solo come trasferimento dell'azione, ma anche come alienazione anticipata del bene, dato che - se si trattasse del solo potere processuale – il patto non potrebbe conseguire il fine cui è destinato»: con ciò però – mi sembra - traendo da un dato corretto un postulato («appare necessario») che non solo richiede dimostrazione (vedi, funditus, cap. V, § 1.2) ma continua (erroneamente) a negare ogni consistenza sostanziale all'azione in sé considerata, in particolare come esercizio di un diritto potestativo.

⁷⁹ È significativo che BIGIAVI riprese la conclusione opposta, quale formulata da REDENTI nonché desunta da Cass. 3709/1956, cit., ma a ben vedere – anziché darvi una risposta – negò in radice la stessa ragion di porsi del pressante quesito che lui stesso si prospettava: «[s]e [...] si parla della trasmissibilità in via autonoma dell'azione, *perché* mai questo trasferimento *autonomo* dovrebbe andar *congiunto* con il trasferimento di qualcos'altro (lo si chiami "risultato utile" o "aspettativa" poco importa)?»; osservando, in particolare, che gli autori da lui criticati «ha[nno] fatto leva soltanto su di una conferma a posteriori: cioè sull'inammissibilità della sostituzione

Piuttosto, la c.d. cessione di un'azione costitutiva dovrebbe potersi concepire come il trasferimento *già* e *soltanto* del corrispondente diritto potestativo ad attuazione giudiziaria.

Tanto più che l'art. 2908 c.c., da un lato, non si esprime circa la necessità o meno che la qualità di «parti» inerisca ai soli titolari *ab origine* del diritto controverso; e che, dall'altro lato, esso contempla espressamente (oltre agli «eredi» delle parti) la figura degli «aventi causa» delle parti, in cui almeno in astratto potrebbero rientrare i cessionari dello stesso diritto potestativo ad attuazione giudiziaria. È invece questione *distinta* se tale trasferimento possa avvenire solo nei casi previsti dalla legge.

Ma dovrà allora negarsi ogni rilievo al "risultato utile" dell'azione costitutiva? Niente affatto. Mi sembra però più corretto e proficuo riportare questo "risultato utile" al piano dell'*interesse ad agire*. Pare infatti possibile aderire all'illustre dottrina per cui, ferma la tendenziale irrilevanza dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive (perché ritenuto *in re ipsa*), esso potrebbe acquisire rilevanza in casi eccezionali⁸⁰. E quale caso più eccezionale – modificando in parte l'esempio studiato da Bigiavi – del cessionario di un'azione di annullamento per incapacità di un contratto traslativo della proprietà, il quale *non* prospetti di essersi reso titolare (nemmeno sotto condizione) *anche* di quel diritto di proprietà? Quale interesse concreto e attuale vanterebbe costui?

Vi è d'altronde che a diversa soluzione sembra potersi giungere in altri casi. Si pensi all'ipotesi⁸¹ dell'assuntore di un concordato fallimentare con cessione dell'intero patrimonio fallimentare e contestuale liberazione integrale del fallito. Non avrebbe egli assuntore interesse ad agire per promuovere l'azione revocatoria fallimentare – in ipotesi già intrapresa dal curatore – contro un atto con cui il debitore aveva assunto un'obbligazione spereguata [art. 67, 1° comma, n. 1), I.fall.], il cui creditore si sia insinuato al passivo del fallimento prima della presentazione della proposta di concordato [cfr. art. 124, 4° comma, I.fall.]? Non si dica che, in questo caso, la cessione dell'azione revocatoria "presuppone" la contestuale cessione del "risultato utile" dell'azione stessa, allo stesso modo in cui la cessione dell'azione di annullamento per incapacità di un contratto traslativo della proprietà "presuppone" la contestuale cessione della proprietà: nel caso in esame, infatti, il "risultato utile" cui mirano sia il curatore che l'assuntore si risolve nel giudicato (di inefficacia relativa dell'atto), non dipende da esso. Infatti, quale "aspettativa", "diritto potenziale", "diritto condizionato" si potrebbe mai trasmettere insieme all'azione, se non gli stessi e soli effetti della (auspicata) pronuncia di accoglimento? L'"aspettativa" all'inefficacia relativa

processuale pattizia» (W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., pp. 155 s. nota 107; vedi anche p. 152, su cui poco oltre nel testo). Chiaro è infatti che negando in radice la possibilità di un trasferimento dell'azione slegato da quello del "risultato utile" (vedi ancora W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 157), tale quesito non si pone più e resta, quindi, insoluto.

⁸⁰ Vedi C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11° ed., I, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 595 ss., il quale osserva che «[n]elle azioni costitutive, anche se necessarie, si può forse ammettere talora uno scrutinio sulla ricorrenza in concreto dell'interesse ad agire, guardando al contesto più generale in cui si colloca la azione di impugnativa. [...] [P]er le [] azioni costitutive, quando si afferma che non si porrà mai un caso di interesse ad agire, non si afferma certo in generale cosa sbagliata, ma, ciononostante, bisogna tener conto anche dei casi particolari».

⁸¹ Che verrà riesaminata con attenzione infra: vedi cap. III, § 5.3.

dell'atto? Il "diritto potenziale" o "condizionato" all'inefficacia relativa dell'atto? Questi altro non sono che espedienti verbali, semplici riformulazioni del diritto potestativo ad attuazione giudiziaria oggetto del giudizio revocatorio⁸².

Naturale conseguenza di questa proposta non è solo la riserva, appena esposta, verso la conclusione di Bigiavi per cui in caso di cessione di un'azione costitutiva è *imprescindibile* il trasferimento del predetto "risultato utile".

Altra conclusione è infatti l'insufficienza dell'assunto di Redenti per cui ciò che connota un'"azione cui non sottostà un diritto soggettivo primario", e cioè l'«interesse a conseguire quei tali provvedimenti a cui l'azione tende», che è «elemento costitutivo dell'azione e non già un *quid* estrinseco ad essa», non ha consistenza di «diritto soggettivo primario»⁸³.

In generale, è di per sé imprecisa l'affermazione che tale «interesse» è «elemento costitutivo dell'azione», perché questa qualificazione generica non chiarisce se l'interesse giaccia sul piano degli elementi individuatori della domanda giudiziale (come titolo od oggetto) oppure su quelli delle condizioni di decidibilità della causa nel merito (in particolare, l'interesse ad agire). Dire che tale interesse non ha consistenza di diritto soggettivo primario parrebbe porlo su quest'ultimo piano, ma è ben vero che Redenti finiva per far dipendere la cedibilità di alcune azioni di tal sorta dalla titolarità di un determinato diritto sostanziale, assoluto o relativo⁸⁴. Nessuna vera utilità, quindi, esplica questa osservazione dell'Autore.

Soprattutto, però, si deve negare a monte l'assunto dell'Autore per cui alle azioni della seconda categoria da lui prospettata "non sottostà un diritto soggettivo primario". Tale sono invece, come visto, i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria a fondamento delle azioni costitutive come quelle discusse da Redenti e Bigiavi.

Questa conclusione parrebbe d'altronde fosse inconcepibile per entrambi gli Autori.

Secondo Redenti, «[q]uando per arrivare a dire che un diritto vi è (a base dell'azione), bisogna cominciare col deformare il concetto, demolire od obliterare i confini propri della categoria [del diritto soggettivo, n.d.r.], e prescindere dal relativo regime giuridico, non si fa più che un giuoco di parole meramente nominale e privo di effettiva rilevanza. Così, per esempio, quando si voglia dire che una azione di annullamento per mera illegittimità (ad esempio ricorso per illegittimità al Consiglio di Stato) si fonda sopra un diritto soggettivo alla legittimità, salvo aggiunger subito che questo però non è un diritto civile o politico ai sensi della legge del '65 (e quindi non lo è secondo i concetti e le categorie del sistema),

18

⁸² Queste nostre osservazioni ci sembrano confortate dal rilievo critico di G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 556, di un ulteriore «equivoco» su cui si basava la ricostruzione di Bigiavi: egli infatti «sottovalutava il fatto che, quando si parla di "azione", in questo caso, non ci si riferisce all'accezione processuale del termine; non si allude al generico diritto, riconosciuto a tutti i soggetti muniti di *ius postulandi*, di chiedere al giudice una pronuncia (quale che sia) sull'istanza portata alla sua attenzione; ma ci si riferisce al potere di incidere – tramite il processo – sulla sfera giuridica del convenuto, imponendogli un obbligo nuovo di zecca (come accade con la condanna al risarcimento del danno), o eliminando alcuni effetti prodotti dall'atto (come accade – ma solo fino a un certo punto – nella revocatoria)».

⁸³ E. REDENTI, Sui trasferimenti delle azioni civili, cit., pp. 80, 82.

⁸⁴ Vedi sub nota 32.

non si fanno che delle parole vane senza costrutto»⁸⁵. Immotivata, però, l'affermazione generale; fuorviante poi l'esempio particolare, per la confusione tra la finalità di interesse pubblico (la legittimità dell'attività amministrativa), i fatti costitutivi della pretesa (l'adozione di un provvedimento amministrativo illegittimo) e gli effetti cui è preordinata l'azione (l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo).

La conclusione era però rigettata anche da Bigiavi, il quale inoltre non faceva parola delle «ovvie ragioni» per cui a suo dire andava escluso «un trasferimento del diritto potestativo»⁸⁶; rigetto, questo, però già contrastato nella dottrina dell'epoca⁸⁷.

7. Definizione della c.d. cessione di un'azione giudiziale.

Per tutti questi motivi, sembra convincente definire la *cosiddetta* cessione (o trasferimento) di un'azione giudiziale sempre come cessione della *sola* situazione giuridica sostanziale che ne costituisce l'oggetto.

Se si ritenesse, viceversa, che la c.d. cessione di un'azione comporti non già il trasferimento della situazione giuridica sostanziale, bensì l'eccezionale abilitazione del cessionario a far valere nel processo, in nome proprio, la situazione giuridica di cui egli stesso afferma la titolarità altrui (cioè un caso di sostituzione processuale), si incapperebbe senza bisogno apparente in un grave ostacolo di diritto positivo: come visto⁸⁸, l'art. 81 c.p.c. è *puntuale e inequivoco* nello stabilire che «[f]uori dei casi *espressamente* previsti dalla legge, *nessuno* può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui».

Eliminata, per i motivi visti in questa sezione, l'imprescindibilità del trasferimento del "risultato utile" in caso di cessione di un'azione costitutiva, l'ancora più radicale concezione della cessione di un'azione come un problema meramente processuale, di legittimazione (straordinaria) ad agire, risulta così senza dubbio la via – inutilmente – più accidentata tra le due qui presentate.

Come visto⁸⁹, inoltre, la ricostruzione qui proposta è quella più consona ai non numerosi indici normativi rinvenibili nel nostro ordinamento.

8. La recente proposta ricostruttiva di Giuseppe Terranova. Discussione.

Le conclusioni espresse nelle sezioni precedenti sembrano trovare corrispondenza in una ricostruzione recente proposta da Giuseppe Terranova⁹⁰.

L'illustre Autore, premessa l'insoddisfazione per la tuttora carente sistemazione dogmatica delle categorie generalissime con cui ci stiamo confrontando⁹¹, si è proposto di «suggerire un'analisi strutturale delle due

87 Vedi W. BIGIAVI, *Note inutili*, cit., p. 166 nota 142, ove riferimenti.

⁹⁰ G. TERRANOVA, La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, cit.

⁸⁵ E. REDENTI, Sui trasferimenti delle azioni civili, cit., p. 79.

⁸⁶ W. BIGIAVI, Note inutili, cit., p. 165.

⁸⁸ E considerato già da Cass. 3709/1956, cit., come argomento per sostenere una concezione di cessione dell'azione giudiziale in fondo corrispondente a quella qui proposta (vedi *sub* nota 69).

⁸⁹ Vedi in questo cap. I, sezz. 2 e 3.

⁹¹ «Il vero problema [] è la mancanza di chiarezza in merito alla differenza tra un credito e un'azione. Non sappiamo quando si possa parlare di un credito attuale a una prestazione futura,

situazioni giuridiche messe a confronto (i crediti e le azioni in senso sostanziale)» proprio nella materia delle cessioni di azioni di massa.

Questa analisi fa perno su una descrizione dei «diritti soggettivi (o forse meglio sarebbe dire i rapporti giuridici, anche più complessi di un diritto) come "grappoli di poteri e di immunità" [...] che l'ordinamento attribuisce ai singoli (o a masse più o meno determinate di soggetti), per consentire loro di realizzare i propri interessi»⁹²; in cui «[i] fatti costitutivi del diritto [...] costituiscono lo stelo, ma restano sullo sfondo, quasi offuscati dagli altri fatti, che attribuiscono la legittimazione all'esercizio dei poteri»; «[l]a legittimazione è autonoma dalla titolarità, ed è in grado di produrre effetti irreversibili; talvolta si trasforma (a certe condizioni: si pensi agli acquisti *a non domino*, ove il possesso "vale titolo") essa stessa in titolarità»⁹³.

L'Autore ha messo alla prova questa sua ricostruzione proprio nel campo accidentato delle cessioni di azioni revocatorie.

Ebbene, se in tale vicenda – osserva l'Autore – «s'individuano due entità distinte – l'una costituita dalla "azione" e l'altra dal "diritto" – si è indotti, per forza di cose, a ritenere [...] che il cessionario debba affiancarsi alla curatela nell'iniziativa processuale. A ben guardare, però una simile ricostruzione trascura molte obiezioni: innanzi tutto, che un'espressa norma di legge (l'art. 124, comma 4°, l. fall.) ammette la possibilità di cedere le azioni "autorizzate" dal giudice delegato, anche se non sono state ancora promosse; in secondo luogo, che la soluzione più economica, dal punto di vista processuale, è di estromettere dal giudizio gli organi della procedura [...], per riservare ogni difesa all'unico soggetto interessato, e cioè al cessionario; infine, che diventa difficile capire come mai la

e quando si ha a che fare, invece, con il trasferimento del risultato utile di un'iniziativa processuale: insomma, non sappiamo definire con certezza la *struttura* delle situazioni giuridiche, delle quali stiamo parlando. [...] Come si vede, non appena si scava più a fondo, ci si accorge che il problema s'ingigantisce, fino a coinvolgere le nozioni di base della nostra pretesa "scienza giuridica"»: G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 527–528.

⁹² G. TERRANOVA, La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, cit., pp. 528–529, con un approfondimento di spunti presenti già in G. TERRANOVA, La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo, in Eur. dir. priv., II, 2002, 511 ss., spec. pp. 550 ss.

⁹³ G. TERRANOVA, La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, cit., p. 531. L'autore fa il seguente esempio: «Se dovessimo spiegare a uno studente del primo anno della Facoltà di Giurisprudenza che cosa è un rapporto obbligatorio tra Tizio e Caio, saremmo portati a dire che Tizio viene indotto dall'ordinamento a eseguire una certa prestazione (dare una somma di denaro o di altri beni fungibili, consegnare una cosa specifica o compiere un'attività lavorativa), e che, se non l'esegue, Caio può esercitare una serie di poteri, volti a garantirgli la collaborazione della controparte, o a ottenere il dovuto o, comunque, il risultato economico equivalente. Così, per restare al diritto vigente, se Tizio non adempie, si ha, in primo luogo, una modificazione del contenuto del rapporto, che lo trasforma (quando non lo sia già) in un'obbligazione di carattere pecuniario (tralascio i problemi dell'esecuzione in forma specifica). Dopo di che, Caio può esercitare una serie di poteri, che consistono: nel costituire in mora il debitore, nel pignorare i suoi beni (con la conseguenza di avviare un processo aperto alla partecipazione di altri creditori), nel farli mettere in vendita, nel ripartire il ricavato tra i partecipanti al concorso, con un soddisfacimento totale o parziale delle loro pretese. In questo modo si producono delle modifiche nella sfera giuridica della controparte [...] che hanno lo scopo di far ottenere al creditore la prestazione dovuta (o un suo succedaneo), e nulla più. La prestazione dovuta resta, dunque, sullo sfondo, come fondamento delle predette modificazioni giuridiche; ma sono i poteri, di cui il creditore dispone, a creare il vincolo giuridico» (ivi, pp. 529–530).

revocatoria, se ceduta a un terzo, possa sopravvivere alla chiusura del concorso esecutivo»⁹⁴. In particolare, per giungere a quest'ultimo risultato, «debole» sarebbe l'argomento degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, perché si ha qui a che fare con un'azione «costitutiva, di stretta pertinenza della massa»; in verità, «il problema può essere risolto solo se s'insiste sul fatto che i poteri attribuiti al cessionario hanno natura sostanziale, anche se [] possono essere esercitati solo attraverso il processo»⁹⁵.

Ebbene, mi sembra che la concezione delle azioni costitutive come azioni aventi ad oggetto un diritto potestativo ad attuazione giudiziaria, cedibile quantomeno ove lo consenta espressamente la legge, sia ben conciliabile con la descrizione dei «grappoli di poteri e di immunità» che «possono essere esercitati solo attraverso il processo» proposta da Terranova. Ciò – va ribadito – senza dover risolvere (e anzi poter dubitare sull'identificare) detto diritto potestativo nelle posizioni creditorie attive o passive in cui, secondo le variegate teorie che saranno esaminate nel prosieguo del lavoro, si declinano le pretese che conseguono al giudicato revocatorio.

È poi evidente, invece, che la descrizione proposta dall'Autore in nulla strida con quella tradizionale delle azioni di mero accertamento e di condanna, estrinsecazioni appunto di un *potere* (d'azione) al cui esercizio l'attore è *legittimato* per il fatto giuridico della postulazione – quantomeno – dei *fatti costitutivi* di un *diritto* di propria o (in caso di sostituzione processuale) altrui *titolarità*.

⁹⁴ Ivi, pp. 557–558.

⁹⁵ *Ivi*, p. 558 nota 42.

CAPITOLO SECONDO

LE AZIONI DI MASSA

1. Premessa.

In questo capitolo si affronta il secondo quesito di "parte generale" che è fondamentale per lo svolgimento del presente lavoro: la definizione della categoria delle "azioni di massa" oggi consacrata – con la dizione «azioni di pertinenza della massa» – nell'art. 124, 4° comma, l.fall.

Questo problema sembra davvero «tra i più eleganti del diritto fallimentare»⁹⁷, «a cavallo tra il diritto sostanziale (societario e fallimentare) e quello processuale»⁹⁸. Ed è problema che con il "nuovo"⁹⁹ testo dell'art. 124 l.fall. è divenuto di «estrema importanza ed attualità»¹⁰⁰, mentre «è stato per lungo tempo sottovalutato»¹⁰¹. Se, infatti, «[s]iamo stati abituati a leggere, ripetutamente, nelle decisioni della giurisprudenza l'espressione "azione di massa"», è vero che «una nozione precisa di azione di massa non trovava alcun referente normativo di diritto positivo prima della riforma» del 2006; con il risultato che «prima del confezionamento del nuovo art. 124 l. fall., il termine evocava una espressione quasi gergale, più da pratici che da legislatori»¹⁰².

Efficace, ma sconfortante, nota di partenza è che la ricostruzione sistematica di questa categoria è stata paragonata alla «ricostruzione di un *puzzle* in cui alcuni pezzi risultano mancanti» ¹⁰³, complice anche la relativa scarsità di indagini specifiche sul tema ¹⁰⁴. Per di più, questa categoria si è dimostrata alquanto «manipolabil[e], consentendo con abile gioco di sostituzione di premesse, di convalidare sia una risposta positiva che una risposta negativa al problema» ¹⁰⁵ se una certa azione giudiziale vi rientri o meno. Il risultato è che intorno alle azioni di massa c'è realmente poco di pacifico, e da ciò derivano inconvenienti resi ancor più gravi dalla funzione spiccatamente pratica – quella di più rapida o conveniente liquidazione dell'attivo – impressavi dal legislatore concorsuale.

⁹⁶ Dizione certamente più diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza, e che viene perciò preferita nel prosieguo del lavoro.

⁹⁷ L. BALESTRA, *Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Fall.*, 2017, 662 ss., p. 667.

⁹⁸ M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 448 ss., p. 450 nota 14. ⁹⁹ Vedi l'Introduzione.

¹⁰⁰ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, UTET Giuridica, 2009, p. 388.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ivi, p. 387.

¹⁰³ R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 11.

¹⁰⁴ Come osserva M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, cit., p. 450 nota 14.

¹⁰⁵ A. SCHERILLO, G. GIOFFRÉ, *Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali prefallimentari. Riflessioni minime sulla sussistenza di un'azione di massa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 760 ss., p. 770.

Questa incertezza si acuisce nel confronto con altre categorie tracciate dalla legge fallimentare: non solo le «azioni revocatorie concorsuali» che possono essere cedute in sede di liquidazione dell'attivo fallimentare (art. 106, 1° comma, l.fall.), ma anche e soprattutto le «controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento» in cui sta in giudizio il curatore (art. 43, 1° comma, l.fall.); le «azioni che [] derivano» dal fallimento di cui è esclusivamente competente a conoscere il tribunale fallimentare (art. 24 l.fall.); e, infine, le «azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare» che vanno specificate nel programma di liquidazione predisposto dal curatore [art. 104-ter, 2° comma, lettera c), l. fall.].

2. Le azioni di massa secondo le c.d. sentenze gemelle del 2006.

Questa complessiva incertezza certo spiega in parte perché tutte le più recenti indagini sulle azioni di massa abbiano preso le mosse dalla più estesa e autorevole disamina fattane nella giurisprudenza, forse non casualmente proprio all'indomani della riforma organica del 2006.

Il riferimento è a tre sentenze rese dalle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione nel marzo 2006¹⁰⁶, che per l'identità di portato decisorio e argomentativo sono di seguito indicate come "sentenze gemelle".

Con queste pronunce le Sezioni Unite hanno preso posizione su una delle più controverse questioni inerenti a un tema sempre attuale, «un classico nella patologia dei rapporti tra banche e imprese» 107. Il tema è la responsabilità della banca per la c.d. concessione abusiva di credito, e la questione attiene ai confini della relativa legittimazione ad agire del curatore fallimentare. In particolare, le sentenze gemelle hanno escluso che il curatore del fallimento di una società sia legittimato ad agire contro una banca per il risarcimento del danno sofferto dai

24

¹⁰⁶ Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, in *Corr. giur.*, 2006, 643, con nota di G. FAUCEGLIA, Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite; in Dir. banca merc. fin., 2007, 149, con nota di A. NIGRO, Ancora sulla successione "abusiva" di credito e sulla legittimazione del curatore fallimentare; in Dir. fall., 2006, II, 615, con note di L.A. Russo, Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito, e di G.B. NARDECCHIA. L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite; in Fall., 2006, 1125, con nota di C. ESPOSITO, La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili; in Foro it., 2006, I, 3417, con nota senza titolo di M. FABIANI; in Giur. it., 2006, 1191, con nota di M. SPIOTTA, Il curatore non è legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva di credito; in Rass. dir. civ., 2006, 1147, con nota di M. Robles, Abusivo finanziamento bancario e curatela fallimentare: la "nomofilachia economica" delle Sezioni Unite; in Riv. dir. comm., 2007, II, 2, con nota di S. CENNERAZZO, Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite. Conformi, nella giurisprudenza successiva, Cass., 11 ottobre 2013, n. 23201, inedita; Cass., 9 ottobre 2013, n. 22925, in Giur. it., 2014, 98, con nota di M. SPIOTTA, Spunti di riflessione da un raffronto tra due pronunce in tema di responsabilità extracontrattuale da falso affidamento e legittimazione del curatore; Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in Fall., 2011, 306, con nota di A. MARCINKIEWICZ, Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito, e in Giur. comm., 2011, II, 1157, con nota di V. PINTO, La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità; Cass., 13 giugno 2008, n. 16031, in Guida dir., 2008, 50, 112.

¹⁰⁷ A. JORIO, Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore, in Giur. comm., 2018, II, 262 ss., p. 262.

creditori della fallita in conseguenza dell'abusiva erogazione di finanziamenti alla società prima del fallimento¹⁰⁸.

Ai fini di questa indagine interessano soprattutto le considerazioni generalizzanti – che merita riportare per esteso – su cui è imperniato il ragionamento della Suprema Corte.

Le Sezioni Unite hanno innanzitutto affermato che «non si può ritenere [...] che nel sistema fallimentare il curatore sia titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato»; «[i]l sistema piuttosto prevede che la funzione del curatore sia diretta a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle cosiddette azioni di massa, dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie» 109. «Tale principio peraltro non è assoluto [...], ma va armonizzato con quello secondo il quale siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.» 110.

Più precisamente, «[I]'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto»; al contrario, «[n]on appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Né vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto»¹¹¹.

¹⁰⁸ È utile un breve riepilogo dei fatti di causa dei tre giudizi, tra loro collegati. I fallimenti di tre società parte di uno stesso gruppo avevano convenuto in giudizio delle banche che avevano erogato finanziamenti alle società stesse mentre queste erano ancora in bonis. La comune pretesa avanzata era quella aquiliana al risarcimento del danno causato alla massa dei creditori di ciascuna società in consequenza della concessione di finanziamenti «in presenza di elementi tali da doverne far riconoscere la situazione di impresa insolvente», e in particolare per l'effetto di aver così «tenuto artificiosamente in vita la [società], suscitando nel mercato la falsa opinione che si trattasse di impresa economicamente valida». Il tribunale aveva accolto le domande dei fallimenti attori, affermando in particolare la legittimazione ad agire del curatore. La corte d'appello aveva riformato la pronuncia di primo grado, ritenendo «che l'azione aquiliana in parola non costituisse azione di massa, in quanto la parte danneggiata dalla abusiva concessione del credito bancario non si identifica con la collettività dei creditori ma con ciascuno di essi, cosicché rispetto ad ognuno dei pretesi danneggiati occorre valutare, caso per caso, la sussistenza dell'illecito e del pregiudizio» (corsivo aggiunto). I fallimenti avevano quindi proposto ricorso per cassazione, sostenendo che, al contrario, «[I]'iniziativa del curatore [è] diretta a tutelare la intera massa al maggior riparto possibile», sicché «[l]'interesse della fallita alla conservazione del patrimonio e quello dei creditori ad un più ampio riparto [sono] coincidenti» (citazioni da Cass. 7029-7030-7031, citt.; corsivi aggiunti).

¹⁰⁹ Cass., 7029-7030-7031/2006, citt. (corsivo aggiunto).

¹¹⁰ *Ibidem* (corsivi aggiunti).

¹¹¹ Ibidem (corsivi aggiunti).

Ebbene, la particolare azione esercitata dai fallimenti nei giudizi oggetto delle sentenze gemelle «nella sua ontologia costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente alle azioni che traggono origine da atti degli amministratori della società fallita che danneggiano il terzo, ai sensi dell'art. 2395 c.c. Il danno che deriva da siffatta attività andrà, comunque, caso per caso valutato nella sua esistenza e nella sua entità [...]. [In particolare,] la posizione dei singoli creditori nei confronti di siffatta attività di sovvenimento abusivo dell'imprenditore si differenzia a seconda che i crediti siano antecedenti oppure successivi alla stessa. La circostanza temporale infatti può escludere oppure costituire il presupposto del pregiudizio, negando pertanto il carattere indifferenziato che struttura l'azione di massa. Il creditore antecedente l'abusiva concessione del credito avrà titolo a dolersi per la partecipazione al riparto, pur sempre all'esito delle azioni conservative del patrimonio da ripartire, dei creditori successivi. Questi ultimi, invece, esclusivamente dell'eventuale incapienza e per tale parte soltanto»¹¹².

È pressoché impossibile, e non necessario, riepilogare analiticamente i numerosi commenti dedicati alle tre articolate pronunce della Suprema Corte. È però utile osservare che essi si sono mossi lungo tre principali direttrici, la terza delle quali innestata sul limite della seconda.

Lungo una prima direttrice, sono state evidenziate le particolarità delle pretese azionate dai fallimenti attori. È stata generalmente criticata la scelta della curatela di agire vantando unicamente il danno subito *dai creditori* delle società fallite, senza allegare un danno arrecato al patrimonio delle medesime. Al riguardo ci si è chiesti se, e in quali casi, avrebbe potuto configurarsi un danno di quest'ultimo tipo. In caso di risposta positiva, si è osservato che il curatore avrebbe potuto agire (anche) nell'interesse delle società fallite, dal momento che l'azione avrebbe riguardato un rapporto di diritto patrimoniale del fallito compreso nel fallimento (art. 43, 1° comma, I.fall.)¹¹³. Circa la *causa petendi* di una simile azione non si è peraltro formato accordo in dottrina; piuttosto, sono state prospettate varie soluzioni, alcune delle quali successivamente recepite dalla giurisprudenza¹¹⁴.

¹¹³ In questo senso, tra tanti, I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Soc.*, 2007, 442 ss., p. 444, la quale conclude che nell'ipotesi così delineata «eventuali impedimenti all'accoglimento della domanda della curatela [sarebbero] tutti collocati *soltanto sul piano sostanziale*». Vedi anche A. MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, cit., p. 316.

¹¹⁴ Ecco in sintesi alcune delle soluzioni ipotizzate, con citazioni meramente esemplificative.

Una prima ipotesi considerata è che il curatore agisca contro la banca a titolo di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. nei confronti della stessa impresa finanziata. Negativamente, M. ROBLES, Abusivo finanziamento bancario e curatela fallimentare, cit., p. 1166 ss. Dubitativamente, A. NIGRO, La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi", in Giur. comm., 2011, I, 305 ss., pp. 309, 311. Affermativamente, C. ESPOSITO, La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni, cit., p. 1132; S. CENNERAZZO, Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito, cit., pp. 10 ss.; L. BALESTRA, Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale, in Fall., 2017, 1158 ss., pp. 1164 s.; B. INZITARI, E. DEPETRIS, Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato, in Dir. fall., 2018, I, 1035 ss., pp. 1063 ss. In giurisprudenza, negativamente (per la ritenuta non intrinseca dannosità di un'operazione di finanziamento a tassi d'interesse normali), Trib. Monza,

¹¹² Ibidem.

Lungo una seconda direttrice, è stata valutata l'applicazione che le Sezioni Unite hanno fatto nel caso di specie della loro stessa definizione di "azione di massa".

Una parte degli autori ha espresso plauso per il ragionamento della Suprema Corte, ribadendo o aderendo all'orientamento per cui in materia di concessione abusiva di credito avrebbe consistenza di danno risarcibile ai creditori solo quello individuale, diversamente patito da ciascun creditore¹¹⁵;

12 settembre 2007, in *Danno resp.*, 2008, 1159, con nota di M. CERRONE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare*.

Una seconda ipotesi è che il curatore agisca contro la banca quale co-obbligata solidale per un fatto dannoso imputabile ex artt. 2393 e 2394-bis c.c. già agli amministratori delle società fallite. Per questa prospettiva, vedi già C. ESPOSITO, L'azione risarcitoria "di massa" per "concessione abusiva di credito", in Fall., 2005, 857 ss., pp. 859 ss., e, in commento alle sentenze gemelle, C. Esposito, La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni, cit., p. 1132; in seguito, B. INZITARI, E. DEPETRIS, Abusiva concessione di credito, cit., pp. 1063 ss. In giurisprudenza: Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in Giur. comm., 2018, II, 236, con nota di A. JORIO. Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore, cit.; Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in Dir. fall., 2011, II, 405, con nota di R. FAVA, Abusiva concessione di credito e legittimazione ad agire del curatore fallimentare: verso l'azione risarcitoria di "massa"; in Fall., 2011, 306, con nota di A. MARCINKIEWICZ, Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito; in Foro it., 2011, I, 856; in Giur. comm., 2011, II, 1157, con nota di V. PINTO, La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità; in Giur. it., 2011, 109, con nota di M. SPIOTTA, Concessione abusiva di credito (con qualche riflessione a latere sull'art. 48 della c.d. "manovra correttiva estiva") (e vedi F. DIMUNDO, Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, Milano-Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, pp. 58 ss.); Trib. Prato, 15 febbraio 2017, in www.ilsocietario.it, 2017, con nota di E. CERISOLI, La responsabilità solidale della banca con gli amministratori della società fallita per ricorso abusivo al credito; Trib. Parma, 10 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it, con nota di P. DAL SOGLIO, L'azione risarcitoria contro l'istituto di credito responsabile di abusivo finanziamento: segnali evolutivi della giurisprudenza; Trib. Novara, 18 novembre 2011, in Corr. giur., 2012, 819, con nota di D. BECCARI, Crisi di impresa e responsabilità delle banche: i "perché" del difetto di legittimazione attiva degli organi concorsuali.

Secondo una terza ipotesi, la banca potrebbe essere convenuta quale amministratore di fatto della società finanziata: in questa direzione, ma dubitativamente, S. CENNERAZZO, *Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito*, cit., pp. 16 ss.

Lungo un quarto percorso argomentativo, si sono misurati i confini del concorso della banca nel reato di ricorso abusivo al credito (art. 218 I.fall.), che non richiede, per la sua configurazione, l'avvenuta dichiarazione d'insolvenza [sul punto vedi G. SANDRELLI, *Disciplina penale e processuale*, in G. Fauceglia e L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1955 ss., p. 1981, anche per citazioni di dottrina e giurisprudenza]: vedi C. ESPOSITO, *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni*, cit., pp. 1132 s.

Infine, sono stati esplorati gli estremi di una responsabilità della banca per attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497 c.c.: su ciò vedi in particolare l'analisi di S. CENNERAZZO, Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito, cit., pp. 16 ss., e di C. AQUILINO, Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare, in Dir. fall., 2008, I, 576 ss., pp. 587 ss.

115 Così, in particolare, A. NIGRO, La responsabilità della banca nell'erogazione del credito, in Soc., 2007, 437 ss., p. 438, che ribadisce quanto da sempre affermato da questo Autore (anche pochi anni prima in A. NIGRO, Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare, in Dir. banca merc. fin., 2002, I, 294 ss., pp. 297–298) e cioè che «per i creditori anteriori (alla concessione abusiva), si tratta del danno derivante dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento; per i creditori successivi, si tratta del danno consistente nella perdita che possono subire per aver instaurato rapporti che non avrebbero posto in essere ove

mentre, se pure può descriversi in termini di danno *riflesso* alla massa creditoria la lesione procurata all'integrità patrimoniale del debitore, a tutela di quest'ultima potrebbe agire solo il soggetto *direttamente* danneggiato, ossia lo stesso debitore, oppure i creditori ma solo in via di surrogazione (art. 2900 c.c.) al debitore¹¹⁶.

Altri autori si sono invece espressi in termini critici, sulla base di un ragionamento così sintetizzabile: si potrebbe distinguere due dimensioni di danno, una individuale e attinente a ciascun creditore, e una «uniforme e generalizzata» comune a tutti i creditori. Ciò – si argomenta – in quanto l'effetto dei finanziamenti abusivi si potrebbe descrivere come «perd[ita di] percentuali di soddisfazione nella stessa misura sia ai creditori anteriori, che percepiranno meno di quanto avrebbero ricavato senza il ritardo alla dichiarazione di fallimento, sia quelli successivi parimenti danneggiati dall'annacquamento della garanzia patrimoniale causata dal ritardo nella dichiarazione di fallimento» 117. Sicché il curatore potrebbe «far valere contemporaneamente un diritto al risarcimento sorto nel patrimonio del soggetto finanziato e [...] quel diritto concorsuale di tutti i creditori concorrenti, senza esclusione di alcuno, alla integrità della garanzia patrimoniale violata dalla pregiudizievole interferenza della banca» 118. Il danno comune a tutti i creditori andrebbe misurato nella «percentuale di soddisfazione concorsuale che è andata compromessa e perduta a causa del ritardo nella dichiarazione di fallimento per effetto dell'abusiva concessione di credito»¹¹⁹.

Gli scenari così prospettati sono stati più approfonditamente esplorati in un terzo filone d'analisi, il più interessante ai nostri fini.

Oggetto d'indagine è stato qui proprio lo stesso fondamento della nozione di "azione di massa" fatta propria dalle Sezioni Unite.

28

non vi fosse stata l'apparente solvibilità creata dal credito abusivamente concesso». In questo senso, in particolare, vedi già A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 219 ss., pp. 250 s. (testo "pioniere" in materia nell'esperienza giuridica italiana).

¹¹⁶ Così, in particolare, A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito*, cit., p. 299.

¹¹⁷ M. FERRARI, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in Corr. giur., 2006, 419 ss., p. 432. Impostazione, questa, già prospettata da B. INZITARI, Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso della concessione e rottura del credito, in Banca borsa tit. cred., 2001, I, 265 ss., pp. 293 ss., e da A. VISCUSI, Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità, in Banca borsa tit. cred., 2004, II, 648 ss., pp. 664 ss. Concordi, tra gli altri, L.A. RUSSO, Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito, cit., p. 622; G.B. NARDECCHIA, L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite, cit., p. 636; P. PISCITELLO, Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore, in Riv. dir. civ., 2010, I, 655 ss., p. 671, che parla di «danno alla massa».

¹¹⁸ M. FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito*, cit., p. 420, osservando che «i creditori concorrenti non potrebbero, autonomamente e individualmente, far valere» questo diritto risarcitorio nell'ambito della procedura. Concorde L.A. RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, cit., p. 622, che ammette però tale possibilità al di fuori del fallimento, ove il *petitum* si misurerebbe nel «minore risultato satisfattivo mediato, *potenzialmente* realizzabile [] esercitando l'espropriazione sui beni del debitore stesso».

¹¹⁹ M. FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito*, cit., p. 433. In termini corrispondenti, B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007, 462 ss., spec. pp. 468 ss.

A questo riguardo, sono stati evidenziati due aspetti problematici del ragionamento enunciato nelle sentenze gemelle.

In primo luogo – si è osservato – ritenere che discorrendo di «legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori» la Suprema Corte si sia riferita al ben preciso fenomeno tecnico della sostituzione processuale si scontra con l'ormai più volte ricordato dato positivo per cui questa è ammessa nei soli «casi espressamente previsti dalla legge» (art. 81 c.p.c.): per cui sarebbe *comunque* insufficiente, per affermare tale sostituzione processuale, il ricorso a un principio generale desumibile dal sistema fallimentare nel suo complesso¹²⁰.

In secondo luogo, si è sottolineato che la definizione di "azione di massa" formulata dalle Sezioni Unite fa leva sullo scopo dell'azione considerata, consistente nel procurare un «indistinto vantaggio che i creditori ricavano dall'incremento della massa attiva realizzatosi a seguito dell'esito vittorioso dell'iniziativa giudiziaria» 121, contrapposto al «vantaggio esclusivo e diretto» 122 di uno o più singoli creditori. Ma poiché «l'utilità del risultato che [le azioni di massa] producono può tradursi in un vantaggio per le massa soltanto in conseguenza del modo di operare del concorso nell'esecuzione fallimentare» 123, la legittimazione del curatore all'esercizio di un'azione di massa «non può essere correlata al fatto che in concreto saranno tutti, pochi o perfino uno soltanto a ricavarne effettivo vantaggio» 124. Per questo, rimane difficile capire se la qualifica di "azione di massa" «sia espressiv[a] di un principio generale, che porta con sé il passaggio della legittimazione al curatore senza bisogno di norma espressa, o se invece sia l'attribuzione della legittimazione a determinare la qualificazione in termini di azione di massa, ed allora essa debba restare confinata alle ipotesi che il legislatore, per motivi di stretta opportunità e non per identità di ratio, ha inteso prevedere» 125. Resta dubbio, cioè, proprio il tema essenziale se «il riconoscimento della legittimazione al curatore sia presupposto, oppure conseguenza, della qualificazione del rimedio in questione come azione di pertinenza della massa» 126.

Questi due aspetti problematici si fondono così in un quesito fondamentale, al quale le sentenze gemelle non hanno dato una risposta soddisfacente: concesso che, nell'impostazione della giurisprudenza, «una volta posta la premessa della natura individuale del danno, il conseguente corollario consiste[] necessariamente nel disconoscimento della legittimazione

¹²⁰ Così I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1037 ss., p. 1042.

¹²¹ D. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"*, cit., p. 41 nota 48.

¹²² Cass. 7029-7030-7031/2006, citt.

¹²³ I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, cit., p. 1041 (corsivo aggiunto). Non si comprende peraltro perché l'Autrice sottragga da questa affermazione l'azione surrogatoria e l'azione revocatoria fallimentare, viste come necessariamente ridondanti a vantaggio indistinto di tutti i creditori: vedi *ibidem*.

¹²⁴ L.A. Russo, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, cit., p. 620 (corsivo aggiunto).

¹²⁵ I. Pagni, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, cit., p. 1041. Nello stesso senso, A. Scherillo, G. Gioffré, *Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali pre-fallimentari*, cit., pp. 765 s.

¹²⁶ I. PAGNI, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, cit., p. 1041.

processuale del curatore fallimentare» 127, resta necessario spiegare *se* (e se sì, *in che modo*), la legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di massa possa fondarsi già sull'esistenza di un danno alla collettività dei creditori, o piuttosto sussista unicamente laddove la legge espressamente la contempli.

Se la risposta è nel primo senso, occorrerà spiegare su *quale* interesse, proprio di tutti i creditori, il danno debba incidere. E, in ogni caso, risulta ineludibile dover spiegare, *a monte*, quale relazione intercorre sul piano sostanziale tra il curatore, i creditori, e le situazioni giuridiche sostanziali alla base delle azioni di massa¹²⁸: e, in particolare, se la legittimazione ad agire del curatore – ove ammessa – sia ordinaria o straordinaria.

A questo riguardo, non è sufficiente la conclusione delle sentenze gemelle per cui un'azione di massa deve prescindere dalle differenziate pretese sostanziali dei singoli creditori, e riferirsi a un interesse uguale e comune a tutti. I problemi risultano infatti più profondo: questo interesse ha consistenza di situazione giuridica sostanziale capace di fondare un diritto di azione, o è, piuttosto, soltanto un movente – estraneo al piano degli elementi individuatori della domanda giudiziale – dell'attribuzione normativa al curatore della legittimazione ad agire nell'interesse dei creditori? Chi è il titolare della situazione giuridica sostanziale dedotta con un'azione di massa¹²⁹? E (dunque) è o meno (e se lo è, rispetto a chi) il curatore, nell'esercizio di un'azione di massa, sostituto processuale? E allora, infine, questa attribuzione al curatore della legittimazione ad agire nell'interesse della massa, abbisogna di previsione espressa (art. 81 c.p.c.) o è predicabile in altro modo¹³⁰?

Si tratta senza dubbio di quesiti complessi. Giova osservare che la importanza di essi si apprezza appieno proprio dal punto prospettico di questo

¹²⁷ A. SCHERILLO, G. GIOFFRÉ, *Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali prefallimentari*, cit., p. 767.

¹²⁸ Al riguardo, resta sempre valida la fondamentale osservazione di A. DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, 95 ss., p. 95, per cui «"[a]mministrare un patrimonio" e "tutelare gli interessi d'una massa" sono concetti piuttosto elastici, direi quasi empirici, se non accompagnati dalla precisazione della portata ed efficacia di tali amministrazione e tutela, nonché della misura in cui amministrato e tutelati debbano soggiacere all'attività del curatore».

¹²⁹ Coglie allora nel segno L.A. Russo, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva"* concessione di credito, cit., p. 620, osservando che ciò che distingue un'azione di massa è «essenzialmente, e in definitiva unicamente, la titolarità della situazione giuridica di cui si chiede la tutela». E valgano qui le osservazioni di M. SPIOTTA, *Limiti alla legittimazione processuale attiva del curatore fallimentare: profili applicativi*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 453 ss., p. 453, per cui se in generale è indubitabile che «[a]l fine d'individuare la disciplina processuale di un dato istituto [...] è imprescindibile una prioritaria ed attenta disamina della configurazione che di esso è offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul piano del diritto sostanziale» ciò vale, «anche e soprattutto», per il tema della legittimazione ad agire del curatore fallimentare, «che più d'ogni altro, si presta, per l'appunto, a fungere da "cerniera" tra la rappresentazione sostanziale delle azioni che [vengono] considerate ed i problemi più squisitamente processuali».

¹³⁰ Non si considera, per ora, l'intimamente connessa problematica della configurabilità o meno di iniziative processuali concorrenti del curatore e dei singoli creditori, con – a tacer d'altro – «evidenti problemi di calibrazione dei rispettivi *petita* processuali» (A. SCHERILLO, G. GIOFFRÉ, *Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali pre-fallimentari*, cit., p. 768); questione i cui disputati contorni saranno discussi *infra* con riferimento ad alcuni casi emblematici: vedi in questo capitolo II, § 6.3.

lavoro, e cioè l'eventualità che sulla scena della procedura concorsuale si stagli un particolare terzo: il potenziale cessionario di un'azione di massa.

È proprio in questa eventualità che la definizione dei contorni sostanziali e processuali delle azioni di massa disvela in pieno la sua attitudine pratica. Questa attitudine pratica è stata già apprezzata, su un piano distinto ma connesso, da chi ha approfondito (proponendo soluzioni ancora minoritarie) i rapporti tra determinate azioni di massa e le omologhe azioni dei singoli creditori¹³¹. Ma questa attitudine pratica *deve* essere apprezzata, rispetto al più ampio tema che ora ci impegna, anche da chi risolve in radice questi complessi rapporti nell'affermazione dell'improcedibilità delle azioni individuali. Quando sulla scena non vi sono solo curatore e creditori, ma anche un terzo cessionario, diventa *ineludibile* dover meglio definire l'oggetto e le modalità, sostanziali e processuali, di una cessione che dovrà (a pena di sua totale inutilità) poter spiegare i suoi effetti oltre i confini della procedura.

Ecco quindi, in definitiva, perché il corretto inquadramento delle statuizioni della Suprema Corte non solo è necessario per spiegare il fenomeno della cessione delle azioni di massa, ma richiede in via prioritaria una disamina di un altro complesso problema: quello della legittimazione ad agire del curatore fallimentare.

3. Il problema della legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Inquadramento.

«[P]oliedrica o meglio amletica figura [...], che sembra uscire diversa e diversamente colorata dalle improbabili combinazioni della molteplicità di vetrini ad ogni giro d'un caleidoscopio»¹³². Questa originale descrizione del «curatore nel processo»¹³³ dà ragione della complessità del tema di cui si viene ora ad occuparsi.

Non occorre infatti convenire con l'idea per cui «l'intera disciplina della procedura [fallimentare possa] essere presentata come la disciplina dei poteri e doveri del curatore, di ciò che il titolare di tale ufficio può o non può, deve o non deve compiere» 134, per rendersi conto delle implicazioni della ricostruzione della posizione processuale del curatore. Oltre al tema del nostro lavoro, per le ragioni viste nella sezione precedente, si pensi (per fare due esempi soltanto) alle controversie in tema di posizione del curatore rispetto alle azioni di simulazione o alla devoluzione in arbitrato di controversie comprese nel fallimento.

In questa sezione si tenta un inquadramento del tema di ampiezza confacente allo scopo di questo lavoro. L'analisi è ispirata al proposito fondamentale di evitare descrizioni della posizione processuale del curatore dal

132 C. VOCINO, Il fallito nel suo processo, in Dir. fall., 1972, I, 249 ss., p. 253.

¹³¹ Vedi nota precedente.

¹³³ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 232.

¹³⁴ E.F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, 2° ed., I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 131.

sapore atecnico ed empirico – e perciò aproblematico – che purtroppo non sono rare in dottrina¹³⁵ e in giurisprudenza¹³⁶.

Una descrizione di questo tipo è quella, così frequente proprio in relazione alle azioni di massa, del curatore processuale come "rappresentante dei creditori". Questa descrizione è stata evocata dalle stesse sentenze gemelle del 2006, nell'escludere che il curatore sia «titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato» 137; nonché, sulla scia di queste pronunce, dai commentatori che hanno toccato questo *dictum*.

Occorre però intendersi: se (come potrebbe apparire a un lettore poco avvertito) davvero le Sezioni Unite si fossero riferite al ben preciso fenomeno della rappresentanza processuale, per escludere quest'ultima non sarebbe necessario definire previamente la nozione di azione di massa. Resterebbe infatti assorbente la circostanza che, rispetto alle azioni esercitate dalla curatela, curatore e creditori non rientrano nella (rigorosa) cornice disegnata dagli artt. 75–80 c.p.c. L'unica ricostruzione astrattamente praticabile (e puramente teorica) a questo fine consisterebbe nel concepire la collettività dei creditori come associazione senza personalità giuridica (art. 75, 4° comma, c.p.c.), e il curatore come direttore di questa per accordo degli associati (art. 36, 2° comma, c.c.): certamente un divertissement su cui non conviene indugiare¹³⁸.

Più proficua si presenta una disamina del contenuto e della titolarità delle situazioni giuridiche che nei diversi casi il curatore può trovarsi ad azionare, e – per necessaria implicazione – della sua legittimazione ad agire.

In particolare, mi sembra utile scindere l'analisi lungo un espresso spartiacque normativo: non quello di cui all'art. 24 l.fall., che detta una regola di competenza e non di capacità di stare in giudizio; bensì quello fissato dall'art. 43 l.fall., il quale ai primi tre commi prevede rispettivamente – come noto – che «[n]elle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore»; che «[i]l fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge»; che, infine (con disposizione introdotta nel 2006), «[l]'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo».

Mi sembra infatti lecito concepire una *summa divisio* (peraltro una delle tante possibili) nel variegato panorama della legittimazione ad agire del curatore.

¹³⁵ Non possono lasciare tecnicamente soddisfatti, per esempio, la tanto diffusa descrizione del curatore come «rappresentante degli interessi della collettività dei creditori» (così, come esempio tra i tantissimi, I. ZINGALES, *Osservazioni in tema di proponibilità, da parte del curatore fallimentare, dell'opposizione di terzo "semplice"*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 736 ss., p. 739).

¹³⁶ Valgano al riguardo le condivisibili considerazioni di C. TRENTINI, *Ipotesi di conflitto tra massa dei creditori e terzi*, in *Fall.*, 2004, 46 ss., p. 50: «Le pronunzie che hanno in [determinati] casi escluso la legittimazione del curatore fallimentare hanno evidenziato i limiti di una riflessione talora superficiale, talora fondantesi su considerazioni tralaticie, circa la figura del curatore fallimentare, sotto lo specifico profilo dell'individuazione dei poteri di rappresentanza degli interessi dei creditori. In particolare [...] l'approssimatività della sbrigativa definizione del curatore quale rappresentante degli interessi della massa dei creditori, con conseguente attribuzione a lui di una sorta di potere generale di esercitarne i diritti, alla stregua di una specie di "rappresentante comune dei creditori"».

¹³⁷ Cass. 7029-7030-7031/2006, citt.

¹³⁸ È però affrontato *infra*, in questo capitolo II, § 6.3.1, la questione della qualificazione sostanziale della massa dei creditori.

Da un lato stanno le controversie in cui è azionata la stessa situazione giuridica che esisteva nel patrimonio del fallito prima della dichiarazione di fallimento.

Dall'altro lato stanno le controversie che non soddisfano questa condizione, o perché la situazione giuridica azionata preesisteva alla dichiarazione di fallimento, ma non era nel patrimonio del fallito, o perché la situazione giuridica azionata sorge per effetto della, o in seguito alla, dichiarazione di fallimento.

Veniamo quindi a misurare spazi e caratteristiche di questa divisione.

4. La posizione processuale del curatore rispetto alle «controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento» (art. 43 l.fall.). La tesi secondo cui il curatore sarebbe sostituto processuale del fallito.

Come noto, sono due i principali orientamenti che si contendono il campo circa la qualificazione della posizione processuale del curatore nelle liti, attive e passive, di cui si occupa l'art. 43, 1° comma, I.fall.

Secondo l'orientamento da tempo prevalente in dottrina e giurisprudenza, risultato di una lunga e progressiva precisazione delle delicate categorie sostanziali e processuali in gioco¹³⁹, con la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento il debitore fallito perde, rispetto ai diritti e rapporti compresi nel fallimento, la capacità di stare in giudizio¹⁴⁰.

Questa affermazione fondamentale resta ferma nonostante i numerosi temperamenti che nel tempo vi si sono variamente operati in dottrina e in giurisprudenza. È stato sostenuto, per esempio, che la perdita della capacità di stare in giudizio opera rispetto ad alcuni, ma non tutti, i diritti d'azione attirati nel fallimento¹⁴¹. Connesso ma distinto era poi il quesito se questa causa di interruzione del processo dopo la costituzione in giudizio del debitore (art. 300 c.p.c.) dovesse essere dichiarata d'ufficio dal giudice¹⁴², che oggi viene risolto in

¹³⁹ II che è plasticamente esemplificato in A. Di LAURO, *II fallimento* è causa di interruzione del processo?, in Dir. fall., 1969, II, 507 ss., pp. 509 ss., ove sono usati in modo alquanto ambiguo i tre concetti di *legitimatio ad processum*, *legitimatio ad causam* e interesse ad agire. Sulla censurabile tendenza della dottrina e giurisprudenza di un tempo a vedere nell'art. 43 l.fall. un caso di perdita della *legitimatio ad processum* (capacità di essere parte nel processo), anziché della *legitimatio ad causam* (capacità di stare in giudizio) vedi A. DE MARTINI, *Legittimazione processuale del fallito*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 388 ss., pp. 389 ss.

¹⁴⁰ Così, tra i molti: A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 19; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1974, pp. 126 s.

¹⁴¹ Così, per esempio, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2° ed., II, Torino, UTET, 1961, pp. 1091 ss., il quale escludeva che la regola generale descritta valga anche per le azioni di mero accertamento e per i mezzi di tutela cautelare e possessoria, dal momento che essi «non implicano amministrazione né disposizione dei rapporti patrimoniali da cui traggono origine». Ciò ha attirato l'obiezione di A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito*, cit., p. 88, per cui questo temperamento «contrasta palesemente col sistema della legge, secondo la quale la legittimazione stessa deve essere esclusa per tutti i rapporti» compresi nel fallimento.

¹⁴² Prima dell'aggiunta dell'attuale art. 43, 3° comma, I.fall., in senso affermativo si esprimevano, per esempio, A. Di Lauro, *Il fallimento è causa di interruzione del processo?*, cit., p. 508 (criticando la contraria sentenza ivi annotata); F. Ferrara, *Il fallimento*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1974, p. 428; S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit., p. 129. *Contra*, per esempio, A. Ceccherini, *Questioni processuali nel subingresso del fallimento in revocatoria ordinaria anteriormente proposta dai creditori*, in *Fall.*, 1999, 1039 ss., p. 1040.

senso affermativo sulla base del nuovo art. 43, 3° comma, I.fall. 143. Altra annosa questione, questa sì ancora attuale, è se e in quale misura, nel silenzio della legge, il fallito conservi (o, secondo alcuni, riacquisti 144) la capacità di stare in giudizio in caso di urgenza o di disinteresse del curatore per la cura in giudizio del diritto o rapporto controverso 145.

Tutte queste precisazioni, d'altro canto, più che incidere sul contenuto qualitativo della qualificazione processuale del curatore rispetto al fallito, si limitano a restringere quantitativamente il (non angusto) campo di applicazione dell'art. 43 l.fall.

Ma già sul piano qualitativo non vi è chiarezza di vedute. Com'è stato osservato, infatti, se è tradizionale nella giurisprudenza l'affermazione per cui il curatore si pone nella «stessa posizione sostanziale e processuale» del fallito¹⁴⁶, è questo un assunto «generico, perché non chiarisce se il curatore assuma, per esempio, la veste di rappresentante del fallito, o di un suo avente causa, succedendogli nella sola pretesa creditoria»¹⁴⁷.

¹⁴³ Nel senso che, oggi, l'interruzione del processo è automatica e rilevabile d'ufficio, vedi per tutti C. PROTO, *Abitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, in *Fall*., 2009, 30 ss., pp. 33 ss.

¹⁴⁴ In questo senso A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito*, cit., p. 65.

¹⁴⁵ Abbonda la dottrina e la giurisprudenza in senso affermativo. In dottrina vedi G. DE SEMO, Perdita della legittimazione processuale del fallito e suoi limiti, in Riv. dir. civ., 1960, I, 312 ss., pp. 313, 315, il quale, basando questa sua conclusione su un «principio» a suo dire desumibile dall'art. 77 c.p.c. ed «estensibile anche in diritto fallimentare», attira la facile critica di A. BRACCI, La posizione processuale del fallito, cit., p. 90. In giurisprudenza vedi Cass., 11 ottobre 2012, n. 17376, in Fall., 2013, 948, con nota di C. FERRI, C. BELLOMI, La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore. La questione è tema privilegiato della prima monografia che consta sulla posizione processuale del curatore rispetto ai rapporti compresi nel fallimento, quella di A. BRACCI citata, che mirava appunto a un'attenta precisazione, sulla base della giurisprudenza (vedi ivi, p. 103 ss.), del «concetto proprio e tecnico dell'inerzia» del curatore (ivi, p. 85). Per un'incisiva osservazione critica vedi C. VOCINO, Il fallito nel suo processo, cit., p. 261, a parere del quale «una volta aperto l'adito all'iniziativa del fallito per salvare sé stesso – e persino il fallimento – dall'inattività del curatore, ci siamo instradati su una via che non si sa dove va a finire». Val la pena di osservare che, per alcuni interpreti, questa via non sembra aver trovato definitivo sbarramento nel "nuovo" art. 43, 3° comma, I.fall., che disponendo l'interruzione del processo pendente dimostra la perdita della capacità di stare in giudizio del fallito (v. supra nel testo); al punto che un Autore (V. CARIDI. La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale, in Dir. fall., 2015, I, 573 ss., pp. 593 ss.), pur accogliendo questa implicazione, ha proposto di ricostruire oggi la capacità di stare in giudizio "suppletiva" del fallito per il caso di urgenza o disinteresse della curatela come sostituzione processuale del fallito al curatore, nonostante il totale silenzio della legge. Sotto un altro profilo, sottolinea la immutata difficoltà della distinzione in concreto tra «disinteresse» e «valutazione negativa circa l'opportunità o la necessità» di intraprendere o proseguire la causa A. NAPOLITANO, L'impatto dell'art. 43, terzo comma, L. fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento, in Dir. fall., 2017, II, 185 ss., pp. 193 s.

¹⁴⁶ Vedi, tra molte, Cass., 21 novembre 2016, n. 23630, in www.ilfallimentarista.it; Cass., 22 marzo 2013, n. 7263, in Guida dir., 2013, 23, 59; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1879, in Dir. fall., 2012, II, 12, con nota di F. CERRI, Legittimazione a stare in giudizio da parte dell'assuntore del concordato fallimentare e natura del danno da perdita della capacità di guadagno futuro: due questioni sottoposte al vaglio della Suprema Corte; Cass., 8 settembre 2004, n. 18059, in Giur. comm., 2005, II, 580, con nota di S. BALZOLA, (In tema di) efficacia probatoria delle scritture contabili.

¹⁴⁷ L. Baccaglini, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito, quando "in bonis*", in *Giur. it.*, 2019, 638 ss., p. 643.

La ricostruzione del curatore come rappresentante processuale del fallito si scontra, innanzitutto, con il dato della prassi (in cui il curatore non agisce *in nome del fallito* per un diritto del fallito).

Inoltre, appaiono incompatibili con l'impostazione della procedura fallimentare – in cui l'operato del curatore, quale organo esterno dell'ufficio fallimentare¹⁴⁸, è rivolto essenzialmente a beneficio dei *creditori*, a pena di responsabilità personale (art. 38 l.fall.) – le disposizioni dettate dall'art. 78, 2° comma, e 94 c.p.c. Le due norme – la prima invero più incisivamente della seconda – esprimono infatti l'opposto principio per cui la rappresentanza processuale dev'essere rivolta all'interesse del rappresentato, senza condizionamenti esterni.

Più appagante sembra allora la tesi, di lunga tradizione, che nei casi in esame il curatore stia in giudizio quale *sostituto processuale* del fallito. E, del resto, nel senso della legittimazione straordinaria ad agire del curatore si esprimeva regolarmente la dottrina più risalente, in cui era anzi dato rinvenire la descrizione dei riflessi processuali dello spossessamento come «surrogazione processuale *forzata*», imposta dalla legge a prescindere dall'inerzia del sostituito (cfr. art. 2900, 1° comma, c.c.) e senza necessità di integrazione del contraddittorio (cfr. art. 2900, 2° comma, c.c.)¹⁴⁹.

5. Segue. L'orientamento minoritario nel senso della persistenza della capacità di stare in giudizio del fallito. Critica.

La proposta ricostruttiva del curatore come sostituto processuale del fallito, a ben vedere, si apprezza ancor più in confronto al diverso orientamento poc'anzi evocato, minoritario ma tutt'altro che isolato, secondo cui nell'ambito di applicazione dell'art. 43 l.fall. il fallito non perde la capacità di stare in giudizio 150, mentre il curatore fa valere in nome proprio situazioni giuridiche *proprie* che sorgono per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento.

Più precisamente si afferma – con le parole di uno dei più noti sostenitori di questa tesi – che «[n]ella sua controversia con il terzo la curatela non deduce nel processo il diritto del fallito contro tale terzo, ma la propria pretesa espropriativa, della quale afferma la legittimità»¹⁵¹. Questa pretesa espropriativa consisterebbe

¹⁴⁹ In termini di «surrogazione processuale» del curatore al fallito, concepita come sottospecie della legittimazione straordinaria ad agire richiamata dall'art. 81 c.p.c. (accanto alla rappresentanza processuale e alla sostituzione processuale), già E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 192 ss.; sulla scorta di questo insegnamento, A. DE MARTINI, *Legittimazione processuale del fallito*, cit., p. 389, parlava di «surrogazione processuale forzata», espressione che si ritrovava già in M. GHIDINI, *Sul curatore del fallimento (riflessi della dottrina della rappresentanza e della surrogazione*), in *Temi emil.*, 1933, 41 ss., p. 52. In termini inequivoci di "sostituzione processuale": G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 5° ed., Padova, CEDAM, 1968, pp. 186 s.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 129 s.; M. MAIENZA, *Fallimento del debitore ed azione revocatoria ordinaria preesistente: le possibili scelte del curatore secondo le Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2009, 543 ss., p. 545. *Contra*, specificamente, C. TRENTINI, *Ipotesi di conflitto tra massa dei creditori e terzi*, cit., p. 48 (testo e nota 7).

¹⁴⁸ Su questo aspetto vedi *infra* in questo cap. II, § 6.1.

¹⁵⁰ Spunti in questo senso già in C. VOCINO, *Il fallito nel suo processo*, cit., pp. 265 ss.

¹⁵¹ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 196. Si collocava lungo questo solco alla vigilia della riforma organica, per esempio, M. MONTANARI, *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo del curatore*, in *Fall.*, 2004, 744 ss., pp. 745 s.

nel diritto di esigere la prestazione già dovuta in base a quel diritto. Ciò perché la sentenza dichiarativa di fallimento – si è sostenuto – «provoca in capo al fallito una separazione tra la titolarità del diritto (che il fallito conserva) e il potere di esigere la prestazione (che il fallito perde); e nel momento stesso, in cui il diritto di esigere la prestazione è perduto dal creditore [...], tale diritto sorge in capo alla curatela» 152, verificandosi quindi «una particolare forma di successione ex lege dal fallito alla curatela» 153.

Se ne è dedotto, in particolare, che al contrario di quanto sostenuto dalla maggioranza degli interpreti l'art. 43 l.fall. non sancirebbe la perdita della capacità di stare in giudizio del fallito, bensì la regola della inopponibilità ai creditori della decisione resa in un giudizio tra il fallito e uno o più terzi¹⁵⁴. Il risultato opposto si avrebbe solo qualora il curatore fosse intervenuto, volontariamente o su istanza di parte, nel processo¹⁵⁵.

Altro corollario di questa impostazione è, per esempio, la ritenuta inopponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito e avente ad oggetto le pretese che dovessero sorgere in relazione a un determinato contratto¹⁵⁶.

Ciò premesso, va considerato che oggi l'interprete è chiamato a confrontarsi con un dato normativo nuovo e (sembra) risolutore. L'art. 43, 3° comma, I.fall., aggiunto dal d.lgs. 5/2006, prevede infatti che «[l]'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo». Alla luce di ciò, anche autori collocatisi in passato nel solco dell'orientamento qui descritto, hanno constatato che è oggi «difficile continuare a parlare del fallito come di soggetto che non verserebbe in una situazione di vera e propria incapacità di stare in giudizio, giacché, altrimenti, non si saprebbe in qual modo dare giustificazione di una siffatta vicenda interruttiva» ¹⁵⁷; a prescindere, beninteso, dalla soddisfazione per questa scelta del legislatore concorsuale ¹⁵⁸.

Al di là dall'innovazione legislativa, comunque, l'opinione qui criticata comporta una complicazione rispetto alla quale la piana formulazione dell'art. 43 l.fall. risulta inadeguata. E non mi pare che meglio avrebbe potuto esprimersi il legislatore, sancendo – per esempio – che "l'esercizio delle pretese relative a

¹⁵² E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 180. Rispetto al diritto di esigere la prestazione, che passa al curatore, l'esistenza del diritto del fallito si pone come questione pregiudiziale di merito: E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., p. 237.

¹⁵³ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 181.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 115.

¹⁵⁵ Così *ivi*, pp. 125 s.

¹⁵⁶ In questo senso vedi, per esempio, S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Fall.*, 2004, 525 ss., p. 530.

¹⁵⁷ M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 94 ss., p. 97. In questo senso anche L. BACCAGLINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito*, cit., pp. 641 s.

¹⁵⁸ Ad avviso di M. Montanari, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, cit., p. 98, questa scelta è «assolutamente incongrua sul piano sistematico, visto che un'analoga vicenda ablativa non si è prodotta sul contiguo terreno della capacità di agire di diritto sostanziale del fallito», secondo l'interpretazione ormai acquisita del combinato degli artt. 42 e 44 l.fall.; certa sarebbe pure la «totale ultroneità» della nuova norma «ai fini della tutela del fallimento, di per sé stessa assicurata dalla regola di inopponibilità alla massa delle decisioni pronunciate all'esito dei procedimenti» cui non partecipi il curatore; «[m]a il dato normativo è lì, sotto i nostri occhi, e ben poco v'è da discutere».

rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento spetta al curatore". Questo modesto esperimento mentale riflette la persistente insoddisfazione verso una scissione tra il diritto sostanziale (per esempio, un diritto di credito) e un *separato* e *nuovo* potere – che sorge con la dichiarazione di fallimento – rivolto a null'altro che la soddisfazione di quel diritto. Una complicazione dogmatica che appunto verrebbe meno, in maniera più consona alla lettera dell'art. 43 l.fall., affermando più semplicemente che il curatore sta in giudizio quale sostituto processuale del fallito¹⁵⁹: in definitiva, è perciò anche un principio di economia giuridica a militare in senso contrario all'impostazione minoritaria qui esaminata.

6. La posizione processuale del curatore rispetto alle controversie non oggetto dell'art. 43 l.fall.

Come anticipato, le controversie per cui sta in giudizio il curatore e che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 43 l.fall. sono di due tipi: quelle in cui la situazione giuridica azionata preesisteva alla dichiarazione di fallimento, ma non nel patrimonio del fallito; e quelle in cui la situazione giuridica azionata sorge per effetto della, o in seguito alla, dichiarazione di fallimento.

Questa premessa pone di per sé alcuni interrogativi.

Occorre, in primo luogo¹⁶⁰, chiedersi quali sono i casi in cui sta in giudizio il curatore e, in particolare, se il loro novero è o meno tassativo.

Bisogna, in secondo luogo¹⁶¹, indagare se le situazioni giuridiche azionate dal curatore preesistano o non preesistano alla dichiarazione di fallimento, e chi ne sia titolare. Sulla base di ciò, si potrà qualificare la legittimazione ad agire del curatore, come ordinaria o straordinaria, e, nel secondo caso, rispetto a quale o quali sostituiti.

L'analisi così delineata si raccorda con quella svolta nelle due sezioni precedenti. Se, per i motivi lì esposti, appare convincente la tesi per cui nelle controversie contemplate dall'art. 43 l.fall. il curatore è sostituto processuale del fallito, corrisponderebbe infatti a geometrica armonia la conclusione per cui, nelle azioni che esorbitano dall'applicazione dell'art. 43 l.fall., il curatore sta in giudizio quale sostituto processuale di un altro soggetto, o di altri soggetti. La risposta, naturalmente, non è affatto così semplice. Per accorgersene, basta affrontare il primo degli interrogativi appena elencati.

6.1. Quali siano i casi in cui sta in giudizio il curatore, e in particolare se tale novero sia o meno tassativo.

Nell'affrontare il primo interrogativo sopra esposto, è obbligatorio il confronto con due dati normativi.

In primo luogo, la «notazione, tanto utile quanto risaputa, [...] per cui, mentre è la stessa legge fallimentare a prevedere, nell'art. 43, il subentro del curatore nelle azioni di carattere patrimoniale *del fallito* relative a rapporti compresi nel fallimento, non vi è nel sistema una norma generale, analoga a

¹⁶⁰ Vedi *infra* in questa sezione, § 6.2.

¹⁵⁹ Vedi la sezione precedente.

¹⁶¹ Vedi *infra* in questa sezione, § 6.3.

quella menzionata, che regoli la sostituzione della curatela», in particolare come sostituzione ai creditori¹⁶².

In secondo luogo, la circostanza che, al di fuori del campo di applicazione dell'43 l.fall., numerose sono le disposizioni specifiche di legge che prevedono lo stare in giudizio il curatore: in particolare, gli artt. 19, 26, 38, 41, 44, 45, 64, 65, 66, 67, 67-*bis*, 68, 69, 72, 95, 96, 98, 101, 102, 131, 138, 146, 147, 150, 156, 240 l.fall.

È per vero dato acquisito che, in molte delle ipotesi appena richiamate, il curatore sta in giudizio in proprio, non facendosi egli rappresentante o sostituto processuale di alcuno.

Così è, in particolare, nei casi di giurisdizione endoconcorsuale di cui agli artt. 19 (sospensione della liquidazione dell'attivo), 26 (reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale fallimentare), 72 (azione di risoluzione di contratto pendente), 95–96 e 101 (accertamento del passivo), 98 (impugnazioni avverso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo), 102 (reclamo avverso il decreto del tribunale fallimentare che dispone di non farsi luogo all'accertamento del passivo), 131 (reclamo avverso il decreto di omologazione di concordato fallimentare), 138 (annullamento di concordato fallimentare), 147 (fallimento in estensione di soci illimitatamente responsabili scoperti dopo la dichiarazione di fallimento della società) e 150 (opposizione avverso il decreto che ingiunge agli attuali o passati soci limitatamente responsabili di eseguire i versamenti ancora dovuti) l.fall.

In tutti questi casi il curatore sta in giudizio già quale uno degli «organi preposti al fallimento»¹⁶³, o – secondo diversa ma vicina concezione – quale organo di rappresentanza esterna dell'amministrazione del patrimonio fallimentare¹⁶⁴ (il c.d. ufficio fallimentare¹⁶⁵), patrimonio di per sé inteso come un

¹⁶² I. PAGNI, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, cit., p. 1037.

¹⁶³ Così la rubrica del capo II del titolo II della legge fallimentare.

¹⁶⁴ Così, in particolare, E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., pp. 131, 228. Del curatore come «organo esterno» dell'«ufficio fallimentare» parlava già G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 5° ed., Padova, CEDAM, 1968, p. 171.

¹⁶⁵ Il testo originario della legge fallimentare parlava di «ufficio fallimentare» all'art. 34, 2° comma, quale intestatario del deposito delle «somme riscosse a qualunque titolo dal curatore». Di «ufficio dell'esecuzione fallimentare», come insieme degli organi preposti al fallimento, discorreva U. Azzolina, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Torino, UTET, 1953, p. 333, specificando che «il curatore [] appartiene all'ufficio esecutivo: è un organo (non giurisdizionale) di esso» (ivi, p. 349 nota 2). Per D. MAZZOCCA, Manuale di diritto fallimentare, cit., p. 129, «il tribunale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori [...] nel loro insieme costituiscono l'ufficio fallimentare». D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali, in Giur. comm., 2001, I, 223 ss., p. 229 nota 29, intende con "ufficio fallimentare" «gli organi della procedura e la massa dei creditori riuniti in assemblea». Per una difesa di simili ricostruzione unitarie, vedi A. BONSIGNORI, II fallimento, in F. Galgano (diretto da), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Padova, CEDAM, 1986, p. 245: «a me pare che nelle critiche si sia passato il segno, almeno là dove si postula una soluzione atomistica del problema: [...] l'unitarietà di una ricostruzione degli organi preposti al fallimento non è logicamente impedita dall'inesistenza di una loro sostituzione all'imprenditore, e viceversa dall'attribuzione per legge dei poteri e doveri di cui a ciascun singolo procedimento; si tratta soltanto d'individuare il minimo denominatore comune, il quale è dato dalla specialità di ciascun processo concorsuale». E vedi Trib. Milano, 9 maggio 2001, in Corr. giur., 2001, 1643, con nota di F. Rolfi, Curatore ed abusiva concessione di credito: «il sistema non riconosce al curatore, in generale, un potere di rappresentanza nei diritti dei creditori del fallimento, avendo piuttosto il curatore una funzione di rappresentanza esterna

semplice «oggetto strumentale» ¹⁶⁶ al soddisfacimento dei creditori. Questa seconda descrizione presenta il duplice vantaggio di prescindere dall'antica tesi che elevava già il patrimonio fallimentare a vero e proprio ente giuridico ¹⁶⁷, e di non esigere una risposta definitiva all'ancor più antico quesito della natura del c.d. spossessamento *ex* art. 42 l.fall. ¹⁶⁸. Non occorre, peraltro, drammatizzare il problema: anche qualificando il curatore in termini diversi, ma pur sempre di piena autonomia dagli altri soggetti coinvolti nel fallimento ¹⁶⁹, il risultato acquisito sopra descritto non cambia.

Piuttosto, il nodo problematico attiene a tutti quei casi, pur espressi, in cui la praticabilità di tale ricostruzione non è pacifica: cioè, in particolare, gli artt. 38 (azione di responsabilità contro precedente curatore), 41 (azione di responsabilità contro componenti del comitato dei creditori), 44 (azione dichiarativa dell'inefficacia di atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento), 45 (azione dichiarativa dell'inefficacia di formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, compiute dopo la dichiarazione di fallimento), 64–65 (azioni dichiarative di inefficacia di atti revocati ex lege), 66 (azione revocatoria ordinaria), 67–69 (azione revocatoria fallimentare), 146 (altre azioni di responsabilità esercitate dal curatore), 156 (azione di responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo di società per violazione delle regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati e il patrimonio della società medesima) e 240 (costituzione di parte civile nei procedimenti penali per reati fallimentari) I.fall.

Come anticipato, in questo paragrafo ci si chiede, per cominciare, se le ipotesi appena elencate sono o meno tassative.

Pure sulla risposta a questa domanda – inutile dirlo – non vi è concordia di opinioni.

dell'Ufficio fallimentare finalizzata alla gestione del patrimonio dell'impresa fallita per realizzare il soddisfacimento dei creditori».

¹⁶⁶ P. PAJARDI, *I fondamenti ideologici della costituzione degli organi dei processi esecutivi concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 403 ss., pp. 406–407.

¹⁶⁷ Questa, come noto, l'opinione di G. Bonelli, da ultimo esposta in ID., *Del fallimento* (commento al Codice di Commercio), 3° ed., II, Milano, Vallardi, 1938, pp. 1 ss. e 26 ss. Aderiva alla tesi di Bonelli, tra i pochi, E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, pp. 180 ss., deducendone che il curatore sta in giudizio come organo rappresentativo dell'ente fallimento. Tra i critici, particolarmente vigoroso P. Pajardi, *I fondamenti ideologici della costituzione degli organi*, cit., p. 406, che bollava questa tesi come «idea perversa che pur talvolta arieggia nei discorsi teorici».

oltr'Alpe, molte pagine dotte quanto, sia consentito dirlo, superflue»: S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 104 nota 192.

¹⁶⁹ Per esempio, come organo «non tanto di un preteso ente o amministrazione fallimentare ma dello stesso processo esecutivo»: così P. PAJARDI, *La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione dopo il fallimento del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, 599 ss., p. 601, in ossequio alla concezione strettamente processuale di questo Autore per cui il fallimento «è un processo esecutivo e solo un processo esecutivo, con l'unica particolarità di essere concorsuale» (P. PAJARDI, *I fondamenti ideologici della costituzione degli organi*, cit., p. 405), sicché «[t]utto è processo e tutto è dentro il processo» (*ivi*, p. 407). Di «rappresentante esterno dell'ufficio fallimentare» discorrono, comunque, P. PAJARDI, M. BOCCHIOLA, C. GOCINI, G. PAJARDI, *Il curatore del fallimento. Ruoli, funzioni, compiti, facoltà, responsabilità del curatore e delle figure affini*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 15 ss.

39

6.1.1. Tesi della non tassatività.

È opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza¹⁷⁰ che le disposizioni della legge fallimentare e del codice civile, sopra richiamate, non delimitino un numero chiuso bensì abbiano carattere esemplificativo. Esse andrebbero infatti intese – citando le parole di Renzo Provinciali, noto esponente di questo orientamento – «quali manifestazioni specifiche di un principio fondamentale, che sta alla base del fallimento e che non potrebbe non essere, per cui, aperto il concorso dei creditori, tale principio importa la necessaria sostituzione dell'ufficio concorsuale ai creditori singoli in tutte indistintamente le azioni che hanno per finalità il realizzo della garanzia patrimoniale nell'interesse della massa» ¹⁷¹.

Per Provinciali l'esistenza di tale principio fondamentale, «oltre che desumerlo da quelle disposizioni particolari che ne costituiscono applicazione [...], si dimostra per la natura stessa e finalità del fallimento» quale «procedimento esecutivo, tendente a garantire il soddisfacimento dei creditori secondo la legge della par condicio»; il che, ad avviso dell'Autore, renderebbe «inconcepibile che possa esservi esercizio di azioni e, a seguito di esse, pronunce giudiziali, che giovino solo a questo o a quel creditore singolo»: al contrario, «aperto il fallimento, [...] come le singole azioni esecutive individuali si coordinano e confluiscono in quella collettiva, della quale è titolare l'ufficio fallimentare e dalla quale le predette restano assorbite, altrettanto accade, relativamente alle pretese e alle domande lato sensu preordinate alla ricostituzione o integrazione del patrimonio, vale a dire a ricuperare un attivo liquidabile» 172. «Così che la dimostrazione dell'esistenza del principio fondamentale sopra affermato è, in definitiva, collegata al principio stesso della par condicio, inscindibile dal concorso e dalle disposizioni di diritto positivo che ne sono applicazione: di cui gli artt. 52 e 51 legge fallim, sono le più note» 173.

Secondo questa impostazione, il curatore fallimentare sarebbe perciò abilitato a prendere nell'interesse dei creditori «le stesse iniziative, che il codice civile consente ai singoli creditori (le quali divengono pertanto "azioni di massa"); e il venire meno della legittimazione di questi ultimi è presentata come la naturale conseguenza di tale principio» 174.

¹⁷⁰ A titolo meramente esemplificativo, si veda rappresentata questa tesi in B. INZITARI, *Il curatore* è *legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 720 ss., pp. 729 s.

¹⁷¹ R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 5° ed., II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 864. In termini pressoché identici, vedi già R. PROVINCIALI, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, CEDAM, 1958, 553 ss., p. 559.

¹⁷² R. Provinciali, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., pp. 559–560. Come sottolinea M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 387, queste azioni sono volte a un obiettivo tipico, quello di conservazione della garanzia patrimoniale, «che non può mai appartenere al debitore, il quale conserva la garanzia patrimoniale astenendosi dal compiere atti dispositivi».

¹⁷³ R. PROVINCIALI, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 560.

¹⁷⁴ In questi termini E.F. RICCI, *Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento*, in *Quadrimestre*, 1987, 7 ss., p. 8, descrive la tesi in esame e nel suo lavoro sottoposta a parziale critica: questo Autore, infatti, pur accogliendo l'idea che il «curatore possa prendere verso i terzi tutte le iniziative "recuperatorie" concesse ai creditori dal codice civile» (*ivi*, p. 13), ha inteso

Siamo qui al cospetto delle cosiddette azioni di recupero¹⁷⁵ o recuperatorie, o azioni di ricostituzione del patrimonio¹⁷⁶, o ancora azioni indirettamente esecutive¹⁷⁷. Categoria composita, in cui sono state individuate, ad esempio: l'azione revocatoria ordinaria¹⁷⁸; l'azione di nullità¹⁷⁹; l'azione di simulazione¹⁸⁰; l'azione surrogatoria¹⁸¹; e l'azione di responsabilità dei creditori sociali di cui all'art. 2394 c.c.¹⁸².

6.1.2. Tesi della tassatività.

In contrasto con il descritto orientamento prevalente, gli aderenti a un'impostazione minoritaria intendono le previsioni espresse del diritto d'azione del curatore quali scelte eccezionali, rimesse alla discrezionalità del legislatore.

Essi affermano cioè che l'attribuzione di determinate azioni recuperatorie all'ufficio fallimentare è il frutto di una scelta normativa dettata da ragioni di opportunità pratica e non da esigenze sistematiche¹⁸³.

Conseguentemente, non sarebbe lecito elevare queste scelte eccezionali a principio generale, soprattutto non fino al punto da concepire il diritto d'azione come esclusivo di quello del singolo creditore¹⁸⁴.

Si può osservare che, in quest'ottica, allo stesso risultato raggiunto dalle (non chiarissime) sentenze gemelle del 2006 si perverrebbe in maniera molto più

confutare – con articolati argomenti – il preteso corollario (su cui vedi *infra* nel testo) per cui i creditori sono privati della legittimazione alle stesse in pendenza della procedura fallimentare.

¹⁷⁵ Così, per esempio, R. Provinciali, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit.; E.F. Ricci, *Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento*, cit., p. 7.

¹⁷⁶ Così, per esempio, L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fall.*, 2007, 1044 ss., p. 1044.

177 Così, per esempio, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, cit., p. 1132.
 178 Vedi, per esempio, Cass., 7 marzo 1981, n. 1292, in *Foro it.*, 1982, I, 1137, con nota senza titolo di G. PEZZANO.

¹⁷⁹ Vedi, per esempio, Cass., 20 marzo 1959, n. 842, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 49, in tema di azione di nullità della donazione tra coniugi (*ex* artt. 781, 1418 e 1421 c.c.).

¹⁸⁰ Vedi, per esempio, Cass., 28 aprile 1981, n. 2564, in *Foro it.*, 1981, I, 2199, con nota senza titolo di G. SILVESTRI; Cass., 6 luglio 1971, n. 2108, in *Foro it.*, 1972, I, 108, con nota senza titolo di G. PEZZANO; Cass., 19 luglio 1966, n. 1949, in *Dir. fall.*, 1966, II, 511.

¹⁸¹ Vedi, per esempio, Cass., 23 marzo 1961, n. 658, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 850, con lucida nota critica di R. SACCO, *Legittimazione del creditore fallimentare a procedere in via surrogatoria*. ¹⁸² Vedi, per esempio, Cass., 28 novembre 1984, n. 6187, in *Foro it.*, 1985, I, 3179.

¹⁸³ Vedi Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Fall.*, 1999, 1079, con nota di A. BADINI CONFALONIERI, *Determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità: note a margine di due interventi giurisprudenziali*, secondo cui «la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei titolari dell'azione di cui all'art. 2394 codice civile non è, in sé stessa, ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, e rappresenta il frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela». Concorde G. LANDOLFI, *Brevi riflessioni in tema di competenza del tribunale fallimentare (art. 24 legge fallim.)* ed azioni di responsabilità nel fallimento di s.p.a. (art. 146 legge fallim.), in *Dir. fall.*, 2017, II, 245 ss., p. 260.

¹⁸⁴ In questo senso, per esempio, A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito*, cit., p. 301; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Le azioni risarcitorie esercitabili dal curatore fallimentare nell'interesse della massa*, in *Bancaria*, 2006, 52 ss., pp. 59 s.; C. ESPOSITO, *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni*, cit., pp. 1130 s.; C. AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi*, cit., pp. 582 s.; L. ABETE, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri di organi di controllo*, in G. Fauceglia e L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1473 ss., p. 1496; D. BECCARI, *Crisi di impresa e responsabilità delle banche*, cit., pp. 826 s.

lineare, senza dover incentrare la *ratio decidendi* sull'impossibilità di qualificare l'azione proposta dalla curatela come azione di massa (categoria che, come si vede, ha contorni sfumati)¹⁸⁵. In base al descritto orientamento minoritario, questa impossibilità sarebbe infatti un punto esegetico di arrivo, non di partenza. Quel che andrebbe negato all'azione proposta dal curatore sarebbe infatti non tanto la qualità di azione di massa, bensì, a monte, la stessa qualità di azione recuperatoria, per la tassatività dei casi in cui i creditori possono lamentare un danno generalizzato quale riflesso di un'illecita lesione dell'integrità patrimoniale del debitore¹⁸⁶. Possibilità, questa, contemplata sì dall'art. 2394 c.c., ma solo nei confronti degli amministratori della società debitrice, per ragioni squisitamente attinenti a questi; non anche nei confronti di terzi, e in particolare della banca finanziatrice¹⁸⁷. Chiaramente, ma *conseguentemente* dal punto di vista logico, un'azione che non è azione recuperatoria necessariamente non potrebbe essere azione di massa.

Si noti che, del resto, con questa diversa impostazione le Sezioni Unite avrebbero risolto agevolmente un'apparente contraddittorietà della giurisprudenza di legittimità, segnalata da attenta dottrina: la Suprema Corte afferma sì «che il potere di sostituzione del curatore ai creditori discende – anziché da norma espressa, com'è per la sostituzione al fallito in base all'art. 43 l.fall. – dalla circostanza che si sia in presenza o meno di un'azione di massa. *E tuttavia essa poi individua quali azioni di massa ipotesi in cui vi è sempre* [...] *una norma espressa che prevede la legittimazione*» 188.

¹⁸⁵ Uno spunto in questa direzione ci sembra venire da G.B. NARDECCHIA, *L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite*, cit., p. 637, il quale osserva che «[l]a suprema corte ha innanzitutto ribadito il concetto secondo cui il curatore non è titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato, ma è legittimato a sostituirsi ai creditori medesimi soltanto in alcune specifiche e tassative ipotesi [...] [con] un accenno a tale questione, che forse meritava ben altro approfondimento».

¹⁸⁶ Forse, anzi, è proprio per questa via che si potrebbe attribuire un significato alle (sibilline) notazioni in chiusura delle sentenze gemelle, per cui «pare di dovere concludere che ogni pretesa che pur riguardando il patrimonio del fallito, allega a fondamento un illecito da questi subito, sfugge alla logica dell'universalità e della concorsualità, tipiche delle azioni esecutive di massa. Con ciò, va pure rimarcato, confermandosi quella autorevole lettura della L. Fall., art. 240, che considera, a fronte di un illecito, eccezionale la doppia legittimazione ad agire del curatore e del creditore»: Cass. 7029-7030-7031, citt.

¹⁸⁷ Cfr. M. Robles, *Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 274 ss., pp. 287–288: «[I]n tanto avrà un senso prendere a modello l'azione disciplinata dall'art. 2394 c.c., per trarne a favore della legittimazione della curatela a dedurre il danno da abusivo finanziamento, in quanto siano rispettati tutti i presupposti rivenienti dalla lettura della predetta disposizione. Ebbene, la fondamentale "deviazione" rispetto alla fattispecie aquiliana in esame concerne il rapporto intercorrente tra terzo danneggiante e società debitrice, come delineato nella fattispecie di cui all'art. 2394 c.c.: tra questi due soggetti opera, infatti, un rapporto gestorio [...] del tutto estraneo alla prima ipotesi. [...] Ne consegue l'assoluta necessità di distinguere le due richiamate fattispecie».

¹⁸⁸ I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, cit., p. 1041 nota 23.

6.2. Discussione e transizione.

Ciò che a questo punto preme notare è che schierarsi nel senso della tassatività o meno delle ipotesi in cui sta in giudizio – nei termini descritti – il curatore risolve solo una piccola parte del problema che ci sta impegnando. Né l'una né l'altra tesi, infatti, di per sé rispondono al secondo quesito prospettato in apertura di questa sezione: all'esercizio di azioni da parte del curatore, *quali esse siano*, corrisponde, e corrisponde sempre, la titolarità in capo a lui delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio? E se no, chi può dirsi titolare di queste? È ora tempo di occuparsi di questo delicato profilo.

6.3. Se le situazioni giuridiche per la cui tutela agisce il curatore preesistano o meno alla dichiarazione di fallimento, e chi ne sia titolare. Natura della legittimazione ad agire del curatore.

Per rispondere al quesito appena ribadito, va anzitutto notato che anche accogliendo la tesi per cui il curatore può esercitare, oltre alle azioni espressamente indicate dalla legge, le azioni recuperatorie così come sopra individuato, è ineludibile chiedersi se le une o le altre, qualora esperite dal curatore, si fondino sulle stesse situazioni giuridiche che preesistevano alla dichiarazione di fallimento, oppure su situazioni giuridiche diverse, che nascono per effetto della, o in seguito alla, dichiarazione di fallimento.

La questione, evidentemente, si intreccia con la problematica esegesi dell'art. 24 l.fall., il quale stabilisce che «[i]l tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore». Secondo affermazione consolidata nella giurisprudenza di legittimità, infatti, sono "azioni che derivano dal fallimento" «non soltanto quelle che traggono origine dallo stato di dissesto, ma tutte quelle che incidono sul patrimonio del fallito e che, per la sopravvenienza del fallimento, sono sottoposte ad una speciale disciplina, restando escluse solo quelle azioni che con il fallimento si trovano in una situazione di mera occasionalità, senza che invece sia decisiva la distinzione tra rapporti preesistenti o successivi alla dichiarazione di fallimento» 189.

Ma affermare che un'azione che deriva del fallimento può innestarsi sia su una situazione giuridica preesistente al fallimento che su una posteriore non basta a risolvere il quesito se, rispetto ad una certa azione, si sia di fronte all'uno o all'altro caso.

Così come, a questo proposito, non soccorre la pur condivisibile osservazione per cui «nella nozione di azioni derivanti dal fallimento rientrano tutte le azioni che, avendo riguardo alla domanda od all'eccezione, debbono essere decise in base a norme e principi propri della legge fallimentare» ¹⁹⁰; e dunque «sia quelle che per legge *spettano al curatore fallimentare* e che non

¹⁹⁰ G. CASELLI, voce *Fallimento, Organi del fallimento*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 3.

¹⁸⁹ Cass., 13 settembre 2007, n. 19165, in *Fall.*, 2008, 419, con nota di F. MACARIO, *Associazione temporanea di imprese, fallimento della mandataria e scioglimento del rapporto di appalto*. Così, tra tante, anche Cass., 11 giugno 2019, n. 15599, inedita; Cass., 1° marzo 2018, n. 4864, inedita; Cass., 19 aprile 2011, n. 8972, in *Fall.*, 2012, 125.

sarebbero spettate, prima, a terzi, nonché tutte quelle che, in conseguenza del fallimento, subiscono una *deviazione* dallo schema tipico perché di fatto propongono questioni di diritto che vanno decise in base a norme o principi del concorso; non invece quelle che, al contrario, influiscono sulla procedura» ¹⁹¹.

Il problema può essere meglio apprezzato esaminando alcuni esempi.

Un primo esempio è l'esercizio, da parte del curatore, delle azioni di responsabilità degli amministratori richiamate dall'art. 146 l.fall. È affermazione consolidata in giurisprudenza che, mentre al di fuori del fallimento l'azione è promovibile sia dalla società che dai creditori sociali (com'è nel caso di società per azioni: artt. 2393 e 2394 c.c.), il curatore promuove invece un'azione unica e inscindibile, che cumula presupposti e scopi di quella sociale e creditoria 192. Ora, non sembra qui necessario indugiare su un tema così disputato e su cui moltissimo è stato scritto. Bisogna però osservare che, a monte delle innumerevoli questioni sollevate da questa previsione, sta proprio il problema che stiamo esaminando in questo paragrafo 193: il diritto d'azione del curatore si fonda sulla stessa o sulle stesse situazioni giuridiche che preesistono al fallimento 194, oppure su una diversa situazione giuridica risultante dalla dichiarazione di fallimento 195?

44

¹⁹¹ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 215. In giurisprudenza, tra tante, Trib. Napoli, 21 ottobre 2015, in *Dir. fall.*, 2017, II, 244, e la relativa nota di G. Landolfi, *Brevi riflessioni in tema di competenza del tribunale fallimentare (art. 24 legge fallim.)* ed azioni di responsabilità nel fallimento di s.p.a. (art. 146 legge fallim.), cit.

¹⁹² Così, tra tante, Cass., 21 giugno 2012, n. 10378, in *Fall.*, 2013, 497; Cass., 21 luglio 2010, n. 17121, in *Soc.*, 2011, 701, con nota di P. Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*; Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *Soc.*, 2007, 1349; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15487, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2716; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Fall.*, 1999, 254, con nota di G. Zamperetti, *Danno del creditore sociale ed azione individuale di responsabilità: prospettive attuali e riforme future*; Cass. 10488/1998, cit.; Trib. Milano, 14 novembre 2006, in *Soc.*, 2007, 864; Trib. Lecce, 17 febbraio 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 1733, con nota di P. Licci, *Un'azione derivata: tra tutela della società e tutela dei creditori*; Trib. Milano, 28 novembre 2005, in *Soc.*, 2007, 67, con nota di F. Fanti, *La responsabilità degli amministratori nei confronti di creditori di s.r.l. fallite*; Trib. Lucera, 15 gennaio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 337, con nota di G. Pellegrino, *La legittimazione attiva del curatore fallimentare nelle azioni di responsabilità a norma dell'art. 146 legge fallim.*

¹⁹³ Sottolinea il problema P. Licci, *Un'azione derivata: tra tutela della società e tutela dei creditori*, cit., p. 1735.

¹⁹⁴ Così l'opinione dominante. Per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali vedi M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 398 s. nota 52. L'Autore osserva inoltre *ivi*, pp. 386 s., che «l'azione sociale di responsabilità è considerata azione di massa in quanto cumulativamente esercitabile dal curatore unitamente all'azione spettante ai creditori sociali (art. 2394 *bis* c.c.), ma per quel che concerne la porzione dell'azione sociale, a mio avviso deve reputarsi *appartenente al patrimonio del debitore*» (corsivo aggiunto)».

¹⁹⁵ Così, per esempio: A. Bonsignori, *Il fallimento delle società di capitali*, in Id., F. Galgano, *Il fallimento delle società*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 252 ss. («a me pare che la diversità delle azioni del curatore fallimentare rispetto alle azioni esperibili prima del fallimento sia completa, dipendendo dall'indifferenza della legittimazione attiva rispetto alle azioni precedenti, e dei fatti costitutivi della stessa, oltreché dal mutamento dell'oggetto del processo. [...] [L]a differenza fra le azioni è tale che neanche il giudicato formatosi sull'azione proposta prima del fallimento potrebbe impedire al curatore di agire, l'unico ostacolo essendo semmai il soddisfacimento del danno [...] [L]a prescrizione [] non inizia dal compimento del fatto dannoso, ma dalla dichiarazione di fallimento, in quanto si tratta di azione che sorge dall'apertura del procedimento [...] [S]i tratta di un'azione analoga, ma non già identica a quella che può essere

Un secondo esempio notoriamente problematico è l'azione di simulazione promossa dal fallimento. La mai sopita controversia su quale sia in tal caso la posizione processuale del curatore, cioè se e in che senso egli stia o meno in giudizio quale terzo rispetto alla controparte del contratto simulato, non può essere compiutamente risolta se non si stabilisce, prioritariamente, se la situazione giuridica che il curatore fa valere sia preesistente o successiva alla dichiarazione di fallimento.

E la convinzione che questo profilo sia dirimente viene confortata da spunti in diversi autori.

Si pensi a Provinciali, per il quale «come accanto all'azione revocatoria c.d. ordinaria (art. 66), la legge fallimentare fa posto a una revocatoria c.d. fallimentare (artt. 67 e 68), così, *a latere* dell'azione di simulazione deve riconoscersi piena legittimità e configurabilità ad una azione di simulazione fallimentare»¹⁹⁶. Azione che, come tutte le altre azioni di recupero esercitate dal curatore – questa almeno sembra la posizione dell'Autore¹⁹⁷ – «vale nel fallimento»¹⁹⁸, è «ristretta in tali limiti specifici»¹⁹⁹, «esercita[ndo] i suoi effetti nei confronti dell'intera [massa] creditoria»²⁰⁰. Azione che «è diversa da quelle proponibili, o proposte, dai singoli creditori»²⁰¹, sicché «nelle cause pendenti l'ufficio fallimentare potrà subentrare in luogo dei creditori procedenti; *non per coltivarne l'azione, bensì per inserirvi l'azione dell'ufficio*»²⁰².

Si pensi a Ricci, per il quale «una volta preso atto che il curatore può assumere iniziative "recuperatorie", ci si trova di fronte come sempre al principio, in virtù del quale tutte le azioni "di recupero" hanno effetti solo nei rapporti tra chi le propone e il terzo aggredito; l'interesse, a tutela del quale il curatore agisce, non è quello di ogni singolo creditore, ma quello del ceto creditorio fallimentare

fatta valere prima del fallimento [...] [S]ignificativa [...] risulta la devoluzione della somma ricavata alla massa attiva, senza distinzione fra spettanze della società, e attribuzioni dei creditori, con conseguente unitaria considerazione della causa petendi e del petitum»); E. RICCIARDIELLO, La prescrizione dell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare verso gli amministratori di società di capitali, in Giur. comm., 2009, II, 312 ss., pp. 317 ss.; P. PORRECA, Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore, cit., pp. 710 e 712 s.; G. LANDOLFI, Brevi riflessioni in tema di competenza del tribunale fallimentare, cit., pp. 261 ss.; L. BACCAGLINI, Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito, cit., p. 639. In termini intermedi, ma che riflettono l'ambiguità tipica di questa materia, L. PELLE, Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali, in Soc., 2011, 1459 ss., p. 1463; «[D]ato che con la declaratoria fallimentare le iniziative processuali non mirano più al perseguimento degli interessi individuali bensì al soddisfacimento degli interessi della massa, appare legittimo interrogarsi se non sia più corretto riconoscere al curatore una legittimazione distinta, quantunque dipendente, dalle situazioni giuridiche spettanti alla società e ai creditori. Similmente a quanto accade alla revocatoria ordinaria ex art. 66 I.fall., invero, l'insolvenza attribuisce alle azioni della curatela una connotazione collettiva che le discrimina da quelle consequenti alla mera incapienza».

¹⁹⁶ R. Provinciali, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 569. Non è forse inutile notare l'appena precedente segnalazione di questo Autore: «[I]'indagine dottrinale e giurisprudenziale al riguardo è stranamente manchevole (anzi può dirsi che non sia stata neppure iniziata».

¹⁹⁷ Vedi *ivi*, p. 573.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 571.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ivi, p. 573.

²⁰¹ *Ivi*, p. 561.

²⁰² Ivi, p. 562 (corsivo aggiunto).

come entità diversa da ciascuno di essi; e al di fuori della procedura tale interesse non può essere riferito ad alcuno»²⁰³.

E si pensi, ancora, agli esponenti dell'orientamento minoritario già evocato per cui l'ufficio fallimentare, esercitando l'azione revocatoria ordinaria, «non fa valere una pretesa dei singoli creditori, bensì una propria pretesa. L'ufficio è infatti titolare *iure proprio* di diritti ed azioni e quindi legittimo come tale al loro esercizio e non in sostituzione di altri (fallito o creditori). Non vi è un "trasferimento" dell'azione (od anche solo del suo esercizio) da un soggetto ad un altro: sono piuttosto le finalità delle azioni dei singoli creditori che, a partire dal fallimento, risultano suscettibili di risultare assorbite e sostituite da quella dell'ufficio fallimentare»²⁰⁴. Dal che consegue che la revocatoria ordinaria promossa dal curatore «è diversa da quella proposta dal singolo creditore ed in ipotesi pendente al momento della dichiarazione di fallimento. E ciò [...] non solo perché diversi sono i soggetti, ma anche perché diverso è soprattutto il *petitum* delle due azioni. Il *petitum* dell'azione della curatela è più ampio e "contiene" quello minore dell'azione del singolo creditore»²⁰⁵.

²⁰³ E.F. RICCI, *Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento*, cit., p. 14.

²⁰⁴ C. Consolo, La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa, in Riv. dir. proc., 1998, 391 ss., p. 415. Spunti in questo senso già in E. ALLORIO, La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit., pp. 187-188, secondo il quale l'ente fallimento, in persona del curatore, quando esercita un'azione revocatoria «agisce non soltanto in nome proprio, ma dichiaratamente – per conto proprio; agisce per la tutela degl'interessi, ma non dei diritti e delle ragioni dei creditori [...] non agisce punto quale sostituto processuale, non fa valere una pretesa di spettanza dei creditori, ma una ragione propria [...] [che] è assorbente delle ragioni che, in identico senso, competerebbero ai singoli creditori», i cui «diritti d'impugnativa, ognuno dei quali ha per iscopo la tutela del singolo creditore [...] sono come riassunti nel diritto d'impugnativa spettante al fallimento»; «una relazione di concorrenza, la quale giustifica l'allargamento della cosa giudicata». La natura di questo allargamento meglio si comprende osservando come, secondo l'illustre Autore, non solo i creditori non avrebbero potuto promuovere le proprie pretese revocatorie individuali in pendenza della procedura, ma inoltre «la cosa giudicata prodottasi in confronto del fallimento, sull'inesistenza del diritto d'impugnativa [...] pregiudica i creditori, i quali vogliano, chiuse le operazioni concorsuali, autonomamente esercitare la revocatoria. Questa, negata al fallimento, non esiste ormai più neanche a favore dei singoli creditori»: ivi, p. 188. Nello stesso senso, ma senza affrontare quest'ultimo profilo, R. PROVINCIALI, Le "azioni di ricupero" nel fallimento, cit., pp. 560 ss. («l'ufficio fallimentare è titolare jure proprio, di azioni e diritti, e quindi legittimato come tale al loro esercizio, e non in sostituzione (tecnicamente parlando) di altri, fallito e creditori. [...] [L]e azioni dei creditori [] vengono assorbite e sostituite da quella dell'ufficio fallimentare») e, più incisivamente, R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, cit., p. 882 nota 37 («[s]iamo [] completamente fuori del campo della sostituzione processuale: il fallimento agisce jure proprio e nomine proprio»), nonché P. PAJARDI, La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione, cit., p. 602 («il curatore ove intendesse utilizzare il giudizio revocatorio instaurato dal creditore [...] farebbe valere un diritto nuovo ed esclusivamente suo»).

²⁰⁵ C. Consolo, La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa, cit., p. 415. L'autore ha successivamente confermato questa opinione, apportando correttivi su (importanti) profili collaterali, in C. Consolo, Ancora sulla revocatoria ordinaria «incidentale» nel fallimento: di alcune benvenute messe a fuoco giurisprudenziali sulla legittimazione concorrente, in Giur. comm., 2001, II, 318 ss. Questa impostazione è stata considerata con favore, in particolare, da M. Montanari, Il difficile nodo della procedibilità in costanza di fallimento delle azioni revocatorie anteriormente promosse, in Fall., 2001, 328 ss. A distanza di pochi anni, i due Autori hanno confermato questo risultato fondamentale in C. Consolo, M. Montanari, La revocatoria ordinaria nel fallimento e le questioni di prescrizione (recte, decadenza), in Corr. giur., 2005, 399 ss., commento alla consona App. Bari, 28 aprile 2004, ivi, 395. Per un'esauriente discussione dei profili processuali, alla luce dei più recenti arresti della Suprema Corte, vedi per tutti G. Cardaci, Per la legittimazione del creditore a proseguire o

E, a ben vedere, tutte queste riflessioni non soltanto danno conforto all'importanza dell'indagine condotta in questo sezione: esse delineano lo schema secondo qui questa indagine va svolta.

6.3.1. Ipotesi che il curatore sia sostituto processuale dei creditori. Critica.

Più precisamente, i contributi appena ricordati ci inducono a indagare se la prospettiva così dipanata, e cioè quella della titolarità in capo all'ufficio fallimentare di propri diritti d'azione, valga per tutte le azioni promosse dal curatore e non soggette all'applicazione dell'art. 43 l.fall.

In quanto la risposta a tale quesito principale si prospetti negativa, si porrebbe il problema della titolarità delle situazioni giuridiche soggettive ritenute non proprie dell'ufficio fallimentare. Per esse, ovviamente, non potrebbe aversi titolarità del fallito, perché ciò contraddirebbe la premessa di estraneità delle azioni all'art. 43 I.fall. L'unica possibilità che appare praticabile è che di esse siano titolari "i creditori". Ma l'uso dell'espressione "creditori" è ambiguo: essa può infatti designare la titolarità, in capo al singolo creditore, di una propria situazione giuridica; oppure la contitolarità, in capo a più singoli creditori (che potremmo chiamare "collettività di creditori", o «insieme dei creditori nella procedura»²⁰⁶), di una comune situazione giuridica; oppure ancora la titolarità, in capo a un ente distinto dai singoli creditori (che potremmo chiamare "massa dei creditori"), di una propria situazione giuridica.

Comune a ognuna di queste tre ipotesi sarebbe la conclusione che l'ufficio fallimentare promuove l'azione quale sostituto processuale (come abbiamo visto²⁰⁷ va infatti rigettata una ricostruzione in chiave di rappresentanza processuale). Se così fosse, però, il limite espresso posto dall'art. 81 c.p.c. non potrebbe volere che questo: che la sostituzione processuale del curatore a uno o più creditori è concepibile, in termini tecnici e non solo descrittivi²⁰⁸, solo rispetto ad azioni di cui la legge espressamente prevede l'esercizio da parte del curatore.

È poi ovvio che concepire questo fenomeno di sostituzione processuale avrebbe una qualche utilità in quanto esso si riferisca a quelle azioni del curatore che, oltre a essere espressamente previste dalla legge, spettano, prima della procedura fallimentare, a terzi.

Le azioni che soddisfano il primo, ma non il secondo requisito, non sono poche: si pensi (per concordia di opinioni), alle azioni contemplate dagli artt. 38, 41, 67–68 e 240 l.fall. L'ipotesi della sostituzione processuale, dunque, dovrebbe presentarsi come circoscritta alle azioni contemplate dagli artt. 66, 146 e 156 l.fall.

esperire ex novo l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. in pendenza di fallimento, in Dir. fall., 2018, I, 115 ss. Da ultimo, ha affermato l'autonomia strutturale dell'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore anche M. FABIANI, L'azione revocatoria ordinaria nella liquidazione giudiziale, in Nuove leggi civ. comm., 2019, 1420 ss., pp. 1432 ss., 1454.

²⁰⁶ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4° ed., Bologna, il Mulino, 2017, p. 117.

²⁰⁷ In questo cap. II, sez. 3.

²⁰⁸ Nel senso che l'espressione "sostituzione dei creditori" ha valore puramente descrittivo, vedi F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 259.

Non vi è però chi non veda che, in questi casi, l'affermazione di un fenomeno di sostituzione processuale sarebbe, per quanto astrattamente concepibile, del tutto inutile.

Il motivo, si noti, non è la circostanza – talora segnalata in dottrina²⁰⁹ – per cui in tal modo il curatore si troverebbe ad essere, rispetto ad alcuni diritti e rapporti, sostituto processuale del curatore, e al contempo, rispetto ad altri, sostituto processuale dei creditori. Non è dato capire, infatti, perché ciò non potrebbe ammettersi²¹⁰.

Piuttosto, del tutto inutile appare in primo luogo concepire come sostituito una "massa dei creditori" intesa in chiave non solo descrittiva (quale sinonimo della collettività di tutti i creditori chiamati a soddisfarsi nel fallimento) ma sostanziale, quale soggetto di diritto. Concezione, questa, già considerata e recisamente scartata²¹¹, per giusti motivi. Oltre a trattarsi di un soggetto di diritto che esisterebbe solo se e finché dura la procedura fallimentare²¹², infatti, non si comprende in qual modo esso diventerebbe titolare di situazioni giuridiche, come quelle sottese agli artt. 66, 146 e 156 l.fall., che prima del fallimento spettano ad *alcuni* soltanto dei creditori poi chiamati a soddisfarsi nel fallimento (prededucibili, prelatizi, chirografari e subordinati): per cui l'ipotesi di un simile soggetto giuridico non reca alcun vantaggio rispetto a quella di un'attribuzione originaria del diritto d'azione all'ufficio fallimentare.

E la stessa ragione vale ad escludere la configurabilità, come sostituito, di una "collettività" comprensiva di tutti i creditori chiamati a soddisfarsi nel concorso²¹³.

-

²⁰⁹ Per esempio da A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito*, cit., p. 14; D. MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 577 ss., p. 579, con l'efficace descrizione di «sostituzione vagante»; M. SPIOTTA, *Limiti alla legittimazione processuale attiva del curatore fallimentare*, cit., p. 459, secondo la quale tale risultato semplicemente «non è ammissibile».

²¹⁰ Sdrammatizzava il problema anche P. PAJARDI, *La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione*, cit., p. 606, pur concedendo che è «fenomenologia giuridica, questa, difficile da percepire con gli schemi mentali tradizionali».

²¹¹ Vedi G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., II, p. 3 (testo e nota 3); E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 181 [«Per chi agisce, allora, il curatore, quando chiede la revoca d'atti fraudolenti compiuti dal fallito? [...] Per una "massa creditoria" (*Gläubigerschaft*), dunque? Ma codesta creditoria, com'ente giuridicamente riconosciuto e organizzato, o non esiste, o è lo stesso fallimento, giuridicamente personificato»]; A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito*, cit., p. 14 («la massa [...] non costituisce un soggetto giuridico»); M. SPIOTTA, *Limiti alla legittimazione processuale attiva del curatore fallimentare*, cit., p. 459; R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., p. 10.

²¹² Ove inteso come ente di tipo associativo, peraltro, la sua composizione non sarebbe definita fino alla conclusione delle ripartizioni dell'attivo, essendo teoricamente possibile, fino a questo momento, l'ammissione al passivo di creditori che abbiano fatto domanda c.d. ultratardiva (art. 101, 4° comma, I.fall.); sicché «né all'inizio del fallimento, né nel prosieguo della procedura si è in grado di escludere con sicurezza che accanto ai soggetti in ipotesi già individuati non ne debbano essere collocati anche altri»: E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., p. 132.

²¹³ Contra, nel senso che il curatore fallimentare esercita l'azione revocatoria ordinaria «come sostituto processuale della massa dei creditori», Cass., 4 agosto 1977, n. 3485, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Fallimento*, n. 251. Vedi però S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 135 nota 252: «Il codice di commercio, attraverso l'istituzione di organi rappresentativi dei creditori quali l'assemblea e la delegazione, giustificava le teorie secondo cui la massa dei creditori costituiva una forma di comunione. La nuova legge, sopprimendo quegli organi, rende superflua ogni considerazione dei creditori se non *uti singuli*, accomunati tuttavia dall'inserimento del loro diritto

Si potrebbe perciò solamente concepire l'ufficio fallimentare come sostituto processuale di alcuni soltanto tra i creditori²¹⁴. Ma allora, di là di un insanabile contrasto col dato costante di ogni processo di fallimento – in cui il curatore certamente non agisce in nome proprio per un diritto affermato come proprio di alcuni soltanto dei creditori – si dovrebbe a rigore ammettere la produzione del giudicato sostanziale, costitutivo o di condanna, nei confronti soltanto di alcuni creditori; e dunque per esempio, nel caso dell'azione revocatoria ordinaria, l'inefficacia dell'atto impugnato nei confronti di alcuni soltanto dei creditori. Il che, evidentemente, contrasta esizialmente con la finalizzazione all'indistinto concorso sostanziale di queste azioni nel fallimento, e cioè con la *ratio* stessa della loro attribuzione all'ufficio fallimentare.

Date queste conclusioni, la soluzione al nostro quesito originario è chiara. Se, rispetto alle azioni estranee all'art. 43 l.fall., l'ufficio fallimentare, in persona del curatore, non è ragionevolmente concepibile come sostituto processuale dei creditori (in nessuna delle accezioni che questa espressione può avere) dovremmo dirci soddisfatti del risultato tracciato dagli autori sopra richiamati e da molti altri: rispetto a queste azioni il curatore non è mai sostituto processuale, bensì titolare della situazione giuridica fatta valere, e dunque munito di legittimazione ordinaria ad agire²¹⁵.

6.3.2. Ipotesi che il curatore eserciti diritti d'azione derivati dai creditori. Critica.

La stessa conclusione è rispettata anche da alcuni degli autori impegnatisi nel terzo filone di analisi e commento alle sentenze gemelle del 2006 in materia di concessione abusiva di credito, fondato sulla distinzione tra danno individuale in capo a ciascun creditore e danno uniforme e generalizzato comune a tutti i

nell'impresa. Il che non toglie che i creditori possano manifestare una volontà comune, come nel concordato». E vedi l'avvertimento di F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, Giappichelli, 1994, p. 203: «Che il risultato dell'attività di volta in volta posta in essere dal curatore possa realizzare interessi convergenti con quelli delle diverse parti del procedimento non significa che il curatore agisca per conto o in sostituzione di queste parti. [...] [L]'interesse di volta in volta perseguito dal curatore deve prescindere dagli interessi particolari delle parti e molto spesso può con questi interessi divergere completamente. Si tratta, infatti, di un interesse che si nutre di una serie di finalità tutte convergenti verso la realizzazione della *par condicio* nella distribuzione di un ricavato quanto maggiore possibile fra un numero di creditori quanto minore possibile».

²¹⁴ Di sostituzione del curatore ai soli creditori anteriori all'atto dispositivo impugnato con l'azione revocatoria ordinaria discorre M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, cit., p. 459.

²¹⁵ In questo senso, dunque, R. PROVINCIALI, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 561; P. PAJARDI, *La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione*, cit., pp. 602 s.; A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito*, cit., pp. 13 s.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 96 s. (testo e nota 178); D. MAZZOCCA, *La posizione del curatore*, cit., pp. 580 s.; G. FEDERICO, *Posizione processuale del curatore nell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 2003, 501 ss., pp. 502 s.; C. TRENTINI, *Ipotesi di conflitto tra massa dei creditori e terzi*, cit., p. 49; R. FAVA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione ad agire del curatore fallimentare*, cit., p. 412. A. DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari*, cit., pp. 121 ss., pur ritenendo che in generale l'ufficio fallimentare non sia sostituto processuale dei creditori, esponeva – ma senza motivarla – l'opinione opposta per quanto riguarda le azioni revocatorie, l'azione surrogatoria, e l'azione di responsabilità dei creditori verso gli amministratori di società. Secondo F.M. DOMINEDÒ, *L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 99 ss., p. 108, le azioni revocatorie «non pert[engono alla massa], ma alla stessa organizzazione legale del fallimento».

creditori²¹⁶. Questi autori hanno proposto o aderito a una ricostruzione a loro avviso capace di conciliare questo dato con una nozione di "azione di massa" più ampia di quella prospettata dalle Sezioni Unite.

Il più articolato tra questi tentativi di risposta consiste nella dimostrazione dell'esistenza di una situazione giuridica sostanziale di cui è contitolare la collettività di tutti i creditori.

Questa situazione giuridica si sostanzierebbe «nell'interesse, a tutti comune, che l'attivo si mantenga superiore al passivo»²¹⁷; sarebbe perciò definibile come «diritto dei creditori all'integrità del patrimonio del proprio debitore»²¹⁸, «suscettibile di un pregiudizio risarcibile ed azionabile in giudizio»²¹⁹, a titolo di responsabilità aquiliana²²⁰, dai creditori in virtù della loro «legittimazione indifferenziata»²²¹; implicando che, in questo caso, questo «diritto» costituirebbe «esso stesso l'oggetto della domanda fatta valere in giudizio, invece del diritto di credito» individuale, «che pure quella garanzia patrimoniale assiste»²²².

Secondo l'Autrice che ha in questi termini formulato l'ipotesi in esame, nonostante l'ostacolo rappresentato dall'art. 81 c.p.c., si potrebbe – per vero in via dubitativa – «riaprire uno spazio (ma a ben vedere è più giusto parlare di pertugio)»²²³ a un diritto d'azione proprio del curatore.

In particolare, si è proposto di leggere nell'art. 66 I.fall. l'espressione di «un principio generale, per il quale l'insolvenza [...], per il fatto stesso di comprimere gli strumenti di tutela individuali rivolti ad un aumento o ad una conservazione dell'attivo, postuli, in cambio, il passaggio alla curatela già del diritto attribuito alla collettività dei creditori sul patrimonio e con esso il subentro dell'organo fallimentare nel potere di proporre *tutti* i rimedi, preventivi e successivi, che il riconoscimento di un simile diritto consente ai creditori di invocare fuori dal fallimento»²²⁴; di proporre, cioè, «qualunque rimedio l'atipicità del diritto d'azione consenta di avanzare»²²⁵. Arrivando così, pur «faticosamente», a «immaginare

²¹⁶ Vedi *supra* in questo cap. II, sez. 2.

²¹⁷ I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 445. Interesse, questo, «che è diverso, come ognuno vede, da quello del debitore alla gestione del proprio patrimonio, che viene operata piuttosto per massimizzarne il valore o comunque non diminuirlo a proprio svantaggio»: *ivi*, p. 445.

²¹⁸ Ivi, pp. 446, 448.

²¹⁹ *Ivi*, p. 447. Spunti in questa direzione si trovavano già in L.A. RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, cit., p. 629, in A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito* e *legittimazione del curatore fallimentare*, cit., pp. 677 s., e in M. FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito*, cit., p. 420; in particolare, quest'ultima l'autrice prospettava esattamente un «diritto concorsuale di tutti i creditori concorrenti, senza esclusione di alcuno, alla integrità della garanzia patrimoniale».

²²⁰ Così I. Pagni, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 446, e P. Piscitello, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit., p. 672.

²²¹ I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 444.

²²² Ivi, p. 446.

²²³ Ivi, p. 448.

²²⁴ I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, cit., p. 1043 (ma vedi già I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 448).

²²⁵ I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, cit., p. 1043.

un'attribuzione al curatore della facoltà di agire nei confronti di chiunque – e perciò anche della banca – quel pregiudizio abbia procurato»²²⁶.

Questa tesi, pur se suggestiva anche alla luce del dato comparatistico²²⁷, presta il fianco ad alcune critiche.

Sia chiaro, è certamente innegabile che ciascun creditore abbia interesse a che «l'attivo si mantenga superiore al passivo»²²⁸, cioè «all'integrità del patrimonio del proprio debitore», ossia – in altri termini ancora – a che il debitore conservi un patrimonio netto dal saldo attivo.

Più controvertibile sembra però elevare questo interesse al rango di *causa petendi* che individui la legittimazione del curatore nell'interesse dei creditori e, dunque, almeno una parte delle c.d. azioni di massa.

In primo luogo, perplessità suscita l'individuazione dell'art. 66 l.fall. come punto di emersione di un principio generale di «passaggio alla curatela già [di un] diritto attribuito alla collettività dei creditori». Ravvisare in questa disposizione, dettata con specifico riferimento all'azione revocatoria ordinaria, una potenzialità tanto dirompente appare ermeneuticamente dubbio²²⁹.

²²⁶ Adesione «quantomeno come linea di tendenza ermeneutica» a questa ricostruzione proposta da PAGNI ha espresso R. BATTAGLIA, Actio pauliana *e sopravvenuto fallimento: l'esclusione della (concorrente) legittimazione del creditore individuale e la legittimazione "sostitutiva" nelle azioni di massa. Un problema di scambi e binari?*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 273 ss, pp. 319 s.

²²⁷ Nei Paesi Bassi, il curatore fallimentare può esperire la c.d. azione Peeters/Gatzen, riconosciuta per la prima volta da una sentenza dell'*Hoge Raad* (Corte Suprema) del 1983: ciò significa che egli può agire in via risarcitoria – in base all'ordinaria disciplina dell'illecito - contro il terzo una cui condotta anteriore al fallimento abbia leso la garanzia patrimoniale generica del debitore, rendendo più difficile per i creditori soddisfare le proprie pretese in sede concorsuale. La misura del danno è parametrata a quanto i creditori avrebbero ricevuto nel momento in cui ha avuto luogo la condotta del terzo, mentre il curatore deve dimostrare che tale condotta abbia leso indistintamente tutti i creditori concorsuali e non soltanto parte di essi. I parallelismi col tema che ci impegna in questa sede sono evidenti. Su questi e ulteriori profili di tale interessante azione di matrice pretoria, vedi C. Lunetti, *I rischi di ambiguità nella nozione autonoma di azione ancillare nel Regolamento (UE) 2015/848*, in *Fall.*, 2019, 749 ss., spec. pp. 751 ss.

²²⁸ Cfr. G. FERRI *JR.*, *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 35 ss.: «le diminuzioni di valore del patrimonio non incidono sulla posizione dei creditori solo se, e fino a quando, l'attivo risulti superiore al passivo: per tale ragione costoro, pur non essendo immediatamente coinvolti dalla diminuzione del valore del patrimonio, risultano comunque interessati a che l'attivo si mantenga superiore al passivo. Ciò consente allora di comprendere come i creditori, accanto all'interesse, principale (e finale), ad ottenere ciascuno la soddisfazione integrale della propria pretesa, vantino altresì quello secondario (e strumentale), a conservare l'attivo superiore al passivo; in questa situazione, deve notarsi, tra l'interesse dei diversi creditori non è dato individuare alcun conflitto: l'interesse principale, ancorché individuale, risulta infatti compatibile con l'analogo interesse degli altri, mentre quello secondario è addirittura comune a tutti i creditori».

²²⁹ In termini di «approccio approssimativo» con riferimento alla ricostruzione di PAGNI fanno parola A. SCHERILLO, G. GIOFFRÉ, *Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali prefallimentari*, cit., p. 765 nota 15. Va in ogni caso riconosciuto all'Autrice il merito di aver proposto un sostegno normativo a supporto della propria tesi, senza limitarsi a considerazioni nella sostanza apodittiche come quella di P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit., p. 672, per il quale «[I]'accertamento delle peculiarità del danno derivante [d]al sostegno abusivo, ontologicamente diverso dalla lesione cagionata ai singoli creditori, appare *di per sé sufficiente* ad affermare la legittimazione del curatore, ed in genere degli organi delle procedure, ad esercitare l'azione risarcitoria nei confronti delle banche» (corsivo aggiunto).

In secondo luogo, suscita qualche dubbio il ricorso alla «collettività dei creditori», considerati quali contitolari di una comune situazione giuridica sostanziale. Come già da tempo si obietta²³⁰, infatti, non si comprende in cosa questa ricostruzione sia più salda rispetto a quella per cui il diritto d'azione dei creditori non trae origine dalla lesione di una situazione giuridica comune a questi, bensì rappresenta la tutela in via sostitutiva (o, come usualmente si dice, surrogatoria) di un diritto proprio del debitore: diritto d'azione riferito quindi alla lesione del patrimonio del debitore, la quale solo di riflesso mette a repentaglio la soddisfazione dei diritti di credito verso lo stesso²³¹. Così, in particolare, gli artt. 2394, 2486 e 2497 c.c., che fanno appunto riferimento all'integrità del patrimonio della società, ben potrebbero leggersi come espressioni eccezionali di questa legittimazione ad agire straordinaria, frutto di una discrezionale valorizzazione legislativa del pericolo incombente sul ceto creditorio. Questa conclusione non sarebbe smentita da altre disposizioni, come l'art. 2485 c.c., che non danno indicazioni conclusive circa la natura individuale o collettiva del danno lamentabile dai «creditori sociali»²³².

In terzo luogo, si può osservare che nel particolare contesto del fallimento la propugnata situazione giuridica pare difficilmente riferibile ai creditori (prededucibili) per titolo successivo alla dichiarazione di fallimento, salvo probabilmente nello specifico caso in cui il fallimento sia dichiarato in presenza di un patrimonio netto attivo ma che, per la sua non pronta liquidabilità, non consente il regolare soddisfacimento dei creditori.

In quarto luogo, valga l'osservazione che, anche accettando l'esistenza della situazione giuridica sostanziale prospettata dalla tesi qui discussa²³³, essa

²³⁰ Così A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito*, cit., p. 300.

²³¹ Così *ivi*, pp. 300 ss.

²³² Al contrario, secondo PAGNI, proprio le fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2485, 2486 e 2497 c.c. sembrano «adombr[are]» l'esistenza del descritto diritto comune ai creditori: I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 447. Come però osservano B. INZITARI, E. DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito*, cit., pp. 1060–1061, questi dati testuali «possono prestarsi a un'interpretazione ambivalente», nel senso che «la previsione di ipotesi specifiche di legittimazione del curatore in sostituzione della massa dei creditori può essere intesa, da un lato, quale indice dell'emersione di una generale legittimazione attiva del curatore; dall'altro, al contrario, quale volontà del legislatore di riconoscere la legittimazione dell'ufficio concorsuale solo nei casi espressamente indicati, con esclusione di quelli non richiamati». Ancor meno persuasivo mi sembra poi il secondo degli «indizi» (I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, cit., p. 446) individuati dall'Autrice, e cioè – «al di là della maggiore o minore chiarezza delle espressioni utilizzate» – la derivazione storica degli artt. 2740 e 2741 c.c. dall'art. 1949 del previgente codice civile, ai sensi del quale «[i] beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione» (*ivi*, p. 447).

²³³ Spunti critici in dottrina tuttavia non mancano. Vedi A. DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari*, cit., p. 120: «Non credo che si possa far derivare dalla responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 cod. civ. un obbligo di tenere il proprio patrimonio in istato di solvibilità, obbligo che per la sua portata puramente obbiettiva non avrebbe senso». Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 158 s.: «il c.d. diritto del creditore sui beni del debitore, o la c.d. garanzia patrimoniale [...] non vogliono significare altro che l'assoggettabilità dei beni all'esecuzione forzata; e questa assoggettabilità è chiaramente sostanziale, esprime cioè il potere del creditore di conseguire il bene dovuto (contro la volontà del debitore inadempiente) sul patrimonio del debitore medesimo. Potere del creditore: il che significa che non c'è bisogno di costruire un diritto reale di garanzia o altra posizione sostanziale autonoma; basta ad esaurire e qualificare il fenomeno il diritto di

non parrebbe capace di fondare alcune delle azioni che sono pacificamente ritenute azioni di massa. Il descritto diritto dei creditori, in altri termini, non sarebbe comunque idoneo a circoscrivere esaustivamente questa categoria²³⁴. Vi sono infatti azioni di massa che prescindono del tutto da una lesione dell'integrità del patrimonio netto del debitore: si pensi, in particolare, all'azione revocatoria fallimentare avverso atti di costituzione di cause legittime di prelazione o avverso pagamenti di debiti liquidi ed esigibili.

E quest'ultima circostanza, molto significativa, viene ulteriormente esplorata nel paragrafo che segue.

credito e l'azione che, come avviene per qualunque altro diritto, l'accompagna». Sul «fantasma dell'obbligazione di conservare il patrimonio et similia», da «risfoderare dal vecchio armamentario della revocatoria» si esprimeva criticamente A. Bonsignori, Il fallimento, cit., p. 469, vagliandolo quale potenziale argomento per sostenere la responsabilità per danni verso l'ufficio fallimentare del cessionario sub-alienante del bene oggetto di un atto revocato. Per U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria). Appunti delle lezioni, Milano, Giuffrè, 1974, p. 2, «[l]a prospettiva dell'esecuzione forzata [...] nel porre in evidenza come l'interesse in questione lossia quello del creditore alla conservazione dell'integrità del patrimonio del suo debitore, n.d.r.] non sia altro che un aspetto di quello del creditore, in quanto tale, ad essere comunque soddisfatto - consente di escludere che quello stesso interesse (conservativo) possa assumere una propria posizione autonoma e, quindi, la veste di un'autonoma (rispetto al credito) situazione di vantaggio (a sua volta qualificabile in termini di diritto soggettivo) avente a contenuto una pretesa, cui dovrebbe, poi, corrispondere, nel debitore, uno specifico obbligo a mantenere nel proprio patrimonio beni sufficienti ad assicurare che, in caso di inadempimento, il creditore possa ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione». È del resto tradizionale l'osservazione – qui espressa con le parole di L. BARBIERA, Responsabilità patrimoniale: disposizioni generali (artt. 2740-2744), in Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2010, p. 20 – che «[l]a responsabilità patrimoniale configura non la violazione da parte del debitore di un obbligo di mantenere integro il proprio patrimonio, ma una soggezione del debitore a poteri del creditore». Non sembra poi univoca l'osservazione di C.M. PRATIS, Della tutela dei diritti (Artt. 2740-2783), in AA.VV., Commentario del Codice Civile, Torino, UTET, 1976, p. 31, per cui «il debitore ha un dovere (generico) di mantenere integro il patrimonio, quanto meno nel suo valore, astenendosi dal sottrarre i propri beni alla garanzia dei creditori», e che «[q]uando il debitore viene meno (o si teme che venga meno) a tale dovere il creditore può reagire con determinate misure previste dalla legge (azione surrogatoria, azione revocatoria, sequestro conservativo ecc.)»: questa descrizione, appunto perché generica, non risolve il quesito se i rimedi da ultimo richiamati rispondano o meno a un criterio di tassitività. Più conciliante G. TERRANOVA, Profili dell'attività bancaria, Milano, Giuffrè, 1989: egli da un lato ritiene che la garanzia patrimoniale generica non possa «essere concepita come un diritto soggettivo, che accede al credito: non solo, perché – come è stato ormai da tempo dimostrato – non è affatto assimilabile al pegno o all'ipoteca; ma soprattutto, perché i poteri del creditore sono destinati ad esprimersi nell'azione, e quindi nel processo esecutivo: il quale, a sua volta, contempera esigenze individuali ed esigenze collettive» (ivi, p. 216); dall'altro, riconoscendo il dato moderno che «il requisito dell'ingiustizia del danno, di cui parla l'art. 2043 c.c., non presuppone necessariamente la violazione di un diritto soggettivo», non esita a ravvisare tale requisito nella lesione della garanzia patrimoniale generica, «soprattutto perché la conservazione della garanzia patrimoniale costituisce un valore talmente radicato nella coscienza sociale e nel sistema legislativo, da non lasciare alcun dubbio sul fatto che chi lede il patrimonio del debitore, rendendolo insufficiente a soddisfare le obbligazioni assunte, commette un illecito anche nei confronti dei creditori» (al contempo però ammettendo che «in una materia così delicata, non si può procedere sulla base di assiomi o di intuizioni non dimostrate»: ivi, pp. 217-218).

²³⁴ E cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 139, ad avviso del quale la tesi qui criticata è «di certo suggestiva e tuttavia non condivisibile poiché giustifica sì il superamento dell'eccezionalità dell'art. 81 c.p.c., ma non riempie di contenuto il tema del rapporto fra creditori e curatore».

7. Le azioni di massa secondo le Sezioni Unite del 2017.

Il fatto che le azioni di massa non siano tutte riferibili all'integrità del patrimonio netto del debitore trova precisi riscontri nella giurisprudenza di legittimità.

Il riferimento è a una nota decisione delle Sezioni Unite civili della Suprema Corte del gennaio 2017 che, sotto aspetti decisivi, parrebbe (e a qualcuno in effetti è parsa) in contraddizione con le statuizioni fondamentali delle sentenze gemelle del marzo 2006.

Precisamente, nella sentenza n. 1641 del 2017²³⁵, il supremo consesso ha affermato la natura di azione di massa e la legittimazione ad agire del curatore fallimentare nel caso dell'azione risarcitoria, esercitata contro gli amministratori di una società fallita, mirante al ristoro del danno patito dai creditori sociali per effetto di pagamenti preferenziali compiuti dagli amministratori successivamente al manifestarsi dell'insolvenza, ma anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Con questa decisione, le Sezioni Unite hanno segnato un clamoroso *revirement* rispetto al consolidato orientamento di merito e di legittimità. Questo orientamento poteva riassumersi nel «disconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare [...] fonda[to] sull'assunto che il pagamento preferenziale possa arrecare un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, perché si tratta di *operazione neutra per il patrimonio sociale*, che vede diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla diminuzione del passivo conseguente all'estinzione del debito»²³⁶. Ne veniva linearmente dedotta l'impossibilità di qualificare l'azione come «tende[nte] direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto»²³⁷; dunque, in ossequio alle sentenze gemelle del 2006, la negazione della natura di massa dell'azione; e, perciò, la legittimazione ad agire del curatore²³⁸.

²³⁵ Cass., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Fall.*, 2017, 149, con nota di S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*; *ivi*, 660, con nota di L. BALESTRA, *Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, cit.; in *Soc.*, 2017, 595, con nota di G. FAUCEGLIA, *Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali*.

²³⁶ Cass. 1641/2017, cit. Quella di «ragionamento, *prima facie* inconfutabile, [dal] sapore prettamente e asetticamente matematico» è l'icastica descrizione che ne fa M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, cit., p. 453.

²³⁷ Così sempre Cass. 7029-7030-7031/2006, citt.

²³⁸ Così anche la sentenza di primo grado nel giudizio deciso da Cass. 1641/2017, cit.: Trib. Milano, 18 gennaio 2011, in *Fall.*, 2011, 588, con nota di M. SPIOTTA, *Un'altra pronuncia sulle azioni esperibili dal curatore fallimentare: nuove "aperture" ma anche inaspettate "chiusure"*; in *Giur. comm.*, 2012, II, 391, con nota di P. SPOLAORE, *Azione dei creditori contro gli amministratori di s.r.l. e legittimazione del curatore*; in *Giur. it.*, 2011, 1313, con nota di O. CAGNASSO, *Una "tappa" significativa della "marcia di avvicinamento" della s.r.l. alla s.p.a.*; in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 135, con nota di F. RAFFAELE, "Ubi noluit, tacuit? Non, illius oblitus est!". *Conferme in tema di applicabilità analogica dell'art. 2394 c.c. al caso di responsabilità degli amministratori verso i creditori di s.r.l.* La sentenza conclusiva del grado di appello, App. Milano, 29 ottobre-18 novembre 2015, non risulta invece pubblicata. Vedi inoltre Trib. Milano, 7 ottobre 2016, inedita; Trib. Torino, 3 giugno 2016, inedita; Trib. Roma, 7 ottobre 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *Soc.*, 2013, 83; Trib. Milano, 22 dicembre 2010, in *Soc.*, 2011, 757, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità* ex *art. 2394 c.c.*:

Perentoria la contraria presa di posizione delle Sezioni Unite: il ragionamento appena descritto è fondato su un «assunto palesemente erroneo. perché il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. Infatti, la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falcidia fallimentare»²³⁹. «Tanto che, secondo la giurisprudenza di questa corte» – continuava la sentenza, riportando per intero la massima ufficiale di una delle pronunce²⁴⁰ più recisamente schierate nel senso della natura anti-indennitaria dell'azione revocatoria fallimentare - «"in tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla par condicio creditorum, sicché è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto, e ciò esclude anche che un'effettiva lesione della par condicio creditorum possa assumere rilevanza sotto il profilo dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), essendo evidente che l'interesse del curatore ad agire ha natura procedimentale. in quanto inteso ad attuare il pari concorso dei creditori, e va accertato con riferimento al momento della proposizione della domanda, perché si fonda sul già dichiarato stato di insolvenza del debitore, non sui prevedibili esiti della procedura concorsuale [...]"»²⁴¹.

L'importanza di questa pronuncia per la nostra indagine si apprezza, evidentemente, sul piano del discusso interesse sostanziale, proprio di tutti i creditori, alla conservazione dell'integrità patrimoniale del comune debitore. Questa importanza si coglie più precisamente nell'osservazione dei giudici di

applicazione analogica alle società a responsabilità limitata. Una discussione di questi e ulteriori precedenti giurisprudenziali si trova in A. SCHERILLO, G. GIOFFRÉ, Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali pre-fallimentari, cit., p. 76. Quali pronunce distoniche constavano solamente due precedenti di merito: Trib. Napoli, 28 febbraio 2003, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 14-15, 81, e Trib. Firenze, 7 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 562, con nota di L. BIAGIOLI, La responsabilità dei liquidatori di società di capitali fallite: tuttavia, come osservato da G. FAUCEGLIA, Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali, cit., p. 600, i fatti inerenti a queste due decisioni sono «assai singolari»: nel caso napoletano, un amministratore aveva incassato assegni circolari recanti come beneficiari alcuni creditori sociali, dopo averli soddisfatti con mezzi propri personali; nel caso fiorentino, i liquidatori di una s.r.l. successivamente dichiarata fallita, nonostante la manifesta insufficienza dell'attivo a soddisfare integralmente i debiti, aveva pagato creditori sociali, di pari rango, alcuni in percentuale minore e altri in percentuale maggiore.

²³⁹ Cass. 1641/2017, cit.

²⁴⁰ Cass., 1° settembre 2004, n. 17524, in *Dir. fall.*, 2006, II, 1, con nota di R. CALDERAZZI, *Funzione dell'azione revocatoria ed interesse ad agire* ex *art. 100 cod. proc. civ.*

²⁴¹ Cass. 1641/2017, cit. Ciò, va detto, potrebbe indurre a rimeditare l'idea per cui l'area di colpevolezza per il reato di bancarotta preferenziale coincide con l'area di risarcibilità del danno da pagamenti preferenziali: l'impostazione fortemente anti-indennitaria delle Sezioni Unite civili sembra infatti non agevolmente conciliabile con quell'orientamento della Cassazione penale per cui «la configurabilità del reato presuppone il concorso di altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale rimasti insoddisfatti per effetto dei pagamenti [preferenziali] e non già di qualsiasi altro credito» (Cass. pen., 8 aprile 2014, n. 15712, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 985, con note di M. Bolzonaro, *In tema di elementi costitutivi del reato di bancarotta preferenziale*, e di S. Callegari, *In tema di decorrenza dei termini di prescrizione nel caso in cui si susseguano ammissione al concordato preventivo e dichiarazione di fallimento*).

legittimità per cui, «[d]el resto, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore *in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale* comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori»²⁴².

Evidentemente, infatti, quando la Corte discorre di «destinazione del patrimonio sociale [che] va considerata nella prospettiva delle prevedibile procedura concorsuale», e dunque di «conservazione del patrimonio sociale» nell'interesse della «massa dei creditori», che l'imprenditore deve assicurare astenendosi dal compiere, nella «situazione di dissesto», «il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale», senza che rilevi «un'effettiva lesione della *par condicio creditorum*»²⁴³, non siamo di fronte alla comune garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., destinata a operare *a prescindere* dall'effettiva instaurazione del concorso dei creditori.

Piuttosto, in via di approssimazione, potrebbe forse dirsi con uno dei commentatori della sentenza in esame²⁴⁴ che siamo qui al cospetto dell'«interesse patrimoniale dei creditori a mantenere inalterata (quantomeno) la misura della quota percentualmente spettante a ciascuno in sede di riparto» nella procedura concorsuale che dovrà – almeno normativamente – seguire all'insolvenza già manifestatasi. Interesse che è il riflesso, sul piano del patrimonio dei creditori, della compressione almeno potenziale delle possibilità di soddisfacimento dei propri crediti, che la regola della par condicio creditorum imprime su tutti i creditori in concorso²⁴⁵. Interesse che esiste, quindi, in quanto esiste insolvenza. Proprio come – sembrano evocare le Sezioni Unite – è in quanto esiste insolvenza, e perciò la possibilità del concorso, che esiste qui il diritto d'azione del curatore.

Ebbene, per anticipare la conclusione che di seguito si cerca di dimostrare, le linee argomentative delle Sezioni Unite del 2007, per quanto non chiarissime, sembrano rivelare come in quel caso abbia assunto rilevanza decisiva, per l'affermazione della natura di massa dell'azione, non la lesa integrità del patrimonio netto del debitore poi fallito (ossia la menomazione della garanzia patrimoniale generica dei creditori) bensì una minorazione del patrimonio destinato al concorso dei creditori, come entità solo parzialmente coincidente con quello.

²⁴² Cass. 1641/2017, cit. (corsivo aggiunto).

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale*, cit., p. 159.

²⁴⁵ Cfr. M. Curtò, *Pagamenti preferenziali: responsabilità degli amministratori e legittimazione del curatore fallimentare*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1900 ss., pp. 1908–1909: «In un contesto di dissesto [], in cui il patrimonio della società è istituzionalmente devoluto alla migliore soddisfazione possibile dei creditori secondo il principio della parità di trattamento, ogni pagamento preferenziale comporta una diminuzione dell'attivo che verrà distribuito tra i creditori rimanenti e, perciò, un danno per la massa dei creditori [...]. Il soggetto direttamente danneggiato dal pagamento preferenziale è quindi anzitutto la massa dei creditori, mentre il pregiudizio subito dai singoli creditori costituisce solo un riflesso del danno alla massa». In senso analogo, M. SPIOTTA, *Il curatore "affina le armi"*, cit., p. 457.

8. Azioni di massa "non concorsuali" e azioni di massa "concorsuali".

8.1. Azioni di massa "non concorsuali".

Per saggiare la conclusione appena proposta, partiamo col considerare le azioni (pacificamente di massa), richiamate dagli artt. 66, 146 e 156 l.fall.

È pacifico che queste azioni possono adempiere alla loro funzione di azioni di massa solo se e in quanto sussista un concreto pregiudizio a un interesse patrimoniale di uno o più creditori, tradizionalmente ravvisato nella garanzia patrimoniale generica, che è definibile come il valore attuale dei beni presenti o futuri destinati almeno in potenza al soddisfacimento indistinto dei creditori del debitore.

Lo stesso vale per le altre azioni recuperatorie sopra ricordate²⁴⁶, non espressamente richiamate dalla legge fallimentare.

In alcuni casi emblematici, anzi, la legge eleva *espressamente* l'esistenza del descritto pregiudizio a requisito per l'accoglimento della domanda nel merito. Così è, per esempio, per l'azione di simulazione esperita dai creditori del simulato alienante (cfr. art. 1416 c.c.: «[...] la simulazione che pregiudica i loro diritti»); per l'azione di impugnazione di rinunzia all'eredità (cfr. art. 524 c.c.: «[...] con danno dei suoi creditori»); per l'azione di responsabilità dei creditori sociali di cui all'art. 2394 c.c. (cfr. art. 2394, 2° comma, c.c.: «quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti»).

Il caso paradigmatico è, comunque, quello dell'azione revocatoria ordinaria, la quale, come risaputo, consiste nell'impugnazione di un «att[o] di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle [] ragioni» di uno o più creditori (art. 2901, 1° comma, c.c.). E tanto è del resto sufficiente a spiegare il perché di quanto precisato dall'art. 2901, 3° comma, c.c., e cioè che «[n]on è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto».

Più in generale, per il fatto stesso che le tutele rappresentate da queste azioni sono date anche al di fuori di una procedura concorsuale, esse prescindono dal verificarsi dell'insolvenza del debitore, e dunque – nel caso di un debitore soggetto a una procedura concorsuale che abbia per presupposto l'insolvenza – dalla conseguenza normativa tipica di quella, l'apertura del concorso sostanziale dei creditori. In altri termini, il pregiudizio che con queste azioni si mira a ristorare esiste indipendentemente dalla circostanza *eventuale* che il patrimonio del debitore venga destinato al soddisfacimento di tutti i suoi creditori secondo la *par condicio creditorum*²⁴⁷.

Si potrebbe perciò definire queste azioni "azioni di massa non concorsuali" ²⁴⁸.

²⁴⁶ Vedi *supra* in questo cap. II, § 6.1.1.

²⁴⁷ Osserva per esempio A. Nigro, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito*, cit., p. 298, che, in tema di responsabilità risarcitoria della banca per concessione abusiva di credito, «il rapporto *danneggiante* (banca)–*danneggiati* (creditori) rimane come tale ed in principio *fuori* dell'ambito dell'eventuale procedura concorsuale aperta a carico del sovvenuto, potendo tale procedura assumere solo il ruolo [...] di evento che evidenzia e cristallizza il danno».

²⁴⁸ Così già R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., pp. 133–134.

8.2. Azioni di massa "concorsuali".

A conclusioni diverse, però, si giunge rispetto ad altre azioni di massa, quantomeno secondo la ricostruzione che di esse è giunta a fare la giurisprudenza.

Si pensi, per esempio, alle azioni di responsabilità contro un precedente curatore (art. 38 l.fall.) e contro componenti del comitato dei creditori (art. 41 l.fall.), che per definizione richiedono l'avvenuta dichiarazione di fallimento.

Si considerino, ancora, le azioni di inefficacia di cui agli artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall., tipicamente qualificate come azioni di accertamento di un'inefficacia relativa derivante *ex lege* dalla dichiarazione di fallimento.

Altro caso, infine, è quello dell'azione revocatoria fallimentare, *sempreché* si aderisca e si attribuisca portata generale alla lezione delle Sezioni Unite (esattamente coeva alle sentenze gemelle del 2006) secondo cui «il danno consist[e] nel puro e semplice fatto della lesione [del] principio [della *par condicio creditorum*], ricollegata, con presunzione legale assoluta, al compimento dell'atto vietato nel periodo indicato dal legislatore»²⁴⁹.

A differenza delle "azioni di massa non concorsuali", queste azioni – che si potrebbe definire "azioni di massa concorsuali"²⁵⁰ – sono date solo in caso di *insolvenza* del debitore, e dunque in vista del concorso sostanziale del creditori che è conseguenza normativa tipica dell'insolvenza. Esse, perciò, non mirano già a reintegrare la garanzia patrimoniale generica come funzione patrimoniale esistente a prescindere dall'insolvenza. Piuttosto, queste azioni mirano esclusivamente a ricomporre il *patrimonio destinato al concorso dei creditori*, il "patrimonio concorsuale", ovvero – secondo antica opinione²⁵¹ – il patrimonio separato²⁵² destinato al concorso sostanziale dei creditori²⁵³.

58

²⁴⁹ Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Dir. fall.*, 2007, II, 1, con note di L. GUGLIELMUCCI, *La vendita di immobile ipotecato ed il danno nell'azione revocatoria fallimentare*, e di G. LIMITONE, *Le sezioni unite tra vecchia e nuova revocatoria*; in *Fall.*, 2006, 1133, con nota di A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della* par condicio; in *Foro it.*, 2006, I, 1718, con nota senza titolo di M. FABIANI; in *Giur. comm.*, 2007, II, 567, con nota di G. GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la... mette in crisi*; in *Giur. it.*, 2006, 1627, con nota di F. IOZZO, *Danno e revocatoria: le Sezioni unite tra "vecchio" e "nuovo"*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1466, con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Oggettivazione dell'azione revocatoria fallimentare e sicurezza dei traffici*; in *Riv. not.*, 2006, II, 1338, con nota di N. PETRONE, *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle Sezioni unite della Cassazione e della Riforma della legge fallimentare*.

²⁵⁰ Così già R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., p. 132.

²⁵¹ Così, per esempio, A. De Martini, *Posizione degli organi fallimentari*, cit., p. 114.; F. Ferrara, *Il fallimento*, cit., p. 284.

²⁵² Vedi però l'avvertimento di F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, cit., p. 244: «Si tratta tuttavia di formule linguistiche, anche efficaci, per la loro sinteticità e per la loro carica, appunto, espressiva, ma che nulla, a nostro giudizio, aggiungono rispetto alle norme precettive della legge alle quali soltanto occorre fare riferimento».

²⁵³ Cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 161 ss., in tema di azione revocatoria fallimentare: «Ciò che viene in considerazione nel fallimento è che l'atto del debitore è stato compiuto quando egli era insolvente: non già dunque l'atto è revocabile perché ha reso il debitore insolvente. [...] Onde viene fatto di pensare a una vera e propria, e sia pur relativa, indisponibilità del patrimonio già anteriormente alla dichiarazione di fallimento, temperata, nei confronti del terzo, e per le note ragioni di equità e di giustizia, dalla conoscenza che egli avesse dell'insolvenza nel compiere l'atto. [...] Lo stato di insolvenza rende cioè intrinsecamente

Questo "patrimonio concorsuale" coincide solo parzialmente con il novero dei beni che sostanziano la garanzia patrimoniale generica del debitore, quello che, con espressione sintetica, si potrebbe definire il "patrimonio preconcorsuale". Il primo infatti è, a un tempo, più ristretto e più ampio del secondo. È più ristretto perché non include, per esempio, i "beni non compresi nel fallimento" di cui all'art. 46 l.fall., né quei beni che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, scelga di non acquisire all'attivo ai sensi dell'art. 104-*ter*, 8° comma, l.fall. Al contempo, esso è più ampio, perché può comprendere, per esempio, i beni oggetto di atti che sono revocabili solo in caso di insolvenza, quali i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili (cfr. l'art. 2901, 3° comma, c.c. e l'art. 67, 2° comma, l.fall.)²⁵⁴.

Unico connotato imprescindibile del patrimonio concorsuale è, comunque, la descritta destinazione di esso al concorso sostanziale dei creditori. Questa destinazione implica che i creditori chiamati a soddisfarsi sul patrimonio concorsuale, in sé considerati e cioè a prescindere dalle qualità dei rispettivi diritti di credito (prededucibili, prelatizi, chirografari e subordinati), devono tutti sopportare una compressione almeno potenziale delle possibilità di soddisfacimento dei propri crediti. Compressione almeno potenziale che sussiste finché è possibile ripartizione dell'attivo²⁵⁵.

Mi sembra che questo riferimento al patrimonio concorsuale consenta di prescindere da un'elevazione della *par condicio creditorum* a situazione giuridica sostanziale oggetto di autonoma tutela: essa va più correttamente considerata, al massimo, «come un interesse di tipo funzionale» (o «bene intermedio»), riguardante «il *buon andamento* della instaurata procedura fallimentare»²⁵⁶.

revocabili gli atti del debitore, perché la garanzia del creditore è già pregiudicata, e di fronte a questo pregiudizio in atto non si può parlare, per l'imprenditore commerciale, di libera disponibilità dei propri beni, relativamente ai creditori. [...] Né vale obiettare, come si è fatto, che l'insolvenza dell'imprenditore è presa in considerazione dalla legge solo entro certi limiti legali (art. 67), e al di fuori di questi, anche se sussistesse, non opererebbe rispetto alla revoca fallimentare: vi è anzi in ciò, a nostro avviso, un argomento di più a favore della tesi qui sostenuta: in quanto è proprio per la particolare efficacia che l'insolvenza ha rispetto alla disponibilità del debitore che la legge la contiene entro limiti invalicabili» (corsivo aggiunto); sicché, in particolare, revocatoria ordinaria e revocatoria fallimentare, «se si considerano dal punto di vista del presupposto, esse ci appaiono come azioni distinte, perché altro è un'azione che ha il suo fatto costitutivo nel consapevole pregiudizio, altro è un'azione che trovi tale fatto costitutivo nello stato di insolvenza del debitore, e come tale può portare alla revoca di atti che sarebbero con la semplice revocatoria inattaccabili».

²⁵⁴ Con considerazioni analoghe G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 59 ss., p. 71 nota 28, illustra l'appunto per cui «[i]I patrimonio fallimentare non va confuso con il patrimonio del fallito».

²⁵⁵ Coerentemente si sono espresse le Sezioni Unite nel negare che il convenuto in revocatoria possa vincere la presunzione della lesione alla *par condicio creditorum* dimostrando che il corrispettivo dell'atto revocando fu concretamente destinato a un creditore prelatizio: «è solo nella fase finale di riparto dell'attivo, e non anche quindi già anticipatamente nella fase dell'esercizio delle revocatorie, che è possibile verificare se esistano o meno altri creditori privilegiati, di grado poziore o pari rispetto a quello beneficiario del pagamento vietato, e se, in caso affermativo, sia possibile l'integrale soddisfazione di tutti» (Cass. 7028/2006, cit.).

²⁵⁶ S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale*, cit., p. 159. L'autore sottolinea che «[q]uando si afferma, come comunemente avviene, che il delitto di cui all'art. 216, comma 3, l.fall. è posto a tutela del principio della *par condicio creditorum* in sede di riparto dell'attivo, in realtà ci si limita a descrivere, con formula ellittica, la ragione per la quale è vietato

Soprattutto, però, il ricorso a questo schema interpretativo consente di prescindere pure dall'attribuzione della consistenza di *causa petendi* al sopra discusso «interesse patrimoniale dei creditori a mantenere inalterata (quantomeno) la misura della quota percentualmente spettante a ciascuno in sede di riparto»²⁵⁷: operazione a corollario della quale il pregiudizio comune patito dai creditori consisterebbe in una «riduzione (percentuale e) generalizzata dell'aspettativa di soddisfacimento e non "semplicemente" idonea a frustrare singole aspettative»²⁵⁸, ossia – in altri termini – una generalizzata riduzione, rispetto allo scenario controfattuale di mancata verificazione dell'atto dannoso, della percentuale di soddisfacimento dei creditori all'esito del concorso.

Infatti, se questo preteso interesse può per definizione venire in rilievo solo nell'ambito di una procedura concorsuale, sembra tutto sommato arbitrario concepirlo come una situazione giuridica soggettiva passibile di danno risarcibile anziché come la *funzione* impressa dalla legge alla procedura stessa o (se proprio si vuole) come un interesse istituzionale dell'organo preposto alla soddisfazione dei crediti secondo la *par condicio*, ossia il curatore.

Distinguendo poi tra *par condicio creditorum* come "bene intermedio" e il descritto interesse patrimoniale concorsuale come "bene finale" non si risolve, bensì si ridefinisce, il problema: il secondo, infatti, non sembra altro che il primo riguardato *ex latere creditoris*. E il motivo di ciò è evidente: anche all'interno della procedura concorsuale, questo interesse non trova *a priori* una consistenza quantitativamente definita. Non è lecito discorrere di «misura della quota percentualmente spettante a ciascuno in sede di riparto» come se essa potesse definirsi *prima* del compimento dei riparti medesimi: al contrario, non è prima di questo momento²⁶⁰ che questa misura si stabilizza. Se l'interesse dei creditori è riferito a qualcosa che non ha una misura definibile a monte, bensì a valle dell'esercizio delle forme di tutela di questo interesse, si rivela anch'esso come un "interesse di tipo funzionale": per cui si ritorna al problema di partenza.

8.3. Proposta di conciliazione delle sentenze delle Sezioni Unite del 2006 e del 2017.

La prospettiva che così si apre sembra sufficiente per negare che vi sia effettiva contraddizione tra le pronunce delle Sezioni Unite sinora esaminate, in cui è stata rispettivamente negata e affermata la natura di massa dell'azione esercitata dal curatore: le sentenze gemelle del 2006 in tema di concessione

effettuare, prima e al di fuori delle regole concorsuali, pagamenti preferenziali, mentre risulta difficile identificare nel riferimento alla *par condicio* i tratti di un bene giuridico, del quale emerge, casomai, il solo profilo funzionale. [...] Un danno risarcibile [...] presuppone però la lesione di un interesse suscettibile di valutazione economica, che sia direttamente riconducibile alla commissione del fatto preveduto dalla fattispecie incriminatrice»: *ivi*, p. 158. E cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, cit., p. 1048–1049: «l'espressione *par condicio creditorum* viene adoperata impropriamente per indicare le regole sulla collocazione dei crediti».

²⁵⁷ S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale*, cit., p. 159.

²⁵⁸ Ivi, p. 160.

²⁵⁹ Così *ivi*, p. 159.

²⁶⁰ Che, si noti, può risultare anche successivo alla chiusura della procedura, nel caso in cui (come può accadere) si faccia luogo a riparti supplementari dopo di questa.

abusiva di credito²⁶¹, e la sentenza del 2017 in materia di pagamenti preferenziali²⁶².

Adottando lo schema interpretativo qui proposto, queste pronunce si sono infatti misurate con due diversi tipi di azioni di massa: le sentenze del 2006, con un'azione "non concorsuale"; la sentenza del 2017, con un'azione "concorsuale".

Nelle sentenze gemelle, allora, le Sezioni Unite hanno negato che l'azione "non concorsuale" proposta dal curatore potesse qualificarsi come "azione di massa (non concorsuale)". Accantonando l'idea, sopra prospettata²⁶³, di giungere a questo risultato sancendo la tassatività delle azioni recuperatorie esperibili nel fallimento, a tale esito i supremi giudici sono dovuti pervenire affermando che quella particolare azione esperita dal curatore non mirava a reintegrare la *garanzia patrimoniale generica dei creditori*, il "patrimonio preconcorsuale", bensì a un ristoro *diretto* dei singoli creditori. Assimilando, perciò, l'azione in discorso all'azione individuale di responsabilità del socio o del terzo (art. 2395 c.c.)²⁶⁴, che adempie a quest'ultima funzione e perciò, coerentemente, non è esperibile dal curatore.

Al contrario, nella sentenza del 2007 le Sezioni Unite hanno ravvisato, nell'azione proposta dal curatore, una funzione non già di reintegrazione della garanzia patrimoniale generica dei creditori preesistente all'insolvenza, bensì e solo di ricomposizione del patrimonio destinato al concorso dei creditori, il "patrimonio concorsuale", a cui devono essere ricondotti i pagamenti effettuati in via preferenziale a determinati creditori dopo l'insorgere dell'insolvenza.

Non vi è perciò, a ben vedere, alcuna contraddizione rispetto a quella che (mi sembra) è la migliore sintesi fornita sulla caratteristica comune delle azioni esercitate dal curatore nell'interesse dei creditori: il loro «impiego verso la ricostituzione del patrimonio assoggettato, onde riportare questo alla consistenza che esso aveva al tempo della manifestata insolvenza, perché tutti i creditori, nel concorso, siano in grado di esercitarvi le proprie pretese individuali» 265. Ciò anche se, come mi pare, sarebbe più corretto parlare di consistenza che quel patrimonio «avrebbe dovuto» 266 avere, in quanto reintegrabile, da un lato, già prima dell'insolvenza, tramite le "azioni di massa non concorsuali", e, dall'altro, in seguito e in virtù dell'insolvenza, mediante le "azioni di massa concorsuali".

Resta invece fermo che, «come principio ineludibile, il curatore non è affatto chiamato a reintegrare il patrimonio del creditore, o di ciascuno dei singoli creditori, ma solo a restituire integrità al patrimonio assoggettato all'esecuzione collettiva; a nulla valendo, ai fini ricostruttivi che si vanno seguendo, che dunque mediatamente anche i singoli creditori ne resteranno avvantaggiati attraverso i risultati della utile partecipazione ai riparti, perché questo racchiude l'essenza stessa della procedura liquidatoria concorsuale»²⁶⁷.

²⁶³ Vedi *supra* in questo cap. II, § 6.1.2.

²⁶¹ Cass. 7029-7030-7031/2006, citt.

²⁶² Cass. 1641/2017, cit.

²⁶⁴ Vedi R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., pp. 56 s.

²⁶⁵ L.A. Russo, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, cit., p. 619.

²⁶⁶ R. PROVINCIALI, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 588 (corsivo aggiunto).

²⁶⁷ L.A. RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, cit., p. 619.

9. Proposta di definizione delle azioni di massa.

Alla luce di quanto sinora visto, sembra perciò possibile tentare di definire le azioni di (pertinenza della) massa nei termini seguenti.

La definizione delle azioni di pertinenza della massa è funzionale e composita.

Definizione funzionale, perché il dato comune a queste azioni (quello del vantaggio indistinto dei creditori chiamati a soddisfarsi nel fallimento, a prescindere dalle qualità dei loro crediti) è la descrizione di un risultato che si traduce, sul piano degli elementi individuatori della domanda giudiziale, in modi molto vari. Basti pensare a due esempi: le azioni di responsabilità ex art. 146 l.fall., che sono azioni di condanna proposte contro terzi legati al fallito da specifici rapporti di diritto societario e fondate sull'affermata lesione di un diritto; e l'azione revocatoria fallimentare, che è (ritenuta²⁶⁸) azione costitutiva proposta contro un terzo controparte del fallito in determinati atti giuridici e fondata sulla titolarità di un diritto potestativo ad attuazione giudiziaria.

Definizione composita, perché la «reintegrazione del patrimonio del debitore» ²⁶⁹ va intesa, più precisamente, sotto una duplice accezione.

Da un lato, come quella reintegrazione della garanzia patrimoniale generica, che era possibile già prima dell'insolvenza mediante l'esercizio, da parte dei creditori, di azioni recuperatorie individuali. All'interno della procedura concorsuale, il curatore è abilitato ad azioni affini a (ma non coincidenti con), queste ultime, per quanto resti controversa la questione se il loro novero sia o meno delimitato espressamente dalla legge. Esse sono "azioni di massa non concorsuali".

Dall'altro lato, la «reintegrazione del patrimonio del debitore» va intesa non come reintegrazione non già del patrimonio preconcorsuale del debitore come substrato della garanzia patrimoniale generica, bensì come ricomposizione del patrimonio destinato al concorso dei creditori, di cui il patrimonio preconcorsuale del debitore è solo una parte. A questo scopo, il solo curatore è abilitato ad azioni non affini ad azioni recuperatorie individuali, il cui novero non è pacifico ma certamente meno controverso²⁷⁰. Esse sono le "azioni di massa concorsuali".

Due tipologie di azioni esulano dalla categoria di azioni di massa così definita.

In primo luogo, non vi rientrano le azioni che già prima dell'insolvenza potevano essere esercitate dal debitore, e che all'interno della procedura

²⁶⁸ Vedi, per tutte, Cass. 7028/2006, cit.

²⁶⁹ Cass. 7029-7030-7031/2006, citt.

²⁷⁰ Contra, B. INZITARI, *Il curatore* è *legittimato all'azione di responsabilità*, cit., p. 727, secondo il quale «[p]ossono essere definite di massa tutte quelle azioni che non sorgono per effetto dell'insolvenza o quale specifico strumento di realizzazione del concorso fallimentare, ma che sono fatte valere dal curatore quali strumenti di diritto comune e non di diritto speciale fallimentare per la conservazione o la ricostituzione del patrimonio della società fallita». È però evidente che secondo questa lettura non è di massa l'azione revocatoria fallimentare, forse la sola rispetto alla quale tale qualificazione è del tutto pacifica.

concorsuale sono promosse dal curatore – come si è cercato di dimostrare²⁷¹ – quale sostituto processuale del fallito, ai sensi dell'art, 43 l.fall.²⁷².

In secondo luogo, non vi rientrano le azioni che sono sì proponibili *dai creditori*, *prima* della – e, secondo l'orientamento minoritario sopra ricordato²⁷³, *dopo* la – insolvenza, ma *non* realizzano *n*é una reintegrazione del patrimonio preconcorsuale del debitore, *n*é una ricomposizione del patrimonio destinato al concorso dei creditori. Queste azioni, al contrario, comportano a un vantaggio o ristoro *immediato*, ossia prescindente dal concorso sostanziale dei creditori, per il patrimonio del singolo creditore²⁷⁴.

Così stabilito, va ribadito che *diverso* è il problema di *quali* siano le azioni recuperatorie, esperibili prima dell'insolvenza, che formano il modello di omologhe "azioni di massa non concorsuali" promovibili dal curatore. La scelta qui è tra le descritte tesi della tassatività e della non tassatività²⁷⁵. Scelta che, in mancanza di dati normativi decisivi, appare non risolvibile se non sulla base di opzioni di ermeneutica legislativa.

Se si aderisce a un'opzione ermeneutica di stretta interpretazione letterale, sono "azioni di massa non concorsuali", solo l'azione revocatoria ordinaria (art. 66 l.fall.) e quelle tra le azioni di responsabilità dei creditori sociali che la legge attribuisce espressamente al curatore fallimentare, in forza del combinato disposto degli artt. 146 e 156 l.fall. e delle singole disposizioni che tali azioni di responsabilità prevedono (come ad esempio l'art. 2394 c.c., per il quale il riferimento al curatore è esplicitato dall'art. 2394-bis c.c.).

Se si aderisce invece a un'opzione ermeneutica non strettamente letterale, possono essere ritenute "azioni di massa non concorsuali", per esempio, l'azione di nullità, l'azione di simulazione, l'azione di impugnazione di rinunzia all'eredità.

Da un'opzione ermeneutica dipende parimenti la soluzione dell'*affine* problema di *quali* siano le "azioni di massa concorsuali".

Se si predilige una stretta interpretazione letterale, risultano "azioni di massa concorsuali" quelle di cui agli artt. 38, 41, 44, 45, 64–65²⁷⁶, 67–69 e 240 l.fall.

Se si predilige invece una interpretazione funzionale, invece, potrà essere condivisa, per esempio, la qualificazione come azione di massa che le Sezioni Unite hanno fatto dell'azione di risarcimento del danno patito dai creditori sociali per effetto di pagamenti preferenziali compiuti dopo l'insolvenza²⁷⁷; quale azione

²⁷² È del resto dominante la tesi per cui queste azioni non siano azioni di massa: vedi, tra tanti, G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, in *Fall.*, 2009, 774 ss., p. 780. Nel senso che queste azioni non costituiscono azioni di recupero, R. PROVINCIALI, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 566.

²⁷¹ Vedi *supra* in questo cap. II, sez. 4.

²⁷³ Vedi *supra* in questo cap. II, § 6.3.

²⁷⁴ È opinione pacifica che queste azioni non siano azioni di massa: vedi, tra tanti, A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito*, cit., p. 300; M. SPIOTTA, *Limiti alla legittimazione processuale attiva del curatore fallimentare*, cit., p. 458.

²⁷⁵ Vedi *supra* in questo cap. II, §§ 6.1.1 e 6.1.2.

²⁷⁶ Sulle azioni di inefficacia *ex* artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall. vedi, però *infra* in questo cap. II, § 10.2.

²⁷⁷ In termini di azione «fondata esclusivamente dalla legge fallimentare e dall'art. 185 c.p., e non preesistente al fallimento se non come somma di una serie di azioni individuali dei creditori» si esprime N. DE LUCA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità*. *Spunti di riflessione*, in *Fall.*, 2018, 945 ss., p. 950.

il cui accoglimento nel merito – come ribadito dalla corte di legittimità²⁷⁸ – prescinde non solo dalla revocabilità dei pagamenti²⁷⁹, ma anche e soprattutto dall'emissione di una sentenza penale di condanna per il reato di cui all'art. 216, 3° comma, I.fall.²⁸⁰.

Chiarito così il rapporto tra le «azioni di pertinenza della massa» di cui all'art. 124 l.fall. e le «controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento» di cui all'art. 43 l.fall., restano da delineare i rapporti tra le azioni di massa e le azioni che derivano dal fallimento (art. 24 l.fall.), nonché tra le azioni di massa e le «azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie» di cui all'art. 104-*ter* l.fall.

Alla luce delle definizioni appena proposte, e del ragionamento sin qui svolto, la categoria delle "azioni di massa" e quella delle "azioni che derivano dal fallimento" coincidono. Diversa conclusione si potrebbe raggiungere solo affermando che, rispetto ad alcune almeno delle "azioni di massa non concorsuali", il curatore agisce quale sostituto processuale di uno o più creditori: in ossequio a questa ricostruzione (qui ritenuta non convincente²⁸¹) parrebbero "azioni di massa", ma non "azioni che derivano dal fallimento", in particolare, le azioni di nullità con titolo anteriore alla dichiarazione di insolvenza.

Infine, il novero delle "azioni di massa" si dimostra più ampio di quello delle «azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie» ex art. 104-ter I.fall.. Secondo la ricostruzione qui svolta, sono sempre azioni di massa le azioni revocatorie. Sono poi azioni di massa le azioni recuperatorie che si ritengano attribuite all'esercizio da parte del curatore, secondo la più volte ricordata scelta nel senso del "numero chiuso" o del "numero aperto" – dunque, rispettivamente, alcune soltanto o tutte le azioni recuperatorie. Infine, sono azioni di massa soltanto alcune azioni risarcitorie: quelle "concorsuali" e, inoltre, quelle "non concorsuali" che al di fuori della procedura concorsuale si ritengano esercitate dai creditori iure proprio; non anche, tuttavia, le azioni risarcitorie proprie del debitore (ed eventualmente esercitate, in via surrogatoria, dai creditori di quest'ultimo), rispetto alle quali ricorre l'applicazione dell'art. 43 I.fall.

Quanto, infine, al rapporto tra le «azioni di pertinenza della massa» di cui all'art. 124 l.fall. e le «azioni revocatorie concorsuali» di cui all'art. 106 l.fall., è opportuno rinviare all'indagine specifica svolta sul fenomeno della cessione c.d. autonoma delle azioni di massa nel fallimento²⁸².

²⁷⁸ Cass. 1641/2017, cit.

²⁷⁹ Concorde N. DE LUCA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità*, cit., pp. 953 s. Sul progressivo restringimento dell'«area di sovrapposizione» tra pagamenti revocabili e pagamenti potenzialmente rilevanti per la configurazione del delitto di bancarotta preferenziale vedi S. FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale*, cit., p. 158.

²⁸⁰ Non si dimentichi però l'efficacia di giudicato che, nel giudizio civile, ha la sentenza penale di assoluzione nel caso disciplinato dall'art. 652 c.p.p. Sui rapporti tra processo penale e azione civile nel caso che ci occupa, vedi N. DE LUCA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità*, cit., pp. 950 ss.

²⁸¹ Vedi *supra* in questo cap. II, § 6.3.1.

²⁸² Vedi cap. IV, § 3.1.

10. Discussione di alcuni casi specifici.

10.1. Azioni di accertamento o di condanna per crediti del fallito e relative azioni esecutive.

Tra i più intuitivi corollari della ricostruzione qui proposta è la non riconducibilità alle azioni di pertinenza della massa delle azioni di accertamento o di condanna esperite dal curatore per l'adempimento di crediti del fallito, nonché delle relative azioni esecutive²⁸³.

10.2. Azioni di inefficacia ex artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall.

L'ormai pressoché pacifica qualificazione come azioni di mero accertamento delle azioni di inefficacia fondate sugli artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall. ha fatto dubitare che esse possano annoverarsi tra le azioni di massa cedibili²⁸⁴.

Presso quegli autori che si sono interrogati sulla questione, è infatti diffusa la conclusione che, trattandosi in questi casi della produzione di un'inefficacia ex *lege*, le azioni passino all'assuntore del concordato fallimentare in virtù del trasferimento dei beni su cui detta inefficacia ridonda e che fanno perciò parte del patrimonio fallimentare²⁸⁵. Lo stesso ha ritenuto la giurisprudenza, in

²⁸³ Così, in dottrina, F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, in *Fall.*, 2008, 1121 ss., p. 1125; G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 780; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 392 s. Non si può perciò condividere l'equiparazione, affermata da Cass., 20 marzo 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, 559, tra la cessione all'assuntore di un'azione revocatoria e quella dell'azione sociale di condanna esperita dal curatore contro i soci per il versamento di conferimenti ancora dovuti. Concorde la giurisprudenza: per riferimenti vedi M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 392 nota 33.

²⁸⁴ In senso affermativo, però, consistente dottrina posteriore alla riforma organica: vedi, per esempio, G. Tarzia, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2008, 861 ss., p. 864; G. Trisorio Liuzzi, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 779; C. Scribano, *La cessione delle azioni di massa*, in P.G. Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 21 ss., p. 33.

²⁸⁵ Così R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 1672; F. Ferrara, *II* fallimento, cit., p. 583, secondo cui la limitazione di cedibilità alle azioni già proposte (ex art. 124. 2° comma, I.fall. previgente) «vale solo per le azioni revocatorie, non anche per le azioni dirette a far valere l'inefficacia ex art. 44 l. fall. nonché ex art. 64 l. fall. I beni che i conseguenza della inefficacia ex lege fanno parte del patrimonio fallimentare, rientrano necessariamente nell'oggetto della cessione all'assuntore»; V. Di CATALDO, Il concordato fallimentare con assunzione, Milano, Giuffrè, 1976, p. 65 [«Non credo che si possa, in generale (e neanche con apposita clausola) legittimare l'assuntore all'azione; mentre invece si deve ammettere, a mio parere, la legittimazione illimitata per la dichiarazione di inefficacia di atti ad oggetto beni o diritti "acquisiti" dal curatore del fallimento e quindi ricompresi nella cessione all'assuntore»]; G. SCHIAVON, II concordato con assunzione, in Fall., 1989, 153 ss., p. 160 («l'inefficacia ex lege prevista dagli artt. 64 e 65 legge fallimentare, se già fatta valere dal curatore, è definitivamente acquisita dall'assuntore, indipendentemente dalla cessione o meno delle revocatorie»); G. LO CASCIO, Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione, in Giust. civ., 1999, I, 736 ss., p. 739 («È chiaro [] che trattandosi di inefficacia ex lege, tali azioni facciano parte del patrimonio del debitore e debbano, perciò, formare necessariamente oggetto della cessione del patrimonio all'assuntore, a prescindere da qualsiasi specifica pattuizione»); G. RAGO, Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza, 2° ed., Padova, CEDAM, 2006, p. 856.

particolare escludendo espressamente che osti all'esercizio dell'azione da parte dell'assuntore la circostanza che essa non sia già stata proposta dal curatore²⁸⁶.

La soluzione raggiunta dalla giurisprudenza non sembra, di primo acchito, deprecabile. Per giustificare dal punto di vista dogmatico questa ricostruzione, però, evidentemente occorre che il particolare fenomeno di cessione in esame venga concepito come successione del cessionario nella situazione giuridica sostanziale del bene per come essa si atteggia nei confronti della massa fallimentare, e non del fallito.

Più precisamente, questo orientamento suppone che il cessionario del bene goda automaticamente della stessa inefficacia relativa *ex lege* di cui la legge beneficia la massa fallimentare.

Invero, nei rapporti tra il fallito e i terzi estranei alla procedura l'atto conserva la sua validità ed efficacia. È solo in quanto si sia aperta la procedura concorsuale che i beni vengono «acquisiti al patrimonio del fallimento» (art. 64, 2° comma, I.fall.; e vedi art. 44, 3° comma, I.fall.). Solo in alcuni casi si tratta di beni che *rispetto al fallito* sono nella sua giuridica disponibilità; ma in tutti i casi siamo davanti a beni che *rispetto alla massa* sono, oppure *devono ritenersi*, nella giuridica disponibilità del fallito (perché vi sono pervenuti o *devono ritenersi* non esserne mai usciti). In questo senso, cedendo il bene la massa determina la successione del cessionario in una situazione giuridica sostanziale che in taluni casi esiste solo nei confronti di essa massa, e del cessionario come avente causa.

Quest'ultima conclusione non vale, naturalmente, nel caso di pagamenti ricevuti dal fallito o di altre utilità da egli conseguite nel corso della procedura in conseguenza di atti inefficaci rispetto alla massa (art. 44, 2° e 3° comma, I.fall.). In questi casi il curatore dispone dei beni in quanto essi sono effettivamente di proprietà del debitore fallito, e semplicemente vengono acquisiti al patrimonio fallimentare (al netto delle passività incontrate per il loro acquisto e la loro conservazione: art. 42, 2° comma, I.fall.) successivamente alla dichiarazione di fallimento. Parlare di successione in una situazione giuridica relativa alla massa non è qui di alcuna utilità, perché tale situazione giuridica altro non è che la stessa titolarità del bene in capo al debitore.

Diversamente, negli altri casi di cui agli artt. 44, 45, 64 e 65 l.fall. si è di fronte a beni che solo nei confronti della massa risultano nella giuridica disponibilità del fallito. Ecco allora che il cessionario, nei confronti del terzo che si affermi vero proprietario del bene, quando oppone il proprio diritto fondato sulla fattispecie traslativa (concordato o vendita forzata), a ben vedere invoca un diritto esistente se e in quanto l'atto cui il bene era riferito era effettivamente inefficace

66

²⁸⁶ Vedi Cass., 13 ottobre 1970, n. 1979, in *Dir. fall.*, 1971, II, 38, secondo cui l'azione ex art. 44 l.fall. può essere promossa dall'assuntore del concordato anche se essa non era stata proposta dal curatore, giacché l'assuntore succede alla massa e «la limitazione [...] ai sensi dell'art. 124 legge fall. riguarda unicamente le azioni revocatorie [...], ma non concerne anche l'azione di cui all'art. 44»; analogamente, rispetto all'azione ex art. 64 l.fall., Cass., 30 luglio 1984, n. 4535, in *Dir. fall.*, 1984, II, 957. *Contra*, V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 62–63, ad avviso del quale «dovrebbe affermarsi che l'assuntore potrà giovarsi delle inefficacie che il curatore abbia già fatto valere, mentre non potrà invocare quelle che siano sfuggite al curatore»; ritenendo, peraltro che tale condizione fosse soddisfatta laddove il curatore avesse vantato tale inefficacia almeno in via stragiudiziale (con discussione del grave interrogativo di stabilire in quali casi ciò possa dirsi essere avvenuto: vedi *ivi*, pp. 63 ss.).

nei confronti della massa fallimentare ai sensi dell'art. 44, 45, 64, o 65 l.fall. In tale contesto, detta efficacia ha perciò rilevanza come questione pregiudiziale di merito.

Sembra allora corretto che di cessione di una di queste azioni, in generale, non occorra discorrere. L'inefficacia relativa, in quanto effetto *ex lege*, non coincide, bensì è presupposto sostanziale dell'unico diritto in cui il terzo tipicamente avrà interesse a succedere: quello descritto sopra, che è pur sempre diritto sul bene. Una cessione della sola azione di inefficacia senza contestuale cessione del bene non avrà tipicamente la minima utilità per il cessionario, perché mancando la seconda fattispecie traslativa l'*unico* risultato dell'operazione sarebbe l'inefficacia nei propri confronti di un determinato atto.

In verità, si potrebbe astrattamente ipotizzare che in alcuni casi una simile e peculiare cessione possa rivestire una certa utilità per il cessionario. Si pensi, per fare un esempio, a un cessionario che – successivamente alla dichiarazione di fallimento – abbia assunto una certa obbligazione nei confronti del fallito, in cambio di un corrispettivo alquanto inferiore alle prestazioni dovute. Perché non ipotizzare che questo soggetto intenda farsi cedere anche un'azione di inefficacia ex art. 44 l.fall., per fare dichiarare l'inefficacia nei propri confronti dell'atto di assunzione dell'obbligazione e così, per tale via, liberarsi da essa?

Questo esempio ipotetico, e la minaccia che esso adombra per la certezza dei traffici giuridici, induce a soffermarci sulla natura dell'inefficacia relativa in relazione al cessionario. Sappiamo che dell'inefficacia relativa beneficia certamente la massa fallimentare, e il cessionario quale avente causa di essa. Ciò non sembra però implicare automaticamente che il cessionario benefici dell'inefficacia relativa nei propri confronti. Quanto rileva è l'inefficacia relativa nei confronti della massa, che è dunque necessario, ma anche sufficiente presupposto della situazione giuridica in cui succede il cessionario del bene. Sicché, in definitiva, appare senz'altro preferibile la conclusione per cui non è concepibile un'autonoma cessione dell'azione di inefficacia.

Al contempo, però, va osservato che quanto detto sinora *non* implica che le azioni ex artt. 44, 45, 64, e 65 l.fall. non siano azioni di pertinenza della massa; anzi, del contrario non è dato motivo di dubitare. Piuttosto, si è qui cercato di illustrare perché di queste particolari azioni di massa non sembri in concreto predicabile la *cedibilità*.

10.3. Azioni di simulazione.

È diffusa in dottrina l'opinione che l'azione di simulazione (relativa o assoluta) di un contratto stipulato dal debitore poi fallito sia un'azione di massa²⁸⁷.

Dal suo canto, la giurisprudenza prevalente include questa azione nel novero di quelle che derivano dal fallimento perché «destinate, comunque, ad

²⁸⁷ Così, tra gli altri, C. SCRIBANO, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 33; S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in G. Fauceglia e L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1371 ss., p. 1423; G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 776; R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., pp. 133 s.; D. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"*, cit., p. 53; A. BASSI, *La azione di simulazione nel codice antimafia e nelle procedure concorsuali*, in Mario Campobasso *et al.* (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, III, Torino, UTET Giuridica, 2014, 2523 ss., pp. 2352 s.

incidere sulla procedura concorsuale, e tali, pertanto, da doversi dirimere necessariamente in seno alla procedura stessa, onde assicurarne l'unità e garantire la *par condicio creditorum*»²⁸⁸. Questa conclusione non è d'altronde contrastata dagli autori secondo cui i caratteri dell'azione non risultano alterati per il solo fatto di essere promossa dal curatore²⁸⁹.

Il problema evidentemente si intreccia con quello della posizione processuale del curatore nei giudizi di simulazione, che come noto ha importanti risvolti sul piano probatorio. Ai sensi dell'art. 1417 c.c., la prova per testimoni (o per presunzioni semplici: art. 2729, 2° comma, c.c.) della simulazione è ammissibile senza limiti se la domanda è proposta «da creditori o da terzi»; è invece ammissibile solo in quanto «diretta a far valere l'illecità del contratto dissimulato», se la domanda è proposta da una da una parte del contratto. Inoltre, solo l'attore che sia «terz[o]» può avvantaggiarsi del principio di inopponibilità della data della scrittura privata, ai sensi dell'art. 2704 c.c.

L'orientamento oggi prevalente in materia della Corte di Cassazione si può così riassumere: l'azione di simulazione, «in quanto strumentale all'esercizio di azioni esecutive, dopo la dichiarazione di fallimento può essere iniziata o proseguita soltanto dal curatore»; il curatore, «nel giudizio in cui esercita l'azione di simulazione compresa nel patrimonio del contraente poi fallito, cumula la legittimazione già spettante al fallito con quella già spettante ai creditori»; e «[d]a ciò consegue che lo stesso curatore, esercitando le azioni dei creditori ed agendo sicuramente come terzo, con ogni conseguenza riconnessa dalla legge a tale posizione di terzietà, sta in giudizio anche al posto del fallito»; ciò «per un interesse comune a entrambi, ma quale organo imparziale, senza rappresentare o sostituire né gli uni né l'altro, per la conservazione o l'incremento dell'attivo fallimentare»²⁹⁰.

²⁸⁸ Cass., 20 luglio 2004, n. 13496, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Fallimento*, n. 297. Così già Cass., 2 agosto 2002, n. 11637, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2004, II, 41, con nota di A. ORLANDO, *Controversie escluse dalla competenza delle sezioni specializzate agrarie*; App. Roma, 22 marzo 1997, in *Dir. fall.*, II, 531, con nota di D. DI GRAVIO, *Azioni personali ed azioni reali immobiliari nella competenza fallimentare*; Trib. Torino, 25 luglio 1990, in *Giur. it.*, 1991, I-2, 520, con nota di S. SANZO, *Azione di simulazione proposta dal curatore fallimentare: nullità della citazione, opponibilità delle eccezioni nascenti dal contratto, competenza del tribunale fallimentare, legittimazione attiva ed interesse ad agire.*

²⁸⁹ In questo senso, F. ABATE, *Gli organi delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 1999, p. 42; F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1125; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 399 s.

²⁹⁰ Cass., 15 gennaio 2003, n. 508, in *Fall.*, 2003, 1075, con nota di V. Zanichelli, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, e in *Giur. it.*, 2003, 941, con nota di M. Spiotta, *La posizione del curatore fallimentare nel giudizio di simulazione* (corsivo aggiunto). In questo senso, in seguito, Cass., 13 maggio 2009, n. 11144, in *Fall.*, 2010, 166, con nota di M. Costanza, *La quietanza fra confessione e simulazione*; Cass., 9 luglio 2005, n. 14481, in *Dir. fall.*, 2007, II, 362, con nota di L. De Stefano, *Simulazione e valore probatorio della quietanza*, e in *Fall.*, 2006, 141, con nota di A. Zorzi, *Opponibilità al fallimento in revocatoria dei patti di vendita simulati e oneri probatori sulla curatela*; nella giurisprudenza di merito, recentemente, Trib. Catania, 14 febbraio 2020, inedita. Nello stesso senso, tra tante, già Cass., 17 novembre 2000, n. 14895, in *Contratti*, 2001, 552, con nota di M.C. Bruno, *Il curatore fallimentare e la prova della simulazione*; Cass., 11 ottobre 1999, n. 11361, in *Giur. it.*, 2000, 2282, con nota di C. Consolo, *Oscillazioni "operazionali" sul litisconsorzio necessario da incertezza sulle fattispecie rilevanti (che può riguardare anche l'azione revocatoria*); Cass., 11 novembre 1991, n. 12033, in *Dir. fall.*, 1992, II, 491, con nota di G. Ragusa Maggiore, *Sommesso dubbio sulla posizione del curatore*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 24 settembre 1998, in *Fall.*, 1999, 1028,

Queste affermazioni, in sé certo non limpide²⁹¹, si rivelano particolarmente insoddisfacenti nella prospettiva della cedibilità delle azioni di simulazione, che proprio alla luce della diversità di trattamento probatorio «pone l'esigenza di individuare la derivazione dei diritti del terzo dal fallito o dai creditori»²⁹².

In effetti, uno sguardo più attento alla giurisprudenza e ad alcuni spunti dottrinali induce a chiedersi se proprio di derivazione dai creditori si possa parlare.

Il problema che si prospetta si incentra sulla considerazione della Suprema Corte per cui il curatore esercita «le azioni dei creditori», «agendo sicuramente come terzo», ma senza sostituire essi creditori.

In realtà, una ricostruzione dogmaticamente lineare dello scenario così prospettato ha fatto più volte capolino in dottrina.

Si tratta, precisamente, di un'applicazione della tesi qui difesa per cui, al di fuori dell'art. 43 l.fall., il curatore esercita diritti d'azione propri, che possono essere o del tutto nuovi (perché disponibili esclusivamente al curatore, e solo in caso d'insolvenza) o modellati su quelli che i creditori vantano all'esterno della procedura concorsuale.

Ecco, allora, che «[s]i potrebbe dire che il curatore è titolare *iure proprio* di diritti ed azioni ed è quindi legittimato, come tale, al loro esercizio, senza necessità di sostituirsi ad altri (sia esso il fallito o i creditori)»²⁹³; che se «tra i "terzi" la giurisprudenza include anche il curatore, titolato a far valere la simulazione nei confronti del fallito simulato alienante, senza necessità che si ipotizzi un subentro nella posizione processuale dei creditori [...], l'azione di simulazione esercitata dal curatore potrebbe addirittura leggersi quale azione che nasce dal fallimento»²⁹⁴; e che, così ritenendo, «*a latere* dell'azione di simulazione deve riconoscersi piena legittimità e configurabilità ad una azione di simulazione fallimentare»²⁹⁵. Azione che «è diversa da quelle proponibili, o proposte, dai singoli creditori»²⁹⁶, perché «esercita i suoi effetti nei confronti dell'intera [massa] creditoria»²⁹⁷ o – *recte* – nei confronti dell'ufficio fallimentare.

In base a questa ricostruzione, l'ufficio fallimentare personificato dal curatore, quando agisce in nome proprio, fa valere un diritto proprio, e non dei creditori quali singoli, massa o collettività²⁹⁸, il giudicato sul quale è destinato a prodursi nei confronti di esso ufficio fallimentare (che si avvantaggerà dell'eventuale giudicato favorevole ai fini dell'apprensione, liquidazione e ripartizione dell'attivo). Il curatore potrà poi esercitare utilmente ex art. 43 l.fall. anche l'azione di simulazione già spettante al debitore fallito (art. 1414, 1° e 2°

con nota di G. MINUTOLI, *Problematiche in tema di posizione del curatore contro gli atti simulati del fallito*.

²⁹¹ C. TRENTINI, *Ipotesi di conflitto tra massa dei creditori e terzi*, cit., p. 48 descrive questa impostazione della giurisprudenza come un «singolare fenomeno di ermafroditismo giuridico».

²⁹² V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 43 nota 11.

²⁹³ M. SPIOTTA, La posizione del curatore fallimentare nel giudizio di simulazione, cit., p. 942.

²⁹⁴ I. PAGNI, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, cit., p. 1042 nota 25.

²⁹⁵ R. Provinciali, *Le "azioni di ricupero" nel fallimento*, cit., p. 569.

²⁹⁶ *Ivi*, p. 561.

²⁹⁷ Ivi, p. 573.

²⁹⁸ Contra, tra gli altri, V. ANDRIOLI, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 1144 ss. (già in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, Giuffrè, 1951, 443 ss.), p. 1159 nota 11, per il quale il curatore «esercit[a] l'azione del creditore».

comma, I.fall.) e "trovata" nel patrimonio di questi alla data della dichiarazione di fallimento, purché affermi che rispetto ad essa il titolare del diritto sostanziale dedotto è il fallito. Si tratterebbe perciò di due distinte azioni, esercitabili dall'ufficio fallimentare in forza di legittimazione ad agire nell'un caso ordinaria, nell'altro straordinaria.

In quest'ottica, si dovrebbe convenire con la Suprema Corte sul fatto che il curatore in un giudizio di simulazione non sostituisce i creditori del fallito. Si dovrebbe però dissentire quanto all'affermazione che il curatore non sostituisce il fallito, e che quindi automaticamente il curatore «esercitando le azioni dei creditori [...] st[i]a in giudizio anche al posto del fallito», nel senso che «esercita (e consuma) anche l'azione della quale era titolare il fallito» possa opporre alla controparte simulata il giudicato formatosi nel giudizio di simulazione promosso dal curatore 300.

Non persuasiva dovrebbe poi ritenersi la considerazione secondo cui il curatore, «nel giudizio in cui esercita l'azione di simulazione compresa nel patrimonio del contraente poi fallito, cumula la legittimazione già spettante al fallito con quella già spettante ai creditori». Se pare certo che questo cumulo non possa concepirsi come il risultato di una mutazione, determinata dalla dichiarazione di fallimento, dell'azione di simulazione già spettante al fallito, potrebbe apparire più soddisfacente qualificare questa affermazione nei seguenti termini: nel giudizio in cui, oltre ad esercitare la propria azione di simulazione nell'interesse dei creditori, il curatore esercita l'azione di simulazione compresa nel patrimonio del fallito (affermando la titolarità del relativo diritto in capo al quest'ultimo), il curatore cumula due azioni per cui il giudicato sostanziale si produce, quanto all'una, nei confronti dell'ufficio fallimentare, e, quanto all'altra, nei confronti del fallito.

L'azione di simulazione esercitata dal curatore *iure proprio* sarebbe allora azione di massa (in particolare "azione di massa non concorsuale" nel significato sopra descritto), nonché azione che deriva dal fallimento come ritenuto dalla prevalente giurisprudenza.

Invece, l'azione di simulazione esercitata dal curatore *utendo iuribus* del fallito *non* si qualificherebbe come azione di massa.

Corrispondentemente, la risalente affermazione giurisprudenziale per cui l'assuntore del concordato fallimentare, oltre ai beni del patrimonio fallimentare, rileva l'azione di simulazione³⁰¹, ritenuta possibile prima del 2006 solo a condizione di una «interpretazione decisamente estensiva dell'art. 124 l.fall.»³⁰², potrebbe essere qualificata in questi termini: salvo patto contrario, assieme al

²⁹⁹ D'altronde, che l'impostazione della Suprema Corte in fondo ben poco si curi della posizione del fallito sembra indizio la constatazione per cui «[i]l cumulo delle due posizioni, peraltro, ha rilievo soltanto nei confronti delle altre parti dell'atto impugnato, al fine di qualificare il curatore come terzo, per determinarne la posizione nel processo, e non anche nei confronti del fallito»; al punto che «nessun conflitto di interessi giuridicamente protetti può astrattamente essere configurato tra i creditori ed il fallito»: Cass. 508/2003, cit.

³⁰⁰ Nel senso criticato nel testo, Cass., 23 febbraio 1985, n. 1619, in *Giur. comm.*, 1985, II, 732. Nel senso qui sostenuto, invece, Cass., 9 luglio 1965, n. 1432, in *Foro it.*, 1966, I, 502, approvata da F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 562 nota 34.

³⁰¹ Così Cass., 6 agosto 1965, n. 1895, in *Dir. fall.*, 1965, II, 664.

³⁰² M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 400 nota 55.

rapporto giuridico simulato presente nel patrimonio fallimentare passerà automaticamente all'assuntore l'azione di simulazione quale spettante al debitore fallito³⁰³; invece l'azione di simulazione esercitata *iure proprio* dal curatore, con le relative (e preziose) agevolazioni probatorie, potrà essere trasferita all'assuntore solo soddisfacendo i requisiti dettati dalla legge (in particolare, dall'art. 124, 4° comma, I.fall.) per la cessione di azioni di pertinenza della massa.

Pure limitatamente all'azione spettante al fallito si potrebbe agevolmente concordare con quegli autori che la ritengono sottratta alla *vis attractiva* del tribunale fallimentare³⁰⁴.

In ogni caso, anche qui distinta è la questione se l'esercizio dell'azione (di massa) di simulazione da parte del curatore precluda ai singoli creditori l'esercizio delle proprie azioni di simulazione individuali.

10.4. Azioni di responsabilità.

È forse rispetto alle azioni di responsabilità che si riscontrano più manifestamente le difficoltà connesse alla qualificazione come azioni di massa. Qualificazione decisiva, se è proprio la qualità di azione di massa a circoscrivere, in sinergia con le azioni oggetto dell'art. 43 l.fall., la legittimazione del curatore ad agire in responsabilità verso terzi³⁰⁵.

La confusione deriva dalla circostanza che, in tale campo, alla già problematica definizione delle azioni di massa si assomma la congerie di problemi interpretativi sollevata non solo dalla grande varietà di azioni di responsabilità oggi previste dalla legge, ma anche e forse soprattutto dall'insoddisfacente coordinamento tra norme di diritto societario e di diritto fallimentare.

Sembra perciò più che mai opportuno procedere per gradi.

Si può dare avvio all'indagine circoscrivendo alcuni assunti su cui vi è concordia nella maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, e che voler rimettere in discussione non sarebbe di alcun vantaggio per gli scopi e i risultati di questo lavoro.

³⁰³ Così anche G. TARZIA, *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Milano, IPSOA, 2003, p. 153, il quale argomenta che il trasferimento dell'azione di simulazione «non ha a che vedere con l'eventuale patto di cessione delle revocatorie, ma piuttosto con il trasferimento del patrimonio».

³⁰⁴ In questo senso, F. DE SANTIS, *Il tribunale fallimentare*, in A. Jorio, B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, Giuffrè, 2014, 623 ss., pp. 688 s.; S. SANZO, *Azione di simulazione proposta dal curatore fallimentare*, cit., p. 522 s. Secondo F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 247, nel caso dell'azione di simulazione «[I]a *vis attractiva* opera solo per le cause da iniziare, non per quelle già iniziate»; in questo senso, Cass., 4 marzo 1959, n. 614, in *Dir. fall.*, 1959, II, 336.

³⁰⁵ Nel senso che le azioni di responsabilità spettanti al curatore «sono tutte quelle – ma solamente quelle – o che fanno capo alla stessa società fallita, onde la legittimazione del medesimo curatore ad esercitarle si ricollega alla sua stessa funzione di gestore del patrimonio del fallito, o che sono qualificabili come azioni di massa, perché così il legislatore le ha espressamente considerate in quanto destinate ad incrementare la massa dei beni sui quali i creditori ammessi al passivo possono soddisfare le proprie ragioni secondo le regole del concorso», Cass., 3 giugno 2010, n. 13465, in *Corr. giur.*, 2011, II, 215, con nota di A. VILLA, Mala gestio *degli amministratori consortili e azioni del curatore*, e in *Dir. fall.*, 2012, II, 321, con nota di G. FAUCEGLIA, *Osservazioni sulle azioni di responsabilità nelle società consortili*.

Il primo assunto in questi termini condivisibile è quello per cui l'art. 146, 2° comma, I.fall. fa riferimento esclusivo ad azioni di responsabilità già disciplinate da altre disposizioni normative.

Bisogna però intendersi sul preciso significato di questa affermazione. Essa di per sé non impone di stabilire se tale disposizione serva ad attribuire al curatore la legittimazione ad agire per azioni di responsabilità già altrove disciplinate³⁰⁶, o se invece (più modestamente) essa sia meramente ricognitiva di ipotesi di legittimazione ad agire del curatore già altrove sancite³⁰⁷.

Essa, altresì, non impone di ritenere che le azioni di responsabilità esercitate dal curatore siano, quanto a *causa petendi* e *petitum*, identiche a quelle già disciplinate da altre norme.

Piuttosto, questa affermazione va condivisa quale negazione del potere del curatore di esercitare azioni la cui *causa petendi* e *petitum* sia data esclusivamente nello stesso art. 146, 2° comma, I.fall. e non – in qualche modo – in altre disposizioni di legge. Si vuole in altri termini dire che l'art. 146, 2° comma, I.fall. non è capace, di per sé solo considerato, di attribuire al curatore la titolarità sostanziale di autonomi diritti risarcitori³⁰⁸.

Il secondo assunto qui condiviso attiene al novero delle azioni di responsabilità cui pacificamente si ritiene faccia o non faccia riferimento l'art. 146, 2° comma, I.fall., nonostante la sua formulazione infelicemente ellittica.

Prendendo in considerazione le società di capitali³⁰⁹, le azioni cui pacificamente si ritiene faccia riferimento l'art. 146, 2° comma, l.fall. comprendono: (a) l'azione di responsabilità verso la società contro gli amministratori di società per azioni³¹⁰ (artt. 2393, 2393-bis e 2394-bis c.c.); (b) l'azione di responsabilità verso i creditori sociali contro gli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2394-bis c.c.) e di società a responsabilità limitata (artt. 2476, 6° comma, e 2394-bis c.c.); (c) le azioni, corrispondenti in quanto compatibili a quelle sub (a) e (b), esercitate contro direttori generali (art. 2396

³⁰⁶ Così, per esempio, F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., p. 8; M. Lupoi, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione*, in Luigi Balestra (a cura di), *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2016, 335 ss., p. 338; L. Abete, *Azione di responsabilità contro amministratori e membri di organi di controllo*, cit., p. 1499; L. Abete, *Il ceto creditorio e la dimensione istituzionale della S.r.l.: riflessi sull'azione dei creditori sociali e sulla legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2013, 348 ss., p. 355. La pronuncia giurisprudenziale di riferimento è Cass., SS.UU., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768, con note di F. Bonelli, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. e Art. 146² I. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite.*

³⁰⁷ Così M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali*, cit., p. 128, il quale osserva che «[a]Itrimenti non vi sarebbero argomenti per assumere che al curatore non spetti anche l'azione di cui all'art. 2395 c.c., se non quelli di carattere sistematico secondo i quali il curatore non potrebbe far valere diritti individuali del socio o del terzo».

³⁰⁸ Così F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 8 s.

³⁰⁹ Sul dato empirico del rilievo marginale delle azioni di responsabilità nelle società di persone, vedi F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., p. 5 nota 11.

³¹⁰ Ai sensi degli artt. 2454, 2519 e 2547 c.c. la disciplina delle azioni di responsabilità dettata per le società per azioni vale, in quanto compatibile, anche per le società in accomandita per azioni, le società cooperative e le mutue assicuratrici, tranne nel caso di cui all'art. 2519, 2° comma, c.c., in cui troverà invece applicazione la disciplina dettata per le società a responsabilità limitata.

c.c.), sindaci (art. 2407 c.c.), componenti del consiglio di gestione (artt. 2409-decies e 2409-undecies, 1° comma, c.c., e art. 223-septies, 1° comma, disp. att. c.c.), componenti del consiglio di sorveglianza (art. 223-septies, 1° comma, disp. att. c.c.), componenti del comitato per il controllo sulla gestione (art. 223-septies, 1° comma, disp. att. c.c.) e liquidatori (art. 2489, 2° comma, c.c.) di società per azioni; (d) l'azione di responsabilità contro i soci di società a responsabilità limitata che siano solidalmente responsabili con gli amministratori di questa per aver «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» [art. 2476, 8° comma³¹¹, c.c. e art. 146, 2° comma, lett. b), l.fall.]; (e) l'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali di società soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento contro la società o l'ente che esercita detta attività (art. 2497, 4° comma, c.c.)³¹².

È certo che, rispetto alle azioni *sub* (a) e (b), la qualificazione come azione di massa sta alla congiunzione di gravi e annosi nodi interpretativi circa la natura di queste azioni, e dipende dalla soluzione di questi.

Se questo è vero, un poco sbrigativo risulta affermare che «l'azione di responsabilità nei confronti degli organi della società [...] coincid[e] [...] con quella preesistente alla dichiarazione di fallimento» e che «semplicemente, dopo il fallimento essa spetta in via esclusiva alla curatela, che è legittimata ad esperire sia l'azione sociale sia l'azione spettante ai creditori sociali»³¹³. È facile avvedersi, infatti, che discorrere dapprima di una «azione di responsabilità» singolare, e quindi (parrebbe) di due distinte azioni non aiuta a chiarire il complesso rapporto tra gli artt. 2393, 2394, 2394-bis c.c. e 146 l.fall.

Varie sono infatti le opzioni interpretative possibili al riguardo.

Una prima possibilità è ritenere che l'art. 2394 non esprima altro che una speciale legittimazione surrogatoria dei creditori sociali all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.. Legittimazione surrogatoria speciale, appunto, perché tale da: prescindere dall'inerzia della società (cfr. art. 2900 c.c.); circoscrivere causa petendi e petitum dell'azione, parametrati entrambi a una inosservanza degli «obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale» (art. 2394, 1° comma, c.c.); potersi dispiegare solo se (condizione di decidibilità della causa nel merito) e nella misura in cui (limite superiore al danno risarcibile) «il patrimonio sociale [sia] risult[ato] insufficiente al soddisfacimento dei [] crediti» sociali (art. 2394, 2° comma, c.c.); essere decidibile nel merito nonostante l'avvenuta rinuncia all'azione da parte della società (art. 2394, 3° comma, c.c.); essere decidibile nel merito nonostante l'avvenuta transazione tra società e amministratori, sempreché questa sia stata vittoriosamente impugnata dagli stessi creditori sociali mediante «l'azione revocatoria» (art. 2394, 4° comma, c.c.).

³¹¹ L'art. 146, 2° comma, lett. b), l.fall. fa ancora riferimento all'«articolo 2476, comma settimo, del codice civile»: com'è evidente, si tratta di un difetto di coordinamento rispetto all'aggiunta, ad opera del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019), di un nuovo sesto comma all'art. 2476 c.c., su cui vedi *supra* nel testo.

³¹² Azione che G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., pp. 62 s. puntualmente qualifica come «azione di massa», in ragione della «destinazione del risultato utile a vantaggio dell'intera massa e non del singolo creditore, come invece avviene quando è esercitata dal singolo creditore in assenza di dichiarazione di fallimento».

³¹³ R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa*, cit., p. 54.

Ci si dovrebbe allora chiedere se questa ricostruzione, che in sostanza riduce ad ampia (pur se non totale) unità gli artt. 2393 e 2394 c.c., imponga di negare in questo caso la qualità di azione di massa. In effetti, se l'unico diritto di credito risarcitorio è quello sotteso all'art. 2393 c.c., azionabile entro speciali limiti anche dai creditori sociali ex art. 2394 c.c., se ne potrebbe desumere che, aperto il fallimento, il curatore rinviene questo unico diritto di credito risarcitorio nel patrimonio della società fallita.

Ciò avrebbe almeno due implicazioni. In primo luogo, questo diritto di credito sarebbe cedibile, in sede di liquidazione dell'attivo, al pari di ogni altro diritto di credito del fallito preesistente al fallimento, e dunque senza sottostare ai limiti prescritti dall'art. 124, 4° comma, I.fall.: esso rientrerebbe infatti nel novero dei «crediti [...] anche se oggetto di contestazione» di cui all'art. 106, 1° comma, I.fall. In secondo luogo, che il curatore potrebbe azionare questo diritto di credito già ai sensi dell'art. 43 I.fall.; sicché da un lato l'art. 2394-bis si rivela tutto sommato superfluo, dall'altro la funzione dell'art. 146, 2° comma, I.fall. sarebbe relativamente modesta: quella di stabilire che l'esercizio dell'azione da parte del curatore non è condizionato all'approvazione, da parte del comitato dei creditori, del programma di liquidazione che tale azione contempli, ma solo alla previa audizione del comitato dei creditori [cfr. art. 104-ter, 2° comma, lett. c), e art. 146, 2° comma, I.fall.].

Una seconda possibilità consiste invece nel ritenere, con la maggior parte di giurisprudenza e dottrina, che quella ex art. 2393 c.c. e quella ex art. 2394 c.c. siano due azioni distinte, o meglio azioni connotate da *causae petendi* e *petita* non solo quantitativamente ma anche qualitativamente differenti. Da ciò si potrebbe desumere che, mentre il curatore può azionare già ex art. 43 l.fall. il diritto di credito risarcitorio proprio della società, l'art. 2394-bis dispone o conferma³¹⁴ che il curatore può azionare *anche* – e al di fuori del campo applicativo dell'art. 43 l.fall. – il diritto di credito risarcitorio già spettante ai creditori sociali. Punto di arrivo di questa ricostruzione potrebbe essere l'affermazione che mentre il credito risarcitorio della società (art. 2393 c.c.) è cedibile, in sede di liquidazione dell'attivo, come ogni altro credito del fallito preesistente al fallimento, l'azione spettante ai creditori sociali si configura come «azione di pertinenza della massa», ed è perciò cedibile solo soddisfacendo i requisiti dell'art. 124, 4° comma, l.fall.³¹⁵.

Quest'ultima ricostruzione dà però luogo a un problema. Essa non spiega chiaramente a che titolo il curatore eserciti l'azione già spettante ai creditori

³¹⁴ A seconda che si acceda o meno all'opinione per cui la legittimazione ad agire del curatore non è circoscritta alle ipotesi espressamente previste dalla legge, bensì si estende a tutte le azioni che comportano la reintegrazione della garanzia patrimoniale generica del debitore: cfr. *supra* in questo cap. II, §§ 6.1.1 e 6.1.2.

74

³¹⁵ Sembra questa la posizione di M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 386–387 [«l'azione sociale di responsabilità è considerata azione di massa in quanto cumulativamente esercitabile dal curatore unitamente all'azione spettante ai creditori sociali (art. 2394 *bis* c.c.), ma per quel che concerne la porzione dell'azione sociale, a mio avviso deve reputarsi appartenente al patrimonio del debitore e dunque liberamente trasferibile all'assuntore del fallito, senza che rilevi il limite di cui all'art. 124 l. fall.»], ribadita in M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 561. In via dubitativa, già V. Di CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 42 s. nota 11.

sociali: se come sostituto processuale di essi³¹⁶ (idea che qui si è tentato di confutare), o come legittimato *iure proprio* a un diritto d'azione modellato su quello preesistente dei creditori³¹⁷; trattandosi, quindi, di una "azione di massa non concorsuale" nel senso qui accolto.

Entrambe queste ricostruzioni devono poi fare i conti con la «massima divenuta ormai tralatizia»³¹⁸ per cui, una volta dichiarato il fallimento della società, le azioni contemplate dagli artt. 2393 e 2394 c.c. confluiscono in un rimedio unitario dal «carattere unitario e inscindibile, in quanto [...] dirett[o] alla reintegrazione del patrimonio della società, inteso in maniera unitaria come garanzia dei soci e dei creditori sociali»³¹⁹.

Al di là della persuasività di questo orientamento, e delle variegate e contrastanti implicazioni che le diverse corti più o meno convincentemente ne traggono³²⁰, tale consolidata descrizione dell'atteggiarsi di queste azioni di responsabilità nella procedura induce a chiedersi se non sia possibile una diversa qualificazione in punto di natura di azione di massa.

Ci si potrebbe cioè chiedere se, con l'apertura della procedura concorsuale, il diritto di credito risarcitorio azionabile ex artt. 2393 e 2394 c.c. (secondo la tesi "unitaria"), oppure il diritto di credito risarcitorio azionabile ex art. 2394 c.c. (secondo la tesi "non unitaria"), trasmuti in una situazione giuridica nuova per cui il curatore chieda tutela quale legittimato in via ordinaria. Questa situazione giuridica nuova darebbe allora certamente luogo a un'azione di massa, anche qui "non concorsuale" nel senso accolto nel presente lavoro.

La tesi da ultimo descritta trova un punto di supporto in quegli autori secondo i quali, con la dichiarazione di insolvenza, si determina, rispetto all'art. 2394 c.c., una mutazione della *causa petendi* e del *petitum*: esse non riguarderebbero più il ristoro del danno arrecato ai patrimoni dei singoli creditori sociali che avrebbero potuto agire *ex* art. 2394 c.c., né la reintegrazione del patrimonio sociale nei limiti necessari per il soddisfacimento di questi ultimi, bensì la reintegrazione del patrimonio sociale nell'intera misura in cui esso è stato leso per effetto dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla sua conservazione³²¹.

³¹⁶ Così M. LUPOI, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare*, cit., p. 339.

³¹⁷ Secondo M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali*, cit., pp. 129 ss., «al curatore viene trasmessa, oltre alla legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali, anche la titolarità del diritto, sebbene ai soli fini del concorso».

³¹⁸ F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., p. 12.

³¹⁹ In luogo di molte, Cass., 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giur. it.*, 2016, 390, con nota di R. RIVARO, *Prescrizione delle azioni di responsabilità e (in)certezza del diritto*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali vedi, per esempio, F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 12 s. nota 35.

³²⁰ Per un riepilogo sul variegato panorama di posizioni giurisprudenziali e dottrinali vedi, per esempio, F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 12 ss.; M. LUPOI, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare*, cit., pp. 354 ss.

³²¹ È di G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, in P. Celentano, E. Forgillo (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, UTET Giuridica, 2008, 877 ss., p. 896, la descrizione dell'esercizio dell'azione di responsabilità verso i creditori sociali da parte del curatore come subentro in un «fascio di singole azioni già maturate ex art. 2394 c.c. prima del fallimento in capo a ciascuno dei creditori sociali». Per l'azione di responsabilità ex art. 2497, 4° comma, c.c., vedi G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., pp. 64 s. e 69 s., che commisura il *petitum*, in caso di esercizio dell'azione da parte del curatore, alla lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società entro il limite della «somma necessaria all'integrale pagamento dei

Al contrario, l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza nega che l'art. 146 l.fall. faccia riferimento a situazioni giuridiche, e quindi ad azioni, nuove³²²: anche coloro che espressamente figurano un passaggio del diritto risarcitorio spettante ai creditori in capo al curatore fallimentare, e quindi la sua legittimazione ordinaria e non straordinaria ad agire, ritengono prevalentemente che *causa petendi* e *petitum* dell'azione non mutino³²³.

Mi sembra che la proposta da ultimo delineata potrebbe estendersi in generale a tutte le azioni di responsabilità proponibili dal curatore: la distinzione rilevante si giocherebbe allora tra azioni per cui non viene predicata alcuna modifica sostanziale in ragione dell'intervenuta insolvenza, e che quindi correttamente possono concepirsi come azioni (non di massa) esercitate dal curatore ex art. 43 l.fall., e azioni di massa che spettano invece al curatore quale titolare di legittimazione *ordinaria* ad agire.

Sarebbe poi un diverso problema, come visto, quello della tassatività o meno delle azioni, ammesse dalla legge³²⁴ e in sé conformi alla definizione di azione di massa, per cui vada effettivamente riconosciuta la legittimazione ad agire del curatore fallimentare³²⁵.

creditori sociali». E vedi M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 399: «se l'azione che il curatore promuove (o prosegue), in luogo dei creditori sociali, va a beneficio di tutti i creditori ammessi al passivo, ecco che la nozione "di massa" torna di attualità».

³²² Vedi, per esempio, F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, pp. 8 s.; F. DE SANTIS, *Le azioni che derivano dal fallimento*, in Antonio Didone (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, I, Milano, Giuffrè, 2016, 325 ss., p. 332; E. CICCONI, *L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 523 ss., pp. 523 ss. Per una lucida difesa di questo orientamento, vedi F. BONELLI, *Art. 146² I. fall.*, cit., pp. 780 ss.

323 Così, in particolare, M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali*, cit., p. 131, il quale, espressa l'opinione che «al curatore viene trasmessa, oltre alla legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali, anche la titolarità del diritto, sebbene ai soli fini del concorso» (vedi nota 317), precisa però che – a parte la finalizzazione del risultato attivo dell'azione di massa a vantaggio di tutti i creditori (anche quelli posteriori al prodursi del danno) – «l'azione resta la medesima, in quanto il danno perpetrato non cambia; [...] è, comunque, una porzione del danno inferto al patrimonio sociale; infatti, il danno che il singolo creditore può vantare altro non è che il "dividendo" del maggior danno che spetterebbe all'intera comunità dei creditori, ma per calcolare il diritto del singolo occorre, prima, selezionare il danno collettivo. Ciò spiega perché l'azione in cui si inserisca il curatore non diviene una nuova azione».

³²⁴ Si osservi che il problema assume contorni ancora più incerti qualora, dal piano delle imprese societarie, ci si sposti su quello delle imprese collettive non societarie, rispetto alle quali la legge fallimentare non reca disposizioni in materia di responsabilità. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 13465/2010, cit., ha negato la legittimazione del curatore ad agire contro gli organi di gestione di un consorzio con attività esterna per responsabilità verso i creditori consortili. Su questa pronuncia vedi anche N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 146 ss., pp. 148 ss.

³²⁵ Di sicuro interesse, da questo punto di vista, Trib. Bologna, 13 febbraio 2015, in *Fall.*, 2016, 99, con nota di L. BOGGIO, *La legittimazione sostitutiva del curatore tra regola ed eccezione: il caso del danno da scissione*. In questa pronuncia, la corte emiliana ha negato al curatore di una società scissa la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno da scissione invalida – «spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla» scissione, *ex* artt. 2506-*ter*, 5° comma, e 2504-*quater*, 2° comma, c.c. (2504-*novies*, 4° comma, c.c. previgente) – sulla base di due argomenti. In primo luogo, dall'art. 146, 2° comma, I.fall. previgente (qui applicabile *ratione temporis*), che recava menzione degli artt. 2393 e 2394 c.c. ma non dell'art. 2395 c.c., si trarrebbe conferma che il curatore fallimentare può agire «nell'interesse dei soci» solamente se ciò è espressamente previsto dalla legge, il che non avviene nel caso di specie. In secondo luogo, la legittimazione ad

76

Da questo punto di vista, risulta suggestiva, ma non decisiva, l'osservazione che mentre rispetto alla società danneggiata «la sostituzione del curatore è il necessario completamento [dello] spossessamento [...], rispetto ai creditori sociali, la traslazione della legittimazione da costoro al curatore va "in danno" di soggetti ai quali sì, in linea di principio, resta attribuito il potere di esercitare i propri diritti patrimoniali, ma non quando danneggiati solo in via di riflesso. [...] [C]iò che accade di diverso nel fallimento è la soppressione del potere "speciale" dei creditori per il risarcimento di un danno solo indirettamente proprio, con il necessario venire meno di una deroga non più giustificata dall'esigenza di un maggior presidio di efficienza dell'attività societaria ormai rimesso ad organi pubblicistici con la cui azione potrebbe essere addirittura funzionalmente incompatibile. L'ordinamento realizza così una sorta di ulteriore, seppur parziale, spossessamento - in questo caso - dei creditori sociali rispetto ad azioni che la legge, guando non penda una procedura fallimentare, riconoscerebbe loro. Tuttavia, nella misura in cui non sia funzionale al raggiungimento delle finalità assegnate alla procedura fallimentare, la limitazione dei poteri dei creditori correlativamente alla sostituzione del curatore non ha ragion d'essere e, quindi, anche quel parziale spossessamento»³²⁶.

Per quanto questa ricostruzione fornisca una descrizione calzante del dato comune alle azioni di responsabilità che l'ordinamento espressamente attribuisce al curatore fallimentare [lettere da (a) a (e) *supra*], essa infatti non risolve a monte il quesito se queste ultime riflettano o meno un criterio di tassatività.

Ad ogni modo, poi, sarà sempre *distinta* la questione se l'esercizio delle azioni di responsabilità da parte del curatore precluda³²⁷ o meno ai creditori l'esercizio delle azioni di responsabilità ad essi originariamente spettanti³²⁸.

agire del curatore «non può trovare fondamento nell'esigenza di tutela della massa»: infatti le azioni di massa, che «sono in novero limitato, in esse dovendo ricomprendersi sia quelle espressamente previste dalla legge che quelle individuate dalla giurisprudenza di legittimità della Cassazione a s.u.», sono accomunate (e qui i giudici fanno richiamo espresso a Cass. 7029-7031-7031/2006, citt.) dal «carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo»: «[Il'azione di cui all'art. 2504 quater c.c., per contro, non ha la funzione di reintegrare il patrimonio del debitore quale garanzia generica di tutti i creditori, bensì [...] mira a tutelare soltanto le posizioni soggettive lese dei singoli creditori danneggiati dalla operazione di fusione/scissione, e, quindi, a reintegrare le posizioni creditorie dei soli creditori antecedenti alle operazioni stesse, [...] pure ove si intendesse accedere a quegli orientamenti dottrinari che ipotizzano, estrapolando il principio generale dalla disciplina delle singole fattispecie di azioni di massa previste l'esistenza in capo alla massa dei creditori, già prima del fallimento, di un diritto proprio di questi ultimi sul patrimonio altrui, sostanziato nell'interesse (a tutti comune) che l'attivo si mantenga superiore al passivo (analogamente, cioè, a quanto accade per l'azione sociale di responsabilità dei creditori) (diritto che, intervenuto il fallimento, passerebbe in capo al curatore». È chiaro qui il richiamo alla posizione rappresentata, in particolare, da I. PAGNI, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, cit., su cui vedi supra in questo cap. II, § 6.3.2.

³²⁶ L. BOGGIO, La legittimazione sostitutiva del curatore tra regola ed eccezione, cit., p. 106. 327 Così la costante giurisprudenza costante e la dottrina assolutamente dominante: vedi F. DIMUNDO, Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, cit., pp. 9 ss., 31 ss. (testo e note), ove riferimenti. Per un esempio recente vedi Cass., 4 maggio 2016, n. 11264, in Dir. fall., 2017, II, 184, con nota di A. NAPOLITANO, L'impatto dell'art. 43, terzo comma, L. fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento, cit.

³²⁸ Per un primo sguardo sul problema, vedi M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali*, cit., pp. 130 ss.

Non convince l'opinione per cui possono essere autonomamente cedute le c.d. eccezioni revocatorie oggi espressamente contemplate dall'art. 95, 1° comma, l.fall.³²⁹.

Si può concedere che, come segnalato in dottrina³³⁰, una simile operazione sarebbe utile per l'assuntore del concordato, nell'eventualità che il giudizio sull'ammissione al passivo del credito controverso sia in corso al momento dell'omologazione, giacché secondo la giurisprudenza in questo caso l'assuntore subentra nella posizione del curatore³³¹. Al tempo stesso, è però «chiaro che se volessimo qualificare la successione come successione a titolo universale, il problema della cessione neppure si pone, mentre se qualifichiamo la successione come a titolo particolare, allora la cedibilità delle eccezioni corrisponderebbe logicamente alla cessione delle azioni»³³². Per cui, in conclusione, non si dovrebbe parlare di un'autonoma cessione della (sola) eccezione.

Non solo: a ben vedere, sia in caso di cessione concordataria sia in caso di cessione autonoma, il problema si riduce a quello di stabilire se siano cedibili a un terzo le impugnazioni o le revocazioni proposte dal curatore avverso il decreto di esecutività dello stato passivo, ai sensi dell'art. 98 l.fall.

Infatti, in sede di primo esame della domanda di ammissione al passivo (artt. 93–95 I.fall.), la quale «produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento» (art. 94 I.fall.), l'eccezione revocatoria del curatore – proprio perché eccezione e non domanda riconvenzionale – non amplia l'oggetto del giudizio, ma semplicemente oppone un fatto giuridico impeditivo della situazione giuridica sostanziale (il credito, o meglio il diritto al concorso³³³) dedotta dal preteso creditore concorrente. Da ciò segue che, in questo ambito, una "cessione dell'azione" potrebbe aversi solo qualora *lo stesso preteso creditore concorrente* ceda a un terzo il diritto di credito controverso – il che esorbita dal tema della cessione delle azioni di massa.

Si deve però dubitare dell'autonoma cedibilità della impugnazione o revocazione proposta dal curatore ex art. 98, 4° comma, I.fall.

Non basta infatti invocare, per affermare la cedibilità (in particolare) della revocazione³³⁴, una «identità del fine ultimo» della revocazione e dell'azione

³²⁹ Così, invece, C. SCRIBANO, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 33; G. JACHIA, *Gli effetti del concordato*, in P.G. Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 261 ss., p. 268; P.F. CENSONI, *Il concordato fallimentare*, in S. Bonfatti, P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 369. In giurisprudenza, Cass., 8 luglio 1957, n. 2547, in *Dir. fall.*, 1958, II, 423.

³³⁰ Vedi M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 405.

³³¹ Vedi Cass., 27 agosto 1998, n. 8521, in *Fall.*, 1999, 86; Cass., 4 aprile 1996, n. 3151, in *Fall.*, 1996, 1099; Cass., 26 aprile 1983, n. 2850, in *Fall.*, 1983, 1356.

³³² M. FABIANI, Contratto e processo nel concordato fallimentare, cit., p. 405.

³³³ Vedi M. Montanari, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, CEDAM, 1991, pp. 126 ss.

³³⁴ In questo senso invece, in dottrina, R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 1675 s.; D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, 3° ed., Napoli, Jovene, 1996, p. 467. In giurisprudenza, Trib. Napoli, 30 novembre 1965, in *Dir. fall.*, 1966, II, 299, con nota critica di A. DI LAURO, *Azioni revocatorie e azioni di revocazione in favore dell'assuntore del concordato fallimentare*; *contra*, Cass., 28 marzo 1966, n. 817, in *Dir. fall.*, 1966, II, 549, con nota critica di L.

revocatoria, individuata nell'«eliminare dal concorso quei creditori (o quei crediti) nei confronti dei quali si accerti, nei modi di legge, pur dopo l'ammissione al passivo, la insussistenza del diritto a prenderne parte» 335. Né, a maggior ragione, è ammissibile far leva sull'«assonanza terminologica fra la revocazione dei crediti ammessi e gli effetti della revocazione, come se revocazione fosse un sinonimo di revocatoria» 336.

Risulta infatti dirimente che la impugnazione o revocazione dello stato passivo e le azioni revocatorie differiscano profondamente quanto a natura, oggetto ed effetti: che la prima sia mezzo di impugnazione, che colpisce il decreto di esecutività dello stato passivo e può portare alla sua riforma o caducazione nella parte in cui esso ha ammesso o ha escluso dalla massa passiva un certo credito, senza accertamento dello stesso (che comunque produrrebbe effetti «soltanto ai fini del concorso»: art. 96, 5° comma, I.fall.); mentre le seconde sono azioni di cognizione, che colpiscono atti in materia negoziale e possono portare a una loro relativa inefficacia. Così ragionando, mentre in caso di azione revocatoria si dà una situazione giuridica sostanziale sottostante all'azione e di per sé cedibile, lo stesso non potrebbe concludersi per quanto riguarda i due mezzi di impugnazione dello stato passivo³³⁷. Ed è questo il motivo si è ritenuto che «il terzo possa "acquisire" il processo in cui si discute della revocazione di un credito (così come il trasferimento potrebbe riguardare una impugnazione), ma ciò nel solo caso in cui nel processo l'esclusione di un credito si fondi sull'esercizio di una eccezione correlata ad una corrispondente azione di massa»338.

A una diversa soluzione si potrebbe giungere solo affermando che l'impugnazione o la revocazione dello stato passivo rappresenta l'esercizio o di un'azione di mero accertamento della inesistenza o nullità del credito, o di un'azione costitutiva mirante alla relativa inefficacia dei fatti costitutivi del credito³³⁹.

PAZZAGLIA, L'assuntore del concordato, cessionario delle revocatorie, e l'azione di revocazione ex art. 102 legge fallim.

³³⁵ Trib. Napoli, 30 novembre 1965, cit.

³³⁶ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 405. Cfr., invece, Trib. Napoli, 30 novembre 1965, cit., ad avviso del quale l'art. 124, 2° comma, l.fall. allora vigente «menziona soltanto le azioni revocatorie, ma è chiaro che si tratta di espressione usata in senso lato, nella quale vanno certamente comprese anche le azioni di revocazione».

³³⁷ Vedi, con riguardo alla revocazione, M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 405: «[N]on vedo quale sarebbe la posizione cedibile, diversa da quella che il curatore assume, oggi, con l'impugnazione dei crediti ammessi».

³³⁸ *Ivi*, p. 405.

³³⁹ Così, trattando di revocazione, V. Di CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 64 s., che propone implicazioni differenziata per l'una e l'altra ricostruzione. Prediligendo una ricostruzione in chiave di mero accertamento, ad avviso dell'autore «si d[ovrebbe] concedere la legittimazione all'assuntore, che si è obbligato a coprire un passivo reale, [senza che] occorr[a] clausola di cessione, né potrebbe valere il limite dell'avvenuta proposizione». Accogliendo, invece, una descrizione della revocazione come azione costitutiva, «dovrebbero [] valere gli stessi limiti che l'art. 124, 2° [oggi 4°, n.d.r.] comma, dispone per la cedibilità delle revocatorie, dovendosi peraltro chiarire se occorre una clausola di cessione a sé o basti la clausola di cessione delle revocatorie».

CAPITOLO TERZO

LA CESSIONE DI AZIONI DI MASSA IN GENERALE

1. Premessa.

Si sono sinora trattate in termini generali la cessione di azioni, nel capitolo I, e le azioni di massa, nel capitolo II.

Prima di esaminare come la cessione delle azioni di massa si declina nelle varie procedure concorsuali caratterizzate da una dichiarazione di insolvenza del debitore (fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria), nei capitoli dal IV al VII, sembra utile premettere in questo capitolo – come anticipato – alcuni importanti risultati interpretativi che appaiono in principio applicabili a tutte queste procedure concorsuali, in quanto la legge non disponga espressamente.

Anche la ricerca dottrinale e giurisprudenziale su questi temi ha risentito del fattore segnalato nell'Introduzione, e cioè l'interesse storicamente privilegiato verso la cessione di azioni revocatorie nel concordato fallimentare. L'interprete è oggi però chiamato a riconoscere che alcune delle ricostruzioni elaborate in riferimento a questa particolare ipotesi di cessione spiegano una capacità ricostruttiva assai più vasta, e meritano di essere riprese anche per le cessioni di azioni di massa diverse dalle revocatorie, e/o in via autonoma, e/o nell'ambito di procedure concorsuali diverse dal fallimento.

2. Oggetto della cessione.

Circa l'oggetto della cessione di un'azione di massa, sembra vada confermata la posizione esplorata nel capitolo l³⁴⁰, per cui la cessione di un'azione consiste non nel trasferimento di un mero potere processuale³⁴¹, bensì della (sola) situazione giuridica sostanziale dedotta come oggetto della domanda giudiziale.

Nel caso specifico delle azioni di massa, agli argomenti esaminati nel capitolo I se ne aggiungono di ulteriori che depongono nel senso appena ribadito.

Entrambe le due alternative astrattamente concepibili, infatti, risultano insoddisfacenti.

Se si afferma che l'organo concorsuale, esercitando un'azione di massa, domanda la tutela di una situazione giuridica di cui è egli stesso titolare, una cessione di natura meramente processuale potrebbe immaginarsi solamente come subentro del cessionario *esclusivamente* nel potere d'azione dell'organo concorsuale. Il cessionario dovrebbe, allora, configurarsi come sostituto

³⁴¹ Sembra invece questa invece la tesi esposta (per vero in termini non molto chiari) da R. PROVINCIALI, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 655, ove viene «[a]ssimilata la posizione dell'assuntore a quella di un soggetto che subentra nella legittimazione».

³⁴⁰ Vedi, in particolare, cap. I, sez. 7.

processuale dell'organo concorsuale³⁴². Sennonché, come visto, dovrebbe pur sempre rinvenirsi una previsione espressa che consenta l'affermazione della legittimazione straordinaria del cessionario (cfr. art. 81 c.p.c.). Anche soddisfatto questo requisito, non si comprende perché non dovrebbe integrarsi un litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) di cessionario e organo concorsuale³⁴³, almeno nel caso in cui la vicenda di cessione non sia stata allegata in giudizio: come noto, infatti, i casi di sostituzione processuale senza litisconsorzio necessario di sostituto e sostituito sono eccezionali³⁴⁴. Ma, soprattutto, è evidente che accettando una simile ricostruzione la chiusura della procedura paralizzerebbe l'iniziativa processuale del cessionario: venuta meno la parte sostanziale (l'organo concorsuale), e tuttavia non avvenendo – per ipotesi – successione del cessionario nella situazione giuridica sostanziale (cfr. artt. 110 e 110 c.p.c.), al giudice non resterebbe che dichiarare la cessazione della materia del contendere, oggi in applicazione dell'art. 120, 2° comma, I.fall.³⁴⁵.

Né minori difficoltà si incontrano considerando una seconda ipotesi, e cioè che l'organo concorsuale, quando esercita un'azione di massa, sia sostituto processuale dei creditori e dunque chieda tutela per una situazione giuridica di cui essi sono titolari – immaginare, cioè, un ingresso o subentro del cessionario nella qualità di sostituto processuale dei creditori³⁴⁶.

Si sono viste le ragioni per cui già in generale è poco convincente la suggestione che lo stesso curatore sia sostituto processuale di uno o più creditori³⁴⁷. L'eventualità della cessione di un'azione di massa rafforza l'insoddisfazione verso questa tesi.

Restano infatti ancor più gravemente irrisolte la mancanza di una previsione normativa espressa di sostituzione processuale, nonché il perché non dovrebbe in principio aversi litisconsorzio necessario di cessionario e creditori. Se per l'organo concorsuale questo risultato potrebbe argomentarsi (ma poco convincentemente) facendo appello alle disposizioni di legge che ne prevedono il potere d'azione (artt. 66, 146 e 156 l.fall.), lo stesso non sembra lecito nel caso del cessionario.

Si considerino poi le conseguenze incongrue cui, in alcuni casi emblematici, darebbe luogo concepire l'organo concorsuale come sostituto processuale dei creditori.

³⁴² Così R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 1672 ss. Negano che il cessionario di un'azione revocatoria possa essere sostituto processuale del curatore: G. Pellegrino, *Sulla cessione delle azioni revocatorie all'assuntore: successione nel rapporto o sostituzione processuale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, II, 335 ss., p. 337; F. De Santis, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1128.

³⁴³ Come osserva F. DE SANTIS, La cessione delle azioni di massa, cit., p. 1128.

³⁴⁴ Così, in particolare, nel caso di estromissione del garantito (art. 108 c.p.c.) e in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, ma appunto *solo* qualora sia allegato in giudizio l'evento successorio (art. 111 c.p.c.): vedi C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11° ed., I, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 571 ss., e *ivi*, II, pp. 91 ss., 103 s., 154 ss.

 $^{^{345}}$ Vedi Cass., 16 luglio 1996, n. 6440, in *Fall.*, 1997, 255, Cass., 23 luglio 1993, n. 8255, in *Fall.*, 1994, 133.

³⁴⁶ In questo senso, invece, G.G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 178; Cass., 23 settembre 1976, n. 3158, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, II, 335, con nota di G. Pellegrino, *Sulla cessione delle azioni revocatorie all'assuntore: successione nel rapporto o sostituzione processuale?*, cit.

³⁴⁷ Vedi cap. II, § 6.3.1.

Nella cessione di revocatorie, non solo resterebbe inspiegato l'effetto traslativo del bene oggetto dell'atto revocato prevalentemente ascritto a questo trasferimento³⁴⁸, ma soprattutto non si comprenderebbe a quale titolo il cessionario potrebbe beneficiare dell'esecuzione forzata, che dovrebbe essere compiuta nell'interesse esclusivo dei creditori³⁴⁹: idea che, se poteva in teoria raccordarsi a *ratio* e finalità della cessione di revocatorie in un concordato, risulta evidentemente inadeguata (oltre che per il dato della prassi) nell'ipotesi di cessione autonoma delle «azioni revocatorie concorsuali» oggi espressamente consentita dalla legge fallimentare (art. 106, 1° comma, I.fall.).

Nel caso di cessione di un'azione di massa risarcitoria, poi, il capo condannatorio dovrebbe essere pronunciato nei confronti dei creditori, e non del cessionario, il che appare parimenti incongruo rispetto al concreto scopo della cessione.

3. In quali termini le azioni di massa facciano parte dell'attivo concorsuale, e se la loro cessione sia possibile solo ove prevista dalla legge.

Potrebbe di primo acchito apparire scolastico chiedersi se le azioni di massa facciano parte dell'attivo di una procedura concorsuale.

In realtà, questo quesito riveste un preciso rilievo sistematico, dovuto alla circostanza che la cedibilità di azioni di massa in via concordataria o autonoma non è sempre espressamente prevista dalla legge.

In particolare, mentre (come si vedrà nei capitoli successivi) per i casi di concordato risulta possibile per l'interprete riallacciarsi all'art. 124, 4° comma, I.fall., manca una disposizione espressa sulla cedibilità in via autonoma di azioni di massa nelle liquidazioni coatte amministrative; nell'amministrazione straordinaria c.d. comune (d.lgs. 270/1999); e nell'amministrazione straordinaria c.d. speciale (d.l. 347/2003).

Parte della dottrina ha ritenuto che il problema in fondo neppure si ponga, nel senso che «[l]a cessione del diritto controverso sottostante l'azione revocatoria è da considerare [] naturale esplicazione dei poteri liquidatori

³⁴⁸ Vedi cap. V, § 1.2. Vedi L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 49–50: «Se sostituto processuale è, come dispone l'art. 81 c.p.c., colui che fa valere nel processo in nome proprio un diritto altrui, tale non è certamente nel processo revocatorio l'assuntore del concordato, nel quale egli tende a recuperare un bene, già di proprietà o appartenenza del terzo, ed a lui trasmesso con la sentenza di omologazione del concordato. Egli agisce per un diritto proprio, che non cessa di essere tale solo perché di contenuto incerto e sottoposto a condizione, ed agisce sicuramente a nome proprio». Analogamente V. Di CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 77, che afferma l'«impossibilità di qualificare l'assuntore che prosegue le revocatorie cedutegli come sostituto processuale dei creditori concorrenti. Se l'assuntore infatti fosse solo un sostituto processuale dei creditori, potrebbe al più chiedere la revoca dell'atto e promuovere la vendita del bene all'incanto; qui invece egli, ottenuta la revoca dell'atto, apprende il bene per sé».

³49 Cfr. F. DI SABATO, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., pp. 21–22: «Posto che l'esercizio dell'azione revocatoria presuppone la possibilità di esperire l'azione esecutiva per il soddisfacimento di un credito, ci si è chiesti in particolare quale sarebbe nella specie il diritto di credito che il cessionario dell'azione fa valere. Proprio in relazione a questo interrogativo, si è quindi fatta strada – con ragione – l'opinione che vede nel cessionario, non già il titolare di un diritto proprio, ma il sostituto processuale che fa valere per un interesse proprio un diritto della massa dei creditori».

normativamente attribuiti agli organi delle procedure concorsuali»³⁵⁰; al punto che la cedibilità in via autonoma delle azioni revocatorie sarebbe stata implicita già nella legge fallimentare *ante* riforma organica³⁵¹.

D'altro canto, non è nuova l'osservazione per cui «[l]a regola che esige una clausola esplicita di cessione potrebbe [] valere come indice di una piena alterità tra attivo e revocatorie: le revocatorie non sono attivo, non fanno naturalmente parte dell'attivo, solo per ragioni di opportunità (l'interesse dei creditori ad una percentuale maggiore) possono essere aggiunte all'attivo che viene ceduto all'assuntore. E questa alterità tra attivo e revocatorie [] deriva da una diversa "origine" (non c'è dubbio che l'attivo è del fallito, anche se poi il suo trasferimento all'assuntore proviene non dal solo fallito; non c'è dubbio, per contro, che le revocatorie non sono del fallito, e che la loro cessione all'assuntore proviene dai creditori)»³⁵².

Sul piano legislativo, l'interprete si confronta con i seguenti dati letterali. L'art. 124, 4° comma, I.fall. stabilisce che la proposta di concordato fallimentare presentata da uno o più creditori o da un terzo «può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa». Corrispondentemente, l'art. 93, 3° comma, t.u.b. discorre di una proposta che «può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo, anche delle azioni di pertinenza della massa». Da queste disposizioni sembra potersi trarre conferma della descritta alterità tra attivo e revocatorie.

In senso contrario si potrebbe addurre (per restare al fallimento) la rubrica del capo VI del titolo I della legge fallimentare, al cui interno si trova l'art. 106 I.fall.: "Dell'esercizio provvisorio e della *liquidazione dell'attivo*".

Ritengo però che l'antinomia che si pretenda così evidenziare sia più apparente che reale.

Sembra infatti possibile valorizzare i riferimenti, nella legge fallimentare, all'attivo *sub specie* di oggetto di «ripartizione» tra i creditori [vedi artt. 54; 101, 4° comma; 102, 1° comma; 111-*bis*, 4° comma; 118, 1° comma, nn. 2) e 3); 212 l.fall., nonché la rubrica del capo VII del titolo I della legge fallimentare], oltre alla generale descrizione del «programma di liquidazione» (che «deve specificare le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito») come «atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo» (art. 104-*ter* I.fall.).

Tutti questi indici normativi si potrebbero forse conciliare affermando che l'esercizio oppure la cessione delle azioni di massa rappresenta una modalità di conseguimento di un attivo (liquido) potenziale (e così una fase sì della "liquidazione" dell'attivo, però considerata "a posteriori"), ma non già – a differenza dell'attivo propriamente inteso – la liquidazione di un attivo in atto nel patrimonio concorsuale.

Ciò tanto più che per gran parte delle azioni di massa, sia "concorsuali" che "non concorsuali", l'incremento dell'attivo ripartibile è un'eventualità che dipende,

³⁵⁰ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 476.

³⁵¹ Così D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 239 (richiamato, dopo la riforma organica, da D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 453).

³⁵² V. DI CATALDO, *L'assuntore del concordato fallimentare e le inefficacie* ex lege *di cui agli* artt. 64–65 *l. fall.*, cit., p. 457.

oltre che dal successo nel giudizio, dalle concrete caratteristiche della pretesa fatta valere: per esempio, un'azione revocatoria fallimentare potrà dare luogo, e mediatamente, a un incremento dell'attivo ripartibile *solo* qualora essa vada in concreto a colpire un atto traslativo o solutorio.

D'altro canto, ciò non sembra potersi predicare per quelle tra le azioni di massa (concorsuali³⁵³ o non³⁵⁴) che hanno a loro pacifico fondamento un *diritto di credito*. Ferma restando l'incertezza del realizzo, l'incremento dell'attivo è qui effetto connaturato al soddisfacimento del diritto. Da ciò dovrebbe seguire che queste particolari azioni di massa, a differenza delle altre, possano essere cedute già come *crediti* (seppur litigiosi) dell'ufficio concorsuale, e dunque anche ove non espressamente previsto dalla legge³⁵⁵.

Sembra d'altronde lecito concedere che il requisito di previsione da parte della legge possa risultare soddisfatto da enunciazioni meno esplicite e stringenti di quelle adoperate dal legislatore agli artt. 106 e 124 l.fall. e 93 t.u.b. Su questo punto è però difficile formulare considerazioni generali, e pertanto si fa rinvio all'analisi svolta con riferimento a quei casi, qui richiamati, in cui è dubbia la cedibilità delle azioni di massa: le liquidazioni coatte amministrative³⁵⁶, l'amministrazione straordinaria c.d. comune (d.lgs. 270/1999)³⁵⁷, e l'amministrazione straordinaria c.d. speciale (d.l. 347/2003)³⁵⁸.

4. Se la pendenza del giudizio su un'azione di massa sia requisito essenziale per la cessione di essa.

Altra questione di grande rilievo sistematico e applicativo è se la pendenza del giudizio instaurato con un'azione di massa rappresenti un *requisito* essenziale per la cessione di essa.

Sul piano letterale, si potrebbe desumere già dal confronto tra gli artt. 124 (azioni «autorizzate dal giudice delegato) e 106 l.fall. (azioni i cui «giudizi sono già pendenti») la conclusione per cui la pendenza del giudizio rappresenta in realtà una opzione del legislatore, non necessitata bensì finalizzata a interessi ulteriori alla semplice idoneità traslativa della cessione³⁵⁹.

³⁵³ Come, in particolare, l'azione di responsabilità del curatore (art. 38 l.fall.), l'azione di responsabilità dei componenti del comitato dei creditori (art. 41 l.fall.), l'azione civile esercitata dal curatore in sede penale (art. 240 l.fall.) e l'azione di risarcimento del danno patito dai creditori sociali per effetto di pagamenti preferenziali compiuti dopo l'insolvenza (Cass. 1641/2007, cit.): vedi cap. II, § 8.3 e sez. 9.

³⁵⁴ Come, in particolare, l'azione di responsabilità dei creditori sociali (art. 2394 c.c.).

³⁵⁵ Concorde F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1124: «[L]a cedibilità di azioni diverse da quelle concorsuali dovrebbe seguire il regime della cedibilità del diritto sostanziale giudizialmente tutelando, e cioè la riconducibilità al novero del "credito" latamente inteso».

³⁵⁶ Vedi cap. VI; §§ 2.2 e 3.2.

³⁵⁷ Vedi cap. VII, § 1.2.2.

³⁵⁸ Vedi cap. VII, § 2.2.

³⁵⁹ E vedi in questo senso G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 535 nota 13: «[S]i è addirittura sostenuto che la previsione dell'art. 106 l. fall., che prevede la possibilità di cedere le revocatorie solo "se i relativi giudizi sono pendenti", debba "logicamente" prevalere sull'art. 124 della stessa legge, che autorizza la cessione delle predette azioni "purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa". Queste norme non rispondono a istanze logiche, ma solo a esigenze di prudenza (a tutela dei terzi coinvolti nell'esercizio delle azioni) e, quindi, non è lecito instaurare

In effetti, in materia di cessione concordataria fallimentare di azioni di massa (ove l'art. 124. 4° comma. I.fall.. si contenta che le azioni siano state «autorizzate dal giudice delegato»), l'opinione di parte della dottrina è liberale: le azioni di massa possono essere cedute senza essere state iniziate dal curatore³⁶⁰, sicché potranno essere iniziate dal cessionario dopo la definitiva omologazione del concordato³⁶¹.

L'opinione contraria è però autorevolmente rappresentata. Si è in particolare ritenuto, nel caso specifico, che «le azioni debbano comunque essere proposte prima della chiusura del fallimento, perché se il legislatore ha derogato al principio per il quale la legittimazione all'esercizio delle azioni di pertinenza della massa spetta al curatore, potendo prosequirle anche il terzo assuntore, non pare che abbia derogato al principio che le azioni di pertinenza della massa debbano essere promosse in costanza di fallimento e dal curatore. Infatti, se è vero che i presupposti di tali azioni sorgono solo a seguito della dichiarazione di fallimento, è allora anche vero che la chiusura del fallimento, che consegue al concordato fallimentare, elimina quel presupposto»³⁶².

Con osservazione generale, astraendosi dal tema specifico della cessione concordataria, è stata poi formulata³⁶³ opinione analoga per cui quantomeno le azioni revocatorie fallimentari, quali «azioni originariamente di massa» (ossia – impiegando l'espressione qui preferita - "azioni di massa concorsuali"), per essere cedute debbano essere state instaurate dal curatore, anche in caso di cessione concordataria e quindi a dispetto della lettera dell'art. 124, 4° comma, I.fall. Ciò dal momento che – si sostiene – «il curatore non può spogliarsi della legittimazione ad intraprendere l'azione revocatoria, perché così facendo la porrebbe al di fuori della procedura, dove la stessa non può più essere esercitata»: piuttosto, «ciò che il curatore può cedere [] è il risultato utile che dall'esperimento dell'azione può derivare alla procedura, ossia il diritto controverso. L'acquisto di tale situazione giuridica attiva legittima il cessionario soltanto ad intervenire nel giudizio già promosso dal curatore, quale successore processuale di quest'ultimo»³⁶⁴.

Sulla scorta di un'illustre dottrina³⁶⁵, ritengo però che la ricostruzione appena riferita del fenomeno della cessione di un'azione revocatoria sia solo parzialmente corretta.

tra loro una gerarchia, se non dimostra che l'ha voluta il legislatore o che, comunque, è ragionevole».

³⁶⁰ F. GUERRERA, Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare, in Fall., 2008, 1081 ss., p. 1087; G. TARZIA, La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma, cit., p. 864; M. FABIANI, Diritto fallimentare. Un profilo organico, cit., p. 565; G. TERRANOVA, La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, cit., p. 535 nota 13.

³⁶¹ Così, espressamente: F. GUERRERA, Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare, cit., p. 1087; M. FABIANI, Diritto fallimentare. Un profilo organico, cit.

³⁶² G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., pp. 780–781.

³⁶³ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., pp. 251 s., 287.

³⁶⁴ Ivi, p. 252. Vedi anche D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 229: «È [] l'azione in senso strettamente processuale che inerisce alla massa dei creditori (o, meglio, all'ufficio concorsuale) e che non può trasmettersi, non il diritto di credito nei confronti del terzo c.d. "revocato"».

³⁶⁵ Vedi G. TERRANOVA, La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, cit., pp. 534 s., il quale osserva che «gli equivoci indotti da certe omonimie sono [] più pericolosi di quanto non si possa pensare» (p. 535 nota 13), dal momento che «quando si parla di cessione di azioni, non

In essa sembra stagliarsi infatti un binomio di risultato utile dell'azione (considerato quale «diritto controverso» sostanziale) e potere d'azione che sorge in capo al cessionario in conseguenza dell'acquisto di tale risultato utile, tale da consentire al cessionario di farsi «successore processuale» del curatore.

Le riflessioni svolte nel capitolo I, però, hanno portato a risultati non compatibili con questa descrizione.

Si è lì osservato³⁶⁶ che l'unico «diritto controverso» necessariamente sotteso al giudizio revocatorio – qualunque sia l'atto contro cui esso è diretto – è il diritto potestativo ad attuazione giudiziaria mirante all'inefficacia relativa dell'atto revocabile; tant'è vero che sono ben date ipotesi di azione revocatoria (come ad esempio la revoca di un atto costitutivo di un diritto di prelazione) che non richiedono di concepire alcun «risultato utile» distinto e ulteriore da siffatta inefficacia. È già e solo dalla titolarità di questo «diritto controverso» che discende il potere di azione revocatoria. E solo in questi termini potrebbe concepirsi il cessionario quale «successore processuale» del curatore. Infatti, se con questa espressione (come sembra) si intende che il cessionario chiede tutela per la medesima situazione giuridica sostanziale già dedotta dal curatore, ciò non sarebbe mai possibile con riguardo ai diritti in cui la giurisprudenza e la dottrina. tradizionali e minoritarie, hanno individuato il «risultato utile» che viene trasferito con la cessione di un'azione revocatoria: ossia – anticipando quanto vedremo nel prosieguo³⁶⁷ – o la proprietà del bene oggetto dell'atto revocando, o un diritto di credito al valore del bene: né l'uno né l'altro infatti può giustificare l'efficacia costitutiva propria del giudicato revocatorio, che è piuttosto pregiudiziale ad essi.

Sotto diverso profilo, non sembra occorra ritenere che la chiusura del fallimento elimini, *oltre* alla possibilità dell'esercizio da parte del curatore, i presupposti sostanziali delle azioni: essi si possono ben identificare nella valida dichiarazione di insolvenza, *non* nella *persistente pendenza* della procedura concorsuale. E questa anzi sembra la ragione profonda per cui già il previgente art. 124, 2° comma, I.fall. stabiliva *espressamente* che erano cedibili solo le revocatorie «già proposte dal curatore», e il vigente art. 120, 2° comma, sempre *espressamente* chiarisce che «[l]e azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite».

Sembra pertanto di poter ritenere che, in maniera consona alla differenza letterale tra gli artt. 106 e 124 l.fall., di per sé la cessione di un'azione di massa non presupponga l'avvenuta instaurazione del giudizio, bensì il semplice sorgere del diritto che vi è dedotto (nel caso di un'azione revocatoria, in particolare, il relativo diritto potestativo). Ferma restando ovviamente la possibilità per il legislatore di subordinare la cessione a condizioni ulteriori, poste a salvaguardia di altri interessi.

Del resto, la stessa relazione illustrativa al d.lgs. 5/2006 suggerisce che quella appena esposta sia la corretta chiave di lettura dell'art. 106, 1° comma, l.fall. In essa è specificato che «le revocatorie possono essere cedute limitatamente a quelle già pendenti, al fine di evitare che, in una materia così

ci si riferisce a certe sequenze di atti, che iniziano – nel processo di cognizione – con la citazione in giudizio e finiscono con il passaggio in giudicato della sentenza», bensì al trasferimento di situazioni giuridiche sostanziali (pp. 534–535).

³⁶⁶ Vedi cap. I, sez. 6.

³⁶⁷ Vedi cap. V, sez. 1.

delicata, l'esercizio delle azioni [...] possa assumere una connotazione negativa di tipo speculativo». L'uso della locuzione "al fine di" pare supportare la conclusione che proprio, e soltanto, lo scopo ivi indicato (quello di prevenire la descritta «connotazione negativa di tipo speculativo») abbia indotto il legislatore a fissare un limite *non necessario* dal punto di vista sistematico.

Resta, certo, l'oscurità di questa "minaccia speculatoria", se è vero che gli antichi strali di condanna morale al lucro dei cessionari di revocatorie³⁶⁸ appaiono sconfessati dalla stessa scelta di ampliare l'ambito applicativo di questa operazione economico-giuridica. Si potrebbe allora – per vero con un pizzico di cinismo – ipotizzare che il legislatore abbia avuto in mente, più che i cessionari, i curatori fallimentari: per indurli a dar prova di impegno e serietà nella cura delle azioni revocatorie a loro disposizione (dando appunto quantomeno avvio al giudizio), rifuggendo dalla tentazione di cederle a terzi in una fase in cui i fatti dedotti a loro fondamento non risultino ancora delineati con la chiarezza confacente a un atto di citazione³⁶⁹.

- 5. Aspetti processuali della cessione.
- 5.1. Qualificazione processuale della cessione come successione a titolo particolare nel diritto controverso.

Nell'ambito storicamente privilegiato della cessione delle azioni revocatorie, la ricostruzione ormai pacifica nella giurisprudenza di legittimità³⁷⁰ e di merito³⁷¹, e del tutto dominante in dottrina³⁷², è che la cessione comporti una successione a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

Se il ricorso allo schema dell'art. 111 c.p.c., per l'assenza di ragioni ostative, mi sembra meriti accoglimento come soluzione generale, esso pone al contempo una serie di quesiti di più o meno dubbia soluzione.

In primo luogo, si impone di precisare in che cosa consista il diritto controverso che viene trasferito.

³⁶⁹ E infatti vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit.: «la limitazione della cedibilità alle azioni già proposte dal curatore si ricollega alla necessità – rivelata dall'esperienza – di impedire che la cessione possa trasformarsi in uno strumento di vessazione dei terzi e in una fonte di liti di dubbio fondamento: l'anteriore proposizione dell'azione da parte dello stesso fallimento – deliberata e approvata dagli organi esecutivi nelle forme prescritte – costituisce un'efficace garanzia di assoluta serietà del contenuto dell'azione ceduta» (p. 782); «non sarebbe neppure escluso che curatori poco scrupolosi, o creditori fortemente interessati alla conclusione del concordato, facessero balenare all'eventuale assuntore di quest'ultimo, per meglio allettarlo, la prospettiva di ricuperi estremamente ardui, o – peggio ancora – sicuramente irrealizzabili» (p. 782 nota 6).

³⁷⁰ Vedi, per esempio, Cass. 10533/2019, cit.; Cass., 15 giugno 2018, n. 15793, in *Fall.*, 2019, 188, con nota di F. Commisso, *Concordato con assuntore, cessione delle azioni revocatorie e legittimazione del curatore*; Cass., 31 agosto 2015, n. 17339, in *Fall.*, 2016, 615; Cass., 28 dicembre 2011, n. 29385, in *Fall.*, 2012, 1388; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, 775, con nota di A.M. Perrino, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, cit.; Cass., 9 maggio 1983, n. 3186, in *Dir. fall.*, 1983, II, 611.

³⁶⁸ Su cui vedi cap. IV, § 1.1.

³⁷¹ Vedi, per esempio, Trib. Terni, 23 marzo 2004, cit.

 $^{^{372}}$ Vedi, per esempio, D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 229.

In secondo luogo, si deve stabilire se la soluzione proposta sia davvero valida in ogni caso, o se possano darsi casi in cui la successione è a titolo universale (art. 110 c.p.c.). La risposta nel primo senso è a prima vista talmente scontata da non dovercisi soffermare: come si vedrà tra poco, però, degli spunti recentemente formulati in dottrina consigliano una rimeditazione di questo profilo.

Sulla base così posta, si esaminerà in terzo luogo un dubbio cruciale che si pone laddove manchi una specifica disciplina di legge: cioè che, ai sensi dell'art. 111, 5° comma, c.p.c., l'organo concorsuale che abbia proposto l'azione poi ceduta potrebbe essere estromesso dal processo pendente solo con il consenso di tutte le altre parti (incluso, quindi, il terzo convenuto).

Ciò potrebbe ostare alla chiusura della procedura? Dalla risposta data a questo quesito dipendono le conclusioni sulle conseguenze processuali della chiusura della procedura, che naturalmente si atteggiano diversamente a seconda che il cessionario sia o meno intervenuto o stato chiamato nel processo pendente (cfr. art. 111, 4° comma, c.p.c.).

5.2. Il diritto controverso trasferito.

Non è possibile rispondere esaurientemente al quesito generale di quale sia il diritto controverso che viene trasferito in ciascuna operazione di c.d. cessione di un'azione di massa, poiché l'identificazione di quello deriva dalla particolare azione di massa di volta in volta considerata. Può essere però utile un prospetto di sintesi basato sui noti principi del diritto processuale civile.

La cessione di un'azione di massa:

- a) di mero accertamento,
- b) costitutiva,
- c) di condanna (es. un'azione di responsabilità),

dovrebbe comportare la successione a titolo particolare, rispettivamente:

- a) nella situazione giuridica sostanziale incerta,
- b) nel diritto potestativo ad attuazione giudiziaria,
- c) nel diritto di credito.

Per quanto riguarda la cessione di azioni revocatorie, si impone una disamina particolarmente approfondita, in ragione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che attribuiscono alla cessione effetti di gran lunga esorbitanti dalla semplice cessione del diritto potestativo revocatorio. Qui ci si può limitare ad anticipare che le considerazioni svolte al riguardo in un punto successivo di questo lavoro³⁷³ sembra si possano attagliare (*mutatis mutandis*) anche ad alcune azioni dichiarative, come le azioni di simulazione.

5.3. Se la successione sia sempre a titolo particolare.

La qualificazione della cessione di un'azione di massa quale successione a titolo particolare nel diritto controverso non è stata accompagnata da una più attenta considerazione di una stimolante ricostruzione recentemente proposta in dottrina.

-

³⁷³ Vedi cap. V, sez. I.

Un primo significativo spunto in questa direzione è venuto dall'osservazione di un'Autrice per cui «almeno nel caso in cui l'assuntore del concordato, a fronte dell'acquisizione dell'intero attivo fallimentare, si sia fatto carico di tutti i debiti concorsuali, contestualmente liberando il fallito, la decadenza degli organi concorsuali somigli *quoad effectum* più al "venir meno" della parte che all'alienazione del diritto controverso, con la conseguente applicazione, anche in via estensiva o analogica, della disciplina prefigurata dall'art. 110 c.p.c.» ³⁷⁴.

La soluzione così prospettata è stata ripresa da un illustre Autore³⁷⁵, il quale vi ha aggiunto un'importante e necessaria precisazione: «si può obiettare che la cessione non potrà comunque riguardare i diritti personalissimi del fallito [ex art. 46 I.fall.], ma a questa considerazione si può replicare osservando che il diritto fallimentare dei prossimi anni sarà sempre più un diritto fallimentare delle società di capitali e cioè un diritto nel quale non vi sarà più spazio per la conservazione della categoria dei "diritti personalissimi". Ecco allora che già adesso, per ciò che attiene alle imprese "spersonalizzate", il problema della successione *integrale* si può porre. Né si può obiettare che così argomentando si crea una frattura a seconda della veste giuridica dell'impresa»³⁷⁶.

D'altro canto, all'attento Autore non è sfuggita l'esatta considerazione per cui «v'è da chiedersi se questa lettura sia ancora riproponibile qualora la proposta del terzo contenga l'eventuale opzione della cessione delle azioni revocatorie. Infatti [l'assuntore], che si qualifica come successore universale, si presenta come titolare di un *dossier* di diritti non esattamente sovrapponibili con quelli di cui era titolare il fallito, in quanto una parte di quei diritti gli viene trasferita dal curatore»; sicché in tal caso l'assuntore rappresenterebbe «una sorta di ircocervo, essendo dotato dei diritti a suo tempo spettanti al fallito, oltre che di quelli sorti in costanza di procedura»³⁷⁷.

L'Autore, per risolvere questa apparente ibridazione, ha fatto leva sulla ricostruzione in passato prevalente della fusione societaria per incorporazione (art. 2501, 1° comma, seconda ipotesi, c.c.), in cui «[l]a società [...] incorporante assum[e] i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione» (art. 2504-bis, 1° comma, c.c.): quella della fusione come «successione accrescitiva» a titolo universale, in cui è irrilevante che la società risultante comprenda o meno apporti ulteriori³⁷⁸.

Il problema si può forse risolvere più agevolmente in base alla ricostruzione delle azioni di massa che si è data in questo lavoro.

Invero: se si attua un concordato con assunzione nei termini qui descritti, e cioè con assunzione dell'*intero* patrimonio (attivo e passivo) di un imprenditore *non* persona fisica (cfr. art. 46 l.fall.), potrà certamente discorrersi di successione a titolo universale al debitore; essa può però riguardare soltanto le azioni che spettavano *al debitore stesso* prima dell'omologazione del concordato, e che

³⁷⁴ A.M. PERRINO, *Concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 783; queste considerazioni sono state poi riprese da C. SCRIBANO, *La cessione delle azioni di massa*, cit., pp. 42 s.

³⁷⁵ M. FABIANI, Contratto e processo nel concordato fallimentare, cit., pp. 449 ss.

³⁷⁶ *Ivi*, p. 453.

³⁷⁷ Ivi, p 454.

³⁷⁸ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 456 (per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali vedi p. 454 nota 23).

l'organo concorsuale esercita (come qui si è ritenuto³⁷⁹) quale sostituto processuale del debitore. Ma queste azioni, come visto³⁸⁰, *non* sono azioni di massa.

Se le azioni di massa spettano, piuttosto, all'organo concorsuale per la tutela di situazioni giuridiche sostanziali proprie dell'ufficio concorsuale stesso (altra tesi fondamentale di questo lavoro³⁸¹), si potrebbe discorrere rispetto ad esse di successione a titolo universale solo a condizione che l'assuntore abbia acquisito *tutti* i diritti che spettano *all'ufficio concorsuale*, *non* al *debitore*.

È chiaro però che *non necessariamente* la cessione di una o più azioni di massa costituirà una cessione *integrale* delle stesse. Si dovrebbe pur sempre dimostrare che le pertinenti clausole del concordato escludano che alcune azioni di massa, pur spettanti all'ufficio concorsuale, non siano state trasferite e perciò si siano estinte insieme all'ufficio stesso.

Ecco però che, in materia di fallimento, la lettera dell'art. 124, 4° comma, l.fall. («con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa») appare di ostacolo all'impiego di clausole concordatarie che tale risultato potrebbero astrattamente garantire, quale ad esempio una clausola di cessione di "tutte le pretese spettanti al curatore alla data dell'omologazione del concordato e in cui possa subentrare l'assuntore". Anche elencando doviziosamente tutte le azioni di massa che il curatore, al tempo della redazione definitiva della proposta di concordato, ritenga promovibili, non si può escludere che all'ufficio fallimentare spettino pretese *ulteriori* di cui gli organi della procedura non abbiano neppure contezza (come, per fare un esempio, la revoca di atti a loro ignoti e scoperti solo dopo l'omologazione del concordato). Sicché, nel giudizio che verte su un'azione di massa trasferita, il terzo convenuto potrebbe in concreto aver agio ad eccepire (art. 2697, 2° comma, c.c.) che non si è verificata una successione a titolo *universale* dell'assuntore *all'ufficio fallimentare*.

Ecco dunque perché, nonostante l'indubbio interesse che riveste la proposta ricostruttiva qui esaminata, essa potrebbe risultare di limitato momento fintanto che l'art. 124, 4° comma, I.fall. si esprime nei restrittivi termini odierni. Lo stesso sembra deve dirsi per il concordato della liquidazione coatta amministrativa delle banche (in ragione del dettato dell'art. 93, 3° comma, t.u.b., oggi modellato sull'art. 124, 4° comma, I.fall.), nonché – mi pare – per il concordato della liquidazione coatta amministrativa in genere (visto il rinvio che l'art. 214 fa all'art. 124 I.fall.), della liquidazione coatta amministrativa delle assicurazioni (se si ritiene che l'art. 262 cod. ass. sia integrabile in via analogica con il predetto art. 93, 3° comma, t.u.b.³⁸²), dell'amministrazione straordinaria c.d. comune (se si ritiene che l'art. 78 d.lgs. 270/1999 sia integrabile in via analogica con l'art. 124 I.fall.³⁸³) e nell'amministrazione straordinaria c.d. speciale [per la specificità dell'art. 4-bis, 1° comma, lett. c-bis) del d.l. 347/2003].

Analoga conclusione dovrebbe valere per la cessione autonoma. Per cominciare, qui non si potrebbe discorrere in alcun caso di successione a titolo

³⁸⁰ Vedi cap. II, sez. 9.

³⁷⁹ Vedi cap. II, sez. 4.

³⁸¹ Vedi cap. II, sez. 6.

³⁸² Sul punto vedi cap. VI, sez. 4.

³⁸³ Sul punto vedi cap. VII, § 1.2.1.

universale *al debitore*, perché all'acquirente non vengono imputati, a tacer d'altro, tutti i crediti concorsuali. Ma, soprattutto, resteranno in principio in capo all'ufficio concorsuale non solo i debiti e crediti c.d. della massa, ma anche tutte le azioni di massa che non siano pendenti al momento della cessione, per quanto vasto possa essere l'oggetto di quest'ultima.

Si deve pertanto confermare, almeno in via tendenziale, l'insegnamento tradizionale, e cioè che in caso di cessione di un'azione di massa si realizza comunque una successione a titolo particolare.

5.4. Se il consenso del convenuto sia requisito per l'estromissione dell'organo concorsuale dai giudizi pendenti interessati dalla cessione.

La qualificazione della cessione come successione a titolo particolare oppure a titolo universale è particolarmente importante alla luce di un dato normativo che si è anticipato. Mentre l'art. 110 c.p.c. statuisce che «il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto», per il caso di successione a titolo particolare, l'art. 111 c.p.c., dopo aver disposto che il processo «prosegue tra le parti originarie» oppure «è proseguito dal successore universale o in suo confronto» (a seconda che la successione avvenga per atto tra vivi o a causa di morte), stabilisce che «[i]n ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante [...] può esserne estromesso».

Ci si è dunque anzitutto chiesti, in dottrina e in giurisprudenza, se configurando la cessione come successione a titolo particolare, l'estromissione dell'organo concorsuale alienante sia subordinata al consenso di tutte le altre parti e dunque anche del terzo convenuto³⁸⁴.

In senso negativo, parte della dottrina ha invocato un'interpretazione estensiva, o l'applicazione analogica, dell'art. 92, 9° comma, t.u.b., in materia di liquidazione coatta amministrativa delle banche, ai sensi del quale «[i] commissari liquidatori sono estromessi, su propria istanza, dai giudizi relativi ai rapporti oggetto di cessione nei quali sia subentrato il cessionario, ivi compresi i giudizi relativi allo stato passivo e quelli di costituzione di parte civile in giudizi penali». Disposizione, questa, cui in materia di liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicurative corrisponde l'art. 261, 9° comma, cod. ass.

Contro la via di interpretazione estensiva è stato però obiettato che questa norma rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dettata dall'art. 111, 3° comma, c.p.c., e perciò non è interpretabile estensivamente, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. cod. civ. 385.

A questa obiezione si è replicato sostenendo che la natura eccezionale della norma in esame è «assunto da dimostrarsi», e che «la disposizione, in verità, sembra poter assurgere a principio generale in tutti i casi in cui vi sia la

³⁸⁴ In tema di cessione di azioni revocatorie, si è detto che «[s]e ciò fosse, è agevole ritenere che il terzo revocando, a maggior protezione del suo credito rinveniente dall'eventuale accoglimento della revocatoria, arrivi a negare il consenso all'estromissione del curatore, attutendo in tal guisa le finalità acceleratorie sottese alla cessione dell'azione»: così F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1129.

³⁸⁵ Così A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., pp. 502 s., e G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 782, i quali fanno inoltre leva sull'assenza di pronunce giurisprudenziali a sostegno della tesi qui criticata.

cessione da parte di una procedura concorsuale di un diritto c.d. litigioso [...] e, allo stesso tempo, l'opportunità (o la necessità, come in caso di concordato) di definire l'esecuzione collettiva» ³⁸⁶.

Questa proposta, dotata di indubbia razionalità pratica, si scontra tuttavia anche con l'interpretazione letterale e sistematica.

Sul piano letterale, va osservato che tanto l'art. 92, 9° comma, t.u.b., quanto l'art. 261, 9° comma, cod. ass., si riferiscono espressamente ai «commissari liquidatori»³⁸⁷.

Sotto il profilo sistematico, sembra opportuno ricordare la regola di specialità per cui «la liquidazione coatta amministrativa è regolata dalle disposizioni del [titolo V della legge fallimentare], salvo che le leggi speciali dispongano diversamente» (art. 194 l.fall.): le norme in materia di liquidazione coatta amministrativa dettate dal testo unico bancario e dal codice delle assicurazioni private, perciò, compongono il sistema concorsuale italiano con rango per così dire inferiore alle norme della legge fallimentare, a maggior ragione rispetto a quelle dettate per procedure concorsuali diverse. Il che induce a dubitare della possibilità non solo di interpretazione estensiva, ma anche di applicazione analogica.

A ben vedere, però, il problema qui tratteggiato non dev'essere eccessivamente drammatizzato. Mi sembra infatti che la questione davvero problematica, più che la possibilità di estromissione dell'organo concorsuale in sé considerata, sia se la mancata estromissione dell'organo concorsuale osti alla cessazione della procedura.

5.5. Se la mancata estromissione dell'organo concorsuale osti alla cessazione della procedura, e le ricadute di quest'ultima sui giudizi pendenti interessati dalla cessione.

L'osservazione appena formulata pone in primo piano l'esigenza di una ricostruzione delle condizioni e implicazioni processuali della cessazione delle procedure concorsuali sui giudizi "di massa" pendenti e interessati dalla cessione. Questa ricostruzione varierà naturalmente a seconda che il cessionario sia o meno intervenuto o stato chiamato nel processo pendente.

La Corte di Cassazione, con una importante sentenza del 2007³⁸⁸, ha risposto al quesito in materia di fallimento, tracciando una peculiare ricostruzione delle ricadute processuali della chiusura del procedura.

Nel caso di specie, si trattava della cessione concordataria di un'azione revocatoria fallimentare. Nodo problematico, oggetto del ricorso per cassazione, era che il cessionario era sì intervenuto nel giudizio revocatorio, ma *dopo* la chiusura del fallimento: tra quest'ultima e l'intervento del cessionario era rimasto

³⁸⁶ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 465.

³⁸⁷ La seconda disposizione, inoltre, delimita espressamente il proprio campo di applicazione ai casi di «cessione ai sensi dell'articolo 257, commi 2 e 3» cod. ass., ossia di cessione c.d. in blocco nella liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicurative (su cui vedi cap. VI, sez. 4).

³⁸⁸ Cass. 4766/2007, cit.

in giudizio il curatore, «per ben quattro udienze, chiedendo rinvii per "dare modo all'assuntore del concordato fallimentare di costituirsi in giudizio"» 389.

Il caso, come si vede un po' particolare, ha dato occasione alla Suprema Corte di formulare due statuizioni di carattere generale.

In primo luogo, la Corte ha qualificato «la successione dell'assuntore [come] [...] fenomeno complesso poiché alla successione a titolo particolare nel diritto si accompagna, con la chiusura della procedura, la perdita della legittimazione processuale del curatore, con la conseguenza che almeno da tale momento non è possibile la prosecuzione del giudizio tra le parti originarie prevista dall'art. 111 cod. proc. civ., comma 1, e si deve, quindi, fare luogo all'interruzione del processo, ove ne ricorrano tutti i presupposti»³⁹⁰.

In secondo luogo, i giudici di legittimità hanno confermato³⁹¹ che tale interruzione del processo non è rilevabile d'ufficio³⁹²: è, al contrario, pur sempre «necessario che l'evento sia dichiarato dal procuratore costituito o risulti negli altri modi previsti dall'art. 300 c.p.c.; in mancanza il processo prosegue legittimamente nei confronti del curatore»³⁹³.

Descrivendo la successione del cessionario come «fenomeno complesso» nei termini appena descritti, la Suprema Corte ha in sostanza recepito gli spunti verso una ricostruzione *sui generis* formulati in una dottrina alquanto risalente³⁹⁴.

Questa peculiare soluzione, ad oggi confermata in più occasioni dalla corte di legittimità³⁹⁵, ha raccolto l'apprezzamento di parte della dottrina, che ha osservato come essa «comport[i] una estrema semplificazione del problema, giacché, da un verso, rende superflua l'estromissione (concordata o su istanza unilaterale) dell'alienante, cioè della curatela fallimentare; dall'altro, esclude la necessità di ipotizzare una eccezionale e limitata "ultrattività" dell'organo, dopo la chiusura del fallimento, per le esigenze connesse alla conservazione del contraddittorio processuale»³⁹⁶.

D'altro canto, non mancano voci di dissenso verso la soluzione accolta dalla Cassazione. L'insoddisfazione comune agli autori critici, che con diversi accenti

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ Ibidem.

³⁹¹ Vedi infatti già Cass., 11 aprile 2001, n. 5369, in *Fall.*, 2002, 69, secondo la quale l'omologazione del concordato fallimentare comporta l'interruzione delle azioni revocatorie promosse dalla curatela, a condizione che essa sia resa nota nel processo mediante dichiarazione ex art. 300 c.p.c. oppure mediante produzione in giudizio dei documenti che attestano l'intervenuta omologazione del concordato.

³⁹² Contra, sulla base dell'art. 120, 2° comma, I.fall., A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie, cit., p. 507.

³⁹³ Cass. 4766/2007, cit.

³⁹⁴ Vedi infatti già G. Pellegrino, *Sulla cessione delle azioni revocatorie all'assuntore*, cit., p. 340: «In sostanza, con la cessione delle azioni revocatorie si è in presenza di una singolare fattispecie, quella della estinzione della parte a cui poi consegue una successione a titolo particolare *inter vivos*. Questa ipotesi non è espressamente regolata dall'ordinamento; è però ammissibile applicare alla stessa analogicamente l'art. 111 c.p.c. nel senso che se appunto nel corso del processo la parte si estingue, ma non consegue a ciò la successione a titolo universale ai sensi dell'art. 110 c.p.c., bensì a titolo particolare, è proprio il successore a titolo particolare, e perciò l'assuntore, che può proseguire il processo».

³⁹⁵ Vedi Cass. 15793/2018, cit., che in particolare ha confermato il *decisum* di Cass. 4766/2007 per il caso in cui la cessione dell'azione revocatoria sia stata condizionata alla completa esecuzione del concordato; Cass. 17339/2015, cit.; Cass. 29385/2011, cit.

³⁹⁶ A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 504.

ravvisano nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità una «soluzione per molti versi stravagante»³⁹⁷, si può probabilmente sintetizzare nell'osservazione per cui sarebbe «assurdo un sistema che consente la "cessione" delle azioni revocatorie e, allo stesso tempo, ne decreta l'improseguibilità al momento della chiusura della procedura»³⁹⁸. Per sgombrare il campo da questo inconveniente, sono state proposte tre ricostruzioni tra loro invero non incompatibili.

In base a una prima proposta³⁹⁹, sarebbe possibile interpretare estensivamente, oppure applicare in via analogica, l'art. 92, 8° comma, primo periodo, t.u.b. Questa disposizione, dettata in materia di liquidazione dell'attivo nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, prevede in particolare che «[s]uccessivamente alla chiusura della procedura di liquidazione coatta, i commissari liquidatori mantengono la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi dei giudizi». Previsione identica è oggi dettata anche in materia di liquidazione coatta amministrativa delle imprese di assicurazione (art. 261, 8° comma, primo periodo, cod. ass.).

Contro tale proposta esegetica si ripropongono però gli spunti critici formulati nell'esame dei commi noni degli stessi artt. 92 t.u.b. e 261 cod. ass. 400

È stata perciò suggerita una seconda ricostruzione, che fa leva non sulla legislazione concorsuale speciale bensì sul raccordo sistematico tra gli artt. 106 e 124 l.fall., da un lato, e, dall'altro lato, l'art. 120, 2° comma, l.fall., ai sensi del quale «[l]e azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite». Questo intreccio normativo indurrebbe ritenere che l'art. 120, 2° comma, I.fall. «non vuole solo dire che chiuso il fallimento divengono improseguibili le azioni derivanti dal fallimento [...], ma vuole anche precisare che i diritti trasferiti (per effetto della cessione liquidatoria o di quella concordataria) al cessionario devono essere esercitati nel processo solo da questi, senza che più occorra la presenza del curatore» 401. Si tratterebbe, «all'evidenza, di una regola speciale, in forza della quale il cessionario entra nel processo "automaticamente", non diversamente da quanto accade, ora, per le fusioni societarie» 402 (cfr. art. 2504-bis, 1° comma, c.c. 403). In tal modo, l'apparente contrasto tra le tre norme in esame potrebbe essere composto «senza che sia necessario fare ricorso all'istituto dell'interruzione del processo»404.

A ben vedere, questo risultato viene raggiunto attraverso una interpretazione funzionale di una particolare lettura dell'art. 120, 2° comma, I.fall. («Le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite»). La disposizione viene, dapprima, intesa come se recitasse "[i]l curatore non può proseguire le azioni da egli esperite per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento". Indi, si constata come l'esegesi che

³⁹⁷ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 464.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Vedi *ivi*, p. 465.

⁴⁰⁰ Vedi il paragrafo precedente.

⁴⁰¹ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 451.

⁴⁰² Ivi. p. 452.

⁴⁰³ «La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione».

⁴⁰⁴ M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 451 nota 15.

meglio realizza gli scopi dell'operazione di cessione è quella per cui *il curatore* non può proseguire le azioni, ma *il cessionario* sì – ancorché egli non sia intervenuto volontariamente o non sia stato chiamato nel processo prima della chiusura del fallimento. Certamente, questa via argomentativa conduce a un risultato conveniente dal punto di vista pratico. Essa sconta, però, la non univocità delle disposizioni richiamate. Ben avrebbe potuto il legislatore formulare l'art. 120, 2° comma, I.fall. nei termini alternativi qui suggeriti; invece, la scelta di fare riferimento alle «*azioni* esperite dal curatore», che si dispone «non poss[a]no essere proseguite» senza spiegare *chi* non può proseguirle, induce a prudenza rispetto all'affermazione che «[è] evidente come l'art. 120, 2° comma, I.fall. sia dettato nell'ottica dell'esercizio "diretto" dell'azione – senza, cioè, che sia intervenuta la cessione del diritto controverso – da parte del curatore»⁴⁰⁵.

È stata infine formulata una terza proposta, per cui «[i]n realtà, è proprio la circostanza che, pur a seguito dell'omologazione del concordato fallimentare, gli organi della procedura restano in carica al fine di sorvegliarne l'esecuzione» a suggerire che, sopravvenuto il concordato fallimentare, il giudizio di revoca possa validamente proseguire tra il curatore e il terzo convenuto⁴⁰⁶, «secondo la disciplina dell'art. 111 c.p.c.»⁴⁰⁷.

Questa impostazione era stata per vero linearmente condivisa da una sentenza della Suprema Corte del 1983⁴⁰⁸. Si vede perciò come, da questo punto di vista, la sentenza n. 4766 del 2007 abbia ripreso un orientamento risalente per precisarlo, delimitandone la portata. La più recente pronuncia di legittimità, partendo dal comune dato di base della successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c., ha puntualizzato che questo fenomeno non può essere indifferente alla circostanza (oggi posteriore) della chiusura del fallimento. Così, ad avviso della Corte, si realizza alla chiusura del fallimento quel che è stato descritto come «un fenomeno, pressoché unico, di venir meno della parte (il curatore), senza però corrispondente successione universale ex art. 110 cod. proc. civ.»; sicché gli effetti processuali nel loro complesso, in principio riconducibili all'art. 111 c.p.c., in caso di chiusura della procedura sono tali per cui «sul piano concreto ed operativo ciò che si verifica è più simile a quanto accade nel caso di successione universale»; e dunque non si avrebbe «propriamente una deroga all'art. 111, comma 1, cod. proc. civ., [...] bensì una oggettiva impossibilità di applicazione di tale disposto»⁴⁰⁹.

Lo stesso concetto del "venir meno" del curatore, però, risulta di per sé ambiguo. Inoltre, una volta esclusa l'applicazione dell'art. 110 c.p.c., il referente normativo in cui la Suprema Corte vede la regolazione di questa peculiare ipotesi di "venir meno" del curatore, e cioè l'art. 300 c.p.c., non è inequivocabilmente adeguato allo scopo. Come noto, questa disposizione richiama i casi di interruzione del processo previsti dall'art. 299 c.p.c.: morte o perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del suo rappresentante legale, oppure cessazione della rappresentanza legale.

⁴⁰⁵ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 464.

⁴⁰⁶ Nello stesso senso, *ivi*, p. 465.

⁴⁰⁷ F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1128.

⁴⁰⁸ Cass. 3186/1983, cit.

⁴⁰⁹ A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 504 (corsivi aggiunti).

Perciò, nonostante la Suprema Corte discorra con sicurezza di «perdita della legittimazione processuale del curatore», l'indagine non può non volgersi nello scrutinio sulla correttezza dell'idea per cui la chiusura del fallimento rappresenti un caso di perdita della capacità di stare in giudizio del curatore⁴¹⁰, inquadrabile *direttamente* all'art. 299 c.p.c. A questo fine è irrilevante che si accolga o meno l'impostazione per cui il curatore fallimentare (*recte* l'ufficio fallimentare) è sostituto processuale dei creditori⁴¹¹: la sua natura di parte non viene comunque messa in discussione.

I dati normativi al riguardo non sono univoci, perché accanto all'art. 120, 2° comma, I.fall., esistono diverse ipotesi in cui è inconcepibile una simile perdita della capacità di stare in giudizio. Si pensi all'art. 118, 2° comma, I.fall., il quale dispone che in caso di chiusura del fallimento per compimento della ripartizione finale dell'attivo «il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio» per processi pendenti, «ai sensi dell'articolo 43» I.fall. Il curatore sta poi in giudizio ai fini dell'eventuale reclamo contro il decreto di chiusura del fallimento (artt. 119, 3° comma, e 26 I.fall.). Vi è poi l'art. 136, 1° comma, I.fall., ai sensi del quale «[d]opo l'omologazione del concordato [fallimentare] il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l'adempimento, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione», da raccordare all'art. 138, 1° comma, I.fall. che consente al curatore di fare istanza di annullamento del concordato omologato.

Si potrebbe, è vero, far leva su una lettura particolarmente rigorosa dell'art. 120, 5° comma, I.fall., il quale precisa che nell'ipotesi di cui all'art. 118, 2° comma, I.fall. sopra descritta «il giudice delegato e il curatore restano in carica ai *soli* fini di quanto ivi previsto». In particolare, si potrebbe invocare questa disposizione per qualificare come *eccezionali* l'art. 118, 2° comma, I.fall., il combinato disposto degli artt. 119, 3° comma, e 26 I.fall., e il combinato disposto degli artt. 136, 3° comma, e 138, 1° comma, I.fall.

Vero è però anche che si potrebbe in contrario sostenere che queste speciali disposizioni sono espressive di più ampi margini di conservazione della capacità di stare in giudizio del curatore fallimentare, in particolare (appunto) nel caso di chiusura del fallimento dopo la cessione di un'azione di massa.

A quest'ultima prospettazione non verrebbe peraltro in soccorso la sentenza n. 4766 del 2007, nella parte in cui si è ritenuto che qualora, come nel caso di specie, il trasferimento (dei beni fallimentari e) dell'azione revocatoria sia stato condizionato alla completa esecuzione del concordato, l'effetto traslativo si

⁴¹⁰ In linea di principio, il problema potrebbe in realtà essere impostato in maniera diversa. Concependo curatore fallimentare come organo di rappresentanza dell'amministrazione del patrimonio fallimentare (vedi cap. II, § 6.1) e individuando la parte nel c.d. ufficio fallimentare, ci si potrebbe chiedere se la chiusura del fallimento comporta la «perdita della capacità di stare in giudizio» del curatore qualificabile come «rappresentante legale» dell'ufficio fallimentare oppure la cessazione di questa «rappresentanza legale». Ciò imporrebbe di rispondere al quesito se il curatore sia «rappresentante legale» dell'ufficio fallimentare agli effetti dell'art. 299 c.p.c. La via che si aprirebbe risulterebbe però estremamente accidentata. In questi termini non constano, infatti, né pronunce giurisprudenziali né interventi dottrinali. La questione a esso accostabile, se l'art. 299 c.p.c. riguardi anche i legali rappresentanti di enti non riconosciuti (cfr. art. 75, 4° comma, c.p.c.), è poi fortemente controversa, come la stessa ammissibilità sotto il profilo dogmatico dell'estensione all'ufficio fallimentare di una soluzione individuata per gli enti non riconosciuti.

⁴¹¹ Vedi cap. II, § 6.3.1.

produca soltanto con il decreto in cui quest'ultima è accertata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 136, 3° e 4° comma, I.fall., per cui è a questo provvedimento che si ricollega la perdita della legittimazione processuale del curatore e quindi l'interruzione del processo. Questa precisazione della Suprema Corte infatti si concilia bene con l'idea che l'art. 136, 3° comma disponga *eccezionalmente* la persistenza della legittimazione ad agire del curatore.

Allo stesso tempo, di converso, davvero non si comprende perché – come la Corte parrebbe intendere – questa soluzione (ripresa dalla sentenza n. 3186 del 1983⁴¹²) sia circoscritta al solo caso in cui il trasferimento sia stato condizionato alla completa esecuzione del concordato. Fermo il *distinto* piano della successione a titolo particolare nel diritto controverso, in effetti, la questione *distinta* delle conseguenze processuali della chiusura del fallimento dovrebbe a rigore potersi risolvere facendo leva direttamente sull'art. 136, 3° comma, I.fall., *indipendentemente* dal fatto che la cessione fosse o meno condizionata in tal senso.

Si vede quindi come l'ambiguità del dato positivo non sembri consentire soluzioni sicure.

Mi sembra perciò in definitiva condivisibile l'orientamento "originario" rappresentato dalla sentenza n. 3186 del 1983 e dai concordi autori sopra citati⁴¹³. In caso di cessione *concordataria* di un'azione di massa, nonostante la cessazione della procedura, l'organo concorsuale dovrebbe conservare la sua capacità di stare in giudizio nel processo (*a prescindere* dall'apposizione o meno alla cessione della condizione di completa esecuzione del concordato).

Allo stesso tempo sembra possibile accogliere anche la sentenza n. 4766 del 2007, nella parte in cui essa precisa che nel fallimento tale capacità di stare in giudizio non è conservata *indefinitamente*, ma solo fino all'emanazione del decreto che accerta la completa esecuzione del concordato (art. 136, 3° comma).

Queste conclusioni peraltro non spiegano quale regola debba applicarsi nel diverso caso di cessione *autonoma*. In questi casi potrebbe venire in soccorso solo la seconda opinione ricordata sopra, caratterizzata come si è visto da un'interpretazione funzionale di una particolare lettura dell'art. 120, 2° comma, I.fall.

L'adesione a questa opinione (certamente conveniente per gli interessi del cessionario) si rivela però a questo punto frenata non soltanto dall'ambiguità dell'art. 120, 2° comma, I.fall. già notata, ma anche dai ricordati indici normativi dell'eccezionalità delle ipotesi di persistenza della legittimazione ad agire dell'organo concorsuale dopo la chiusura della procedura. Mi sembra perciò più corretto rigettare questa opinione, ed entro i limiti precisati condividere il portato della sentenza n. 4766 del 2007.

In sintesi, quindi – e sempre in mancanza di espressa previsione di legge – in caso di cessione di un'azione di massa, l'organo concorsuale perderà in generale la capacità di stare in giudizio con la chiusura della procedura. In caso di cessione concordataria, però, laddove all'omologazione del concordato segua una descritta fase "crepuscolare" di sorveglianza sull'esecuzione del concordato ad opera (quantomeno) dell'organo concorsuale, la perdita della capacità di stare

⁴¹² Cass. 3186/1983, cit.

⁴¹³ Vedi note 406 e 407.

in giudizio di quest'ultimo si verificherà solo con la definitività del provvedimento conclusivo di tale fase.

Sul cessionario dell'azione graverà perciò l'onere di intervenire nel giudizio, volontariamente o su chiamata, prima della così precisata perdita della capacità di stare in giudizio dell'organo concorsuale. Quest'ultima comporterà, laddove non vi sia stato l'intervento del cessionario, l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c.⁴¹⁴. In tal caso spetterà proseguire il processo, *ex* art. 302 c.p.c., al cessionario dell'azione. E in mancanza di prosecuzione o (ipotesi qui evidentemente di scuola) riassunzione del processo entro tre mesi dall'interruzione, il processo si estinguerà (art. 305 c.p.c.).

5.6. Eccezioni opponibili dal terzo convenuto al cessionario dell'azione.

Che si ricostruisca la cessione di un'azione di massa come successione a titolo particolare piuttosto che a titolo universale non è di rilevanza essenziale per quanto riguarda le eccezioni che il terzo convenuto può opporre al cessionario. È infatti già la successione nello stesso diritto che spettava all'organo concorsuale a comportare che tutte le eccezioni che il terzo poteva opporre a quest'ultimo possono essere opposte al cessionario⁴¹⁵.

Circa le eccezioni concretamente proponibili, però, il tema si atteggia differentemente a seconda che si versi in un caso di cessione concordataria o di cessione autonoma, come si vedrà in particolare nella trattazione della cessione di azioni di massa nel fallimento, a cui va qui fatto rinvio⁴¹⁶.

5.7. Segue. Sufficienza dell'ulteriore attivo concorsuale ceduto al fine del soddisfacimento dei crediti concordatari.

Questione di rilievo per ogni ipotesi di cessione concordataria di azioni di massa, e fortunatamente meno controversa che in passato, è se il terzo convenuto, per vincere l'azione ceduta, possa eccepire all'assuntore cessionario che il valore delle ulteriori attività concorsuali trasferitegli sono sufficienti per adempiere agli obblighi concordatari oppure (in alternativa) per soddisfare integralmente i crediti concordatari.

La questione è stata studiata con riguardo esclusivo alla cessione di azioni revocatorie nel fallimento. In passato⁴¹⁷ era attestata in giurisprudenza⁴¹⁸ e in

⁴¹⁷ Per un riepilogo dell'evoluzione storica del dibattito in merito, vedi L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 43.

⁴¹⁴ Così A. Bonsignori, *Il fallimento*, cit., p. 774.

⁴¹⁵ Nella dottrina in tema di azioni revocatorie, vedi L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 43; F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1129; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 474; D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 458. In giurisprudenza, vedi Cass., 5 novembre 1979, n. 5728, in *Dir. fall.*, 1980, II, 29.

⁴¹⁶ Vedi cap. IV, §§ 2.6 e 3.6.

⁴¹⁸ Vedi Trib. Torino, 4 luglio 1964, in *Riv. dir civ.*, 1965, II, 290, con nota di A. Jorio, *Sulla cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato*, cit.; App. Napoli, 8 novembre 1962, in *Dir. fall.*, 1963, II, 89 e 716, con nota di I. SCHETTINI, *Sul preteso divieto di proseguibilità delle azioni revocatorie cedute al garante (quando l'attivo già realizzato pareggi o superi gli oneri concordatari) (art. 124, comma 2, legge fallim.); App. Torino, 12 maggio 1953, in <i>Dir. fall.*, 1954, II. 54.

dottrina⁴¹⁹ la tesi affermativa nella sua versione più restrittiva, riferita al soddisfacimento degli obblighi concordatari. Per superare la possibile obiezione che un tale limite non sarebbe stato comunque opponibile al curatore, si osservava in particolare che questi «può promuovere le revocatorie senza essere tenuto a dimostrare l'insufficienza dell'attivo poiché rimane sempre aperta la possibilità che altri creditori insinuino nel fallimento»; al contrario, dopo l'omologazione del concordato «la massa dei creditori concorrenti appare esattamente definita e non può subire ulteriori variazioni», sicché è possibile «conoscere l'ammontare dei crediti a beneficio dei quali sarebbero andate le revocatorie cedute»⁴²⁰.

A questa opinione restrittiva si opponeva tanto la dottrina prevalente⁴²¹ quanto parte più consistente della giurisprudenza di merito⁴²² e di legittimità⁴²³.

Era infatti facile obiettare che, accogliendo la tesi criticata, si finiva in primo luogo per alterare i presupposti di merito delle azioni revocatorie cedute, aggiungendo al pregiudizio (se si aderiva alla tesi indennitaria)⁴²⁴ un limite ulteriore che avrebbe operato solo a sfavore dell'assuntore, con ingiustificato vantaggio per il terzo⁴²⁵. Né, si osservava, sarebbe stato lecito far rilevare per

⁴¹⁹ Vedi, tra gli altri, A. JORIO, *Sulla cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato*, cit., pp. 295 ss.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 1673 ss. (testo e nota 172); R. PROVINCIALI, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., pp. 655 s.

⁴²⁰ A. JORIO, Sulla cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato, cit., p. 296.

⁴²¹ Vedi, tra gli altri, A. DE MARTINI, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, cit., pp. 126 ss.; F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 584; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 306 s.; V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 66 («La tesi è tecnicamente insostenibile»); L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 53 ss.; D. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 466 («Per la natura aleatoria del concordato, che implica possibilità anche di notevoli vantaggi all'assuntore»); P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 682 s.

⁴²² Vedi App. Firenze, 25 giugno 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 883; App. Milano, 3 luglio 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, 1189; App. Torino, 14 giugno 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, 1190; App. Trento, 6 novembre 1959, cit.; App. Ancona, 11 luglio 1958, in *Rep. Giur. it.*, 1959, voce *Fallimento*, n. 444; Trib. Grosseto, 15 aprile 1958, in *Dir. fall.*, 1958, II, 576 e in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 206, con nota di V. ANGELONI, *Limiti d'esercizio delle revocatorie da parte dell'assuntore del concordato*; Trib. Fermo, 25 gennaio 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 47.

⁴²³ Vedi Cass. 6229/1981, cit.; Cass., 9 agosto 1967, n. 2121, in *Dir. fall.*, 1968, II, 19; Cass. 1895/1965. cit.

⁴²⁴ Si noti però che, secondo un Autore peraltro isolato – L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 61 – con la cessione delle revocatorie all'assuntore sarebbe venuto meno il requisito del pregiudizio, concepito beninteso non come presupposto sostanziale dell'azione revocatoria bensì come limite "quantitativo" dei suoi effetti.

⁴²⁵ Vedi V. ANGELONI, *Limiti d'esercizi*o delle revocatorie da parte dell'assuntore, cit., p. 207: «Ammettendo che il terzo convenuto possa pretendere che l'assuntore, per proseguire nell'azione revocatoria a lui ceduta, dia la prova che senza la revoca dell'atto impugnato le altre attività a lui cedute non bastano a soddisfare le passività che egli si è accollato, si muta la condizione dell'azione ceduta, in quanto al pregiudizio arrecato dall'atto impugnato alla massa dei creditori del fallito si pretende di sostituire il pregiudizio che l'atto arrecherebbe all'assuntore del concordato. Ma vi è di più: si arriverebbe all'assurdo di far beneficiare il terzo contraente dei vantaggi che il concordato ha arrecato al fallito, con la riduzione dell'ammontare delle passività ad una percentuale più o meno modesta, e di farlo beneficiare senz'alcuna giustificazione». Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 306: «Se [] il terzo assuntore ha col rimanente dei beni ricavato quanto egli ha pagato ai creditori, ciò non dà al terzo alcun diritto a sottrarsi all'azione di revoca, come se per effetto del concordato e della falcidia relativa si fosse ridotto il pregiudizio arrecato ai creditori dall'atto revocando. Il pregiudizio permane immutato, in tutta la sua entità, e

tale via anche sul piano giuridico (oltre che su quello morale) la misura del profitto che l'assuntore potesse trarre dall'operazione⁴²⁶. Agevole era poi evidenziare le difficoltà probatorie cui la tesi avversata avrebbe potuto dato luogo, in punto di stima del valore attuale delle attività diverse dal bene oggetto dell'atto revocando⁴²⁷. Si osservava, infine, che la posizione contrastata si sarebbe potuta sostenere solo ritenendo che il concordato implichi una parziale remissione o novazione dei crediti concorrenti, il che non è corretto⁴²⁸.

Non ci si poteva però non chiedere, allora, se il terzo convenuto avrebbe potuto eccepire, piuttosto, la sufficienza delle ulteriori attività cedute a soddisfare i crediti concorrenti non già nella misura risultante dalla falcidia concordataria, bensì nella loro consistenza integrale. Su questa diversa ricostruzione constano in effetti prese di posizione affermative o comunque favorevoli⁴²⁹.

i creditori cedono le azioni consentite a rimedio di questo pregiudizio, contentandosi di una percentuale che rappresenta nel loro giudizio la possibilità materiale di ricupero». E vedi già A. DE MARTINI, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, cit., p. 127: «il limite all'effetto recuperatorio della revoca, costituito dal fabbisogno per il soddisfacimento dei creditori, è ugualmente rispettato dal fallimento, poiché effettivamente nulla viene attribuito al patrimonio fallimentare oltre quel pagamento dei creditori il cui onere l'assuntore si assume, mentre a questi, acquirente dal fallimento, per il prezzo dell'accollo del passivo, d'una attività di consistenza aleatoria, nessun limite può logicamente opporsi».

⁴²⁶ Vedi V. Angeloni, *Limiti d'esercizio delle revocatorie da parte dell'assuntore*, cit., p. 208: «può darsi che da ciò l'assuntore ricavi un beneficio; ma si tratta di un beneficio che rientra nell'alea inerente al contratto da lui concluso, alea nella quale la legge ha ritenuto lecito e conveniente che rientrasse anche la possibilità di un'utile continuazione delle azioni revocatorie [...]. La preoccupazione che il contratto da aleatorio diventi speculatorio non ha turbato il legislatore, e non può perciò turbare l'interprete». Vedi inoltre S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 307: «Quel che l'assuntore [] ricaverà dalla vendita è cosa che non riguarda minimamente il terzo». E vedi F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 584 («Se il guadagno è eccessivo, ciò è dovuto ad un errore di valutazione nel calcolo della percentuale, ma contro questo errore è [] predisposto il mezzo dell'opposizione all'omologazione del concordato. Non c'è posto per altri rimedi»), con osservazione idealmente rafforzata da quelle, icastiche, di L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 53–54 («nessun principio giuridico impone di andare a fare i conti in tasca all'assuntore; [...] Non ci risulta [...] che tra le finalità del concordato vi sia anche quella di dare una mano al terzo convenuto in revocatoria»).

⁴²⁷ Così L. DEVOTO, L'assuntore e la cessione delle revocatorie, cit., p. 55.

428 Così S. SATTA, Diritto fallimentare, cit., p. 306.

⁴²⁹ Vedi *ivi*, p. 306 («Il carattere recuperatorio della revocatoria è fuori discussione, ma esso va riferito non al concordato, e alla massa passiva quale risulta dalle falcidie concordatarie, bensì la massa nella sua integrità»); L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 43; V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 66; e, soprattutto, D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 471.

Diverso il ragionamento di A. Bonsignori, *Il fallimento*, cit., pp. 776 s. Questo Autore muoveva dalla considerazione per cui «le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dipendono da un'erronea impostazione del problema, in quanto si è disputato sulla sussistenza o no del danno, mentre si sarebbe dovuto rispondere a un diverso e duplice interrogativo, occorrendo cioè chiarire se in pendenza dell'ordinario corso del fallimento un convenuto in revocatoria possa o no eccepire l'improcedibilità dell'azione, perché in sede di liquidazione è già stato raggiunto un ricavato tale da soddisfare [tutti i crediti concordatari]; di poi in caso di risposta positiva, se questo ragionamento si possa trasporre o no in fase di concordato fallimentare». Data risposta affermativa al primo interrogativo (evidentemente «perché di fronte a una così cospicua massa attiva liquida il curatore ha il dovere di provvedere al riparto finale, e il tribunale di chiudere il fallimento a norma dell'art. 118, n. 2, l. fall.»), la risposta egualmente affermativa al secondo viene basata sull'argomento per cui «all'assuntore non si potrebbe trasferire più di quello che era già di spettanza dei creditori»: il che però è un postulato da dimostrare, alla pari dell'analoga

A ben vedere, questa tesi resta in fondo un riflesso di concezioni indennitarie dell'azione revocatoria, giacché nel caso descritto a mancare sarebbe lo stesso presupposto del pregiudizio inteso come possibilità di soddisfacimento integrale dei creditori concorrenti. Ciò implica, però, che questa ricostruzione è tanto solida quanto l'assunto indennitario che vi sta alla base. Se essa è quindi condivisibile per quanto riguarda le azioni revocatorie ordinarie, non è altrettanto agevole con riguardo alle azioni revocatorie fallimentari, ora che la giurisprudenza risulta indirizzata nell'affermarne la loro natura anti-indennitaria⁴³⁰.

È allora, forse, entro questi limiti che si può in definitiva aderire all'affermazione – per vero di indole generalizzante – della Suprema Corte in un caso appunto di cessione di una revocatoria fallimentare, secondo cui «[e]sula dalla sfera della difesa del terzo ogni deduzione sulla remuneratività [del] concordato e la lucrosità dell'esperimento dell'azione, perché ciò urterebbe sia contro lo spirito improntato al favore per il concordato, che anima la normativa in materia, sia contro il momento contrattuale della proposta, il cui sinallagma, genetico e funzionale, comporta un'inevitabile area di rischio per tutti gli interessati, che può legittimamente risolversi a vantaggio dell'assuntore, in quanto tale evenienza è stata espressamente consentita»⁴³¹.

In conclusione, sembra si possa sostenere che l'eccezione di capienza del residuo attivo trasferito possa essere opposta solo nei casi di cessione di un'azione di massa che ha tra i suoi presupposti il pregiudizio della garanzia patrimoniale generica del debitore (cioè di un'azione di massa "non concorsuale" nel senso anzidetto), e sarà vittoriosa se il convenuto potrà dimostrare che il residuo attivo trasferito è sufficiente a soddisfare *integralmente* i crediti concordatari. Tale eccezione non dovrebbe invece poter essere opposta in caso di cessione di un'azione di massa del tipo qui definito "concorsuale", che prescinde dal pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica.

osservazione di R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 655 s.

⁴³⁰ Vedi, per tutte, Cass. 7028/2006, cit.

⁴³¹ Cass. 6587/2003, cit. Non sembra, invece, risolutiva la considerazione di Cass. 6498/1991, cit., secondo cui non «può configurarsi un [] dovere od obbligo [dell'assuntore del concordato fallimentare] di far fronte al soddisfacimento dei creditori concorsuali col ricavato della vendita dell'attivo fallimentare, essendo viceversa l'assuntore arbitro di scegliere di pagare i creditori con denaro attinto dal proprio patrimonio in luogo che con le somme ottenute dalla liquidazione dell'attivo. E ciò pur quando il concordato ("*rectius*" la sentenza di omologazione) comporti il trasferimento in suo favore dei beni del fallito».

CAPITOLO QUARTO

LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NEL FALLIMENTO

1. Cenni storici.

1.1. Giurisprudenza e dottrina vigente il codice di commercio del 1882.

La forma originaria di cessione delle azioni di massa nell'esperienza italiana, quella tuttora meglio conosciuta nella prassi e nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è la cessione di azioni revocatorie nell'ambito di un concordato fallimentare.

Questa forma di cessione è oggetto di una «prassi operativa radicatasi ben prima della unificazione codicistica» 432, benché il codice di commercio del 1882 non la contemplasse espressamente. Infatti, come ben sintetizzato in dottrina, questa prassi si fondò in origine sulla semplice «tentazione di far proseguire anche dopo il concordato le revocatorie fallimentari; e la suggestione si valeva di spinte prettamente economiche, al di là di ogni tentativo di reperire una base normativa che potesse sorreggere la richiesta» 433. La giurisprudenza rispose mostrandosi «disponibile ad una accurata e spregiudicata esplorazione delle possibili prospettive» 434, esprimendo chiaro favore verso questa pratica «con riserva (implicita) di precisare meglio in seguito l'atteggiamento da cristallizzare» 435.

Il ruolo fondativo di questa "spregiudicatezza" giudiziale fu tale che «soltanto dopo la sedimentazione di una prassi ben definita la dottrina si preoccupò di analizzare il fenomeno sostenendone (o contestandone) la validità»⁴³⁶. Peraltro, talmente granitica fu la coesione della giurisprudenza maggioritaria sulle principali (ancorché, come vedremo, problematiche) soluzioni acquisite nel silenzio della legge⁴³⁷ che furono presto vinte, già prima del 1942, le motivate resistenze opposte da una parte consistente della dottrina⁴³⁸. Così,

⁴³² D. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"*, cit., p. 25.

⁴³³ V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 39.

⁴³⁴ *Ivi*, p. 51.

⁴³⁵ Ivi, p. 55.

⁴³⁶ Ivi, p. 39.

⁴³⁷ Notava R. Montessori, *La cessione delle azioni di nullità derivanti dagli articoli 707, capoverso, e 709 codice di commercio al fideiussore del fallito nel concordato*, in *Giur. it.*, 1919, I-1, 1083 ss., p. 1083, che «[l]a tesi della validità di una cessione delle azioni di nullità del periodo sospetto al fideiussore del fallito concordatario [...] ebbe quasi sempre successo nella nostra giurisprudenza» (e vedi *ibidem* per riferimenti giurisprudenziali).

⁴³⁸ Come osservato da uno degli esponenti più autorevoli di questa parte della dottrina – V. ANDRIOLI, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie nel concordato*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 988 ss. (già in *Dir. fall.*, 1941, I, 4 ss.), p. 988 – «[è] avvenuto qui, quel che si è verificato per molti altri fenomeni [...]: dottrina e giurisprudenza si sono trovate, inizialmente, in una posizione di insanabile contrasto, e, successivamente, la dottrina ha dovuto cedere il passo di fronte all'implacabile susseguirsi dei contrari responsi del supremo collegio». Sulle posizioni di ANDRIOLI e sulla loro evoluzione, appunto in senso di mesto adeguamento alla "implacabilità" della giurisprudenza, vedi *infra* nel testo.

se lo stato di partenza della dottrina fu di prevalenza dell'opinione contraria⁴³⁹, quello di arrivo nel volgere di pochi anni risultò la «quasi unanimità dei pareri sulla validità della cessione, al fideiussore del concordato, delle azioni revocatorie»⁴⁴⁰.

D'altro canto, se la propulsione della giurisprudenza era generata da "spinte prettamente economiche", essa era agevolata dall'ancora imperfetta definizione di nozioni cruciali per la stessa configurazione tecnica dell'istituto che tanto impetuosamente si imponeva nella pratica. In maniera opposta a quanto avvenuto in altri ordinamenti⁴⁴¹, la cessione di azioni revocatorie nell'ambito del concordato fallimentare si impose prima ancora che fossero precisati tanto gli effetti caratteristici di queste azioni, quanto la tipologia degli interventi di terzi nel concordato fallimentare, così come il meccanismo di diritto processuale per l'inserimento del terzo nelle azioni pendenti o (addirittura) non ancora intraprese. Ciò spiega come mai la giurisprudenza, ma soprattutto la dottrina, anteriormente al 1942 fossero costrette a raccordare il poco soddisfacente dato normativo a soluzioni operative attraverso «lunghe catene sillogistiche» 442, tali per cui la diversità di opinione in ordine anche a una soltanto delle premesse avrebbe potuto condurre a soluzioni tra loro incompatibili.

Erano piuttosto espressioni su opportunità e razionalità economica a venire addotte come motivi fondanti della cedibilità delle azioni nel concordato fallimentare, tanto nella giurisprudenza⁴⁴³ che nella dottrina favorevole⁴⁴⁴ al riconoscimento dell'istituto⁴⁴⁵, fin dalla nota a sentenza con cui, nel 1905,

⁴³⁹ D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 224.

⁴⁴⁰ A. CANDIAN, *Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, 459 ss., p. 459, il quale osservava che «qualche dissidente tuttavia superstite si tien saldamente avvinto alle ragioni tradizionali della contestata validità della cessione». Per una descrizione sintetica del dibattito anteriormente alla legge fallimentare del 1942, si possono vedere D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 450, e G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., pp. 774 ss.

⁴⁴¹ Sulla decisa negazione, nella dottrina e giurisprudenza francesi, tedesche e austriache del tempo, della cedibilità delle azioni revocatorie, vedi R. Montessori, *La cessione delle azioni di nullità*, cit. pp. 1084 s.; S. Satta, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 316 ss., p. 316, p. 319; V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 44 ss.

⁴⁴² Espressione di V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 78–79, che descrive queste circostanze in maniera particolarmente pregnante.

⁴⁴³ Si trovava scritto, per esempio, che le revocatorie potevano essere cedute al terzo «al pari di ogni altra attività economica o ragione creditoria» (Cass., 8 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, 1112).

⁴⁴⁴ Da subito favorevoli alla cedibilità delle azioni di revoca nel concordato fallimentare (per vero inizialmente come «uniche voci contrarie in dottrina»: D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 224) furono, in particolare, A. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, Milano, Società editrice libraria, 1903, pp. 485 ss., e G. BONELLI, *Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 291 ss., pp. 294 s.

Esemplare l'affermazione di R. Scheggi, *Appunti di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1932, p. 163, secondo il quale «la revocatoria, che si concreta in una attività economica, in quanto tale, e poiché spettante alla massa creditrice, può da questa essere ceduta».

Gustavo Bonelli per primo affrontò *ex professo* l'argomento⁴⁴⁶. Espressioni di cui, effettivamente, appare talora difficile negare un'attitudine postulatoria⁴⁴⁷.

In origine poté dunque sembrare aver gioco facile la dottrina inizialmente prevalente, contraria alla cedibilità delle revocatorie sulla base, «pur con diverse sfumature ed accenti», di un unico argomento: «l'intrinseca aderenza di tali azioni alla massa fallimentare» a maggior ragione in un sistema fallimentare in cui non esisteva iato tra l'omologazione del concordato e la cessazione della procedura. Circostanza, questa, invincibile da considerazioni di opportunità e razionalità economica, sicché l'affermata disponibilità delle azioni da parte della massa veniva qualificata come una mera petizione di principio⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ «Se l'azione di nullità fallimentare si dissipa collo sparir della massa è perché si presume che questa non abbia avuto bisogno di questo elemento patrimoniale o non abbia voluto profittarne o vi abbia rinunciato. [...] Ma quando i creditori in tanto procedono a concordato in quanto tra gli elementi attivi utilizzabili comprendono quella azione assicurata loro dalla legge, e la mettono deliberatamente a profitto, una tale presunzione non ha più base. [...] [P]erché impedire alla massa dei creditori una via come questa di uscire dal fallimento [...]?» (G. BONELLI, Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento, cit., pp. 294–295).

447 Si prendano, ad esempio, le osservazioni di MONTESSORI: «[s]e l'assemblea dei creditori con la propria deliberazione, omologata dal tribunale, può fare cessare lo stato di fallimento e chiudere il processo fallimentare, perché si dovrebbe negarle la facoltà di disporre, mediante cessione, ed allo scopo di ottenere migliori condizioni nel concordato, di azioni di diritto patrimoniale personale, istituite a vantaggio della massa dei creditori e comprese nella massa fallimentare?» (R. Montessori, La cessione delle azioni di nullità, cit. p. 1085); «quando l'assemblea dei creditori, approvando la proposta di concordato, cede quell'azione al fideiussore del fallito, la mette a profitto nel modo che essa stima conveniente. Se non potesse farlo, l'assemblea dei creditori verrebbe a trovarsi nell'alternativa di approvare la proposta di concordato, lasciando cadere infruttuose le azioni di nullità, o non accogliere la proposta di concordato affidandosi al curatore per l'esercizio delle medesime azioni nel processo fallimentare, che continua il suo corso» (ivi, p. 1086). Ancora, «è affatto arbitraria l'affermazione che i creditori, accettando la proposta di concordato, hanno sepolto definitivamente le azioni di nullità, perché la loro cessione al fideiussore, nel quadro della più ampia convenzione del concordato, sta a dimostrare proprio il contrario» (ivi, p. 1088). Tutti questi, però, risultano in fondo falsi argomenti: il fatto che i creditori espressamente si spoglino delle azioni di nullità mediante un'apposita clausola del concordato, di per sé nulla spiega circa la validità e gli effetti di una simile cessione.

448 D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 224, con una formulazione già impiegata da S. SATTA, La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato, cit., p. 316. Sostenitori di questo argomento, oltre allo stesso SATTA. erano in particolare A. CANDIAN, Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato, cit., p. 459, e F.M. DOMINEDÒ, L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento, cit., p. 104. Questa inerenza alla massa non era, a sua volta, motivata in maniera univoca, anzi talora mediante ricostruzioni tra loro difficilmente conciliabili: poteva infatti capitare che, per sostenere la non cedibilità delle azioni revocatorie, uno stesso Autore argomentasse dapprima nel senso che esse erano promosse - necessariamente - dal curatore «non più in nome di determinati soggetti o categorie (la massa), ma in nome di un interesse più generale», prevalente su quello del ceto creditorio (così op. ult. cit., pp. 105-106), e poco dopo nel senso che l'azione revocatoria non poteva essere separata dal diritto di credito rispetto al quale essa era inerente (così ivi, p. 107). L'argomento dell'intrinseca aderenza delle azioni revocatorie alla massa fallimentare era al fondo della tesi allora dominante nella dottrina e giurisprudenza francesi, tedesche e austriache, per le quali non era ammessa la cessione di esse al fine della loro prosecuzione al di fuori della procedura fallimentare: vedi nota 441.

⁴⁴⁹ «Petizione di principio è [] l'affermare (e in fondo è questo l'unico argomento che si oppone all'unico nostro argomento) che la massa dei creditori dispone delle azioni istituite a suo favore nel modo che più crede conveniente. Concezione materialistica, che fa delle azioni, al di fuori di ogni considerazione dei limiti processuali e sostanziali del loro esercizio, un bene

A questo argomento se ne aggiungevano di ulteriori – secondo variazioni da autore ad autore – che però, come anticipato, riflettevano incertezze sistematiche di fondo oggi sostanzialmente sopite.

Il dibattito risultava in certo qual modo inquinato, in primo luogo, dalla non ancora completa consapevolezza della distinzione, nella tipologia degli interventi di terzo nel concordato fallimentare, tra la figura del fideiussore del fallito e quella dell'assuntore del concordato, quest'ultima in due varianti a seconda che fosse convenuta o meno la liberazione del fallito dai debiti concordatari; in secondo luogo, da una qualificazione postulatoria del trasferimento delle revocatorie come necessariamente intercorrente tra il debitore e il cessionario.

Sotto il primo profilo era difettoso, per esempio, sostenere la cedibilità delle revocatorie affermando che il terzo cessionario delle azioni revocatorie sarebbe stato sempre assimilabile a un fideiussore del fallito, e perciò legittimato ad esercitare le azioni cedute a titolo di surrogazione legale nei diritti dei creditori⁴⁵⁰.

Sotto il secondo profilo, difettoso era sostenere in contrario che il terzo non avrebbe potuto farsi cessionario delle azioni revocatorie dal momento che esse non spettavano allo stesso fallito⁴⁵¹.

obbiettivamente apprensibile; della massa, una specie di avente causa – a titolo lucrativo... – del legislatore; e questa e quelle, per dirla in una parola, sottrae all'ambiente giuridico nel quale e pel quale nascono; il fallimento. La verità è che azioni e massa si condizionano reciprocamente, e sono entrambe condizionate al sorgere ed all'affermarsi del procedimento concorsuale. Meglio pertanto non si potrebbe riassumere la sorte delle azioni di revoca all'estinguersi del fallimento, che col dire, seguendo la dottrina tedesca, che esse rimangono prive di oggetto: gegenstandslos. L'argomentazione ora esposta [la] diremo obbiettiva perché poggia sulla natura stessa dell'azione revocatoria»: S. SATTA, La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato, cit., pp. 317-318. In altri termini, «la tesi combattuta s'involge nella petizione di principio [...] di affermare un'equivalenza fra le azioni di revoca, nate col fallimento e a questo destinate, ed ogni altra attività preesistente invece (in atto o in potenza) al fallimento stesso: mentre il problema era proprio quello di dimostrare, in via di massima, l'attitudine delle prime di uscir fuori dal fallimento» (F.M. DOMINEDÒ, L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento, cit., p. 105). Si osservava inoltre come, comunque, non potesse essere risolutivo far leva su un contenuto di fatto patrimoniale delle azioni revocatorie per affermarne la cedibilità, dal momento che «[a]lla stregua [di questo] concetto [...], potrebbero essere alienabili il diritto di stabilire i termini fra proprietà contigue, il diritto agli alimenti, e via via l'ipoteca legale ecc.: S. SATTA, La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato, cit., p. 318 nota 5.

⁴⁵⁰ In questo senso, R. MONTESSORI, *La cessione delle azioni di nullità*, cit., p. 1089, il quale - riprendendo e ampliando una ricostruzione proposta da G. BONELLI, Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento, cit., pp. 292 s. - sosteneva che «il fideiussore o l'accollatario, assumendo le obbligazioni del fallito nei modi stabiliti dal concordato, diviene creditore eventuale del fallito stesso, perché se il fideiussore o l'accollatario adempirà quelle obbligazioni sarà surrogato ope legis nei diritti dei creditori soddisfatti» e, in particolare, nella legittimazione all'esercizio delle revocatorie - da poter intraprendere anzi ancor prima del pagamento (possibilità che lo stesso BONELLI mostrava invece ritrosia ad ammettere) dal momento che «difende[ndo] un proprio diritto eventuale [...] egli non manca d'interesse a proporre la domanda di revocazione, sebbene al presente non sia titolare del credito». Oltre alla evidente confusione tra fideiussore (avente diritto di regresso per l'intero nei confronti del fallito, eventualmente con surroga nei diritti dei creditori da lui prioritariamente soddisfatti) e assuntore del concordato (che tali prerogative non vanta), osservata da F. Di SABATO, L'assuntore di concordato fallimentare, cit., pp. 35 s., vale la fondamentale obiezione di quest'ultimo autore: posto che la revocatoria si fa valere contro il terzo, non si vede quale ragione possa mediante essa vantarsi nei confronti del fallito.

⁴⁵¹ Questa prospettiva fu inaugurata da S. SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, cit., con riferimento sia al terzo fideiussore (poiché «il rapporto di fideiussione nel

106

Oltre alla stessa cedibilità delle azioni revocatorie, incorrevano nella vivace critica della dottrina dissenziente anche affermazioni su cui la giurisprudenza era sostanzialmente pacifica⁴⁵².

Tra queste, in particolare, la ritenuta inammissibilità della cessione delle azioni revocatorie tanto al fallito che (posizione rappresentata «dapprima in sentenze isolate, poi da giurisprudenza costante»⁴⁵³) al fideiussore del fallito.

L'inammissibilità della cessione delle revocatorie al fallito, ribadita quasi senza eccezione in giurisprudenza⁴⁵⁴, veniva criticata dagli autori dissidenti come una forzatura dettata da ragioni meramente equitative⁴⁵⁵. Non era d'altro canto

concordato non [può] essere diverso dal comune rapporto di fideiussione [...] la massa creditrice resta e deve restare completamente estranea a tale rapporto [...]. Se ciò è vero, ne viene di conseguenza, che il debitore, qualunque sia il corrispettivo concesso al garante, non potrà avergli trasmesso altri beni che quelli che erano di sua appartenenza; e quest'ultimo, correlativamente, non potrà esercitare altri diritti che quelli spettanti al debitore principale. Ma poiché [...] fra tali diritti non sono da comprendersi le azioni di revoca, queste non potranno mai essere a disposizione del fideiussore, e sarà vano e nullo un patto che le avesse eventualmente cedute. [...] [S]e pur si adotti la formula che è [la massa] che cede i beni, la cessione non potrà avere valore se non nei limiti, soggettivi ed oggettivi» per cui essa, «se partecipa al patto, lo fa in quanto è sempre lei la proprietaria (per seguire la teoria estrema del Bonelli) dei beni del suo debitore»: p. 322), che al terzo assuntore («[s]e non si vuol tramutare il concordato in qualche cosa di giuridicamente anomalo, bisognerà bene che con l'intervento del terzo siano salve le condizioni subiettive di esso: vale a dire che qualcuno si costituisca debitore di fronte alla massa. Lo farà appunto il terzo: ma allora questi, se in lui la condizione di debitore non è soltanto una formula e una parvenza, non dovrà godere di facoltà e di diritti che con la sua qualità contrastino, sì che lo facciano apparire un debitore con poteri di creditore; come sarebbe se potesse disporre nel nostro caso delle azioni di revoca. [...] Il debitore paga con i beni di cui effettivamente dispone, non artificialmente procurandoseli con mezzi che soltanto il creditore – in suo contrasto e ponendo nel nulla atti che nei suoi confronti personali sono validissimi - può esercitare»: p. 323). Coerentemente, secondo F.M. DOMINEDÒ, L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento, cit., pp. 108-109, «[i]l liquidatore fallimentare non può [] avere le facoltà del curatore fallimentare, se non a pena [...] di riconoscere alla volontà privata il potere di porre in essere, fuor delle ipotesi di legge, un'organizzazione parallela a quella concorsuale, ma necessariamente priva delle relative garanzie», in particolare l'assicurazione della par condicio creditorum». Per una confutazione, basata su argomenti che verranno ripresi e più analiticamente esaminati infra, F. DI SABATO, L'assuntore di concordato fallimentare, cit., pp. 39-40, secondo cui le riportate conclusioni di Satta «non ci sembra che potessero essere accolte, neanche prima dell'attuale legislazione [...], non essendo accettabile la premessa che vede il terzo esclusivamente in un rapporto di derivazione rispetto al debitore: è vero che il primo è per i beni ceduti un successore a titolo particolare del secondo, ma è anche vero che l'assegnazione dei beni viene compiuta dal potere pubblico in attuazione dello spossessamento verificatosi con la dichiarazione di fallimento, sicché l'ufficio, investito di posizioni giuridiche autonome, potrebbe anche attuare il trasferimento delle medesime al terzo, in una con la cessione dei beni».

⁴⁵² Secondo l'impostazione espressa da V. ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza in tema di diritto processuale civile (1933-1934)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 286 ss., p. 287: «Nella giurisprudenza è ormai costante la massima, secondo la quale è valida la clausola di concordato avente ad oggetto la cessione delle azioni revocatorie [...], diguisaché [*sic*] sembra ormai del tutto inutile ripetere gli argomenti teorici e le considerazioni pratiche, che convincono della invalidità. È invece interessante rilevare le incrinature che la giurisprudenza, spinta dalle esigenze pratiche, apporta al principio della validità».

⁴⁵³ V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 56.

⁴⁵⁴ Agli autori del tempo e successivi constava un solo precedente contrario: Cass. Napoli, 29 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 560.

⁴⁵⁵ Vedi S. SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, cit., p. 319: «le ragioni che si adducono sono tutte speciose, e mal tradiscono l'unica vera, che è quella non giuridica, ma istintiva, del disagio morale che si sente a costituire un fallito titolare di azioni che dovrebbero

difficile replicare che il debitore non avrebbe potuto, facendosi cessionario delle revocatorie, insorgere contro il fatto proprio⁴⁵⁶.

In maniera più convincente, si criticava l'orientamento giurisprudenziale per cui era esclusa la cessione delle revocatorie al fideiussore del fallito, motivata in sostanza sulla base di una presunzione pretoria di collusione tra il debitore e il suo fideiussore, tale per cui a beneficiare del risultato delle azioni si sarebbe dovuto ritenere fosse in realtà il primo e non il secondo⁴⁵⁷.

Può valere la pena osservare che non erano solo motivazioni dogmatiche a motivare la resistenza della dottrina critica, ma anche preoccupazioni di tipo morale che, pur incapaci di sostenere le argomentazioni giuridiche, aiutano almeno a spiegarne il vigore⁴⁵⁸.

Sennonché, nonostante le ravvisate debolezze della tesi favorevole alla cedibilità⁴⁵⁹, la giurisprudenza prevalente era salda nelle sue convinzioni. Questo "conflitto di logoramento" si risolse infine, come anticipato, nella "resa" anche degli autori più critici, che concentrarono quindi i loro sforzi su una plausibile ricostruzione dogmatica, non meramente efficientista, del fenomeno della cessione⁴⁶⁰.

spettare contro di lui. Una volta fissati nell'idea del contratto non c'è però alcuna ragione che giustifichi questa deviazione. [Se] [l]e azioni sono una merce, un'attività fallimentare[,] chi le paga, o chi promette per esse di pagare, che fa lo stesso, ne potrà disporre. Se sarà il fallito, tanto di guadagnato». Analogamente, F.M. DOMINEDÒ, *L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento*, cit., p. 109.

⁴⁵⁶ Così R. Montessori, *La cessione delle azioni di nullità*, cit., pp. 1088 s., che muoveva dalla qualificazione dell'azione revocatoria come azione di nullità per frode ai creditori: ma l'affermazione di principio si attaglia anche alla moderna concezione della revocatoria come azione produttiva di inefficacia relativa.

⁴⁵⁷ E questa impostazione giurisprudenziale era criticata, prima del suo recepimento espresso nell'originario art. 124, 3° comma, I.fall. (vedi *infra* nel testo), da autori di entrambi gli schieramenti: da un lato, per esempio, R. MONTESSORI, *La cessione delle azioni di nullità*, cit., pp. 1088 s.; dall'altro lato, per esempio, F.M. DOMINEDÒ, *L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento*, cit., pp. 106 s., e V. ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza*, cit., p. 287.

⁴⁵⁸ Particolarmente vivide, al riguardo, le parole di S. SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, cit., p. 327: «Chi ha avuto occasione di vivere a contatto con gli ambienti fallimentari (è proprio il caso di usare questo termine) sa quali siano i perniciosi effetti del principio, invero troppo leggermente accolto, della cedibilità delle azioni fallimentari. Si è formata tutta una categoria di appaltatori di fallimenti, veri professionisti del concordato: costoro, col sussidio, purtroppo, di avvocati poco scrupolosi, riescono normalmente a ghermire il fallimento con percentuali minime, non più alte di quelle che il fallito di per sé concederebbe: e poi si mettono all'opra, colla complicità necessaria del debitore, che fornirà gli elementi per le azioni fallimentari, così come in seguito parteciperà dei frutti. Uno stato di cose ripugnante. Al quale non può porre rimedio che il magistrato, rendendo un duplice servizio alla dottrina ed alla morale».

⁴⁵⁹ Tali che, secondo S. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 320, «[m]eglio sarebbe confessare apertamente che il miglior argomento a sostegno della teoria è, presso di noi, il peso inerte della tradizione. Anche esso vale qualche cosa!».

⁴⁶⁰ Ecco quindi che V. Andrioli, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie*, cit., p. 990, alla vigilia della promulgazione della legge fallimentare del 1942 constatava come «[i]l flusso della giurisprudenza [...] pone ormai il giurista teorico di fronte a un dilemma: o chiudersi nella torre d'avorio della intransigenza, ovvero accettare le conclusioni accolte dalla giurisprudenza pratica, non ad occhi chiusi, ma procurando invece di completare e, ove occorra, di raffinare quel lavorio di comprensione dogmatica e di delimitazione pratica della cessione delle revocatorie che, come si è visto, è già in atto nella stessa giurisprudenza».

Primo fra questi autori⁴⁶¹ a fornire una ricostruzione sistematica dell'istituto fu Virgilio Andrioli. L'illustre Autore prese le mosse dalla particolare qualificazione, da ultimo rinvenibile nella giurisprudenza di allora, del terzo partecipante al concordato che si fosse reso cessionario delle revocatorie.

Nel «terzo rilevatario delle attività del fallito concordatario» 462 (ossia – secondo espressione moderna – nell'assuntore del concordato) veniva ravvisato un «liquidatore [...] extrafallimentare, procuratore irrevocabile dei creditori» 463, omologo (come già suggerito da Satta⁴⁶⁴) al *bonorum emptor* romano. Questa ricostruzione recava con sé il corollario per cui «i creditori non [sarebbero] immediatamente soddisfatti con la cessione delle revocatorie e con il trasferimento delle attività al terzo rilevatario, ma lo [sarebbero] se ed in quanto il ricavo delle prime e il corrispettivo delle seconde, delle quali al liquidatore è pervenuta non la titolarità del diritto, ma la facoltà di disporne, siano, in effetti, destinati alla loro soddisfazione»⁴⁶⁵. Il terzo avrebbe dunque preso il posto del curatore nella liquidazione delle attività fallimentari: «una liquidazione extrafallimentare, la quale si sostituisce a quella fallimentare» 466. Senza che, pertanto, fosse «necessario ricorrere alla ipotesi [...] di una vendita preventiva al terzo rilevatario delle attività, che gli perverranno a seguito del favorevole esperimento delle revocatorie: ipotesi, che anche dal punto di vista fiscale è senza alcun dubbio inopportuna» 467. Ipotesi questa che, d'altro canto, non sarebbe condivisibile in partenza qualora si fosse convenuto con l'Andrioli che «il ricavo delle revocatorie favorevolmente esperite va necessariamente ai creditori»468.

Prescelta questa qualificazione giurisprudenziale, Andrioli ritenne di darvi un fondamento dogmatico vedendo nel cessionario delle azioni⁴⁶⁹ al contempo un sostituto processuale del curatore e un procuratore irrevocabile a vendere dei creditori. Osservando poi che «svolgendo questo cenno, si potrebbe dire che la validità della cessione si assida sul più ampio principio degli effetti sostanziali della domanda giudiziale: e cioè, poiché la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione, la omologazione del concordato non avrebbe affatto la virtù di troncare la trattazione delle revocatorie già in corso, con la conseguenza che la cessione di esse [...] non rappresenterebbe che un mezzo,

⁴⁶¹ Come osservato da D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., pp. 226 s.

⁴⁶² V. Andrioli, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie*, cit., p. 993.

⁴⁶³ Ibidem.

⁴⁶⁴ Vedi S. SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, cit., pp. 325 s.

⁴⁶⁵ V. Andrioli, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie*, cit., p. 993. L'autore desumeva da ciò che la cessione delle revocatorie non potesse essere inserita in un concordato con cessione dei beni ai creditori (figura la cui ammissibilità era peraltro assai controversa), «poiché quest'ultima come porrebbe nel nulla la massa anche nella sua incarnazione extrafallimentare, così renderebbe priva di causa la legittimazione primaria del curatore, prima, e quella secondaria del terzo rilevatario e del garante del concordato, poi» (*ibidem*).

⁴⁶⁶ V. Andrioli, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie*, cit., p. 993.

⁴⁶⁷ *Ivi*, p. 994 nota 20.

⁴⁶⁸ Ivi, p. 993.

⁴⁶⁹ Secondo un alternativa, tracciata come si è visto senza particolare precisione, tra «terzo rilevatario» e «garante del concordato»: *ivi*, p. 991.

da porre accanto agli altri, che la legge stessa, escogita per attuare il principio degli effetti sostanziali della domanda giudiziale»⁴⁷⁰.

Su questo principio l'Autore faceva quindi leva per fornire supporto teorico a due ulteriori conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza unanime o maggioritaria del tempo. In primo luogo, «poiché il principio presuppone, per definizione, un processo pendente, non è valida la cessione delle azioni revocatorie non iniziate dal curatore alla data di omologazione del concordato»⁴⁷¹. In secondo luogo, «non è valida la cessione delle azioni revocatorie al debitore, perché la [...] sostituzione processuale [] non si può attribuire all'avversario di colui, al quale spetta la legittimazione primaria, pena la estinzione del processo per confusione»472.

1.2. La legge fallimentare del 1942

La legge fallimentare del 1942 intervenne su questa materia, ancora bisognosa di una sistemazione condivisa, con previsioni apposite che per la loro laconicità avrebbero però dato filo da torcere agli interpreti per i decenni a venire.

L'originale secondo comma dell'art. 124 della legge fallimentare⁴⁷³ stabilì la regola per cui «[l]a cessione delle azioni revocatorie come patto di concordato è ammessa a favore del terzo che si accolla l'obbligo di adempiere il concordato limitatamente alle azioni già proposte dal curatore». Il terzo comma precisava però che «la cessione non è ammessa a favore del fallito e dei suoi fideiussori».

Per quanto il legislatore, fissando queste disposizione, potesse avere inteso «adotta[re] una soluzione temperata, che vale a frenare gli abusi verificatisi in questa materia»474, si è osservato che in questo modo «la legge fallimentare giunse tosto a chiudere il dibattito, formalizzando la posizione ormai cristallizzatasi in giurisprudenza, che pure non era (né, come si è visto, poteva esserlo) razionalizzata in termini sistematici accettabili» 475.

Questa formalizzazione risultò peraltro più limitante rispetto a certi risultati raggiunti nella giurisprudenza. Infatti, se da un lato le nuove disposizioni confermarono il dato ormai acquisito della non cedibilità delle revocatorie al fallito e al suo fideiussore, dall'altro lato esse erano «più ristrett[e] della prassi

⁴⁷¹ Ivi, p. 993. «Non si tratta quindi di un requisito utile, ma non necessario al fine di individuare la portata pratica della cessione delle revocatorie, come la giurisprudenza, nelle pronunce che hanno introdotto la cennata limitazione, ha mostrato di credere»: ibidem nota 17.

⁴⁷² V. Andrioli, *Natura ed effetti della cessione delle revocatorie*, cit., p. 993.

⁴⁷³ Il cui comma primo recitava: «Dopo il decreto [che dichiara esecutivo lo stato passivo] previsto nell'art. 97, il fallito può proporre ai creditori un concordato, presentando domanda al giudice delegato. La domanda deve contenere l'indicazione della percentuale offerta ai creditori chirografari e del tempo del pagamento, e la descrizione delle garanzie offerte per il pagamento dei crediti, delle spese di procedura e del compenso al curatore». La disposizione recepiva, con alcune novità su cui non occorre qui soffermarsi, quanto già previsto dall'art. 16, 1° comma, della legge 10 luglio 1930, n. 995 (Disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo, e sui piccoli fallimenti).

⁴⁷⁴ Così il par. 29 della Relazione al Re.

⁴⁷⁵ V. Di CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 78. Anche D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 225, osserva che la legge fallimentare recepì «senza sostanziali cambiamenti» i risultati raggiunti dalla giurisprudenza anteriore.

giurisprudenziale precedente; questa aveva una formulazione negativa, limitandosi ad escludere dalla cessione delle revocatorie il fallito, il creditore singolo ed il fidejussore; la norma [] [aveva] invece un contenuto positivo che limita[va] espressamente la cedibilità delle azioni al solo assuntore. Pertanto, i creditori come massa, che prima del 1942 potevano proseguire la revocatoria purché cessionari dei beni (punto inconfutabile alla luce della casistica giurisprudenziale), [erano] tagliati fuori da tale beneficio» 476.

Questa formalizzazione risultò per di più insoddisfacente rispetto alla principale questione controversa espressamente affrontata dal nuovo dato normativo, e cioè la delimitazione del novero delle azioni cedibili a quelle «già proposte dal curatore». È infatti proprio su questa espressione (che ormai, come si vedrà, è testualmente superata dalla odierna formulazione degli artt. 106 e 124 l.fall.) che si sono concentrati, per lungo tempo, i dubbi della pratica e gli sforzi interpretativi della dottrina. Il dibattito, molto acceso⁴⁷⁷, si svolgeva su due fronti.

Da un lato, il significato del termine «proposte», letto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti come "instaurate mediante domanda giudiziale" ⁴⁷⁸, e

Analogamente, L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 29–30, osservava che «il capov. dell'art. 124 [] utilizza[va] una espressione ("cessione dell'azione revocatoria") sino a questo momento servita a designare casi sostanzialmente diversi: esperimento o prosecuzione da parte dei creditori (a concordato concluso); da parte del fideiussore o garante del concordato; da parte dell'assuntore del concordato; ipotesi che la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale aveva segnalato essere tra di loro diverse, e per diversità sostanziali»; sicché, secondo l'autore, «il legislatore[,] esclude[ndo] le prime due ipotesi, mentre prevede ed ammette la terza, fini[va] però per adoperare l'espressione per quel caso che la dottrina aveva nettamente differenziato dagli altri, segnalando che in sostanza l'espressione non aveva il senso suo proprio, ma equivaleva ad assegnazione da parte dell'ufficio del bene ricavabile dall'esperimento o dalla prosecuzione della azione revocatoria. In tal modo si offriva il destro a dei giudici, non troppo amanti di andare delle cose al fondo, di arrendersi dinanzi alla lettera della norma, introducendo limitazioni che la prassi dottrinaria e giurisprudenziale precedente alla stessa, avevano del tutto ignorato».

⁴⁷⁷ Come osserva M. Fabiani, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, in *Foro it.*, 2003, I, 3027 ss., c. 3028.

⁴⁷⁸ Così in dottrina, tra i tanti e gli ultimi, D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel* concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 230, e M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., pp. 3028 ss. (nonché autori ivi richiamati), sulla scorta del criterio di interpretazione letterale, dell'opinione giurisprudenziale maggioritaria già prima del 1942, e della corrispondente ratio della disposizione, ravvisata in ciò, che «[p]er valutare la convenienza della proposta concordataria, i creditori debbono ponderare il possibile risultato finale della liquidazione fallimentare con le attribuzioni promesse dal debitore con l'intervento dell'assuntore e ciò possono fare se dispongono di dati obiettivi o quanto meno minimamente aleatori. Tale valutazione non si fonda soltanto sul potenziale incremento dell'attivo fallimentare ma anche sulla certezza della posizione individuale. Un creditore ammesso al passivo ma esposto al rischio del promovimento dell'azione revocatoria deve essere in grado di esprimere il voto in modo consapevole senza essere esposto al rischio dell'esercizio dell'azione sol perché il curatore l'ha proposta al giudice delegato. Un conto è conoscere con esattezza quali sono le aspettative – attive e passive – correlate ad azioni revocatorie pendenti, altro conto è dover fare una prognosi fondata su dati conoscitivi incerti. [...] Questa chiave di lettura porta allora ad escludere che la ratio dell'art. 124 l. fall. sia rinvenibile nella sola esigenza di assicurare che le azioni cedibili siano soltanto quelle sottoposte al vaglio del giudice delegato e quindi dotate di una sorta di autorevolezza. Ciò che rileva non è il fatto che su tali azioni abbia vigilato il giudice delegato, quanto piuttosto il fatto che le iniziative giudiziarie siano state effettivamente intraprese» (M. FABIANI, op. ult. cit., p. 3030; nello stesso senso D. VATTERMOLI, op. ult. cit., p. 232 e, successivamente, D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 468). In giurisprudenza,

da dissenzienti minoritari come "presentate dal curatore al giudice delegato per l'autorizzazione" 479.

Dall'altro lato, la più controversa questione circa il limite temporale entro il quale si sarebbero dovute proporre le azioni oggetto di cessione. Alla tesi maggioritaria per cui questo discrimine sarebbe consistito nel deposito della sentenza di omologazione del concordato⁴⁸⁰, si contrapponevano opinioni

tra le tante, Cass., 9 ottobre 1998, n. 10013, in *Fall.*, 1999, 614, con nota di G. RAGO, *La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare*, e in *Giust. civ.*, 1999, I, 735, con nota di G. Lo CASCIO, *Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione*, cit.

⁴⁷⁹ Tesi, questa, rappresentata in dottrina soprattutto da G. RAGO, prima in ID., *La cessione* delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare, cit., p. 619, e quindi in Ib., Manuale della revocatoria fallimentare, cit., pp. 800 s. L'autore fondava questa sua opinione sul filo di una distinzione tra "azione" e "domanda" giudiziale ove la prima è un «prius» che si concretizza» con la seconda. Se da un lato egli temperava questa affermazione richiedendo per la cedibilità dell'azione revocatoria che questa fosse stata autorizzata prima dell'omologazione, dall'altro lato non era restio a riconoscere che, soddisfatti questi requisiti, «l'autore [avrebbe] pot[uto] iniziare la revocatoria anche dopo l'omologazione» (G. RAGO, La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare, cit., p. 619; così già T. CANGINI, L'azione revocatoria della massa fallimentare esercitata dal creditore singolo e la cessione dell'azione revocatoria al garante del concordato, in Riv. dir. comm., 1940, II, 381 ss., p. 394). In quest'ultimo senso, Trib. Roma, 17 settembre 1962, in Dir. fall., 1962, II, 930, con soluzione opposta a quella di Trib. Roma, 19 febbraio 1962, in Dir. fall., 1962, II, 762. Certo, così ritenendo risultava una menomazione della ratio di tutela informativa su cui facevano leva gli autori di opposto avviso (vedi nota precedente): a questa considerazione si obiettava, però, che il terzo avrebbe sempre potuto trovare tutela mediante la possibilità di opporsi all'omologazione del concordato (vedi infra, sub note 559 e 560). Tutela, questa, ritenuta però da altri insufficiente: vedi M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., p. 3033. In giurisprudenza: Cass., 8 luglio 1958, n. 2457, in Dir. fall., 1958, II, 423; App. Firenze, 17 aprile 1964, in Dir. fall., 1964, II, 439. È eccentrica Cass., 5 ottobre 1957, n. 3628, in Dir. fall., 1957, II, 758, secondo cui per la validità della cessione è sufficiente che il curatore abbia fatto opposizione all'ammissione del creditore parte dell'atto, così manifestando la volontà di impugnare quest'ultimo; la sentenza è giustamente criticata (con l'appellativo di «lassista») da R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, cit., pp. 1669 nota 156, 1739.

⁴⁸⁰ Così in dottrina, per esempio, R. PROVINCIALI, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto* fallimentare, Padova, CEDAM, 1988, p. 654 (per la ragione che «la situazione e i poteri dell'assuntore sono quelli che derivano dalla sentenza»; argomentazione, però, apodittica); D. MAZZOCCA, Manuale di diritto fallimentare, cit., p. 466; G. RAGO, La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare, cit., p. 619; D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 233, il quale riteneva però che le azioni avrebbero dovuto essere state autorizzate prima del deposito della proposta di concordato, requisito che sarebbe emerso dalla lettera della legge («Diversamente, al legislatore sarebbe bastato dire "limitatamente alle azioni proposte dal curatore", con l'esclusione, quindi, dell'avverbio "già"»: ivi, p. 235). Questa autorizzazione, generando in capo al curatore un «poteredovere di esercitare la revocatoria», avrebbe «garanti[to] all'assuntore che l'azione [sarebbe stata] effettivamente iniziata» a pena, in caso contrario, di responsabilità risarcitoria nei confronti di questo (ivi, p. 234 nota 48). Così però, come notato da M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., p. 3031 nota 24, l'autore «sembra contraddire la premessa dell'irrilevanza del controllo del giudice delegato» da egli precedentemente espressa (v. D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., p. 230). In giurisprudenza, Cass. 10 maggio 1974, n. 1349, in Foro it., 1975, I, 425; Cass., 13 giugno 1969, n. 2097, in Dir. fall., 1970, II, 104; Cass., 28 luglio 1965, n. 1808, in Dir. fall., 1965, II, 678; Cass., 27 giugno 1957, n. 2515, in Dir. fall., 1957, II, 761; Trib. Terni, 23 marzo 2004, in Foro it., 2005, I, 1800; Trib. Bari, 4 marzo 1985, in Fall., 1985, 1107.

112

minoritarie che lo ravvisavano nel deposito della proposta di concordato⁴⁸¹ (ponendo enfasi sull'esigenza di una completa valutazione della convenienza della stessa⁴⁸²), nell'approvazione della proposta di concordato⁴⁸³, o nel passaggio in giudicato della sentenza di omologazione⁴⁸⁴.

La varietà delle soluzioni non rifletteva però ancora una piena comprensione teorica della natura e degli effetti della cessione; tanto che, per esempio, il limite di cedibilità delle sole azioni già proposte dal curatore - che come visto⁴⁸⁵ già prima del 1942 si era provato a spiegare dogmaticamente ma senza convinzione condivisa⁴⁸⁶ – fu in sostanza prevalentemente derubricato a «un sistema empirico (ma non per questo di trascurabile rilievo) di individuazione delle azioni che si cedono al fine di poterne più agevolmente computare il peso nel bilancio del concordato»⁴⁸⁷.

Questa impostazione di sostanziale "resa" dogmatica investì anche l'esegesi del terzo comma dell'art. 124 l.fall.: non sorprende quindi che la negazione della cedibilità delle revocatorie non solo al fallito, ma anche al suo fideiussore, fu uniformemente motivata con l'imperativo di prevenire l'ingiustificato arricchimento del debitore insolvente⁴⁸⁸, oltre che (ormai consolidatasi l'opinione dell'effetto revocatorio come inefficacia relativa) con l'impossibilità per entrambi questi soggetti di impugnare atti che avrebbero conservato la loro forza nei rapporti tra debitore e terzo soccombente in revocatoria489.

Questi argomenti erano anzi peraltro ritenuti abbastanza solidi da fondare l'opinione, dominante in dottrina e in giurisprudenza, della nullità dei patti tra fallito e assuntore, collaterali al concordato (c.d. patti paraconcordatari)⁴⁹⁰ in varia guisa volti a riportare nel patrimonio del debitore, una volta compiuta l'esecuzione del concordato, le attività recuperate mediante le revocatorie cedute⁴⁹¹.

⁴⁸¹ Così in dottrina, per esempio, M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., pp. 3030 s. (e autori ivi richiamati); G. SCHIAVON, Il concordato con assunzione, cit., p. 161; G. BAVETTA, Sui limiti della cessione delle azioni revocatorie all'assuntore del concordato fallimentare, in Dir. fall., 1963, I, 289 ss., pp. 291 ss. (che però qualificava la tesi con poco coerenti temperamenti: cfr. ivi, p. 301). In giurisprudenza, Cass. 10013/1998, cit.

⁴⁸² Così Cass. 10013/1998, cit.: «Il comitato dei creditori ed i creditori singolarmente [...] devono preventivamente conoscere le revocatorie che possono essere promosse perché così solo sono in grado di formulare un ponderato giudizio di convenienza economica della proposta».

⁴⁸³ Così G. Lo CASCIO, Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione, cit., pp. 738 s.

⁴⁸⁴ Così, per esempio, G. BAVETTA, Sui limiti della cessione delle azioni revocatorie all'assuntore, cit., p. 301; A. Bonsignori, Il fallimento, cit., p. 779.

⁴⁸⁵ Il riferimento è alla tesi ricostruttiva di V. ANDRIOLI, descritta nel paragrafo precedente.

⁴⁸⁶ Lo nota V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 60.

⁴⁸⁷ Ibidem.

⁴⁸⁸ Affermazione, questa, comune nella giurisprudenza anteriore e posteriore al 1942, ma la cui idoneità a fondare l'esclusione del fideiussore del fallito dal novero dei possibili cessionari era stata aspramente criticata da ben prima dell'emanazione della legge fallimentare: vedi le opere citate nella nota 457. Su questo aspetto torneremo infra (vedi cap. IV, §§ 2.1 e 3.3).

⁴⁸⁹ In questo senso, per esempio, G. LO CASCIO, Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione, cit., p. 737.

⁴⁹⁰ Stipulazioni di per sé non reputate invalide: in giurisprudenza vedi, tra le tante, Cass., 23 dicembre 1992, n. 13626, in Fall., 1993, 708; Cass., 5 luglio 1984, n. 3931, in Dir. fall., 1984, II, 983; Cass., 23 aprile 1969, n. 1305, in Dir. fall., 1969, II, 375.

⁴⁹¹ In questo senso, Cass., 25 ottobre 1972, n. 3231, in *Dir. fall.*, 1973, II, 363; Cass., 17 giugno 1966, n. 1555, in Dir. fall., 1966, II, 777, con nota di A. Bonsignori, Frode alla legge nel

L'incerta sistemazione dogmatica del fenomeno della cessione delle revocatorie contribuiva, forse, alla quasi unanime convinzione (espressa, talora, con insoddisfazione⁴⁹²) che essa non fosse ammessa al di fuori della cornice concordataria. Alle voci isolate secondo cui questa possibilità era già implicita – in via più⁴⁹³ o meno⁴⁹⁴ immediata – nel sistema della legge fallimentare, e che peraltro non ne esploravano le implicazioni pratiche e sistematiche, si opponevano obiezioni dogmatiche anch'esse non particolarmente approfondite⁴⁹⁵. Non mancavano, d'altro canto, spinte sul fronte legislativo a un recepimento espresso di questa figura nel tessuto della legge fallimentare, contemplato – in particolare – nel disegno di legge-delega Veltroni del 2000⁴⁹⁶ e

concordato fallimentare, e in Foro pad., 1967, I, 681, con nota di F. Di Sabato, In tema di convenzioni collaterali tra fallito ed assuntore del concordato. In dottrina, F. Di Sabato, L'assuntore di concordato fallimentare, cit., p. 63 nota 85, secondo cui «[i]n un caso del genere riterrei che il negozio interceduto tra il terzo e il fallito è senz'altro colpito dalla nullità, perché in frode alla norma del 3° comma dell'art. 124; nella fattispecie, così come nel caso di cessione solo parziale e conseguente restituzione al fallito dei beni non ceduti, si vuol raggiungere lo stesso risultato pratico che è vietato dalla legge, facendo partecipare il fallito ai vantaggi derivanti dall'esperimento delle revocatorie». Non mancavano, peraltro, posizioni più moderate, come la tesi di V. Di Cataldo, Il concordato fallimentare con assunzione, cit., p. 238, secondo cui tali patti erano pur sempre validi tra debitore e assuntore del concordato, ma inopponibili nei confronti dei creditori. Per ulteriori riferimenti dottrinali vedi M. Fabiani, Contratto e processo nel concordato fallimentare, cit., p. 385 nota 4.

⁴⁹² Particolarmente interessanti le parole di F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., pp. XVII–XIX (dalla prefazione, del maggio 1974, alla terza edizione dell'opera), che, meditando le principali criticità della legge fallimentare come allora vigente, osservava: «Un altro punto della disciplina da modificare riguarda la liquidazione. Non solo deve ammettersi senza restrizioni la vendita degli immobili a trattative private, ma deve consentirsi altresì la vendita in blocco del patrimonio fallimentare ivi comprese le azioni revocatorie, che può risultare in concreto la forma più vantaggiosa per i creditori. Attualmente questo non è possibile con la conseguenza che lo stesso fallito utilizza in fatto tale possibilità, facendo intervenire nel concordato un terzo come assuntore (che per lo più è una società di comodo), a cui cede il patrimonio fallimentare, per cui viene in definitiva ad effettuare una speculazione a carico dei suoi creditori. Si deve dare invece alla massa la possibilità di ottenere da un terzo a mezzo della cessione del patrimonio quello che attualmente può conseguirsi solo a mezzo del concordato, perché questo porta di rimbalzo alla conseguenza che in caso di concordato il vantaggio offerto ai creditori debba essere maggiore».

⁴⁹³ Così D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 239 (richiamato, dopo la riforma organica, da D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 453).

⁴⁹⁴ Così L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 45, con una proposta che risulta "profetica" alla luce delle modifiche operate alla legge fallimentare ventisei anni dopo: «la possibilità di cessione delle azioni revocatorie in caso di concordato fallimentare [...] Sistematicamente potrebbe trovar luogo nel capo VI della legge, ove sono le norme sulla liquidazione dell'attivo. Più particolarmente può essere attratta dall'art. 106 cpv L.F. che prevede la possibilità di vendita in massa delle attività mobiliari, in tutto o in parte, norma che ha una sua storia nella quale si ritrova la previsione della alienazione di beni allo stato di semplice speranza».

⁴⁹⁵ Così M. Fabiani, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3035: «La ragione per la quale non è ammessa la cessione di crediti derivanti dall'esercizio di azioni revocatorie è sicuramente da ritrovare nella riconosciuta legittimazione processuale esclusiva che compete al curatore, alla quale deve corrispondere anche una esclusiva legittimazione sostanziale».

⁴⁹⁶ Su cui vedi D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 239 nota 64.

nel progetto di legge-delega presentato nello stesso anno dall'Associazione bancaria italiana⁴⁹⁷.

2. Caratteri generali della c.d. cessione concordataria (art. 124, 4° comma. I.fall.).

L'art. 124, 4° comma, primo periodo, I.fall., nel testo vigente dal 1° gennaio 2008, recita: «La proposta [di concordato fallimentare] presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa». Il comma prosegue con altri due periodi i quali stabiliscono che «[i]l proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione».

Mi sembra proficuo, anche a fini di chiarezza espositiva, svolgere l'esegesi di queste disposizioni ripartendo ed esaminando le varie questioni in base agli incisi del testo normativo cui esse più strettamente attengono. Seguirà poi la disamina di problemi sollevati propriamente dal raccordo tra l'art. 124, 4° comma, e altri articoli della legge fallimentare.

Giova osservare sin d'ora che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019), e in particolare il suo art. 240, 5° comma, non ha recato alcuna modifica alle disposizioni riprese dall'art. 124, 4° comma, I.fall., al di là dell'aggiustamento lessicale dovuto alla nota sostituzione della procedura di "fallimento" con quella di "liquidazione giudiziale" e (ovviamente) all'adeguamento del rinvio alle disposizioni sull'esdebitazione 498. Sembra quindi ritenere che l'esegesi qui condotta a legislazione vigente 499 valga tendenzialmente anche per le disposizioni del nuovo Codice.

2.1. «La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione».

L'art. 124, 4° comma, I.fall. non contiene più il riferimento all'assuntore del concordato fallimentare («terzo che si accolla l'obbligo di adempiere il concordato») contenuto al previgente secondo comma, il quale, assieme all'art.

115

⁴⁹⁷ Su cui vedi *ivi*, p. 240.

⁴⁹⁸ L'art. 240, 5° comma, del Codice recita infatti: «La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo della liquidazione giudiziale, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa. Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il debitore, fermo quanto disposto dagli articoli 278 e seguenti in caso di esdebitazione».

⁴⁹⁹ Vedi nota 9.

137, 4° comma, I.fall.⁵⁰⁰, era uno dei due soli punti di emersione normativa di questa figura nel tessuto originario della legge fallimentare. Analogamente, la disposizione oggi vigente non stabilisce più, come fino al 2006 faceva al terzo comma, che «[l]a cessione non è ammessa a favore del fallito e dei suoi fideiussori».

Come anticipato, proprio l'incerta definizione dogmatica delle possibili modalità di partecipazione di un terzo a un concordato fallimentare aveva determinato, prima del 1942, oscillazioni giurisprudenziali e non poche controversie dottrinali. D'altro canto, si è detto che proprio con una netta distinzione tra assuntore del concordato (quarto comma) e fideiussore del fallito (terzo comma), il primo ammesso e il secondo sottratto alla possibilità di cessione delle azioni revocatorie, il previgente art. 124 l.fall. mirava – nelle parole della Relazione al Re – ad «adotta[re] una soluzione temperata, che vale a frenare gli abusi verificatisi in questa materia».

Proprio sui previgenti artt. 124 e 137 l.fall. ha fatto leva attenta dottrina per affermare la superfluità di concepire forme di partecipazione del terzo al concordato fallimentare diverse dall'assunzione e dalla fideiussione⁵⁰¹, nonostante le ricorrenti incertezze o ambiguità nella dottrina e giurisprudenza di un tempo⁵⁰². In una prospettiva storica, si è anzi notato come «proprio la cessione delle revocatorie [abbia] cristallizzato il modello di assunzione del concordato fallimentare, "convincendo" il terzo a portarsi all'interno del concordato»⁵⁰³.

Da questo punto di vista, il lavoro dell'interprete è oggi complicato (anche) dal venire meno di questo limitato, ma utile, spartiacque interpretativo⁵⁰⁴; e ciò

⁵⁰⁰ Il quale stabiliva che le disposizioni di quell'articolo, in tema di risoluzione del concordato fallimentare, non avrebbero trovato applicazione «quando gli obblighi derivanti dal concordato [fossero] stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore».

⁵⁰¹ Così V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 5–6, per il quale «le norme fallimentari hanno bisogno soltanto di tre diverse figure per regolare le possibili situazioni del terzo che interviene nel concordato. Si dica poi che si tratta di due genus (fideiussore e assuntore), il secondo dei quali scindibile a sua volta in due species (a seconda che l'assunzione preveda o no la liberazione del fallito), o si dica invece che si tratta di tre genera o di tre species, è questione in fondo di secondaria importanza». Sicché, per l'Autore, risulta «preferibile evitare di assegnare una precisa funzione tipologica al termine "garante", la cui capacità distintiva si è stemperata in un uso promiscuo protrattosi nel tempo» (ivi, p. 3 nota 3). Già F. DI SABATO, L'assuntore di concordato fallimentare, cit., p. 43, prendendo in considerazione l'espressione "garante (del concordato)" tanto diffusa nella prassi, osservava che essa «non sta ad indicare alcuna figura particolare se non quella dell'assuntore-cessionario dei beni. dal momento che la maggior parte dei casi in cui l'espressione è usata sono appunto casi di assunzione con cessione; al più si potrà riservare, più precisamente, questa espressione al caso di assunzione cumulativa in cui cioè l'intervento del terzo non abbia comportato la immediata liberazione del debitore; ben s'intende, però, senza riconoscere perciò solo a questa figura alcuna autonomia». Cfr., per esempio, R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, cit., pp. 1667 s.

⁵⁰² Come francamente osservava V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 7, «la dottrina ha mostrato, per questa problematica, scarso interesse; e la giurisprudenza si è preoccupata di salvare le esigenze del caso concreto più che di elaborare una visione d'assieme di tale capitolo normativo; e ciò è stato fatto introducendo talora delle suddistinzioni equivoche, perché intrinsecamente prive di valore selettivo tra le fattispecie concrete, sovrabbondanti, perché non richieste dal tessuto normativo, ed incerte al punto da accrescere la confusione terminologica».

⁵⁰³ *Ivi*, p. 2 nota 1.

⁵⁰⁴ Non si può infatti aderire allo spunto di S. PACCHI, *Chi e quando si può presentare una proposta di concordato fallimentare*, in Id. (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Milano, IPSOA,

mentre il resto del diritto positivo rimane, quanto alla figura dell'assuntore del concordato (nonché, pare, del fideiussore del fallito) tuttora «evanescente» 505.

Questa evanescenza contribuisce forse a spiegare la tesi, minoritaria sia in giurisprudenza che in dottrina⁵⁰⁶, e oggi attestata al più come *obiter dictum*⁵⁰⁷, per la quale, «sul presupposto che solo la variante liberatoria possa essere qualificata assunzione [si] esclud[e] la cedibilità delle revocatorie a favore dell'assuntore cumulativo (da essi detto garante)»508. Sembrano però tuttora persuasive le osservazioni formulate da attenta dottrina, per cui questa posizione è «non convincente, basata su una discutibile scelta terminologica e/o su una interpretazione antiletterale dell'art. 124. L'indagine storica rivela infatti che il capitolo della cessione delle revocatorie si sviluppò in relazione pressoché esclusiva all'assunzione cumulativa; e l'analisi strutturale precisa che, quale che sia il rapporto tra le due varianti di assunzione [...], la fattispecie cumulativa non può certo – e meno che mai dall'angolo visuale della cessione delle revocatorie – essere accostata alla fidejussione»⁵⁰⁹. Anche se non si volesse convenire con questo Autore che «[i]l presupposto della cessione delle revocatorie è da individuare nella cessione dei beni, dato che si riscontra anche nella ipotesi di assunzione cumulativa»⁵¹⁰, il ragionamento non cambia facendo piuttosto perno sulla circostanza che indistintamente, in entrambe le forme di assunzione liberatoria o cumulativa – il cessionario e non il fallito è e resta l'obbligato principale per i crediti interessati dal concordato.

Ancora più grave della mancata menzione dell'assuntore risulta però il mancato abbinamento della sancita cedibilità delle azioni di massa a una qualche indicazione espressa circa il novero dei possibili cessionari. La disposizione oggi in vigore discorre solo di chi può presentare la proposta di concordato che contempli questa particolare cessione – «uno o più creditori o un terzo» – e, appena oltre, i limiti in cui «[i]l proponente» può «limitare gli impegni assunti con il concordato».

Bisogna allora chiedersi, in primo luogo, se ai fini della cessione di azioni di pertinenza della massa sia necessario che vi sia coincidenza tra l'«uno o più creditori o un terzo» che possono presentare la proposta di concordato e il soggetto cessionario delle azioni. La ragione di questo dubbio è chiara: «non

117

^{2008, 33} ss., p. 49, secondo cui «[i]l riconoscimento della legittimazione al terzo ha fatto perdere di significato a qualifiche come quella di "assuntore" e di "garante" dal momento che ogni proponente subisce le medesime conseguenze e gode degli stessi effetti». Questa affermazione risulta infatti un poco sbrigativa, sol che si consideri la controversa questione se la cessione concordataria di azione revocatorie richieda la contestuale cessione dell'(intero) attivo fallimentare (la quale può riguardare l'assuntore, ma non il fideiussore del concordato), e quella se sia ammessa la cessione delle azioni revocatorie a favore dell'assuntore cumulativo o del fideiussore: tutte questioni su cui vedi *infra* nel testo.

⁵⁰⁵ M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 449.

⁵⁰⁶ Essa era sostenuta soprattutto da R. PROVINCIALI (vedi ID., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 1660) e da P. PAJARDI (da ultimo, in ID., *Manuale di diritto fallimentare*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 682).

⁵⁰⁷ Così in Cass., 2 dicembre 2003, n. 18382, in *Arch. civ.*, 2004, 1211.

⁵⁰⁸ Vedi V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 59 nota 50. In giurisprudenza, per esempio, Cass., 22 ottobre 1969, n. 3541, in *Dir. fall.*, 1970, II, 382.

⁵⁰⁹ V. DI CATALDO, *op. ult. cit.*, p. 59 nota 50.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

sempre e non necessariamente il proponente è colui che si assume le obbligazioni concordatarie»⁵¹¹.

Sulla base, anzitutto, della lettera della legge, va prestata adesione a quegli autori che, interessandosi della questione, hanno concluso che «il nuovo art. 124 l.fall. sembra chiarissimo nello stabilire che si può pattuire la cessione delle azioni soltanto quando il proponente sia un terzo o i creditori: non quando gli obblighi siano assunti da un terzo. Questo significa che la clausola di cessione delle azioni di massa può essere inserita solo nelle proposte che provengono dai terzi e non in quelle che prevedono l'intervento di un terzo: al contrario, la cessione delle azioni di pertinenza della massa può avvenire anche a favore di un soggetto diverso dal proponente, purché proponente sia, appunto, un terzo» ⁵¹².

Anche da un punto di vista funzionale, del resto, non si comprende quale utile fine potrebbe servire l'asserzione per cui il proponente (creditore o terzo) e il cessionario debbano essere lo stesso soggetto. Lo stesso art. 124 I.fall. consentiva unicamente al fallito di presentare una proposta di concordato, mentre escludeva che la cessione potesse andare a favore del medesimo oltre che dei suoi fideiussori. Se dunque l'originaria legge fallimentare non lasciava alcuno spazio per una coincidenza tra proponente e cessionario, neanche facendo appello al criterio storico può apporsi questa restrizione ora che il testo normativo riformato va certamente nel senso di un ampliamento della sfera di cedibilità concordataria delle azioni. Naturalmente, in contrario non vale invocare il secondo periodo dell'art. 124, 4° comma, I.fall. («Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato [...]»), dove nulla impone che gli impegni assunti con il concordato siano assunti dallo stesso proponente: la disposizione sancisce, piuttosto, che le limitazioni di responsabilità in ordine ai crediti assunti per effetto del concordato dal proponente oppure da un diverso soggetto devono essere indicati nella proposta di concordato – evidentemente per assicurare il convincimento informato dei creditori chiamati a votare sulla proposta⁵¹³.

Più interessante è allora interrogarsi sui confini della figura di "terzo" proponente e/o cessionario, e cioè quali soggetti, pur essendo indubitabilmente «terzi», in base alla legge o nonostante il silenzio della legge siano esclusi dall'applicazione dell'art. 124, 4° comma, I.fall. quali possibili proponenti e/o cessionari.

Pare indiscutibile che – con soluzione opposta a quella operante prima del 2006 – la cessione di azioni di pertinenza della massa non possa più essere contemplata in proposte di concordato provenienti dal fallito. Figura problematica è però quella delle «società cui [il fallito] partecipi o [] società sottoposte a comune controllo» che, ai sensi dell'art. 124, 1° comma, I.fall., come il fallito non possono presentare proposta di concordato «se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo». Ciò non perché sia controversa la

118

⁵¹¹ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 286.

⁵¹² M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 561. Nello stesso senso, S. Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1423; F. De Santis, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1122.

⁵¹³ Alla conclusione opposta si potrebbe pervenire solo se la legge si esprimesse, per esempio, in questi termini: "Il proponente può limitare gli impegni *da lui* assunti con il concordato ecc.".

cedibilità delle azioni di massa a questi soggetti – universalmente esclusa – ma perché, volgendo in termini più generali questo spunto normativo, ci si chiede se ed entro quali limiti soggetti collegati al fallito possano rendersi cessionari di azioni di massa.

Questo problema è connesso al diffuso convincimento per cui non è ammissibile che il fallito tragga, neppure potenzialmente, un ingiustificato arricchimento dalla cessione di azioni di massa. Questa ipotesi, in verità non ben approfondita nell'analisi dottrinale, sembra venir individuata laddove, all'esito della piena esecuzione del concordato fallimentare, sussistano due circostanze: i creditori concorrenti sono stati soddisfatti, per almeno parte delle percentuali concordatarie, con il provento di azioni di massa; e il fallito si trova nella disponibilità (quantomeno di fatto) di almeno una parte dei beni del patrimonio fallimentare. In un simile caso si avrebbe ingiustificato arricchimento del debitore perché, in concreto, per parte delle pretese dei creditori concorrenti non ha risposto il debitore stesso con l'*intero* suo patrimonio⁵¹⁴ bensì hanno sopperito i terzi convenuti nelle azioni di massa. La misura della parte di pretese creditorie così soddisfatte rappresenterebbe l'ingiustificato arricchimento del debitore.

Come in parte anticipato nel precedente paragrafo, questa ricostruzione ha svolto un ruolo cruciale nello sviluppo teorico dell'istituto della cessione delle azioni nell'ambito del concordato fallimentare. Essa ha lasciato le sue tracce su diversi fronti

In primo luogo, è questa concezione ad aver confortato la tesi per cui se il cessionario, apparentemente non legato al fallito, in realtà collude con lui, in virtù di un patto paraconcordatario avente ad oggetto la restituzione di uno o più beni del patrimonio fallimentare dal cessionario allo stesso fallito, questo accordo è nullo per frode alla legge (arg. ex art. 1344 c.c.)⁵¹⁵. Questa opinione è stata elaborata anteriormente alla riforma organica, e dunque modellata sulla cessione delle azioni revocatorie, ma pare capace di estendersi alla cessione delle altre azioni di massa. Va notato che alcuni autori hanno suggerito di ampliarne la portata, ipotizzando che in un simile caso potrebbe contestarsi la validità della stessa cessione delle azioni revocatorie⁵¹⁶.

In secondo luogo, è questa concezione ad aver storicamente motivato l'esclusione dei fideiussori del fallito dalla cessione delle azioni revocatorie⁵¹⁷. Se l'espresso recepimento legislativo di questo risultato giurisprudenziale (art. 124, 3° comma, I.fall.) sembra non aver più fatto indugiare sulla sua fondatezza, alla luce della lunga storia di questa restrizione non ci si può stupire che da diversi parti si continui a sostenere che, in «continuità con la disciplina del '42», i fideiussori del fallito non possano rendersi cessionari di azioni di massa⁵¹⁸.

A ben vedere, però, non esistono più indici normativi per cui non possa estendersi ai fideiussori quanto un Autore ha osservato circa i «prossimi congiunti del debitore insolvente e dei soggetti cui è stata estesa la procedura» ai quali,

⁵¹⁶ Così F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 578 nota 17-bis.

⁵¹⁴ Meno, ovviamente, i beni non compresi nel fallimento.

⁵¹⁵ Vedi nota 491.

⁵¹⁷ Al riguardo vedi, per esempio, A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 726 s.; G. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 288.

⁵¹⁸ Così S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1423.

secondo la relazione illustrativa del d.lgs. 5/2006, dovrebbero intendersi «comunque non cedibili» *ex* art. 106 l.fall. le azioni revocatorie: che «tale limitazione, non essendosi tradotta nel dato normativo, non può essere correttamente applicabile»⁵¹⁹.

La ritrosia a trarre questa conclusione, che non troverebbe ostacoli nel dato normativo, si spiega allora appunto con la resistenza ad ammettere che le azioni di massa possano andare in qualche modo a vantaggio del fallito e di soggetti a lui vicini, novero questo che ha peraltro contorni incerti ed è perciò ampiamente plasmabile in via interpretativa. Questa tenace convinzione deve però misurarsi, da un lato, con una più obiettiva valutazione del fenomeno della cessione delle azioni nel concordato, e dall'altro con la stessa circostanza che la gamma delle azioni cedibili è stata ampliata oltre i confini delle azioni revocatorie.

Dal primo punto di vista, si è notato ormai più di quarant'anni fa che, per quanto diffuso nella pratica possa essere il rischio di collusione tra il fallito e i suoi fideiussori⁵²⁰, non si comprende quali motivi giuridici possano elevarlo a limite ostativo alla cessione in assenza di una previsione legislativa⁵²¹.

Piaccia o no l'idea che un terzo succeda al curatore nel turbare il sonno dei terzi convenuti con azioni di massa, la possibilità di cedere queste ultime è comunque rivolta all'interesse dei creditori chiamati ad approvare la proposta di concordato. Come si è visto nel capitolo precedente⁵²², se la legge fallimentare escludesse questa cedibilità, con la chiusura del fallimento conseguente all'omologazione del concordato le azioni di massa, tanto "concorsuali" che "non concorsuali", non potrebbero essere proseguite (art. 120, 2° comma, I.fall.), e nulla del loro potenziale risultato utile potrebbe andare a vantaggio della generalità dei creditori concorrenti. A fronte di ciò, per i creditori dovrebbe risultare pur sempre più desiderabile il corrispettivo, anche minimo, della cessione. In quanto invece l'alternativa praticabile alla cessione sia la

⁵¹⁹ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 456.

^{520 «[}P]ratica e ben nota consequenza» dell'affermata cedibilità delle azioni revocatorie all'assuntore del concordato, osservava F.M. DOMINEDÒ, L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento, cit., pp. 110-111, è quella «di rendere possibili [] collusioni fra l'assuntore del concordato ed il fallito, che, per ottenere la chiusura del fallimento, fornirà facilmente al primo gli elementi delle azioni contro i singoli creditori partecipi (presunti) della frode, salvo poi prendere illecita parte ai relativi vantaggi, e comunque, consentire al terzo di ripagarsi ad usura della modesta percentuale assunta. Cosicché, non solamente il rigore pubblicistico del sistema, ma anche un evidente criterio di moralità, [...] condannano concordemente il mercato delle azioni concorsuali». Ancora cinquant'anni più tardi, in R. PROVINCIALI, G. RAGUSA MAGGIORE, Istituzioni di diritto fallimentare, cit., p. 655, si riteneva che «[s]e fosse [] giusto che il carattere recuperatorio dell'azione vada riferito non al concordato o alla massa passiva quale risulta dalla falcidia concordataria, ma alla massa nella sua integrità, si farebbe del concordato con assunzione un trasferimento di beni e nulla impedirebbe un accordo tra assuntore e fallito diretto a questo trasferimento, mediante l'intervento del tribunale allo scopo di far percepire all'assuntore più di quanto spetterebbe al fallito che provvedesse personalmente alla liquidazione dei propri beni». In quest'ultimo senso, più recentemente, anche M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., pp. 3033 s.

⁵²¹ Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 783, secondo il quale alla base del divieto stavano «generici motivi di opportunità». Nel senso che l'esclusione del fideiussore dal novero dei possibili cessionari era il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, e non una necessità sistematica, vedi anche R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 1671 s.

⁵²² Vedi cap. III, § 5.5.

prosecuzione della procedura e la coltivazione delle azioni di massa da parte del curatore, saranno pur sempre i creditori a valutare con il proprio voto la convenienza rispettiva delle due opzioni.

Se perciò non corrisponde al vero concepire il cessionario delle azioni di massa come soggetto che, pur mirando certamente al proprio esclusivo profitto, non realizza nei fatti alcun interesse dei creditori concorrenti, non meno perplessità suscita la persistente, piana diffidenza verso soggetti in qualche modo facilmente catalogabili come vicini al fallito.

Certamente nella prassi sarà tipicamente fideiussore del fallito chi si è in tal modo impegnato per ragioni personali, più che economiche: in particolare, qualcuno dei «prossimi congiunti» che il d.lgs. 5/2006 avrebbe potuto (ma non ha voluto) escludere espressamente dal novero dei potenziali cessionari. Constatazione, questa, che peraltro appare più confacente a un contesto storico, come quello dell'anteguerra, ove la giurisprudenza era chiamata a pronunciarsi in maniera comparativamente più frequente su fallimenti di imprenditori individuali. La naturale prossimità di interessi tra fallito e fideiussore non può però elevarsi, solo per via interpretativa, da fatto tipico a fatto normativo⁵²³. Non si comprende poi per quale ragione l'opinione contraria preferisca ancora incentrarsi su categorie agevolmente predeterminate in astratto (qualsiasi fideiussore del fallito) per soddisfare un criterio, quello della prevenzione dell'ingiustificato arricchimento del fallito, che per la sua indole fortemente pratica richiederebbe piuttosto una disamina ritagliata sulle particolarità del caso individuale. Non si vede infatti perché lo stesso risultato che la giurisprudenza, e poi la legge, mirava a precludere escludendo dalla cedibilità delle revocatorie il fideiussore non si sarebbe potuto raggiungere, per esempio, mediante la costituzione da parte del fallito, tramite persone interposte, di una società ad hoc cessionaria delle azioni. Prassi questa che trova infatti ora ostacolo – questo sì espresso - nel nuovo art. 124, 1° comma, I.fall.

In definitiva, quindi, non sembra sussistano preclusioni alla cessione di azioni di massa a soggetti non contemplati dall'art. 124, 1° comma, secondo periodo l.fall.

In particolare, non si riscontrano ostacoli alla cessione di azioni di massa a creditori concorrenti⁵²⁴, salvo il diverso problema del conflitto d'interessi come ragione di esclusione dal voto sulla proposta di concordato⁵²⁵.

⁵²³ Vedi R. PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, cit., p. 1671: «Si dice che nella pratica la illimitata cedibilità delle revocatorie aveva dato luogo ad abusi e speculazioni: già denunciato sistema della legge vigente, di snaturare gli istituti per prevenirne il cattivo funzionamento; come se i reperti della patologia potessero influire sulle nozioni dell'anatomia normale».

⁵²⁴ Così anche A. Bonsignori, *Del concordato*, in G.U. Tedeschi, A. Bonsignori, U. Santelli, *Della cessazione della procedura fallimentare, della riabilitazione civile: art. 118-145*, in F. Bricola, F. Galgano, G. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1977, 127 ss., pp. 214 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 305 nota 621; D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 456 nota 23, il quale replica alla contraria opinione di M. SANDULLI, *sub* art. 106, in A. Nigro, M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, Giappichelli, 2006, 634 ss., p. 635, osservando che questa tesi difetta «di giustificazione logica, non ravvisandosi, in particolare, ragioni idonee a discriminare tra terzi e creditori, specialmente tenuto conto del fine ultimo della cessione (massimo soddisfacimento dei creditori)».

⁵²⁵ Vedi oggi art. 243, 5° comma, ultimo periodo, c.c.i.

Alla luce delle considerazioni qui svolte, è anzi forse già l'inquadramento delle ragioni del risultato giurisprudenziale e poi legislativo della non cedibilità delle azioni al fideiussore a meritare un ripensamento. «Si è detto che tale divieto fu posto come riflesso della incedibilità delle revocatorie al fallito, ma tale affermazione può essere condivisa solo in parte. È vero che esistono delle sentenze in cui il fidejussore è rivelato come prestanome del fallito, ma tale ruolo fraudolento del terzo era possibile, e si verificò in concreto, anche in ipotesi in cui il terzo veniva qualificato assuntore, in quanto cessionario dei beni. [...] La prospettiva che permette invece a mio parere di cogliere con maggiore pienezza di significato la pratica invalsa di negare le revocatorie al fidejussore è quella che si rifà alla esigenza, avvertita in modo sempre più pressante, anche se non sorretta da motivazioni coscienti, di regolare in identico modo la sorte dell'attivo e la sorte delle revocatorie» 526.

2.2. «Oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa».

La sentita esigenza di «regolare in identico modo la sorte dell'attivo e la sorte delle revocatorie» si riflette nella controversa questione se la cessione di un'azione di massa sia o meno possibile solo contestualmente a quella di una parte o della totalità delle attività fallimentari. E nei tentativi di risposta a tale questione riemerge, puntualmente e spesso decisivamente, il descritto argomento ostativo del vantaggio per il fallito. Senza sorprese, peraltro, anche su questo fronte si apprezza l'attenzione praticamente esclusiva di cui ha goduto fino alla riforma organica l'ipotesi della cessione delle azioni revocatorie.

Prima e dopo il 2006, l'opinione prevalente in dottrina ha visto un requisito essenziale per la cessione delle azioni revocatorie nella contestuale cessione integrale delle restanti attività del patrimonio fallimentare al medesimo cessionario.

Questa tesi ha conosciuto nei decenni numerosi e autorevoli sostenitori⁵²⁷, con motivazioni (ove espresse) incentrate appunto sull'inammissibilità dell'indebito vantaggio per il debitore che si determinerebbe in caso contrario⁵²⁸.

_

⁵²⁶ V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 57.

⁵²⁷ In questo senso si sono espressi, tra gli altri, F. Di Sabato, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., pp. 58 ss.; A. Di Lauro, *Azioni revocatorie e azioni di* revocazione, cit., p. 303; V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., pp. 56 s.; M. Fabiani, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3027; A.M. Perrino, *Concordato fallimentare con assuntore*, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza, in *Fall.*, 2007, 779 ss., p. 783 nota 23; C. Scribano, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 26; S. Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1422; G. Trisorio Liuzzi, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 778.

⁵²⁸ Esemplare, da questo punto di visto, F. DI SABATO, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., pp. 58–60: «[L]a cessione dei beni costituisc[e] un presupposto essenziale della cessione delle revocatorie, nel senso che mancando la prima non può farsi luogo alla seconda. [...] [O]ve si ammettesse invece la cedibilità delle azioni indipendentemente dalla cessione dell'attivo fallimentare, si avrebbe un risultato economico che è apertamente in contrasto con l'articolo 124, 3° co. Questa norma [...] vieta la cessione delle azioni al fallito, in quanto costui non può essere avvantaggiato dalla frode da lui stesso posta in essere con l'atto oggetto della revoca; questo divieto, essendo fondato su una precisa ragione di ordine pubblico, deve essere interpretato nel senso che non possa ritenersi valida ogni altra fattispecie per mezzo della quale

Al contempo, questa tesi non era pacifica già con riferimento alle azioni revocatorie. Se alcune obiezioni non brillavano per esaustività 529, esiti maggiormente soddisfacenti si riscontrano nella più articolata critica recente, per la quale «[l]a tesi, pur suggestiva, non può essere accolta»; ciò perché, nell'ipotesi controfattuale della cessione di un'azione revocatoria con cessione soltanto parziale del restante attivo fallimentare, «il risultato utile dell'azione revocatoria andrebbe a beneficio del debitore soltanto indirettamente: invero, ad esserne beneficiati sarebbero, in primis, i creditori, che dalla cessione di tali azioni all'assuntore ottengono una più alta percentuale di soddisfacimento del loro credito. D'altra parte, non soltanto non v'è alcun indice normativo dal quale possa evincersi la necessità di cedere tutto l'attivo, ma, anzi, proprio la già ricordata possibilità di cedere isolatamente (ex art. 106, 1° comma) le azioni revocatorie in sede di liquidazione fallimentare depone inequivocabilmente nel senso di considerare legittima tale cessione anche a favore dell'assuntore, pur a fronte di un trasferimento soltanto parziale dell'attivo fallimentare. Una diversa interpretazione porterebbe poi al risultato, di nuovo antieconomico, di "costringere" l'assuntore a rendersi cessionario di beni la cui custodia e amministrazione è eccessivamente costosa o che risultano difficilmente liquidabili o che, comunque, l'assuntore non ha alcun interesse a fare entrare nel proprio patrimonio. Senza contare, infine, che spetta sempre ai creditori votanti apprezzare la convenienza economica della proposta di concordato che preveda la permanenza di alcuni beni nella titolarità del debitore, ponendola a confronto con quanto ad essi spetterebbe in caso di liquidazione integrale del patrimonio del fallito»530.

si pervenga al risultato che il fallito, sia pure indirettamente, tragga vantaggio dalla cessione al terzo delle revocatorie. [...] [L]a cessione delle revocatorie, indipendentemente dalla cessione dei beni, costituirebbe il modo più palese, anche se indiretto, per attribuire un vantaggio al fallito, in quanto costui – senza sopportare alcun sacrificio – vedrebbe compensato il terzo per il suo intervento e nello stesso tempo si vedrebbe restituiti tutti i beni. [...] Analoghe considerazioni possono farsi quanto la cessione delle revocatorie sia accompagnata da una cessione solo parziale dei beni; il fallito trae vantaggio dalla cessione delle revocatorie all'assuntore in quanto il valore economico presuntivo delle azioni, aggiunto al valore dei beni ceduti, dà un valore complessivo che compensa l'assuntore e nello stesso tempo consente al fallito di avere in restituzione una parte dei propri beni». Il ragionamento è ben sintetizzabile nella considerazione di M. Fabiani, Contratto e processo nel concordato fallimentare, cit., p. 393, per cui «[a]ttribuire le azioni all'assuntore, senza trasferirgli tutto l'attivo, avrebbe significato scaricare sui terzi revocandi una parte del costo del concordato senza dar fondo all'attivo fallimentare, parzialmente lasciato al debitore».

⁵²⁹ Così L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 471, osservava ellitticamente che è «soltanto una *pruderie* scarsamente giustificata, esigere, come peraltro si esige, che la cessione delle azioni revocatorie sia ammissibile solo quando sia ceduto tutto l'attivo». Più ampiamente G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., pp. 792 s., basa la sua critica all'opinione maggioritaria sulla circostanza che il previgente art. 124 l.fall. discorreva di "patto di concordato" «solo relativamente alla cessione delle azioni revocatorie (e non degli altri beni facenti parte del compendio fallimentare)». Analogamente, già A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pp. 772 s., che aggiungeva la considerazione storica per cui il previgente art. 124, 2° comma, l.fall. mirava «a risolvere un contrasto giurisprudenziale e dottrinale, vertente sulla cedibilità delle azioni stesse, indipendentemente da qualunque collegamento con la cessione degli altri beni del fallito», pur concedendo allo stesso tempo che «almeno nelle sue origini e nel suo svolgimento storico, la cessione dei beni ai creditori fu concepita come un *quid* unitario, ricomprendente l'intero patrimonio del fallito».

⁵³⁰ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., pp. 470–471.

A questa critica si potrebbe per vero obiettare che un indice normativo della necessità di cessione integrale dell'attivo si ritrovi nell'espressione «cessione. oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa» che compare nell'art. 124, 4° comma, I.fall. Si potrebbe poi vedere nella possibilità di cessione c.d. autonoma delle azioni revocatorie concorsuali (art. 106, 1° comma, I.fall.), anziché l'espressione di un generale favor del legislatore verso cessioni di azioni di massa svincolate dalla contestuale cessione integrale dell'attivo, un eccezionale ampliamento delle possibilità di realizzo da parte del curatore ulteriore alla liquidazione, in principio integrale, dell'attivo fallimentare. Si potrebbe inoltre osservare che, se indubbiamente la cessione delle azioni di massa va a beneficio immediato dei creditori, qualificare come indiretto il vantaggio che il debitore realizza in esito all'esecuzione del concordato è una scelta meramente terminologica che non altera la sostanza dell'operazione. Quanto alla considerazione dell'antieconomicità del risultato che la tesi criticata comporterebbe, essa – pur del tutto condivisibile – sconta la forza temperata di ogni argumentum ab inconvenienti. Un poco più convincente sarebbe semmai l'osservazione, di indole liberale, che rimette ai creditori votanti nel caso concreto, e non all'interprete della disciplina generale e astratta, la libera valutazione comparativa di convenienza tra le alternative del concordato – con possibile vantaggio anche del debitore – e dell'ordinaria liquidazione fallimentare.

Potrebbe a questo punto sembrare che lo scenario normativo, di per sé considerato, si presti ad accogliere altrettanto bene sia l'opinione dominante che quella minoritaria. I sostenitori della prima potrebbero dire che *lex minus dixit quam voluit*, i fautori della seconda che *ubi lex noluit tacuit*.

Non bisogna però dimenticare il dato sistematico.

In effetti, per non ridurre l'invocazione di un ingiustificato arricchimento del debitore a espressione laica, meramente descrittiva, dovrebbero ricorrere nella specie i requisiti dell'art. 2041, 1° comma, c.c.⁵³¹: non solo, quindi, l'arricchimento del debitore e la correlazione tra questo arricchimento e il pregiudizio per un'altra persona, ma anche e soprattutto il fatto che l'uno e l'altro si sono verificati «senza una giusta causa», e cioè, appunto, ingiustamente. A questo riguardo viene in rilievo anche un dato storico che bisogna riconoscere, e cioè la peculiare forza che ancora esercita nell'elaborazione dottrinale il caso tipico – ma ormai non più esclusivo – della cessione di azioni revocatorie. Se infatti è rispetto a queste che più pressanti sembrano farsi le ragioni di tutela del terzo, e quindi il senso di ingiustizia già di natura morale verso l'asserito arricchimento del fallito, quelle e questo improvvisamente si attenuano di fronte a quelle azioni di massa che colpiscono il terzo soccombente non più per la "pura" esigenza di migliore realizzazione della *par condicio creditorum* nell'insolvenza.

In altri termini, per quanto il concetto di ingiustizia dell'arricchimento abbia i confini sfumati propri di ogni clausola giuridica generale, esso sembra assumere diversa pregnanza a seconda che si tratti, secondo la tassonomia impiegata in questo lavoro, di azioni di massa concorsuali e di azioni di massa non concorsuali.

⁵³¹ Come noto, l'art. 2041, 1° comma, c.c. recita: «Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale».

Come abbiamo visto, le azioni di massa non concorsuali, per quanto variegate, hanno origine in un particolare ingiusto pregiudizio, quello alla garanzia patrimoniale generica dei creditori. Queste azioni, come per esempio le azioni di responsabilità esercitate dal curatore⁵³², mirano al ristoro di un pregiudizio arrecato in maniera diretta al patrimonio dello stesso debitore. Ritenere che esse, sol che si calino in una procedura fallimentare e in particolare nel contesto del concordato, possano contribuire a un ingiustificato arricchimento del debitore a danno vuoi dei terzi convenuti come dei creditori concorrenti appare perciò mistificatorio. Rispetto ai terzi convenuti, va dubitato vi sia arricchimento, perché il risultato utile delle azioni è mera reintegrazione di attività che dal patrimonio del debitore non sarebbero dovute uscire; e di certo non vi è ingiustizia. Rispetto ai creditori concorrenti, si può discutere se vi sia arricchimento, in termini però di mancata perdita e non di incremento patrimoniale; di pregiudizio sembrerebbe potersi discutere solo laddove il provento delle azioni di massa ripartito fra i creditori sia minore del valore dei beni che residuano al debitore; ma soprattutto (riprendendo le considerazioni esposte sopra) sembra lecito ritenere che per una «giusta causa» basti la scelta a maggioranza degli stessi creditori votanti di fare luogo al concordato anziché all'alternativa della liquidazione concorsuale. Fermo restando, poi, il dato più volte ricordato che la possibilità della cessione di azioni di massa senza contestuale trasferimento dell'intero attivo allo stesso cessionario è oggi sancita dall'art. 106, 1° comma, I.fall.

Nel caso delle azioni di massa concorsuali, sembrano potersi traslare immutate le considerazioni appena svolte circa i requisiti dell'arricchimento, del pregiudizio e dell'ingiustizia nei confronti dei creditori. Assorbente sembra piuttosto, negli esponenti della tesi dominante, l'arricchimento che il debitore realizza rispetto al terzo convenuto. Ora, questo arricchimento non può certo assumere la forma dell'incremento dell'attivo patrimoniale: la natura meramente relativa degli effetti delle azioni di inefficacia e revocatorie concorsuali comporta che, chiusa la procedura concorsuale, nei rapporti tra debitore e terzo continuerà a spiegare efficacia l'atto revocato, in particolare abilitando il secondo ad ottenere la restituzione dei beni che in seguito alla revoca siano ritornati nella disponibilità (ma soltanto di fatto) del primo. L'arricchimento consiste dunque nella diminuzione del passivo patrimoniale, nella misura in cui creditori concorrenti siano stati soddisfatti mediante i proventi delle azioni di massa concorsuali anziché attingendo ai beni del debitore. Ma potrà dirsi che questo arricchimento si è verificato «senza una giusta causa»? La legge stessa prescrive l'integrazione del patrimonio fallimentare mediante le azioni di massa concorsuali; e le disposizioni che prevedono queste - nel loro dato letterale, prima ancora che nella lettura anti-indennitaria convalidata dalla Suprema Corte⁵³³ – non hanno alcun riguardo alla circostanza che il residuo patrimonio fallimentare sia incapiente a soddisfare i creditori concorrenti.

Ecco, quindi, perché si osserva come «anche l'esercizio, da parte del curatore, delle azioni revocatorie fuori dall'ipotesi concordataria produce, sempre indirettamente, un beneficio a favore del debitore: e ciò, sia nell'ipotesi in cui per

⁵³² Naturalmente, sempre che si concordi sulla loro qualificazione come azioni di massa: vedi cap. II, § 10.4.

⁵³³ Vedi, per tutte, Cass. 7028/2006, cit.

effetto di tali azioni si riescano a pagare tutti i creditori e la procedura si chiuda ex art. 118, co. 1, n. 2 (nel qual caso il beneficio è evidente, conservando il debitore una parte del suo patrimonio); sia nell'ipotesi in cui comunque si arrivi ad una chiusura del fallimento ex art. 118, co. 1, n. 3 (il beneficio, in tal caso, consiste nella riduzione delle passività residue), salvi restando, in entrambe le ipotesi, i diritti del terzo soccombente in revocatoria nei confronti dell'ex fallito, stante la persistente validità ed efficacia, tra le parti originarie, dell'atto revocato»⁵³⁴.

Ecco, quindi, perché vigente il nuovo testo dell'art. 124, 4° comma, I.fall., la stessa opinione dominante a ben vedere non ha incontrato una conferma monolitica, bensì (almeno in autori dall'impostazione più problematizzante) qualificazioni e temperamenti. Si è infatti osservato che «la nota tesi per la quale la cessione delle azioni revocatorie presupponeva l'integrale cessione delle attività, non può essere meccanicamente replicata con riguardo alle azioni di massa»⁵³⁵; che «sono cedibili anche se non viene ceduto l'intero patrimonio attivo tutte le azioni di massa diverse dalle azioni di inefficacia, in quanto solo per queste il risultato dell'azione è limitato al concorso», sicché per esse «nulla esclude che il terzo le acquisisca solo in parte, così come nulla esclude che i beni materiali siano trasferiti al terzo solo nella parte (e nella misura) in cui interessano al proponente»⁵³⁶.

In conclusione, pertanto, la tesi maggioritaria e quella minoritaria sembrano riconciliarsi nell'ambito delle azioni di massa non concorsuali, per la cui cessione quindi non sarà necessaria la contestuale cessione integrale dell'attivo.

Rispetto alle azioni di massa concorsuali, invece, la controversia continua apparentemente immutata. Come si è voluto evidenziare, però, se il dato normativo non è univoco su questa specifica questione, una considerazione sistematica a più ampio spettro che valorizzi, da un lato, i confini normativi dell'ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.) e, dall'altro, il ruolo attivo dei creditori nell'approvazione della proposta di concordato che preveda la cessione delle azioni di massa (la quale peraltro oggi non può più provenire dal debitore), forniscono più di una ragione per rimeditare la correttezza dello stringente orientamento tradizionale.

Non è peraltro inutile notare che, anche rigettando l'opinione per cui è necessaria la contestuale cessione integrale dell'attivo, non sembra debba necessariamente cadere con esso l'orientamento giurisprudenziale per cui sono invalidi i patti paraconcordatari tra debitore e assuntore miranti alla restituzione di beni dal secondo al primo. A differenza che in una cessione di azioni di massa accompagnata da un trasferimento solo parziale dell'attivo fallimentare, infatti, in questi casi i creditori approvano la proposta di concordato facendo affidamento, per il loro soddisfacimento, su beni che invece, per effetto del patto occulto, saranno distratti da questa funzione. Non si tratta più di limitazione, a monte e conformemente alla proposta di concordato, del compendio attivo destinato al soddisfacimento dei creditori concordatari, bensì della menomazione di quello per effetto di un patto cui i creditori non partecipano. C'è dunque arricchimento del debitore, perché i beni, dopo essere transitati nel patrimonio dell'assuntore,

126

-

⁵³⁴ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 287.

⁵³⁵ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 384 s.

⁵³⁶ Ivi, p. 394.

ritornano al primo; vi è pregiudizio dei creditori, sotto forma di diminuzione della garanzia patrimoniale generica *dell'assuntore*, se per la restituzione concordata il debitore non presta alcun corrispettivo o ne presta uno inferiore al valore dei beni restituiti. Non sembra poi esservi giusta causa, perché la diminuzione della garanzia patrimoniale generica dell'assuntore si produce mentre egli certamente «conosce[] il pregiudizio che l'atto arreca[] alle ragioni de[i] creditor[i]» (e, se la restituzione è a titolo oneroso, certamente l'ex fallito è «consapevole del pregiudizio»). Quando anche possa nutrirsi qualche perplessità circa la conseguenza della nullità del patto paraconcordatario⁵³⁷, o quella, parimenti proposta in dottrina⁵³⁸, dell'inopponibilità *ex lege* dello stesso nei confronti dei creditori concordatari, non sembra dubitabile che un simile accordo possa essere impugnato dagli stessi creditori concordatari mediante l'azione revocatoria ordinaria o, laddove questa risulti impraticabile (in particolare *ex* art. 2901, 3° comma, c.c.), dedotto in giudizio a fondamento di un'azione generale di arricchimento (artt. 2041–2042 c.c.).

2.3. «Purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa».

Nella precedente sezione, si è dato conto dei problemi interpretativi sollevati sotto la previgente disciplina dalla limitazione delle azioni revocatorie cedibili a quelle «già proposte dal curatore».

Benché il testo dell'art. 124, 4° comma, I.fall., faccia oggi inequivoco riferimento all'autorizzazione al curatore a stare in giudizio, data dal giudice delegato ai sensi dell'art. 25, 1° comma, n. 6), I.fall., la nuova disposizione ad un tempo ha lasciato aperte alcune questioni già controverse e ne ha sollevate di nuove.

Un primo quesito fondamentale è se il requisito di «specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa» si riferisca all'autorizzazione del giudice delegato oppure – alternativamente o cumulativamente – alla proposta di concordato.

Va innanzitutto osservato che, rispetto a un corno di questo problema, l'interprete si confronta con precise prese di posizione della corte di legittimità. In due sentenze dei primi anni duemila⁵³⁹, la Suprema Corte ha precisato che, ai sensi dell'art. 124, 2° comma, I.fall. come allora vigente, la cessione dell'azione revocatoria doveva essere espressamente inserita nella proposta di concordato e altrettanto espressamente venir recepita nella sentenza di omologazione del concordato; per dare luogo alla cessione di una o più azioni revocatorie, ancorché

⁵³⁷ Secondo L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 470–471, è «soltanto una *pruderie* scarsamente giustificata, esigere, come peraltro si esige» – non solo «che la cessione delle azioni revocatorie sia ammissibile solo quando sia ceduto tutto l'attivo», ma anche – «che sia nullo l'obbligo dell'assuntore di restituire al fallito, quando vi sia cessione delle revocatorie, o il bene ricuperato in revocatoria o altri beni del patrimonio fallimentare».

⁵³⁸ Vedi V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 238

⁵³⁹ Cass., 28 aprile 2003, n. 6587, in *Fall.*, 2004, 533, con nota di P. GENOVIVA, *Cessione dell'azione revocatoria inserita nel concordato fallimentare*, e in *Foro it.*, 2003, I, 3027, con nota di M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit.; Cass., 13 settembre 2002, n. 13430, in *Fall.*, 2003, 513, con nota di F. SIGNORELLI, *Novità interpretative in tema di cessione della revocatoria nel concordato*.

già proposte al tempo della presentazione della proposta di concordato, non sarebbe invece stata sufficiente, per esempio, la previsione all'interno della proposta della cessione "di tutte le attività e dei diritti del fallimento".

Queste pronunce giurisprudenziali, che hanno raccolto l'adesione dei commentatori⁵⁴⁰, rappresentano l'ideale prosecuzione di un orientamento attestato nella giurisprudenza di merito⁵⁴¹, ma soprattutto fanno *pendant* al consenso della parte dominante della dottrina circa la necessità che la proposta di concordato indichi espressamente sia la cessione delle azioni revocatorie quanto, specificamente, quali azioni revocatorie vengono cedute⁵⁴².

Le ragioni sono evidenti. In primo luogo, «[p]oiché la cessione delle azioni di massa è un elemento solo eventuale della proposta di concordato, non la si può ritenere inclusa di *default* nella proposta, ma deve essere esplicitamente dichiarata, in modo che anche su questo punto possa formarsi un consenso informato»⁵⁴³ dei creditori chiamati al voto sulla proposta di concordato⁵⁴⁴. Questi, in secondo luogo, per poter correttamente valutare la convenienza della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, devono essere in grado di individuare precisamente le azioni di massa di cui è proposta la cessione; ferma restando l'ineludibile incertezza di fondo circa l'effettivo risultato utile delle azioni, questa previsione sarà radicalmente preclusa se le azioni stesse sono indicate in termini generali o approssimativi. Più in generale, si è notato nella parte generale⁵⁴⁵ che la stessa legge fallimentare sembra riflettere una alterità tra azioni di massa e attivo, conclusione ben compatibile con la tesi in esame.

⁵⁴⁰ Così in particolare M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., pp. 3032 s.

⁵⁴¹ Vedi già Trib. Napoli, 13 dicembre 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, 852, con nota di M. DI LAURO, *Una nuova strada per il concordato fallimentare: l'assuntore "atipico"; ivi*, 1224, con nota di M. MONTANARI, *Divagazioni minime intorno al concetto di assuntore del concordato fallimentare*; in *Fall.*, 1994, 1169, con nota di C. TABELLINI, *Trasferimento dei beni fallimentari all'assuntore*. In questa decisione, la corte partenopea ha ritenuto che la cessione dei beni del patrimonio fallimentare non è effetto naturale del concordato fallimentare con assunzione cumulativa, bensì deve desumersi (con accertamento devoluto al giudice del merito) dalla volontà manifestata dal debitore e dall'assuntore.

⁵⁴² Così, per esempio: F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 588; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 792; D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 232; S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., pp. 1422 ss.

⁵⁴³ M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 563.

⁵⁴⁴ Non può essere accolta la tesi di A. Bonsignori, *Del concordato*, cit., pp. 208 s., per cui le azioni revocatorie non indicate nella proposta di concordato possono trasferirsi all'assuntore senza necessità di previa votazione dei creditori, dal momento che «la cessione delle revocatorie rafforza la possibilità che l'assuntore possa pagare nei termini la percentuale concordataria, per cui, trattandosi di una modificazione *in melius* della proposta, non si può da essa argomentare per richiedere una nuova votazione, oppure per sostenere che diversamente la cessione delle revocatorie sia inammissibile». Naturale è la critica vibrante di D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 232 nota 39, fondata su due considerazioni evidenti: che così ragionando si finirebbe per attribuire al tribunale fallimentare poteri di modifica della proposta di concordato non ammessi dalla legge; e che questa modifica non è necessariamente *in melius* per i creditori, i quali anzi, sapendo delle revocatorie non indicate nella proposta avrebbero potuto preferire esercitarle essi stessi o comunque pretendere dall'assuntore un corrispettivo maggiore.

⁵⁴⁵ Vedi cap. III, sez. 3.

Se ciò è vero, non sembra repentino suggerire che il legislatore della riforma, inserendo il requisito di «specifica indicazione», intendesse proprio dare recepimento al portato dei precedenti di legittimità citati. La posizione raggiunta quanto alle azioni revocatorie si presta infatti, evidentemente, anche alle altre azioni di massa. In conclusione, quindi, sembra sia oggi la stessa lettera della legge a prevenire certe disinvolture segnalate esaminando la prassi concordataria di un tempo⁵⁴⁶.

Occorre però interrogarsi se, acquisita la necessità di tale indicazione specifica nella proposta di concordato, questo requisito vada soddisfatto *anche* all'autorizzazione data dal giudice delegato.

Sembra prevalere l'opinione per cui, qualora l'autorizzazione data (per iscritto: art. 25, 1° comma, n. 6, l.fall.) non contenga la «specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa», il giudice delegato debba essere chiamato a integrare la prima con la seconda⁵⁴⁷.

È stato però osservato che «[s]e così fosse, bisognerebbe prendere atto che il legislatore, anziché agevolare la presentazione di proposte di concordato fallimentare, avrebbe solo introdotto elementi per dissuadere terzi interessati»⁵⁴⁸. Non è peraltro chiaro quale interesse presidi questa incombenza formale. Non sembra si tratti della completa informazione dei creditori chiamati a esprimersi sulla proposta, se - come visto - questa dovrà indicare espressamente e specificamente le azioni di massa cedute, come già autorizzate per iscritto dal giudice delegato. Certamente, per precludere contestazioni sulla validità della costituzione in giudizio del curatore – e quindi del cessionario dell'azione – sarà raccomandabile che le autorizzazioni già date vengano integrate nel senso descritto. Ma francamente non si comprende la ragione per cui questa raccomandazione, che attiene alla sicurezza dell'operazione per il cessionario e sarà dunque interesse di questi far seguire, debba essere elevata a requisito legale della cessione di un'azione di massa, al punto che «l'incompletezza dell'autorizzazione [potrà] essere fatta valere in via di eccezione dal terzo convenuto nell'azione oggetto di cessione» ⁵⁴⁹. Egualmente, sembra rispondere a prudenza, ma non a necessità, l'opinione che questo requisito si applichi alle

⁵⁴⁶ Osservava infatti V. Di CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit., p. 44 nota 15, che «[i]l problema della clausola di cessione, che ebbe per le revocatorie tanto rilievo, non risulta aver conosciuto, per le azioni di altro tipo, altrettanto peso. Delle fattispecie ricordate [...] la maggior parte non presentava una clausola espressa di cessione».

⁵⁴⁷ Così S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1424; A. MAFFEI ALBERTI, *sub* art. 124, in Id., *Commentario breve alla legge fallimentare*, 5° ed., Padova, CEDAM, 2009, 717 ss., p. 731: «Ne deriva che non potranno essere cedute le azioni autorizzate dal giudice delegato senza tale specifica indicazione. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla generica autorizzazione all'esercizio di azioni finalizzate al recupero dei crediti vantati dell'impresa fallita, con l'elencazione dei nominativi dei debitori e degli importi, ma prive dell'indicazione, per ogni singola posizione, dell'oggetto e del fondamento della pretesa; oppure alla generica autorizzazione all'esercizio di azioni revocatorie, con la sola indicazione dei nominativi dei legittimati passivi e degli atti oggetto dell'azione; oppure, ancora, alla generica autorizzazione ad intraprendere un'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali, senza l'indicazione, ancorché sommaria, degli elementi essenziali a fondamento della pretesa (gli atti o le omissioni configurabili come violazione dell'obbligo di diligenza, il nesso di causalità, l'entità del danno)».

⁵⁴⁸ G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 781. ⁵⁴⁹ *Ibidem*.

sole azioni non ancora proposte con domanda giudiziale, e non anche a quelle già esercitate⁵⁵⁰.

L'ultima riflessione svolta ci porta a due ulteriori questioni sulla quale l'art. 124 l.fall. sembra aver inteso portare chiarezza.

La prima questione è il termine entro il quale le azioni di massa cedute debbano essere state autorizzate dal giudice delegato. Il testo oggi vigente dell'art. 124, 4° comma, I.fall. non sembra lasciare alcun dubbio circa la necessità che le azioni siano state già autorizzate al momento del deposito della proposta di concordato; e in questo senso si esprime la concorde dottrina⁵⁵¹.

Resta invece più controversa la seconda questione, e cioè se le azioni di massa, per essere cedute, oltre che autorizzate dal giudice delegato debbano essere state promosse dal curatore. Questo problema è stato già affrontato nella parte generale (ritenendo che la risposta corretta sia negativa), a cui occorre perciò rinviare⁵⁵².

2.4. Limitazione della responsabilità del cessionario.

Il secondo periodo del quarto comma dell'art. 124 I.fall. stabilisce che «[i]l proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta».

Per quanto riguarda il tema oggetto di questo studio, si pone il quesito se ed entro quali limiti il cessionario di un'azione di massa possa limitare la propria responsabilità nei confronti di pretese creditorie che sorgano in relazione all'esercizio di queste azioni. Occorrerà perciò indagare, in primo luogo, quali siano o possano essere tali pretese. Per la varietà delle azioni di massa cedibili, gli esiti di questa analisi non possono essere univoci. Risulta perciò opportuno rinviare, in quanto compatibile, alla trattazione che svolta *infra*⁵⁵³ per il caso di cessione concordataria di azioni revocatorie.

2.5. Possibilità per il terzo convenuto o da convenire con l'azione di massa ceduta di fare opposizione all'omologazione del concordato.

Una questione che non sorge direttamente dall'art. 124, 4° comma, I.fall., bensì dal raccordo tra questa e le altre norme stabilite in materia di concordato fallimentare, è quella se il terzo, convenuto o da convenire in giudizio mediante un'azione di massa la cui cessione sia contemplata dalla proposta, possa

⁵⁵⁰ Vedi *ibidem* per l'opinione secondo cui «le azioni già proposte e pertanto già autorizzate dal giudice delegato non richiedono altra forma di autorizzazione o integrazione di quella già concessa; in caso contrario vi sarebbe una evidente disparità di trattamento con la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 106, che per la cessione delle azioni revocatorie concorsuali non richiede alcuna condizione, se non che il giudizio sia già pendente»; mentre, per le azioni non ancora proposte, «l'autorizzazione deve essere resa con riferimento "all'oggetto della pretesa" e deve contenere una "specifica indicazione del fondamento della pretesa"».

⁵⁵¹ Così, per esempio, M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 410; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 287.

⁵⁵² Vedi cap. III, sez. 4.

⁵⁵³ Vedi cap. V, § 2.2.3.

proporre opposizione all'omologazione del concordato ai sensi dell'art. 129, 2° e 3° comma, l.fall., evidentemente quale «altro interessato».

Il problema è particolarmente dibattuto, anche alla luce del noto silenzio della legge fallimentare su quali siano i motivi che possono essere dedotti in opposizione all'omologazione di un concordato fallimentare. È sì pacifico che l'opposizione può fondarsi su motivi c.d. di legittimità formale, attinenti alla regolarità della proposta e del procedimento concordatari⁵⁵⁴; come pure è dato espresso di legge che un creditore appartenente a una classe dissenziente può contestare la convenienza della proposta, essendo questa ipotesi espressamente contemplata dalla legge (art. 129, 5° comma, I.fall.); non è però chiaro se possano essere dedotti altri motivi di merito, e quali tra essi.

A una tesi particolarmente rigorosa, per cui è inammissibile ogni opposizione proposta per motivi di merito⁵⁵⁵, si contrappongono varie opinioni. Secondo alcuni, sono ammissibili opposizioni di merito solo se basate sulla non fattibilità della proposta di concordato, in relazione per esempio all'insufficienza delle garanzie offerte dall'assuntore o del restante patrimonio dello stesso⁵⁵⁶. Altri estendono il sindacato sulla convenienza della proposta, richiamato dall'art. 129, 5° comma, I.fall., a tutti i creditori dissenzienti, a prescindere dalla loro appartenenza o meno a una classe dissenziente⁵⁵⁷. Una diversa opinione, ancora, ammette con una certa larghezza che il tribunale fallimentare possa essere chiamata a condurre «un sindacato volto a censurare eventuali deficienze, falsità o incongruenze della proposta, dei pareri e della documentazione sulla base dei quali essa è stata approvata, configurando in capo al Tribunale un potere di controllo sostanziale, in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede, *ex* artt. 1175 e 1375 c.c.»⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Quali, per esempio, l'irregolarità della votazione e/o il mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte dalla legge per l'approvazione del concordato.

⁵⁵⁵ Così, per esempio, A. CAVALAGLIO, *sub* art. 129, in A. Jorio (diretto da), M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 2028.

⁵⁵⁶ Così, per esempio, N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 969 ss., p. 982; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, UTET Giuridica, 2008, p. 371.

⁵⁵⁷ Vedi S. GIANI, *Il giudizio di omologazione*, in P.G. Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 187 ss., p. 206.

⁵⁵⁸ Trib. Napoli, 22 ottobre 2008, in Fall., 2009, 46, con nota di M. COSTANZA, Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?; analogamente, ma con valore di obiter dictum, App. Reggio Calabria, 5 febbraio 2009, in Fall., 2009, 84, con nota di R. Bellè, Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione. Nella giurisprudenza di legittimità si segnala Cass., 12 febbraio 2010, n. 3327, pubblicata e commentata in numerose riviste [in Corr. giur., 2011, 22, con nota di A. Dı MAJO, L'interesse del fallito e i diritti fondamentali; in Fall., 2010, 94, con nota di D. FINARDI, La ripartizione dei poteri degli organi del concordato fallimentare dopo la riforma; in Foro it., 2010, 275, con nota di M. FABIANI, Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare; in Giur. comm., 2011, 54, con nota di L. FOLLADORI, Sulla prevalenza della proposta di concordato del fallito; in Giur. it., 2010, 182, con nota di S. SANZO, La prima pronuncia di legittimità sul nuovo concordato fallimentare: brevi riflessioni sui poteri di controllo del Tribunale e sul ruolo del fallito (con qualche divagazione circa i limiti di ammissibilità di un concordato "contro" il fallito); in Riv. dir. comm., 2011, 24, con nota di P.L. PELLEGRINO, Il concordato fallimentare e gli interessi meritevoli di tutela nella gestione privata e negoziale dell'insolvenza; in Riv. dir. proc., 2011, 706, con nota di E. MARINUCCI, Proposte di concordato fallimentare integralmente satisfattive dei creditori avanzate l'una da un terzo e l'altra dal fallito]. In questa pronuncia la corte di legittimità ha ritenuto che, mentre qualora «non vengano proposte

Chiaramente, dalla soluzione prescelta in tema di motivi di opposizione dovrebbe venire a dipendere almeno in parte la risposta data al quesito in esame. D'altronde, mentre è vero che la giurisprudenza ha in più occasioni affermato la possibilità per il terzo di fare opposizione all'omologazione⁵⁵⁹, con adesioni in dottrina⁵⁶⁰, questa conclusione è stata affermata senza una previa approfondita riflessione sui suoi fondamenti sistematici.

Occorre infatti anzitutto chiedersi quali motivi di opposizione potrebbe dedurre il terzo. Sembra evidente che essi non potrebbero comunque toccare il merito della domanda, la fondatezza della quale il legislatore – per il fatto stesso di ammettere il trasferimento *dell'azione* – non ha assunto come requisito di validità ed efficacia della cessione. Piuttosto, sembra i motivi che il terzo potrebbe plausibilmente dedurre risiedano: o nella sufficienza delle ulteriori attività patrimoniali dell'assuntore per soddisfare gli oneri concordatari (oppure i crediti nella loro interezza⁵⁶¹), motivo la cui ammissibilità già quale eccezione del terzo convenuto all'attore si è visto essere assai controversa⁵⁶²; o nell'inadeguatezza del trattamento concordatario rispetto al valore del bene cui l'azione mira, laddove dall'accoglimento nel merito della domanda derivino al terzo pretese da soddisfare nel concorso⁵⁶³.

Al riguardo, parrebbe provino troppo le obiezioni per cui l'opinione prevalente «confermerebbe [...] che le azioni cedibili sono solo quelle già pendenti (posto che altrimenti non si vede come una parte ignara di essere destinataria di un'azione revocatoria possa con preveggenza opporsi all'omologazione del concordato)» e che la soluzione – ove concepita come unica forma di tutela "interinale" del terzo – «non è soddisfacente in quanto l'alea dell'insuccesso dell'azione deve ricadere sull'assuntore», dal momento che «mentre il terzo subisce la modificazione di colui che riveste la posizione di attore, l'assuntore sin dal momento in cui acquista il pacchetto delle azioni [...] è in grado di esprimere una valutazione sommaria sulla loro presumibile fondatezza e quindi

opposizioni, [...] il Tribunale è tenuto a verificare soltanto la regolarità della procedura e l'esito della votazione», lo stesso tribunale, «qualora siano state proposte opposizioni o dal fallito o dai creditori dissenzienti o da qualsiasi altro interessato, è tenuto ad effettuare un controllo di legalità ben più pregnante ed incisivo, dovendo esaminare e valutare i fatti costitutivi dedotti a sostegno della proposta opposizione, senza dover limitare il proprio controllo alla sola verifica della regolarità formale della procedura»; stabilendo, nel caso di specie, che «[a]pplicando in via sistematica e secondo una interpretazione costituzionalmente orientata» i principi del codice civile in materia di adempimento delle obbligazioni, «si ha che i creditori in mancanza di un legittimo motivo, non hanno il diritto di rifiutare, senza violare detti principi, la proposta del fallito, e che la proposta stessa, se ritenuta parimenti conveniente a quella del terzo, lo priva della legittimazione ad adempiere». In dottrina, vedi A. CAVALAGLIO, *sub* art. 129, cit., p. 1951.

⁵⁵⁹ Vedi Cass., 24 novembre 1981, n. 6229, in *Dir. fall.*, 1982, II, 291; Cass., 12 giugno 1964, n. 1492, in *Dir. fall.*, 1964, II, 149.

⁵⁶⁰ Vedi L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 36; D. BIANCARDI, R. CAVANA, *Il concordato fallimentare*, Padova, CEDAM, 1999, p. 186; A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 499 ss., p. 514.

⁵⁶¹ Ammette l'opposizione del terzo revocato, se fondata su questo motivo, F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., pp. 595 s., che adduce il precedente favorevole di Cass. 1492/1964, cit.

⁵⁶² Vedi cap. III, § 5.7.

⁵⁶³ Come tipicamente avviene in caso di azione revocatoria: vedi cap. V, sez. 2.

di determinare il fallito a proporre ai creditori certe condizioni per il soddisfacimento dei crediti»⁵⁶⁴.

Sembra infatti, in primo luogo, che la seconda obiezione non rappresenti altro che una descrizione (pur imperniata su una proposta del fallito, possibilità come visto fortemente circoscritta dalla riforma organica) dell'operazione di cessione come certo conosciuta ed ammessa dal legislatore concorsuale. La prima obiezione, inoltre, dovrebbe indurre a chiedersi, prima ancora che se siano cedibili o meno azioni non ancora esperite, se esistano e quali siano le possibili forme di tutela per il terzo da convenire con un'azione ceduta ma non ancora instaurata.

In effetti, prima della riforma organica – e cioè quando il provvedimento di omologazione del concordato era una sentenza – proprio in un caso di questo tipo la Cassazione⁵⁶⁵ sottolineò la necessità di respingere «l'inaccettabile sanzione per l'ignaro terzo di subire le conseguenze della omologazione passata in giudicato, sul presupposto che egli aveva l'onere di intervenire con atto di opposizione davanti al Tribunale nel giudizio sull'omologazione ai sensi dell'art. 129 della legge fallimentare». In tale caso infatti, ritenne la Suprema Corte, il terzo avrebbe avuto «il diritto di proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, 1° comma, c.p.c.», ossia l'opposizione di terzo c.d. ordinaria. Così la giurisprudenza accoglieva gli spunti in tal senso provenuti da una parte della dottrina⁵⁶⁶. A prescindere dalla correttezza di tale soluzione, essa è in radice non più praticabile ora che il provvedimento di omologazione del concordato consiste in un decreto motivato e non più in una sentenza (art. 129, 6° comma, l.fall.).

Ciononostante, non sembra che su questa mancanza di tutela in opposizione possa trarsi argomento decisivo. Nella misura in cui si ammetta che il terzo possa contestare la sufficienza dell'attivo residuo a soddisfare i creditori, essa dovrebbe poter essere fatta valere come *eccezione* all'interno del giudizio che verte sull'azione ceduta. Quanto all'inadeguatezza del trattamento concordatario promesso, sembra assorbente la considerazione che, una volta esaurite le opposizioni endoconcorsuali e definitivamente omologato il concordato, il legislatore abbia scelto di escludere ogni forma di impugnazione dello stesso diversa dall'annullamento *ex* art. 138 l.fall., a maggior ragione per un motivo che avrebbe potuto essere opposto, prima ancora che dal terzo, *perlomeno* da qualsiasi creditore «appartenente ad una classe dissenziente» di cui il concordato non preveda l'integrale soddisfazione (art. 129, 5° comma, l.fall.).

⁵⁶⁴ M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3033.

⁵⁶⁵ Cass., 8 agosto 1990, n. 8009, in *Dir. fall.*, 1991, II, 311.

⁵⁶⁶ Vedi in particolare S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 307: «si può concedere che il terzo abbia un interesse all'opposizione in sede di omologazione, o anche all'opposizione di terzo, sia ordinaria, sia, in quanto ne ricorrano gli estremi, revocatoria, contro la sentenza di omologazione». *Contra*, F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 584 nota 27: «non mi sembra possibile per il terzo il ricorso alla opposizione di terzo contro la sentenza di omologazione, come pensa Satta», in ossequio a una concezione marcatamente contrattuale del concordato fallimentare per cui «la sentenza in parola costituisce una condizione di efficacia del contratto, del quale si limita a controllare la regolare stipulazione e la convenienza, e gli eventuali effetti pregiudizievoli per il terzo si ricollegherebbero al contratto. Lo stesso vale per la revocazione *ex* art. 395 c.p.c.: appunto per questo la legge attribuisce a quelli che sarebbero motivi di revocazione il diverso valore di motivi di annullamento del concordato (art. 138): *ivi*, pp. 601 s.

2.6. Possibilità per il terzo convenuto di eccepire che l'azione è stata ceduta senza essere stata autorizzata dal giudice delegato.

L'insegnamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità è che il difetto dell'autorizzazione a stare in giudizio che il giudice delegato deve rendere al curatore fallimentare può essere sanato retroattivamente, sempreché il difetto di questa condizione di decidibilità della causa nel merito non sia già stato rilevato nel giudizio.

All'eventualità qui considerata si collega anche quella di un concordato che contempli la cessione di un'azione che non sia stata autorizzata prima della presentazione della proposta o, al massimo, dell'omologazione del concordato. Ci si potrebbe in realtà chiedere se in questo caso lo stesso decreto di omologazione del concordato non possa rappresentare un'autorizzazione implicita all'esercizio dell'azione, almeno (forse) qualora la proposta di concordato non lasci dubbi circa l'oggetto e il fondamento della pretesa.

A ogni modo, il tendenziale favore dimostrato dalla giurisprudenza verso la sanatoria *ex tunc* del difetto di autorizzazione potrebbe suggerire di intendere il difetto di autorizzazione come mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito, sanabile *ex tunc* anche per il cessionario dal giudice delegato entro la chiusura del fallimento⁵⁶⁷.

2.7. Ricadute della risoluzione o dell'annullamento del concordato sui giudizi pendenti interessati dalla cessione.

In base alla ricostruzione sin qui offerta della cessione delle azioni di massa, come successione a titolo particolare nel diritto controverso, mi sembra si possa accogliere l'opinione per cui, in caso di risoluzione (art. 137 I.fall.) o di annullamento (art. 138 I.fall.) del concordato e perciò di riapertura del fallimento (artt. 139–140 I.fall.), il cessionario «perde la titolarità del diritto controverso [...] a favore del curatore» ⁵⁶⁸. Ciò nel senso che, dal momento che per effetto della cessione stessa *non* si sono «interrotte» le azioni o meglio i relativi giudizi (sicché non è pertinente l'art. 140, 2° comma, I.fall.), si verifica una successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.), senza interruzione del processo (art. 300 c.p.c.), come «fenomeno inverso a quello iniziale» ⁵⁶⁹. Sicché, in base all'art. 111 c.p.c., il cessionario attore «continuerà a stare in giudizio, almeno fino alla sua estromissione, per effetto della sua liberazione a seguito della chiamata in causa o dell'intervento del fallimento (riaperto), nella persona del curatore» ⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Secondo M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 408 nota 78, il vizio descritto «si può tradurre in una eccezione di inammissibilità della domanda per difetto di legittimazione dell'attore, *sub specie*, carenza di *legitimatio ad processum*». Posto che di rigetto in rito dovrà comunque trattarsi, mi chiedo allora più specificamente se si possa sanare, con efficacia retroattiva all'intervento o alla instaurazione del giudizio da parte del cessionario, una condizione di decidibilità della causa nel merito: su ciò vedi il testo.

⁵⁶⁸ S. PACCHI, *Chi e quando si può presentare una proposta di concordato*, cit., pp. 326–327, con soluzione riferita alla cessione di azioni revocatorie.

⁵⁶⁹ G. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 309 (testo e nota 102).

⁵⁷⁰ S. PACCHI, *op. ult. cit.*, p. 327.

Su questa conclusione sono del resto concordi tutti gli autori che, per quanto mi consta, si sono occupati di questo problema alquanto specifico⁵⁷¹, mentre la sola pronuncia giurisprudenzale sul punto è conciliante, ma imprecisa⁵⁷².

3. Caratteri generali della c.d. cessione autonoma (art. 106, 1° comma, I.fall.).

L'art. 106, 1° comma, I.fall., quale novellato dal d.lgs. 5/2006, stabilisce che, ai fini della liquidazione dell'attivo fallimentare, «[i]l curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione; può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti». Identica disposizione si trova, oggi, all'art. 215, 1° comma, c.c.i.

Come visto nell'Introduzione, benché la previsione espressa della cedibilità delle «azioni revocatorie concorsuali» sia stata salutata, all'indomani della riforma organica, quale «[i]mportante novità»⁵⁷³, «evidente espressione della volontà di eliminare i fattori di ritardo che più hanno inciso in passato sulla durata delle procedure di fallimento»⁵⁷⁴, è certo che «il contemporaneo forte depotenziamento dell'azione revocatoria ha in questi anni generato una sopravvenuta acuta riduzione delle azioni revocatorie, il che rende la nuova previsione della cedibilità tanto utile quanto tardiva»⁵⁷⁵.

Come per la cessione concordataria, sarà utile esaminare separatamente i problemi interpretativi sollevati da questa disposizione, considerata nel suo dato letterale nonché in relazione alla restante disciplina concorsuale.

3.1. «Azioni revocatorie concorsuali».

Se la indubbia diminuzione delle azioni revocatorie promosse in sede concorsuale ha concretato la «progressiva perdita di interesse di questa forma di cessione per carenza, se così può dirsi, di "materia prima"»⁵⁷⁶, pronosticata in dottrina all'indomani della riforma organica, è chiaro che sull'ampiezza del novero delle azioni cedibili in via autonoma si gioca buona parte del successo di questa peculiare forma di liquidazione dell'attivo.

Questa considerazione contribuisce a spiegare perché, da diverse parti, si propugni una lettura espansiva dell'ambito di operatività dell'art. 106, 1° comma, I.fall. In particolare, si è fatto leva sul raccordo tra questa disposizione, l'art. 124, 4° comma, I.fall., e l'art. 104-*ter*, 2° comma, lett. c), I.fall., per sostenere che

⁵⁷¹ Oltre alle opere citate nelle due note precedenti, vedi in tal senso A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., p. 569, e F. Di Sabato, voce *Concordato fallimentare*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 7.

⁵⁷² Infatti Cass., 28 febbraio 1956, n. 594, in *Foro it.*, 1956, I, 1314, in un caso di cessione di revocatoria, ha recato una soluzione concorde alle ricostruzione qui proposta, prestandovi però adesione «a prescindere dalla applicazione o meno dell'art. 111 cod. proc. civ. all'ipotesi in questione, in cui oggetto del trasferimento *inter vivos* [...] non era il diritto controverso, cioè il bene intorno al quale sorgeva contesa, ma l'azione relativa a quel diritto»: ma questo assunto, come si è visto (cap. I, sez. 7; cap. III, sez. 2) e si vedrà (cap. V, sez. 1), è erroneo.

⁵⁷³ D. Benzi, *Cessione dei crediti e modalità delle vendite*, in G. Fauceglia e L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1249 ss., p. 1251.

⁵⁷⁴ M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 465.

⁵⁷⁵ Ibidem.

⁵⁷⁶ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 449.

«[o]sterebbe [] 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 legge fallim. 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*, comma 2), ma non anche a quella delle azioni *negoziabili* fuori dalla chiusura concordataria (art. 124, comma 4)»⁵⁷⁷. Altrove, con suggestione per vero aproblematica, si è visto l'ampliamento interpretativo delle "azioni revocatorie concorsuali" a tutte le "azioni di pertinenza della massa" come «l'interpretazione estensiva che appare preferibile»⁵⁷⁸.

Ora, è certo condivisibile che ragioni di razionalità economica farebbero propendere per una dilatazione dello spazio applicativo della norma in esame. Si deve però rimarcare l'evidente, e cioè che questo risultato non può raggiungersi mediante una «interpretazione estensiva» di "azioni revocatorie concorsuali". Il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» ⁵⁷⁹ è che questa espressione dica qualcosa di meno delle «azioni di pertinenza della massa» di cui all'art. 124, 4° comma, I.fall.; che l'«intenzione del legislatore» andasse in questa direzione sembra poi dimostrato dalla stessa mancata riproduzione all'art. 106, 1° comma, I.fall. della più ampia dizione introdotta nella stessa legge ad opera del *medesimo* decreto legislativo di riforma.

Se ciò è vero, occorre prima chiedersi quale ambito di azioni, non coincidente con quello delle "azioni di pertinenza della massa", designi la locuzione "azioni revocatorie concorsuali". Occorre poi esaminare se l'inclusione, nel novero delle azioni cedibili in via autonoma, di azioni diverse dalle "revocatorie concorsuali" può predicarsi in base ad *altri* indici normativi contenuti nella legge fallimentare.

Procediamo con il primo ramo dell'analisi.

Pochi anni dopo la riforma del 2006, un illustre Autore osservava che l'uso del termine "concorsuali" rappresentava «un'assoluta novità per il nostro ordinamento, che, per di più, non [veniva] replicato in nessun altro precetto della legge fallimentare riformata»⁵⁸⁰. L'addizione di questo termine, proprio perché "nuovo", ha fatto dubitare taluno che la nozione di "azioni revocatorie concorsuali" comprendesse tutte le azioni promosse dal curatore fallimentare ai sensi degli artt. 64 ss. I.fall. Benché non manchino certo voci in quest'ultimo senso⁵⁸¹, e la risposta sia indubbia quanto all'azione revocatoria fallimentare (artt. 67 ss. I.fall.), la soluzione resta controversa in relazione all'azione revocatoria ordinaria (art. 66 I.fall.).

136

⁵⁷⁷ D. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"*, cit., p. 54.

⁵⁷⁸ A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 499.

⁵⁷⁹ Art. 12, 1° comma, disp. prel. cod. civ.

⁵⁸⁰ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., pp. 453–454.

⁵⁸¹ Così, per M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 465, «le azioni revocatorie concorsuali [...] debbono intendersi come tutte le azioni di cui agli artt. 64–70 l.fall., comprese pertanto le azioni di inefficacia e le azioni revocatorie ordinarie coltivate dal curatore». Concorde D. Benzi, *Cessione dei crediti e modalità delle vendite*, cit., pp. 1251 s.

A favore della comprensione nell'art. 106 l.fall. dell'azione revocatoria ordinaria⁵⁸² milita soprattutto l'argomento secondo cui in questa disposizione le azioni sarebbero «connotate come concorsuali in quanto fatte segno di una disciplina peculiare e diversa (rispetto alle omonime azioni codicistiche) dalla legge fallimentare, in ordine, ad esempio, alla legittimazione esclusiva in capo al curatore ed alla competenza funzionale del Tribunale fallimentare»⁵⁸³. Si può osservare che, in quest'ottica, la nozione di "azioni concorsuali" si stempera in quella di "azioni che derivano dal fallimento" come normalmente intesa in dottrina e giurisprudenza⁵⁸⁴.

A questa conclusione sono stati però opposti tre argomenti.

Il primo argomento è letterale: «[s]e è vero, per un verso, che il legislatore non utilizza mai il termine "concorsuali" o "fallimentari" per designare le azioni revocatorie diverse da quella ordinaria, è del pari vero, per altro verso, che, se il risultato avuto di mira dal legislatore non fosse stato quello di escludere le "ordinarie" dal campo di applicazione dell'art. 106, 1° comma, sarebbe stato sufficiente stabilire la cessione delle "azioni revocatorie", senza l'aggiunta di concorsuali"»⁵⁸⁵.

Un secondo argomento è letterale e sistematico. Mentre il c.d. decreto Marzano (d.lgs. 23 dicembre 2003, n. 347) annovera le ordinarie tra le «azioni revocatorie» cedibili con patto di concordato [art. 4-bis, 1° comma, lettera c-bis)] instaurando – pur tramite macchinosi rinvii normativi⁵⁸⁶ – un riferimento espresso all'intera «sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare», nell'art. 106 l.fall. manca un simile richiamo⁵⁸⁷.

Un terzo, e certamente «più pregnante» ⁵⁸⁸, argomento è sistematico: «sembrerebbe possibile sostenere che l'art. 106, 1° comma richieda la pendenza del giudizio, come condizione per la cessione, soltanto per le azioni revocatorie diverse da quella ordinaria, le uniche, come anticipato, originariamente di massa» ⁵⁸⁹.

⁵⁸² Affermata, per esempio, in un comunicato del presidente della sezione fallimentare del Tribunale di Milano, dott. Bartolomeo Quatraro, del 19 marzo 2008.

⁵⁸³ M. PERRINO, *Cessioni "individuali" e "in blocco" dei diritti controversi*, cit., p. 55. Concordi G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., p. 865, nonché – con un'importante precisazione – F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1125, secondo il quale «l'art. 66, secondo comma, nel prevedere la competenza funzionale del tribunale che ha dichiarato il fallimento, imprime a questa azione un carattere di concorsualità in senso formale, *le quante volte essa sia proposta dal curatore*» (corsivo aggiunto).

⁵⁸⁴ E infatti così si esprime F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1124: «Ritengo che la categoria delle azioni *concorsuali* cui allude la norma coincida, nella sostanza, con quella delle azioni che derivano dal fallimento di cui all'art. 24 l. fall.».

⁵⁸⁵ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 454.

⁵⁸⁶ L'art. 4-*bis*, 1° comma, lettera c-*bis*) del d.lgs. 347/2003 afferma la cedibilità con patto di concordato delle «azioni revocatorie, di cui all'articolo 6» del medesimo decreto. L'art. 6 stabilisce in quali casi «[i]l commissario straordinario può proporre le azioni revocatorie previste dagli articoli 49 e 91 del decreto legislativo n. 270[/1999]». A sua volta, l'art. 49 del d.lgs. 270/1999 richiama «[l]e azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare».

⁵⁸⁷ Per questa considerazione vedi D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 454 nota 18.

⁵⁸⁸ Ivi, p. 454.

⁵⁸⁹ Ibidem.

Mi sembra opportuno approfondire questa linea argomentativa, con un raccordo alla generale definizione di "azioni di (pertinenza della) massa" qui proposta⁵⁹⁰. In particolare, si è qui sviluppata una distinzione del *genus* "azioni di massa" nelle due *species* "azioni di massa non concorsuali"⁵⁹¹ e "azioni di massa concorsuali"⁵⁹². Ebbene, l'azione revocatoria ordinaria rientra indubbiamente tra le azioni di massa non concorsuali, in quanto «per il fatto stesso che le tutele rappresentate da queste azioni sono date anche al di fuori di una procedura concorsuale, esse prescindono dal verificarsi dell'insolvenza del debitore»⁵⁹³, a differenza delle azioni revocatorie fallimentari (che sono azioni di massa concorsuali). Mentre queste ultime, se la procedura fallimentare si chiude senza la loro cessione, non potranno essere promosse dai singoli creditori, lo stesso non può dirsi delle azioni revocatorie ordinarie.

Questa considerazione parrebbe sufficiente⁵⁹⁴ per individuare una possibile *ratio* della delimitazione dell'art. 106, 1° comma, I.fall. alle «azioni revocatorie concorsuali»: circoscrivere la cedibilità in via autonoma, che a differenza di quella in via concordataria non richiede l'approvazione di una maggioranza dei creditori concorrenti, a quelle azioni revocatorie che i singoli creditori non possono esercitare in forma individuale al di fuori del fallimento.

Questa delimitazione ha una propria razionalità economica. Evidentemente il corrispettivo dell'eventuale cessione dell'azione revocatoria ordinaria non potrà che essere inferiore – e, tipicamente, notevolmente inferiore – al valore che il curatore o i singoli creditori pregiudicati possano prevedere di recuperare mediante l'esercizio dell'azione. Questo costo opportunità può dirsi controbilanciato dalla più rapida chiusura della procedura concorsuale solo in quanto così abbiano valutato i creditori cui non venga garantita soddisfazione integrale⁵⁹⁵. Questa valutazione è implicita nell'approvazione della proposta di concordato fallimentare, che il legislatore, con regola speciale, ha stabilito vincolante anche per i creditori dissenzienti purché assunta con la maggioranza richiesta dalla legge⁵⁹⁶. Non mi sembra possibile ravvisare lo stesso significato nel caso della liquidazione dell'attivo fallimentare, perché è pacifico che i componenti del comitato dei creditori, chiamati ad approvare il programma di

⁵⁹⁰ Vedi cap. II, sez. 9.

⁵⁹¹ Vedi cap. II, § 8.1.

⁵⁹² Vedi cap. II, § 8.2.

⁵⁹³ Cap. II, § 8.1.

⁵⁹⁴ Per cui si potrà tanto aderire quanto *non* aderire alla dominante concezione per cui (fermo restando che «quando agisce utilizzando lo strumento dell'azione revocatoria fallimentare [il curatore] esercita un potere esclusivo e proprio [...] dell'ufficio concorsuale») «quando agisce ex art. 66 l. fall. il curatore esercita un diritto già esistente fuori dalla procedura, sostituendosi al creditore o ai creditori ordinariamente legittimati»: D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 454.

⁵⁹⁵ Come noto, «[i] creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione» ai sensi dell'art. 127, 2° e 3° comma, I.fall.

⁵⁹⁶ Ai sensi dell'art. 128, 1° comma, I.fall., «[i]I concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi». Alla luce del ragionamento svolto nel testo, non appare ozioso ricordare quanto era previsto allo stesso articolo e comma prima della riforma del 2006: «Il concordato è approvato se riporta il consenso della maggioranza numerica dei creditori aventi diritto al voto, la quale rappresenti almeno i due terzi della somma dei loro crediti».

liquidazione, ex art. 104-ter, 1° comma, l.fall., "rappresentano" i creditori concorrenti in senso atecnico, non giuridico (cfr. artt. 1387 ss. c.c.).

Anche accedendo alla tesi minoritaria secondo cui l'esercizio individuale dell'azione revocatoria ordinaria non sarebbe precluso dall'apertura e pendenza della procedura fallimentare, il singolo creditore legittimato ad agire in revocatoria si vedrebbe, nell'ipotesi di cessione in via autonoma dell'azione revocatoria ordinaria promossa dal curatore, privato della possibilità di ristorare materialmente la porzione di pregiudizio non reintegrata con i minori riparti fallimentari. Gli esponenti della tesi minoritaria, infatti, confermano che il curatore (e quindi il cessionario) attore vittorioso in revocatoria debba avere, all'atto dell'esecuzione della sentenza di revoca, la precedenza sui singoli creditori agenti; i quali in tal caso potranno perciò ottenere un giudicato individuale favorevole, ma non il provento delle azioni esecutive cui questo è strumentale (art. 2902, 1° comma, I.fall.).

Vi sono perciò motivi persuasivi per ritenere che siano «azioni revocatorie concorsuali», ai fini dell'art. 106, 1° comma, I.fall., solo le azioni revocatorie che sono *azioni di massa concorsuali* nel senso accolto in questo lavoro: l'azione revocatoria fallimentare (artt. 67 ss. I.fall.) e – qui sì con un'«interpretazione estensiva che appare preferibile» – le azioni di inefficacia di cui agli artt. 64 e 65 I.fall. (a patto che le si ritenga cedibili, conclusione qui avversata⁵⁹⁷). Non, invece, l'azione revocatoria ordinaria⁵⁹⁸.

Proposta questa definizione delle «azioni revocatorie concorsuali» cedibili ex art. 106, 1° comma, I.fall., proseguiamo lungo il secondo ramo della nostra analisi, chiedendoci se possono essere cedute in via autonoma azioni di massa ulteriori a quelle, evidentemente in base a distinti indici normativi.

A questo proposito, merita prestare maggiore attenzione al primo periodo dell'art. 106, 1° comma, l.fall., ai sensi del quale «[i]l curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione». È vero che «[l]a lettera della norma consente la cessione di tutti i crediti, anche se contestati, ma non parrebbe letteralmente consentire la cessione di tutte le relative azioni di recupero, salvo le azioni revocatorie concorsuali già pendenti. La lettera della norma [però] non deve ingannare, poiché, se vengono ceduti i crediti vantati dalla massa, non vi deve essere dubbio che il cessionario possa, in caso di inadempimento del debitore ceduto, recuperarli per via giudiziaria, ovvero proseguire l'iniziativa giudiziaria per il recupero già introdotta dal curatore» ⁵⁹⁹. Del resto, l'art. 106, 1° comma, l.fall. *non* circoscrive la cedibilità ai

⁵⁹⁷ Vedi cap. II, § 10.2.

⁵⁹⁸ Sembra perciò doversi rigettare l'impostazione per cui, ai fini della cedibilità sia in via concordataria che in via autonoma, l'azione revocatoria ordinaria «proposta dal curatore segue il medesimo regime della revocatoria fallimentare» (F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1126); impostazione di fatto comune agli autori che, pur con varietà di accenti, affermano la cedibilità in via autonoma di questa azione.

⁵⁹⁹ F. DE SANTIS, *op. ult. cit.*, p. 1124. Vedi anche M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 465, all'art. 106 l.fall. «[s]i parla di cessioni di azioni revocatorie e non di cessioni di altre azioni ma da ciò non possiamo certo inferirne che le altre azioni non sono cedibili. [...] Quando il curatore assume l'amministrazione del patrimonio del fallito (art. 31 l. fall.) acquisisce i diritti che erano compresi nel patrimonio del fallito (art. 42 l. fall.), sì che tutti i diritti che derivano da rapporti sostanziali rientrano nella disponibilità del curatore per il sol fatto della dichiarazione di fallimento. Se dalla titolarità del rapporto sostanziale, a causa del difetto di cooperazione dell'altra parte del rapporto, sorge la necessità di promuovere un'azione giudiziale, in virtù di

crediti *del debitore*; il che è consono alla previsione, nello stesso comma, di «azioni revocatorie concorsuali» che certo non spettano al fallito. Ciò induce a ritenere che il curatore possa cedere in via autonoma non solo i crediti che egli trova in quello che abbiamo definito il patrimonio preconcorsuale del debitore (artt. 42–43 l.fall.)⁶⁰⁰, ma più in generale tutti i crediti compresi nel patrimonio destinato al concorso dei creditori; il quale, come visto, è a un tempo più ristretto e più ampio del primo.

Vediamo le implicazioni di questo sul particolare fronte delle azioni di responsabilità esercitabili dal curatore fallimentare.

Com'è stato sottolineato da autorevole dottrina⁶⁰¹, l'uso dell'espressione "azioni di responsabilità" non deve confondere circa un dato ovvio e cioè che, mediante esse, si tutela "semplicemente" un diritto di credito risarcitorio. Poiché però, come visto, sono per il resto molteplici le possibili ricostruzioni interpretative in questo intricato campo d'indagine, diversificate devono essere le risposte in punto di cedibilità in via autonoma del diritto di credito risarcitorio e quindi dell'azione. Queste risposte sono state già anticipate trattando della natura di massa delle azioni di responsabilità⁶⁰².

Se si ritiene che gli artt. 2393 e 2394 c.c. esprimano un'unica azione, che l'art. 2394 c.c. abilita i creditori a esercitare in via surrogatoria a speciali condizioni, e che:

- a) il curatore eserciti questa azione ai sensi dell'art. 43 l.fall., in quanto il diritto di credito risarcitorio si trovava già nell'attivo preconcorsuale del fallito, ne consegue che tale diritto di credito è cedibile ex art. 106, 1° comma, l.fall. in quanto credito del fallito. Non si avrebbe qui la cessione di un'azione di massa;
- b) il curatore, esercitando una propria azione che vi corrisponde nei presupposti, faccia valere un diritto di credito risarcitorio nuovo di cui è titolare l'ufficio fallimentare, ne consegue che tale diritto di credito è cedibile ex art. 106, 1° comma, I.fall. in quanto credito dell'ufficio fallimentare. Si avrebbe qui la cessione di un'azione di massa

Se, al contrario, si ritiene che gli artt. 2393 e 2394 c.c. si riferiscano a due distinte azioni, e che:

 il curatore, in forza dell'art. 2393 c.c., eserciti questa azione ai sensi dell'art. 43 l.fall., oppure faccia valere un diritto di credito risarcitorio nuovo di cui è titolare l'ufficio fallimentare, ne consegue che il curatore può cedere in via autonoma il diritto di credito sottostante all'azione ex art. 2393 c.c., in quanto credito – rispettivamente – del fallito o dell'ufficio fallimentare;

quanto stabilito nell'art. 43 l. fall. non v'è alcun dubbio che il curatore possa promuovere l'azione e poi cedere il diritto sostanziale sottostante. Il trasferimento della *res litigiosa* è ben consentito come dimostra l'art. 111 c.p.c.».

⁶⁰⁰ Sicché, in definitiva, le azioni «che già esistevano nel patrimonio del fallito prima dell'apertura del concorso [] sono cedibili, a condizione che siano collegate al recupero di un credito ceduto (verosimilmente contestato)» (F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1124).

⁶⁰¹ Vedi G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 542. ⁶⁰² Vedi cap. II, § 10.4.

- b) il curatore, in forza dell'art. 2394 c.c., eserciti questa azione quale sostituto processuale dei creditori, non può cedere il credito azionato ex art. 2394 c.c., perché non essendone titolare né il fallito né l'ufficio fallimentare egli non può disporre del diritto;
- c) il curatore, in forza dell'art. 2394 c.c. o degli artt. 2393 e 2394 c.c., faccia valere un diritto di credito risarcitorio alternativamente concorrente o unitario e inscindibile di cui è titolare l'ufficio fallimentare, occorre chiedersi se il curatore possa cedere il credito azionato ex art. 106, 1° comma, I.fall.

Nell'ipotesi interpretativa c) appena descritta ci scontriamo con la qui descritta ipotesi di *ratio* della limitazione di cedibilità alle «azioni revocatorie concorsuali», ravvisata nel non voler impedire il soddisfacimento dei creditori, al di fuori del fallimento, mediante azioni recuperatorie individuali.

Mentre però, nel caso delle «azioni revocatorie concorsuali», questa *ratio* fornisce una spiegazione a nostro avviso convincente di un limite *già* desumibile dal dato normativo⁶⁰³, con riguardo invece alle azioni di responsabilità e alle altre azioni di massa, concorsuali o non, fondate su diritti di credito, mi sembra metodologicamente più opportuno resistere alla tentazione di *aggiungere*, sol predicando una certa *ratio*, limiti che non trovano un ancoraggio normativo.

Ecco dunque che si può dare conferma di quanto prospettato nella parte generale⁶⁰⁴, e cioè che queste particolari azioni di massa, a differenza delle revocatorie, possano essere cedute dal curatore (qui ai sensi dell'art. 106, 1° comma, I.fall.) in quanto «crediti» propri dell'ufficio fallimentare, «anche se oggetto di contestazione».

Ne deriva che, a mio parere, queste azioni di massa, a differenza delle «azioni revocatorie concorsuali» 605, possano essere cedute anche se i relativi giudizi non sono ancora stati instaurati 606.

Da quanto visto, si dovrebbe poi desumere che non sono cedibili *ex* art. 106 l.fall. le azioni di massa che, oltre a non essere azioni revocatorie concorsuali, non deducono a proprio fondamento un diritto di credito. È questo il caso, per esempio, delle azioni di inefficacia *ex* artt. 44–45 l.fall. e dell'azione di simulazione esercitata *iure proprio* dal curatore⁶⁰⁷.

⁶⁰³ Vedi F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1124, secondo cui «le azioni *concorsuali* (quelle, cioè, che nascono all'interno della procedura concorsuale e derivano dalla stessa le ragioni della propria esistenza) sono cedibili in sede di liquidazione, [solo] se aventi ad oggetto una domanda di revocatoria già pendente».

⁶⁰⁴ Vedi cap. III, sez. 3.

⁶⁰⁵ Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 465, per il quale mentre «non dobbiamo preoccuparci della circostanza che [l'art. 106 l.fall.] parli solo di cessione di azioni revocatorie, perché il curatore è già legittimato a trasferire le azioni (non sono quelle pendenti ma pure quelle che debbono essere radicate) in virtù della titolarità dei relativi diritti sostanziali[, l]a norma di cui all'art. 106 l.fall. precisa che non esiste un'analoga disponibilità da parte del curatore delle pretese che sorgono dal fallimento e che non si concretano in diritti soggettivi ma in situazioni potestative [...]. Questo comporta che il curatore non può negoziare la pretesa revocatoria, ma se quella pretesa l'ha trasformata in azione giudiziaria, allora è cedibile proprio l'azione».

⁶⁰⁶ Concorde F. DE SANTIS, La cessione delle azioni di massa, cit., p. 1126.

⁶⁰⁷ Mentre è cedibile l'azione di simulazione che il curatore promuove *utendo iuribus* del fallito, la quale non è un'azione di massa: vedi cap. II, § 10.3.

3.2. «Se i relativi giudizi sono già pendenti».

Nella parte generale⁶⁰⁸, si è prestata adesione alla lettura per cui la pendenza dei giudizi oggetto di cessione non è un requisito essenziale per la cessione di azioni di massa, bensì un requisito fissato discrezionalmente del legislatore.

Mi sembra poi chiaro dalla lettera delle legge che il giudizio debba essere pendente al momento del perfezionamento della cessione.

Per l'eventualità (improbabile) che questo requisito non venga soddisfatto, rinvio alla discussione svolta *infra*⁶⁰⁹ sulla possibilità per il terzo convenuto di eccepire tale fatto al cessionario.

3.3. Possibili cessionari.

Nella dottrina che dopo il 2006 si è interrogata su caratteri e limiti della cessione autonoma delle azioni di massa, è ricorrente la traslazione interpretativa su di questa degli stessi limiti soggettivi predicati per la cessione concordataria⁶¹⁰. In particolare, per tale via si giunge a escludere la cedibilità delle azioni in via autonoma al fallito, alle società cui egli partecipi, a società sottoposte a comune controllo (vedi art. 124, 1° comma, I.fall.), nonché ad altri soggetti vicini al fallito⁶¹¹ quali i suoi fideiussori (e cfr. ancora il previgente art. 124, 3° comma, I.fall.) e i soggetti esclusi dal voto su proposte di concordato fallimentare ex art. 127, 5° comma, I.fall.

Questa delimitazione interpretativa dell'ambito dei possibili cessionari peraltro non mi sembra sia stata adeguatamente motivata. In senso contrario, anzi, è stato osservato in dottrina che la *ratio* che motiva l'esclusione espressa del fallito e di taluni soggetti a lui riconducibili in caso di cessione concordataria (art. 124, 1° comma, I.fall.), ossia «l'intento di evitare il rischio del possibile utilizzo strumentale della soluzione negoziale della crisi, a danno della massa dei creditori [...], di cui sono ulteriori espressioni, da un lato, l'impossibilità per tali soggetti di proporre il concordato, se non entro limiti di tempo ben individuati [...] e, dall'altro e soprattutto, l'esclusione di essi dai legittimati al voto»⁶¹², non ricorre in caso di cessione autonoma; qui infatti «tale rischio non sussiste, in quanto l'intera procedura di cessione è governata direttamente dal curatore»⁶¹³.

Questo argomento potrebbe suggerire un ripensamento della soluzione prevalente, così agilmente trasportata dalla cessione concordataria a quella autonoma. Stanti la natura competitiva della cessione⁶¹⁴, che avviene in base alle modalità e secondo forme di tutela dei controinteressati dettate dalla legge, il rischio di collusione tra fallito e cessionario non diminuisce, ma è certamente più probabile che quanto i creditori ricevano in cambio sia più adeguato e cioè meglio rappresentativo del valore economico delle azioni cedute. Ciò senza contare il

⁶⁰⁸ Vedi cap. III, sezione 4.

⁶⁰⁹ Vedi infra in questo cap. IV, § 3.6.

⁶¹⁰ Su cui vedi supra in questo cap. IV, § 2.1.

⁶¹¹ Novero che, come si è detto, ha però contorni incerti ed è perciò ampiamente plasmabile in via interpretativa.

⁶¹² D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 457.

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ Vedi il paragrafo seguente.

presidio rappresentato dalla potenziale responsabilità del curatore fallimentare (art. 38 l.fall.).

Certamente, dovrà escludersi la possibilità di cedere le «azioni revocatorie concorsuali» al fallito. Questo risultato si raggiunge però senza dover invocare l'argomento dell'ingiustificato arricchimento del debitore fallito (sulla cui solidità ho espresso più di qualche riserva⁶¹⁵). Basta infatti la considerazione per cui il fallito non può essere destinatario dell'inefficacia relativa di atti da lui stesso compiuti. Se si ammettesse il contrario, si avrebbe l'assurdo dogmatico di un atto valido ed efficace nei confronti di una delle parti, e valido ma inefficace nei confronti dell'altra: col che, a tacer d'altro, tutti gli adempimenti dovuti da parte della prima, e per essa validamente estintivi delle sottostanti obbligazioni, non costituirebbero per la seconda – ma *solo* rispetto ad essa – altro che indebiti oggettivi (art. 2033 c.c.).

Un simile ostacolo dogmatico non si può però configurare rispetto alle cessioni di «azioni revocatorie concorsuali» a soggetti diversi dal fallito, né – come visto – rispetto alle cessioni di azioni di massa diverse da queste.

3.4. Modalità della cessione.

Se requisito della cessione concordataria è, come visto⁶¹⁶, la «specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa» nella proposta di concordato e (secondo una opinione) anche nell'autorizzazione a stare in giudizio data dal giudice delegato, il silenzio del legislatore sul punto in materia di cessione autonoma ha suscitato qualche interrogativo in dottrina.

Non sembra peraltro si possa dubitare che, per la cessione di azioni di massa, valga quanto è previsto dalla legge fallimentare in tema di liquidazione dell'attivo fallimentare.

Pertanto, il programma di liquidazione predisposto dal curatore dovrà specificare tutte le «azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito», anche se non ne è prevista la cessione [art. 104-ter, 2° comma, lett. c)]. Per le azioni di massa di cui si prevede la cessione, come per tutti gli altri «cespiti», dovranno essere indicate le «condizioni di vendita» [art. 104-ter, 2° comma, lett. e)], anche qualora le azioni stesse siano «individuabili in blocco» [art. 104-ter, 2° comma, lett. d)]⁶¹⁷. Si può peraltro ritenere che le azioni da cedere debbano essere indicate in maniera specifica (magari con «specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa») per «l'esigenza, se si vuole d'indole pratica più che teorica, di fugare ogni incertezza in ordine al subentro dell'acquirente»⁶¹⁸. Quanto alle azioni revocatorie concorsuali, il requisito per esse possono essere cedute solo «se i relativi giudizi sono già

616 Vedi supra in questo cap. IV, § 2.3.

⁶¹⁵ Vedi *supra* in questo cap. IV, § 2.1.

⁶¹⁷ Questa eventualità sarà forse rara, ma non impossibile: si pensi, per esempio, alla cessione unitaria di tutte le azioni di responsabilità promosse dal curatore.

⁶¹⁸ M. Perrino, *Cessioni "individuali" e "in blocco" dei diritti controversi*, cit., p. 70. Questo Autore ritiene «che la cessione delle azioni revocatorie non possa che aver luogo in virtù, prima, di una clausola espressa del programma di liquidazione e della successiva procedura competitiva; poi, di una previsione espressa dell'atto traslativo» (*ibidem*). Nel senso della necessità di indicazione espressa e specifica delle azioni cedute, anche D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 458.

pendenti» toglie vigore alla disputata questione se la descritta indicazione specifica debba essere inclusa anche nell'autorizzazione del giudice delegato. Questo specifico problema potrà meglio porsi rispetto alle altre azioni di massa di cui si ammetta la cessione ex art. 106 l.fall.; per esse non si può che rinviare alla discussione svolta in materia di cessione concordataria⁶¹⁹, mentre si ribadisce qui l'opinione esposta per cui non è necessaria l'integrazione delle autorizzazioni già date.

Coerentemente, la vendita dovrebbe avvenire ai sensi degli artt. 107 ss. I.fall., e dunque mediante procedure competitive come descritte dall'art. 107, 1° comma, I.fall. Si deve perciò ritenere che il valore di ciascuna azione di massa oggetto di cessione debba essere stimato da «operatori esperti», in funzione delle ritenute probabilità di successo della controversia. Vista la natura sensibile di queste informazioni, sarà opportuno che il curatore provveda ad adeguate cautele sull'accesso ad esse, per esempio predisponendo un'apposita data room virtuale o fisica con correlativi obblighi di riservatezza. Ciò non è certo incompatibile col dovere del curatore di «assicur[are], con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati» (art. 107, 1° comma, I.fall.). La legge prescrive infatti che questa massima ampiezza e profondità informativa sia realizzata mediante pubblicità «adeguat[a]», non mediante pubblicità *massima*. D'altro canto, va osservato che proprio su questo fronte la possibilità di cessione delle azioni di massa dispiega delle potenzialità strategiche. Se, infatti, la probabilità stimata di successo della controversia è alta, pubblicizzarla potrebbe in concreto aiutare la curatela a incrementare la pressione sul soggetto convenuto ad addivenire a transazione.

Sotto altro profilo, deve ritenersi applicabile l'art. 108, 1° comma, I.fall. 620. L'applicazione di guesta disposizione risulta peraltro complicata dalla difficoltà di discorrere di «condizioni di mercato» nel particolarissimo ed esiguo settore delle cessione di azioni di massa: mercato illiquido, in cui determinare il "giusto prezzo" potrebbe risultare assai difficile se non impossibile. L'unica tecnica praticabile sembrerebbe, in effetti, la comparazione di stime provenienti da operatori specializzati non ancora interpellati in relazione alla cessione. E non può negarsi che, al riguardo, certamente significativi saranno i margini di apprezzamento del giudice delegato. Lo stesso vale per i «gravi e giustificati motivi» addotti a fondamento dell'istanza. Ricollegandoci a quanto visto sopra, potrebbe costituire per esempio un grave e giustificato motivo la disponibilità, manifestata dal soggetto convenuto con l'azione di massa, a negoziare una transazione con la curatela. In base a quanto appena visto, invece, potrebbe ammettersi come grave e giustificato motivo un notevole divario, a sfavore dei creditori, tra la stima su cui è stata basata la procedura competitiva e stime formulate da differenti operatori (su richiesta, presumibilmente, di uno o più creditori o – perché no – dello stesso fallito).

⁶¹⁹ Vedi *supra* in questo cap. IV, § 2.3.

⁶²⁰ Il quale così recita: «Il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito di [offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto, di] cui al quarto comma dell'articolo 107, impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato».

3.5. Possibilità per il terzo convenuto o da convenire con l'azione di massa oggetto di cessione di proporre reclamo avverso l'autorizzazione del giudice delegato.

Rara anche in dottrina e ivi risolta in senso affermativo, ma senza espressa motivazione⁶²¹, è la considerazione della possibilità o meno per il terzo convenuto o da convenire con l'azione di massa oggetto di cessione di proporre reclamo contro l'autorizzazione del giudice delegato all'esecuzione degli atti conformi al programma di liquidazione approvato (art. 104-ter, 9° comma, l.fall.), evidentemente quale soggetto che «vi abbia interesse» (art. 26, 1° comma, l.fall.).

La questione presenta evidenti somiglianze con quella, prima esaminata, della possibilità per detto terzo di fare opposizione all'omologazione del concordato. Alle riflessioni svolte al riguardo merita perciò fare rinvio⁶²². In questa sede conviene sottolineare che la natura "aperta" del reclamo *ex* art. 26 l.fall. assai meglio si presta, rispetto all'opposizione all'omologazione di concordato, ad accogliere motivi di convenienza come quelli di cui sopra si è discorso in relazione al terzo convenuto.

3.6. Possibilità per il terzo convenuto di eccepire che l'azione è stata ceduta a giudizio non pendente.

L'eventualità che venga ceduta in via autonoma un'azione non ancora esercitata dal curatore non sembra esser stata ancora considerata dagli interpreti.

Nel capitolo III⁶²³ si è ritenuto che la pendenza del giudizio non vada considerata requisito essenziale per la cessione di un'azione di massa. Ciò però non consente di stabilire univocamente se il mancato rispetto di tale requisito, in quanto fissato *espressamente* dal legislatore, comporti l'inefficacia del trasferimento, e quindi rappresenti un fatto impeditivo opponibile con un'eccezione di merito, o rappresenti piuttosto il difetto di una condizione di decidibilità della causa nel merito.

La questione è oltremodo delicata. Mi sembra comunque che l'assenza di una deliberazione dei creditori sulla cessione in via autonoma, e la *ratio* del requisito quale descritta nella relazione illustrativa del d.lgs. 5/2006⁶²⁴, forniscano degli indizi nel primo senso anzidetto, e cioè della inefficacia dell'atto di cessione, con rigetto *nel merito* dell'azione eventualmente instaurata dal cessionario al di fuori della procedura.

⁶²¹ Vedi A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 514.

⁶²² Vedi supra in questo cap. IV, § 2.5.

⁶²³ Vedi cap. III, sez. 4.

⁶²⁴ Vedi *ibidem*.

CAPITOLO QUINTO

LA CESSIONE DELLE AZIONI REVOCATORIE NEL FALLIMENTO

1. Oggetto della cessione.

Il quesito sulla natura della cessione di un'azione revocatoria è «ancora attuale»⁶²⁵ e oggetto di una «discussione tuttora aperta»⁶²⁶.

Il problema è chiaro⁶²⁷: se ciò che tipicamente interessa al cessionario è conseguire il *bene* oggetto di un atto da revocare, come si può collegare questo esito traslativo alla cessione di un'azione che (come ormai pacifico) non comporta il ritorno di tale bene alla proprietà del fallito?

Ora, si può certo convenire a livello *descrittivo* che, nel corso dei decenni, si sia assistito a un processo evolutivo «in forza del quale la pretesa revocatoria si è andata inevitabilmente trasformando da strumento rigidamente "ancillare" del processo di fallimento (destinato, come tale a estinguersi con la sua chiusura) a "elemento potenziale" dell'attivo, suscettibile di essere valorizzato in qualsiasi modo nell'interesse dei creditori: cioè anche attraverso il suo "realizzo" pecuniario o il suo "conteggio" forfetario, rispettivamente, nell'ambito di una vendita autonoma o di un concordato fallimentare (il che ne postula ovviamente la normale sopravvivenza alla cessazione della procedura)»⁶²⁸.

In parte condivisibile sembra pure l'invito, formulato alla luce di ciò, ad «avere riguardo, più che alla funzione giuridica propria dell'azione – quella cioè di rendere inefficace l'atto revocabile e di assoggettarne il relativo bene alla custodia, amministrazione ed esecuzione fallimentare, che potrebbe rimanere anche irrealizzata – alla sua funzione economica, cioè al "risultato utile" per la massa che l'azione stessa prefigura» 629; in parte, e cioè quale sollecitazione a prediligere, tra le varie possibilità ricostruttive consentite, quella che meglio risponda alle esigenze degli operatori economici.

Ciò non può però giustificare una «mutazione genetica»⁶³⁰ delle azioni revocatorie, consentendo al loro cessionario di beneficiare, per il sol fatto che l'azione è stata trasferita, di effetti diversi o ulteriori da quelli che le azioni stesse possono spiegare nei confronti dell'ufficio fallimentare.

⁶²⁵ M. FABIANI, Diritto fallimentare. Un profilo organico, cit., p. 563.

⁶²⁶ D. LATELLA, La cessione delle azioni "di pertinenza della massa", cit., p. 28.

⁶²⁷ E bene lo evidenzia M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., pp. 395 s

⁶²⁸ F. GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, cit., p. 1088.

⁶²⁹ Ibidem.

⁶³⁰ Ibidem.

1.1. L'oggetto della cessione non è un mero potere processuale. Rinvio.

In questa sezione si prende le mosse da una conclusione raggiunta nella parte generale di questo lavoro, e cioè che la cessione di un'azione di massa, rettamente intesa, consiste nel trasferimento non di un mero potere processuale, bensì della (sola) situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto dell'azione.

A questo risultato interpretativo si è giunto, in particolare, considerando e rigettate quelle concezioni meramente processuali della cessione di azioni di massa che sono state proposte in dottrina proprio con riguardo alle azioni revocatorie.

Si può perciò fare rinvio alle riflessioni svolte altrove⁶³¹.

1.2. La tesi tradizionale: cessione dell'azione revocatoria come alienazione anticipata del bene oggetto dell'atto da revocare.

Le tesi che si contendono il campo in materia di oggetto della cessione di un'azione revocatoria sono formulate entrambe, a ben vedere, per riferimento privilegiato a un certo *sottoinsieme* di azioni revocatorie, ossia quelle dirette contro atti traslativi di beni determinati.

«[D]el tutto prevalente»⁶³² e «consueta affermazione»⁶³³ è che, in questi casi, la cessione dell'azione comporti l'alienazione anticipata⁶³⁴, dalla massa al cessionario, del bene oggetto dell'atto da revocare, sospensivamente condizionata alla formazione del giudicato revocatorio e (in caso di cessione concordataria) con efficacia dalla pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato.

⁶³¹ Vedi cap. I, spec. sez. 2, e cap. III, sez. 2.

⁶³² M. FABIANI, La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento, cit., p. 3033.

⁶³³ Ivi, p. 3032.

⁶³⁴ Non è pacifica in dottrina la questione se, in caso di cessione concordataria, il valore dei beni in tal modo alienati anticipatamente rappresenti un corrispettivo all'assuntore per gli obblighi concordatari. In senso affermativo, vedi L. DEVOTO, L'assuntore e la cessione delle revocatorie, cit., p. 19, e D. VATTERMOLI, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore, cit., pp. 229-230 [il quale parla di «rapporto sinallagmatico in forza del quale l'ufficio fallimentare cede i diritti sui beni rientranti nell'attivo liquidabile e le azioni revocatorie ed i creditori concorrenti (chirografari) ottengono in cambio la percentuale concordata»]. In senso negativo – e, a mio avviso, convincente – vedi F. FERRARA, Il fallimento, cit., p. 575, secondo il quale nel concordato fallimentare con assunzione «[n]on si ha cessione dei beni contro un prezzo, perché la cessione dei beni avviene per mettere l'assuntore in condizione di pagare il prezzo. Nell'economia del fenomeno fra la cessione dei beni ed il pagamento della somma concordata non c'è una posizione di corrispettività, l'una non può considerarsi come controprestazione dell'altro, ma l'una è in funzione dell'altro, la cessione dei beni ha carattere strumentale rispetto allo scopo del pagamento della percentuale che è preminente. Consequentemente la composizione concreta del patrimonio fallimentare è irrilevante, e l'assuntore non può trarre motivo da ciò per rifiutare il pagamento della somma concordata».

Questo orientamento trovò espressione in dottrina già prima del 1942⁶³⁵, ed è stato seguito dalla Suprema Corte fin dalla prima pronuncia⁶³⁶ (relativamente recente⁶³⁷) in cui essa fu chiamata a misurarsi con questo problema nel vigore della legge fallimentare.

In quella prima decisione la corte di legittimità decise il ricorso avverso una sentenza con cui la corte d'appello, confermando la pronuncia di prime cure, aveva ritenuto «che il carattere dell'azione non muta per effetto della cessione all'assuntore del concordato, che produce soltanto una modificazione soggettiva, nel senso che beneficiario della garanzia patrimoniale, ripristinata sul bene oggetto della pronunzia di revoca, non è più la massa creditoria, ma l'assuntore cessionario, il quale, quindi, giammai può pretendere *tout court* la consegna del bene medesimo [...] come se ne avesse acquistata la proprietà in forza della sentenza di revoca», bensì può solamente procedere all'espropriazione forzata del bene⁶³⁸.

Impietosa fu la valutazione della Suprema Corte: «[q]uesto discorso non merita consenso già sul piano metodologico. Non si dubita che la cessione non modifica la funzione propria dell'azione revocatoria, il cui accoglimento, come di ordinario, rende inefficace l'atto revocato nei confronti del cessionario e, prima ancora, della massa fallimentare, senza attribuire, di per sé, alcun diritto all'assuntore in ordine al bene oggetto dell'atto revocato, sicché, in questo senso, la pronunzia ha valore soltanto strumentale [...]. Si tratta di stabilire, quindi, se la cessione all'assuntore dell'azione revocatoria iniziata dal fallimento abbia analogo contenuto ed adempia, conseguenzialmente, alla medesima funzione (strumentale) di rendere possibile la soggezione del bene recuperando alla (futura) azione esecutiva del cessionario. Al quale scopo risulta scarsamente rilevante la tematica della natura dell'azione, occorrendo definire, invece, la situazione sostanziale attribuita con la cessione all'assuntore ed alla quale l'azione medesima è finalizzata. E questo profilo è stato sostanzialmente negletto dalla sentenza in esame, la quale [...] si è limitata all'affermazione, incidentale e apodittica, che l'assuntore ha facoltà di sottoporre il bene ad espropriazione

⁶³⁵ Il primo a schierarsi chiaramente in tal senso fu G.G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, cit., pp. 165 ss. L'opinione di questo Autore fu poi ripresa, con deciso assenso, da A. DE MARTINI, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, 119 ss., pp. 126 ss., nonché da U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., pp. 784 s.

⁶³⁶ Cass., 22 novembre 1979, n. 6073, in *Giur. comm.*, 1981, II, 921, con nota di V. DI CATALDO, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare: diritti dell'assuntore e diritti del revocato*, e in *Giust. civ.*, 1980, I, 941, con nota di F. SANTULLI, *Sulla legittimazione dell'assuntore (nel concordato fallimentare) – cessionario dell'azione revocatoria – a conseguire dal terzo il bene oggetto dell'atto revocato.*

^{637 «}È certo singolare che il problema sia stato a lungo ignorato», osserva V. DI CATALDO, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare: diritti dell'assuntore e diritti del revocato, in Giur. comm., 1981, II, 921 ss., p. 923. In verità, aveva precorso l'orientamento della Cassazione, ma solo in obiter dictum, App. Trento, 6 novembre 1959, in Foro it., 1960, I, 1946, e in Foro pad., 1961, I, 1194, con nota di G. FORTE, Pretesi limiti di validità delle azioni revocatorie cedute nel concordato fallimentare all'assuntore, in cui la cessione di azione revocatoria fu descritta come cessione «di bene sperato, che viene scontato come presente»: e «non è evidente il legame tra questa impostazione e la tesi che, al di là del senso letterale della norma, ravvisa nella cessione delle surrogatorie [recte revocatorie, n.d.r.] la realizzazione anticipata del cespite [...]?» (L. DEVOTO, L'assuntore e la cessione delle revocatorie, cit., p. 64).

⁶³⁸ Così App. Venezia, 16 luglio 1976, inedita, ripresa in Cass. 6073/1979, cit.

forzata per realizzare il "suo credito", la cui fonte e consistenza non vengono chiarite» 639.

Al contrario, ad avviso della Suprema Corte, in primo luogo «né in forza della sentenza di omologazione né in conseguenza dell'adempimento del concordato l'assuntore diventa titolare di un credito realizzabile coattivamente sul bene oggetto dell'atto revocando, sicché già sotto questo profilo la cessione in esame si diversifica dal modulo ordinario, non essendo l'azione preordinata ad una futura espropriazione forzata»⁶⁴⁰.

In secondo luogo, non si potrebbe sostenere che con la cessione si attui «il conferimento [al cessionario] del potere di disporre del bene recuperando»: questo potere, infatti, «attiene ad un momento successivo all'esito (vittorioso) della revocatoria e costituisce esercizio dell'azione esecutiva fallimentare»; è potere che «rientra nell'attività giurisdizionale degli organi del fallimento, deve avvenire nell'ambito della procedura esecutiva concorsuale e postula l'esistenza del vincolo fallimentare sui beni, il quale viene meno, invece, con l'omologazione del concordato»; «[u]na vicenda traslativa di tale potere, quindi, non è neppure immaginabile [...]; al più, si può ipotizzare il conferimento all'assuntore, da parte della massa, di un nuovo e distinto potere dispositivo (sostanziale). Ma allora, da un lato, il riferimento al preesistente potere del fallimento non è idoneo a giustificare e definire quello dell'assuntore; dall'altro, si conferma che il problema non può essere risolto nell'ottica del trasferimento della situazione sostanziale sottostante alla revocatoria, appunto perché si tratterebbe di un nuovo potere»⁶⁴¹.

In terzo luogo, sarebbe inammissibile concepire la cessione quale attribuzione al cessionario di un «mandato a liquidare il patrimonio fallimentare (compreso il compendio delle revocatorie) nell'interesse della massa, a somiglianza di quanto accade nella cessione dei beni ai creditori» ⁶⁴²: ciò perché «la tesi non convince, essendosi giustamente obiettato che l'assuntore non ha il dovere di alienare i beni cedutigli, bensì di adempiere agli obblighi concordatari, e a ciò può provvedere anche senza alienare i beni; inoltre, questi gli vengono ceduti non per volontà di un mandante, ma in forza della sentenza di omologazione» ⁶⁴³.

In quarto luogo, e «infine, non si potrebbe neppure ipotizzare il rilascio di una procura a vendere da parte dei creditori, i quali si limitano a non dissentire»⁶⁴⁴.

La soluzione risulterebbe pertanto obbligata: «la cessione opera di necessità una scissione fra il momento della reintegrazione della garanzia, cioè

⁶³⁹ Cass. 6073/1979, cit.

⁶⁴⁰ Ibidem.

⁶⁴¹ Ibidem.

⁶⁴² Questa era la tesi che, accolta nella giurisprudenza più risalente e sviluppata da V. ANDRIOLI (vedi *sub* note da 461 a 470), era all'epoca particolarmente cara a F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., pp. 576 s., che sosteneva anzi la persistenza – ai fini di tale liquidazione – non solo della separazione patrimoniale ma anche della custodia ed amministrazione dei beni da parte del curatore: solo una volta compiuta la liquidazione (sotto la vigilanza del curatore medesimo) e pagate le percentuali concordatarie, l'assuntore avrebbe acquistato «automaticamente la proprietà dei beni residui». Nella giurisprudenza del dopoguerra aveva aderito a questa peculiare ricostruzione Trib. Milano, 1° luglio 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 768.

⁶⁴³ Cass. 6073/1979, cit.

⁶⁴⁴ Ibidem.

l'esercizio dell'azione revocatoria, e quello di attuazione della garanzia, cioè l'esercizio dell'azione esecutiva sul bene del terzo soggetto alla revoca [...]. Si riscontra, cioè, un'anticipazione del momento esecutivo rispetto a quello reintegratorio; il diritto garantito viene attuato immediatamente, sia pure in modo virtuale, dallo stesso titolare (cioè dal fallimento), il quale perciò trasferisce all'assuntore non già una situazione giuridica strumentale, ma il risultato dell'azione espropriativa, quindi la titolarità dello stesso bene; l'esercizio del diritto di garanzia, invece, viene ceduto all'assuntore ai fini della prosecuzione dell'azione revocatoria dal cui esito positivo dipende l'efficacia del trasferimento suddetto. [...] La differenza rispetto al modulo ordinario non incide perciò sulla portata propria dell'azione, ma sulle modalità di attuazione del diritto garantito»; la differenza starebbe, cioè, non nei presupposti sostanziali dell'azione revocatoria, bensì nella circostanza che essa, «in luogo di essere preordinata ad un'esecuzione futura, è finalizzata ad un'esecuzione già compiuta»

Il portato decisorio di questa fondamentale pronuncia è stato più volte confermato dalla corte di legittimità⁶⁴⁶, che ne ha anzi tratto specifici corollari.

Si è così stabilito, per esempio, che se la cessione delle azioni revocatorie viene sospensivamente condizionata al completo adempimento del concordato, gli atti dispositivi che l'assuntore compia *medio tempore* sui beni oggetto degli atti da revocare sono sottoposti alla medesima condizione (art. 1357 c.c.); e che perciò, se questa diventi impossibile (nella specie, per annullamento del concordato fallimentare), essi sono inopponibili al fallimento⁶⁴⁷.

Come anticipato, questa soluzione viene condivisa anche dalla parte largamente maggioritaria della dottrina⁶⁴⁸.

1.2.1. Segue. Discussione.

La tesi dominante senza dubbio si confà ai concreti interessi del cessionario di un'azione revocatoria, che tipicamente è un operatore specializzato. Se l'azione è diretta contro un atto traslativo di bene determinato, il cessionario avrà tipicamente interesse ad acquisire direttamente la proprietà di questo bene, piuttosto che accollarsi i costi e i rischi connessi all'esecuzione forzata per un credito pari al suo valore. Affermando che si verifica trasferimento della proprietà, inoltre, nulla osta a che il cessionario alieni successivamente il bene per trarne maggior profitto.

⁶⁴⁵ Ibidem.

⁶⁴⁶ Vedi Cass. 6587/2003, cit.; Cass., 24 novembre 1981, n. 6230, in *Giur. comm.*, 1982, II, 269; Cass. 6229/1981, cit.

⁶⁴⁷ Così Cass., 29 aprile 1992, n. 5147, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1707, con nota di G. Lo CASCIO, *Concordato fallimentare con assunzione: modifiche allo schema normativo degli effetti*; Cass., 7 giugno 1991, n. 6498, in *Dir. fall.*, 1991, II, 671.

⁶⁴⁸ Così, tra gli altri, F. Di Sabato, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., p. 22; L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., p. 19; A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 500.; D. Vattermoli, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 459, il quale osserva che «la diversa interpretazione che volesse riservato al cessionario il solo potere di richiedere la restituzione del bene in favore della massa priverebbe il trasferimento dell'azione di ogni significato economico»; L. Panzani, *Circolazione dei crediti, cessione delle revocatorie e concordato fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 29 ss., p. 40; D. Latella, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa"*, cit., pp. 37 ss.

Mettere a confronto questo interesse economico con il dato giuridico, occorre però osservare che l'orientamento descritto si fonda su assunti decisivi.

Il primo, importante assunto alla base delle sentenze citate nel paragrafo precedente è che l'operazione di cessione *non* si risolve nel trasferimento del bene oggetto dell'atto da revocare. Questa conclusione non è meramente implicita: in una pronuncia, la Suprema Corte ha indicato espressamente che «*accanto* al patto di cessione dell'azione, esiste necessariamente un patto, assorbente e parallelo, che riguarda la cessione dei beni oggetto dell'atto di cui viene chiesta la dichiarazione d'inefficacia»⁶⁴⁹.

A ben vedere questa affermazioni, lungi dall'essere «piuttosto ridondante», (come si è sostenuto in dottrina⁶⁵⁰) sembra riflettere una vera esigenza dogmatica. Vediamo perché.

Come si è detto, lo studio della cessione di azioni revocatorie ha avuto riguardo pressoché esclusivo agli atti traslativi di beni determinati. Ciò peraltro non rappresenta un'eccezione: a identica delimitazione del campo d'indagine si è assistito per esempio nella discussione sul complesso problema della posizione sostanziale del c.d. terzo revocato⁶⁵¹. In quest'ultimo ambito si è osservato che gli atti traslativi di beni determinati, «più ancora che fornire il paradigma dell'atto revocabile, divengono l'unica ipotesi avuta presente in molti aspetti dell'elaborazione teorica dell'istituto e spesso addirittura in costruzioni presentate come sistemazioni dogmatiche generali della materia»⁶⁵².

Non sembra però repentina la suggestione che si possano cedere anche azioni revocatorie che colpiscono tipi diversi di atti.

Si immagini, per esempio, che un assuntore di concordato abbia interesse a farsi cedere dal curatore un'azione revocatoria fallimentare avverso un atto costitutivo di un diritto di prelazione (art. 67, 2° comma, l.fall.), per beneficiare (in termini di minore gravosità degli obblighi concordatari) della degradazione del credito a chirografario. Oppure si pensi a un terzo, co-obbligato o fideiussore od obbligato in via di regresso del fallito, che abbia interesse a farsi cedere l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare avverso l'atto costitutivo dell'obbligazione o della garanzia.

Se ben si possono concepire ipotesi in cui la cessione dell'azione revocatoria riveste un'utilità per il cessionario anche senza contestuale cessione di beni⁶⁵³, considerare quest'ultima «assorbente» della prima sembra quantomeno un po' affrettato.

Sul piano dogmatico, poi, l'orientamento qui discusso non fornisce alcun vero chiarimento sul quesito essenziale dianzi prospettato: com'è possibile che l'ufficio fallimentare ceda un bene che, *al momento della cessione*, non solo è di proprietà di un terzo, ma lo è in virtù di un atto (ancora) valido ed efficace nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento?

⁶⁵⁰ M. PERRINO, Cessioni "individuali" e "in blocco" dei diritti controversi, cit., p. 57.

152

⁶⁴⁹ Cass. 6587/2003, cit. (corsivo aggiunto).

⁶⁵¹ Per un esempio di delimitazione programmatica in tal senso, vedi F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli alla massa fallimentare (art. 71 l. fall.*), in *Riv. dir. impr.*, 1995, 187 ss., pp. 189 s.

⁶⁵² F. D'ALESSANDRO, La revoca dei pagamenti nel fallimento, Milano, Giuffrè, 1972, p. 3.

⁶⁵³ *Contra*, Cass. 13430/2003, cit., secondo la quale «[l]a cessione dell'azione revocatoria [...] non avrebbe alcun senso se non in quei casi nei quali, oltre che la cessione dell'azione revocatoria si ha, in sostanza, anche una vendita coattiva anticipata ed aleatoria».

Concettualmente, questa situazione appare non troppo dissimile dalla vendita di cosa altrui, disciplinata dall'art. 1478 c.c., ai sensi del quale «[s]e al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore» (primo comma), e «[i]l compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa» (secondo comma).

Questo confronto con l'art. 1478 c.c. suggerisce due tentativi di spiegazione del fenomeno traslativo.

Una prima possibilità è ritenere che la cessione dell'azione revocatoria costituisca, nel caso *particolare* della revoca di un atto traslativo di un bene determinato, il mezzo con cui il curatore «procur[a] l'acquisto al compratore» del bene oggetto dell'atto da revocare. Così però non si proverebbe nulla: si sarebbe tracciata un'esegesi ricettiva della distinzione tra cessione dell'azione e cessione del bene, ma persisterebbe l'oscurità del nesso tra effetti della revoca (inefficacia relativa della fattispecie acquisitiva⁶⁵⁴) ed effetto traslativo sostanziale⁶⁵⁵.

Perciò, se si intende mantenere il ragionamento sul piano della proprietà del bene, questo ostacolo potrebbe forse superarsi solo tentando una seconda via: sostenere che l'effetto tipico della revocatoria, ossia l'inefficacia relativa della fattispecie acquisitiva, non inerisce soltanto all'attribuzione patrimoniale, ma anche ai diritti nascenti dalla fattispecie acquisitiva. Nel senso, più precisamente, che per effetto della revoca, *rispetto all'ufficio fallimentare* il proprietario del bene oggetto dell'atto è nuovamente il fallito⁶⁵⁶. Da ciò seguirebbe, come corollario, che l'ufficio fallimentare potrebbe procedere direttamente all'alienazione del bene, senza passare (a differenza del creditore che agisce in revocatoria ordinaria) attraverso l'espropriazione contro il terzo proprietario (artt. 602 ss. c.p.c.), dal momento che il terzo non sarebbe più proprietario *rispetto all'ufficio*

⁶⁵⁴ Non (sempre) di un atto di disposizione: così, correttamente, G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, in F. Bricola, F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1993, pp. 65 s.

⁶⁵⁵ Questo profilo è stato colto da Cass., 21 giugno 2000, n. 8419, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1234, con nota di G. RAGO, Un fuorviante obiter dictum in tema di revocatoria fallimentare; in Fall., 2001, 755, con nota di G. LIMITONE, La revocatoria fallimentare nella concorsualità sistematizzata; in Foro it., 2001, I, 1666, con nota di G, TARZIA, L'interesse ad agire ed il "danno" come condizioni. o presupposti di merito, dell'azione revocatoria fallimentare: se, nelle more del giudizio di revoca di un contratto di locazione di un immobile, questo viene alienato, l'acquirente non può continuare il giudizio di revoca, cessando la materia del contendere; infatti è presupposto dell'art. 111 c.p.c. il trasferimento del diritto controverso, mentre «nella fattispecie in esame [...] non vi è alcun trasferimento di diritto controverso e, in particolare, del diritto di chiedere la revoca della locazione, considerato che tale diritto non è connesso alla proprietà dell'immobile, ma all'esercizio di una azione esecutiva che, ovviamente, non viene affatto trasferita. Con la vendita forzata dell'immobile si trasferisce la locazione, [...] ma non certo il diritto, ricorrendone i presupposti, di farne dichiarare l'inefficacia; tale diritto, infatti, resta funzionalmente collegato con l'esecuzione collettiva. Ragionando diversamente, ove si ritenesse che l'interesse del fallimento ad ottenere la pronuncia di revoca della locazione non viene meno per effetto della vendita dell'immobile, si aprirebbe la via ad una forma surrettizia di cessione delle azioni revocatorie che, invece, il legislatore ha limitato al solo caso di concordato fallimentare con assunzione».

⁶⁵⁶ Osserva M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, in *Dir. fall.*, 1982, I, 412 ss., p. 432, che «la difficoltà di ammettere che un bene possa apparire contemporaneamente di proprietà di soggetti diversi non è certo maggiore di quella di concepire un atto che sia allo stesso tempo efficace per certi suoi destinatari ed inefficace per altri».

fallimentare. Risultando, perciò, inapplicabile il riferimento a «colui che ha subito l'espropriazione» di cui all'art. 2919 c.c., il cessionario del bene oggetto dell'atto revocato succederebbe in un diritto sul bene che esiste solo rispetto all'ufficio fallimentare, «salvi» però – per previsione espressa di legge (art. 2919 c.c.) – «gli effetti del possesso di buona fede».

Anche questa peculiare ricostruzione del fenomeno revocatorio, oltre a risultare eccentrica rispetto a statuizioni pacifiche dalla giurisprudenza⁶⁵⁷ e della dottrina⁶⁵⁸, parrebbe però potenzialmente incapace di spiegare l'effetto traslativo.

A tale effetto, infatti, potrebbe comunque ostare l'imperativo dogmatico sotteso all'art. 1478, 2° comma, c.c., in base al quale «[i]l compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa»: in tanto potrebbe concepirsi un effetto traslativo del bene con decorrenza dalla pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato (come vuole la tesi qui discussa) in quanto, *a questa data*, esso possa dirsi compreso nel novero dei beni a disposizione dell'ufficio fallimentare per la liquidazione.

Ciò, però, significa esigere che gli effetti della revoca siano *retroattivi*.

657 Così, per esempio, Cass. 8419/2000, cit.: «il vittorioso esperimento dell'azione non è idoneo a determinare alcun effetto restitutorio rispetto al patrimonio del disponente, poi fallito, né, tantomeno, alcun effetto direttamente traslativo in favore dei creditori, comportando soltanto la dichiarazione di inefficacia relativa dell'atto rispetto ai creditori e rendendo, conseguentemente, il bene, validamente ed efficacemente trasferito, o comunque oggetto di atto dispositivo, assoggettabile all'azione esecutiva collettiva, senza in alcun modo caducare, ad ogni altro effetto, l'avvenuta disposizione». Dello stesso principio aveva fatto applicazione Cass., 11 settembre 1997, n. 8962, in Fall., 1998, 787, in un caso molto interessante. L'assuntore di un concordato fallimentare, cessionario di «tutte le attività fallimentari», aveva chiesto l'accertamento della propria titolarità di alcune quote di una società a responsabilità limitata, il cui trasferimento dalla debitrice a un terzo era stato revocato ex art. 67 l.fall. - su iniziativa e nei confronti del curatore fallimentare - prima dell'omologazione del concordato. L'assuntore sosteneva che «che la sentenza [di revoca] spieg[asse] i suoi effetti, a norma dell'art. 111, ultimo comma, c.p.c., anche nei confronti "di tutti i successivi acquirenti delle quote", e di aver conseguentemente diritto a giovarsene, quale cessionaria delle attività fallimentari». La Suprema Corte rigettò nel merito la domanda, facendo applicazione del principio appena ricordato, il quale «contrariamente a quel che mostra di ritenere la società ricorrente esclude che tale pronunzia possa costituire titolo idoneo a giustificare l'iscrizione nel libro soci del creditore (o dei suoi aventi causa) quale titolare delle quote trasferite con l'atto revocato».

658 La soluzione non ha trovato inequivoca adesione neppure tra coloro i quali sostengono che l'esecuzione forzata successiva alla revoca è diretta non già contro il terzo revocato, ma contro il debitore, comportando essa una restituzione del bene alla garanzia patrimoniale generica. Vedi, in particolare, P. PAJARDI, Manuale di diritto fallimentare, cit., p. 374: «se il bene è anche materialmente uscito dal patrimonio del debitore, ciò non impedisce l'azione esecutiva del creditore, la quale non si dirige verso il terzo, anche se questi ne è colpito, ma contro il debitore, avendo il creditore il diritto di sconoscere (a certe condizioni) le conseguenze giuridiche e materiali dell'atto revocato e quindi la posizione stessa del terzo (tutto questo sistema è racchiuso nel compendioso art. 2901 c.c.). Ogni discussione, quindi, sulla natura recuperatoria o restitutoria della revoca diventa oziosa di fronte a questa realtà giuridica. Recupero, restituzione, ripresa del possesso, ecc., sono momenti materiali conseguenti, e validi solo in funzione delle particolari necessità del processo esecutivo instaurato dal creditore. L'importante è quardarsi dal concepire un qualsiasi "ritorno di proprietà" del bene in capo al debitore». Nello stesso senso S. SATTA, Diritto fallimentare, cit., p. 161: «la proprietà del debitore [] è un rapporto completamente estraneo al processo [revocatorio]. Di qui discende che soggetto passivo dell'esecuzione sul bene oggetto della revoca è sempre il debitore, non il terzo, anche se la legge, per imperfetta elaborazione teorica, fa rivolgere gli atti contro il terzo (art. 2910 c.c. e 602 c.p.c.)».

154

Ecco allora che si è palesato come il nodo cruciale della validità ed efficacia della cessione giace su un piano non sempre tenuto in debito conto da dottrina e giurisprudenza: quello della decorrenza temporale dell'efficacia della revoca.

E infatti proprio su questo piano giace il postulato fondamentale che sorregge l'intera costruzione della citata sentenza n. 6073 del 1979, postulato che la stessa Suprema Corte ha avuto cura di precisare espressamente: «nulla impedisce che [l'ufficio fallimentare] trasferisca all'assuntore anche il compendio oggettivo dell'azione revocatoria in vista dell'eventuale suo esito positivo, cioè condizionatamente alla sentenza di revoca dell'atto impugnato, *la cui retroattività al tempo della domanda rende legittima* ex tunc *l'alienazione*»⁶⁵⁹.

L'unico modo per superare questa esigenza sarebbe rigettare ogni riferimento all'art. 1478 c.c. e, facendo leva sulla natura di vendita forzata delle cessioni nella liquidazione fallimentare, immaginare la cessione del bene oggetto dell'atto revocando come cessione *sui generis*⁶⁶⁰: una cessione, in particolare, la cui efficacia traslativa deve intendersi retrodatata *ex lege* a un momento *anteriore* a quello in cui il bene stesso effettivamente rientra nel patrimonio destinato al concorso dei creditori. Si dovrebbe quindi affermare che questa particolare cessione, evocata dagli artt. 106 e 124 l.fall., deroga ai principi generali del diritto civile in materia di cessione. Certo, in astratto (quasi) tutto è possibile; ma si dovrà essere consapevoli che sul piano dogmatico questa soluzione si regge su petizioni di principio.

Se, viceversa, non si vuole accettare la ricostruzione da ultimo dispiegata, l'opinione tradizionale sarà accettabile, ma a un ben preciso prezzo minimo: assumere che, almeno nel caso di cessione di un'azione revocatoria di un atto traslativo di bene determinato, accompagnata dalla liquidazione anticipata del bene stesso, l'efficacia della revoca sia retroattiva quantomeno dalla pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato.

1.3. Le tesi minoritarie.

Risulta datata quasi al suo nascere l'osservazione per cui a una conferma dell'opinione tradizionale si sarebbe «pervenuti tutte le volte che il tema è stato affrontato di proposito ed in modo esauriente, talché il materiale critico raccoglibile contro la stessa non appare certo di grande consistenza» ⁶⁶¹.

1.3.1. Cessione dell'azione revocatoria come cessione di un credito al valore del bene oggetto dell'atto da revocare.

Una prima, vigorosa critica all'impostazione della Suprema Corte fu espressa già in uno dei primissimi commenti alla sentenza n. 6073 del 1979⁶⁶²,

⁶⁵⁹ Cass. 6073/1979, cit. (corsivo aggiunto).

⁶⁶⁰ In questo senso, pare, L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., pp. 39–40, con riferimento all'art. 124, 2° comma, I.fall.: «Ecco in definitiva il senso ed il valore della norma: *trasformare* [...] *il presupposto in condizione* [...] [U]na *forma eccezionale o speciale di vendita* di un bene fallimentare, consistendo l'eccezione o la specialità nella *incertezza dei presupposti del potere di vendita*» (corsivi aggiunti).

⁶⁶¹ *Ivi*, p. 36.

⁶⁶² V. DI CATALDO, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare, cit.

ad opera di Vincenzo Di Cataldo, il quale pochi anni prima aveva licenziato un'importante monografia sul concordato fallimentare con assunzione⁶⁶³.

Questa critica fu impostata su «una linea di metodo precisa», per la quale «il regime della revoca esperita dopo il concordato deve tendenzialmente coincidere [...] con il regime della revoca esperita in pendenza di fallimento, e quindi il diritto dell'assuntore deve tendenzialmente ricalcare il diritto della massa»⁶⁶⁴.

In base a questo principio direttivo, l'Autore individuò in ciò la chiave di volta della ricostruzione alternativa a suo avviso preferibile: «[l]a posizione di chi agisce in revocatoria viene solitamente descritta [come] azione esecutiva contro il terzo a difesa di un credito verso il fallito []. Ma essa può anche essere descritta in altro modo: e precisamente può essere costruita come un *diritto ad ottenere dal convenuto in revocatoria*, *quella parte del valore del bene che corrisponde al danno*»⁶⁶⁵. Col che «l'obiezione della Suprema Corte risulta priva di fondamento. Se infatti appare impossibile spiegare, accolta la prima descrizione, un trasferimento dell'azione esecutiva contro il revocato che prescinda dal trasferimento del credito verso il fallito, non esiste alcun ostacolo, accolta la seconda descrizione, ad immaginare un trasferimento dell'azione esecutiva contro il terzo (dai creditori all'assuntore) che segua il trasferimento (dai creditori all'assuntore) del diritto di credito (il credito al valore del bene) verso lo stesso terzo»⁶⁶⁶.

Questa elaborazione, che in verità sembra costituire un più chiaro e coerente svolgimento di spunti formulati in dottrina anni prima⁶⁶⁷, lungi dal restare isolata è stata richiamata in alcune pronunce giurisprudenziali⁶⁶⁸ e ribadita in dottrina anche dopo la riforma organica del 2006.

⁶⁶³ V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, cit.

⁶⁶⁴ V. DI CATALDO, La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare, cit., p. 930.

⁶⁶⁵ Ivi, pp. 931-932 (corsivo aggiunto).

⁶⁶⁶ Ivi, p. 932. L'Autore continuava osservando – con rinfrancante acutezza – che «[è] vero che la prima descrizione, utilizzata dalla sentenza [in commento], è quella più diffusa, anzi è l'unica ad essere usualmente adottata, mentre l'altra non è stata mai affermata. Ma ciò è dovuto solo al fatto che si è pensato alla revocatoria come ad un "diritto" non capace di circolazione (e questa è la conseguenza negativa della mancata attenzione degli studiosi della revocatoria per l'art. 124 l. fall.); delineare la situazione come pura azione esecutiva a tutela del credito, senza pensarla come un (distinto) diritto di credito verso il terzo, appare certo come la ricostruzione più semplice e immediata finché si considera una disciplina che curi il costante collegamento delle due pretese (contro il debitore e contro il terzo). Ma se si fa rientrare, tra i dati normativi da cui derivare la ricostruzione teorica della revocatoria, anche una regola che consente la circolazione dell'azione (e cioè la cessione all'assuntore), non v'è più alcun motivo per privilegiare quel tipo di descrizione della revocatoria, e si può (forse si deve) chiamare credito anche la pretesa verso il revocato» (ivi, pp. 932–933). Riconoscendo, poi, che «[c]erto l'idea suggerita ("credito al valore") rappresenta più un'immagine che un concetto, e dovrebbe essere saggiata e sviluppata più a fondo [...]. Avverto, poi, che parlando di diritto al valore non si vuole qui minimamente alludere ad un revival delle concezioni risarcitorie della revoca» (ivi, p. 933).

⁶⁶⁷ Già secondo A. JORIO, *Sulla cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 290 ss., p. 293, infatti, «[I]'assuntore del concordato può [] venire considerato un successore a titolo particolare dei creditori, ma soltanto nel senso che questi gli cedono la somma che avrebbero acquisito attraverso il buon esito della revocatoria e la successiva liquidazione».

⁶⁶⁸ Così, pare, Cass. 13430/2003, cit., ove si è ritenuto che l'orientamento espresso da Cass. 6073/1979, cit., e da Cass. 6230/1981, cit., «deve essere precisato» nel senso che si ha «vendita coattiva anticipata ed aleatoria, con la realizzazione (attraverso l'assuntore) di quel

Anche in tempi recenti, infatti, è stata condivisa la ricostruzione della cessione di un'azione revocatoria come trasferimento di un «"diritto al valore del bene", da realizzarsi attraverso una procedura esecutiva [...]; cioè, in definitiva, un credito ("di valore") verso il terzo revocato» 669. Sicché, in caso di cessione, «[r]ispetto al sorgere del predetto credito, la dichiarazione di inefficacia dell'atto impugnato costitui[rebbe] sì un necessario "antecedente" logico-giuridico; ma in una prospettiva, non già [...] di liquidazione e redistribuzione concorsuale, bensì di pura e semplice "appropriazione del valore" da parte dell'acquirente del diritto controverso» 670. Si è ritenuto, anzi, che questo «"credito di valore" verso il terzo convenuto [] costituisc[a] il minimo comune denominatore di tutte le azioni aventi contenuto lato sensu restitutorio» 671, e che «[i]n questa prospettiva, suscita perplessità il fatto che la Suprema Corte si mostri restia ad abbandonare l'indirizzo tradizionale, condizionato da ricostruzioni obsolete dell'istituto revocatorio» 672.

Va poi segnalata l'opinione intermedia di quanti aderiscono all'impostazione tradizionale per quanto riguarda le revocatorie di atti traslativi di beni determinati ancora esistenti nel patrimonio del terzo convenuto, ma recepiscono la tesi minoritaria rispetto agli altri atti revocabili, «pur sempre nell'ambito di azioni che mettano capo ad un "risultato" patrimoniale suscettibile di attribuzione al cessionario (e perciò escludendo quelle in cui frutto della revocatoria sia, ad esempio, la mera esclusione dal concorso di un credito, o di una garanzia acquistati dal terzo in pregiudizio dei creditori)»673. Sul presupposto che il vittorioso esercizio dell'azione revocatoria comporti il «sorgere di un vero e proprio credito della massa nei confronti del convenuto, alla corresponsione del valore sottratto alla garanzia comune dei creditori [], negli stessi casi la "cessione" delle relative azioni revocatorie si "risolver[ebbe]" [...] nella cessione all'acquirente della posizione giuridica rispettivamente costituita, a seconda che l'azione revocatoria sia o no iniziata: dal diritto di credito; o dall'aspettativa in ordine al credito futuro in questione; posizione in entrambi i casi condizionata all'esito positivo dell'azione»⁶⁷⁴.

valore che, con l'eventuale esito vittorioso dell'azione revocatoria, si potrebbe ricavare dalla vendita fallimentare»; sicché «[l]'istituto [] deroga alle regole previste per la realizzazione coattiva della garanzia patrimoniale nel fallimento e che sono dettate dagli artt. 105 ss. l. fall.».

⁶⁶⁹ F. GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, cit., p. 1088.

⁶⁷⁰ Ivi, p. 1089.

⁶⁷¹ Ibidem.

⁶⁷² *Ivi*, p. 1088.

⁶⁷³ «[Q]uali, per un verso, i casi in cui il bene oggetto dell'atto revocato sia perito o sia stato ulteriormente alienato, e non si trovi dunque più nel patrimonio del terzo soccombente in revocatoria; e, per altro verso, le revocatorie di pagamenti pecuniari, o di atti traslativi di cose generiche»: M. PERRINO, *Cessioni "individuali"* e *"in blocco" dei diritti controversi*, cit., pp. 59–60.

1.3.2. Cessione dell'azione revocatoria come subentro del cessionario nel potere di promuovere l'azione esecutiva contro il terzo.

Nella dottrina recente, è poi attestata una posizione vicina a quella da ultimo descritta, e sostenuta in particolare da Massimo Fabiani.

Il ragionamento dell'Autore prende le mosse dall'osservazione che «[s]e la teoria [tradizionale] fosse esatta, si assisterebbe ad un trasferimento di un diritto sostanziale diverso da quello di cui è titolare il curatore» ⁶⁷⁵, appunto perché l'ufficio fallimentare non riacquista la proprietà del bene oggetto dell'atto vittoriosamente revocato ma è semplicemente destinatario dell'inefficacia relativa dell'atto. Sicché, se «si afferma che l'assuntore diviene proprietario del bene a seguito dell'accoglimento della domanda revocatoria, si snatura l'essenza stessa dell'azione revocatoria. In verità l'assuntore che coltiva il giudizio revocatorio, pur se agisce in nome e nell'interesse proprio, non è portatore di una posizione sostanziale diversa da quella in cui è subentrato» ⁶⁷⁶.

Sarebbe poi «inaccettabile che il terzo convenuto nell'azione revocatoria possa venire a trovarsi in una posizione deteriore rispetto a quella che avrebbe rivestito se l'azione fosse stata interamente governata dal curatore all'interno della procedura liquidatoria»⁶⁷⁷.

Pertanto, argomenta Fabiani, la tesi dell'alienazione anticipata dovrebbe essere «recisamente scartata»⁶⁷⁸ come regola generale: di regola⁶⁷⁹, il cessionario vittorioso dell'azione si troverebbe ad essere (come l'ufficio fallimentare) non «proprietario del bene, ma solo titolare del potere di promuovere l'azione esecutiva contro il terzo»⁶⁸⁰, e dunque «nella posizione del creditore che promuove l'esecuzione ai sensi dell'art. 602 c.p.c.»⁶⁸¹.

Non varrebbe obiettare, contro questa conclusione⁶⁸², che «la procedura espropriativa non [è] più necessaria al lume delle nuove modalità di vendita dei beni [...], che non prevedono necessariamente il ricorso ai procedimenti del codice di rito [cfr. art. 107, 2° comma, I.fall., n.d.r.]. Infatti le nuove modalità di liquidazione dei beni riguardano i beni compresi nel patrimonio del fallito e quelli che vi rientrano o sono successivamente acquisiti ai sensi dell'art. 42, 2° co., I.fall. Ma se il bene determinato, oggetto di sentenza revocatoria di accoglimento, non rientra nel patrimonio del debitore, ma viene solo reintegrato alla garanzia dei creditori, il procedimento non può che essere quello dell'alienazione forzata»⁶⁸³.

⁶⁷⁵ M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3032.

⁶⁷⁶ Ivi, p. 3033.

⁶⁷⁷ M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 563.

⁶⁷⁸ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 395.

⁶⁷⁹ L'Autore ritiene, infatti, che in caso di revoca di un pagamento avente ad oggetto una somma di denaro l'effetto, oltre all'inefficacia dell'atto, sia il trasferimento della somma al curatore (o al terzo cessionario), sicché in questo caso si potrebbe prestare adesione alla tesi tradizionale: vedi M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 563.

⁶⁸⁰ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 395.

⁶⁸¹ Ibidem.

⁶⁸² Come invece fa M. PERRINO, *Cessioni "individuali"* e "in blocco" dei diritti controversi come modalità liquidatoria concorsuale, cit., p. 58.

⁶⁸³ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 563.

Sembra però lecito osservare che, nel suo meccanismo di base, questa ricostruzione è sovrapponibile a quella esposta nel precedente paragrafo e cioè nella tesi che vuole il cessionario come acquirente di un diritto di credito al valore del bene.

Sembra infatti poco convincente, oltre che superfluo, concepire il cessionario come titolare di un «potere di promuovere l'azione esecutiva», quale mero potere processuale distinto da un diritto di credito che l'esecuzione forzata miri a soddisfare⁶⁸⁴: promotore, cioè, di un'esecuzione forzata senza credito. Anche volendo descrivere in questi termini i poteri dell'ufficio fallimentare, facile sarebbe obiettare che essi sono giustificati dalle particolarità della procedura fallimentare, delle sue finalità e dei suoi organi; procedura, finalità e organi cui la cessione di un'azione revocatoria, quando è vista dal lato del cessionario, ha ben poco in comune.

1.3.3. Discussione.

La tesi minoritaria così delineata, lungi dall'avere un sapore soltanto accademico, rispetto a quella maggioritaria si concilia meglio con alcune statuizioni della giurisprudenza in tema di natura ed effetti dell'azione revocatoria nel fallimento.

In particolare, è chiara la sintonia tra questa posizione e l'affermazione che «oggetto sostanziale della domanda (*petitum* mediato) [nell'azione revocatoria fallimentare] non è [] il bene in sé ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante la assoggettabilità ad esecuzione, e quindi a liquidazione, di un bene che, rispetto all'interesse dei creditori, viene in considerazione soltanto per il suo valore»; sicché, in particolare, «quando l'assoggettabilità del bene all'esecuzione diviene impossibile perché il bene è stato alienato a terzi, la reintegrazione per equivalente pecuniario rappresenta il naturale sostitutivo della reintegrazione del patrimonio in forma specifica»⁶⁸⁵.

Sotto altro profilo, va considerato l'orientamento del tutto dominante per cui il curatore, pronunciata la revoca, per la immissione nella disponibilità del bene ben può avvalersi di una condanna del terzo convenuto alla restituzione. A prescindere dalla nota controversia sull'ammissibilità o meno di un capo condannatorio implicito, ci si può chiedere se la tesi in esame possa fornire una spiegazione soddisfacente del titolo di questa condanna.

In effetti, risultano problematiche le ricostruzioni che concepiscono un diritto, oggetto di esercizio giudiziale da parte dell'ufficio fallimentare, a una vera e propria restituzione del bene. In linea teorica, si potrebbe ipotizzare (come prospettato sopra⁶⁸⁶) che per effetto della revoca il bene rientri nella proprietà del fallito, ma rispetto al solo ufficio fallimentare. Ancora più incerta è evidentemente l'idea di un diritto restitutorio dell'ufficio fallimentare fondato sulla sottrazione del

159

⁶⁸⁴ Così, invece, anche F. DI SABATO, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., p. 23. Richiama la stessa impostazione di quest'ultimo Autore l'identificazione in M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 395 nota 42 dell'oggetto della cessione di un'azione revocatoria nella «pretesa all'esercizio della azione esecutiva».

⁶⁸⁵ Cass., 20 luglio 1999, n. 7790, in *Fall.*, 2000, 850, con nota di D. PLENTEDA, *L'azione revocatoria fallimentare: questioni vecchie e nuove sul debito di restituzione*.

⁶⁸⁶ Vedi supra in questo cap. V, § 1.2.1.

bene da un possesso dello stesso ufficio: a tacer d'altro, solo nel caso in cui sia stato revocato un atto compiuto dopo la dichiarazione di fallimento potrebbe – astrattamente – immaginarsi tutela possessoria, peraltro a condizioni (artt. 1168 ss.) del tutto incongrue rispetto alla natura e alla finalità dello strumento revocatorio.

Ecco quindi che il preteso diritto al bene potrebbe immaginarsi non come reintegrativo di una *preesistente* situazione giuridicamente rilevante, bensì come un diritto *nuovo* che agevola l'attività di liquidazione fallimentare cui l'azione revocatoria è strumentale. Diritto, certo, conseguente non a ogni domanda revocatoria, ma solo a quelle che colpiscono atti traslativi e solutori.

Vero è, d'altro canto, che a questo fine non risulterebbero univoche indicazioni normative: l'art. 70, 2° comma, l.fall. (ai sensi del quale «[c]olui che, per effetto della revoca [...], ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito»), a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti⁶⁸⁷, non chiarisce infatti se la restituzione è adempimento di un *obbligo* o piuttosto attuazione di un *onere*; gli artt. 68⁶⁸⁸ e 70, 3° comma⁶⁸⁹, l.fall., che prevedono inequivocabilmente tale obbligo, potrebbero intendersi come norme eccezionali, in sintonia con la particolarità di quelle disposizioni nel sistema revocatorio fallimentare⁶⁹⁰; e l'art. 2902, 1° comma, c.c. (ai sensi del quale «[i]l creditore, ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato»), qualora ritenuto applicabile anche nel

160

Anfechtungsgegners", traducibile con "Pretese del terzo convenuto in revocatoria") prevede che «[a]llorché chi ha ricevuto una prestazione revocabile restituisca quanto ha ottenuto, rivive la sua pretesa» (mia traduzione di: «Gewährt der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Erlangte zurück, so lebt seine Forderung wieder auf»). E già il § 39 della previgente *Konkursordnung* (significativamente rubricato "Wiederaufleben der Forderung", il che è traducibile con "Reviviscenza della pretesa") stabiliva che «[s]e chi ha ricevuto una prestazione revocabile ritorna quanto ha ricevuto, la sua pretesa torna efficace» (mia traduzione di: «Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft»). Analogamente in Austria, dove il § 41, 2° comma, della *Insolvenzordnung* (anch'esso rubricato "Ansprüche des Anfechtungsgegners") dispone, tra l'altro, che «la pretesa che rivive in seguito alla restituzione alla massa di una prestazione revocabile [può] essere fatta valere solo come credito concorsuale» (mia traduzione di: «die infolge Erstattung einer anfechtbaren Leistung an die Masse wieder auflebende Forderung [kann] nur als Insolvenzforderung[] geltend gemacht werden»).

⁶⁸⁸ Ai sensi del quale «In deroga a quanto disposto dall'art. 67, secondo comma, non può essere revocato il pagamento di una cambiale, se il possessore di questa doveva accettarlo per non perdere l'azione cambiaria di regresso. In tal caso, l'ultimo obbligato in via di regresso, in confronto del quale il curatore provi che conosceva lo stato d'insolvenza del principale obbligato quando ha tratto o girato la cambiale, deve versare la somma riscossa al curatore».

⁶⁸⁹ Esso così recita: «Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito».

⁶⁹⁰ Così, riguardo all'art. 70, 3° comma, D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 378 nota 169 («la norma [] ha natura eccezionale, riferita alla situazione particolare delle rimesse bancarie»).

campo fallimentare⁶⁹¹, darebbe un'indicazione in senso contrario a quello qui prospettato.

In questo scenario incerto, si inserisce la tesi qui esaminata.

Mi sembra che, aderendo ad essa (pur sondandone la sua forma ancora non chiara), la condanna del terzo revocato alla consegna del bene all'ufficio fallimentare si spiegherebbe come *azione di adempimento* di un diritto di credito che sorge *ex novo* in uno con l'effetto revocatorio. Il che d'altronde non toglie che l'ufficio fallimentare potrebbe procedere ad espropriazione forzata oppure ad esecuzione forzata per consegna o rilascio, in caso di persistente inadempimento del terzo.

Ed ecco quindi che, in base a questa ricostruzione, il cessionario di un'azione revocatoria potrebbe divenire titolare (oltre che del diritto potestativo revocatorio) di un *diritto di credito futuro*. Si avrebbe perciò *anche* una cessione di credito, *pro soluto* salvo patto contrario (art. 1267 c.c.)⁶⁹².

Analoga soluzione potrebbe in principio ammettersi per quanto riguarda le azioni di inefficacia ex artt. 64–65 l.fall., ove se ne affermi la cedibilità⁶⁹³: tuttavia, poiché qui l'inefficacia revocatoria si ritiene prodotta ex lege con la dichiarazione di fallimento, si avrebbe in tal caso il trasferimento di un diritto di credito non futuro bensì presente.

In questa particolare ottica, l'art. 106, 1° comma, I.fall., che discorre di «crediti» anche «futuri» e «altresi» di «azioni revocatorie concorsuali», sarebbe ricondotto a un'armonia non evidente a una sommaria lettura, per la descritta necessità di cessione congiunta del diritto potestativo e del diritto di credito. Al contempo, la particolarità della dipendenza del descritto diritto di credito dal positivo esito dell'azione esecutiva conforterebbe la scelta legislativa di separare testualmente le due ipotesi di cessione.

Resterebbe, tuttavia, pur sempre non chiaro il fondamento e l'esatto contenuto di questo diritto di credito.

Essi si potrebbero forse rintracciare in un diritto di credito *da indebito*, che l'ufficio fallimentare vanterebbe *ex* artt. 2033 ss. c.c.⁶⁹⁴.

Questa ipotesi, «molto suggestiv[a]»⁶⁹⁵, è invero andata incontro a critiche.

⁶⁹⁴ Così, coerentemente, M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 429 s.

⁶⁹¹ In tal caso, peraltro, l'art. 70, 2° comma, I.fall. sarebbe allora meglio inteso come espressivo di un *onere* e non di un *obbligo* in capo al terzo revocato, altrimenti non spiegandosi la necessità di invocare *anche* l'art. 2902, 1° comma, c.c. In quest'ottica, la specialità dell'art. 70, 2° comma, I.fall. rispetto alla disciplina della revocatoria ordinaria individuale (confermata dalla Relazione al Re, in cui si precisa che «[I]a necessità della norma è in relazione al principio contrario affermato dal codice civile (art. 2902 del codice civile) per la revoca esercitata fuori del fallimento») si coglierebbe *solo* nella deroga al *secondo* comma dell'art. 2902 c.c. (il quale stabilisce che «[i]l terzo contraente, che abbia verso il debitore ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria, non può concorrere sul ricavato dei beni che sono stati oggetto dell'atto dichiarato inefficace, se non dopo che il creditore è stato soddisfatto»).

⁶⁹² Sottolineano che sarà comunque buona prassi per la curatela, in sede di cessione di un'azione revocatoria, escludere ogni garanzia circa l'esistenza del diritto, A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 509.

⁶⁹³ Qui negata: vedi cap. II, § 10.2.

⁶⁹⁵ G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 194.

In primo luogo, si è osservato⁶⁹⁶ che la restituzione di frutti e interessi dal giorno del pagamento, in caso di acquisto in mala fede (art. 2033 c.c.), contrasta con l'opinione giurisprudenziale che fissa anche in tal caso il decorso del diritto sugli interessi (e frutti) dal giorno della domanda giudiziale⁶⁹⁷.

In secondo luogo, si è dubitato che la severità dell'art. 2037, 2° comma, c.c.⁶⁹⁸ ne renda appropriata l'applicazione alla materia revocatoria⁶⁹⁹. Sembra però che la chiarezza del dato normativo non lascerebbe scampo.

In terzo luogo, si è ritenuto inapplicabile al campo della revocatoria l'art. 2038, 2° comma, ultimo periodo c.c.⁷⁰⁰. Si è argomentato infatti che dovrebbe valere la regola dell'art. 2901, 4° comma, c.c. – ai sensi del quale «[l]'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati *a titolo oneroso* dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione» – con la conseguenza che la responsabilità dell'acquirente a titolo gratuito non sarebbe né limitata all'arricchimento, né condizionata all'infruttuosa escussione del revocato⁷⁰¹. Peraltro, per consentire questo risultato, non pare particolarmente disagevole sostenere che l'art. 2901, 4° comma, c.c. prevalga in quanto norma speciale.

Soprattutto, però, a questa idea di un diritto di credito dell'ufficio fallimentare fondato su un indebito si oppongono considerazioni attinenti allo stesso significato di indebito oggettivo in confronto all'inefficacia meramente relativa dell'atto revocato, su cui però è opportuno rinviare alla discussione specificamente svolta in tema di posizione sostanziale del terzo revocato⁷⁰².

⁶⁹⁶ Ivi, pp. 195-196.

⁶⁹⁷ Vedi, per tutte, Cass., SS.UU., 15 giugno 2000, n. 437, in *Corr. giur.*, 2000, 1489, con nota di G. Tarzia, *Revoca fallimentare dei pagamenti e computo degli interessi*; in *Fall.*, 2001, 565, con nota di G. Federico, *Natura del debito di restituzione della revocatoria fallimentare*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 690, con nota di L. Ponti e F. Spadetto, *Azione revocatoria fallimentare e obbligazione restitutoria dell'accipiens.*

Peraltro, non appaiono decisivi alcuni motivi di apprezzamento espressi in dottrina per questa soluzione giurisprudenziale (vedi G. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, p. 196). Si è osservato, da un lato, che se il bene fosse rimasto nel patrimonio del debitore i suoi creditori avrebbero appreso i frutti solo dal momento del pignoramento. Dall'altro lato, si è evidenziata la «regola d'esperienza [] che il reddito delle cose non pignorate, o non sequestrate, finisce col disperdersi, e quindi non può essere preso in considerazione ai fini della valutazione del danno subito dalla massa». Osservazioni, queste, certamente corrette, ma non assorbenti. Non si comprende infatti perché sul chiaro dato normativo, dettato nell'interesse dei creditori concorrenti, dovrebbero prevalere ragioni che muovono l'una sul piano astratto di un'ipotesi controfattuale, e l'altra sul piano delle scelte discrezionalmente compiute dal terzo revocato in ordine all'impiego di frutti e interessi ritratti dal bene.

⁶⁹⁸ Ai sensi del quale «[s]e la cosa è perita, anche per caso fortuito, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore; se la cosa è soltanto deteriorata, colui che l'ha data può chiedere l'equivalente, oppure la restituzione e un'indennità per la diminuzione di valore».

⁶⁹⁹ Così G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 196.

⁷⁰⁰ Il quale stabilisce che, in caso di alienazione a titolo gratuito da parte di chi abbia ricevuto la cosa in mala fede, «l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato, nei limiti dell'arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito».

⁷⁰¹ Così G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 197.

⁷⁰² Vedi *supra* in questo cap. V, § 2.1.3.

1.4. Conclusione.

Si sarà a questo punto compreso che stabilire, sul piano teorico, se vada preferita la tesi tradizionale o quella minoritaria non è semplice.

A ben vedere, la reale difficoltà – come si è tentato di dimostrare – non risiede nella possibilità di fornire un supporto dogmatico all'una o all'altra teoria. Essa si trova piuttosto in questo dato ineludibile per l'interprete: non è possibile dare sistemazione soddisfacente dell'una o dell'altra teoria senza dover contestualmente accettare alcuni assunti sulla natura e sugli effetti delle azioni revocatorie nel fallimento.

Nel paragrafo 1.2.1, si è visto che la tesi tradizionale può essere accolta se (e solo se si assume) che, quantomeno in caso di cessione dell'azione revocatoria, l'effetto revocatorio si produca a decorrere, al più tardi, dalla pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato.

Nel paragrafo 1.3.3, si è visto che per ritenere valida la tesi minoritaria deve non solo affermarsi l'esistenza, ma anche indagare fondamento e contenuto, di un diritto di credito dell'ufficio fallimentare (e giammai del fallito). In particolare, si è qui ipotizzato – ma con serie difficoltà – che esso consista in un diritto da ripetizione d'indebito, modellato sugli artt. 2033 ss. c.c. La postulazione di un diritto di credito, però, come visto si confronta con dati normativi non univoci (artt. 70, 2° e 3° comma, e 68 l.fall.) o in linea di principio potrebbero *a contrario* suggerire *a contrario* soluzione opposta (art. 2902, 1° comma, c.c.).

Nel bilancio delle due alternative, pertanto, a patto di aderire all'osservazione per cui «non vi sono particolari ostacoli a che gli effetti di una sentenza, benché costitutiva, retroagiscano», sicché «il problema sarà vedere se tale conclusione trovi un addentellato nella legge, anche implicitamente, attraverso la ricostruzione della funzione dell'istituto»⁷⁰³, sembra che proprio le previsioni normative espresse di cedibilità delle azioni revocatorie possano conciliarsi con la tesi tradizionale qui considerata, con il requisito di retroattività che si è detto.

2. La posizione sostanziale del c.d. terzo revocato.

Se è vero che «[l]a ricostruzione della posizione complessiva del terzo revocato rappresenta da sempre uno degli snodi più delicati, e più controversi, del sistema revocatorio fallimentare»⁷⁰⁴, essa risulta ancora più problematica nel caso di cessione di un'azione revocatoria.

In caso di cessione di revocatoria, infatti chiarire in cosa possano consistere le pretese del terzo convenuto soccombente (il c.d. terzo revocato) significa delineare solo parzialmente la sua posizione complessiva. Si deve infatti chiarire se queste pretese vadano fatte valere (e in quale misura e modo) nei confronti del cessionario, del fallito tornato *in bonis* e/o (in caso di cessione autonoma) della massa fallimentare. Cruciale è al proposito la circostanza che, per effetto dell'avvenuta cessione, la massa fallimentare non godrà mai del valore del bene oggetto dell'atto revocato – che va invece a beneficio del cessionario – bensì di un semplice miglioramento del trattamento concordatario (se cessione

-

⁷⁰³ D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 379.

⁷⁰⁴ G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1.

concordataria) oppure del corrispettivo della vendita forzata, tipicamente molto inferiore al valore del bene (se cessione autonoma). Dovrà tenersi indenne il terzo revocato, rispetto alla diversa ipotesi per cui l'azione non fosse stata ceduta? Se sì, come?

Questo intreccio di quesiti contribuisce forse a spiegare perché questo tema, definito da taluno «il più complicato da risolvere»⁷⁰⁵ nella materia che ci occupa, è stato poco trattato in dottrina⁷⁰⁶. Mentre poi – come è stato osservato⁷⁰⁷ – il completo silenzio della legge fallimentare suggerisce che al legislatore del 1942 non fosse pienamente chiaro il problema, non giustificabile risulta la disattenzione degli interventi di riforma ad oggi succedutesi. Lo stesso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha apportato alcuna delucidazione al riguardo.

La presente indagine comincia con una discussione delle pretese sostanziali del terzo revocato *in genere*, ossia nell'ipotesi che non avvenga cessione dell'azione revocatoria. Così formulate delle conclusioni preliminari di generale applicazione, esse vengono poi calate nel caso particolare in cui il terzo, oltre che "revocato", sia stato "ceduto".

2.1. Il problema in generale. Premessa.

Quella delle pretese sostanziali del terzo revocato è questione che, mai veramente sopita⁷⁰⁸, solo occasionalmente⁷⁰⁹ riemerge in tutta la sua poderosa e quasi inaspettata forza⁷¹⁰, al modo di un fiume carsico.

In un solo articolo della legge fallimentare si può apprezzare la testuale emersione del problema. Fino al 2005, l'art. 71 l.fall.⁷¹¹ stabiliva laconicamente

⁷⁰⁶ Come osserva *ivi*, p. 460. Un esempio emblematico è la monografia di L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, cit., in cui non è considerata la posizione del terzo convenuto in revocatoria.

⁷⁰⁷ Da D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 235.

⁷⁰⁸ Si tratta di un «argomento che dottrina e giurisprudenza sembrano da tempo aver archiviato, lasciando, tuttavia, non pochi margini di insoddisfazione sul piano dommatico e metodologico al pari di altrettante incertezze sul piano applicativo» (F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli*, cit., p. 199).

⁷⁰⁹ Osserva M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 412, che sia in dottrina che in giurisprudenza «[a]ssai spesso si è sorvolato sull'argomento e, quando lo si è toccato, per lo più ci si è appagati di spiegazioni acritiche e tralaticie, non di rado ispirate dall'intento di risolvere secondo equità taluni casi concreti»

⁷¹⁰ «[I]I tema in esame presenta implicazioni che vanno ben al di là del sistema revocatorio, e che coinvolgono, più in generale, l'intera disciplina fallimentare, ed anzi la stessa collocazione sistematica della relativa procedura» (G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., p. 1). «[P]ur trattandosi di riflessioni su un aspetto particolare della disciplina della revocatoria fallimentare, il tema deve considerarsi per più aspetti centrale per una compiuta ed approfondita comprensione dei risultati ultimi della disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento», e di «estrema importanza pratica» (F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli*, cit., pp. 187 s.). «La norma [] ha una collocazione centrale nel sistema della revocatoria fallimentare» (M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 412).

⁷¹¹ Che, come osserva M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 413, «non ha riscontro in alcun'altra [disposizione] dell'abrogato codice di commercio».

164

⁷⁰⁵ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 460.

che «[c]olui che per effetto della revoca prevista nelle disposizioni precedenti ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo [del] fallimento per il suo eventuale credito». Nel 2005 il legislatore è intervenuto riproducendo quasi alla lettera questa disposizione al secondo comma del novellato art. 70 l.fall.⁷¹².

Alcune osservazioni preliminari, di metodo e di sostanza, gioveranno a un migliore inquadramento del tema che ora ci si avvia a esplorare.

Da un lato, come già notato⁷¹³, le indagini dottrinali sull'art. 70, 2° comma si sono incentrate sui casi di revoca di atti traslativi di beni determinati, i quali, «più ancora che fornire il paradigma dell'atto revocabile, divengono l'unica ipotesi avuta presente in molti aspetti dell'elaborazione teorica dell'istituto e spesso addirittura in costruzioni presentate come sistemazioni dogmatiche generali della materia»⁷¹⁴. Questo approccio, però, non può ritenersi soddisfacente⁷¹⁵, e di ciò dovrà tenersi mente nel prosieguo.

Dall'altro lato, mi sembrano condivisibili due dati di partenza dell'esegesi dell'art. 70, 2° comma, I.fall.

In primo luogo, quello che, a differenza dell'art. 2902, 2° comma, c.c., «norma pressoché muta al proposito, l'art. [70, 2° comma, l.fall.] indica un momento in cui il credito sicuramente già esiste. Il dato cronologico si rivela allora di decisiva importanza, permettendo di scartare tutte le possibili interpretazioni della norma in esame che lo spostino oltre la restituzione della prestazione ricevuta»⁷¹⁶ da parte del terzo.

In secondo luogo, l'osservazione per cui a nulla rileva che la restituzione avvenga volontariamente o coattivamente, oppure mediatamente attraverso la presa in consegna (con apposizione dei sigilli e inventario) da parte del curatore⁷¹⁷.

Ciò premesso, è ora di affrontare le principali opinioni che si sono contese il campo nell'esegesi dell'art. 70, 2° comma, I.fall.⁷¹⁸.

diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore, in Fall.,

2020, 537 ss., pp. 539 s.

^{712 «}Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito». Per una più agevole lettura, nel prosieguo del testo ho sostituito ogni riferimento al previgente art. 71 l.fall. con quello all'art. 70, 2° comma, I.fall.

⁷¹³ Vedi supra questo cap. V, § 1.2.1.

⁷¹⁴ F. D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 3.

⁷¹⁵ Vedi *ivi*, pp. 3–4: «È lecito invece il sospetto che, quand'anche possa considerarsi unitaria la funzione svolta dall'azione revocatoria nelle sue varie manifestazioni (e di ciò si può fondatamente dubitare), gli atteggiamenti strutturali della figura variino, almeno in una certa misura, col variare dei tipi di atto cui essa è applicata. E ciò anche per tenere fede a quel principio di economia giuridica, che impone il raggiungimento del risultato avuto di mira col minimo dispendio di mezzi di volta in volta consentito dalla natura e dai caratteri, appunto, dell'atto da revocare».

⁷¹⁶ M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 419.

⁷¹⁷ Così *ivi*, p. 418.

⁷¹⁸ Per un'efficace panoramica nella dottrina più recente, vedi E. STAUNOVO-POLACCO, I

2.1.1. La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2° comma, l.fall. potrebbero consistere in un credito derivante dalla risoluzione per evizione dell'eventuale rapporto sinallagmatico tra terzo revocato e fallito. Critica.

Alberto Maffei Alberti, nel riportare l'attenzione della dottrina sull'art. 70, 2° comma, I.fall. quasi trent'anni dopo la promulgazione della legge fallimentare⁷¹⁹, ha espresso «il primo, ma anche il più radicale tentativo di reinterpretare la disposizione, qui esaminata, in un'ottica prettamente redistributiva»⁷²⁰.

In particolare, l'Autore ha identificato l'«eventuale credito» con un credito verso il fallito (non verso la massa) derivante dalla risoluzione per evizione dell'eventuale rapporto sinallagmatico in essere tra il terzo revocato e il fallito, quale conseguenza riflessa dell'intervenuta esecuzione forzata sul bene ad opera del curatore. Il ricorso a un meccanismo risolutorio comporta che il credito avrebbe natura risarcitoria del c.d. interesse contrattuale positivo: la misura del credito sarebbe perciò pari non al valore della sola controprestazione a suo tempo eseguita a favore del debitore, bensì a questo più l'eccedenza di valore del bene restituito sulla controprestazione; ossia, in definitiva, all'intero valore del bene restituito. Al contempo, a causa della natura meramente obbligatoria della retroattività della risoluzione, questo credito non potrebbe pregiudicare chi nel frattempo abbia acquistato diritti sul bene, e dunque in particolare i creditori concorrenti beneficiari del vincolo esecutivo fallimentare. Sarebbe perciò esclusa in ogni caso la restituzione in natura della controprestazione al terzo revocato. Inoltre questo credito, poiché successivo alla dichiarazione di fallimento, dovrebbe essere escluso dal concorso: il significato dell'art. 70. 2° comma. I.fall. starebbe allora nell'eccezionale attribuzione ex lege di carattere concorsuale a un diritto di credito che, in mancanza di una simile disposizione, ne sarebbe sfornito.

Questa tesi è stata sottoposta a critiche decise e convincenti.

In primo luogo, si è notato che poiché l'effetto della revocatoria è la mera inefficacia relativa dell'atto, e quindi il terzo resta proprietario del bene anche dopo la revoca, il momento in cui l'evizione si verifica (e perciò il credito sorge) non è quello della restituzione del bene (cui si riferisce l'art. 70, 2° comma, l.fall.⁷²¹) bensì quello della *successiva* vendita forzata⁷²². A ragionare diversamente – si rimarca – si finirebbe «per contraddire l'assunto di partenza secondo cui l'atto manterrebbe efficacia *inter partes*» pur dopo la revoca⁷²³.

In secondo luogo, pur lodata la «ferrea consequenzialità logica»⁷²⁴ del ragionamento dell'autore, tale «da lasciare francamente ammirati»⁷²⁵, si è

⁷¹⁹ A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, CEDAM, 1970, pp. 203 ss.

⁷²⁰ G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 224.

⁷²¹ Vedi il paragrafo precedente.

⁷²² Così M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 416 s.

⁷²³ F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli*, cit., p. 198.

⁷²⁴ G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 226.

⁷²⁵ Ivi, p. 224.

evidenziato come esso si fondi su un postulato in realtà assai discutibile⁷²⁶, e cioè che la specialità dell'art. 70, 2° comma, c.c. rispetto all'art. 2902, 2° comma, c.c.⁷²⁷ imponga di ricostruire in entrambi i casi la pretesa del terzo come credito da risoluzione. Anche ammettendo tale specialità⁷²⁸, si potrebbe più semplicemente vedere nell'art. 70, 2° comma, c.c. l'espressione dell'intento del legislatore di «evitare la postergazione del credito del revocato, in modo da consentirgli di far valere le sue ragioni anche sul ricavato della vendita del bene oggetto della revocatoria e di ristabilire la *par condicio*»⁷²⁹.

In terzo luogo, si è osservato che se il ricorso alla categoria dell'evizione fosse valida, arbitrario sarebbe escluderne la revoca degli atti a titolo gratuito. La legge contempla infatti ipotesi espresse di evizione inerente ad atti a titolo gratuito (vedi, per la donazione, l'art. 797 c.c.). Non basterebbe a ostare a questa conclusione il generico riferimento, nell'art. 70, 2° comma, l.fall., a un credito soltanto «eventuale», che anzi – si è detto⁷³⁰ – la ricostruzione proposta da Maffei Alberti rende poco comprensibile. Sarebbe però evidente la sperequazione insita nel pagamento al terzo revocato del valore del bene ricevuto gratuitamente (o a prezzo vile) e poi restituito⁷³¹, che per di più finisce per indebolire la stessa funzione redistributiva ravvisata nella revocatoria fallimentare⁷³².

In quarto luogo, rimanendo sul piano dei rapporti sinallagmatici, si è sottolineato che non esistono indici normativi tali da prevenire l'iniquo risultato

⁷²⁶ Così M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 438, e G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., pp. 226 s.

⁷²⁷ Suffragata da un passo della Relazione al Re: vedi nota 691.

⁷²⁸ G. TERRANOVA, Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale, cit., pp. 226 s., ritiene che «il contrasto tra le due disposizioni giaccia tutto sul piano empirico, mentre sotto il profilo sistematico si dovrebbe parlare, piuttosto, di una semplice incomparabilità di situazioni». Infatti, quel che l'art. 2902, 2° comma, c.c. intende prevenire – il concorso del terzo revocato sul ricavato dei beni restituiti – «non si pone in sede fallimentare, perché qui la dichiarazione d'insolvenza funge da discrimine per l'ammissione al passivo, e quindi non vi sarebbe stato bisogno di un'apposita statuizione legislativa per ottenere il risultato perseguito dalla norma civilistica». Questa obiezione però non coglie nel segno, perché non valorizza l'opinione di MAFFEI ALBERTI secondo cui l'art. 70, 2° comma, I.fall. ha precisamente la funzione di attribuire ex lege natura concorsuale al credito del terzo revocato.

Table 10 Montanari, Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato, cit., p. 438. L'autore cita a sostegno Cass., 6 marzo 1962, n. 435, in Foro it., 1962, I, 415, secondo la quale «con la norma dell'art. [70, 2° comma] la legge ha voluto stabilire (in armonia con il principio, che domina l'esecuzione concorsuale, che fra i creditori non sono ammesse differenziazioni se non per legittime cause di prelazione) che il credito del compratore, in dipendenza della prevedibile vendita del bene per l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del compratore, è collocato alla pari di quelli degli altri creditori, mentre in sede ordinaria (come dispone il ricordato 2° comma dell'art. 2902) il credito del terzo contraente è postergato a quello del creditore che abbia promosso l'azione pauliana».

⁷³⁰ Vedi M. LIBERTINI, Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica, in Giur. comm., 1977, I, 84 ss., pp. 105 s.; A. PAVONE LA ROSA, Nuove prospettive della revocatoria fallimentare, in Dir. fall., 1979, I, 116 ss., p. 119; G. TERRANOVA, Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale, cit., p. 226.

⁷³¹ Vedi M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 418.

⁷³² L'osservazione è di M. LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare*, cit., pp. 99–100, per il quale questa soluzione «costituisce obiettivamente un incentivo al compimento di operazioni strettamente speculative».

appena descritto qualora a essere revocato, e quindi a risolversi, sia un rapporto rimasto del tutto o in parte inadempiuto dal lato del terzo⁷³³.

In quinto luogo – si è obiettato – non si vede cosa escluda la possibilità, per il debitore e il terzo poi revocato, di regolare convenzionalmente siffatta garanzia per evizione (cfr. artt. 797 e 1487 c.c.) anche in frode ai creditori, fermo restando il problema della revocabilità di simili pattuizioni⁷³⁴.

Si è perciò persuasivamente concluso che, una volta che si passi dal piano teorico a quello applicativo, le conclusioni cui perviene Maffei Alberti risultano «troppo estremistiche per poter essere condivise» 735. Questa ricostruzione, «in definitiva priva di attendibili riscontri testuali» 736, porterebbe non solo a «ridimensionare sensibilmente l'operatività dello strumento revocatorio», ma anche e soprattutto «all'esito, obiettivamente paradossale, di collocare il terzo che abbia ricevuto dal fallito più di quanto abbia dato in una posizione migliore di quella riservata al terzo che abbia ricevuto un bene pari o inferiore a quello dato» 737.

2.1.2. La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2° comma, l.fall. potrebbero consistere in un credito di indennizzo di un arricchimento senza causa del debitore. Critica.

In sede diversa da quella sopra ricordata⁷³⁸, lo stesso Maffei Alberti ha evocato una ricostruzione alternativa dell'art. 70, 2° comma, I.fall. Essa fa perno sulla considerazione per cui la soddisfazione dei creditori sul ricavato del bene oggetto dell'atto revocato comporterebbe, al modo di una contropartita contabile, un arricchimento senza causa del fallito a danno del terzo, consistente nella riduzione dell'esposizione debitoria gravante sui beni rimasti di proprietà del debitore.

Contro questa opinione si sono mosse alcune delle convincenti critiche viste nel precedente paragrafo.

In primo luogo, anche qui il credito del terzo non potrebbe sorgere al tempo della restituzione del bene (cfr. art. 70, 2° comma, I.fall.), ma solo con l'effettivo soddisfacimento dei creditori concorrenti e cioè con la *successiva* ripartizione – finale – dell'attivo⁷³⁹.

In secondo luogo, si continuerebbe a non comprendere per quale ragione il ragionamento non dovrebbe estendersi alle revoche di atti a titolo gratuito⁷⁴⁰ o di rapporti rimasti in tutto o in parte inadempiuti dal lato del terzo.

⁷³³ Così G. Ferri Jr., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., pp. 91 ss.

⁷³⁴ Vedi G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 225.

⁷³⁵ Ibidem.

⁷³⁶ M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 419.

⁷³⁷ G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., pp. 96–97.

⁷³⁸ Vedi A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., pp. 181 ss.

⁷³⁹ Così M. MONTANARI, Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato, cit., p. 419.

⁷⁴⁰ Così *ivi*, pp. 419 s.

2.1.3. La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2° comma, I.fall. potrebbero consistere in un credito da indebito. Critica.

È autorevolmente sostenuta la tesi secondo cui l'«eventuale credito» di cui all'art. 70, 2° comma, l.fall. include un obbligo di restituzione al terzo revocato dell'eventuale controprestazione da lui prestata, fondato sulla disciplina del pagamento dell'indebito (artt. 2033 ss.)⁷⁴¹.

Ma se, dopo la revoca, l'atto resta valido ed efficace nei rapporti tra il fallito e il terzo revocato, com'è possibile che quello alla controprestazione sia un credito da indebito? Gli artt. 2033 e 2037 c.c. stabiliscono rispettivamente che «[c]hi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato» e che «[c]hi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla». Evidentemente, se nei rapporti tra il fallito e il terzo revocato l'atto revocato resta valido ed efficace, parimenti nei rapporti fallito–terzo revocato i pagamenti che essi hanno eseguito in esecuzione dell'atto non potrebbero costituire indebito.

Ecco perché i più attenti tra gli autori che hanno aderito a questa impostazione muovono dalla comune premessa per cui «nel rapporto massaterzo le prestazioni compiute in esecuzione del negozio inefficace non possono apprezzarsi se non quali altrettanti pagamenti indebiti: per la massa infatti il contratto che vi dava titolo è tamquam non esset, sicché essa non risente né dell'effetto traslativo del bene dal patrimonio dell'insolvente a quello del revocato, né di quello acquisitivo della contro-prestazione»⁷⁴². La prestazione sarebbe dunque indebita nel rapporto massa—terzo, ma non nel rapporto debitore-terzo; e perciò il credito alla controprestazione «esiste[rebbe] solo nei confronti della massa»⁷⁴³. E ciò sarebbe dogmaticamente corretto in quanto «[l]a relatività dell'inefficacia [revocatoria] fa sì che i due piani dei rapporti tra il terzo e la massa e tra il terzo e il fallito sono ben distinti e non hanno punti in comune: ciò che accade nell'un "sistema" non necessariamente ha riscontro nell'altro, e ciò che si qualifica in un certo modo in questo può apparire in una veste giuridica del tutto diversa in quello»⁷⁴⁴.

Di primo acchito, pare che se ne dovrebbe desumere che tale credito alla controprestazione sia prededucibile, in quanto esistente appunto solo nel rapporto massa-terzo. Sennonché i sostenitori della tesi in esame sono concordi anche nel propugnare la natura concorsuale del credito. Il motivo di ciò è che esso rappresenterebbe – sempre ovviamente «per la massa [–] un credito che trae origine da un indebito pagamento compiuto dal terzo a favore dell'insolvente

⁷⁴¹ Vedi, in particolare, A. DE MARTINI, *II patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 261 ss.; M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 429 ss.; A. BONSIGNORI, *II fallimento*, pp. 458 ss.

⁷⁴² M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 429 (corsivi aggiunti). Nello stesso senso A. DE Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 261.

⁷⁴³ M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 431. *Contra*, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pp. 461 s., «almeno se si reputa che l'esecuzione resa possibile dalla pronuncia toglie in concreto efficacia al contratto a prestazioni corrispettive anche tra le parti, sia pure con retroattività obbligatoria»: il che, a parere degli autori citati nella nota precedente, è errato.

⁷⁴⁴ M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 431.

prima del fallimento e, quindi, concorsuale»⁷⁴⁵. In altri termini, «il sorgere del credito [del terzo] non coincide[rebbe] esattamente con la sentenza di revoca», giacché «in quel tempo mut[erebbe] solamente la qualificazione giuridica di un atto che era stato compiuto prima dell'apertura del concorso»⁷⁴⁶.

Vediamo quali sono le coerenti implicazioni di questa impostazione.

Il terzo convenuto potrebbe insinuare al passivo il diritto alla restituzione di quanto a suo tempo abbia prestato, unitamente a frutti e interessi dal giorno del pagamento (se il debitore era in mala fede) o dal giorno della domanda (se il debitore era in buona fede⁷⁴⁷), *ex* artt. 2033 e 2037, 1° comma, c.c.⁷⁴⁸. In base all'art. 2037, 2° e 3° comma, c.c., qualora la cosa sia perita, al terzo dovrebbe esserne corrisposto il valore integrale (se il debitore era in mala fede) o nei limiti dell'arricchimento del debitore (se questi era in buona fede); qualora invece la cosa sia solo deteriorata, e il debitore era in mala fede, il terzo potrebbe pretendere alternativamente l'equivalente oppure la restituzione e un'indennità per la diminuzione di valore; se la cosa è deteriorata e il debitore era in buona fede, il diritto sarà limitato all'arricchimento di quest'ultimo. Dovrebbe poi applicarsi l'art. 2040 c.c., ai sensi del quale «[c]olui al quale è restituita la cosa è tenuto a rimborsare il possessore delle spese e dei miglioramenti, a norma degli articoli 1149, 1150, 1151 e 1152⁷⁴⁹».

Si può notare che effetti e disciplina qui esaminate sarebbero molto simili a quelle che, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti⁷⁵⁰, ineriscono all'art. 72, 4° comma, I.fall. Questa disposizione regola in via generale gli effetti dello scioglimento, nel corso della procedura, di un contratto pendente (*recte* «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti»: art. 72, 1° comma, I.fall.) al momento della dichiarazione di fallimento di una delle sue parti.

Il paragone con l'art. 72, 4° comma, l.fall., non deve però trarre in inganno. Tra gli artt. 72, 4° comma, e 70, 2° comma, l.fall., corre infatti una differenza

⁷⁴⁵ *Ivi*, p. 431. Analogamente A. DE MARTINI, *II patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 261–262, secondo il quale «poiché si tratta di inefficacia che colpisce l'atto con riferimento al momento in cui fu compiuto, a tal momento si risale anche per la configurazione [del] detto debito di restituzione. Il quale è, perciò, un debito anteriore all'inizio della procedura; ed il relativo creditore è legittimato ad inserirsi nella massa concorsuale, come infatti l'art. 71 legge fallim. espressamente dispone».

⁷⁴⁶ M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 432 nota 49 (il quale instaura un parallelismo tra il caso in esame e quello di cui all'art. 72, 4° comma, I.fall., su cui vedi *infra* nel testo). Nello stesso senso A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 262 nota 316.

⁷⁴⁷ Ma cfr. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 422, secondo il quale «il terzo soccombente [in una revocatoria] è "per definizione" possessore di mala fede». *Contra*, G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 199 (ove ulteriori riferimenti), secondo cui la revoca «non potrebbe in alcun modo far qualificare l'acquirente come un possessore in mala fede, in quanto è lui il vero proprietario, che si limita ad esercitare sulla cosa i legittimi poteri domenicali».

⁷⁴⁸ Così M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 431.

⁷⁴⁹ Per quanto possa ritenersi che «[n]on opererà però il diritto di ritenzione di cui all'art. 1152 c.c., inopponibile alla massa»: D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 378 nota 171.

⁷⁵⁰ Vedi per esempio, anche per ulteriori riferimenti, F. LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, in A. Jorio, B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, Giuffrè, 2014, 369 ss., pp. 429 ss.

notevole dal punto di vista ricostruttivo⁷⁵¹: nel primo caso, lo scioglimento del contratto è efficace anche nei confronti del debitore fallito. Nel secondo caso, l'inefficacia dell'atto opera nei soli confronti della massa fallimentare. Dunque nel primo caso, ma non nel secondo, l'indebito è tale anche rispetto al debitore fallito.

La conseguenza è chiara. Nulla osta a considerare quello dell'art. 72, 4° comma come un vero e proprio credito concorsuale nei confronti del debitore fallito, pur connotato dalla particolarità di sorgere. Questa ricostruzione non sembra invece ammissibile nel caso dell'art. 70, 2° comma, l.fall.: qui il credito non potrebbe che esistere verso la massa, e la massa soltanto, ed eppure – si sostiene – pur sempre concorsuale perché anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Questa tesi risulta quindi meno sicura di quanto a prima vista potrebbe apparire, se non si dubiti che gli artt. 2033 ss. c.c. si riferiscano in principio alla restituzione della prestazione ad opera dello *stesso* soggetto che a suo tempo la ricevette indebitamente.

Ciò è dimostrato, anche e soprattutto, dai casi speciali ed espressi in cui, secondo l'art. 2038 c.c., della restituzione del bene oggetto della prestazione può essere chiamato a rispondere un terzo. Ciò può avvenire solo nell'eventualità che il bene oggetto della prestazione, nell'intervallo di tempo tra il pagamento dell'indebito e la proposizione della domanda giudiziale, sia stato alienato a un terzo da parte di chi lo ricevette. Trattandosi di un'azione personale, solo in alcuni casi la pretesa da indebito si dirige nei confronti di guesto terzo, e anche in qui mai per l'intero valore del bene. L'art. 2038, 1° comma, ultimo periodo, stabilisce infatti che, in caso di alienazione a titolo gratuito da parte di chi ha ricevuto il bene in buona fede, «il terzo acquirente è obbligato, nei limiti del suo arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito». Con disciplina di maggior favore verso il terzo acquirente, l'art. 2038, 2° comma, ultimo periodo dispone invece che, qualora il bene sia stato alienato a titolo gratuito da parte di chi abbia ricevuto il bene in mala fede, «l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato, nei limiti dell'arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito».

Dato però che, come visto, l'indebito opera solo nel rapporto *massa–terzo*, e non anche nel rapporto *debitore-terzo*, per quale motivo l'ufficio fallimentare non potrebbe invocare *a contrario* l'art. 2038 c.c. per ritenere la controprestazione ricevuta? Perché — si obietta — questa norma riguarderebbe «soltanto le successioni a titolo particolare, non quelle a titolo universale in cui il successore viene a trovarsi nella stessa posizione giuridica del succeduto»⁷⁵². Ma allora, mi pare, si entra in un vicolo cieco: pure ammesso e non concesso che l'apertura del fallimento possa concepirsi come successione a titolo universale nelle situazioni giuridiche di titolarità del debitore, perché non si potrebbe ritenere che l'ufficio fallimentare *succeda* nella controprestazione che essa trova nel patrimonio del fallito e negli stessi termini in cui essa si atteggia per lui, ossia non di indebito bensì di pagamento dovuto? Una volta affermato ciò, pretendere di vincere tale conclusione facendo leva sull'inefficacia revocatoria pare in fondo una petizione di principio.

⁷⁵¹ Che non sembra essere stata pienamente colta da A. MAFFEI ALBERTI, *La "funzione" della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 362 ss., pp. 367 s.

⁷⁵² *Ivi*, p. 430 nota 47.

Ne consegue che in definitiva la tesi esaminata, per non svuotare di significato l'art. 70, 2° comma, I.fall., deve *postulare* la non applicazione, in caso di revocatoria esercitata nel fallimento, dell'unica norma del titolo VII del libro IV del codice civile che prende in considerazione soggetti diversi dal debitore fallito e dal terzo revocato⁷⁵³.

Ciò stabilito, non va trascurato un interessante dato sistematico: la tesi qui criticata, fondata com'è sull'asserzione per cui «nel rapporto massa–terzo le prestazioni compiute in esecuzione del negozio inefficace non possono apprezzarsi se non quali altrettanti pagamenti indebiti»⁷⁵⁴, a ben vedere non pare altro che il rovescio della medaglia dell'opinione, sopra esaminata e discussa⁷⁵⁵, per cui (anche) quello dell'ufficio fallimentare al bene oggetto dell'atto revocato sarebbe un credito da indebito.

Siamo perciò giunti a un risultato non da poco. Imperniare il meccanismo dell'azione revocatoria nel fallimento sull'asserita natura d'indebito delle prestazioni effettuate in esecuzione del negozio poi revocato comporta un curioso meccanismo in cui i rapporti tra massa e fallito, e quindi tra massa e terzo revocato, vengono modellati quasi a piacimento a seconda del risultato ricercato, per di più per vincere a una disciplina codicistica (art. 2038) che reca con sé conseguenze incongrue proprio sul piano della (ritenzione della) controprestazione.

Più ampiamente: la particolarità dello spossessamento del debitore fallito non sembra aver indotto a chiedersi con sufficiente attenzione a che titolo il curatore possa lamentare un indebito oggettivo che è tale solo nei confronti *della massa* e non anche del debitore. Uno strano "indebito oggettivo relativo", questo, che riemerge con maggiore chiarezza una volta che il fenomeno viene riguardato dal lato del terzo revocato. Quest'ultimo sta davanti all'ufficio fallimentare, amministratore di un patrimonio, che pretende di giovarsi di un indebito esistente solo nei suoi confronti e non anche per il fallito, il quale, in disparte con il residuo patrimonio non oggetto di spossessamento, guarda svolgersi un conflitto di pretese giocato – per così dire – in punta di relatività⁷⁵⁶.

È forse proprio un non pienamente consapevole senso di disagio verso questa debolezza dell'opinione qui esaminata ad aver indotto taluno dei suoi propugnatori in affermazioni che lasciano perplessi.

⁷⁵³ Alquanto incongrue – anche se non decisivamente – appaiono inoltre le conseguenze dell'applicazione, in caso di imprenditore incapace d'agire, dell'art. 2039 c.c., ai sensi del quale «[l]'incapace che ha ricevuto l'indebito, anche in mala fede, non è tenuto che nei limiti in cui ciò che ha ricevuto è stato rivolto a suo vantaggio».

⁷⁵⁴ M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 429.

⁷⁵⁵ Vedi supra in questo cap. V, § 1.3.3.

⁷⁵⁶ Si badi, peraltro, che ciò lascia per noi impregiudicata l'osservazione di M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 438–439, che «la chiave per una corretta ricostruzione del sistema della revocatoria [nel fallimento] sembra risiedere nel concetto d'inefficacia relativa assai più che nell'elemento del pregiudizio che, a mio avviso, costituisce solo il presupposto dell'azione revocatoria ordinaria. [A]nche in materia fallimentare se l'inefficacia conseguente alla revoca di un contratto a prestazioni corrispettive sarà riconosciuta relativa ma totale, ne seguiranno risultati pratici simili a quelli cui perviene la teoria indennitaria. [...] Infatti la massa, indipendentemente dall'esistenza del pregiudizio come presupposto della revocatoria fallimentare, non può aver interesse a far dichiarare l'inefficacia di un atto quando potrebbe recuperare la prestazione del fallito solo assoggettandosi contemporaneamente all'obbligo di restituire un bene di maggior valore».

In particolare, la stessa contraddizione sopra denunciata riemerge poderosamente là dove si nega che il terzo revocato possa eccepire la compensazione tra il debito di consegna del bene oggetto dell'atto revocato e il credito alla restituzione della controprestazione. L'argomento addotto a questo scopo è che mentre «quello del contraente revocato è un credito verso il fallito e quindi concorsuale, [] il debito di restituzione della prestazione è verso la massa», sicché non i due non sono compensabili «per la diversa titolarità dei rispettivi crediti e debiti» 757. Come è stato osservato da attenta dottrina 758, però, affermando che il debito di restituzione gravante sul terzo revocato è verso la massa e non verso il fallito, si contraddice la premessa del ragionamento complessivo, e cioè che «il sorgere del credito non coincide esattamente con la sentenza di revoca [perché] in quel tempo muta solamente la qualificazione giuridica di un atto che era stato compiuto prima dell'apertura del concorso» 759.

Ecco allora che, riconosciuta in linea di principio la possibilità di compensazione tra i due crediti⁷⁶⁰, alcuni autori hanno ritenuto di poter chiarire in maniera soddisfacente e conclusiva la funzione svolta dall'art. 70, 2° comma, l.fall., tale da far conservare alla revoca dei pagamenti quel significato operativo che le difetterebbe se fosse possibile la descritta compensazione⁷⁶¹. In particolare, se il carattere concorsuale del credito del terzo si ritiene «costituire non già l'esito normativo, ma il presupposto tipologico dell'applicazione» dell'art. 70, 2° comma, questa norma «non appare diretta a consentire l'insinuazione al passivo della pretesa vantata dal terzo, quanto piuttosto a subordinarla alla avvenuta restituzione al fallimento della prestazione revocata»⁷⁶². La ratio di tale

⁷⁵⁷ *Ivi*, p. 434 nota 51. Così anche P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 421.

⁷⁵⁸ Vedi G. FERRI *JR.*, *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., pp. 152 ss., spec. 152, 158: «Oltre a puntualizzarsi [...] in ogni caso sul terzo revocato e sul fallito, le due posizioni, attiva e rispettivamente passiva, derivanti dalla revoca [...], vale a dire il credito originario e l'obbligo restitutorio, risultano fondate su titoli, che, per quanto tra loro diversi, devono ritenersi entrambi anteriori al fallimento [...] [È] nel pagamento inefficace, e non nella sentenza di revoca, per quanto dotata di una portata costitutiva, che deve rinvenirsi il titolo del corrispondente obbligo restitutorio: un titolo, dunque, che per quanto diverso da quello del credito, risulta anch'esso, al pari di quest'ultimo, in ogni caso anteriore al fallimento».

⁷⁵⁹ M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 432 nota 49.

⁷⁶⁰ In questo senso, per esempio, A. BONSIGNORI, *II fallimento*, cit., p. 777. In giurisprudenza, App. Firenze, 24 marzo 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 754.

⁷⁶¹ Sottolinea questa esigenza G. FERRI *JR.*, *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., p. 160.

⁷⁶² *Ivi*, p. 134. Vedi anche M. Montanari, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., pp. 435 e 436 nota 56, ad avviso del quale l'art. 70, 2° comma, I.fall. detta un caso di difetto *ex lege* di *interesse ad agire*, evidentemente ritenuto coessenziale alla circostanza per cui il terzo revocato avrebbe diritto alla controprestazione «sulla base di un titolo (l'inefficacia del pagamento) che lo obbligherebbe contestualmente a restituire la somma ricevuta, in quanto ormai detenuta indebitamente». Partendo da premesse diverse, ma giungendo a esiti omologhi, altrove si è ritenuto che mediante l'art. 70, 2° comma, I.fall. il legislatore abbia inteso «introdurre una deroga al principio generale che vuole ammessi al concorso i soli crediti derivanti da rapporti sorti *anteriormente* alla dichiarazione di fallimento, e ciò ha fatto considerando strettamente *interdipendenti* il credito del terzo e quello della massa sui beni oggetto dell'atto revocato. In altre parole, così come il credito dell'agente in revocatoria fallimentare, anche quello (eventuale) del soccombente è "originariamente concorsuale"; anch'esso, cioè, è generato dall'esercizio di poteri propri ed esclusivi degli organi fallimentari», ed è considerato dalla legge come concorsuale: così

disposizione sarebbe allora quella di favorire i creditori concorrenti: questi da un lato non dovrebbero temere la compensazione tra i crediti, e dall'altro verrebbero a "subire" l'insinuazione del terzo revocato solo dopo che egli, restituendo il bene oggetto dell'atto revocato, abbia effettivamente arricchito l'attivo su cui tutti sono chiamati a soddisfarsi.

Per le ragioni viste, però, questa spiegazione, pur se dotata di una certa eleganza, non rappresenta di per sé un valido argomento a supporto di una più ampia ricostruzione come quella qui criticata.

Il lettore attento si starà ora chiedendo se esista un modo in cui sia possibile conciliare i risultati finora proposti. Se né la pretesa dell'ufficio fallimentare verso il terzo convenuto, né quella di quest'ultimo verso il primo, possono convincentemente concepirsi come crediti da indebito, quale sarebbe il credito concorsuale oggetto dell'art. 70, 2° comma, I.fall. e – perché no – dell'elegante esegesi di quest'ultimo appena ricordata? Inoltre, sarebbe possibile salvaguardare la concezione per cui l'ufficio fallimentare vanta un diritto di credito nei confronti del terzo revocato? In realtà, una prospettiva che concili tutti questi dati è stata in realtà già tracciata in dottrina.

2.1.4. La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato ex art. 70, 2° comma, l.fall. potrebbero consistere in un credito che rivive per effetto della restituzione alla massa del pagamento ricevuto dal terzo e poi revocato. Discussione.

Per giungere a una soddisfacente ricostruzione del contenuto e della funzione sistematica dell'art. 70, 2° comma, I.fall., sembra però utile spostarsi, prima, sul piano di un diritto di credito che *non* ha ad oggetto la controprestazione a suo tempo prestata dal terzo poi revocato.

Il caso è più specifico di quelli sinora esaminati, trattandosi qui delle sole revoche di pagamenti.

Al riguardo, l'opinione della dottrina e giurisprudenza prevalenti è ben sintetizzabile nell'affermazione per cui «la revoca del pagamento elimina l'effetto estintivo dell'adempimento e, pertanto, non crea *ex novo* un credito, ma fa risorgere, insoddisfatto, il credito originario, con il suo carattere concorsuale»⁷⁶³.

S'intende, naturalmente, che questa particolare reviviscenza opererà solo nei rapporti massa–terzo e non in quelli fallito–terzo.

In quest'ottica, non ricorrerebbe l'ostacolo che nel paragrafo precedente ci ha impedito di aderire alla tesi per cui il credito del terzo revocato alla controprestazione deriva da un indebito. Nel caso che discutiamo qui, infatti, siamo davanti a un credito che *anche rispetto al fallito* preesisteva al compimento dell'atto poi revocato. Sicché, a differenza dell'ipotesi di indebito, l'inefficacia relativa dalla revoca non condiziona i presupposti originari di esistenza del credito (che si rinvengono invece nel particolare titolo suo proprio), bensì soltanto il successivo atto solutorio. Ecco perché in *questo* caso sembra del tutto superfluo

D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., pp. 236–237.

⁷⁶³ S. Satta, *Diritto fallimentare*, 3° ed. aggiornata ed ampliata da R. Vaccarella e F.P. Luiso, Padova, CEDAM, 1996, p. 248. Nello stesso senso vedi, per esempio, M. Fabiani, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3034.

ipotizzare che il credito risorto sia un credito *nuovo*, *esistente* (prima che *efficace*) solo nel rapporto massa–terzo⁷⁶⁴. Nulla osta, qui, ad aderire alla ricordata opinione per cui «il sorgere del credito [del terzo] non coincide esattamente con la sentenza di revoca [perché] in quel tempo muta solamente la qualificazione giuridica di un atto che era stato compiuto prima dell'apertura del concorso»⁷⁶⁵.

In base a questa ricostruzione, il credito risorto è davvero quello già estinto mediante il pagamento poi revocato. La revoca riqualifica retroattivamente la situazione giuridica che, con l'apertura del fallimento, è stata attratta nel patrimonio fallimentare: un credito – va ribadito – che *per ogni soggetto dell'ordinamento* preesisteva alla revoca, ma *solo rispetto alla massa fallimentare* non è (più) estinto bensì (di nuovo) insoluto. Al contempo, l'inefficacia relativa della revoca spiega perché il terzo–revocato non possa mai pretendere l'adempimento del credito da parte del debitore: nei rapporti tra essi, ferma la valida preesistenza del credito, varrà l'atto solutorio.

Correttamente, dunque, si dirà che per la massa fallimentare questo credito è un credito concorsuale, che come tale il terzo revocato dovrà insinuare al passivo. Qual è, allora, la funzione dell'art. 70, 2° comma, l.fall.? La risposta più soddisfacente ci sembra quella anticipata in chiusura del paragrafo precedente⁷⁶⁶: l'art. 70, 2° comma, l.fall., non serve ad abilitare il terzo all'insinuazione al passivo, bensì a *condizionare* la sua ammissione al passivo all'avvenuta restituzione di quanto pagatogli. La *ratio* sta appunto nel favorire i creditori concorrenti, in tal modo assicurati che il terzo potrà partecipare ai riparti insieme a loro solo dopo che egli abbia arricchito l'attivo fallimentare con la restituzione⁷⁶⁷. In altri termini questa ricostruzione non richiede affatto di vedere nell'art. 70, 2° comma, l.fall., l'espressione di un *obbligo* gravante sul terzo revocato alla restituzione del bene oggetto dell'atto revocato: almeno in caso di revoca di un pagamento, questa restituzione ben può concepirsi semplicemente come un *onere* che il terzo revocato è chiamato a sostenere se intende insinuare al passivo il credito risorto⁷⁶⁸.

È poi ulteriore – e particolarmente spinosa – la questione se rispetto alla massa rivivano, oltre all'obbligazione principale, le eventuali garanzie reali o

The status of the second of th

⁷⁶⁵ M. MONTANARI, *Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato*, cit., p. 432 nota 49.

⁷⁶⁶ E vedi pure G. FERRI *JR.*, *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., p. 134. ⁷⁶⁷ Vedi *ivi*, p. 168.

⁷⁶⁸ In questo senso, vedi A. DE MARTINI, *II patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 233; A. MAFFEI ALBERTI, *II danno nella revocatoria*, cit., pp. 189 ss.; G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 211.

personali di cui essa fosse stata munita. Il contrasto tra opinioni affermative⁷⁶⁹ e negative⁷⁷⁰ è vivace, e non si pretende di risolverlo in questa sede. Lo stesso dicasi per la più specifica questione sulle conseguenze della eventuale impossibilità in concreto di riviviscenza di una determinata garanzia⁷⁷¹. Tuttavia, non ci sembra inappropriato evidenziare uno spunto di riflessione.

Come si vede, si propone qui di intendere l'inefficacia relativa del pagamento revocato una riqualificazione, appunto relativa alla sola massa fallimentare, del corrispondente diritto di credito concorsuale. Si è detto che questo risultato è ammissibile in quanto la revoca non incide qui sui presupposti originari di esistenza del credito, ma solo sulla sua successiva estinzione. Forse, in principio, lo stesso potrebbe valere per le garanzie di cui il credito era munito al tempo del pagamento successivamente revocato.

Si potrebbe allora ipotizzare che la reviviscenza operi per quelle garanzie che hanno dato luogo a situazioni giuridiche presenti nel patrimonio del debitore – ma efficaci solo nei confronti dell'ufficio fallimentare – al tempo della dichiarazione di fallimento, ossia nel momento in cui l'ufficio fallimentare è venuto ad esistenza, "trovando" tali situazioni giuridiche nel patrimonio del debitore⁷⁷².

Tra queste garanzie parrebbero rientrare agevolmente le garanzie reali (pegno e ipoteca) e personali costituite *dallo stesso debitore*. Certo più difficile è il diverso caso di garanzie reali e personali costituite *da un terzo*. Si dovrebbe stabilire, in particolare, se e quali di queste garanzie possono descriversi come comportanti, nel patrimonio del debitore, una situazione attiva o passiva giuridicamente rilevante, per quanto condizionata o (volendo) consistente in una aspettativa giuridicamente rilevante⁷⁷³. Si dovrebbe perciò stabilire, ad esempio, se il diritto di regresso del fideiussore contro il debitore preesiste all'effettivo pagamento da parte del garante, pur se condizionatamente a quest'ultimo o

⁷⁶⁹ Per riferimenti vedi M. E. GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale. Art. 68–71*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma 2000, p. 168 nota 2. Nel contesto specifico della cessione concordataria di un'azione revocatoria, E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit. p. 544, che applica a questo caso particolare la generale ricostruzione offerta in ID., *Revocatoria fallimentare dei pagamenti dei crediti privilegiati*, cit., pp. 7 ss. [sottolineando che «[n]on si tratta [] di un problema di far "rivivere" la garanzia, ma più semplicemente di ripristinare la *par condicio* ("quella *par condicio*") alterata dall'atto, che costituisce la *ratio* della revocatoria fallimentare nella concezione accolta dalla Suprema Corte e che trova il suo strumento di chiusura proprio nell'insinuazione al passivo *ex* art. 70, secondo comma, l. fall.»].

⁷⁷⁰ Per riferimenti dottrinali vedi M. E. GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, cit., p. 171 nota 8. In giurisprudenza vedi, per esempio, Cass., 18 luglio 2008, n. 19978, in *Fall.*, 2008, 1385 (ipoteca); Cass., 26 febbraio 2010, n. 4785, in *Fall.*, 2010, 931 (pegno).

⁷⁷¹ Si segnala l'opinione di G. FERRI *JR.*, *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., pp. 169–170, ad avviso del quale in tal caso il terzo revocato vanterà «una pretesa prededucibile, da far valere a partire dall'avvenuta restituzione del pagamento, a titolo di arricchimento nei confronti della massa, derivante appunto dal fatto oggettivo della mancata reviviscenza della garanzia, e commisurata all'attuale valore del bene vincolato».

⁷⁷² Nello stesso senso, G. TARZIA, *L'interesse ad agire ed il "danno"*, cit., p. 1670.

⁷⁷³ Per uno spunto – per vero non chiarissimo – vedi già S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 198–199: «La revoca del pagamento importa il risorgere del credito e con esso il diritto di riavere le garanzie che lo assistevano. Tale diritto sussiste *anche nei confronti del fallimento se il bene sul quale erano costituite si trova ancora fra i beni appresi dal curatore» (corsivo aggiunto).*

come aspettativa giuridicamente rilevante, oppure viene a esistenza solamente per effetto del pagamento.

Si prospetta così un'indagine che esorbita enormemente gli scopi di questo lavoro. Mi limito perciò all'auspicio di aver sottolineato qualche profilo non del tutto inutile per la riflessione dottrinale in corso.

2.1.5. La tesi secondo cui le pretese del terzo revocato potrebbero consistere in un credito di indennizzo di un arricchimento senza causa della massa fallimentare. Discussione.

Ciò detto quanto alla reviviscenza del credito da revoca di un pagamento, torniamo a considerare il credito alla controprestazione.

Punto di partenza dell'analisi che segue è che le tre ricostruzioni viste e criticate nei paragrafi precedenti⁷⁷⁴ sono accomunate dalla concezione della pretesa del terzo alla controprestazione come diritto di credito *concorsuale*. Ritenere, per i motivi visti, che queste ricostruzioni siano insoddisfacenti, induce però a chiedersi se il problema possa essere risolto in termini radicalmente diversi.

In particolare, si potrebbe ipotizzare di concepire la controprestazione quale ingiustificato arricchimento *della massa*, e non – si noti – del debitore fallito⁷⁷⁵.

L'idea non è certo nuova.

Primi spunti in questa direzione si trovano – pur se entro un quadro ricostruttivo più complesso – già nell'opera di Gustavo Bonelli⁷⁷⁶, che esercitò un'influenza «decisiva»⁷⁷⁷ su dottrina e giurisprudenza sotto il codice di commercio, nonché sulla redazione e sulla prima esegesi della legge fallimentare. Va d'altronde dato merito a un illustre Autore⁷⁷⁸ di aver tracciato con chiarezza la continuità tra la posizione di Bonelli e la continua prevalenza dell'opinione che vede in capo al curatore un obbligo di restituzione in natura al terzo revocato della controprestazione ancora individuabile nel patrimonio fallimentare. Questa opinione si è affermata non solo ben prima che Maffei Alberti rivitalizzasse il dibattito con nuove prospettive⁷⁷⁹, ma che in taluni autori prescinde da un'espressa qualificazione come indebito dell'anteriore pagamento della controprestazione al debitore poi dichiarato fallito.

La tesi qui prospettata si ritrova poi, pur se in quadri ricostruttivi non coincidenti, in due importanti monografie in tema di effetti delle azioni revocatorie nel fallimento, ad opera rispettivamente di Floriano D'Alessandro⁷⁸⁰ e di Giuseppe Ferri *jr*.⁷⁸¹, pubblicate a distanza di quasi quarant'anni l'una dall'altra.

⁷⁷⁴ Vedi *supra* in questo cap. V, §§ 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3.

⁷⁷⁵ Cfr. la tesi esaminata *supra* in questo cap. V, § 2.1.2.

⁷⁷⁶ Vedi G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., I, p. 869.

⁷⁷⁷ Vedi G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale*, cit., p. 221.

⁷⁷⁸ Vedi *ivi*, p. 221.

⁷⁷⁹ Cfr. *supra* in questo cap. V, §§ 2.1.1 e 2.1.2.

⁷⁸⁰ F. D'ALESSANDRO, La revoca dei pagamenti nel fallimento, cit.

⁷⁸¹ G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit.

Quella di D'Alessandro è, se si vuole, una tesi intermedia⁷⁸²: egli afferma che per la massa è ingiustificato arricchimento la controprestazione che al tempo della revoca si trovi ancora nel patrimonio fallimentare⁷⁸³, ma al contempo aderisce all'opinione tradizionale per cui l'art. 70, 2° comma, l.fall. contemplerebbe un credito concorsuale pari al valore del bene restituito alla massa⁷⁸⁴.

Più originale e approfondita è l'indagine di Ferri.

Due sono le particolarità che segnano il distacco di questo Autore dalle opinioni sinora considerate. La prima è la decisa negazione della natura concorsuale del credito del terzo revocato alla controprestazione. La seconda è l'affermazione che il credito riguarda la controprestazione considerata per il suo *valore*, sicché l'ingiustificato arricchimento *non* si ha solo nel caso specifico in cui esso consista in una cosa determinata individuabile nel patrimonio fallimentare (cfr. art. 2041, 2° comma, c.c.).

Secondo Ferri, un primo indice letterale e sistematico della correttezza di queste conclusioni sarebbe il meccanismo di deduzione delle passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni che vengono acquisiti al patrimonio fallimentare per effetto di atti e pagamenti compiuti o ricevuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (artt. 44, 3° comma, e 42, 2° comma, I.fall.). Questo meccanismo andrebbe infatti considerato «come una sorta di limite minimo della tutela da accordare a chi, come il terzo revocato, ha trattato con un soggetto del quale conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, uno stato di insolvenza»785. Questa conclusione sarebbe giustificata dall'identità del modo in cui si atteggia. negli artt. 44, 3° comma, e 64 ss. I.fall., l'inefficacia dell'atto⁷⁸⁶. In entrambi i casi, l'inefficacia opera solo relativamente, ossia nei soli confronti della massa fallimentare. In entrambi i casi, al curatore è rimessa una scelta circa l'acquisizione dei beni al patrimonio fallimentare: agli artt. 64 ss. l.fall., la scelta se agire giudizialmente o no per il recupero giuridico (artt. 66 ss. l.fall.) o almeno materiale (artt. 64-65 I.fall.) dei beni; all'art. 42, 3° comma, I.fall., la scelta di rinunciare ad acquisire (recte trattenere⁷⁸⁷) i beni – previa autorizzazione del comitato dei creditori – «qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi».

Questo parallelismo indurrebbe perciò a ritenere che anche nel campo revocatorio debba operare una "tutela minima", consistente almeno in senso lato in una deduzione delle passività incontrate per l'acquisto dei beni ricavati dall'esperimento di azioni revocatorie.

Ecco allora il nodo cruciale: se non può dubitarsi che le pretese dei terzi aventi titolo nell'art. 42, 2° comma, I.fall., consistono in crediti prededucibili⁷⁸⁸,

⁷⁸² Così, sul carattere della generale ricostruzione di D'ALESSANDRO, M. LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare*, cit., p. 102.

⁷⁸³ F. D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, cit., pp. 135 ss.

⁷⁸⁴ *Ivi*, pp. 107 ss.

⁷⁸⁵ G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., pp. 2 ss., spec. 11 s.

⁷⁸⁶ Ivi, pp. 44 ss., spec. 53 ss.

⁷⁸⁷ Infatti, secondo l'autore, alcune espressioni impiegate negli artt. 42 e 43 l.fall. – «[s]ono compresi nel fallimento», «[i]l curatore [...] può *rinunciare* ad acquisire» (e non, invece, "*rifiutare* di acquisire"), «sono acquisite al fallimento» – dimostrano che l'acquisto dei beni alla massa attiva si verifica (già) con il compimento dell'atto ad opera o nei confronti del fallito: vedi *ivi*, pp. 20 s.

⁷⁸⁸ Vedi *ivi*, p. 19.

nulla osta ad affermare lo stesso per il credito del terzo revocato alla controprestazione 789. Dal momento che questa controprestazione rappresenta per la massa una passività incontrata per l'acquisto del bene attraverso l'azione revocatoria⁷⁹⁰, trattenerla configura un ingiustificato arricchimento della massa stessa⁷⁹¹.

L'Autore ha avuto inoltre il merito di sviluppare questa conclusione intermedia con tre importanti precisazioni.

In primo luogo, egli ha precisato che oggetto del credito prededucibile da ingiustificato arricchimento è il valore della controprestazione, non la restituzione della controprestazione stessa⁷⁹². Tanto più che, come visto sopra⁷⁹³, predicare una restituzione pur ritenendo che l'atto revocato resti pienamente valido ed efficace nei rapporti fallito-terzo genera non poche difficoltà⁷⁹⁴.

Il riferimento al valore della controprestazione reca con sé implicazioni notevoli.

Come enuncia con chiarezza l'Autore, infatti, da questa ricostruzione deriverebbe che tale pretesa debba «essere soddisfatta in prededuzione in ogni caso, anche qualora cioè l'oggetto di tale controprestazione non risulti più individuabile nel patrimonio del fallito⁷⁹⁵, o addirittura non lo sia mai stato, come nell'ipotesi in cui la controprestazione abbia avuto ad oggetto una somma di denaro: il che vale pertanto ad escludere non solo la necessità, ma prima ancora la possibilità, di ipotizzare, in tali eventualità, una sorta di "concorsualizzazione" della pretesa in esame, la sua "degradazione", cioè, sul piano del trattamento giuridico, da credito (tipologicamente) prededucibile a credito (normativamente) concorsuale, e, per ciò solo, di ritenere che al credito in esame, benché anch'esso eventuale, ed anzi doppiamente tale (dal momento che esso presuppone non solo che il terzo abbia effettuato una controprestazione a favore del fallito, ma che il valore della prestazione revocata sia stato in concreto destinato ai creditori), possa trovare applicazione una disposizione, come quella dettata dall'art. 70, 2° comma, I.fall., la quale, regolando l'ammissione al passivo del credito del terzo, mostra invero di avere riguardo ad una pretesa destinata ad essere soddisfatta, almeno in via di principio, nell'ambito del concorso, e non invece in prededuzione».

Secondo l'autore, poi, nessun arricchimento e relativo credito potrebbe poi configurarsi in caso di revoca di un atto unilaterale o a titolo gratuito; sicché la ricostruzione qui proposta, condotta alle sue estreme conseguenze, comporterebbe che in queste ipotesi il terzo risulti «privo di qualsiasi tutela nei

⁷⁸⁹ Vedi *ivi*, pp. 19 s.

^{790 «}Anche nell'ambito del sistema revocatorio risulta, insomma, indispensabile operare una sorta di deduzione delle passività, ma di quelle inerenti, per così dire, non all'atto revocato, quanto piuttosto alla sua revoca, o, meglio, al "recupero", attraverso l'azione revocatoria, della prestazione effettuata dal fallito»: ivi, p. 58.

⁷⁹¹ Vedi ivi, pp. 59 ss. Si noti che l'Insolvenzordnung tedesca (§ 143) qualifica espressamente la posizione del terzo revocato per un atto a titolo oneroso, come arricchimento senza causa (ungerechtfertigte Bereicherung); lo stesso fa l'Insolvenzordnung austriaca (§ 39). E vedi nota 809.

⁷⁹² Vedi *ivi*, p. 75 ss.

⁷⁹³ Vedi *supra* in questo cap. V, § 2.1.3.

⁷⁹⁴ Vedi G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., p. 76 ss.

⁷⁹⁵ È concorde su questo punto D. GALLETTI, La ripartizione del rischio di insolvenza, cit., p. 378.

confronti dei creditori e quindi di qualsiasi pretesa verso il fallimento»⁷⁹⁶. Mi sembra peraltro che questa conclusione debba espressamente temperata: anche in caso di revoca di un atto unilaterale o a titolo gratuito dovrebbe configurarsi un arricchimento della massa per il valore delle spese per la produzione e il raccolto dei frutti, nonché di riparazioni, miglioramenti e addizioni eventualmente apportati alla cosa dal terzo, che quest'ultimo non possa separare all'atto della restituzione (vedi art. 821, 2° comma, 1149, 1150 c.c.)⁷⁹⁷.

In secondo luogo, l'Autore osserva che l'ingiustificato arricchimento non si configurerebbe sempre contestualmente alla produzione dell'inefficacia revocatoria, bensì in un momento successivo. Precisamente, come alla deduzione delle passività ex art. 42, 2° comma, I.fall. si dovrebbe procedere «soltanto nel momento in cui [l']acquisizione [...] diviene definitiva, ed in particolare all'esito della liquidazione del bene che ne rappresenta l'oggetto»⁷⁹⁸. così nel caso di azione revocatoria «[ll'arricchimento della massa [...] emerge[rebbe] solo se, e nel momento in cui, il valore della prestazione revocata sia stato in concreto destinato alla soddisfazione dei creditori: ed è appunto, e soltanto, a siffatta destinazione che, conseguentemente, [dovrebbe] ricollegarsi l'operatività della tutela accordata al terzo»⁷⁹⁹. Questa destinazione assumerebbe forme diverse a seconda del tipo di atto revocato: se atto avente ad oggetto un bene determinato, la liquidazione del bene⁸⁰⁰; se atto avente ad oggetto una somma di denaro, la restituzione del denaro alla massa fallimentare. intesa come messa a disposizione della somma agli organi della procedura⁸⁰¹; se atto di assunzione di un'obbligazione oppure costitutivo di un diritto legale di prelazione o di garanzia, la stessa produzione dell'inefficacia revocatoria⁸⁰².

In terzo luogo, l'Autore afferma l'estraneità di questo credito dalle «ragioni di credito dipendenti dall'esercizio dell'azione revocatoria» che «[i]l terzo contraente [...] abbia verso il debitore», di cui all'art. 2902, 2° comma, c.c. Infatti il credito al valore della controprestazione sarebbe vantato dal terzo revocato nei confronti della massa quale credito prededucibile, e mira a una restitutio in integrum riferita alla situazione anteriore al compimento dell'atto poi revocato. Al contrario, l'art. 2902, 2° comma, c.c. contemplerebbe ragioni di credito verso il debitore, rivolte a riequilibrare (a termini di legge e/o di contratto) le reciproche posizioni in reazione all'intervenuta revoca (o meglio, alle intervenute azioni esecutive o conservative da parte del creditore vittorioso nella revocatoria)⁸⁰³. Anche in tal caso potrebbe aversi un credito alla restituzione della

⁷⁹⁶ Ivi, p. 65.

⁷⁹⁷ Specificamente concordi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 198; M. E. GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, cit., p. 174; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., pp. 378, 380 s. (e vedi nota 749). In giurisprudenza, Cass., 2 aprile 1984, n. 2154, in *Dir. fall.*, 1984, II, 772.

⁷⁹⁸ G. FERRI *JR.*, Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., p. 20.

⁷⁹⁹ Ivi, pp. 66–67.

⁸⁰⁰ *Ivi*., p. 67.

⁸⁰¹ Ibidem.

⁸⁰² *Ivi*, p. 73.

⁸⁰³ Ossia a «neutralizzare gli effetti [della revoca] sull'operazione posta in essere tra le parti così come dalle stesse configurata»; peraltro la legge, postergando d'imperio queste ragioni di credito al soddisfacimento dei creditori che hanno agito in revocatoria, fissa un limite in fondo discrezionale, in cui l'interesse a «non penalizzare le ragioni del creditore che ha ottenuto la revoca dell'atto» vengono fatte prevalere *ex lege* su quelli del terzo revocato: *ivi*, pp. 81 ss.

controprestazione: ma il titolo di esso non sarebbe mai dato dall'inefficacia revocatoria, quanto a una *successiva* – e solamente *eventuale*⁸⁰⁴ – risoluzione del rapporto sinallagmatico. La comprova di ciò è che analoghe "ragioni di credito" potranno certo *in concreto* aversi anche in sede fallimentare, ma esse non potranno che operare *sul solo piano fallito–terzo*: anzi, poiché il loro titolo sarà tipicamente successivo alla dichiarazione di fallimento, esse risulteranno tipicamente estranee al concorso fallimentare, e destinate a soddisfazione all'infuori della procedura⁸⁰⁵. Ciò, peraltro, "tipicamente" ma non sempre, perché sarà ammesso al concorso, ma per motivi *intrinseci* al funzionamento della revoca⁸⁰⁶ (sicché l'art. 70, 2° comma, I.fall. non farebbe che *confermare* un risultato già implicito nella legge) quella *particolare* "ragione di credito" che è il debito che fu estinto mediante un pagamento poi revocato⁸⁰⁷.

In definitiva, questa analitica ricostruzione della posizione sostanziale del terzo revocato risulterebbe imposta «dalle segnalate ragioni di coerenza interna alla disciplina del fallimento», mentre «prescinde[rebbe] del tutto dalla rilevanza che si intenda assegnare al pregiudizio ai fini della ricostruzione del funzionamento e della funzione dell'azione revocatoria fallimentare»⁸⁰⁸.

Va notato che in base a questa ricostruzione l'art. 70, 2° comma, I.fall. finirebbe per svolgere una funzione ben più circoscritta di quella comunemente ascrittagli. Mentre, infatti, non si risolverebbe la controversia circa la possibilità di fondare su questa disposizione un obbligo gravante sul terzo di restituire al

⁸⁰⁴ «[C]he il sacrificio patrimoniale subito dal terzo a seguito della inefficacia dell'atto dispositivo giustifichi la risoluzione *inter partes* del rapporto» non ci sembra, infatti, una conseguenza «incontestabile», o meglio *necessaria*, dell'inefficacia revocatoria, ma solo una sua conseguenza *tipica*: cfr. F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli*, cit., pp. 198 s.

⁸⁰⁵ G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., p. 85.

⁸⁰⁶ Vedi il paragrafo precedente.

⁸⁰⁷ «[I]n una sola ipotesi il terzo, all'esito della revoca, risulta titolare, e per definizione, di una pretesa soggetta a regolazione concorsuale, vale a dire nel caso in cui l'atto (dichiarato) inefficace sia rappresentato da un pagamento: ed è allora esclusivamente in tale eventualità, quella cioè di revoca dei pagamenti, e, più in generale, come si vedrà, di loro inefficacia, che l'art. 70, 2° comma, I. fall., trova applicazione, come del resto sembra confermare la stessa lettera della legge, che, riferendosi espressamente a "colui che .. ha restituito quanto aveva ricevuto", mostra di utilizzare una terminologia in realtà propria dei rapporti obbligatori, ed in particolare del fenomeno del pagamento dell'indebito»: *ivi*, pp. 144–145.

ss., che muovendo da una concezione rigorosamente indennitaria della revocatoria propone una ricostruzione alquanto peculiare del significato dell'art. 70, 2° comma, I.fall. in caso di revoca di un atto dispositivo: «il revocato può iscrivere al passivo l'eventuale credito alla restituzione della controprestazione eventualmente effettuata a favore del fallito; tale credito ha lo scopo di adeguare gli effetti economici della revoca alla misura, forfettariamente calcolata, del pregiudizio arrecato dall'atto. In altra ed equivalente formulazione, potrebbe dirsi che il credito eventuale ex art. [70, 2° comma] ha la funzione di impedire un arricchimento ingiustificato della massa [...]. In questa prospettiva il credito concorsuale del revocato ex art. [70, 2° comma] varrebbe a commisurare forfettariamente il sacrificio del terzo al pregiudizio subito dalla massa, e si applicherebbe solo nel caso in cui non sia possibile misurare in maniera più precisa il pregiudizio effettivo» (corsivi aggiunti). Questa enunciazione è però apodittica, e in particolare non si comprende come possa desumersi nel silenzio del legislatore la precisazione per cui l'art. 70, 2° comma, I.fall. si applichi «solo nel caso in cui non sia possibile misurare in maniera più precisa il pregiudizio effettivo».

fallimento del bene oggetto dell'atto revocato⁸⁰⁹, il credito che l'art. 70, 2° comma sarebbe «eventuale» proprio perché credito che rivive nel solo, particolare caso della restituzione successiva alla revoca di un atto solutorio – sia essa ordinaria (art. 66 I.fall.), fallimentare (artt. 67, 1° comma, numero 2, e 2° comma) o (può ritenersi) riconducibile all'art. 65 l.fall.810. Il credito sarebbe perciò «eventuale» in base *non* alla natura onerosa o gratuita, bensì alla tipologia, dell'atto revocato. Questo risolverebbe in radice il dubbio per cui «non è chiara la ragione per la quale il legislatore ha considerato solo possibile una ragione di credito del terzo verso il debitore quando, in ogni caso, l'esecuzione conseguente alla revoca ha colpito in tutto o in parte beni che al terzo continuano ad appartenere», sicché il terzo «dovrebbe sempre vantare un credito nei confronti del debitore per un importo corrispondente a quanto per effetto dell'esecuzione ha perduto»⁸¹¹. Al contempo, ciò non pregiudicherebbe la considerazione per cui «l'art. [70, 2° comma] detta una regola unitaria destinata ad operare sempre nello stesso modo e cioè attraverso l'iscrizione al passivo fallimentare» di un credito concorsuale. Risulterebbe infatti insufficiente far leva su questo dato pacifico per escludere che il credito del terzo alla controprestazione sia (da ingiustificato arricchimento della massa e quindi) prededucibile⁸¹²: se questo credito alla controprestazione viene fondato su una norma diversa dall'art. 70, 2° comma, la natura concorsuale del credito oggetto di quest'ultimo non è di alcun ostacolo alla ricostruzione qui proposta.

⁸⁰⁹ Opinione, questa, sostenuta invece – tra gli altri – da F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del* credito consequente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli, cit., p. 193, secondo il quale «l'art. [70, 2° comma] chiarisce che l'inefficacia dell'atto traslativo nel fallimento comporta senz'altro l'obbligo per il terzo di restituire al fallimento l'intera prestazione ricevuta dal debitore fallito. Si contempla così, nel fallimento, una situazione molto diversa da quella che abbiamo visto relativamente all'inefficacia degli atti traslativi nel campo della revocatoria ordinaria. Non si tratta, infatti, come per la revocatoria ordinaria, semplicemente di mantenere i beni oggetto dell'attribuzione patrimoniale a disposizione della esecuzione del creditore che ha ottenuto la dichiarazione di inefficacia, così che questi stessi beni saranno esecutati soltanto nei limiti del pregiudizio subito dal frodato, bensì si tratta di consegnare al curatore del fallimento l'intera prestazione ricevuta». D'altro canto, lo stesso Autore riflette che «[s]e si tratta [...] anche nel fallimento semplicemente di mantenere il bene alla destinazione esecutiva, né più né meno come per la revoca ordinaria, che bisogno c'è della restituzione? Non è questo dovere di restituzione un eccesso di mezzo al fine?». La risposta dell'Autore a questa possibile obiezione risulta, però, evasiva: cfr. ivi, p. 213. L'obbligo del terzo revocato di restituire quanto ricevuto (nei limiti dell'arricchimento, se l'atto era a titolo gratuito e il terzo era in buona fede) è sancito dal § 143 dell'Insolvenzordnung tedesca e dal § 39 di quella austriaca.

⁸¹⁰ Così G. FERRI JR., Le pretese del terzo revocato nel fallimento, cit., pp. 161 ss.

⁸¹¹ F. VASSALLI, *Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli*, cit., pp. 192 ss.

⁸¹² Così invece *ivi*, p. 205: «Il ricorso alla categoria dell'ingiustificato arricchimento per fondare il credito contemplato nell'art. [70, 2° comma] I. fall. ci sembra arbitrario non tanto perché esso sarebbe incompatibile con una obbligazione restitutoria [...], quanto perché l'art. [70, 2° comma] detta una regola unitaria destinata ad operare sempre nello stesso modo e cioè attraverso l'iscrizione al passivo fallimentare [di un] credito [concorsuale]»; mentre il credito da ingiustificato arricchimento, «ove mai effettivamente sussistente e rilevante, sarebbe proprio della massa e potrebbe al più rendere ragione di un credito verso la massa, ma non mai di un credito concorsuale da pagarsi in moneta fallimentare, quale sicuramente è, invece, il credito contemplato nell'art. [70, 2° comma]».

2.1.6. Conclusione.

Come si è potuto vedere, quello della posizione sostanziale del terzo revocato è un problema spinoso. Nello spirito di questo lavoro, che cerca una ricostruzione del fenomeno di cessione delle azioni di massa soddisfacente non solo da un punto di vista dogmatico-ricostruttivo, l'interprete è chiamato a fare i conti con l'apparente ambivalenza del dato normativo e quindi con la concreta possibilità che alla ricostruzione da ultimo esposta, innovativa ma soprattutto "radicale" nella lineare coerenza tra premesse sistematiche e risvolti operativi, venga preferita un'opinione più tradizionale e (chiaramente) più favorevole ai creditori concorrenti. Tale non potrebbe comunque essere che la ricostruzione per cui le pretese del terzo revocato avrebbero titolo in un pagamento indebito⁸¹³: ricostruzioni diverse, e in particolare quelle proposte da Maffei Alberti⁸¹⁴ sono ancor meno convincenti e perciò non meritano adesione.

Bisogna peraltro rimarcare che la diversità tra le opinioni non si riflette che sul trattamento della controprestazione dovuta al fallito. La ricostruzione tradizionale del credito che riviva per effetto della restituzione del pagamento revocato resta, infatti, impregiudicata anche aderendo all'opinione esposta nel paragrafo precedente.

Questi dati ci suggeriscono che il problema, lungi da venir drammatizzato oltre misura, vada più proficuamente considerato in una prospettiva aperta. Precisamente, pur ritenendo convincente l'opinione da ultimo ricordata (seppur con i correttivi suggeriti nel paragrafo precedente), nell'indagare la particolare fisionomia che la questione assume in caso di cessione di azioni revocatorie merita tenere in considerazione tanto l'opinione maggioritaria (proprio per la sua prevalenza nella prassi operativa) che quella minoritaria qui preferita.

2.2. Il problema in caso di cessione di un'azione revocatoria.

2.2.1. Panorama dottrinale e giurisprudenziale.

Compiuto questo lungo *excursus* sulle principali teorie circa le pretese sostanziali che il terzo revocato può vantare nei confronti del fallito o della massa fallimentare, continuiamo la nostra indagine calando questo complesso problema nell'inusuale contesto della cessione dell'azione revocatoria cui dette pretese si ricolleghino. A questo riguardo si riscontra una significativa varietà di opinioni.

Secondo quella che è in fondo la più semplice delle tesi contrapposte, la cessione dell'azione revocatoria non inciderebbe in alcun modo su consistenza e destinatari delle pretese sostanziali del terzo revocato: di esse continuerebbe a rispondere la massa fallimentare e, dopo la chiusura del fallimento, il debitore tornato *in bonis*⁸¹⁵.

814 Vedi *supra* in questo cap. V, §§ 2.1.1 e 2.1.2.

⁸¹³ Vedi *supra* in questo cap. V, § 2.1.3.

⁸¹⁵ Così F. DE SANTIS, *La cessione delle azioni di massa*, cit., p. 1129 (questa soluzione, ad avviso dell'autore, è «inevitabile»), G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 783, nonché 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, I, 319 ss., p. 324.

Di contrario avviso era ed è l'opinione rimasta prevalente fin dalla promulgazione della legge fallimentare. Anche sulla scorta del fatto che, nel testo originario della legge fallimentare, la definitività dell'omologazione del concordato fallimentare coincideva con la chiusura della procedura (vedi l'originario art. 131, 4° comma, I.fall.), sicché dopo quel momento non era più possibile insinuarsi al passivo fallimentare, si affermava che per le pretese vantate dal terzo revocato sarebbero stati tenuti in solido il debitore (nel fallimento, a titolo di credito concorsuale, o personalmente una volta tornato *in bonis*) nonché l'assuntore del concordato, con tutti i suoi beni presenti e futuri. Più precisamente, rispetto a questi debiti la cessione dell'azione avrebbe comportato un accollo *ex lege* delle pretese del terzo revocato da parte dell'assuntore⁸¹⁶.

È, appunto, opinione prevalente e autorevolmente rappresentata che questa soluzione rimanga valida anche nel vigore della "nuova" legge fallimentare. Addirittura, si ragiona, «appare indispensabile postulare, in via interpretativa», che non solo in caso di cessione concordataria, ma anche in caso di cessione autonoma operi una siffatta «circolazione unitaria (e inscindibile) della pretesa restitutoria derivante dall'azione revocatoria e della situazione giuridica passiva connessa ad essa», di modo che «al pari dell'assuntore, l'acquirente (e, con esso, qualsiasi eventuale successivo avente causa) rimarrebbe obbligato nei confronti del terzo revocato»817. Una disparità di trattamento del terzo revocato in caso di cessione autonoma, rispetto alla soluzione per lui più favorevole cui (si sostiene) rinvia l'art. 124 l.fall., risulterebbe infatti non solo iniqua ma anche di dubbia legittimità costituzionale⁸¹⁸. Allo stesso potrebbe peraltro pervenire attribuendo massimo vigore all'affermazione dottrinale per cui il fondamento della soluzione qui presentata si rinverrebbe in una disposizione di carattere generale quale l'art. 70, 2° comma, I.fall.⁸¹⁹.

Secondo l'opinione prevalente, in particolare, si dovrebbe escludere che il descritto accollo ex lege abbia natura liberatoria e non cumulativa. Si afferma infatti che è applicabile la norma generale di cui all'art. 1273, 2° comma, c.c., con la conseguenza che il curatore «non può assegnare convenzionalmente al terzo un nuovo debitore liberandosi delle obbligazioni che gravano sul patrimonio del fallito senza il suo consenso»; il che indurrebbe a ritenere «che l'eventuale patto espresso, inserito nell'atto di cessione, con il quale il cessionario si obbliga a tenere indenne la procedura da tutte le pretese che in virtù del giudizio

⁸¹⁶ Vedi A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 510, per riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁸¹⁷ *Ivi*, p. 511. Così, in riferimento alla cessione concordataria, E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit. p. 541, il quale specifica che il cessionario acquisisce sia la posizione attiva che quella passiva «nella stessa posizione sostanziale e processuale del dante causa e, di conseguenza, beneficia degli stessi diritti ed assume i medesimi oneri, *in primis* la soggezione all'esercizio del diritto della controparte al trattamento concorsuale che, per effetto della cessione, diviene "concordatario"». In questo senso, già D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., pp. 236 s.: «dato che la legge considera [l']eventuale credito [del terzo revocato] *concorrente e chirografario*, così lo stesso dovrà essere trattato dall'assuntore».

⁸¹⁸ Così A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 511.

⁸¹⁹ Così (ovviamente con riferimento all'art. 71 I.fall. allora vigente) D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 236.

revocatorio può far valere il terzo non sia comunque opponibile al soccombente in revocatoria in caso di richiesta di ammissione al passivo, esplicando i suoi effetti soltanto nel rapporto interno alle parti del negozio di cessione»⁸²⁰. Come si vede, questa linea di pensiero finisce per circoscrivere significativamente la rilevanza degli eventuali accordi paraconcordatari o contrattuali di disciplina convenzionale degli obblighi del cessionario verso il terzo revocato, della cui ammissibilità in principio, peraltro, non si dubita⁸²¹.

Così affermata la necessaria solidarietà dal lato passivo tra cessionario, da un lato, e massa fallimentare o fallito tornato *in bonis* dall'altro, più controversa resta la questione della consistenza e della ripartizione delle possibili pretese del terzo revocato, e in particolare dello specifico oggetto della predetta solidarietà.

Come anticipato, nel caso di cessione di un'azione revocatoria questo profilo è complicato dalla circostanza che la massa attiva fallimentare non si arricchirà mai dell'integrale valore del bene oggetto dell'atto revocato, bensì soltanto (e in caso di cessione autonoma) del minore corrispettivo della cessione. In caso di cessione concordataria, invece, il vantaggio per la massa si tradurrà nel semplice miglioramento del trattamento concordatario. Ed è probabilmente anche per questa sua specifica complessità che il problema in esame è stato poco considerato in dottrina.

Secondo alcuni autori, l'atto di cessione dell'azione revocatoria dovrebbe ritenersi etero-integrato da una clausola di riconoscimento al terzo revocato del diritto a un credito «se del caso, maggiore di quello risultante dalla quota di riparto (o dalla percentuale concordataria) assegnata ai creditori. Ciò dovrebbe avvenire, in particolare, applicando una aliquota "virtuale" che tenga conto - a vantaggio soltanto del creditore ex art. 70, comma 2, legge fallim. (e naturalmente in proporzione all'incidenza del suo credito sul totale del passivo di pari rango) anche di quel "surplus" realizzato dall'acquirente, ma non affluito nell'attivo fallimentare e non destinato al soddisfacimento dei creditori concorrenti» 822. Si sostiene cioè – per tenere indenne da pregiudizio il (solo) terzo revocato – che questi debba poter far valere le proprie pretese anche sulla differenza tra il valore del bene ottenuto dal cessionario, da un lato, e il corrispettivo della cessione (se cessione autonoma) o il valore del miglior trattamento concordatario (se cessione concordataria) dall'altro823. A un risultato equivalente perviene chi, più concisamente, sostiene che le pretese del terzo revocato vadano parametrate al valore di quanto da lui restituito⁸²⁴.

Altra interessante proposta è quella di Vattermoli⁸²⁵, secondo il quale si impongono risultati diversi per la cessione autonoma e per quella concordataria.

⁸²⁰ D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., pp. 462–463.

⁸²¹ Vedi A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., pp. 508 s., e D. BENZI, *Cessione dei crediti e modalità delle vendite*, cit., pp. 1252 s. Vedi anche nota 490.

⁸²² A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 513.

⁸²³ Analogamente G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., p. 871.

⁸²⁴ Così E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit., pp. 543 s.

⁸²⁵ D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., pp. 462 ss.

Secondo l'Autore, in caso di cessione autonoma la massa fallimentare e il cessionario sarebbero tenuti in solido per la parte della controprestazione che il terzo revocato può realizzare nel concorso fallimentare⁸²⁶. Il cessionario sarebbe invece tenuto in proprio per la parte eccedente della controprestazione, fino a coincidenza del suo valore integrale⁸²⁷. Del credito (concorsuale) risorto dopo la revoca di un atto solutorio, invece, il cessionario non risponderebbe in alcun caso.

In caso di cessione concordataria, invece, secondo Vattermoli la solidarietà dal lato passivo riguarderebbe sia il credito alla controprestazione che quello risorto per effetto della revoca di atto solutorio, *entrambi* nella misura risultante dalla falcidia concordataria per i crediti di pari rango⁸²⁸. Questa soluzione, del resto, gode di adesione non solo in dottrina⁸²⁹, ma da ultimo anche nella giurisprudenza di legittimità⁸³⁰.

Ciò detto quanto alla consistenza delle pretese oggetto della solidarietà tra cessionario e debitore, su un ulteriore profilo generale vi è tendenziale accordo in dottrina: il terzo revocato potrebbe trattenere in compensazione (ovviamente purché ne sussistano le condizioni ex artt. 1241 ss. c.c.) quanto egli vanta verso il cessionario dell'azione, all'atto della consegna a questi del bene oggetto dell'atto revocato.

Come questo risultato possa prodursi non è, peraltro, assodato. Secondo alcuni, già «[c]on la cessione del diritto controverso [verrebbe] [] meno il limite alla compensazione, sussistente in caso di esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore, rappresentato dalla non reciprocità delle rispettive poste creditorie (credito della massa, da un lato, e controcredito concorrente, dall'altro)»⁸³¹. Secondo altri, tale limite cadrebbe «perché la reciprocità di debiti e crediti è frutto della conseguenza generata dalla chiusura del fallimento»⁸³².

⁸²⁶ Così anche M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 466, in base alla considerazione per cui «il convenuto non deve perdere il suo diritto sostanziale ad essere ammesso in funzione di percepire la quota del riparto».

⁸²⁷ Ciò perché, rispetto a tale credito, «il pagamento in moneta fallimentare non rappresenta [] alcuna limitazione ex lege di responsabilità del debitore né una rimessione parziale di debito da parte dei creditori, ma solo l'effetto della distribuzione di un patrimonio insufficiente rispetto ad una determinata massa passiva. L'eventuale vantaggio, in punto di fatto, che potrebbe ottenere il terzo revocato dall'intervenuta cessione dell'azione non può [...] legittimare il cessionario ad effettuare un pagamento parziale né provocare la reazione degli altri creditori concorrenti, non potendosi ravvisare nella specie alcuna alterazione della par condicio (il patrimonio gravato è infatti quello del cessionario dell'azione). Discorso diverso è quello, a monte, concernente la convenienza per la massa della cessione, atteso che il cessionario sconterà, all'atto della valutazione del diritto controverso e dell'offerta del prezzo di acquisto, anche tale posta passiva»: D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 463.

⁸²⁸ Vedi ivi, p. 472.

⁸²⁹ Sono concordi M. Fabiani, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3035 («[l]'assuntore è [] tenuto a corrispondere [al terzo revocato] la percentuale soddisfazione del credito che è stata riconosciuta ai creditori di pari grado. Solo se si condivide questa impostazione la posizione del terzo rimane immutata a seguito del trasferimento dell'azione revocatoria e si evita quindi di imbattersi in una disciplina che presenterebbe forti connotazioni di disuguaglianza, tali da far sospettare [...] di illegittimità costituzionale») ed E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit., p. 544.

⁸³⁰ Cass., 15 aprile 2019, n. 10533, in *Fall.*, 2020, 535, con nota di E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit.

⁸³¹ D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 463.

⁸³² M. FABIANI, Diritto fallimentare. Un profilo organico, cit., p. 466.

2.2.2. Seque. Discussione.

In prima battuta, è possibile osservare che le tesi appena riepilogate, pur variegate, muovono tutte dall'assunto che le pretese eventuali del terzo revocato abbiano natura di credito concorsuale.

Il problema avrebbe contorni ben diversi se si affermasse che ha natura concorsuale solamente il credito del terzo revocato risorto con la revoca dell'atto solutorio che lo aveva estinto, e che è invece credito prededucibile da ingiustificato arricchimento quello alla controprestazione a suo tempo prestata dal terzo al debitore, in base alla ricostruzione di Ferri vista in precedenza⁸³⁵. Pare, infatti, che in base questa ricostruzione dovrebbero sì rispondere di quest'ultimo credito sia la massa fallimentare che il cessionario, ma ciascuno nei limiti del rispettivo arricchimento (vedi art. 2041, 1° comma, c.c.).

Mi sembra che un arricchimento della massa fallimentare potrebbe in pratica configurarsi solo in caso di cessione autonoma, in misura pari al corrispettivo della cessione. In caso di cessione concordataria, infatti, è vero che il miglioramento del trattamento concordatario potrebbe intendersi quale arricchimento dei singoli creditori, consentito dalla cessione (diretta o mediata, secondo la tesi tradizionale o quella minoritaria) di un bene che ad essi non competeva. Così, però, si imporrebbe al terzo revocato di agire parimenti nei confronti dei singoli creditori, una volta che essi abbiano realizzato questa maggiore parte di soddisfazione (e, dunque, dopo la chiusura del fallimento), e per ciascuno entro la misura di quest'ultima; il che sarebbe certo difficilmente praticabile. Estremamente problematica sarebbe poi la stima dell'incidenza dell'intervenuta cessione concordataria sul trattamento dei creditori concordatari, posto che la cessione potrebbe essere stata assunta a base del concordato non come voce autonoma (anche contabilmente) di incremento dell'attivo, bensì come componente di un più vasto piano di disposizione e realizzo dell'attivo fallimentare. Naturalmente, poi, si pone qualche delicato problema in punto di stima del valore del bene ritratto dal cessionario (soprattutto se egli non l'abbia a sua volta alienato a titolo oneroso a un terzo), ma – mi sembra – non invincibile.

In base alla minoritaria ricostruzione esposta da Ferri, quindi, la tutela del terzo revocato per il credito alla controprestazione risulterebbe (relativamente) sicura solo in caso di cessione autonoma, mentre in caso di cessione

⁸³³ E. STAUNOVO-POLACCO, I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore, cit., pp. 543–544.

⁸³⁴ Ivi, p. 543 nota 19.

⁸³⁵ Vedi supra in questo cap. V, § 2.1.5.

concordataria sconterebbe gravi incertezze in punto di misura dell'ingiustificato arricchimento.

Si deve però constatare che insoddisfazione del tutto analoga lasciano le ricostruzioni esposte nel paragrafo precedente e fondate sulla qualificazione delle pretese del terzo come crediti concorsuali. Esse, infatti, non soltanto appaiono in definitiva fondate più su esigenze equitative che su dati normativi e sistematici, ma soprattutto si traducono in talune indicazioni di cui è dubbia la realizzabilità sul piano pratico.

In particolare, affermare che il terzo revocato debba, in caso di cessione dell'azione revocatoria, poter comunque soddisfarsi sul «"surplus" realizzato dall'acquirente, ma non affluito nell'attivo fallimentare»⁸³⁶, lascia irrisolto il problema di come si possa quantificare questo *surplus* in caso di cessione concordataria all'assuntore: ciò appunto non tanto quanto al minuendo (in principio determinabile, nel contenzioso tra le parti, mediante una stima giudiziale del bene), ma soprattutto quanto al sottraendo, e cioè il miglioramento del trattamento concordatario "consentito" dalla cessione dell'azione revocatoria all'assuntore.

Non si comprende poi il motivo per cui si afferma che *in ogni caso* il terzo revocato potrebbe opporre in compensazione al cessionario le proprie pretese nascenti dalla revoca. Se questa conclusione potrebbe predicarsi nel caso in cui l'azione sia stata ceduta all'assuntore del concordato, essa risulta decisamente più incerta nell'eventualità di cessione autonoma. Se le pretese del terzo sono concorsuali, e cioè vantate nei confronti del fallito, non è dato capire per quale motivo il terzo revocato possa qui opporle al cessionario dell'azione, che è successore della massa fallimentare. Tanto più sembra rafforzata questa perplessità dall'interpretazione dell'art. 70, 2° comma, I.fall., come disposizione che serve precisamente a impedire la compensazione, subordinando l'esigibilità dei crediti del terzo revocato all'avvenuta restituzione del bene oggetto dell'atto revocato: invocare, al fine di ammettere *comunque* la compensazione, una lettura «preminentemente sostanziale e causale» ⁸³⁷ del rapporto tra gli opposti crediti, di fatto consente al terzo revocato di sfuggire dall'applicazione di questa norma.

Soprattutto però, e in radice, risulta in fondo apodittico affermare che, in caso di cessione di un'azione revocatoria, attività e passività si trasferiscano entrambe, "a braccetto", a un cessionario dunque concepito come accollante *ex lege*. Chiaro che, una volta qualificato come accollo tale fenomeno, la sua natura cumulativa si ricava agevolmente dalla legge (art. 1273, 2° comma, c.c.): è però la premessa, e non il corollario, a restare misteriosa.

Di fronte a queste difficoltà, è forse il caso di impostare in maniera radicalmente diversa il ragionamento.

Pare cioè che negare che rispetto alle pretese del terzo revocato operi una solidarietà dal lato passivo (conclusione avversata dagli autori richiamati nel paragrafo precedente) in realtà imponga al terzo revocato minori sacrifici di quanto in astratto potrebbe apparire.

⁸³⁶ A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie*, cit., p. 513.

⁸³⁷ E. STAUNOVO-POLACCO, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit., pp. 543–544.

In caso di cessione concordataria, una volta chiusa la procedura delle pretese del terzo revocato risponderà solo l'assuntore. Quanto cambia può essere semmai il limite entro cui il terzo revocato potrà far valere i suoi crediti. In particolare, il credito alla controprestazione verrà in rilievo o come misura dell'arricchimento del cessionario (se questo credito viene fondato su un ingiustificato arricchimento, come fa Ferri), o in misura della falcidia concordataria (se esso viene al contrario qualificato credito concorsuale, come nella dottrina e nella giurisprudenza prevalenti⁸³⁸). In base alla prima ricostruzione, il terzo revocato di fatto non sembrerebbe poter vantare pretese nei confronti dei creditori concordatari, per le segnalate gravi difficoltà pratiche di tutela, né non potrebbe vantarle nei confronti del fallito, perché l'ingiustificato arricchimento era della massa e non del fallito. In base alla seconda ricostruzione, l'esclusione di una responsabilità del debitore tornato in bonis è un corollario della tendenziale validità ed efficacia, nei rapporti fallito-terzo, dell'atto revocato (salva la questione dei diversi e ulteriori crediti eventualmente sorti sul piano fallito-terzo, che però non interessano il cessionario). Quest'ultima affermazione vale anche per l'eventuale credito (concorsuale) risorto dalla revoca di un pagamento, di cui perciò sarà solo l'assuntore a rispondere.

Più delicato il caso di cessione autonoma. È qui che la ricostruzione del credito alla controprestazione come credito da ingiustificato arricchimento dimostra la sua utilità, consentendo al terzo revocato di soddisfarsi anche presso il cessionario, nei limiti del *surplus* da lui realizzato e che qui non è improbo quantificare (vedi sopra). Se non si accoglie questa ricostruzione, però, non si comprende a quale titolo il terzo revocato possa vantare pretese nei confronti del cessionario dell'azione. Non solo del credito risorto per effetto dalla revoca – come afferma Vattermoli – ma anche di quello alla controprestazione sembra debba rispondere unicamente la massa fallimentare. Purtroppo per il terzo revocato, questa conclusione realmente appare «inevitabile» ⁸³⁹.

Così ragionando, certamente, il terzo revocato risulterà pregiudicato dal minore incremento della massa attiva fallimentare che la cessione dell'azione tipicamente comporterà rispetto all'alternativa liquidatoria.

È però, mi pare, la stessa esigenza di tenere indenne da un tale pregiudizio il terzo revocato a risultare in fondo un postulato privo di referenti normativi e sistematici. Come visto, per evitare questo svantaggio si arriva al punto di affermare una etero-integrazione legale della cessione, con una clausola che permetta al terzo revocato, e *solamente* a questi, di soddisfarsi sul *surplus* della cessione non pervenuto alla massa attiva. E questo, si noti, anche in caso di cessione autonoma, e cioè laddove il trasferimento dell'azione revocatoria e del bene a essa sottostante non può concepirsi nemmeno in astratto come espressione della volontà dei creditori concorrenti. Rispetto agli altri creditori concorrenti, che vedono le aspettative di soddisfazione dei propri crediti ridursi per effetto della cessione dell'azione revocatoria a fronte un più o meno modesto corrispettivo, tenere indenne il terzo revocato quale (in fondo) uno tra i tanti creditori concorsuali si potrebbe in fondo riguardare come una discriminazione contraria alla *par condicio creditorum*, anziché come un dettato di equità.

⁸³⁸ Vedi supra in questo cap. V, § 2.1.4.

⁸³⁹ F. DE SANTIS, La cessione delle azioni di massa, cit., p. 1129.

E ciò è tanto più vero se si considera che la minore misura di soddisfazione dei creditori concorrenti è latamente "imputabile" proprio al terzo revocato: se egli non avesse consentito al compimento dell'atto poi revocato, i creditori avrebbero potuto soddisfarsi sulle attività non (propriamente o latamente) sottratte per effetto di questo, e prima ancora che revocatoria cedibile non vi sarebbe stata revocatoria (per di più con i relativi costi processuali).

2.2.3. Possibilità per l'assuntore del concordato di limitare la propria responsabilità nei confronti del terzo revocato.

Nel più ampio tema della posizione sostanziale del terzo revocato in caso di cessione dell'azione revocatoria si inserisce l'esame dell'art. 124, 4° comma, secondo e terzo periodo, I.fall., ai sensi dei quali «[i]l proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione».

È controverso se, nella proposta di concordato che preveda la cessione di un'azione revocatoria, si possa escludere una responsabilità del cessionario rispetto alle pretese per cui, «al tempo della proposta» appunto, il terzo revocando non abbia proposto domanda di insinuazione tardiva oppure – a fortiori, e sempreché ciò si ritenga consentito – non sia stato ammesso al passivo nemmeno «provvisoriamente» ossia con riserva ex art. 96, 2° comma, I.fall.

A un'opinione affermativa⁸⁴⁰, confortata dall'apparente assenza di norme derogatrici della disposizione generale, si contrappone altra parte della dottrina e della giurisprudenza di merito⁸⁴¹.

Comprensibilmente, l'opinione contraria fa leva (pur con varietà di accenti) su un dato comune di ritenuta «necessaria interdipendenza del credito del terzo e quello della massa»⁸⁴², tale da rendere «difficilmente giustificabile» il «mutamento *in pejus* della posizione del convenuto»⁸⁴³.

A mio modesto avviso, la risposta preferibile potrebbe risiede nel ritenere che, in alcuni casi, l'art. 124, 4° comma, secondo e terzo periodo, l.fall., risulterà non già derogato, ma prima ancora *inapplicabile* alle ragioni di credito eventuali del terzo revocando.

Queste disposizioni sembrano infatti presupporre la *effettiva* possibilità per i creditori di essere ammessi al passivo (anche con riserva), o perlomeno di proporre domanda di ammissione tardiva, prima della presentazione della proposta di concordato.

⁸⁴⁰ Vedi G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., pp. 783 s., e M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 569. In giurisprudenza, relativamente al diritto previgente, Trib. Genova, 23 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, 504.

⁸⁴¹ Vedi G. Tarzia, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., p. 871, e D. Vattermoli, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 472. In giurisprudenza, sempre con riguardo alla legge fallimentare *ante* riforma organica, Trib. Messina, 18 aprile 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 350.

⁸⁴² D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 472.

⁸⁴³ G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., p. 871.

Certamente, però, i crediti del terzo non potranno essere ammessi definitivamente al passivo se non con il passaggio in giudicato della sentenza di revoca, il che certo non sarà avvenuto «al tempo della proposta». Si tratti o meno di ammissione tardiva, quindi, al momento della presentazione della proposta di concordato potrà discorrersi unicamente di ammissione con riserva. Non ricorrendo qui un «cas[o] stabilit[o] dalla legge» in modo specifico, verrà in rilievo la norma generale di cui all'art. 96, 2° comma, I.fall. A tale proposito, è significativo osservare come questa disposizione riguardi crediti sì vari, ma tutti accomunati da un dato fondamentale: sussiste già, almeno secondo la prospettazione del creditore pretendente, un fatto giuridico idoneo a costituire il titolo del credito.

Nei casi di «crediti condizionati» [art. 96, 2° comma, n. 1)], la condizione – in ossequio ai principi generali – deve pur insistere su un titolo idoneo, la cui *efficacia* (ma non validità, né tantomeno esistenza) risulti subordinata a un distinto fatto futuro e incerto.

Quanto ai «crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore» [art. 96, 2° comma, n. 2)], è la stessa lettera della legge a chiarire che un titolo idoneo deve *già* sussistere, almeno secondo quanto prospetta l'istante che dimostri di non essere in grado di produrlo per un fatto a lui non riferibile: il titolo riveste comunque importanza essenziale, sicché la sua mancata produzione nel termine assegnato dal giudice imporrà l'esclusione del credito dallo stato passivo.

Infine, se si tratta di «crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunziata prima della dichiarazione di fallimento» [art. 96, 2° comma, n. 3)], il titolo del credito sarà sempre quantomeno anteriore alla sentenza, anche se – in caso di giudizio costitutivo – idoneo unicamente in ragione della possibilità del passaggio in giudicato di una pronuncia costitutiva.

Al contrario, finché non è stata instaurata (e non solo autorizzata) l'azione revocatoria di cui la proposta contempli la cessione, non sussiste un fatto giuridico idoneo a costituire il titolo del credito. Tale non è l'atto revocabile, che almeno fino alla proposizione dell'azione non può dirsi instabile né nel rapporto fallito-terzo, né nel rapporto massa-terzo. È solo con l'avvio del giudizio revocatorio che si fa attuale, e non meramente speculativa, la possibilità di un giudicato di merito sfavorevole al terzo e perciò l'*idoneità* di fatti giuridici anteriori a fondare (in uno con detto giudicato) il sorgere o risorgere dei crediti del terzo revocato.

Mi sembra perciò preferibile ritenere che l'art. 96 l.fall. e quindi l'art. 124, 4° comma, secondo periodo, l.fall. siano inapplicabili quantomeno alle azioni revocatorie ordinarie o fallimentari che, al tempo della proposta, non sono state ancora instaurate⁸⁴⁴.

844 Difforme nell'esatto contenuto, ma consono nell'ispirazione, mi pare lo spunto di M.

la clausola sarà inopponibile a quei convenuti che non abbiano potuto presentare la domanda perché l'azione è iniziata dopo l'omologazione del concordato fallimentare».

FABIANI, Contratto e processo nel concordato fallimentare, cit., p. 397 nota 50: «[M]i sembra che la soluzione più coerente diretta a contemperare la tutela del terzo soccombente nella revocatoria con le esigenze del terzo proponente alla stabilizzazione delle passività, vada ritrovata nella opponibilità della clausola di limitazione della responsabilità a quei convenuti in revocatoria che, pur avendo potuto presentare il ricorso per l'ammissione al passivo, non l'abbiano fatto; viceversa

Una diversa soluzione si potrebbe prospettare per le azioni di inefficacia ex artt. 64 e 65 l.fall., ove ritenute cedibili, nonché per le azioni revocatorie già esperite al tempo della proposta.

Nel caso degli artt. 64 e 65 l.fall., poiché l'inefficacia si ritiene prodotta ex lege al momento della dichiarazione di fallimento, nulla osta in principio all'ammissione dei crediti del terzo al passivo in via definitiva.

In caso di azioni revocatorie ordinarie o fallimentari già esperite al momento del deposito della proposta di concordato, invece, una interpretazione lata dell'art. 96, 2° comma, n. 1) parrebbe poter consentire la riconduzione delle ragioni di credito del terzo al novero dei «crediti condizionati», intendendo il passaggio in giudicato di una sentenza di revoca come assai peculiare condizione sospensiva. Chiaramente, se questa lettura così ampia dell'art. 96 I.fall. non dovesse convincere, anche questo caso verrebbe ad esorbitare dall'art. 124, 4° comma, secondo periodo, I.fall.

È vero d'altro canto che, anche in questi casi, potrebbe venire in soccorso un raccordo sistematico tra l'art. 70, 2° e 3° comma, I.fall., e l'art. 124, 4° comma, I.fall. Si potrebbe cioè sostenere che l'art. 70, soprattutto alla luce del suo terzo comma («Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito») subordina non solo e non tanto l'ammissione al passivo, ma già e soprattutto la possibilità per il terzo di fare domanda di ammissione al passivo, all'avvenuta restituzione del bene oggetto dell'atto revocato «per effetto della revoca»; sicché prima di questo momento, non essendo possibile insinuazione al passivo, non potrebbe nemmeno applicarsi l'art. 124, 4° comma, secondo periodo, I.fall. È però evidente che questa proposta interpretativa, per quanto astrattamente consona al testo normativo, sarebbe impraticabile proprio in caso di cessione concordataria dell'azione, in cui la revoca interviene quando non è più possibile proporre domanda di insinuazione al passivo.

In definitiva, in uno o entrambi dei due casi da ultimo descritti, non sembra ingiustificato che sul terzo gravi l'onere di proporre domanda di ammissione con riserva delle proprie pretese discendenti dall'intervenuta inefficacia *ex lege* (artt. 64–65 l.fall.) – pur se separatamente contestata in giudizio – o che potranno discendere dall'accoglimento della domanda di revoca. Potrà, beninteso, darsi almeno in teoria l'eventualità che l'instaurazione del giudizio revocatorio e il deposito della proposta di concordato intervengano a una distanza di tempo brevissima, tale da rendere materialmente impossibile al terzo convenuto di proporre domanda di insinuazione al passivo prima del secondo di questi atti. Non resterebbe, in tal caso, che confidare in una interpretazione dell'art. 124, 4° comma, l.fall. sensibile alle esigenze della giustizia sostanziale oltre che della certezza del diritto.

3. Aspetti processuali della cessione.

Bisogna ora chiedersi quali risvolti abbia la cessione di un'azione revocatoria sul piano processuale, cioè quello dei giudizi revocatori che al momento della definitiva omologazione del concordato (se cessione *ex* art. 124 l.fall.) o del perfezionamento della cessione (se cessione *ex* art. 106 l.fall.) alternativamente pendano o debbano ancora essere intrapresi.

Come visto nella parte generale⁸⁴⁵, la ricostruzione ormai pacifica nella giurisprudenza di legittimità⁸⁴⁶ e di merito⁸⁴⁷, e del tutto dominante in dottrina⁸⁴⁸, è che la cessione di un'azione revocatoria comporti una successione a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

Alla parte generale va fatto rinvio anche per quanto riguarda la seguenti questioni:

- a) se la successione sia sempre a titolo particolare⁸⁴⁹: si è ritenuto di sì, almeno in via tendenziale;
- b) i riflessi processuali della chiusura del fallimento sui giudizi pendenti oggetto di cessione⁸⁵⁰: si è ritenuto che, in caso di cessione autonoma o concordataria di un'azione revocatoria, il curatore fallimentare perda la capacità di stare in giudizio nel processo con la definitiva cessazione della procedura;
- c) se il terzo convenuto possa eccepire all'assuntore cessionario la sufficienza delle ulteriori attività fallimentari cedute al fine del soddisfacimento dei creditori concordatari⁸⁵¹: si è proposta risposta positiva per le cessioni di azioni revocatorie ordinarie, e negativa per quelle di azioni revocatorie fallimentari, riferendo comunque la predetta sufficienza all'ammontare integrale dei crediti e non a quello risultante dalla falcidia concordataria;

In questa sede affrontiamo un profilo più specifico, che come anticipato⁸⁵² mi sembra si possa attagliare in principio (*mutatis mutandis*) anche alle azioni di simulazione.

3.1. In particolare, quale sia il diritto controverso trasferito.

L'indagine svolta nella sezione 1 di questo capitolo fornisce utili indicazioni sull'identificazione del diritto controverso che debba reputarsi trasferito al cessionario.

Abbiamo lì visto che soltanto in alcuni casi la cessione di un'azione revocatoria è limitata al trasferimento del diritto potestativo ad attuazione giudiziaria sotteso al potere d'azione dell'ufficio fallimentare. In caso di azione revocatoria di un atto traslativo o solutorio, l'operazione di cessione ha significato giuridico ed economico solo se vi è trasferimento, *oltre* che di questo diritto potestativo, di un'*altra* situazione giuridica sostanziale: secondo la tesi

⁸⁴⁶ Vedi, per esempio, Cass. 10533/2019, cit.; Cass., 15 giugno 2018, n. 15793, in *Fall.*, 2019, 188, con nota di F. Commisso, *Concordato con assuntore, cessione delle azioni revocatorie* e *legittimazione del curatore*; Cass., 31 agosto 2015, n. 17339, in *Fall.*, 2016, 615; Cass., 28 dicembre 2011, n. 29385, in *Fall.*, 2012, 1388; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, 775, con nota di A.M. Perrino, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, cit.; Cass., 9 maggio 1983, n. 3186, in *Dir. fall.*, 1983, II, 611.

⁸⁴⁵ Vedi cap. III, § 5.1.

⁸⁴⁷ Vedi, per esempio, Trib. Terni, 23 marzo 2004, cit.

⁸⁴⁸ Vedi, per esempio, D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 229.

⁸⁴⁹ Vedi cap. III, § 5.3.

⁸⁵⁰ Vedi cap. III, § 5.5.

⁸⁵¹ Vedi cap. III, § 5.7.

⁸⁵² Vedi cap. III, § 5.2.

tradizionale⁸⁵³, la proprietà del bene oggetto dell'atto, che con la cessione viene liquidato anticipatamente dalla curatela; secondo la tesi minoritaria⁸⁵⁴, un diritto di credito futuro.

Orbene, in base ai principi, non tutte queste situazione giuridiche sostanziali saranno necessariamente diritti controversi, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., nei giudizi revocatori pendenti o da instaurare. Va infatti preferita l'opinione per cui questa disposizione non trovi applicazione quanto ai diritti dipendenti, ma distinti, da quello originariamente dedotto in giudizio dall'alienante⁸⁵⁵.

Allora, se si accede alla tesi tradizionale, diritto dipendente dovrà ritenersi la proprietà del bene oggetto dell'atto: il titolo di essa non è la revoca dell'atto, in sé considerata, bensì il concordato omologato (nella cessione concordataria) o la vendita forzata (nella cessione autonoma), che spiegano il proprio effetto traslativo solo se e in quanto sopravvenga la revoca.

Se invece si accede alla tesi minoritaria, il diritto di credito futuro sarà dedotto in giudizio solo se e in quanto, *oltre* alla domanda di revoca dell'atto, l'attore abbia fatto domanda di condanna o di accertamento per detto credito. Vero è che seguendo la diffusa opinione per cui la sentenza di revoca di un atto traslativo o solutorio comporta naturalmente un tale capo di condanna, finanche implicito⁸⁵⁶, il diritto di credito dovrebbe al contrario ritenersi dedotto in giudizio automaticamente insieme al diritto potestativo revocatorio. Questa opinione tuttavia non convince, perché contraria al principio della domanda che informa il processo civile, e in particolare a quel suo corollario che è il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato⁸⁵⁷.

In conclusione, pertanto, né il diritto di proprietà sul bene, né il diritto di credito al valore del bene, saranno necessariamente diritti controversi. L'unica situazione giuridica soggettiva che, in caso di cessione di un'azione revocatoria, è immancabilmente trasferita al cessionario è il diritto potestativo ad attuazione giudiziaria mirante all'inefficacia relativa dell'atto. Solo in alcuni casi di cessione di un'azione su cui il giudizio è pendente, secondo l'opinione minoritaria, sarà trasferito *anche* il diritto di credito al valore del bene positivamente dipendente dalla revoca.

Beninteso, questa considerazione non vale a escludere che il cessionario, in proprio, possa dedurre in giudizio il suo diritto di proprietà sul bene (tesi tradizionale) o il predetto diritto di credito (tesi minoritaria). Rispetto a questi diritti, però, potrà configurarsi solo un fenomeno processuale distinto dalla successione a titolo particolare nel diritto controverso. Poiché questi diritti, come visto,

⁸⁵³ Vedi supra in questo cap. V, § 1.2.

⁸⁵⁴ Vedi *supra* in questo cap. V, § 1.3.

⁸⁵⁵ Vedi, per tutti, P. WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 434 ss.

⁸⁵⁶ Così, in dottrina, G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 232. In giurisprudenza, Cass., 29 luglio 2014, n. 17196, in *Fall.*, 2015, 290, con nota di M. SPIOTTA, *La restituzione dei beni: conseguenza implicita della pronuncia di inefficacia*; Cass., 19 ottobre 2007, n. 220008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 168, con nota di M. BRUNO, *La prova della conoscenza dello stato d'insolvenza e la reintegrazione per equivalente pecuniario.*

⁸⁵⁷ Sono concordi R. MANCUSO, Come acquisire al fallimento i beni oggetto dell'atto revocato, in Dir. fall., 1967, I, 547 ss., p. 548; E.F. RICCI, Revocatoria fallimentare del trasferimento di bene fruttifero e restituzione dei frutti, in Giur. comm., 1982, I, 53 ss., p. 72; S. DE MATTEIS, Obbligazione restitutoria e condanna alla consegna nella revocatoria fallimentare, in Fall., 2006, 412 ss.

risultano legati all'inefficacia revocatoria da pregiudizialità-dipendenza positiva, il cessionario dovrebbe poterli dedurre in giudizio *ex novo* allegando la vicenda traslativa, anche mediante intervento volontario litisconsortile⁸⁵⁸ o intervento a seguito di chiamata in causa a istanza di parte⁸⁵⁹ (nonché forse – ma è dubbio⁸⁶⁰ – a seguito di chiamata in causa per ordine del giudice) nel giudizio revocatorio pendente.

⁸⁵⁸ Vedi C. Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, II, cit., pp. 34 ss.

⁸⁵⁹ Vedi *ivi*, pp. 66 ss.

⁸⁶⁰ Vedi *ivi*, pp. 122 ss.

CAPITOLO SESTO

LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

1. Aspetti sostanziali e processuali comuni ai diversi tipi di liquidazione coatta amministrativa.

Prima di esaminare in che modo la cessione delle azioni di massa si declina nei principali tipi di liquidazione coatta amministrativa, è utile precisare alcuni dati a essi comuni e raccordarli ai passaggi lungo cui questo lavoro si è sinora svolto.

Anche per la liquidazione coatta amministrativa è dato acquisito che la "cessione di un'azione" ha significato prettamente sostanziale, risolvendosi nella cessione della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio⁸⁶¹. A sostegno di questa conclusione viene anzi tipicamente citata l'opera di Bigiavi considerata al principio della nostra indagine. È perciò opportuno fare rinvio alle più ampie riflessioni svolte nella parte generale⁸⁶².

È inoltre possibile rinviare all'analisi svolta nella parte generale per quanto riguarda l'inquadramento della cessione come successione a titolo particolare nel diritto controverso⁸⁶³, con l'utile precisazione che questa qualificazione è stata avallata dalle Sezioni Unite per quanto riguarda la cessione di azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa delle banche (art. 90, 2° comma, t.u.b., sul quale vedi *infra*)⁸⁶⁴. Ciò, naturalmente, salve le precisazioni esposte nelle sezioni seguenti.

Responsabilità nei confronti dei membri dei cessati organi amministrativi e di controllo di una banca in I.c.a., in Dir. banca merc. fin., 1998, I, 489 ss., pp. 499 ss., che critica l'ambiguità su questo punto della pronuncia di merito ivi commentata (Trib. Frosinone, 19 aprile 1996); M. Perrino, Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 282 ss.; B. Armeli, Il procedimento di liquidazione coatta bancaria, Milano, Giuffrè, 2014, p. 332.

⁸⁶² Vedi cap. I, *passim*, e cap. III, § 5.1.

⁸⁶³ Vedi cap. III, § 5.1.

⁸⁶⁴ Vedi Cass., SS.UU., 22 gennaio 2003, n. 875, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 129, con nota di E. GALANTI, *Sulla legittimazione processuale nelle liti oggetto di cessione nell'ambito della liquidazione coatta bancaria*, e in *Fall.*, 2003, 1182, con nota di ID., *Effetti della successione del cessionario nel rapporto obbligatorio*: la cessione, ex art. 90, 2° comma, t.u.b. delle attività e delle passività di una banca in liquidazione coatta amministrativa ad altro istituto di credito «per quanto possa segnare il passaggio della titolarità di un complesso di posizioni attive o passive, od anche dell'intera azienda, non comporta il venir meno della banca cedente, né si correla a fatto estintivo, rimanendo la banca medesima in vita – pur se sottoposta alla procedura liquidatoria –, e, quindi, ricade nelle disposizioni dell'art. 111 c.p.c.». Conforme Cass., 14 maggio 2014, n. 10456, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, 466.

2. Liquidazione coatta amministrativa in genere.

Le disposizioni generali sulla liquidazione coatta amministrativa, contenute nel titolo V della legge fallimentare (artt. 194 ss.), non contemplano espressamente la cedibilità delle azioni di massa promosse dal commissario liquidatore.

Ciononostante, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto perno su due norme per giungere allo stesso risultato, almeno quanto alle azioni revocatorie: l'art. 210, 1° comma, I.fall., ai sensi del quale il commissario «ha tutti i poteri necessari per la liquidazione dell'attivo, salve le limitazioni stabilite dall'autorità che vigila sulla liquidazione»; e l'art. 214, 1° comma, I.fall., in forza del quale «[l]'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato, *a norma dell'articolo 124* [...]».

2.1. Aspetti sostanziali della cessione concordataria.

Parte della dottrina ha ritenuto che il rinvio espresso all'art. 124 I.fall.⁸⁶⁵ debba intendersi riferito anche all'art. 124, 4° comma, I.fall.; sicché il concordato nella liquidazione coatta amministrativa potrebbe contemplare la cessione di azioni di pertinenza della massa entro quelli tra i limiti dettati dal 4° comma che siano compatibili con la natura e la struttura della procedura amministrativa⁸⁶⁶.

Questa conclusione, a cui la giurisprudenza di merito era già pervenuta in *obiter dictum* con riguardo alle azioni revocatorie⁸⁶⁷ (limitazione scontata, dato il testo dell'art. 124 l.fall. all'epoca vigente), parrebbe accettabile stante la formulazione generale del rinvio. Occorre però precisare gli adattamenti resi necessari dalle caratteristiche particolari della liquidazione coatta amministrativa.

In primo luogo, non si vede ragione di deviare dalla regola fissata dall'art. 124, 4° comma, per cui tanto il proponente quanto il beneficiario (se diverso dal proponente) della cessione di un'azione di massa e/o della limitazione degli impegni assunti con il concordato può essere solamente un creditore o un terzo, e giammai l'imprenditore assoggettato alla procedura concorsuale⁸⁶⁸.

In secondo luogo, come osservato in dottrina⁸⁶⁹, sembra inapplicabile al concordato nella liquidazione coatta amministrativa il requisito per cui le azioni di massa cedute debbono essere state «autorizzate dal giudice delegato»⁸⁷⁰: infatti, se è vero che al giudice delegato potrebbe in astratto ritenersi sostituita, per argomentazione ex art. 199, 3° comma, I.fall., l'autorità che vigila sulla liquidazione, lo stesso art. 199, 3° comma non fa rinvio per i commissari liquidatori all'art. 31, 2° comma, I.fall., ai sensi del quale il curatore fallimentare

⁸⁶⁵ Rinvio aggiunto all'art. 214 I.fall. dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁸⁶⁶ Così, tra gli altri: G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., p. 868; D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., pp. 474 s.

⁸⁶⁷ Vedi App. Roma, 1° aprile 1997, in *Corr. giur.*, 1998, 1077, con nota di G. TARZIA, *Chiusura dell'amministrazione straordinaria per concordato e cessione delle revocatorie all'assuntore*.

⁸⁶⁸ Vedi cap. IV, § 2.1.

⁸⁶⁹ Vedi D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 475.

⁸⁷⁰ Vedi cap. IV, § 2.3.

«non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato» (salvi, ovviamente, i casi indicati dalla legge).

Mi sembra poi di poter rinviare alle riflessioni svolte in materia di fallimento per quanto riguarda il controverso requisito della cessione integrale dell'attivo⁸⁷¹; l'eventuale limitazione della responsabilità del cessionario⁸⁷², anche nei confronti del terzo revocato⁸⁷³; la possibilità del terzo convenuto o da convenire con l'azione ceduta di fare opposizione all'omologazione del concordato⁸⁷⁴; e le eccezioni che il terzo convenuto potrà opporre al cessionario⁸⁷⁵.

2.2. Aspetti sostanziali della cessione autonoma.

Al di fuori dell'ipotesi concordataria, la dottrina prevalente ritiene che il commissario liquidatore possa cedere le azioni di pertinenza della massa anche in via autonoma, in sede di liquidazione dell'attivo ex art. 210 l.fall.⁸⁷⁶.

Questa affermazione si declina però in due modi possibili, a seconda che si ritenga o meno necessario fare applicazione analogica dell'art. 106 l.fall.⁸⁷⁷.

Mi pare che solo ritenendo superflua tale applicazione analogica si potrebbe mettere fuori gioco i limiti che l'art. 106, 1° comma, I.fall. detta per la cessione autonoma nel fallimento⁸⁷⁸, e in particolare la testuale circoscrizione delle azioni cedibili alle «azioni revocatorie concorsuali»⁸⁷⁹ i giudizi sulle quali siano «già pendenti»⁸⁸⁰.

Orbene, nella parte generale⁸⁸¹ si è ritenuto che la cessione di azioni di massa sia sempre consentita per quanto riguarda le azioni di massa fondate su diritti di crediti, e sia invece possibile solo laddove prevista dalla legge per le altre azioni di massa. Al contempo, ho osservato che il requisito di previsione da parte della legge potrebbe risultare soddisfatto da enunciazioni meno esplicite e stringenti di quelle adoperate dal legislatore agli artt. 106 e 124 l.fall. e 93 t.u.b.

Mi sembra che un esempio emblematico di ciò sia proprio la statuizione per cui «[i]l commissario ha tutti i poteri necessari per la liquidazione dell'attivo» (art. 210, 1° comma, I.fall.). L'ampiezza della clausola suggerisce che il legislatore

⁸⁷¹ Vedi cap. IV, § 2.2.

⁸⁷² Vedi cap. IV, § 2.4.

⁸⁷³ Vedi cap. V, § 2.2.3.

⁸⁷⁴ Vedi cap. IV, § 2.5, sostituito all'art. 129, 5° comma, I.fall., l'art. 214, 3° comma, I.fall.

⁸⁷⁵ Vedi cap. III, §§ 5.6 e 5.7, e cap. IV, § 2.6.

⁸⁷⁶ Vedi, tra gli altri: M. SPIOTTA, *sub* art. 210, in A. Jorio (diretto da), M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 2687; D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 474; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 483.

⁸⁷⁷ Nel senso dell'applicazione analogica, ma esprimendosi sulle sole cessioni di crediti, M. SPIOTTA, *sub* art. 210, cit., p. 2687. Non prende invece posizione D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 474 (e vedi A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 483).

⁸⁷⁸ Vedi cap. IV, sez. 3.

⁸⁷⁹ Negata da D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 474, che ammette la «cessione a terzi delle azioni di pertinenza della massa, *ivi comprese* quelle revocatorie ordinarie e fallimentari» (corsivo aggiunto).

⁸⁸⁰ Contra, in parte, A. NIGRO, D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese, cit., p. 483, secondo cui le azioni revocatorie fallimentari sono cedibili solo se i loro giudizi sono già pendenti.
881 Vedi cap. III, § 3.

abbia in mente un attivo liquido considerato "a posteriori", quale frutto anche dell'esercizio (oppure della cessione) delle azioni di massa.

Perciò, mi sembra meritevole di adesione l'orientamento prevalente nella misura in cui è da questa particolare disposizione di legge, e non già da un asserito principio comune a tutte le procedure concorsuali⁸⁸², che si ricava la possibilità per il commissario della liquidazione coatta amministrativa di cedere anche in via autonoma tutte le azioni di massa.

A ogni modo, la tendenziale deformalizzazione della liquidazione dell'attivo nella procedura in esame fa sì che non si ripropongano per la liquidazione coatta amministrativa le riflessioni sulle modalità della cessione svolte nel capitolo sul fallimento⁸⁸³. Mi sembrano peraltro estensibili a questa forma di cessione le considerazioni, ivi svolte, sul novero dei possibili cessionari⁸⁸⁴.

Non si pone poi, in questo ambito, il problema dei limiti entro cui il terzo convenuto o da convenire con l'azione ceduta possa proporre reclamo avverso l'autorizzazione alla cessione⁸⁸⁵, poiché il titolo V della legge fallimentare non contempla, a monte, la stessa possibilità di reclamo avverso gli atti dell'autorità che vigila sulla liquidazione.

D'altro canto, se è vero che nella liquidazione coatta amministrativa la liquidazione dell'attivo non è subordinata in via generale ad un'autorizzazione analoga a quella di cui all'art. 104-ter, 9° comma, I.fall., l'art. 210, 2° comma, I.fall. stabilisce che «[i]n ogni caso per la vendita degli immobili e per la vendita dei mobili in blocco occorrono l'autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione e il parere del comitato di sorveglianza». Mi sembra perciò che, se si accoglie la tesi tradizionale per cui con la cessione di un'azione revocatoria di atti traslativi o solutori si realizza la liquidazione anticipata del bene oggetto dell'atto⁸⁸⁶, si dovrebbe applicare l'art. 210, 2° comma, l.fall. qualora a essere ceduta in via autonoma sia un'azione revocatoria contro un atto traslativo di un immobile o di mobili individuati in blocco. Risposta opposta si potrebbe dare accogliendo la tesi minoritaria che vede nella cessione di tali revocatorie il trasferimento del diritto al valore dei beni⁸⁸⁷. Ciò, beninteso, sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 210, 2° comma, I.fall., tale da non includere nel concetto di vendita di immobile o di mobili in blocco la cessione di crediti a simili beni; com'è a mio parere da preferire, stante la scelta del legislatore nel senso della tendenziale libertà del commissario nella liquidazione dell'attivo.

2.3. Aspetti processuali.

Per i profili processuali della cessione di azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa valgono in principio le riflessioni svolte nella parte generale⁸⁸⁸.

Occorre però una precisazione.

⁸⁸² Cfr. D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 476.

⁸⁸³ Vedi cap. IV, § 3.4.

⁸⁸⁴ Vedi cap. IV, § 3.3.

⁸⁸⁵ Cfr. cap. IV, § 3.5.

⁸⁸⁶ Vedi cap. V, § 1.2.

⁸⁸⁷ Vedi cap. V, § 1.3.

⁸⁸⁸ Vedi cap. III, sez. 5.

Sempre nella parte generale, abbiamo visto⁸⁸⁹ le ragioni di ordine letterale e sistematico per cui non sembra applicabile alle cessioni di azioni di massa nel fallimento la particolare regola dettata, in materia di liquidazione coatta amministrativa delle banche e delle imprese assicurative, dagli artt. 92, 9° comma, t.u.b. e 261, 9° comma, cod. ass.: quella per cui, avvenuta la cessione, i commissari liquidatori «sono estromessi, su propria istanza, dai giudizi relativi ai rapporti oggetto della cessione nei quali sia subentrato il cessionario».

Il criterio letterale che si è addotto, e cioè l'espresso riferimento di tali disposizioni ai «commissari liquidatori», perde evidentemente ogni valore ostativo quando si passa dal piano del fallimento a quello della disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa.

Più problematica l'invocazione del dato sistematico, e cioè dell'art. 194 l.fall., ai sensi del quale «la liquidazione coatta amministrativa è regolata dalle disposizioni del [titolo V della legge fallimentare], salvo che le leggi speciali dispongano diversamente». Il problema, evidentemente, risiede nella possibilità o meno di estendere al *genus* della liquidazione coatta amministrativa norme dettate per alcune *species* di essa.

Al riguardo, si è ricordato che per parte della dottrina la regola dettata dalle norme speciali in esame «sembra poter assurgere a principio generale in tutti i casi in cui vi sia la cessione da parte di una procedura concorsuale di un diritto c.d. litigioso [...] e, allo stesso tempo, l'opportunità (o la necessità, come in caso di concordato) di definire l'esecuzione collettiva»⁸⁹⁰: se si accetta che ciò valga per il fallimento, non diversamente – è ovvio – dovrebbe predicarsi per la liquidazione coatta amministrativa.

Il contrasto di opinioni non va drammatizzato, perché la scelta tra l'una o l'altra opzione discende in fondo da una scelta di politica interpretativa oltre che da ragioni di convenienza pratica. Mi sembra però dirimente, anche per esigenze di certezza del diritto, la considerazione che le norme speciali appena viste si qualificano effettivamente come eccezionali rispetto alla regola generale dettata dall'art. 111, 3° comma, c.p.c.⁸⁹¹; e che quindi, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. cod. civ., «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»⁸⁹²: sicché, in assenza di un intervento del legislatore, debbono ritenersi operanti nelle sole *species* di liquidazione coatta amministrativa per cui esse sono state dettate, e non anche nella disciplina generale di cui al titolo V della legge fallimentare. Analoghe considerazioni dovrebbe valere per gli artt. 92, 8° comma, t.u.b. e 261, 8° comma, cod. ass., in forza dei quali «[s]uccessivamente alla chiusura della procedura di liquidazione coatta, i commissari liquidatori mantengono la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi dei giudizi».

890 D. VATTERMOLI, La "cessione" delle revocatorie, cit., p. 465.

⁸⁸⁹ Vedi cap. III, § 5.4.

⁸⁹¹ E di «evidente deroga» all'art. 111, 3° comma, c.p.c. parla anche D. VATTERMOLI, Cessione di attività e passività e azione di responsabilità, cit., p. 502.

⁸⁹² In questo senso, come visto (nota 385), A. BRIGUGLIO, F. GUERRERA, *La cessione* "autonoma" delle azioni revocatorie, cit., pp. 502 s., e G. TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, cit., p. 782, i quali fanno inoltre leva sull'assenza di pronunce giurisprudenziali a sostegno della tesi qui criticata.

3. Liquidazione coatta amministrativa delle banche.

Esaminiamo ora la procedura di liquidazione coatta amministrativa disciplinata dalla sezione III del capo I del titolo IV (artt. 80 ss.) del testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), applicabile in quanto compatibile anche alle società di intermediazione mobiliare, alle società di gestione del risparmio, nonché alle società di investimento a capitale fisso o variabile (art. 57, 3° comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

3.1. Aspetti sostanziali della cessione concordataria.

Grazie a una aggiunta apportata dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181⁸⁹³, l'art. 93 t.u.b. segna oggi, nella materia che ci occupa, contemporaneamente una precisazione e un superamento non solo della disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa, ma anche delle norme sul fallimento.

Il riferimento è ai nuovi periodi terzo, quarto e quinto dell'art. 93, 3° comma, t.u.b. Queste disposizioni sono state evidentemente modellate sull'art. 124, 4° comma, I.fall., e occorre perciò in primo luogo rimandare alla trattazione svolta su quest'ultima disposizione⁸⁹⁴. D'altro canto, non si possono non considerare le conseguenze derivanti dall'inserimento di questi nuovi periodi in un articolo che presenta significative differenze sia rispetto all'art. 124 I.fall. che rispetto all'art. 214 I.fall.

Per illustrare questo dato, mi sembra efficace raffrontare i pertinenti commi dei tre articoli, nelle rispettive versioni vigenti prima delle modifiche da ultimo apportate dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23895 (quasi tutte896 non sostanziali)

Art. 124 I.fall.	Art. 214 I.fall.	Art. 93 t.u.b. (vigente fino al 14 agosto 2020)
[1.] La proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché sia stata tenuta la contabilità ed i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al	[1.] L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato, a norma dell'articolo 124, osservate le	1. In qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta, i commissari, con il parere del comitato di sorveglianza, ovvero la banca ai sensi dell'art. 152, secondo comma, della legge fallimentare, con il parere degli organi liquidatori, possono proporre un

⁸⁹³ Modifica che, a mente dell'art. 3, 4° comma, del medesimo d.lgs. 181/2015 si applica anche «alle procedure di liquidazione coatta amministrativa in corso alla data di entrata in vigore del [medesimo] decreto [16 novembre 2015, n.d.r.] e per le quali non sia stato già autorizzato il deposito della documentazione finale».

⁸⁹⁵ Che ha sostituito i rinvii prima operati dall'art. 93 t.u.b. alla legge fallimentare con rinvii alle corrispondenti norme del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019)

⁸⁹⁴ Vedi cap. IV, sez. 2.

⁸⁹⁶ Si noti però che il nuovo art. 93, 1° comma, t.u.b., come modificato dal d.l. 23/2020, fa riferimento non più al «tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede legale», bensì al «tribunale del luogo dove l'impresa ha il centro degli interessi principali» (il c.d. *centre of main interests*, o COMI).

curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. Essa non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

disposizioni dell'articolo 152, se si tratta di società.

concordato al tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede legale. La proposta di concordato deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia.

[2.–3.] La proposta può prevedere: [...].

- 2. La proposta di concordato deve indicare la percentuale offerta ai creditori, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie.
- 3. L'obbligo di pagare le quote di concordato può essere assunto da terzi con liberazione parziale o totale della banca concordataria. In tal caso l'azione dei creditori per l'esecuzione del concordato non può esperirsi che contro i terzi assuntori entro i limiti delle rispettive quote.

La proposta può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dalla Banca d'Italia, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.

Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o insinuazione tardiva al tempo della proposta, subentrando nei relativi giudizi.

[4.] La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.

Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta.

In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito [].	[5.] Gli effetti del concordato sono regolati dall'articolo 135.	In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere la banca. Gli effetti del concordato sono regolati dall'articolo 135 della legge fallimentare.
	[2.] La proposta di concordato è depositata nella cancelleria del tribunale col parere del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo con le modalità di cui all'articolo 207, quarto comma, e pubblicata mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.	4. La proposta di concordato e il parere degli organi liquidatori sono depositati nella cancelleria del tribunale. La Banca d'Italia può stabilire altre forme di pubblicità.
	[3.] I creditori e gli altri interessati possono presentare nella cancelleria le loro opposizioni nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie di cui al secondo comma per ogni altro interessato.	5. Entro trenta giorni dal deposito, gli interessati possono proporre opposizione con ricorso depositato nella cancelleria, che viene comunicato al commissario.
	[4.] Il tribunale, sentito il parere dell'autorità che vigila sulla liquidazione, decide sulle opposizioni e sulla proposta di concordato con decreto in camera di consiglio. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 129, 130 e 131.	6. Il tribunale decide con decreto motivato sulla proposta di concordato, tenendo conto delle opposizioni e del parere su queste ultime reso dalla Banca d'Italia. Il decreto è pubblicato mediante deposito in cancelleria e nelle altre forme stabilite dal tribunale. Del deposito viene data comunicazione ai commissari e agli opponenti con biglietto di cancelleria. Si applica l'articolo 131 della legge fallimentare.
	[6.] Il commissario liquidatore con l'assistenza del comitato di sorveglianza sorveglia l'esecuzione del concordato.	7. Durante la procedura di concordato i commissari possono procedere a parziali distribuzioni dell'attivo ai sensi dell'art. 91.

In questo modo, si osservano più agevolmente delle importanti differenze tra la disciplina speciale in esame e quella generale. In sintesi:

	Concordato nella l.c.a.	Concordato nella I.c.a.
	in genere	delle banche
(1) Quando può essere presentata una proposta di concordato?	Non è chiaro (cfr. artt. 214, 1° comma, e 124, 1° comma, I.fall.).	«In qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta» (art. 93, 1° comma, t.u.b.), anche se la proposta è presentata dall'impresa in liquidazione (vedi art. 80, 5° comma, 2° periodo, t.u.b.).
(2) Chi può presentare una proposta di concordato, in genere?	«[L]'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo» (art. 214, 1° comma, l.fall.).	L'impresa in liquidazione o i commissari liquidatori (art. 93, 1° comma, t.u.b.).
(3) Chi può presentare una proposta di concordato che preveda la cessione di azioni di pertinenza della massa?	Uno o più creditori o un terzo (art. 124, 4° comma, l.fall.).	Non è specificato (vedi art. 93, 3° comma, secondo periodo, t.u.b.).
(4) L'assunzione del concordato è necessariamente liberatoria?	Si ritiene di no (arg. <i>ex</i> art. 137, 7° comma, l.fall.).	Non è del tutto chiaro (vedi art. 93, 3° comma, primo periodo, t.u.b.).
(5) Il proponente subentra ai commissari liquidatori nei giudizi di impugnazione dello stato passivo o in sede di insinuazione tardiva di crediti?	Non è chiaro (vedi art. 124, 4° comma, secondo periodo, I.fall.).	Sì (art. 93, 3° comma, terzo periodo, t.u.b.: «subentrando nei relativi giudizi»).

I quesiti più problematici attengono, chiaramente, ai punti (2), (3) e (4).

Quanto ai punti (2) e (3), si potrebbe a rigore ritenere che l'art. 93 t.u.b. (a differenza dell'art. 124 l.fall. e quindi, per rinvio a quest'ultimo, dell'art. 214 l.fall.) escluda che uno o più creditori o terzi possano presentare una proposta di concordato, e quindi si riferisca all'impresa in liquidazione o ai commissari liquidatori anche per il caso speciale in cui la proposta di concordato contempli la cessione di azioni di pertinenza della massa.

In effetti, dato il tenore letterale dell'art. 93 t.u.b., questa conclusione mi pare inevitabile, nonostante tutte le riserve che si possono (e si devono) nutrire verso questa delimitazione del novero dei possibili proponenti. In primo luogo, infatti, la specialità dell'art. 93, 1° comma, t.u.b. rispetto all'art. 214, 1° comma, l.fall. viene suggerita da diversi indici normativi: dalla diversità della disciplina cui nell'una e nell'altra disposizione è sottoposto un medesimo soggetto (l'impresa in liquidazione); dalla circostanza che, mentre entrambi i commi richiamano specificamente l'art. 152 l.fall., solo l'art. 214, 1° comma, l.fall. fa rinvio anche all'art. 124 l.fall.; nonché (e soprattutto) dal ruolo radicalmente diverso che nei due casi rivestono i commissari liquidatori, l'espressione di un parere nell'art. 214 l.fall. e la presentazione della proposta nell'art. 93 t.u.b.

Sembra dunque impropria un'omologazione in via interpretativa dell'art. 93, 3° comma, secondo periodo, t.u.b. all'art. 124, 4° comma, I.fall., come se al legislatore fosse semplicemente sfuggito l'inserimento dell'inciso «presentata da uno o più creditori o da un terzo».

Diverso problema, anch'esso incisivo, è peraltro quello del novero dei possibili cessionari delle azioni di massa. Si è in precedenza visto⁸⁹⁷ che è insegnamento tradizionale l'esclusione dai destinatari dalla cessione concordataria fallimentare non solo del soggetto sottoposto alla procedura concorsuale, ma anche di soggetti a lui vicini, e in particolare delle «società cui egli partecipi o [delle] società sottoposte a comune controllo» (art. 124, 1° comma, I.fall.), nonché dei suoi fideiussori. Ci si deve ora chiedere se queste limitazioni possono riproporsi nel caso in esame, in cui per risolvere tale quesito non è possibile far leva sulla limitazione ai creditori o ai terzi della proponibilità della relativa proposta di concordato⁸⁹⁸.

Un solo dato appare certo, e cioè che l'impresa sottoposta a liquidazione coatta non potrà mai essere cessionaria di talune azioni di massa "concorsuali", ossia le azioni revocatorie fallimentari (ex artt. 67 ss. l.fall.) o di inefficacia (ex artt. 44, 45, 64, 65 l.fall.) contro atti compiuti dai propri rappresentanti organici, in ossequio al principio generale per cui gli atti revocabili o relativamente inefficaci spiegano in principio piena validità ed efficacia nei rapporti tra le parti.

In astratto, residuerebbe però la possibilità (teorica) di cessione all'impresa delle azioni di massa "non concorsuali" o di quelle azioni di massa "concorsuali" non mirate all'inefficacia relativa di atti. Resterebbe poi parimenti impregiudicata la possibilità (meno teorica) di trasferimento di azioni di massa in genere a soggetti prossimi alla banca, e in particolare ad altre società del gruppo bancario.

Parrebbe che, in assenza di indizi normativi, l'esclusione di tali forme di cessione sarebbe predicata in fondo sulla base di una – pur comprensibilissima – esigenza di equità. Questo aspetto è stato però già trattato in altri punti di questo lavoro, e mi sembra possibile rinviare alle considerazioni ivi svolte⁸⁹⁹.

Passando al punto (4) dello specchietto sopra proposto, si potrebbe sostenere che l'art. 93, 3° comma, primo periodo, t.u.b., stabilendo che «[l]'obbligo di pagare le quote di concordato può essere assunto da terzi con liberazione parziale o totale della banca concordataria», non disciplini una *speciale* forma di assunzione concordataria da parte del terzo (ossia una sua *speciale* variante liberatoria), bensì imponga la liberazione almeno parziale dell'impresa debitrice come un generale requisito per l'assunzione concordataria.

Questa suggestione di sapore scolastico sembra però destituita di fondamento. Abbiamo infatti visto 900 le ragioni per cui – nonostante degli spunti minoritari in dottrina e giurisprudenza – si deve escludere che nel fallimento la cedibilità di azioni di massa dipenda dalla natura liberatoria o cumulativa dell'assunzione. Ancora più abnorme sarebbe far dipendere da questa circostanza la stessa possibilità di assunzione del concordato di liquidazione. Evidente sarebbe, poi, il totale svilimento del *favor creditorum* connaturato a ogni procedura concorsuale, anche a quelle, come la liquidazione coatta amministrativa delle banche, in cui assumono spiccata rilevanza gli interessi pubblici correlati alla conservazione dell'impresa (l'enfasi sui quali rappresenta

⁸⁹⁷ Vedi cap. IV, § 2.1.

⁸⁹⁸ Cfr. invece le argomentazioni svolte *ibidem*.

⁸⁹⁹ Vedi cap. IV, §§ 2.1 e 3.3.

⁹⁰⁰ Vedi cap. IV, § 2.1.

quasi un *topos* dottrinale⁹⁰¹). Sul piano letterale, poi, una lettura come quella criticata sarebbe meno difficile da argomentare se tra «terzi» e «con» vi fosse una virgola; ma così non è.

Ritengo pertanto più corretto ritenere che l'art. 93, 3° comma, primo e secondo periodo, t.u.b. non indichi un requisito per l'assunzione di un concordato di liquidazione, bensì tratti della sola *speciale* variante di assunzione liberatoria, che tali disposizioni mirano ad *ammettere espressamente* (a scanso di dubbi) anche nella sotto-variante di liberazione parziale.

3.2. Aspetti sostanziali della cessione autonoma.

Al di fuori dell'ipotesi di concordato, la possibilità per i commissari liquidatori di cedere, previo parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, «attività e passività [...] nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco» (art. 90, 2° comma, t.u.b.), nonché «una prassi pressoché costante» 902, uniscono da tempo dottrina 903 e giurisprudenza nella «communis opinio» 904 che la liquidazione delle attività bancarie possa comprendere azioni di pertinenza della massa, sempre intendendo la cessione – come anticipato – quale trasferimento della situazione giuridica sostanziale 905.

3.2.1. Fondamento e tipologia della cessione.

Al di là, o meglio a sostegno, della espressione generale dell'art. 90, 1° comma, t.u.b. («I commissari liquidatori hanno tutti i poteri occorrenti per realizzare l'attivo»), una via addotta – e, ritengo, plausibile – per affermare la cedibilità delle azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa delle banche consiste nel ricondurre queste azioni nell'alveo delle «attività e passività» di cui l'art. 90, 2° comma, t.u.b. contempla specificamente la liquidazione.

Ciò richiede preliminarmente di qualificare la cessione di «attività e passività» come fattispecie non coincidente con il trasferimento di azienda o di rami d'azienda, e dunque di ritenerla un'espressione non pleonastica. Per ragioni

⁹⁰¹ Vedi G. FAUCEGLIA, *La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche e la successione nei rapporti contrattuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 453 ss., pp. 454 s.

⁹⁰² D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 239. Per una panoramica storica sull'evoluzione di tale prassi, vedi D. VATTERMOLI, *Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 64 ss.

⁹⁰³ Vedi, tra gli altri: M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, cit., pp. 281 ss.; B. ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, cit., pp. 332 ss.

⁹⁰⁴ D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., p. 239.

⁹⁰⁵ Fino alla riforma organica del 2005–2007, questa interpretazione tracciava anzi l'unico caso non controverso di cedibilità in via autonoma delle azioni revocatorie, la cui ricorrenza nelle altre procedure concorsuali era invece discussa. Ad illustrazione di questa particolare dicotomia, si consideri quanto scriveva, nel 2003, M. FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, cit., p. 3035: «la scelta [dell'art. 90 t.u.b.] muove da ragioni al momento del tutto peculiari al sistema creditizio», sicché non sarebbe stato lecito affermare la cedibilità autonoma delle azioni revocatorie anche nel fallimento.

legate al retaggio storico e applicativo della disciplina in esame⁹⁰⁶, nonché alla «estrema ampiezza dei concetti (giuridicamente indeterminati) sottesi alle parole "attività" e "passività"»⁹⁰⁷, questo risultato esegetica ha in realtà tardato ad affermarsi in dottrina e giurisprudenza⁹⁰⁸. Solo una pronuncia della Suprema Corte della fine degli anni '90⁹⁰⁹ ha fornito la prima vera attestazione di una distinzione, all'interno dell'art. 90, 2° comma, t.u.b., tra due modalità di liquidazione: «da un lato [...] i trasferimenti di beni e rapporti giuridici economicamente e funzionalmente integrati (trasferimento d'azienda, ramo d'azienda e beni e rapporti giuridici individuabili in blocco), dall'altro [...] la cessione di beni e rapporti giuridici tra loro slegati funzionalmente, cioè disorganizzati, ossia la "cessione di attività e passività"»⁹¹⁰, con rimessione ad un accertamento di fatto della questione se in concreto si versi nell'una o nell'altra tipologia di cessione⁹¹¹.

906 Vedi D. VATTERMOLI, *Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco di una banca in l.c.a.: criteri per l'individuazione del discrimen, in Dir. banca merc. fin.* 1999 I. 394 ss. p. 395

908 Vedi D. VATTERMOLI, Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici, cit., pp. 398 ss., ove riferimenti. Cfr., per esempio, G. FAUCEGLIA, La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, cit., p. 471, ad avviso del quale «in fondo, la cessione delle attività e passività configura di fatto un trasferimento di azienda». Meno netto E. GALANTI, Sulla legittimazione processuale nelle liti oggetto di cessione nell'ambito della liquidazione coatta bancaria, in Banca borsa tit. cred., 2004, I, 133 ss., p. 135: «Non sembra [] che la cessione di attività e passività abbia dei tratti distintivi particolari rispetto alle altre ipotesi di cessione liquidatoria [...], quasi che il legislatore avesse preferito correre il rischio di una certa ridondanza pur di arricchire gli strumenti utilizzabili per la definizione rapida delle crisi».

909 Cass., 25 settembre 1997, n. 9174, in *Dir. banca merc. fin.*, 1999, I, 384, con nota di D. VATTERMOLI, *Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco di una banca in I.c.a.: criteri per l'individuazione del discrimen, cit.*910 D. VATTERMOLI, *Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 97.

911 Vedi infatti Cass. 9174/1997, cit.: «L'ipotesi relativa alla cessione di tutte le attività e le passività della banca posta in liquidazione coatta [] non è, di per sé, indice della cessione dell'intera azienda, ben potendo gli elementi patrimoniali attivi e passivi, ancorché ceduti in blocco ad un unico soggetto (che acquista le attività e si accolla le passività), essere considerati in senso atomistico, in quanto riferibili ad un organismo ormai non più funzionante; rilievo, codesto, che trova puntuale riscontro nella previsione [dell']art. 54, ultimo comma, del [] d.l. n. 375 del 1936 e nell'art. 90, secondo comma, del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385, i quali, riguardo ai poteri assegnati ai liquidatori nell'attività di liquidazione del patrimonio della banca, fanno luogo a una precisa distinzione [...] fra la cessione delle attività e delle passività, la cessione dell'azienda o di un ramo d'azienda e la cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Come occorre ribadire, quindi, in presenza di un atto di cessione e delle attività e delle passività della banca, spetta ancora una volta al giudice di merito verificare in concreto, in base all'interpretazione della volontà negoziale desumibile dalle clausole contrattuali e da ogni altra circostanza di fatto, secondo i criteri dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., se sia stata posta in essere la cessione dell'azienda, oggetto dell'attività produttiva dell'impresa di credito posta in liquidazione coatta amministrativa, oppure se sia stata attuata una semplice liquidazione finale degli elementi patrimoniali senza alcun legame funzionale fra i medesimi». Il rinvio agli artt. 1362 c.c. ha suscitato però la critica di D. VATTERMOLI, Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici, cit., pp. 402 ss. (ove riferimenti), il quale ritiene decisivo il «contenuto oggettivo dell'atto di cessione», sotto il profilo dell'«attitudine dei beni trasferiti a consentire al cessionario di svolgere quella determinata attività prima esercitata, con gli stessi

del discrimen, in *Dir. banca merc. fin.*, 1999, I, 394 ss., p. 395.

907 D. VATTERMOLI, *Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 92.

Mi sembra comunque che, in concreto, la cessione di azioni di massa possa rientrare anche nel trasferimento di «beni e rapporti giuridici individuabili in blocco» parimenti contemplato dall'art. 90, 2° comma, t.u.b. Elemento caratteristico di questa forma di liquidazione è appunto un compendio di situazioni giuridiche patrimoniali accomunate dalla riferibilità a un indice identificativo⁹¹², come potrebbe essere ad esempio (mi sembra) un riferimento alle "azioni di responsabilità promovibili dai commissari liquidatori" ⁹¹³. Del resto, le potenzialità delimitative della locuzione «beni e rapporti giuridici» non dovrebbero essere drammatizzate: anche al fine di un'interpretazione rigorosamente letterale, non è discutibile che la nozione di "rapporto giuridico" comprende anche i rapporti giuridici incardinati tra un diritto potestativo e una posizione di soggezione. Ecco dunque che l'art. 90, 2° comma, t.u.b. è certamente capace di includere nel proprio campo applicativo tutte le azioni costitutive (come le azioni revocatorie), in cui sono azionati appunto particolari diritti potestativi, oltre che naturalmente tutte le azioni di condanna, che hanno per oggetto un rapporto obbligatorio 914. Nel senso di un'interpretazione più liberale dell'espressione «rapporti» milita peraltro lo stesso dettato legislativo, che all'art. 92, 9° comma, t.u.b. include «i giudizi relativi allo stato passivo» – ben concepibili, e concepiti da autorevole dottrina, come giudizi di accertamento del c.d. diritto al concorso⁹¹⁵ – tra i «giudizi relativi ai rapporti oggetto di cessione»: il che basterebbe a far rientrare nell'art. 92, 9° comma, t.u.b. anche le azioni di mero accertamento.

Più problematica risulta la riconducibilità delle azioni di massa all'azienda o a rami d'azienda (art. 90, 2° comma, t.u.b.). Al di là della nota diatriba sulla nozione di "beni" accolta dall'art. 2555 c.c.⁹¹⁶, prioritariamente dirimente mi sembra la difficoltà di concepire come l'imprenditore potrebbe mai *organizzare* diritti che al di fuori della procedura spettano ai suoi creditori (azioni di massa

beni, dal cedente», *a prescindere* (a differenza di quanto pare aver ritenuto la Suprema Corte) dalla cessazione o meno dell'attività d'impresa del cedente.

⁹¹² Vedi, per esempio, Banca d'İtalia, *132° Aggiornamento del 5 dicembre 1996 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988. Cessione di rapporti giuridici a banche* (vedilo nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, serie generale, n. 295, 17 dicembre 1996, pp. 55 ss., disponibile su *www.gazzettaufficiale.it*), ai cui fini «si definiscono [...] "rapporti giuridici individuabili in blocco", i crediti, i debiti e i contratti che presentano un comune elemento distintivo; esso può rinvenirsi, ad esempio, nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell'area territoriale e in qualunque altro elemento comune che consenta l'individuazione del complesso dei rapporti ceduti» (sezione I, par. 3).

⁹¹³ Ciò, naturalmente, a meno di ritenere «necessario che i rapporti acquisiti siano idonei a costituire il nucleo essenziale dell'impresa bancaria, tali mostrandosi solo quelli che trovano la propria ragione nello svolgimento di attività esercitabili dalle banche» (D. LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, 45, 1997, p. 10). Ricostruzione, questa, che però non trova un espresso supporto nel diritto positivo.

⁹¹⁴ Appropriata poi è l'espressione legislativa di rapporti «oggetto di cessione», e non più semplicemente «ceduti», perché più correttamente ceduta è la posizione giuridica attiva, il cui trasferimento determina appunto il «subentr[o] [de]l cessionario» nel rapporto giuridico.

⁹¹⁵ Vedi M. Montanari, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, cit., pp. 126 ss.

⁹¹⁶ Secondo il quale, come noto, «[l]'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa».

"non concorsuali") o che non esistono se non in conseguenza dell'insolvenza⁹¹⁷. Ne deriva che questa tipologia di cessione non sembra poter riguardare azioni di massa, ma semmai diritti controversi di titolarità dello stesso debitore – la cui cessione non è oggetto di questo lavoro⁹¹⁸.

3.2.2. Tempo della cessione.

A prescindere dalla tipologia di trasferimento concretamente realizzata ex art. 90, 2° comma, t.u.b., la cessione di azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa delle banche presenta dei profili problematici peculiari, su cui si può avere l'impressione che non sia stata prestata attenzione sufficiente in dottrina.

Una prima, notevole particolarità della disciplina in esame risiede nella previsione per cui «[l]a cessione può avvenire in qualsiasi stadio della procedura, anche prima del deposito dello stato passivo» (art. 90, 2° comma, t.u.b.)⁹¹⁹.

Questa disposizione richiede delle precisazioni per le azioni revocatorie e di inefficacia. Per l'esercizio di queste azioni da parte dei commissari liquidatori, infatti, la legge detta termini particolari e ben precisi. Da un lato, i commissari non possono promuovere azioni revocatorie *ordinarie* o far valere le inefficacie *ex* artt. 44–45 l.fall. prima del proprio insediamento *ex* art. 85 t.u.b.⁹²⁰, i cui precisi estremi temporali (giorno, ora e minuto) sono rilevati dalla Banca d'Italia in base al sommario processo verbale all'uopo redatto dai commissari (art. 83, 1° comma, t.u.b.). Dall'altro lato, le azioni revocatorie *fallimentari* e le inefficacie *ex lege* di cui alla sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare (artt. 64 ss. l.fall.) non sorgono se non con la sentenza di accertamento dello stato d'insolvenza resa *ex* art. 82 t.u.b. (in forza del rinvio operato dall'art. 82, 3° comma, t.u.b. all'art. 203 l.fall.). Sembra perciò che, prima di questi momenti, i

⁹¹⁷ Vedi Trib. Milano, 7 ottobre 1976, in *Dir. fall.*, 1977, II, 100, la quale, nell'escludere la responsabilità del cessionario di un'azienda per il debito sorto da un'azione revocatoria instaurata successivamente alla cessione, ha osservato che «non si vede come un'obbligazione come quella in esame possa essere "inerente all'esercizio dell'azienda"». Concorde D. TOMMASINI, *Conferimento d'azienda bancaria e debito da revocatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 421 ss., p. 434.
⁹¹⁸ Cfr. cap. II, sez. 9.

⁹¹⁹ Sulla *ratio* e i connotati peculiari di questa disposizione vedi, per tutti, E. GALANTI, *La limitazione di responsabilità del cessionario di attività e passività di una banca in liquidazione coatta ai debiti risultanti dallo stato passivo*, in *Fall.*, 2002, 411 ss., p. 413: «La disposizione [] sancisce la legittimità di una prassi affermatasi già sotto il vigore della vecchia legge bancaria [...]. Al fine di evitare il diffondersi della sfiducia fra i risparmiatori con le conseguenti turbative di mercato, quando è possibile, si procede infatti alla cessione subito dopo l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, salvo l'accertamento della reale consistenza di quanto ceduto da parte dei commissari. Si è qui di fronte ad un singolare caso di un contratto perfetto fra le parti, il cui oggetto è però determinabile solo in seguito all'attività di accertamento degli organi della procedura, svolta in contraddittorio [...] con coloro che vantano pretese creditorie».

⁹²⁰ L'art. 85 t.u.b. stabilisce innanzitutto che «i commissari liquidatori si insediano prendendo in consegna l'azienda dai precedenti organi di amministrazione o di liquidazione ordinaria con un sommario processo verbale». Per rinvio all'art. 73 t.u.b., esso precisa poi che a dette operazioni «assiste almeno un componente il comitato di sorveglianza», e che «[q]ualora, per il mancato intervento degli organi amministrativi disciolti o per altre ragioni, non sia possibile l'esecuzione delle consegne, i commissari provvedono d'autorità a insediarsi, con l'assistenza di un notaio e, ove occorra, con l'intervento della forza pubblica».

commissari liquidatori non possano disporre delle azioni contemplate dagli artt. 64 ss. l.fall.: non delle revocatorie ordinarie (o delle azioni di inefficacia ex artt. 44–45 l.fall.) prima del proprio insediamento, ché sino a tale momento esse competono ai soli creditori; non delle revocatorie fallimentari (o delle azioni di inefficacia ex artt. 64–65 l.fall.) prima dell'accertamento dello stato d'insolvenza, ché prima di quest'ultimo esse non sussistono.

Diversa mi sembra sia la soluzione da dare al medesimo problema nel caso di azioni di massa non specificamente contemplate dal testo unico bancario. Più precisamente, mi pare che per esse il termine iniziale di proponibilità coincida con quello dettato per le azioni revocatorie e di inefficacia ex artt. 44, 45 e 64 ss. l.fall., e cioè l'accertamento dello stato d'insolvenza. Infatti, accogliendo la particolare ricostruzione che in questo lavoro si è proposta della legittimazione ad agire del curatore fallimentare, ed applicandola ai commissari liquidatori, risulta che prima dell'accertamento dell'insolvenza non solo questi ultimi non possono promuovere azioni di massa, ma neppure esistono le relative situazioni giuridiche sostanziali. E quindi, *in generale*, non pare potersi dare cessione di azioni di massa prima della dichiarazione d'insolvenza, perché prima di tale momento non esistono propriamente azioni di massa.

Ciò concluso, mi sembra interessante ed utile – ancorché non strettamente legato all'oggetto di questo lavoro – ampliare le riflessioni appena svolte alle azioni (non di massa) che già spettavano al debitore assoggettato alla procedura. Qui assume particolare rilievo l'incertezza – frequentemente segnalata in dottrina⁹²¹ – sullo stato di disponibilità e amministrazione dell'impresa nel periodo intercorrente tra l'emanazione del decreto di messa in liquidazione coatta amministrativa, ad opera del Ministro dell'economia e delle finanze (art. 80 t.u.b.), e l'effettivo insediamento dei commissari liquidatori (art. 85 t.u.b.). In questo intervallo di tempo, infatti, risultano «cess[ate] le funzioni degli organi amministrativi, di controllo e assembleari, nonché di ogni altro organo della banca» (art. 80, 5° comma, t.u.b.), ma non si sono ancora verificati gli effetti del c.d. spossessamento ex art. 42 l.fall. (art. 83, 2° comma, t.u.b.). È perciò dubbio a chi spetti, in questa particolare fase, l'esercizio o la prosecuzione delle azioni che spettavano alla banca prima e a prescindere dalla dichiarazione d'insolvenza.

A mio modesto avviso, è a questo proposito che si può apprezzare non come una semplice dimenticanza del legislatore il mancato rinvio, nell'art. 83, 2° comma, t.u.b., all'art. 43 l.fall. In mancanza di diversa disposizione della legge speciale, infatti, dovrebbe prevalere (ex art. 194, 1° comma, l.fall.) quanto previsto dal combinato disposto dei commi primo e secondo dell'art. 200 l.fall.: che «[d]alla data del provvedimento che ordina la liquidazione [...] [n]elle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore». Con i dovuti aggiustamenti richiesti dalla struttura della liquidazione coatta amministrativa delle banche, questo raccordo legislativo implicherebbe che la sostituzione processuale dei commissari liquidatori all'impresa si verifica dalla data del decreto ministeriale di messa in liquidazione coatta amministrativa. Da questo momento, perciò, dovrebbero ritenersi cedibili le azioni (non di massa) già spettanti alla banca.

⁹²¹ Vedi, per esempio, G. FAUCEGLIA, *La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., pp. 465 s.

A questa conclusione, del resto, non osta l'art. 84, 5° comma, t.u.b., ai sensi del quale «[l]'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, spetta ai commissari, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia». Questa disposizione detta infatti particolari requisiti attinenti alle *modalità* di esercizio di *determinate* azioni di massa "non concorsuali", ma non ai relativi *tempi*. L'unica indicazione utile a quest'ultimo riguardo è che l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali sono dirette contro i membri dei *cessati* organi amministrativi e di controllo: tuttavia, poiché questo effetto discende direttamente dalla messa in liquidazione dell'impresa, non vi è necessità di spostare il termine iniziale di esercizio delle azioni a un momento posteriore.

3.2.3. Limiti alla responsabilità del cessionario.

Un problema cruciale che occorre risolvere, con riguardo alla cessione autonoma di azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa bancaria, è se il cessionario possa limitare la propria responsabilità per i debiti che possono sorgere in relazione all'esercizio delle azioni di massa medesime.

Mi riferisco, innanzitutto, alle eventuali pretese vantate dal terzo convenuto con un'azione di massa "non concorsuale", che avranno come destinatario il debitore assoggettato alla liquidazione coatta amministrativa. Rilevano poi, e soprattutto, le pretese che possa vantare il terzo soccombente in un'azione di massa "concorsuale". In caso di azione revocatoria, in particolare, vengono in rilievo il credito (eventuale) del terzo alla restituzione della controprestazione nonché il credito (sempre eventuale) del terzo che fu estinto con un atto solutorio poi revocato.

Occorre verificare, in primo luogo, se cedente e cessionario possano accordarsi per l'esclusione di alcuni o tutti questi debiti dalle passività trasferite ex art. 90, 2° comma, t.u.b. In secondo luogo, si deve esaminare se e quando il cessionario possa invocare l'art. 90, 2° comma, quarto periodo, t.u.b. («il cessionario risponde *comunque* delle sole passività risultanti dallo stato passivo, tenuto conto dell'esito delle eventuali opposizioni presentate ai sensi dell'articolo 87») per escludere la propria responsabilità per quelli tra i debiti che, pur trasferiti, non risultino dallo stato passivo.

Quanto alla prima questione, è affermazione ricorrente in giurisprudenza e in dottrina che l'art. 90, 2° comma, t.u.b. non richieda il trasferimento integrale né delle attività né – soprattutto – delle passività, di cui la procedura cedente e il cessionario possono perciò concordare un trasferimento soltanto parziale⁹²².

⁹²² Così, in giurisprudenza, Trib. Torino, 2 febbraio 1996, in Banca borsa tit. cred., 1997, II, 610, con nota di E. GALANTI, Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività di una banca in liquidazione coatta e tutela della par condicio: una questione aperta, in cui la corte piemontese, in un caso di cessione di «attività e passività» di un'impresa bancaria assoggettata a liquidazione coatta, ha affermato la validità ed efficacia della clausola dell'atto di cessione che escludeva dalla stessa – nelle parole della sentenza – i debiti «non compresi nella situazione contabile definitiva del trapasso»; Trib. Genova, 23 giugno 1989, in Banca borsa tit. credito, 1990, II, 382, con nota di F. MAIMERI, Cessione di azienda bancaria e revocatoria fallimentare, e in Riv.

Quanto alla seconda questione, è opportuno premettere che il «comunque» di cui all'art. 90, 2° comma, quarto periodo, t.u.b. sembra debba essere collegato alla precedente frase dello stesso periodo (separata da un punto e virgola), in base alla quale «[l]a cessione può avvenire in qualsiasi stadio della procedura, anche prima del deposito dello stato passivo». Da questa connessione deriva che anche in quest'ultimo caso valga la descritta limitazione di responsabilità del cessionario.

Ciò premesso, va constatato che la giurisprudenza dominante ha aderito a una interpretazione dell'art. 90, 2° comma, quarto periodo t.u.b. particolarmente severa per i creditori. Questa impostazione fa di tale comma una norma speciale non solo rispetto all'art. 58, 5° comma, t.u.b.⁹²³, ma anche rispetto agli artt. 2112 e 2560 c.c.

Infatti, secondo la giurisprudenza, non solo il cessionario può essere chiamato a rispondere unicamente delle passività effettivamente cedutegli, che, in ossequio al principio visto sopra, possono anche essere solo una parte di quelle risultanti dallo stato passivo⁹²⁴: ma soprattutto, di quelle passività che constino essergli state cedute, e però non risultino dallo stato passivo, egli non risponderà in alcun caso⁹²⁵. Unico temperamento a questo principio è il riconoscimento che le parti possono, mediante patto *espresso*, estendere

dir. comm., 1991, II, 457, con nota di G. TERRANOVA, *Profili privatistici nel caso "Ambrosiano"*. Le revocatorie come sopravvenienze passive. In dottrina, D. VATTERMOLI, Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, cit., p. 85 (ove riferimenti), ed E. GALANTI, La limitazione di responsabilità del cessionario di attività e passività, cit., pp. 413 s.

923 Così E. GALANTI, Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività, cit., p. 621, che trova conforto nel mancato richiamo al quinto comma dell'art. 58 t.u.b. da parte dell'art. 90, 2° comma, il quale pure rinvia ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 58. L'art. 58, 5° comma, t.u.b., in materia di "Cessione di rapporti giuridici" compiute da banche *in bonis* in base alle istruzioni della Banca d'Italia, stabilisce che «[i] creditori ceduti hanno facoltà, tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti [dall'art. 58,] comma 2, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi, il cessionario risponde in via esclusiva». Anche G. FAUCEGLIA, *La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 461, esclude l'applicabilità alle cessioni ex art. 90 t.u.b. dell'art. 58, 5° comma, t.u.b.

⁹²⁴ Vedi le sentenze citate nella nota 922. Contra, E. GALANTI, Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività, cit., pp. 622 s., secondo il quale le passività risultanti dallo stato passivo indicano l'ambito di responsabilità ex lege minima del cessionario, nel senso che (nonostante ogni contraria pattuizione) egli deve rispondere di tutte le passività risultanti dallo stato passivo.

nota di U. MINNECI, *Il regime dei debiti nell'ambito delle cessioni aggregate di cui alla liquidazione coatta bancaria*: in questa pronuncia, la corte di legittimità ha stabilito che il cessionario dell'azienda *ex* art. 90, 2° comma, t.u.b. non risponde del credito al trattamento di fine rapporto maturato fino al momento della cessione, se esso non risulta dallo stato passivo. Ciò in base a una lettura dell'art. 90 t.u.b. come norma derogatoria all'art. 2112 c.c., il che sarebbe giustificato dalla «necessità di salvaguardare l'occupazione nel caso di crisi dell'impresa, agevolandone l'acquisto in tutto o in parte e così tutelando l'affidamento dell'acquirente, facendogli conoscere esattamente e con certezza lo stato patrimoniale attraverso il risultato di una procedura pubblica»; per un'affermazione del principio come *obiter dictum*, vedi Cass., 3 maggio 2010, n. 10655, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 865, con nota di V. CEDERLE, *La Cassazione interviene sulla legittimazione passiva nella revocatoria fallimentare e la cessione in blocco ex art. 58 T.u.b.: una questione in bilico tra principi legali e convenzionali.*

convenzionalmente la responsabilità del cessionario a debiti non risultanti dallo stato passivo⁹²⁶.

Sotto diverso profilo, nella giurisprudenza di merito⁹²⁷ si incontra l'affermazione per cui – appunto in assenza di diverse pattuizioni espresse⁹²⁸ – non vengono comunque trasferiti al cessionario *ex* art. 90, 2° comma, t.u.b. i debiti di restituzione derivanti da sentenze di accoglimento di azioni revocatorie fallimentari non passate in giudicato al momento della cessione, poiché in tale evenienza il debito non può dirsi esistente al tempo di trasferimento delle passività⁹²⁹. Nella giurisprudenza di legittimità è stata adottata la medesima soluzione con riguardo a un'azione revocatoria fallimentare *proposta* dopo la cessione⁹³⁰; e si è anzi osservato che persino un'eventuale estensione convenzionale della responsabilità del cessionario «non potrebbe operare con riguardo al credito fatto valere con [una tale] azione revocatoria, che per sua natura non è affatto assimilabile» alle passività *ex* art. 90, 2° comma, t.u.b.⁹³¹.

Sembra allora quasi un tentativo di mitigazione del rigore così riservato ai creditori l'affermazione della Suprema Corte per cui la cessione *ex* art. 90, 2° comma, t.u.b. «implica, per le posizioni debitorie, la costituzione di un'ulteriore obbligazione con vincolo di solidarietà, oppure, ove si determini la liberazione dell'originario debitore, un mutamento soggettivo riconducibile nell'ambito di successione nel rapporto», di modo che, «senza che occorra indagare sul verificarsi in concreto della prima o della seconda [ipotesi], l'azione del creditore, direttamente ed esclusivamente contro [il] cessionari[o], coinvolge un soggetto diverso dalla banca cedente in liquidazione amministrativa, e si sottrae in radice alle speciali norme che regolano l'esercizio del credito in pendenza ed all'interno di detta procedura liquidatoria» ⁹³².

⁹²⁶ Vedi E. GALANTI, *La limitazione di responsabilità del cessionario di attività e passività*, cit., p. 413.

⁹²⁷ Vedi Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit.

⁹²⁸ Nel senso della configurabilità dell'assunzione da parte del cessionario dei debiti connessi alla soccombenza in giudizi revocatori mediante patto di accollo (esterno) di debito futuro, vedi: in giurisprudenza, Cass. 28 luglio 2010, n. 17668, in *Fall.*, 2011, 373; Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, in *Fall.*, 1995, 363, con nota di M. NALDINI, *Preliminare di accollo di debito futuro*, per cui «[i]l "trasferimento" della possibile, futura esposizione debitoria della [b]anca [derivante dall'accoglimento della domanda di revoca di un pagamento, n.d.r.] poteva essere trattato allo stesso modo di un trasferimento di un [...] debito già esistente e liquido (per esempio, verso i depositanti) perché il creditore era già identificabile [...] ed i pagamenti eseguiti da quest'ultimo dovevano risultare dalla contabilità della [b]anca». In dottrina, vedi V. CEDERLE, *La Cassazione interviene*, cit., pp. 874 ss.

⁹²⁹ Nello stesso senso, in dottrina, G.B. PORTALE, "Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una sede o filiale" e responsabilità per i debiti da revocatoria fallimentare di rimesse in conto corrente, in Banca borsa tit. cred., 1989, I, 1 ss., pp. 11 s., e, con argomentazioni analoghe, A. JORIO, S. AMBROSINI, Cessione di azienda bancaria e responsabilità per debiti derivanti da azioni revocatorie di rimesse in conto corrente, in Giur. it., 2002, 1535 ss., p. 1536.

⁹³⁰ Vedi Cass. 10655/2010, cit., dove la Suprema Corte ha però affermato che il sorgere del credito restitutorio conseguente al giudicato revocatorio fallimentare *retroagisce* al momento di proposizione della domanda.

⁹³¹ Cass. 10655/2010, cit.

⁹³² Cass., SS.UU., 27 novembre 2001, n. 15005, in *Fall.*, 2002, 410, con nota di E. GALANTI, *La limitazione di responsabilità del cessionario*, cit.

È chiaro che il complesso di queste ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali disegnino uno scenario di notevole favore verso il cessionario, la cui eccezionalità viene tipicamente giustificata adducendo ragioni di interesse pubblico.

Esemplare, a questo riguardo, è l'affermazione della cedibilità solo parziale delle passività. Su un piano generale, colpisce il rischio di compromissione del principio della *par condicio creditorum*⁹³³. Che ne è, infatti, dei debiti non trasferiti al cessionario (che si presume solvente), qualora le attività che residuano nel patrimonio della liquidazione coatta – perché anch'esse non trasferite al cessionario – fossero insufficienti a soddisfarli integralmente⁹³⁴? Ciò tanto più oggi che l'art. 90, 2° comma, t.u.b., stabilisce espressamente che «[r]esta in ogni caso fermo il rispetto della parità di trattamento dei creditori e del loro ordine di priorità».

Ebbene, oltre che con un richiamo *ratione temporis* al previgente art. 54, 7° comma, l.banc. (che discorreva di «cessione delle attività o delle passività»)⁹³⁵, e con l'appunto per cui «la parità di trattamento *non può che essere* riferita al concorso dei creditori sul solo patrimonio del debitore, non anche su quello di terzi che abbiano acquistato dagli organi fallimentari»⁹³⁶ – osservazioni che peccano di apoditticità⁹³⁷ – questo risultato è stato giustificato nella seconda pronuncia che consta edita sul tema⁹³⁸ osservando che «la regola della *par condicio* (sicuramente applicabile, in linea di principio, anche ai dissesti bancari e creditizi) non ha carattere assoluto e non può pertanto ergersi sempre e comunque a criterio interpretativo dirimente»; e che «quand'anche si volesse nella specie ravvisare una menomazione della *par condicio* (che costituisce principio di natura meramente codicistica [*sic*]) si tratterebbe pur sempre di una menomazione tollerata dal legislatore in nome dei più rilevanti obiettivi (di emergenza fondamentale: v. l'art. 47 Cost.) insiti nella conservazione e

⁹³³ La progressiva erosione del principio della *par condicio creditorum* era, d'altro canto, constatazione diffusa già prima delle riforme intervenute nel nuovo millennio: vedi, per esempio, M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma*, in II Foro italiano, n. V, 9, 2001, pp. 250–266., pp. 253 ss.

⁹³⁴ Secondo F. DEL VECCHIO, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banch*e, Milano, Giuffrè, 1998, p. 622, una simile operazione di cessione non è ammissibile (ma l'Autore non indaga le implicazioni di questo limite). Nello stesso senso già G. TERRANOVA, *Profili privatistici nel caso «Ambrosiano»: Le revocatorie come sopravvenienze passive*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, n. II, 9–10, 1991, pp. 469–492., pp. 475 ss., per il quale la violazione del principio non si traduce peraltro in un'invalidità dell'atto di cessione, ma nella sola responsabilità degli organi della procedura.

⁹³⁵ Inconferente, poi, l'argomento per cui lo stesso art. 90 t.u.b. esprime una «libertà di forme liquidatorie [che] si estende inequivocabilmente alla determinazione, anche parziaria, dell'oggetto della cessione», per cui appare «del tutto conforme a legge che i liquidatori addivengano alla cessione escludendone determinati cespiti attivi e/o passivi» (Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit.): chiara, infatti, è la petizione di principio.

⁹³⁶ Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit. (corsivo aggiunto).

⁹³⁷ Sul secondo argomento addotto, in particolare, osserva esattamente E. GALANTI, *Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività*, cit., p. 623 – che «[q]uesta argomentazione, a ben vedere, attiene soltanto all'impossibilità di far valere nei confronti della cessionaria i debiti eventualmente esclusi, ma non risolve il problema della liceità o meno di un'eventuale esclusione».

⁹³⁸ Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit.

funzionalità del sistema creditizio, nonché nella continuatività dei servizi bancari resi alla collettività» ⁹³⁹. Indicazioni un poco meno esplicite, ma inequivocabilmente nello stesso senso, si rinvenivano anche nella pronuncia edita anteriormente a quella torinese ⁹⁴⁰.

Devono però tenersi a mente, in senso contrario, alcune considerazioni forse non dirimenti ma certo non irrilevanti.

Innanzitutto, non sembra più ermeneuticamente corretto riferirsi alle disposizioni dettate dalla legge bancaria prima, e dal testo unico bancario poi, per le cessioni compiute da banche *in bonis*⁹⁴¹. Mentre infatti all'art. 54, 3° comma, I.banc. faceva espresso rinvio il settimo comma dello stesso articolo (concernente la «cessione delle attività o delle passività di una azienda di credito in liquidazione ad un'altra azienda»), l'assenza di un analogo collegamento all'interno del testo unico bancario induce a ritenere che l'art. 58, 5° comma, t.u.b. non si possa estendere alla liquidazione coatta amministrativa bancaria, decisivamente connotata dall'apertura di un *concorso sostanziale dei creditori* estraneo alle ipotesi di cessione *in bonis*: l'art. 90, 2° comma, t.u.b., infatti, contiene un rinvio *specifico* ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 58 ma *non* anche al suo comma quinto. Sembra improbabile che il legislatore abbia commesso una svista.

Ne segue, in primo luogo, che la lettura dell'art. 58, 5° comma, t.u.b. quale conferma della cedibilità parziale delle passività, a rigore, può essere correttamente riferita solo alle cessioni *in bonis*⁹⁴². Questa conclusione, peraltro,

⁹³⁹ E, infatti, «la configurazione legale della cessione in termini di successione a titolo universale, al di là dei casi in cui ciò sia stato espressamente previsto, lungi dal contribuire al conseguimento di quelle finalità di interesse generale che sono state poc'anzi indicate, concreterebbe essa stessa un potente disincentivo al trapasso pattizio e quindi, in definitiva, un fattore di ostacolo al superamento il più possibile "indolore" delle crisi settoriali» (Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit.). In sede di commento, osservava a proposito (per poi non prendervi in sostanza posizione) E. GALANTI, *Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività*, cit., p. 623: «È forse la prima volta che in sede giudiziaria viene affrontato in modo così esplicito il problema del contemperamento delle esigenze costituzionali di tutela del risparmio con il canone fondamentale che ispira tutte le procedure concorsuali»

⁹⁴⁰ Vedi infatti Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit.: «[L]a lamentata discriminazione tra creditori pregiudicati e non dall'atto di cessione, a ben vedere, non tende ad inficiare la validità di una o più clausole dell'atto ma, in definitiva, l'intera operazione di salvataggio effettuata e quindi, lo stesso istituto della cessione di azienda bancaria in liquidazione di un'azienda in crisi [sic]; istituto che, proprio per la sua natura, non può mai risolversi in una tutela indiscriminata di tutte le posizioni soggettive implicate nella crisi stessa, cercandosi, ad opera in primo luogo delle autorità creditizie, di attenuare al massimo le conseguenze dirompenti e più drammatiche della crisi sul piano della difesa dei risparmiatori, a scapito di altri interessi inevitabilmente sacrificati (es. gli azionisti della banca liquidata)».

⁹⁴¹ Vedi invece per esempio, oltre a Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit., Cass. 10655/2010, cit.: «A conferma [...] occorre osservare che, a mente dell'art. 58 del T.U. bancario non tutti i debiti imputabili alla banca ceduta sono accollati a quella subentrante, ma solo quelli inerenti all'esercizio di sedi o filiali oggetto della sostituzione, esistenti al momento della cessione e dotati dei requisiti della certezza e liquidità».

⁹⁴² Proprio a una cessione *in bonis* era relativo il parere *pro veritate* richiesto a G.B. PORTALE, "Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una sede o filiale", cit., nel senso della natura dispositiva (e non imperativa) dell'art. 54, 3° comma, l.banc., dalla quale se ne sarebbe tratta la «sicura validità delle clausole che – in deroga a quanto disposto dal terzo comma dell'art. 54 – escludono il trapasso di singoli debiti dall'impresa bancaria alienante all'impresa che acquista la filiale bancaria» (pp. 5 s.).

coincide nell'esito (seppur non nella motivazione, criticata in dottrina) con una risalente pronuncia di merito che ha escluso la cedibilità solo parziale delle passività in sede di liquidazione coatta di una banca⁹⁴³.

Ne deriva poi, in secondo luogo, che non appare (più) dirimente il richiamo a queste norme per sostenere che, anche in caso di cessione nel contesto della liquidazione coatta amministrativa, i debiti da revoca non passata in giudicato al tempo della cessione non passano in alcun caso al cedente, perché a quel tempo essi ancora non sussistono⁹⁴⁴. È vero che questo specifico tema non attiene propriamente alla nostra indagine; mi sembra però che proprio le considerazioni

⁹⁴³ Mi riferisco a Trib. Napoli, 14 febbraio 1972, pronuncia inedita di cui dà conto G.B. PORTALE, op. ult. cit., pp. 4 s. L'Autore riferisce che questa sentenza aveva «qualificato (senza motivare) come imperativa quella norma [l'art. 54, 3° comma, l.banc., n.d.r.], statuendo, di conseguenza, la nullità del patto di deroga». Interessante è però quanto PORTALE contestualmente osserva, e cioè che «[l]a vera ratio decidendi della citata sentenza del tribunale di Napoli sembra essere stata quella che - trattandosi della cessione delle "attività e delle passività" di una piccola azienda di credito [...] in liquidazione coatta amministrativa – con l'escludere il trapasso di alcuni debiti (nella specie si trattava di un debito di lavoro non incluso nella "situazione di trapasso" ex art. 54 l. banc.) si sarebbe realizzata - secondo i giudici partenopei – una situazione di manifesta ingiustizia, in contrasto con il principio della par condicio creditorum (pagamento integrale solo dei debiti trasferiti)». Peraltro, se in ciò si può trovare il sostegno quantomeno a un motivato dubbio verso la compatibilità di (qualsiasi) cessione parziale del passivo con i principi che informano le procedure concorsuali (punto su cui l'autore peraltro non si intrattiene), risulta corretta l'osservazione di PORTALE che «il problema, in realtà, era più a monte: il Tribunale avrebbe dovuto preliminarmente risolvere la questione dell'applicabilità dell'art. 54, commi 2° e 3°, alla cessione dell'azienda bancaria nella liquidazione coatta amministrativa» (ivi, p. 4 nota 1).

944 Vedi invece G.B. PORTALE, "Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una sede o filiale", cit. In questo suo scritto l'illustre Autore prendeva in considerazione due incisi dell'art. 54, 3° comma, l.banc., integrati per richiamo all'art. 54, 1° e 2° comma, l.banc., e cioè le espressioni «debiti derivanti dai rapporti [in corso con le sedi o filiali]» interessate dalla «sostituzione» (vedi art. 54, 1° comma, l.banc.) e «[t]rascorso il termine di quattro mesi» (ex art. 54, 2° comma, l.banc.). Da ciò egli desumeva, per cominciare, che «non tutti i debiti imputabili alla banca sostituita sono accollati [...] [bensì,] precisamente, trapassano i soli debiti da rapporti "funzionalmente collegati alla sede costituente oggetto della sostituzione e già localizzati presso la stessa"», e che comunque «deve [] trattarsi di debiti esistenti al tempo della sostituzione nell'esercizio della filiale: trapassano, cioè, i soli debiti da rapporti in corso» (nello stesso senso E. GALANTI, Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività, cit., pp. 621 s.). Orbene, secondo l'Autore, il debito da azione revocatoria non ancora pervenuta a giudicato di accoglimento non avrebbe soddisfatto né l'uno né l'altro requisito. Non solo: tale debito non sarebbe rientrato nell'art. 54, 3° comma, l.banc. anche perché tale disposizione come desunto appunto dall'inciso «[t]rascorso il termine di quattro mesi» – «concerne unicamente debiti che - oltre ad essere certi e liquidi - devono pure essere capaci di anticipata riscossione nei quattro mesi dalla pubblicazione del provvedimento che autorizza la sostituzione nell'esercizio della sede o filiale»; e l'autore osservava che per vincere questo ostacolo non sarebbe bastato neppure sostenere «[I]'efficacia retroattiva della sentenza costitutiva di accoglimento dell'azione revocatoria». Da ciò (oltre che da altre argomentazioni su cui infra in nota) l'autore concludeva che la risposta circa il configurarsi o meno del trasferimento di tale debito (si ribadisce, in assenza di apposito patto) «non può che essere negativa»: ivi, pp. 9 ss.

Le predette argomentazioni di PORTALE sono state riprese pressoché integralmente (sotto forma di richiamo alla «migliore dottrina») da Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit., per il caso della cessione di attività e passività di una grande banca (il Banco Ambrosiano) assoggettata a liquidazione coatta amministrativa («[la] più grande crisi bancaria del dopoguerra», osservava il tribunale genovese), con adesione di F. MAIMERI nel suo commento a quest'ultima pronuncia, Cessione di azienda bancaria e revocatoria fallimentare, cit.

svolte nel corso di questo lavoro possano indurre a una riflessione sulla questione⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ Sembra infatti più opportuno considerare con maggiore attenzione alcune argomentazioni sviluppate dai difensori dei fallimenti nei due giudizi di merito sulle cui decisioni edite ci siamo sinora soffermati, *aggiuntive* alla sostenuta invalidità della clausola di limitazione delle passività trasferite – oggi – ex art. 90, 2° comma, t.u.b.

Nel giudizio più risalente – quello deciso da Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit. – la difesa del fallimento dedusse che «il debito di restituzione [da revocatoria] è posteriore rispetto alla cessione dell'azienda bancaria, e, pertanto, ai sensi dell'art. 2560 c.c., non residua spazio alcuno per una responsabilità dell'alienante per debiti posteriori; che la posteriorità del debito derivante dall'accoglimento della revocatoria è insita nella natura costitutiva della relativa azione»; e, soprattutto, «che, in ogni caso, al cessionario sono passate tutte le situazioni giuridiche attive e passive inerenti ai rapporti trapassati con la cessione, con i connessi risultati utili», specificamente «la situazione giuridica formatasi in capo alla banca cedente nell'esercizio della filiale presso cui esisteva il conto corrente per l'avvenuta acceptio di atti solutori impugnabili, sì che l'impresa bancaria subentrante rima[n]e soggetta all'esercizio della revocatoria». A motivi analoghi si rifece poi la difesa del fallimento nel giudizio più recente - deciso da Trib. Torino, 2 febbraio 1996, cit. – invocando la lettera dell'art. 90, 2° comma, t.u.b.: i difensori ritennero, in particolare, che l'inciso normativo per cui «il cessionario risponde comunque delle sole passività risultanti dallo stato passivo», «non può concernere anche quei debiti che, in quanto derivanti da "rapporti in corso" al momento della cessione, possono scaturire (ed anzi normalmente scaturiscono) successivamente alla cessione stessa e non appaiono conseguentemente suscettibili di confluire non soltanto nello stato passivo, ma nemmeno nella "situazione contabile di trapasso" annessa all'atto di cessione»

Ebbene, si deve anzitutto rilevare che su questo punto la pronuncia del tribunale piemontese è stata elusiva, facendo leva in sostanza, come si è visto (vedi qui *supra* nel testo) ad argomentazioni apodittiche. Assai più interessante la pronuncia genovese. Qui, per vincere le argomentazioni della difesa del fallimento appena descritte, la corte – oltre a sottolineare gli interessi pubblicistici sottesi alla liquidazione coatta amministrativa delle banche – fece leva su due argomentazioni corrispondenti a quelle che, poco tempo prima, G. B. PORTALE aveva sviluppato per confutare proprio la possibilità di ricostruire l'operazione di cessione come trasferimento (anche) della «posizione di soggezione di fronte al potere di agire in revocatoria spettante al fallimento» (ID., "Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una sede o filiale", cit., p. 13); argomentazioni in seguito riprese adesivamente da A. JORIO, S. Ambrosini, Cessione di azienda bancaria e responsabilità per debiti, cit., p. 1536.

Primo argomento: in base all'art. 2558 c.c., in tema di successione *nei contratti* nell'ambito della cessione d'azienda di diritto comune – «applicabile, in carenza di una norma contraria, anche alla cessione d'azienda bancaria» – «pass[a]no al cessionario i soli contratti ancora in corso di esecuzione, operando la successione solo relativamente ai rapporti futuri inerenti a tali contratti di durata (di cui tipica espressione è, appunto, il conto corrente). Di conseguenza, di fronte a tutti i rapporti già esauriti (quali risultano essere i rapporti di durata per le prestazioni già eseguite, tra cui si collocano le rimesse già operate sul conto corrente), tutte le eventuali posizioni di potere o soggezione da essi derivanti restano al di fuori della cessione» (Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit.; in termini corrispondenti, G.B. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 13).

Secondo argomento, «ricavato in dottrina dal c.d. trasferimento di azioni[:] [] queste non sono mai trasferibili disgiuntamente dal "risultato utile" cui tendono; regola che, applicata all'azione revocatoria delle rimesse in conto corrente conduce a ritenere legittimata passiva della stessa la Banca cedente poiché esso è il soggetto che ha acquisito il risultato utile delle rimesse» (Trib. Genova, 23 giugno 1989, cit.; in termini corrispondenti, ancora G.B. PORTALE, *op. ult. cit.*, pp. 13–14).

Né l'uno né l'altro argomento sono però, a mio modesto avviso, dirimenti, quantomeno alla luce delle riflessioni svolte in questo lavoro sul significato della c.d. cessione di un'azione, e in particolare della c.d. cessione di un'azione revocatoria.

Se infatti, come ho proposto, la c.d. cessione di un'azione revocatoria si risolve nella cessione del correlativo diritto potestativo ad attuazione giudiziaria *nonché* (nella quasi totalità dei casi concretamente prospettabili) o della proprietà del bene oggetto dell'atto revocando (tesi

tradizionale: vedi cap. V, § 1.2) o del diritto di credito al valore di detto bene (tesi minoritaria: vedi cap. V, § 1.3), non è decisivo che il rapporto giuridico colpito dall'azione revocatoria sia o meno ancora in corso di esecuzione al momento della cessione. Questa è infatti questione che attiene al piano dei rapporti *debitore-terzo revocando*, *non* a quello dei rapporti *procedura-terzo revocando*. Tutto, e solo, quel che conta per i commissari liquidatori è che sussistano i presupposti per la revoca dell'atto; e quest'ultimo, in diverse ipotesi espressamente contemplate dalla legge fallimentare, avrà portato – tipicamente o eventualmente – proprio all'esaurimento del rapporto *debitore-terzo revocando*: si pensi, in particolare, all'azione revocatoria fallimentare contro gli atti estintivi di debiti scaduti (art. 67, 1° comma, n. 2, e 2° comma, l.fall.), quali possono ritenersi le stesse rimesse bancarie (arg. *ex* art. 70, 3° comma, l.fall.), oppure agli atti a titolo oneroso *ex* art. 67, 1° comma, n. 1, che sono revocabili anche se il rapporto ha esaurito i suoi effetti tra le parti. È concorde M.R. SCHIERA, *Cessione di azienda bancaria e posizioni giuridiche connesse: l'azione revocatoria fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 45 ss., pp. 48 ss.

Inoltre, astraendosi dal caso specifico delle rimesse bancarie, non sempre risulterà in concreto che il soggetto che ha acquisito il "risultato utile" degli atti minacciati di revoca sia la banca cedente e non il terzo convenuto. Per di più, il "risultato utile" cui mira l'azione revocatoria ceduta non è lo stesso diritto sostanziale che il terzo convenuto vanta in forza dell'atto revocando, ma il diverso diritto sostanziale che i commissari liquidatori (nella quasi totalità dei casi concretamente prospettabili), e quindi i cessionari delle azioni, azionano insieme o successivamente al diritto potestativo revocatorio: diritto che - come si è appena ricordato - è (per la tesi tradizionale) la proprietà del bene oggetto dell'atto revocando, in forza della liquidazione concorsuale anticipata del medesimo, oppure (per la tesi minoritaria) il diritto di credito al valore del bene stesso. Al riguardo andrebbe forse rimeditata l'opinione per cui ricostruire l'effetto della cessione come trasferimento della «posizione di soggezione rispetto al "diritto potestativo" della curatela fallimentare di agire in revocatoria [...] mira, contra tenorem legis, ad equiparare debiti esistenti, certi e liquidi a debiti che, a tutto concedere, possono definirsi come meramente eventuali, quando non si ritenga di considerarli alla stregua di aspettative di fatto, legate alla semplice speranza di un risultato favorevole della controversia e come tali insuscettibili di trasferimento in capo al cessionario» (A. JORIO, S. AMBROSINI, Cessione di azienda bancaria e responsabilità per debiti, cit., p. 1536). Le particolari situazioni giuridiche sopra richiamate andrebbero infatti descritte (alla pari, del resto, di tanti altri debiti commerciali di cui la banca convenuta possa essersi resa cessionaria) come diritti controversi, non «meramente eventuali» ma semplicemente incerti, e tutt'altro che «aspettative di fatto» proprio perché deducibili in giudizio dal cessionario dell'azione (su ciò vedi cap. V, § 3.1). Si noti peraltro che il precedente citato dai due Autori ora richiamati (Cass., 30 luglio 2001, n. 10414, in Corr. giur., 2002, 55, con nota di G. ESPOSITO, Credito litigioso ed azione revocatoria) è inconferente: esso riguarda una controversia sull'esistenza del diritto di credito presupposto del diritto potestativo revocatorio, non di un diritto di credito dipendente dal vittorioso esperimento della revocatoria.

Infine, ma in posizione logicamente prioritaria alle considerazioni appena svolte, non è invincibile il rilievo delle corti di merito per cui, data la natura costitutiva della sentenza di revoca, posteriore alla cessione, non potrebbe discorrersi che di debito successivo a quest'ultima: questo, semplicemente, perché – come osservato da G. TERRANOVA, *Profili privatistici nel caso "Ambrosiano"*, cit., p 478 – «che l'azione abbia natura costitutiva [] non significa che tutti gli effetti debbano decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza, perché alcuni di essi potrebbero essere retroattivi».

Per ulteriori osservazioni critiche alla tesi qui considerata – a mio avviso però non assorbenti, e avversate da A. JORIO, S. AMBROSINI, *Cessione di azienda bancaria e responsabilità per debiti*, cit., pp. 1536 ss. – su un caso emblematico di cessione *in bonis* di tutte le attività e le passività (meno quelle specificamente indicate nell'atto di trasferimento) con discontinuità solo formale tra azienda bancaria ceduta e banca cessionaria (vista l'identità di denominazione sociale, sede, codice ABI e codice ISIN del titolo azionario) vedi G. SCHIAVON, *Fusione per incorporazione, cessione d'azienda bancaria e azione revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2001, II, 999 ss. Si tratta qui di un caso in cui il Tribunale di Milano è pervenuto a due decisioni opposte circa la legittimazione passiva della banca cessionaria in giudizi revocatori instaurati prima della cessione, negandola in primavera (con gli stessi due argomenti sopra discussi) e affermandola in inverno (ma con argomentazione troppo ellittica): cfr. Trib. Milano, 8 giugno 2000 e Trib. Milano, 29 gennaio 2001, entrambe *ibidem* con la nota di SCHIAVON appena citata. Si noti peraltro che la

A quale conclusione ci porta l'excursus ora svolto?

Abbiamo visto che l'affermazione, ricorrente in dottrina e in giurisprudenza, della validità ed efficacia di clausole limitative della responsabilità del cessionario resta incapace di fugare il dubbio di contrasto con il principio della *par condicio creditorum*, perlomeno qualora la cessione comporti il mantenimento, nel patrimonio dell'impresa soggetta a liquidazione coatta, di passività che eccedono il residuo attivo in misura superiore a quella che si sarebbe avuta senza le contestuali o anteriori cessioni di attivo.

Se si concepisce il credito alla controprestazione come un credito concorsuale (seguendo l'insegnamento dominante in dottrina e in giurisprudenza), e comunque per i crediti che il terzo revocando o soccombente può vantare in relazione a fatti anteriori alla cessione, il problema si esaurisce nell'ammissibilità o meno di tale limitazione.

Se, però, si accoglie l'opinione per cui il credito del terzo revocato alla restituzione della controprestazione è un credito da ingiustificato arricchimento, mi sembra di dover confermare la mio opinione⁹⁴⁶ per cui di esso dovranno rispondere l'impresa assoggettata a liquidazione e/o il cessionario nei limiti del rispettivo arricchimento. Se la controprestazione consiste in un bene determinato, ed esso è rimasto nel patrimonio soggetto a liquidazione coatta, a rispondere sarà la procedura. Se questo bene è stato invece trasferito allo stesso soggetto cessionario dell'azione revocatoria, il debito graverà su di lui⁹⁴⁷. Se, infine, il bene è stato ceduto dalla procedura o dal predetto cessionario a un terzo, la procedura o il sub-alienante risponderanno per l'arricchimento in tal modo ottenuto (art. 2041, 1° comma, c.c.), che tipicamente – trattandosi di norma, appunto, di cessioni aggregate – mi sembra dovrebbe essere determinato giudizialmente in via equitativa come quota parte del complessivo corrispettivo di cessione. Se il terzo è di mala fede, risponderà della differenza tra il valore del bene e il corrispettivo (eventualmente) pagato.

Soprattutto, però, il credito da ingiustificato arricchimento così ricostruito sorgerebbe *ex nunc* in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di revoca. Così, ove risulti la cessione di un'azione revocatoria, *recte* di un *attuale* diritto potestativo nonché di un *attuale* diritto sostanziale sul (tesi tradizionale) o al (tesi minoritaria), non egualmente attuale, bensì *futuro*, sarà il credito eventualmente vantato dal terzo alla restituzione della controprestazione. Mi sembra che perciò questo credito debba (per così dire) seguire l'ingiustificato arricchimento, senza poter essere escluso dalle passività *attuali* oggetto di cessione. Ciò, beninteso,

prima sentenza fu successivamente riformata, in senso conforme alla seconda, da App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 35, con nota di M.R. SCHIERA, *Cessione di azienda bancaria e posizioni giuridiche connesse: l'azione revocatoria fallimentare*, cit., e in *Riv. dott. comm.*, 2004, 141, con nota di V. CEDERLE, *Conferimento di azienda bancaria e legittimazione passiva nel giudizio di revocatoria fallimentare*, «in quanto nel trasferimento delle poste attive, pur se non specificamente menzionate, sono certamente ricomprese le soggezioni e gli oneri connessi con i rapporti precedenti, fra i quali, dunque, anche le eventuali azioni revocatorie». Nello stesso senso di Trib. Milano, 8 giugno 2000, cit. si era poi espressa già Trib. Venezia, 17 maggio 2000, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 421, con nota di D. Tommasini, *Conferimento d'azienda bancaria e debito da revocatoria*, cit.

⁹⁴⁶ Vedi cap. V, § 2.1.6.

⁹⁴⁷ Così anche M. Perrino, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, cit., p. 292, e B. Armeli, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, cit., p. 337.

pur sempre nei rapporti esterni, e cioè nei confronti del terzo revocato: ben altro piano è invece quello dei possibili accordi interni tra cedente e cessionario.

Quanto alla possibilità per il cessionario di invocare *comunque* l'art. 90, 2° comma, quarto periodo, t.u.b. per escludere la propria responsabilità per le passività che gli risultino essere state cedute, mi sembra doveroso prestare adesione alla consolidata opinione dottrinale per la quale si dovrà tenere conto, oltre che dell'esito delle opposizioni allo stato passivo⁹⁴⁸, *anche* delle domande di insinuazione tardiva che siano proposte ed accolte *ex* art. 89 t.u.b.⁹⁴⁹.

Come abbiamo visto nella parte dedicata all'analisi della posizione del terzo revocato nella cessione concordataria, tuttavia, sembra che in questa previsione non possano rientrare i crediti che i terzi convenuti con le azioni di massa non possano insinuare, *nemmeno condizionatamente*, nel corso della procedura. Mi sembra perciò si debba riproporre la soluzione esposta in altro luogo di questo lavoro⁹⁵⁰, per la quale il cessionario non potrà giovarsi della mancata insinuazione allo stato passivo dei crediti eventuali vantati dal terzo convenuto con un'azione revocatoria se essa è stata instaurata dopo che per i terzi è divenuto impossibile fare insinuazione al passivo. E ciò a prescindere dalla soluzione da dare alla controversa questione di quando, in caso di liquidazione aggregata, venga a cadere il termine finale di insinuazione.

3.3. Aspetti processuali.

Nonostante i non pochi problemi che la cessione di azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa delle banche propone a livello sostanziale, la sua più evidente peculiarità si riscontra sul piano processuale; precisamente all'art. 92 t.u.b. (richiamato, per il concordato, dall'art. 94, 3° comma, t.u.b.), ove è stabilito che «[s]uccessivamente alla chiusura della procedura di liquidazione coatta, i commissari liquidatori mantengono la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi dei giudizi» (ottavo comma, primo periodo), e che «[i] commissari liquidatori sono estromessi, su propria istanza, dai giudizi relativi ai rapporti oggetto di cessione nei quali sia subentrato il cessionario, ivi compresi i giudizi relativi allo stato passivo e quelli di costituzione di parte civile in giudizi penali» (nono comma).

L'ottavo comma ben si accorda, e sembra anzi dare conferma, alla qualificazione processuale della cessione sempre come successione a titolo

⁹⁴⁸ Il che era pacifico in dottrina (vedi le opere citati nella nota successiva) da ben prima che il d.lgs. 181/2015 aggiungesse all'art. 90, 2° comma, t.u.b. l'inciso «tenuto conto dell'esito delle eventuali opposizioni presentate ai sensi dell'articolo 87».

⁹⁴⁹ Così D. VATTERMOLI, Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, cit., pp. 189 s.; M. PERRINO, Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria, cit., p. 321; U. MINNECI, Il regime dei debiti nell'ambito delle cessioni aggregate, cit., p. 527.
950 Vedi cap. V, § 2.2.3.

particolare nel diritto controverso⁹⁵¹, quanto del resto ha ritenuto anche la Suprema Corte⁹⁵².

La regola al nono comma rappresenta invece una «evidente deroga»⁹⁵³ al principio per cui «l'alienante» può essere estromesso dal giudizio sul diritto controverso oggetto di trasferimento solo «se le altre parti vi consentono» (art. 111, 3° comma, c.p.c.).

Mi sembra che già dal piano tenore letterale dell'art. 92, 9° comma, t.u.b. risulti che la norma sia applicabile anche qualora la successione nel diritto controverso avvenga prima della chiusura della procedura⁹⁵⁴.

Per quanto riguarda, infine, le peculiari eccezioni che qui potrebbe opporre al cessionario il terzo convenuto, ossia il difetto del «parere favorevole del comitato di sorveglianza» e/o dell'«autorizzazione della Banca d'Italia», ex art. 90, 2° comma, t.u.b., mi sembra si possa fare rinvio alle riflessioni svolte su profili analoghi in tema di fallimento⁹⁵⁵.

4. Liquidazione coatta amministrativa delle assicurazioni.

La disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, contenuta nel capo IV del titolo XVI (artt. 245–265) del d.lgs. 209/2005 (cod. ass.), appare modellata su quella contenuta nel testo unico bancario (cfr., in particolare, l'art. 92, 8° comma, primo periodo t.u.b. e l'art. 261, 8° comma, primo periodo cod. ass., pressoché identici), per cui all'esame di questa è possibile rinviare in generale.

Non mancano d'altronde differenze assai importanti, anche sotto i profili oggetto del nostro esame.

In primo luogo, è stabilito che, qualora siano cedute «le attività e le passività, l'azienda, rami d'azienda, [o] beni e rapporti giuridici individuabili in blocco», il cessionario «risponde comunque delle sole passività risultanti dall'atto di cessione» (art. 257, 2° comma, cod. ass.), e non già di quelle «risultanti dallo

⁹⁵¹ In questo senso B. ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, cit., pp. 323 ss., la quale precisa che, chiusa la chiusura la procedura con la cancellazione della società dal registro delle imprese, i commissari liquidatori, qualora non alleghino in giudizio la vicenda successoria, restano parte nei giudizi su situazioni giuridiche soggettive preesistenti alla procedura concorsuale quali «rappresentanti legali» (non – evidentemente – della banca, né del cessionario) degli *ex* soci della banca, successori a titolo universale di quest'ultima. Mi sembra chiaro che questo fenomeno, così tratteggiato, vada riformulato in termini di sostituzione processuale, per le ragioni già viste (vedi cap. II, sez. 4).

⁹⁵² Vedi Cass. 875/2003, cit., e nota 864.

⁹⁵³ B. ARMELI, Il procedimento di liquidazione coatta bancaria, cit., p. 331.

⁹⁵⁴ Contra, B. Armeli, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, cit., p. 331, secondo cui la regola dell'art. 92, 9° comma, t.u.b. «varrà solo con riguardo ai processi pendenti dopo la chiusura della procedura di liquidazione e non già quando il processo pende a procedura ancora aperta», mentre in ogni altro caso dovrà farsi applicazione della norma generale dell'art. 111 c.p.c. Questa conclusione non viene, però, motivata, e anzi impone all'autrice di riconoscere che in questo modo «l'applicazione della regola medesima si traduce in pratica nel *solo e peculiare* caso in cui la cessione è realizzata all'unico fine di concludere la liquidazione coatta» (corsivo aggiunto). Ribadisco però che a mio avviso nulla osta in realtà a una contraria interpretazione letterale, e al contempo economicamente efficiente, dell'art. 92, 9° comma, t.u.b.

⁹⁵⁵ Vedi cap. IV, § 2.6. In tema vedi anche G. FAUCEGLIA, *L'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 329 ss., pp. 333 ss.

stato passivo, tenuto conto dell'esito delle eventuali opposizioni» (art. 90, 2° comma, t.u.b.).

In secondo luogo, l'art. 262, 2° comma, cod. ass. in materia di concordato, a differenza (oggi) dell'art. 93, 3° comma t.u.b., non solo non enuncia espressamente la possibilità di concordato con assunzione (che, però, sembra potersi ricavare dall'art. 262, 7° comma, cod. ass. 956), ma soprattutto non contempla né la possibilità della cessione di azioni di massa, né la possibilità di limitazione degli impegni dell'assuntore del concordato. Quanto viene stabilito è solo che «[l]a proposta di concordato indica la percentuale offerta ai creditori chirografari, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie».

A mio avviso, è comunque possibile far leva sull'art. 245, 7° comma, cod. ass. («[p]er quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni della legge fallimentare») per consentire un confronto tra l'art. 262 cod. ass. e gli artt. 214 e 124 l.fall. (nonché l'art. 93 t.u.b.):

Art. 262 cod. ass. (vigente fino al 14 agosto 2020 ⁹⁵⁷)	Artt. 124 e 214 l.fall.	Art. 93 t.u.b. (vigente fino al 14 agosto 2020)
1. In qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta, i commissari, con il parere del comitato di sorveglianza, ovvero l'impresa ai sensi dell'articolo 152, secondo comma, della legge fallimentare, con il parere degli organi liquidatori, possono proporre un concordato al tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede legale. La proposta di concordato è autorizzata dall'IVASS.	[Art. 214, co. 1.] L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato, a norma dell'articolo 124, osservate le disposizioni dell'articolo 152, se si tratta di società.	1. In qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta, i commissari, con il parere del comitato di sorveglianza, ovvero la banca ai sensi dell'art. 152, secondo comma, della legge fallimentare, con il parere degli organi liquidatori, possono proporre un concordato al tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede legale. La proposta di concordato deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia.
2. La proposta di concordato indica la percentuale offerta ai creditori chirografari, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie.	[Art. 124, co. 2.–3.] La proposta può prevedere: [].	2. La proposta di concordato deve indicare la percentuale offerta ai creditori, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie.
		3. L'obbligo di pagare le quote di concordato può essere assunto da terzi con liberazione parziale o totale della banca concordataria. In tal caso l'azione dei creditori per l'esecuzione del

⁹⁵⁶ Questo comma stabilisce infatti che «[a]lla proposta di concordato e all'intervento nella procedura in qualità di assuntore del concordato medesimo è legittimata, previa autorizzazione del Ministro dello sviluppo economico, la [Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.]».

⁹⁵⁷ Il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ha sostituito il rinvio all'art. 152 I.fall. con quello all'omologo art. 265, 2° comma, c.c.i., e al «tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede legale» il «tribunale dove l'impresa ha il centro degli interessi principali». Vedi anche *sub* note 895 e 896.

223

	[Art. 124, co. 4.] La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.	concordato non può esperirsi che contro i terzi assuntori entro i limiti delle rispettive quote. La proposta può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dalla Banca d'Italia, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.	
	Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta.	Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o insinuazione tardiva al tempo della proposta, subentrando nei relativi giudizi.	
	In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito []. [Art. 214, co. 5.] Gli effetti del	In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere la banca. Gli effetti del concordato	
	concordato sono regolati dall'articolo 135.	sono regolati dall'articolo 135 della legge fallimentare.	
3. La proposta di concordato e il parere degli organi liquidatori sono depositati nella cancelleria del tribunale. L'IVASS può stabilire altre forme di pubblicità.	[Art. 214, co. 2.] La proposta di concordato è depositata nella cancelleria del tribunale col parere del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo con le modalità di cui all'articolo 207, quarto comma, e pubblicata mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.	4. La proposta di concordato e il parere degli organi liquidatori sono depositati nella cancelleria del tribunale. La Banca d'Italia può stabilire altre forme di pubblicità.	
4. Entro trenta giorni dal deposito, gli interessati possono proporre opposizione con ricorso depositato nella cancelleria,	[Art. 214, co. 3.] I creditori e gli altri interessati possono presentare nella cancelleria le loro opposizioni nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla	5. Entro trenta giorni dal deposito, gli interessati possono proporre opposizione con ricorso depositato nella cancelleria,	

che viene comunicato ai commissari. In assenza di opposizioni il concordato diventa esecutivo ⁹⁵⁸ .	comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie di cui al secondo comma per ogni altro interessato.	che viene comunicato al commissario.
5. In caso di opposizione il tribunale decide con sentenza in camera di consiglio sulla proposta di concordato, tenendo conto del parere reso dall'IVASS. La sentenza è pubblicata mediante deposito in cancelleria e nelle altre forme stabilite dal tribunale. Del deposito viene data comunicazione ai commissari e agli opponenti con biglietto di cancelleria. Si applica l'articolo 254.	[Art. 214, co. 4.] Il tribunale, sentito il parere dell'autorità che vigila sulla liquidazione, decide sulle opposizioni e sulla proposta di concordato con decreto in camera di consiglio. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 129, 130 e 131.	6. Il tribunale decide con decreto motivato sulla proposta di concordato, tenendo conto delle opposizioni e del parere su queste ultime reso dalla Banca d'Italia. Il decreto è pubblicato mediante deposito in cancelleria e nelle altre forme stabilite dal tribunale. Del deposito viene data comunicazione ai commissari e agli opponenti con biglietto di cancelleria. Si applica l'articolo 131 della legge fallimentare.
6.–7. [omissis]		7. [omissis]

Risulta allora chiaro che, adottando un criterio d'interpretazione letterale, all'ammissibilità della cessione delle azioni di massa nella liquidazione coatta amministrativa delle assicurazioni non si può giungere in generale neppure facendo leva sull'art. 124, 4° comma, I.fall.: esso riguarda le proposte di concordato presentate da uno o più creditori o da un terzo, mentre nella procedura in esame l'unico soggetto terzo indicato come potenziale proponente di concordato è la Consap (Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici) s.p.a. (cfr. art. 262, 1° e 7° comma, cod. ass.). D'altro canto, lo stesso art. 124 I.fall. è richiamato dall'art. 214 I.fall. per il caso in cui la proposta sia presentata dall'«impresa in liquidazione, [da] uno o più creditori o [da] un terzo», mentre l'art. 262, 1° comma, cod. ass. riferisce la possibilità di proporre un concordato all'impresa o ai commissari liquidatori.

Si potrebbe d'altronde suggerire che, (almeno) qualora la proposta di concordato sia formulata dai commissari liquidatori dell'impresa assoggettata alla procedura in esame (caso appunto *non* riconducibile agli artt. 214 e 124 l.fall.), sia possibile fare applicazione analogica dell'art. 93, 3° comma, t.u.b., con rinvio perciò alle considerazioni svolte su questa disposizione⁹⁵⁹.

Una ulteriore particolarità del concordato in esame è che, in caso di opposizione all'omologazione, il tribunale decide con *sentenza* (art. 262, 5° comma, cod. ass.), non con decreto motivato (cfr. art. 93, 6° comma, t.u.b.). Stante il poco comprensibile rinvio all'art. 254 cod. ass., potrebbe qui riproporsi

⁹⁵⁸ Altra significativa particolarità del concordato nella liquidazione coatta amministrativa delle assicurazioni.

⁹⁵⁹ Vedi cap. VI, § 3.1.

la questione se il terzo convenuto possa fare opposizione alla sentenza *ex* art. 404 c.p.c., questione che come abbiamo visto⁹⁶⁰ è sempre stata controversa.

Infine, l'art. 261, 9° comma, cod. ass. stabilisce sì – come l'art. 92, 9° comma, t.u.b. – che «i commissari sono estromessi, su propria istanza, dai giudizi relativi ai rapporti oggetto della cessione nei quali sia subentrato il cessionario», ma specifica espressamente che questa regola si applica «[n]ei casi di cessione ai sensi dell'articolo 257, commi 2 e 3» cod. ass., ossia di cessioni aggregate compiute dai commissari liquidatori in sede di liquidazione dell'attivo.

Ammessa, in via analogica, la possibilità di cessione delle azioni di massa, sempre in via analogica si potrebbe ipotizzare che pure in quest'ultimo caso debba applicarsi la regola ex art. 261, 9° comma, cod. ass, o quella equivalente ex art. 92, 9° t.u.b. Va d'altro canto riconosciuto che questa operazione lascia una certa insoddisfazione sotto il profilo ermeneutico, perché la norma (a differenza dell'art. 93, 3° comma, t.u.b.) enuncia espressamente i confini del proprio ambito di applicazione. Resterebbe pur sempre aperta la via dell'art. 111, 3° comma, c.p.c.

⁹⁶⁰ Vedi cap. IV, § 2.5.

CAPITOLO SETTIMO

LA CESSIONE DELLE AZIONI DI MASSA NELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

1. Amministrazione straordinaria c.d. comune.

1.1. Premessa. Legge Prodi.

La c.d. legge Prodi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla I. 3 aprile 1979, n. 95⁹⁶¹) non disciplinava specificamente né l'esercizio di azioni di massa (revocatorie, di inefficacia o risarcitorie che fossero) né l'ipotesi di chiusura concordataria. L'art. 1, 6° comma, della legge disponeva semplicemente che la procedura era disciplinata, «in quanto non diversamente stabilito con il [predetto] decreto-legge, dagli articoli 195 e seguenti e dall'articolo 237 della legge fallimentare».

Si era così posto nella pratica il problema se e in quali termini questo rinvio consentisse l'applicazione alla procedura di amministrazione straordinaria degli articoli 200, 201, 203, 210, 214 e 215 della legge fallimentare. Astrattamente, l'inserimento di queste norme nel sistema dell'amministrazione straordinaria avrebbe consentito di sopperire in maniera soddisfacente al silenzio del legislatore. Questa operazione interpretativa, apparentemente lineare, strideva però acutamente con lo scopo naturale che tanto la genesi della legge Prodi, quanto l'opinione dominante tra gli interpreti, ascrivevano all'amministrazione straordinaria: non la liquidazione dell'impresa soggetta alla procedura, come nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrazione; bensì la conservazione dell'organizzazione produttiva, in funzione del suo risanamento.

Ciononostante, in un contesto di vivace dibattito dottrinale, nell'ultima fase di applicazione della legge Prodi prima del 1999 si affermarono nella giurisprudenza di merito e di legittimità alcune pronunce nel segno del ravvicinamento tra l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa⁹⁶².

Già a partire dai primi anni '80, pronunce di merito 963 e di legittimità 964 statuirono che la procedura di amministrazione straordinaria potesse chiudersi mediante un concordato (ex art. 214 l.fall.), e in particolare mediante un concordato con assunzione.

⁹⁶¹ Nel prosieguo, per comodità, si fa riferimento al testo della legge Prodi quale vigente appena prima dell'entrata in vigore (24 agosto 1999) della c.d. legge Prodi-*bis* (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

⁹⁶² Su cui vedi anche G. TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, cit., pp. 866 ss.

⁹⁶³ Vedi Trib. Udine, 13 novembre 1984, in *Fall.*, 1985, 103.

⁹⁶⁴ Vedi Cass., 18 dicembre 1995, n. 12909, in *Fall.*, 1996, 645; Cass., 1° settembre 1995, n. 9227, in *Fall.*, 1996, 163.

Al contempo, diverse corti di merito⁹⁶⁵ ritennero che il rinvio normativo operato dall'art. 1, 6° comma, della legge Prodi investisse anche l'art. 203 l.fall., col che l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza (ai sensi dell'art. 195 l.fall.) avrebbe comportato la produzione degli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori stabiliti dagli artt. 64 ss. l.fall. anche al di fuori dei casi di revocatoria c.d. aggravata previsti dall'art. 3 della stessa legge.

Nel 1996, la Corte di Cassazione⁹⁶⁶ impose un deciso temperamento: l'azione revocatoria fallimentare, essendo rivolta a una finalità recuperatoria incompatibili con lo scopo naturale di risanamento proprio dell'amministrazione straordinaria, avrebbe potuto essere promossa dai commissari straordinari solo qualora la procedura fosse in concreto pervenuta (all'esito per così dire patologico, ossia) all'avvio della fase di liquidazione dei beni aziendali. Quest'ultimo sarebbe, peraltro, stato oggetto di un accertamento *di fatto*, dal momento che la legge Prodi non ne fissava un discrimine procedurale: nel testo normativo all'epoca vigente si rinveniva, è vero, un articolo – il 6-*bis* – di disciplina delle "modalità di trasferimenti di complessi aziendali"; ma non poteva sostenersi la mutua esclusività tra il compimento di trasferimenti di questo tipo e l'opera di risanamento dell'impresa, perché è operazione tipica di risanamento la dismissione di unità produttive a redditività negativa o non funzionali al piano industriale predisposto dai commissari straordinari.

Infine, nel 1997, la Corte d'Appello di Roma⁹⁶⁷ non solo ribadì la possibilità di chiusura concordataria dell'amministrazione straordinaria, ma soprattutto ritenne che, in assenza di un divieto normativo, fossero cedibili all'assuntore del concordato le azioni revocatorie già proposte dai commissari straordinari.

1.2. Legge Prodi-bis.

La svolta risolutiva, nello sviluppo tratteggiato nel precedente paragrafo, giunse con l'emanazione del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, c.d. legge Prodi-bis.

Il nuovo testo normativo, molto più ampio e organico del decreto-legge di vent'anni prima, sopperì al silenzio di quest'ultimo in materia di azioni revocatorie "semplici" e di concordato mediante alcune disposizioni espresse.

Sul fronte delle revocatorie "semplici", il legislatore intervenne con l'art. 49, tuttora vigente nel suo testo originario.

Al primo comma, questo articolo detta la regola per cui «[l]e azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste

⁹⁶⁵ Vedi Trib. Milano, 22 settembre 1988, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 103; Trib. Roma, 27 gennaio 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 992, con nota di F. Parrella, *L'azione revocatoria fallimentare nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*; Trib. Napoli, 7 maggio 1985, in *Fall.*, 1986, 1080; Trib. Napoli, 26 settembre 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, 285 e 608, con nota di M. Di Lauro, *La revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria*; Trib. Roma, 31 ottobre 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 3110.

⁹⁶⁶ Cass., 27 dicembre 1996, n. 11519, in *Giust. civ.*, 1997, I, 3129, con nota di L. D'ALESSANDRO, *La revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*.

⁹⁶⁷ App. Roma, 1° aprile 1997, cit.

⁹⁶⁸ La disciplina delle azioni revocatorie c.d. aggravate, già contenuta nell'art. 3 della legge Prodi, si trova oggi all'art. 91 della legge Prodi-*bis*, con soluzioni in tendenziale continuità con la normativa anteriore.

dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare possono essere proposte dal commissario straordinario soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento». A questo proposito, la disposizione va raccordata all'art. 27, il quale fissa le condizioni per l'ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria. Fermo restando il requisito che l'impresa presenti «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali», infatti, la procedura di amministrazione straordinaria può essere disposta se e solo se a quest'ultimo risultato si possa pervenire (entro un dato termine fissato dalla legge, in taluni casi estendibile dal Ministro dello sviluppo economico) per una tra le seguenti vie, tra loro alternative: «la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa» [art. 27, 2° comma, lett. b)]; «la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa», purché si tratti di «società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali» [art. 27, 2° comma, lett. b-bis), aggiunta dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134, c.d. decreto Alitalia]; «la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa» [art. 27, 2° comma, lett. a)].

In base a una stretta interpretazione letterale dell'art. 49, 1° comma, dunque, l'esercizio da parte dei commissari straordinari delle azioni revocatorie e di inefficacia *ex* art. 64 ss. I.fall. dovrebbe ritenersi possibile solo se la procedura persegue la finalità *ex* art. 27, 2° comma, lett. a), del d.lgs. 270/1999. Parte della dottrina è peraltro di diverso avviso, e ritiene che questa possibilità sussista anche qualora la procedura ricada nell'art. 27, 2° comma, lett. b-*bis*) ma «in concreto il risultato sia il medesimo» di quello sotteso alla lett. a), «nel senso che i complessi dei beni ceduti costituiscano la parte essenziale e non reintegrabile dell'azienda»⁹⁶⁹.

1.2.1. Cessione concordataria.

Sul fronte del concordato, la legge Prodi-bis è intervenuta con l'art. 78. Questa disposizione è rimasta immutata fino ad oggi, col risultato che i rinvii alla legge fallimentare contenuti al suo terzo comma indirizzano l'interprete a disposizioni diverse da quelle che aveva in mente il legislatore del 1999:

Art. 78 d.lgs. 270/1999	Art. 214 I.fall. (vigente dal 19 dicembre 2012)
1. Dopo il decreto previsto dall'articolo 97 della legge fallimentare ⁹⁷⁰ , il Ministero [dello sviluppo economico, n.d.r.], su parere del commissario straordinario, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'imprenditore dichiarato insolvente o un terzo a proporre al tribunale un concordato,	[1.] L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato, a norma dell'articolo 124,

⁹⁶⁹ V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in G. Fauceglia e L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, UTET Giuridica, 2009, 2009 ss., p. 2048.

⁹⁷⁰ Per un difetto di coordinamento, si fa ancora riferimento al vecchio art. 97 l.fall., in luogo del quale deve oggi intendersi richiamato l'art. 96, 4° comma, l.fall. La vecchia e la nuova disposizione riguardano il decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

osservate le disposizioni dell'articolo 152 della legge fallimentare, se si tratta di società.

osservate le disposizioni dell'articolo 152, se si tratta di società.

- 2. L'autorizzazione è concessa tenuto conto della convenienza del concordato e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura.
- 3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 214, secondo, terzo, quarto e quinto comma della legge fallimentare, sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario. [...]
- [2.] La proposta di concordato è depositata nella cancelleria del tribunale col parere del commissario [straordinario] e del comitato di sorveglianza, comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo con le modalità di cui all'articolo 207, quarto comma, e pubblicata mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.
- [3.] I creditori e gli altri interessati possono presentare nella cancelleria le loro opposizioni nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie di cui al secondo comma per ogni altro interessato.
- [4.] Il tribunale, sentito il parere dell'autorità che vigila sulla liquidazione, decide sulle opposizioni e sulla proposta di concordato con decreto in camera di consiglio. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 129, 130 e 131.
- [5.] Gli effetti del concordato sono regolati dall'articolo 135.

Valorizzando il rinvio all'art. 214 l.fall. quale oggi vigente, parte della dottrina non esita a ritenere che quanto tale disposizione prevede per il concordato nella liquidazione coatta amministrativa si applichi anche al concordato nell'amministrazione straordinaria comune. Così, dovrebbe intendersi indirettamente richiamato anche l'art. 214, 1° comma, l.fall.; per tale via, l'art. 124 l.fall.; e, quindi, l'art. 124, 4° comma, l.fall., che come abbiamo visto detta possibilità e condizioni della cessione concordataria fallimentare delle azioni di pertinenza della massa⁹⁷¹.

A questo risultato si potrebbe pervenire anche facendo perno sull'art. 36 d.lgs. 270/1999, ai sensi del quale «[p]er quanto non previsto dal [medesimo] decreto, si applicano alla procedura di amministrazione straordinaria, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario» ⁹⁷².

⁹⁷¹ In questo senso, rispetto alle azioni revocatorie, D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., pp. 476 s.

⁹⁷² Critico su quest'esito interpretativo è G. TARZIA, *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, cit., p. 158, ad avviso del quale tale risultato non sarà condivisibile qualora «si consideri il disposto dell'art. 124 I.fall. come norma *eccezionale*, come tale insuscettibile di

A questo proposito, si noti che fino alle modifiche apportate dal d.lgs. 169/2007, il secondo comma dell'art. 214 l.fall. (richiamato, appunto, dall'art. 78 d.lgs. 270/1999) prevedeva al primo periodo che «[l]a proposta di concordato deve indicare le condizioni e le eventuali garanzie». Oggi, come visto, i commi dell'art. 214 l.fall. cui fa rinvio l'art. 78 d.lgs. 270/1999 non forniscono indicazioni neppure sommarie circa il contenuto della proposta di concordato. Di fronte all'interprete si dispiegano perciò due vie alternative: ritenere che il contenuto della proposta sia improntato alla massima libertà dispositiva, o prescegliere l'applicazione analogica degli artt. 214, 1° comma, e (quindi) 124 l.fall. Mi sembra che, anche alla luce dell'assenza di una votazione dei creditori, tra le due possibilità quella più confacente alla natura della procedura in esame sia effettivamente la seconda⁹⁷³.

Chiaramente, l'art. 124 I.fall. richiederà, nel calarsi nella procedura di amministrazione straordinaria, adattamenti e precisazioni.

Si dovrebbe innanzitutto ritenere incompatibile con l'art. 78, 1° comma, d.lgs. 270/1999 la disposizione dell'art. 124, 1° comma, l.fall., che ne rappresenta l'omologo funzionale.

Quanto all'art. 124, 4° comma, in primo luogo non sembra debba essere drammatizzata la testuale distinzione tra «uno o più creditori» e un «terzo». La stessa mancanza di una votazione dei creditori è un indizio nel senso che essi possano considerarsi "terzi" ai sensi dell'art. 78, 1° comma, d.lgs. 270/1999 e quindi anche ai fini della proposta di concordato. In secondo luogo, la possibile limitazione della responsabilità del proponente (*recte* assuntore) appare consona al parallelismo che l'art. 53 d.lgs. 270/1999 instaura tra fallimento e amministrazione straordinaria quanto all'accertamento del passivo.

All'apparenza più problematico è il requisito, *ex* art. 124, 4° comma, I.fall. per cui le azioni oggetto di cessione debbono essere state autorizzate «dal giudice delegato». Più precisamente, ciò potrebbe far sorgere un dubbio sulla cedibilità delle azioni di massa, diverse dalle azioni di responsabilità (che debbono essere autorizzate *ex* art. 206 I.fall. dall'autorità che vigila sulla liquidazione). Si è tuttavia obiettato, a mio avviso convincentemente, che «tale dubbio può [] ritenersi superato in base alla considerazione che l'autorizzazione ministeriale alla presentazione della proposta di concordato implica anche la valutazione della serietà delle iniziative giudiziarie intraprese di cui sia prevista la cessione»⁹⁷⁴.

estensioni o analogie interpretative». In presenza di un rinvio espresso come quello dell'art. 36 d.lgs. 270/1999, però, questa considerazione non sembra di per sé dirimente.

⁹⁷³ Così anche L. Farenga, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria*, cit., p. 326, che osserva: «A sostegno di questa soluzione milita la natura stessa del concordato nell'amministrazione straordinaria, il quale rientra, come il concordato nella liquidazione coatta amministrativa, nell'ambito dei c.d. "concordati coattivi di carattere amministrativo", e cioè di quei concordati per i quali non è previsto il consenso dei creditori, espresso attraverso la votazione; consenso sostituito, in virtù del superiore interesse pubblico che sottintende la procedura, dall'autorizzazione da parte dell'organo amministrativo di controllo. [...] Se dunque analoga è la *ratio* dell'intera procedura [concorsuale], non può che essere analoga la procedura di concordato, anche perché, in caso diverso, non vi sarebbe più una norma che disciplinerebbe il contenuto della proposta. [...] In definitiva la disciplina dell'art. 78 del d.lgs. 270/99 va integrata, non solo con quella di cui all'art. 214 legge fallim., escluso il comma 1, ma anche con quella di cui all'art. 124 legge fallim.»

⁹⁷⁴ V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, cit., p. 2064.

Particolarmente dubbio è, però, un ulteriore profilo che sorge dal raccordo tra l'art. 124, 4° comma, I.fall. e l'art. 78, 2° comma, d.lgs. 270/1999. Si è più volte ricordato che, tra le azioni di massa, alcune (le azioni di inefficacia e revocatorie ex artt. 64 ss. l.fall.) possono essere proposte dai commissari straordinari solo in caso di programma di cessione dei complessi aziendali. Vi è, perciò, qualche difficoltà a comprendere come possa affermarsi la cessione concordataria di azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria comune se, come richiede l'art. 78, 2° comma, d.lgs. 270/1999, l'autorizzazione alla presentazione della proposta va data «tenuto conto [...] della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura». Questo apparente ostacolo normativo potrebbe forse superarsi con un'esegesi orientata al favor per lo strumento concordatario. Si potrebbe cioè ritenere che il Ministro dello sviluppo economico sia tenuto sì, in principio, ad autorizzare solo proposte di concordato che assicurino la conservazione dell'impresa quale presente organizzazione dei complessi aziendali; ciò però a meno che questo risultato appaia impraticabile per la ritenuta impossibilità che l'impresa torni stabilmente a operare nel mercato nella sua attuale organizzazione – come, appunto, si sarà stimato quando l'assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria sia avvenuto ex art. 27, 2° comma, lett. a), d.lgs. 270/1999.

1.2.2. Cessione autonoma.

Tanto stabilito quanto alla cedibilità delle azioni di massa in via concordataria, può ammettersene anche la cessione in via autonoma?

La lettera della legge indubbiamente depone in senso negativo: «[n]essuna norma del d.lgs. 270/99 fa [] rinvio, neanche implicito, all'art. 106 legge fallim. Il d.lgs. 270/99 stabilisce infatti in via autonoma una disciplina della sola "alienazione dei beni". Né d'altra parte cenno alcuno alla cessione delle azioni revocatorie, o rinvio all'art. 106 legge fallim., si riscontra nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa, cui potrebbe farsi ricorso ai sensi della norma generale di cui all'art. 36 d.lgs. 270/99»

Come già visto, la risposta dipende dalla fondamentale scelta di campo esegetica se la cedibilità delle azioni di massa rappresenti o meno un principio comune a tutte le procedure concorsuali⁹⁷⁶.

La risposta data a questo interrogativo nella parte generale di questo lavoro è parzialmente negativa⁹⁷⁷: si è ritenuto, infatti, che le azioni di massa che hanno per oggetto un diritto di credito siano cedibili in ogni caso, e le altre solo se previsto dalla legge.

Al contempo, si è detto che il requisito di previsione da parte della legge potrebbe risultare soddisfatto da enunciazioni meno esplicite e stringenti di quelle adoperate dal legislatore agli artt. 106 e 124 l.fall. e 93 t.u.b.: e di questo

232

⁹⁷⁵ L. FARENGA, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria*, cit., p. 327, il quale osserva inoltre che «[s]i tratta di una chiara incongruenza del sistema, imputabile certamente ancora una volta al mancato coordinamento tra la disciplina della *Prodi-bis* e la riforma del fallimento».

⁹⁷⁶ In senso affermativo, vedi D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 476.

⁹⁷⁷ Vedi cap. III, sez. 3.

temperamento si è fatta applicazione in materia di liquidazione coatta amministrativa 978.

Il nodo cruciale, qui, è dunque se il rinvio generale alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, operato dall'art. 36 d.lgs. 270/1999, sia sufficiente a consentire anche nell'amministrazione straordinaria quella cedibilità in via autonoma delle azioni di massa che viene affermata per la prima procedura⁹⁷⁹.

A questo riguardo, vale la considerazione per cui «nell'ambito della procedura *ex* d.lgs. n. 270 del 1999 non è dato rinvenire alcun indice normativo che si ponga in contrasto con tale potere, essendo anzi la fase di liquidazione, in detta procedura, caratterizzata, in via generale, da una elevata dose di libertà di forme (artt. 62–63, d.lgs. n. 270 del 1999)»⁹⁸⁰.

Pertanto, pur non convenendo che la risposta positiva al quesito vada data «senz'altro»⁹⁸¹, ritengo di aderirvi in via dubitativa, condividendo al contempo la «speranza [] che il legislatore torni sul tema per dare soluzione [al] problema»⁹⁸².

2. Amministrazione straordinaria c.d. speciale (decreto Marzano).

Come si vedrà nel prosieguo, la ricostruzione proposta nella precedente sezione ravvicina in una certa misura, quanto al tema oggetto del presente lavoro, il d.lgs. 270/1999 al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, c.d. decreto Marzano⁹⁸³. Come noto, quest'atto atto normativo, emanato in occasione del c.d. crac Parmalat, lungi dal dettare delle contingenti "misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza" (come enuncia la sua rubrica), disciplina una figura speciale di amministrazione straordinaria per determinate imprese di grandissime dimensioni (vedi art. 1 d.l. 347/2003).

Arrivati a questo punto della nostra indagine, non può non sorprendere – nel confronto con gli altri testi normativi sinora considerati – l'analiticità con cui il decreto Marzano tratta il fenomeno di cessione delle azioni di massa, *sub specie* di cessione di azioni revocatorie.

Prima di considerare le disposizioni del d.l. 347/2003 sul punto, è importante ricordare che nell'amministrazione straordinaria c.d. speciale «[i]l commissario straordinario può proporre le azioni revocatorie previste dagli articoli 49 e 91 del decreto legislativo n. 270[/1999] anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché si traducano in un vantaggio per i creditori» (art. 6, 1° comma, d.l. 347/2003).

Il decreto Marzano deroga perciò al regime comune dell'amministrazione straordinaria (cfr. art. 49 d.lgs. 270/1999), in quanto consente l'esercizio delle azioni revocatorie e di inefficacia previste dagli artt. 64 ss. I.fall. non solo se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi

982 L. FARENGA, op. ult. cit., p. 327.

⁹⁷⁸ Vedi cap. VI, § 2.2.

⁹⁷⁹ In senso negativo, L. FARENGA, *La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria*, cit., p. 327.

⁹⁸⁰ D. VATTERMOLI, op. ult. cit., p. 476.

⁹⁸¹ Ibidem.

⁹⁸³ Convertito, con modificazioni, dalla I. 18 febbraio 2004, n. 39.

aziendali [art. 27, 2° comma, lett. a), d.lgs. 270/1999], ma anche se l'autorizzazione riguarda un programma di ristrutturazione ex art. 27, 2° comma, lett. b), d.lgs. 270/1999 (cfr. art. 1, d.lgs. 347/2003). Non solo: fino alle modifiche operate all'art. 6 d.l. 347/2003 dal d.l. 134/2008 (c.d. decreto Alitalia), il decreto Marzano contemplava soltanto l'ipotesi del programma di ristrutturazione, e la descritta deroga al d.lgs. 270/1999 era dunque ancora più evidente.

2.1. Cessione concordataria.

2.1.1. Aspetti sostanziali.

La disposizione del decreto Marzano di massimo interesse per i fini di questo lavoro è, comunque, l'art. 4-bis, 1° comma. Essa prevede che «[n]el programma il commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie». La lettera c-bis) indi specifica che il concordato può contemplare «l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato»; che «[p]otranno costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o società, costituite dal commissario straordinario, le cui azioni siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato»; che – infine, e soprattutto – «[c]ome patto di concordato, potranno essere trasferite all'assuntore le azioni revocatorie, di cui all'articolo 6, promosse dal commissario straordinario fino alla data di pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato» ⁹⁸⁴ (ex art. 4-bis, 10° comma, d.l. 347/2003).

2.1.2. La cessione concordataria nel caso Parmalat. La sentenza n. 172 del 2006 della Corte costituzionale. Discussione.

Premessi questi dati normativi essenziali, è opportuno ricordare proprio il "caso Parmalat", in cui ha avuto luogo quella che è certamente la più nota operazione di cessione (concordataria) di azioni revocatorie nell'esperienza italiana⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ A parere di D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 479, questa norma «può essere definita – almeno per quel che attiene agli aspetti oggetto [di quello] studio – *perfetta*. Attraverso di essa, infatti, si rende chiaro, una volta per tutte, che le uniche azioni revocatorie cedibili sono quelle iniziate dall'organo della procedura, indipendentemente dal fatto che la cessione sia autonoma oppure, come nel caso qui in esame, sia inserita in un patto di concordato, essendo ciò imposto dall'intrinseca aderenza di tali azioni al concorso in atto tra i creditori». Conclusione, questa, sulla quale però sono si sono formulate riserve: vedi cap. IV, § 3.2.

⁹⁸⁵ Il riferimento è alla proposta di concordato presentata dal commissario straordinario delle società in amministrazione straordinaria del gruppo Parmalat, Enrico Bondi, mediante deposito presso il Tribunale di Parma il 29 luglio 2004 (vedila nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, serie generale, n. 214, 11 settembre 2004, parte II, pp. 186 ss., disponibile su *www.gazzettaufficiale.it*). Il concordato – in estrema sintesi – comportò l'intervento come assuntore, con integrale liberazione delle società debitrici, di una società appositamente costituita: Parmalat s.p.a. (la c.d. nuova Parmalat), originariamente unipersonale in quanto avente come unico socio una fondazione anch'essa appositamente costituita (la Fondazione Creditori Parmalat). I creditori chirografari delle società del gruppo Parmalat interessate dal concordato conferirono alla fondazione, come patto di concordato, il mandato irrevocabile gratuito a

La vicenda Parmalat riveste un preciso interesse giuridico perché alcuni dei giudizi di revocatoria fallimentare, promossi avanti al Tribunale di Parma dal commissario straordinario di Parmalat s.p.a. in a.s. nei confronti di importanti banche finanziatrici della capogruppo insolvente, sfociarono in ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale di questione di legittimità costituzionale.

Più precisamente, il giudice rimettente⁹⁸⁶ censurò l'art. 6 del d.l. 347/2003 nella parte in cui esso prevedeva la possibilità per il commissario straordinario di promuovere le azioni revocatorie fallimentari in caso di esecuzione di un programma di ristrutturazione ex art. 27, 2° comma, lett. b, d.lgs. 270/1999, per la ragione fondamentale che la «duplice finalità, recuperatoria e redistributiva» di tale azione «non è conciliabile con una procedura strumentale alla conservazione dell'impresa, nella quale, in pendenza del risanamento, mancano un patrimonio e perdite da ripartire tra i creditori»⁹⁸⁷. Il che avrebbe comportato il contrasto con l'art. 3 Cost., riferito alla disciplina comune dell'amministrazione straordinaria, a maggior ragione perché l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria speciale è rimessa alla richiesta (opzionale) della stessa impresa

sottoscrivere per loro conto un aumento di capitale a pagamento di Parmalat s.p.a., compensando i loro crediti, ridotti dalla falcidia concordataria, con il debito da sottoscrizione dell'aumento di capitale. Conseguentemente, la fondazione distribuì ai creditori chirografari, secondo percentuali stabilite in base alla proposta di concordato, tutte le azioni di Parmalat s.p.a., nonché *warrant call* in un numero prestabilito dalla stessa proposta di concordato.

Per quanto qui maggiormente interessa, il concordato comportò specificamente [al punto (III)(5)(5.1), lettere c), d) ed e)]: «la cessione all'assuntore di tutte le azioni revocatorie promosse dal commissario straordinario e che verranno dallo stesso promosse entro la data di pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato»; «la cessione all'assuntore delle azioni di responsabilità promosse dal commissario nei confronti degli Organi di amministrazione e di controllo, ivi comprese le società di revisione»; «la cessione all'assuntore di ogni altra azione, anche risarcitoria, spettante alle società interessate dalla proposta di concordato». Ciò in aggiunta al «trasferimento all'assuntore di tutte le attività delle società interessate dalla proposta di concordato, attività comprensive di tutti i beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, aziende e di ogni diritto ed azione già spettanti alle società interessate dalla proposta di concordato», con alcune limitate eccezioni [punto (III)(5)(5.1), lettera b)].

⁹⁸⁶ Trib. Parma, 18 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 277, con nota di A. PATTI, *Azione revocatoria fallimentare tra depotenziamento e dubbi di legittimità costituzionale*; in *Giur. it.*, 2006, 338, con nota di G. SICCHIERO, *Osservazioni sulla questione di costituzionalità della c.d. legge Marzano e possibilità alternativa di un'interpretazione comunitariamente orientata; ivi,* 760, con nota di M. Montanari, *Legge Marzano e azione revocatoria: l'attesa, ma non scontata negli esiti, eccezione di incostituzionalità*; Trib. Parma, 27 dicembre 2005, ivi, 1417.

⁹⁸⁷ Corte cost., 21 aprile 2006, n. 172, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 401, con nota di F. MACARIO, Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie promosse nel corso del piano di ristrutturazione dell'impresa in crisi e sistema della responsabilità patrimoniale: cronaca di una frattura annunciata?; in Corr. giur., 2006, 1227, con note di S. Poli, Il giudizio di costituzionalità dell'art. 6 della "Legge Marzano": la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di "risanamento oggettivo", e di M. RESCIGNO, Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale; in Dir. fall., 2006, 834, con nota di A. PENTA, L'azione revocatoria fallimentare nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese alla luce della recente sentenza n. 172 del 21 aprile 2006 della Corte Costituzionale; in Fall., 2006, 761, con nota di L. PANZANI, Parità di trattamento tra i creditori e tutela della concorrenza; in Giur. comm., 2008, II, 1108, con nota di M. SIMEON, Azione revocatoria fallimentare e procedure a vocazione risanatoria: le "revocatorie Parmalat" al vaglio della Corte Costituzionale; in Giur. cost., 2006, 1505, con nota di M. LIBERTINI, Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi e la tutela della concorrenza; in Giur. it., 2006, 1417, con nota senza titolo di G. COTTINO; in Riv. dir. proc., 2007, 1609, con nota di G. TRISORIO LIUZZI, Note in tema di legittimità costituzionale delle azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

235

10

debitrice (vedi infatti art. 2, 1° comma, d.l. 347/2003) a prescindere che il programma contemplasse o meno la cessione concordataria delle revocatorie medesime.

Ad avviso del rimettente, inoltre, «il risanamento dell'impresa mediante l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare costituisce un ingiustificato privilegio per l'impresa ammessa alla procedura e realizza un effetto distorsivo della concorrenza, in quanto le permette di restare sul mercato, sfruttando risorse finanziarie precluse ai concorrenti. Questo effetto è correlato alla continuazione dell'impresa, dato che nelle procedure liquidatorie il ricavato dell'azione revocatoria è esclusivamente destinato al soddisfacimento dei creditori, mentre nel caso in esame questa azione comporta una forma di finanziamento forzoso a favore dell'impresa insolvente ed a carico dei terzi»; effetto, perciò, incompatibile con l'art. 41 Cost. 988.

Secondo Parmalat s.p.a. in a.s., le censure del remittente erano infondate proprio perché il programma autorizzato prevedeva un concordato con assunzione, e trasferimento delle revocatorie oltre che dell'intero attivo, da parte di una società di nuova costituzione, interamente partecipata da creditori del gruppo insolvente (Parmalat s.p.a., o "nuova Parmalat"): un risanamento perciò "oggettivo", «relativo all'impresa», non già "soggettivo", ossia relativo «all'imprenditore». Sicché, le revocatorie non si sarebbero risolte in un vantaggio per la società debitrice, bensì nel «vantaggio per i creditori» richiesto dall'art. 6, 1° comma, d.l. 347/2003.

Le banche intervenute nel giudizio di legittimità costituzionale denunciarono ulteriormente l'erroneità della distinzione tra risanamento "soggettivo" e risanamento "oggettivo", «in quanto la distinzione rilevante è quella tra conservazione dell'impresa e liquidazione dei beni aziendali allo scopo di pagare i creditori, e con il concordato in esame non è attuata una siffatta liquidazione, ma si realizza il risanamento e la rimessione *in bonis* dell'imprenditore»; sicché la distinzione proposta da Parmalat s.p.a. in a.s. avrebbe «rappresenta[to] null'altro che una escogitazione *a posteriori*»⁹⁹⁰. A ogni modo, i proventi delle revocatorie sarebbero andati direttamente a vantaggio dell'assuntore, e solo indirettamente dei suoi azionisti(-creditori del "vecchio" gruppo Parmalat).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 172 del 2006, decise la questione di legittimità costituzionale così presentata mediante una sottile distinzione.

Da un lato, la Consulta confermò l'insegnamento della Corte di Cassazione⁹⁹¹ che, come nella liquidazione coatta amministrativa, anche nell'amministrazione straordinaria le azioni revocatorie «sono ammissibili solo quando la procedura si sia evoluta in senso liquidatorio»⁹⁹²; del che – ad avviso della Consulta – si troverebbe conferma proprio dall'inciso del «vantaggio per i creditori» di cui all'art. 6, 1° comma, d.l. 347/2003.

Crucialmente, però, la Corte costituzionale ravvisò questa evoluzione in senso liquidatorio non solo nel caso dell'esecuzione di un programma di cessione

990 Corte cost. 172/2006, cit.

⁹⁸⁸ Corte cost. 172/2006, cit.

⁹⁸⁹ Vedi nota 985.

⁹⁹¹ Vedi, in particolare, Cass. 11519/1996, cit.

⁹⁹² Corte cost. 172/2006, cit.

dei complessi aziendali [art. 27, 2° comma, lett. a, d.lgs. 270/1999], ma anche nell'eventualità di un concordato con assunzione: sarebbe infatti «del tutto evidente che le due possibili modalità del concordato – individuate nel citato art. 4-bis, comma 1: quello senza assuntore alla lettera c) e quello con assuntore alla lettera c-bis) – rispondono, l'uno (senza assuntore), all'indirizzo conservativo di cui alla lettera b) dell'art. 27 del d.lgs. n. 270 del 1999 e, l'altro, all'indirizzo di "cessione dei complessi aziendali" di cui alla lettera a) della medesima norma (quale liquidazione forfetaria del patrimonio del debitore)». Tanto che, secondo la Corte, «le due modalità del concordato previste dall'art. 4-bis del decreto-legge n. 347 del 2003 corrispond[o]no perfettamente a quelle già previste dall'art. 124» l.fall., e che quest'ultimo articolo, quale modificato dal d.lgs. 5/2006, «ammette modalità di soddisfazione dei creditori del tutto identiche a quelle previste dalla "legge Marzano"» 993.

Stante perciò la discontinuità soggettiva, e quindi «l'incomparabilità dell'impresa (*rectius*: dell'imprenditore) oggetto di risanamento a norma del d.lgs. n. 270 del 1999 e di quella "risananda" a mezzo di concordato con assuntore *ex* art. 4-*bis* della "legge Marzano"», e dunque l'insussistenza di un'irragionevole disparità di trattamento tra fattispecie sostanzialmente identiche; ma stante soprattutto, a ben vedere, il rispetto di un principio fondamentale per cui dell'azione revocatoria «non può giovarsi l'imprenditore insolvente»⁹⁹⁴, la Consulta dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale giunta al suo esame⁹⁹⁵.

La Corte precisò inoltre che sarebbe stato erroneo riferire il vantaggio derivante dalle revocatorie non ai creditori bensì agli azionisti dell'assuntore:

⁹⁹³ *Ibidem* (corsivo aggiunto); sennonché, come osserva F. MACARIO, *Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie*, cit., p. 456, «il *thema decidendum* attiene agli effetti della procedura sugli atti di autonomia posti in essere in epoca anteriore e non certo alle "modalità di soddisfazione dei creditori" secondo le diverse procedure».

994 Corte cost. 172/2006., cit. Parrebbe infatti (perché non è chiaro da questa decisione) che, secondo la Corte costituzionale, proprio l'espressione «purché si traducano in un vantaggio per i creditori» (art. 6, 1° comma, d.l. 347/2003) «va[da] letta come se dicesse che le azioni revocatorie sono esperibili, nel corso di un piano di ristrutturazione, "purché si traducano esclusivamente in un vantaggio per i creditori, e non anche in un vantaggio per l'imprenditore insolvente"»; questa osservazione è di M. LIBERTINI, Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi, cit., p. 1552. Analogamente, M. RESCIGNO, Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale, cit., p. 1241. Più in generale, come correttamente osservato da M. LIBERTINI, op. ult. cit., p. 1553, la Corte costituzionale ha «fini[to] per respingere l'eccezione relativa alla pretesa violazione del principio di tutela della concorrenza sostanzialmente con le stesse ragioni che erano state utilizzate (e, per quel profilo, in modo adeguato) per respingere l'eccezione relativa alla pretesa violazione del principio di eguaglianza. [...] Se si riesamina sotto questo profilo l'argomentazione della Corte, ne viene fuori [...] la reale ratio decidendi [...]: le azioni revocatorie non darebbero luogo ad un indebito vantaggio concorrenziale in quanto le stesse potrebbero essere esercitate solo nel caso in cui si sia modificata la proprietà dell'impresa insolvente (attraverso un concordato con assunzione). In altri termini, non ci sarebbe continuità fra l'impresa precedente e quella successiva alla vicenda concorsuale di cui si tratta, e ciò eliminerebbe alla radice ogni preoccupazione relativa a possibili distorsioni del principio di parità concorrenziale».

⁹⁹⁵ Per quanto visto nella nota precedente, tuttavia, è lecito ritenere la pronuncia della Corte costituzionale «una sentenza che più che essere di rigetto *tout court*, appare essere interpretativa di rigetto» (G. Trisorio Liuzzi, *Note in tema di legittimità costituzionale delle azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1618 ss., p. 1625).

237

questo perché «la destinazione dei proventi dalle revocatorie va considerata al momento dell'approvazione della proposta, in quanto i creditori [chirografari], approvando il concordato con la falcidia dei loro crediti, hanno accettato di diventare azionisti di una società nel cui patrimonio sarebbe confluito il ricavato dalle azioni revocatorie», che rilevano quali «parte del corrispettivo del prezzo pagato dal medesimo assuntore» ⁹⁹⁶.

Queste conclusioni della Corte costituzionale, saldamente ribadite in posteriori ordinanze declaratorie di manifesta infondatezza⁹⁹⁷, hanno diviso in misura sbilanciata la dottrina. Mentre alcuni autori hanno espresso adesione al portato della decisione⁹⁹⁸, i commentatori si sono espressi a maggioranza in modo critico verso la sentenza in discorso⁹⁹⁹.

Tra i vari nodi del contendere, assai significativo è l'esame della censura di violazione dell'art. 41 Cost., apparsa ai più «sostanzialmente elusa dalla Corte» 1000.

Soprattutto, però, è stata da molti ritenuta impropria¹⁰⁰¹ – «frutto di una forzatura»¹⁰⁰², se non «fuorviante»¹⁰⁰³ – l'assimilazione che la Corte ha operato tra concordato fallimentare e concordato con assunzione nell'amministrazione straordinaria speciale per affermare la finalità liquidatoria di quest'ultimo. È stato infatti facile notare che mentre nel primo caso si versa in una procedura *ab origine* liquidatoria, nel secondo la finalità naturale della procedura (e anzi esclusiva, fino alle modifiche operate dal citato "decreto Alitalia") era la «ristrutturazione economica e finanziaria» dell'impresa (art. 1 d.l. 347/2003).

Pertanto – ha ben espresso un Autore critico – «o si ritiene che le azioni revocatorie sono compatibili con le procedure di risanamento, rappresentando uno strumento forzoso per contribuire con nuove risorse al superamento dell'insolvenza (ma allora, il principio dovrebbe valere sempre e sarebbe assai discutibile l'esclusione nel concordato preventivo per il solo fatto che il debitore è – o può essere – il medesimo), oppure si ritiene che in nessun caso in cui vi sia ristrutturazione con continuità imprenditoriale residui spazio per la cessione delle azioni revocatorie (ma, allora, l'art. 124 l.fall. dovrebbe essere interpretato nel senso che la cessione è ammessa solo quando il proponente sia un terzo che

⁹⁹⁶ Corte cost. 172/2006., cit.

⁹⁹⁷ Corte cost., 7 dicembre 2006, n. 409; Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 456, in *Foro it.*, 2007, I, 661, con nota di M. Fabiani, (In tema di) legittimità costituzionale dell'assetto revocatorio nell'impianto di amministrazione straordinaria disegnato dal d.l. 347 del 2003 e successive modificazioni, e in *Giur. comm.*, 2008, II, 1108, con nota di M. Simeon, *Azione revocatoria fallimentare e procedure a vocazione risanatoria: le "revocatorie Parmalat" al vaglio della Corte Costituzionale*; Corte cost., 5 aprile 2007, n. 118, *ibidem*.

⁹⁹⁸ Vedi S. Poli, *Il giudizio di costituzionalità dell'art.* 6 della "Legge Marzano", cit.; L. Panzani, *Parità di trattamento tra i creditori e tutela della concorrenza*, cit.

⁹⁹⁹ Vedi i commenti indicati nella nota 987 e diversi da quelli citati nella nota precedente.

¹⁰⁰⁰ Così F. MACARIO, *Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie*, cit., p. 457. Osserva M. LIBERTINI, *Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi*, cit., p. 1562, che «nella decisione della Corte costituzionale «non si pone alcun problema in ordine all'incidenza della disciplina fallimentare sul buon funzionamento dei mercati».

¹⁰⁰¹ Contra, M. LIBERTINI, Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi, cit., p. 1552.

¹⁰⁰² F. MACARIO, *Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie*, cit., p. 455.

¹⁰⁰³ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 466.

non "subentra" nell'impresa)» 1004. Più precisamente, quest'ultima impostazione imporrebbe di esigere «una sostanziale discontinuità fra impresa insolvente e assuntore», e non «una mera dissociazione formale, all'esito della quale l'impresa risulta la stessa» 1005: perché, se è vero che «[e]ntrambe le soluzioni appaiono astrattamente praticabili» – si prosegue, riprendendo in sostanza le ricordate argomentazione del Tribunale remittente – «in concreto la legge che attribuisce all'impresa insolvente la possibilità di utilizzare risorse provenienti dal ricavato di azioni attinenti ad atti impugnabili cui ha partecipato rende distonico il mercato e, premiando l'insolvenza, disincentiva i comportamenti virtuosi», sicché tra le due alternative ricostruzioni dovrebbe preferirsi la seconda 1006.

2.1.3. Aspetti sostanziali (continua).

Ai sensi dell'art. 8 del d.l. 347/2003, «[p]er quanto non disposto diversamente dal [] decreto [medesimo], si applicano le norme di cui al decreto legislativo n. 270[/1999], in quanto compatibili».

Riveste un interesse facilmente comprensibile stabilire se questa clausola di rinvio sia capace di sostanziare l'oggetto potenziale delle cessioni concordatarie nell'amministrazione straordinaria speciale, espandendolo alle azioni di massa diverse dalle azioni revocatorie ex art. 6 d.l. 347/2003, le uniche che l'art. 4-bis, 1° comma, lett. c-bis contempla espressamente.

Se si vuole conservare coerenza al ragionamento complessivo fin qui svolto, non si può non essere indotti a far leva sulla clausola di apertura della stessa lettera c-bis, in base alla quale il concordato può prevedere «l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato». Il riferimento espresso ad attività di imprese suggerisce infatti che si tratti di attività di pertinenza dell'impresa, o recte – sembra – dell'imprenditore. Non sembrano, in senso proprio, attività delle imprese le azioni di massa (concorsuali e non), che prima dell'instaurazione della procedura non spettano all'imprenditore. In quest'ottica, allora, l'art. 4-bis finirebbe per dettare una disposizione derogatoria, che consente in via eccezionale la cessione delle azioni revocatorie promosse ex art. 6 d.l. 347/2003.

A meglio vedere, la soluzione sembra si giochi sul piano del rapporto tra l'art. 4-bis d.l. 347/2003 e l'art. 78 d.lgs. 270/1999. Se il primo è letto come una disposizione autosufficiente, che non richiede integrazioni, l'impressione appena esposta troverebbe convincente conforto. E la natura esauriente dell'art. 4-bis, estremamente analitico su ciascuno dei passaggi in cui idealmente si snodano entrambe le disposizioni, induce a questa convinzione.

239

¹⁰⁰⁴ Ivi, pp. 470. Al contrario, come osservato icasticamente da G. COTTINO, nota senza titolo, in *Giur. it.*, 2006, 1423 ss., p. 1423, «[u]n po' trivialmente si potrebbe azzardare che l'art. 6 [d.l. 347/2003] [...] rischia di evocare la massima popolare della botte piena e della moglie imbriaca»

¹⁰⁰⁵ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 466.

¹⁰⁰⁶ *Ivi*, p. 471.

2.1.4. Aspetti processuali.

Interessante particolarità della disciplina in esame è che la sentenza che approva il concordato «determina [], in caso di concordato con assunzione, l'*immediato* trasferimento all'assuntore dei beni cui si riferisce la proposta di concordato compresi nell'attivo delle società» (art. 4-bis, 10° comma, d.l. 347/2003). Non occorre, dunque, attendere il passaggio in giudicato della sentenza, il cui effetto proprio è infatti la chiusura della procedura (art. 4-bis, 11° comma, d.l. 347/2003). Nel mezzo, è data all'imprenditore insolvente, ai creditori e al commissario straordinario la possibilità di «impugna[re]» la sentenza, «con atto di citazione avanti la corte d'appello, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla pubblicazione della stessa»; impugnazione che, peraltro, «non [] può sospendere l'efficacia esecutiva» della sentenza (art. 4-bis, 10° comma, d.l. 347/2003).

Mi sembra lecito suggerire che, nonostante l'apparente contrasto tra questa disposizione e le previsioni omologhe dettate dalla legge per le altre procedure concorsuali, il portato normativo dell'art. 4-bis, 10° comma, del decreto Marzano sia meno dirompente di quanto a prima vista possa sembrare.

Come si è cercato di dimostrare in questo lavoro¹⁰⁰⁷, infatti, in caso di cessione di un'azione di massa rettamente intesa non siamo a rigore di fronte a un'attività compresa «nell'attivo *delle società*». I diritti che sottostanno alle azioni cedute sono propri dell'ufficio concorsuale come un autonomo centro di imputazione giuridica, che non si risolve nelle imprese assoggettate alla procedura. In quest'ottica, l'art. 4-bis, 10° comma, d.l. 347/2003 potrebbe intendersi riferito alle sole *diverse* attività che preesistevano nel patrimonio (che qui si è definito "preconcorsuale"¹⁰⁰⁸) *dell'impresa* anteriormente all'apertura dell'amministrazione straordinaria.

Del resto, ragionare altrimenti comporterebbe problemi assai delicati per l'eventualità in cui il cessionario abbia instaurato un'azione che fuori dal concorso spettava ai creditori (azione di massa "non concorsuale"¹⁰⁰⁹), o che nel concorso spetta in via esclusiva agli organi della procedura (azione di massa "concorsuale"¹⁰¹⁰), prima del passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato. Infatti, che si concepisca l'accoglimento dell'opposizione alla sentenza come causa di interruzione del processo oppure di (nuova) successione a titolo particolare nel diritto controverso, non è chiaro come potrebbe sostenersi che il commissario straordinario non debba risentire dell'attività processuale sino a quel momento svolta dal precedente attore¹⁰¹¹. Il che, anche considerato i preminenti interessi collettivi cui è orientata la procedura di amministrazione straordinaria delle grandissime imprese, mi pare da evitare.

¹⁰⁰⁷ Vedi cap. II, *passim*.

¹⁰⁰⁸ Vedi cap. II, § 8.2.

¹⁰⁰⁹ Vedi cap. II, § 8.1.

¹⁰¹⁰ Vedi cap. II, § 8.2.

¹⁰¹¹ Puro caso di scuola sembra, invece, l'alternativa – pur sempre concepibile – in cui il giudizio oggetto di cessione pervenga a giudicato prima dell'impugnazione della sentenza di approvazione del concordato.

2.2. Cessione autonoma.

Secondo parte della dottrina, è proprio la citata norma di rinvio di cui all'art. 8 d.l. 347/2003 a comprovare che «nulla osta alla cessione autonoma delle revocatorie anche nella procedura *de qua*»¹⁰¹², sull'assunto che la cessione autonoma delle azioni di massa sia ammissibile anche nell'amministrazione straordinaria comune – il che, come visto, è tutt'altro che pacifico¹⁰¹³.

La soluzione di questo problema dipende in fondo dalle stesse scelte esegetiche discusse in riferimento all'amministrazione straordinaria comune, al cui esame si fa perciò rinvio¹⁰¹⁴.

Peraltro, pure se venga ammessa la conclusione espressa in dottrina, resterebbe comunque il problema di stabilire *quali* azioni di massa possano essere cedute, e in particolare *quali* azioni revocatorie possano essere cedute.

Per quanto riguarda le revocatorie, mi sembrerebbe allora una corretta applicazione del ragionamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 172 del 2006 ritenere che questa particolare cessione autonoma *non* possa aver luogo nel caso di autorizzazione all'esecuzione di un programma di ristrutturazione; e che, perciò, essa possa avvenire solo laddove sia stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali (oggi *ex* art. 1, 1° comma, d.l. 347/2003).

Più problematica è la diversa decorrenza del periodo sospetto, che il decreto Marzano connette all'emanazione del decreto di ammissione immediata alla procedura da parte del Ministro dello sviluppo economico (cfr. artt. 6, comma 1-ter, e 2, 2° comma, d.l. 347/2003). Non attenendo però questo elemento, in sé considerato, alla concreta finalità esplicata dalla procedura nel caso concreto (risanatoria o liquidatoria), lo si potrebbe considerare un carattere di vantaggio – e, potenzialmente, di maggior lucro anche per il cedente – delle azioni revocatorie cedute in via autonoma.

¹⁰¹² D. VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., p. 478.

¹⁰¹³ Vedi cap. IV, § 2.2.

¹⁰¹⁴ Vedi *ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

ABATE FRANCESCO, *Gli organi delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 1999

ABETE LUIGI, Azione di responsabilità contro amministratori e membri di organi di controllo, in Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani (a cura di), Fallimento e altre procedure concorsuali, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1473 ss.

— Il ceto creditorio e la dimensione istituzionale della S.r.l.: riflessi sull'azione dei creditori sociali e sulla legittimazione del curatore, in Fall., 2013, 348 ss.

ALLORIO ENRICO, La cosa giudicata rispetto ai terzi, Milano, Giuffrè, 1935

ANDRIOLI VIRGILIO, Recenti indirizzi della giurisprudenza in tema di diritto processuale civile (1933-1934), in Riv. dir. proc. civ., 1937, II, 286 ss.

- Natura ed effetti della cessione delle revocatorie nel concordato, in Id., Scritti giuridici, II, Milano, Giuffrè, 2007, 988 ss. (già in *Dir. fall.*, 1941, I, 4 ss.)
- Profili processuali della nuova disciplina della simulazione, in Id., Scritti giuridici, II, Milano, Giuffrè, 2007, 1144 ss. (già in AA.VV., Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento, II, Milano, Giuffrè, 1951, 443 ss.)

ANGELONI VITTORIO, *Limiti d'esercizio delle revocatorie da parte dell'assuntore del concordato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 206 ss.

AQUILINO CORRADO, Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare, in Dir. fall., 2008, I, 576 ss.

ARMELI BEATRICE, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Milano, Giuffrè, 2014

AULETTA GIUSEPPE G., Revocatoria civile e fallimentare, Milano, Giuffrè, 1939

AZZOLINA UMBERTO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, UTET, 1953

— Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2° ed., II, Torino, UTET, 1961

BACCAGLINI LAURA, Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito, quando "in bonis", in Giur. it., 2019, 638 ss.

BALESTRA LUIGI, Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali, in Fall., 2017, 662 ss.

— Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale, in Fall., 2017, 1158 ss.

BARBIERA LELIO, Responsabilità patrimoniale: disposizioni generali (artt. 2740-2744), in Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2010

BASSI AMEDEO, La azione di simulazione nel codice antimafia e nelle procedure concorsuali, in Mario Campobasso et al. (diretto da), Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa, III, Torino, UTET Giuridica, 2014, 2523 ss.

BATTAGLIA ROBERTO, Actio pauliana e sopravvenuto fallimento: l'esclusione della (concorrente) legittimazione del creditore individuale e la legittimazione "sostitutiva" nelle azioni di massa. Un problema di scambi e binari?, in Dir. fall., 2009, II, 273 ss.

— Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta, Torino, Giappichelli, 2012

BAVETTA GIUSEPPE, Sui limiti della cessione delle azioni revocatorie all'assuntore del concordato fallimentare, in Dir. fall., 1963, I, 289 ss.

BECCARI DILMA, Crisi di impresa e responsabilità delle banche: i "perché" del difetto di legittimazione attiva degli organi concorsuali, in Corr. giur., 2012, 822 ss.

BENZI DANTE, Cessione dei crediti e modalità delle vendite, in Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani (a cura di), Fallimento e altre procedure concorsuali, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1249 ss.

BIANCARDI DIONIGI, CAVANA ROSSELLA, *II concordato fallimentare*, Padova, CEDAM, 1999

BIGIAVI WALTER, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 130 ss.

BOGGIO LUCA, *La legittimazione sostitutiva del curatore tra regola ed eccezione: il caso del danno da scissione*, in *Fall.*, 2016, 101 ss.

BONELLI FRANCO, Art. 146² I. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite, in Giur. comm., 1982, II, 780 ss.

BONELLI GUSTAVO, Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento, in Riv. dir. comm., 1905, II, 291 ss.

— Del fallimento (commento al Codice di Commercio), 3° ed., I-II, Milano, Vallardi, 1938

Bonsignori, Angelo, *Del concordato*, in Guido Uberto Tedeschi, Angelo Bonsignori, Umberto Santelli, *Della cessazione della procedura fallimentare, della riabilitazione civile: art. 118-145*, in Franco Bricola, Francesco Galgano, Gerardo Santini (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1977, 127 ss.

- *Il fallimento*, in Francesco Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale* e di diritto pubblico dell'economia, Padova, CEDAM, 1986
- Il fallimento delle società di capitali, in ID., Francesco Galgano, Il fallimento delle società, in Francesco Galgano (diretto da), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Padova, CEDAM, 1988

BRACCI ANTONELLO, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Milano, Giuffrè, 1974

BRIGUGLIO ANTONIO, GUERRERA FABRIZIO, *La cessione "autonoma" delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 499 ss.

CANDIAN AURELIO, Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore del concordato, in Riv. dir. comm., 1920, I, 459 ss.

CANGINI TITO, L'azione revocatoria della massa fallimentare esercitata dal creditore singolo e la cessione dell'azione revocatoria al garante del concordato, in Riv. dir. comm., 1940, II, 381 ss.

CARDACI GIACOMO, Per la legittimazione del creditore a proseguire o esperire ex novo l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. in pendenza di fallimento, in Dir. fall., 2018, I, 115 ss.

CARIDI VINCENZO, La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale, in Dir. fall., 2015, I, 573 ss.

CASELLI GIOVANNI, voce *Fallimento, Organi del fallimento*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989

CASTIELLO D'ANTONIO ALFONSO, Le azioni risarcitorie esercitabili dal curatore fallimentare nell'interesse della massa, in Bancaria, 2006, 52 ss.

CAVALAGLIO ADELMO, *sub* art. 129, in Alberto Jorio (diretto da), Massimo Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007

CECCHERINI ALDO, Questioni processuali nel subingresso del fallimento in revocatoria ordinaria anteriormente proposta dai creditori, in Fall., 1999, 1039 ss.

CEDERLE VIRGILIO, La Cassazione interviene sulla legittimazione passiva nella revocatoria fallimentare e la cessione in blocco ex art. 58 T.u.b.: una questione in bilico tra principi legali e convenzionali, in Riv. dott. comm., 2010, 869 ss.

CENNERAZZO SARA, Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite, in Riv. dir. comm., 2007, 2 ss.

CENSONI PAOLO FELICE, *Il concordato fallimentare*, in Sido Bonfatti, Paolo Felice Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, CEDAM, 2007

CHIOVENDA GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, Jovene, 1935

CICCONI ENNIO, L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite, in Giust. civ., 1998, II, 523 ss.

CONSOLO CLAUDIO, La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa, in Riv. dir. proc., 1998, 391 ss.

- Ancora sulla revocatoria ordinaria «incidentale» nel fallimento: di alcune benvenute messe a fuoco giurisprudenziali sulla legittimazione concorrente, in Giur. comm., 2001, II, 318 ss.
- Spiegazioni di diritto processuale civile, 11° ed., I-II, Giappichelli, Torino, 2017

CONSOLO CLAUDIO, MONTANARI MASSIMO (*1958), La revocatoria ordinaria nel fallimento e le questioni di prescrizione (recte, decadenza), in Corr. giur., 2005, 399 ss.

COTTINO GASTONE, nota senza titolo, in *Giur. it.*, 2006, 1423 ss.

Curtò Mauro, Pagamenti preferenziali: responsabilità degli amministratori e legittimazione del curatore fallimentare, in Resp. civ. prev., 2017, 1900 ss.

D'ALESSANDRO FLORIANO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1972

D'ATTORRE GIACOMO, Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta", in Riv. dir. comm., 2015, II, 59 ss.

DE FERRA GIAMPAOLO, Manuale di diritto fallimentare, 3° ed., Milano, Giuffrè, 2002

DE LUCA NICOLA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità. Spunti di riflessione*, in *Fall.*, 2018, 945 ss.

DE MARTINI ANGELO, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, 119 ss.

- Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori, in Riv. dir. proc., 1946, 95 ss.
- Legittimazione processuale del fallito, in Giur. compl. Cass. civ., 1947, III, 388 ss.
- Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali, Milano, Giuffrè, 1956

DE MATTEIS STANISLAO, Obbligazione restitutoria e condanna alla consegna nella revocatoria fallimentare, in Fall., 2006, 412 ss.

DE SANTIS FRANCESCO, La cessione delle azioni di massa, in Fall., 2008, 1121 ss.

— *Il tribunale fallimentare*, in Alberto Jorio, Bruno Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, Giuffrè, 2014, 623 ss.

— Le azioni che derivano dal fallimento, in Antonio Didone (a cura di), La riforma delle procedure concorsuali, I, Milano, Giuffrè, 2016, 325 ss.

DE SEMO GIORGIO, *Perdita della legittimazione processuale del fallito e suoi limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 312 ss.

— Diritto fallimentare, 5° ed., Padova, CEDAM, 1968

DEL VECCHIO FRANCESCO, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*, Milano, Giuffrè, 1998

DEVOTO LUIGI, L'assuntore e la cessione delle revocatorie, Milano, Giuffrè, 1980

DI CATALDO VINCENZO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, Giuffrè, 1976

- La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare: diritti dell'assuntore e diritti del revocato, in Giur. comm., 1981, II, 921 ss.
- L'assuntore del concordato fallimentare e le inefficacie ex lege di cui agli artt. 64–65 l. fall., in Giur. comm., 1985, II, 452 ss.
- DI LAURO ATTILIO, Azioni revocatorie e azioni di revocazione in favore dell'assuntore del concordato fallimentare, in Dir. fall., 1966, II, 299 ss.
- Il fallimento è causa di interruzione del processo?, in Dir. fall., 1969, II, 507 ss.
- DI SABATO FRANCO, L'assuntore di concordato fallimentare, Napoli, Jovene, 1960
- voce *Concordato fallimentare*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988

DIMUNDO FRANCESCO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019

DOMINEDÒ FRANCESCO M., L'esercizio delle azioni revocatorie dopo la chiusura del fallimento, in Riv. dir. proc. civ., 1935, II, 99 ss.

DONGIACOMO GIUSEPPE, Le azioni di responsabilità nel fallimento, in Paolo Celentano, Eugenio Forgillo (a cura di), Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme, Torino, UTET Giuridica, 2008, 877 ss.

ESPOSITO CIRO, L'azione risarcitoria "di massa" per «concessione abusiva di credito, in Fall., 2005, 857 ss.

— La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili, in Fall., 2006, 1128 ss.

Fabiani Massimo, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, in *Foro it.*, 2003, I, 3027 ss.

- Contratto e processo nel concordato fallimentare, Torino, UTET Giuridica, 2009
- Diritto fallimentare. Un profilo organico, Bologna, Zanichelli, 2011
- L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive, Milano, Giuffrè, 2015
- L'azione revocatoria ordinaria nella liquidazione giudiziale, in Nuove leggi civ. comm., 2019, 1420 ss.

FARENGA LUIGI, La cessione delle azioni di massa nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/99 (c.d. Prodi-bis), in Dir. fall., 2010, I, 319 ss.

FAUCEGLIA GIUSEPPE, La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche e la successione nei rapporti contrattuali, in Banca borsa tit. cred., 1997, I, 453 ss.

- L'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, in Giur. comm., 1997, I, 329 ss.
- Brevi note sul risarcimento dei danni per pagamenti preferenziali, in Soc., 2017, 598 ss.

FAVA RICCARDO, Abusiva concessione di credito e legittimazione ad agire del curatore fallimentare: verso l'azione risarcitoria di "massa", in Dir. fall., 2011, II, 405 ss.

FEDERICO GUIDO, *Posizione processuale del curatore nell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 2003, 501 ss.

FERRARA FRANCESCO, Il fallimento, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1974

FERRARI MARIANGELA, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in Corr. giur., 2006, 419 ss.

FERRI GIUSEPPE, JR., Impresa in crisi e garanzia patrimoniale, in AA.VV., Diritto fallimentare. Manuale breve, Milano, Giuffrè, 2008

— Le pretese del terzo revocato nel fallimento, Milano, Giuffrè, 2011

FIORE STEFANO, Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime, in Fall., 2017, 153 ss.

GALANTI ENRICO, Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività di una banca in liquidazione coatta e tutela della par condicio: una questione aperta, in Banca borsa tit. cred., 1997, II, 617 ss.

— La limitazione di responsabilità del cessionario di attività e passività di una banca in liquidazione coatta ai debiti risultanti dallo stato passivo, in Fall., 2002, 411 ss.

— Sulla legittimazione processuale nelle liti oggetto di cessione nell'ambito della liquidazione coatta bancaria, in Banca borsa tit. cred., 2004, I, 133 ss.

GALLETTI DANILO, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, il Mulino, 2006

GARBAGNATI EDOARDO, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1942

GHIDINI MARIO, Sul curatore del fallimento (riflessi della dottrina della rappresentanza e della surrogazione), in Temi emil., 1933, 41 ss.

GIANI SILVIA, *Il giudizio di omologazione*, in Paolo Giovanni Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 187 ss.

GUERRERA FABRIZIO, Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare, in Fall., 2008, 1081 ss.

GUGLIELMUCCI LINO, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fall.*, 2007, 1044 ss.

INZITARI BRUNO, Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso della concessione e rottura del credito, in Banca borsa tit. cred., 2001, I, 265 ss.

- L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in Soc., 2007, 462 ss.
- Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto, in Dir. fall., 2017, I, 720 ss.

INZITARI BRUNO, DEPETRIS ELENA, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 1035 ss.

JACHIA GIORGIO, *Gli effetti del concordato*, in Paolo Giovanni Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 261 ss.

JORIO ALBERTO, *Sulla cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 290 ss.

- Le crisi d'impresa. Il fallimento, in Giovanni Iudica, Paolo Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, Milano, Giuffrè, 2000
- Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore, in Giur. comm., 2018, II, 262 ss.

JORIO ALBERTO, AMBROSINI STEFANO, Cessione di azienda bancaria e responsabilità per debiti derivanti da azioni revocatorie di rimesse in conto corrente, in Giur. it., 2002, 1535 ss.

LA LICATA DONATELLA, La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario, in Quad. giur. Banca d'Italia, 45, 1997

LAMANNA FILIPPO, *I rapporti giuridici pendenti*, in Alberto Jorio, Bruno Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, Giuffrè, 2014, 369 ss.

LANDOLFI GUGLIELMO, Brevi riflessioni in tema di competenza del tribunale fallimentare (art. 24 legge fallim.) ed azioni di responsabilità nel fallimento di s.p.a. (art. 146 legge fallim.), in Dir. fall., 2017, II, 245 ss.

LATELLA DARIO, La cessione delle azioni "di pertinenza della massa" nel sistema di realizzazione concorsuale dell'attivo, in Dir. fall., 2014, I, 24 ss.

LIBERTINI MARIO, Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica, in Giur. comm., 1977, I, 84 ss.

— Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi e la tutela della concorrenza, in Giur. cost., 2006, 1551 ss.

LICCI PAOLA, *Un'azione derivata: tra tutela della società e tutela dei creditori*, in *Corr. giur.*, 2007, 1734 ss.

LO CASCIO GIOVANNI, Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione, in Giust. civ., 1999, I, 736 ss.

LUNETTI CHIARA, I rischi di ambiguità nella nozione autonoma di azione ancillare nel Regolamento (UE) 2015/848, in Fall., 2019, 749 ss., spec. pp. 751 ss.

LUPOI MICHELE, Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione, in Luigi Balestra (a cura di), Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, Milano, Giuffrè, 2016, 335 ss.

MACARIO FRANCESCO, Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie promosse nel corso del piano di ristrutturazione dell'impresa in crisi e sistema della responsabilità patrimoniale: cronaca di una frattura annunciata?, in Banca borsa tit. cred., 2006, II, 440 ss.

MAFFEI ALBERTI ALBERTO, Il danno nella revocatoria, Padova, CEDAM, 1970

- La "funzione" della revocatoria fallimentare, in Giur. comm., 1976, I, 362 ss.
- *sub* art. 124, in Id., *Commentario breve alla legge fallimentare*, 5° ed., Padova, CEDAM, 2009, 717 ss.

MAIENZA MARIO, Fallimento del debitore ed azione revocatoria ordinaria preesistente: le possibili scelte del curatore secondo le Sezioni Unite, in Fall., 2009, 543 ss.

MANCUSO RICCARDO, Come acquisire al fallimento i beni oggetto dell'atto revocato, in Dir. fall., 1967, I, 547 ss.

MARCINKIEWICZ ANDREA, Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito, in Fall., 2011, 308 ss.

MAZZOCCA DOMENICO, La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale, in Dir. fall., 1981, II, 577 ss.

— Manuale di diritto fallimentare, 3° ed., Napoli, Jovene, 1996

MINNECI UGO, Il regime dei debiti nell'ambito delle cessioni aggregate di cui alla liquidazione coatta bancaria, in Banca borsa tit. cred., 2010, II, 520 ss.

MONTANARI MASSIMO (*1957), Sull'ammissione al passivo del terzo contraente revocato, in Dir. fall., 1982, I, 412 ss.

Montanari Massimo (*1958), *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, CEDAM, 1991

- Il difficile nodo della procedibilità in costanza di fallimento delle azioni revocatorie anteriormente promosse, in Fall., 2001, 328 ss.
- Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo del curatore, in Fall., 2004, 744 ss.
- Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma, in Giur. comm., 2015, I, 94 ss.

Montessori Roberto, La cessione delle azioni di nullità derivanti dagli articoli 707, capoverso, e 709 codice di commercio al fideiussore del fallito nel concordato, in Giur. it., 1919, I-1, 1083 ss.

NAPOLITANO ANGELO, L'impatto dell'art. 43, terzo comma, L. fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento, in Dir. fall., 2017, II, 185 ss.

NARDECCHIA GIOVANNI B., L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite, in Dir. fall., 2006, II, 630 ss.

NATOLI UGO, BIGLIAZZI GERI LINA, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria). Appunti delle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1974

NIGRO ALESSANDRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 219 ss.

- Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" di credito e di legittimazione del curatore fallimentare, in Dir. banca merc. fin., 2002, I, 294 ss.
- La responsabilità della banca nell'erogazione del credito, in Soc., 2007, 437 ss.
- La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi", in Giur. comm., 2011, I, 305 ss.

NIGRO ALESSANDRO, VATTERMOLI DANIELE, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4° ed., Bologna, il Mulino, 2017

NISIVOCCIA NICCOLÒ, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 969

PACCHI STEFANIA, Chi e quando si può presentare una proposta di concordato fallimentare, in Id. (a cura di), Il concordato fallimentare, Milano, IPSOA, 2008, 33 ss.

— Il concordato fallimentare, in Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani (a cura di), Fallimento e altre procedure concorsuali, II, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1371 ss.

PAGNI ILARIA, La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela, in Soc., 2007, 442 ss.

— Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, in Fall., 2007, 1037 ss.

PAJARDI PIERO, La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione dopo il fallimento del debitore, in Riv. dir. civ., 1958, II, 599 ss.

- I fondamenti ideologici della costituzione degli organi dei processi esecutivi concorsuali, in Dir. fall., 1993, I, 403 ss.
- Manuale di diritto fallimentare, 4° ed., Giuffrè, Milano, 1993

PAJARDI PIERO, BOCCHIOLA MANUELA, GOCINI CARMEN, PAJARDI GIUSEPPE, *Il curatore del fallimento. Ruoli, funzioni, compiti, facoltà, responsabilità del curatore e delle figure affini*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1995

PANZANI LUCIANO, *Parità di trattamento tra i creditori e tutela della concorrenza*, in *Fall.*, 2006, 766 ss.

— Circolazione dei crediti, cessione delle revocatorie e concordato fallimentare, in Dir. fall., 2009, I, 29 ss.

PAVONE LA ROSA ANTONIO, *Nuove prospettive della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1979, I, 116 ss.

Pelle Lorenzo, *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Soc.*, 2011, 1459 ss.

Pellegrino Giuseppina, Sulla cessione delle azioni revocatorie all'assuntore: successione nel rapporto o sostituzione processuale?, in Banca borsa tit. cred., 1978, II, 335 ss.

PERRINO ANGELINA MARIA, Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza, in Fall., 2007, 779 ss.

PERRINO MICHELE, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, Giappichelli, 2005

— Cessioni "individuali" e "in blocco" dei diritti controversi come modalità liquidatoria concorsuale, in Dir. fall., 2009, I, 51 ss.

PISCITELLO PAOLO, Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore, in Riv. dir. civ., 2010, I, 655 ss.

POLI STEFANO, Il giudizio di costituzionalità dell'art. 6 della "Legge Marzano": la Corte riconosce la legittimità delle revocatorie fallimentari nelle procedure di "risanamento oggettivo", in Corr. giur., 2006, 1232 ss.

POLLASTRO IRENE, Azioni di responsabilità nella procedura fallimentare: profili applicativi, in Giur. it., 2016, 1422 ss.

PORRECA PAOLO, Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore, in Soc., 2011, 703 ss.

PORTALE GIUSEPPE B., "Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una sede o filiale" e responsabilità per i debiti da revocatoria fallimentare di rimesse in conto corrente, in Banca borsa tit. cred., 1989, I, 1 ss.

PRATIS CARLO MARIA, *Della tutela dei diritti (Artt. 2740-2783)*, in AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, Torino, UTET, 1976

PROTO CESARE, Abitazione personale del fallito e legittimazione processuale, in Fall., 2009, 30 ss.

PROVINCIALI RENZO, Le "azioni di ricupero" nel fallimento, in AA.VV., Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, III, Padova, CEDAM, 1958, 553 ss.

— Manuale di diritto fallimentare, 5° ed., II, Milano, Giuffrè, 1970

PROVINCIALI RENZO, RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988

RAGO GEPPINO, Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza, 2° ed., Padova, CEDAM, 2006

— La cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare, in Fall., 1999, 615 ss.

RAMELLA AGOSTINO, Trattato del fallimento, Milano, Società editrice libraria, 1903

RASCIO NICOLA, La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento, in Giur. comm., 2013, I, 146 ss.

REDENTI ENRICO, Sui trasferimenti delle azioni civili, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 74 ss.

RESCIGNO MATTEO, Le leggi Parmalat al vaglio della Corte Costituzionale, in Corr. giur., 2006, 1237 ss.

RICCI EDOARDO F., Revocatoria fallimentare del trasferimento di bene fruttifero e restituzione dei frutti, in Giur. comm., 1982, I, 53 ss.

- Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento, in Quadrimestre, 1987. 7 ss.
- Lezioni sul fallimento, 2° ed., I, Milano, Giuffrè, 1997
- Lezioni sul fallimento, II, Milano, Giuffrè, 1998

RICCIARDIELLO EDGARDO, La prescrizione dell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare verso gli amministratori di società di capitali, in Giur. comm., 2009, II, 312 ss.

ROBLES MARIANO, Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto, in Banca borsa tit. cred., 2002, II, 274 ss.

— Abusivo finanziamento bancario e curatela fallimentare: la "nomofilachia economica" delle Sezioni Unite, in Rass. dir. civ., 2006, 1154 ss.

RUSSO LIBERTINO ALBERTO, Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito, in Dir. fall., 2006, II, 615 ss.

SANDRELLI GIANGIACOMO, *Disciplina penale e processuale*, in Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, UTET Giuridica, 2009, 1955 ss.

SANDULLI MICHELE, *sub* art. 106, in Alessandro Nigro, Michele Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, Giappichelli, 2006, 634 ss.

SANZO SALVATORE, Azione di simulazione proposta dal curatore fallimentare: nullità della citazione, opponibilità delle eccezioni nascenti dal contratto, competenza del tribunale fallimentare, legittimazione attiva ed interesse ad agire, in Giur. it., 1991, I-B, 519 ss.

SATTA SALVATORE, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 316 ss.

- Diritto fallimentare, Padova, CEDAM, 1974
- *Diritto fallimentare*, 3° ed. aggiornata ed ampliata da Romano Vaccarella e Francesco P. Luiso, Padova, CEDAM, 1996

SCHEGGI ROBERTO, Appunti di diritto fallimentare, Padova, CEDAM, 1932

SCHERILLO ANTONIO, GIOFFRÉ GIANLUCA, Risarcimento del "danno" da pagamenti preferenziali pre-fallimentari. Riflessioni minime sulla sussistenza di un'azione di massa, in Riv. dir. comm., 2018, II, 760 ss.

SCHIAVON GIOVANNI, Il concordato con assunzione, in Fall., 1989, 153 ss.

— Fusione per incorporazione, cessione d'azienda bancaria e azione revocatoria fallimentare, in Dir. fall., 2001, II, 999 ss.

Schiera Maria Rita, Cessione di azienda bancaria e posizioni giuridiche connesse: l'azione revocatoria fallimentare, in Banca borsa tit. cred., 2004, II, 45 ss.

SCRIBANO CARLA, *La cessione delle azioni di massa*, in Paolo Giovanni Demarchi (a cura di), *Il concordato fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2008, 21 ss.

SPIOTTA MARINA, La posizione del curatore fallimentare nel giudizio di simulazione, in Giur. it., 2003, 941 ss.

- Limiti alla legittimazione processuale attiva del curatore fallimentare: profili applicativi, in Dir. fall., 2003, I, 453 ss.
- *sub* art. 210, in Alberto Jorio (diretto da), Massimo Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007
- Il curatore "affina le armi", in Giur. comm., 2017, I, 448 ss.

STAUNOVO-POLACCO EDOARDO, Revocatoria fallimentare dei pagamenti dei crediti privilegiati ed insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 70, secondo comma, I. fall., in www.ilcaso.it. 2019

— I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore, in Fall., 2020, 537 ss.

TARZIA GIORGIO, L'interesse ad agire ed il "danno" come condizioni, o presupposti di merito, dell'azione revocatoria fallimentare, in Foro it., 2001, I, 1665 ss.

- Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali, Milano, IPSOA, 2003
- La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma, in Fall., 2008, 861 ss.

TERRANOVA GIUSEPPE, *L'assuntore di concordato fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1976

- Profili dell'attività bancaria, Milano, Giuffrè, 1989
- Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte generale, in Franco Bricola, Francesco Galgano (a cura di), Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1993
- La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo, in Eur. dir. priv., II, 2002, 511 ss.
- La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, in Banca borsa tit. cred., 2014, I, 523 ss.

TOMMASINI DAMIANO, Conferimento d'azienda bancaria e debito da revocatoria, in Riv. dir. civ., 2002, II, 421 ss.

Trentini Carlo, *Ipotesi di conflitto tra massa dei creditori e terzi*, in *Fall.*, 2004, 46 ss.

TRISORIO LIUZZI GIUSEPPE, Note in tema di legittimità costituzionale delle azioni revocatorie nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, in Riv. dir. proc., 2007, 1618 ss.

— Cessione delle azioni di massa nel fallimento, in Fall., 2009, 774 ss.

VASSALLI FRANCESCO, Diritto fallimentare, I, Torino, Giappichelli, 1994

— Titolo e contenuto del credito conseguente all'inefficacia degli atti pregiudizievoli alla massa fallimentare (art. 71 l. fall.), in Riv. dir. impr., 1995, 187 ss.

VATTERMOLI DANIELE, Cessione di attività e passività e azione di responsabilità nei confronti dei membri dei cessati organi amministrativi e di controllo di una banca in I.c.a., in Dir. banca merc. fin., 1998, I, 489 ss.

- Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco di una banca in l.c.a.: criteri per l'individuazione del discrimen, in Dir. banca merc. fin., 1999, I, 394 ss.
- La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali, in Giur. comm., 2001, I, 223 ss.
- Le cessioni "aggregate" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, Milano, Giuffrè, 2001
- La "cessione" delle revocatorie, in Giur. comm., 2009, I, 448 ss.

VINCRE SIMONETTA, Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria, in Fall., 2004, 525 ss.

VISCUSI AMALITA, Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità, in Banca borsa tit. cred., 2004, II, 648 ss.

VOCINO CORRADO, Il fallito nel suo processo, in Dir. fall., 1972, I, 249 ss.

WIDMANN PAOLA, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015

ZANICHELLI VITTORIO, La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169, Torino, UTET Giuridica, 2008

— L'amministrazione straordinaria, in Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani (a cura di), Fallimento e altre procedure concorsuali, III, Torino, UTET Giuridica, 2009, 2009 ss.

ZINGALES IGNAZIO, Osservazioni in tema di proponibilità, da parte del curatore fallimentare, dell'opposizione di terzo "semplice", in Dir. fall., 2017, I, 736 ss.