

Legittimazione ad agire

Fallimento e nullità del contratto

Tribunale di Milano, Sez. Fall., 11 settembre 2012 - Giud. D'Aquino - I.L.V.I. S.r.l. c. Fall. I. S.r.l. in liquidazione, M.D.L. S.r.l., B.I. S.p.a., C.A. S.p.a., A.P. S.n.c. di A.S. & c., E. S.r.l., P.F.P. S.r.l.

Fallimento - Società - Patrimonio concorsuale - Atto dispositivo del curatore - Accertamento della nullità - Socio unico - Interesse ad agire - Insussistenza

(cod. civ. art. 1421; cod. proc. civ. art. 100)

Il socio unico di società a responsabilità limitata dichiarata fallita è privo della legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 1421 c.c. per la dichiarazione di nullità di un atto dispositivo del patrimonio fallimentare (nella specie: un atto di divisione di bene immobile) che sia stato posto in essere dalla curatela fallimentare previa autorizzazione del giudice delegato, atteso che il socio, in quanto tale, non è titolare di un interesse diretto ed immediato alla conservazione della consistenza economica del patrimonio sociale, ma di un interesse di mero fatto che consente l'esercizio dei soli rimedi interni all'organizzazione sociale, precludendo invece l'esperimento di rimedi esterni volti, in particolare, ad ottenere l'accertamento giudiziale della nullità dell'atto dispositivo del patrimonio sociale.

Il Tribunale (omissis).

1.1 - ILVI, socio unico della fallita I. S.r.l., fonda il proprio titolo ad agire in virtù dell'acquisto delle quote della società fallita I. S.r.l. in data 27 aprile 2004, acquisto avvenuto dopo circa un mese dalla stipulazione della contestata divisione del 19 marzo 2004, la cui impugnazione costituisce il cuore dell'azione proposta da parte attrice, laddove le ulteriori domande appaiono strumentali alla declaratoria della nullità della divisione in oggetto. E rispetto all'atto di divisione ILVI, segnatamente nell'ultima comparsa conclusionale, rimarca la propria posizione di terzo interessato a far valere la nullità di detti atti a termini dell'art. 1421 c.c.; terzo, pertanto, sia rispetto alla curatela del fallimento, sia rispetto alla società fallita (e al suo liquidatore, in carica pendente il fallimento non costituendo il fallimento causa di estinzione della società). Non è stato evocato in giudizio il liquidatore della società fallita, non essendo questi parte di alcuno degli atti impugnati. Né risulta che il liquidatore abbia fatto propria l'azione proposta dal socio. Né risulta che il socio, benché socio unico, abbia convocato l'assemblea per sostituire il liquidatore. La sentenza non definitiva del Tribunale di Milano 20 aprile-10 maggio 2007, n. 5734 ha deciso la domanda n. 1 proposta dall'attore, concernente l'impugnativa dei decreti di trasferimento del G.D. in data 25 settembre 2002, 9 ottobre 2002 e 22 ottobre 2002 in favore delle convenute M.D.L. S.r.l., A.P. di A.S. & c. S.n.c., E. S.r.l. e P.F.P. S.r.l.

Oggetto del presente giudizio - nel quale è stata disposta C.T.U. parzialmente rinnovata a seguito delle due rimessioni in istruttoria - sono, pertanto, le ulteriori domande:

1) domanda di accertamento della nullità/annullabilità,

inopponibilità alla società fallita del decreto del G.D. in data 4-9 dicembre 2003 (non oggetto di pronuncia in sede di sentenza del 10 maggio 2007) avente ad oggetto l'autorizzazione del curatore del fallimento a sottoscrivere un progetto di divisione, autorizzazione basata su un parere tecnico del C.T.U. del Fallimento in data 24 novembre 2003;

2) domanda di accertamento di nullità/inefficacia, inopponibilità alla società fallita I. S.r.l. del contratto di compravendita in data 13 febbraio 2003 dalle convenute E. S.r.l. e P.F.P. S.r.l. (venditrici) a M.D.L. S.r.l. (acquirente) relativo all'area identificata come lotto n. 13 nel successivo atto di divisione in data 19 marzo 2004;

3) domanda di accertamento della nullità/inefficacia, inopponibilità alla società fallita e all'attore dell'atto di "convenzione e divisione" in data 19 marzo 2004, corrente tra il Fallimento I. S.r.l. in liquidazione, B.I. S.p.a. (rappresentato in quell'occasione dal legale rappresentante di A.P. S.n.c.), C.A. S.p.a. e M.D.L. S.r.l.

Non sono oggetto di impugnazione altre due compravendite, una anch'essa in data 13 febbraio 2003 da E. S.r.l. e P.F.P. S.r.l. a C.A. S.p.a. e l'altra in data 9 settembre 2003 da A.P. S.n.c. a B.I. S.p.a., contratti menzionati nell'atto di convenzione e divisione del 19 marzo 2004.

In via gradata sono state proposte:

4) domanda di manleva di B.I. S.p.a., verso A.P. di A.S. & c. S.n.c. di restituzione del prezzo per evizione, oltre il risarcimento del danno;

5) domanda di manleva di E. S.r.l. e P.F.P. S.r.l. nei confronti di Fallimento I. S.r.l.

1.2 - Con riferimento alle domande principali va esaminata preliminarmente l'eccezione di difetto di interesse ad agire di parte attrice e/o di difetto di legittimazione

attiva, eccezione articolata sostanzialmente da tutte le parti convenute (compreso il fallimento convenuto) a vario titolo. Il difetto di legittimazione attiva e/o di interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., questioni che attengono al merito, vengono dedotti - eccettuata la posizione di A.P. S.n.c., che non deduce propriamente una questione di difetto di legittimazione attiva, bensì di difetto di legittimazione passiva - sotto quattro profili distinti.

Il primo profilo, diffusamente trattato dai convenuti (di gran lunga il più complesso), attiene al difetto dell'interesse dell'attore ad impugnare per nullità i ridetti tre atti - il decreto del G.D. in data 9 dicembre 2013 quale atto autorizzatorio strumentale alla stipulazione del successivo atto negoziale del 19 marzo 2004, uno dei due contratti di compravendita in data 13 febbraio 2003 quale atto negoziale anch'esso strumentale alla stipulazione della divisione del 19 marzo 2004 e la divisione medesima - a termini di quanto dispone l'art. 1421 c.c. ("la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse").

Il difetto di legittimazione attiva ovvero di carenza dell'interesse ad agire *ex artt.* 100 c.p.c., 1421 c.c. viene, a sua volta, declinato sotto tre distinti temi di discussione.

1) ILVI, in quanto socio di società dichiarata fallita, non sarebbe portatore di un interesse immediato e diretto alla tutela dell'integrità del patrimonio sociale, ma di un interesse indiretto o di mero fatto, circostanza questa sulla quale si è, tra l'altro, soffermata (benché sommariamente) l'ordinanza del Tribunale di Milano del 19 maggio 2006 pronunciata *ex art.* 669 *terdecies* c.p.c. Diretti interessati alla tutela dell'integrità del patrimonio sociale sarebbero in caso di fallimento, secondo tale impostazione, i creditori del fallimento.

Seguendo tale impostazione dovrebbe dedursi che la questione della impugnazione della stipulazione di atti lesivi dell'integrità del patrimonio sociale sarebbe interesse dei creditori (oltre che del comitato dei creditori) e, gradatamente, del legale rappresentante della società fallita, per cui dovrebbe essere dagli stessi dedotta in sede di impugnazione degli atti autorizzatori del G.D., ovvero di impugnazione degli atti del curatore *ex art.* 36 l.fall., ovvero ancora sollevata incidentalmente in sede di approvazione del rendiconto del curatore *ex art.* 116 l.fall. e - laddove il fallimento dovesse chiudersi per assenza di domande (questione dedotta dall'attore in sede di introduzione del giudizio relativamente alla quale non vi è stata specifica contestazione delle parti convenute), ancorché rinunciate - la questione resterebbe (al più) di pertinenza del legale rappresentante della società fallita in sede di osservazioni al conto di gestione, benché al solo scopo di far valere diritti risarcitori nei confronti della curatela del fallimento, non anche impugnando gli atti negoziali compiuti.

2) Sulla scia (potrebbe predicarsi) delle presenti considerazioni che vedono il socio (unico) della società fallita privato di azione di impugnativa negoziale nei confronti degli atti compiuti dal curatore, viene dedotto dal convenuto B.I. S.p.a. che ILVI, quale socio di società fallita, quand'anche avesse un interesse immediato e diretto alla tutela dell'integrità del patrimonio sociale (il che sarebbe da dimostrare), non avrebbe titolo ad impugnare gli

atti negoziali compiuti da terzi (il curatore del fallimento previo decreto di autorizzazione del G.D. in data 9 dicembre 2003, anch'esso impugnato quale atto prodromico alla stipula del successivo atto negoziale del 19 marzo 2004), non diversamente dal socio di società *in bonis* che, pur legittimato ad impugnare la delibera assembleare lesiva dei propri interessi, non potrebbe impugnare l'atto negoziale stipulato dal terzo; per cui - deduce B.I. S.p.a. - apparirebbe distonico che questa tutela (impugnazione degli atti stipulati dal curatore del fallimento) possa essere concessa al socio della società dichiarata fallita che, invece, in tesi non ha un interesse immediato e diretto alla tutela del patrimonio sociale ma solo un interesse indiretto, mediato dall'interesse al migliore realizzo liquidatorio.

3) Come argomentato a più riprese dal convenuto B.I. S.p.a., non vi sarebbe interesse di ILVI ad agire in concreto, posto che l'attore ripete il proprio interesse e/o la propria legittimazione attiva dall'acquisto delle quote sociali della società fallita con atto in data 27 aprile 2004, avvenuto in epoca successiva alla stipula dell'atto di "convenzione e divisione" in data 19 marzo 2004. Pertanto - deduce il ridetto convenuto - all'atto dell'acquisto delle quote della società (fallita), i beni erano già fuoriusciti dal patrimonio sociale, per cui i beni ceduti in sede di atto di divisione sarebbero stati privi di determinazione causale sulla determinazione del prezzo delle quote acquistate in data 27 aprile 2004. Argomentazione, questa, suggestiva in quanto sovrappone all'interesse ad impugnare per nullità un atto *inter alios* questioni, pregnanti in termini di analisi economica, relative alla onerosità dell'acquisto del titolo che legittima attivamente l'attore (la qualità di socio della società fallita), nonché alla eventuale presupposizione che avrebbe indotto l'attore a rendersi acquirente delle suddette quote sociali. Sicché, pare di leggere tra le righe, non apparirebbe meritevole di tutela un interesse meramente locupletatorio dell'attore in quanto basato sulla indimostrata sussistenza della presupposizione della persistenza nel patrimonio della fallita dei beni immobili oggetto di divisione al fine del perfezionamento dell'acquisto del titolo che legittima l'attore ad agire in giudizio.

Gli altri tre profili di difetto di interesse attengono a questioni attinenti all'infondatezza della domanda (se non alla nullità dell'atto di citazione per indeterminazione della domanda *ex art.* 163, nn. 3, 4, c.p.c., deduzione non specificamente formulata da alcuna parte). Il secondo profilo - sostenuto in particolare da M.D.L. S.r.l. - attiene alla mancata deduzione delle norme inderogabili che sarebbero state violate dai convenuti nella stipulazione degli atti negoziali (di qui in prospettiva la non dedotta nullità dell'atto di citazione) e, in particolare, in sede di atto di divisione del 19 marzo 2004, questione relativamente alla quale l'attore deduce, sin dall'introduzione del giudizio, il proprio interesse in virtù del fatto che difetterebbe un qualunque preesistente stato di comunione relativamente ai beni oggetto di divisione. Detto profilo concerne propriamente la fondatezza dell'azione di nullità e che ILVI ha sviluppato individuando profili di nullità attinenti alle norme fallimentari, civili-

stiche e urbanistiche. Il terzo profilo (sostenuto anche dal fallimento convenuto) attiene alla non deducibilità dei profili di nullità esposti da ILVI trattandosi di vendita forzata per la quale opererebbe l'art. 2929 c.c. che preclude ogni rilevanza ai fini della stabilità dell'acquisto delle questioni attinenti a eventuali nullità degli atti presupposti. L'ultimo profilo attiene esclusivamente all'impugnazione del decreto autorizzatorio del 9 dicembre 2003, per il quale si sostiene l'inesistenza di alcun collegamento, ancorché negoziale, con il successivo atto di divisione del 19 marzo 2004.

Nel caso in cui si ritenga faccia difetto l'interesse ad agire ex art. 1421 c.c. va esaminato se detta nullità, ove emergente dagli atti di causa, possa essere rilevata di ufficio dal giudice, come sollecitato dall'attore nel corso del giudizio, nel corso di un giudizio volto espressamente alla declaratoria della nullità di due atti negoziali e di un decreto giudiziale autorizzatorio di uno di essi (oltre che di impugnazione dei ridetti atti sotto ulteriori profili).

1.3 - Preliminarmente deve stabilirsi se ILVI, in qualità di socio di una società dichiarata fallita, pendente il fallimento, abbia interesse a impugnare ex art. 1421 c.c. un atto di "convenzione e divisione" stipulato dal curatore del fallimento e da terzi e alcuni atti (negoziali e giudiziari) ad esso prodromici, sul presupposto dell'interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (temi 1 - 2 *supra* 1.2). La questione viene affrontata sotto il profilo della legittimazione attiva di ILVI a far valere la posizione di terzo interessato ex art. 1421 c.c., benché la questione sia sovrapponibile al correlato argomento dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

ILVI valorizza alcuni precedenti di legittimità (segnatamente Cass., Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2510), secondo cui la nullità può essere fatta valere ai sensi dell'art. 1421 c.c. da chiunque vi abbia interesse, sul presupposto - peraltro - che il soggetto chela deduca assolva l'onere di provare la sussistenza di un proprio interesse concreto ad agire (diretto ed attuale), attraverso la dimostrazione della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale di una propria posizione soggettiva ed il conseguente danno della propria sfera giuridica. In mancanza della dimostrazione di un interesse siffatto l'azione non può essere proposta in funzione di un fine generale di attuazione della legge (in tal senso Cass., Sez. II, 15 aprile 2002, n. 5420). ILVI assume che il Tribunale si sarebbe già pronunciato in sede di ordinanza ex art. 669 *terdecies* c.p.c. circa la sussistenza dell'interesse ad agire e deduce la sussistenza dell'interesse ad agire dal diritto del socio di S.r.l. a tutelarsi dalla riduzione del valore della propria partecipazione sociale totalitaria agendo a tutela del valore economico della medesima. Deduce l'inapplicabilità nel caso di specie degli strumenti di controllo "interno" che comunemente competono al socio di S.r.l. in quanto il contratto non è stato stipulato nel caso di specie dall'organo gestorio ma dalla curatela del fallimento. Aggiunge ILVI l'argomento - fondato su considerazioni di giuridicità sostanziale - che ove difettasse la legittimazione attiva e/o l'interesse dell'attore, la "riltanza" degli organi fallimentari ad impugnare detti atti precluderebbe l'accertamento giudiziale della dedotta an-

tigiuridicità degli atti medesimi, anche in considerazione del fatto che alla legale rappresentante della società fallita (nella specie, liquidatore) sarebbe consentito compiere unicamente atti strettamente necessari alla liquidazione, tra i quali non sarebbe ricompreso un giudizio di impugnazione negoziale.

1.4 - Le argomentazioni di parte attrice non appaiono persuasive e non sono confortate dai precedenti di legittimità.

Si osserva, in proposito, come la Suprema Corte, pronunciandosi recentemente in materia di legittimazione al reclamo ex art. 26 l.fall. avverso provvedimenti liquidatori del G.D., ha escluso che i soci della società fallita - e in questo diversamente da quest'ultima - non sono legittimati a proporre reclamo ex art. 26 l.fall. avverso il provvedimento del giudice delegato che abbia negato la sospensione della vendita coattiva dei beni sociali, sul presupposto che i soci della società fallita sono privi di alcun diritto reale su quei beni, e perciò privi di interesse ex art. 100 c.p.c., bensì sono titolari di un mero interesse di fatto alla conservazione del patrimonio sociale. (Cass., Sez. I, 28 maggio 2012, n. 8434).

La Suprema Corte, istituendo un preciso parallelismo tra i legittimati a proporre azione di nullità ex art. 1421 c.c. e i legittimati a proporre reclamo ex art. 26 l.fall. alla luce dell'indicazione dei soggetti legittimati ad impugnare il provvedimento del G.D. («l'elenco dei soggetti legittimati a proporre reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale contiene l'indicazione, di chiusura, di "chiunque vi abbia interesse" (...) con una formulazione che riecheggia quella dell'art. 1421 c.c.»), richiede che l'interesse ad agire «deve essere peraltro qualificato ai sensi dell'art. 100 c.p.c.; e quindi, ove non riguardi il fallito, o il curatore, o il comitato dei creditori (cui sempre compete la legittimazione attiva), deve consistere nella minaccia di un pregiudizio scaturente, direttamente, dal provvedimento emesso». Nel caso di atti liquidatori - nel qual caso si trattava di vendita coattiva di un complesso aziendale - i soci di una società di capitali vengono riconosciuti «portatori di un mero interesse di fatto alla conservazione della consistenza economica del patrimonio sociale» e negli stessi termini non sarebbe consentito loro di impugnare un atto negoziale *inter alios* a termini dell'art. 1421 c.c. Richiama, in proposito, la Suprema Corte alcuni precedenti di legittimità - il primo dei quali menzionato dalla convenuta B.I. S.p.a. (Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 4579; Cass., Sez. II, 7 maggio 2002, n. 6544; Cass., Sez. I, 15 novembre 1999, n. 12615) - i quali escludono - quanto alle società *in bonis* - che l'interesse del socio possa attingere all'impugnazione "esterna" degli atti potenzialmente nulli e/o dannosi stipulati dalla società con terzi, laddove l'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelato esclusivamente da strumenti interni quali l'impugnazione delle deliberazioni invalide (Cass. n. 4579/2009, cit.). E questo in conseguenza del fatto che l'interesse del socio a preservare il patrimonio sociale è giuridicamente e direttamente rilevante solo nel rapporto interno tra socio e società, mentre nei rapporti esterni detta tutela è solo indiretta e me-

diata, non essendo il socio portatore di un interesse autonomo distinto da quello della società, ma solo riflesso (Cass. n. 6544/2002, cit.).

E, in tal senso, appare condivisibile quanto sostenuto dal convenuto B.I. S.p.a., aparendo quanto meno disonico che un socio di una società fallita possa godere - a tutela del valore della partecipazione posseduta - di strumenti di rimozione degli atti negoziali posti in essere dalla curatela, peraltro nell'interesse dei creditori e non nell'interesse dei soci, più ampi di quelli di cui disporrebbe ove la società fosse ancora *in bonis*. Se il socio di una società *in bonis* non può attingere a una tutela impugnatoria degli atti negoziali stipulati dalla società tramite il proprio organo gestorio - principalmente a tutela dei terzi che contrattano con la società, ma stante anche la separazione giuridica tra proprietà e gestione - non si vede come detta tutela possa essere riconosciuta al socio di una società fallita, laddove l'operato dell'organo gestorio non risponde all'interesse dei soci ma procede *invito domino* e nell'interesse di terzi beneficiari quali sono i creditori (sotto quest'ultimo profilo non diversamente da un *trustee*) e - per i fallimenti dichiarati nel vigore del R.D. n. 267/1942 - su impulso dell'ufficio.

Questa impostazione appare del tutto condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, laddove statuisce che l'esistenza di un interesse del socio della società fallita alla conservazione dell'integrità del valore della partecipazione meramente indiretto o di mero fatto - analogamente che per il socio di società *in bonis* (ma sarebbe il caso di dire *a fortiori* rispetto alla società *in bonis* non agendo gli organi del fallimento nell'interesse della compagine sociale) - fa sì che il socio non sia legittimato ad assumere iniziative esterne, quali azioni giudiziarie e impugnazioni di atti, essendo dette iniziative riservate al potere decisionale del curatore (Cass., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5323). Così come alla società *in bonis* (e alla curatela in caso di fallimento) spetta il risarcimento dei danni subiti [d]al patrimonio della società (Cass., Sez. Un., 24 dicembre 2009, n. 27346). Né contrasta con tale impostazione (ma anzi la conforta) il principio - anch'esso recentemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità - secondo cui il diritto del socio ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio sussiste anche allorché la società abbia perduto il proprio capitale e il valore economico delle singole partecipazioni sia azzerato, dal momento che pure in presenza di una causa di scioglimento la partecipazione costituisce un bene nel patrimonio del socio e permane la struttura organizzativa della società ed i suoi organi (Cass., Sez. I, 23 febbraio 2002, n. 2758); il che vale a dire che, anche in caso di perdita dei mezzi propri, ai soci della società fallita (prescindendo dalla dichiarazione di fallimento) sono consentiti gli stessi rimedi interni che sarebbero consentiti ove il valore della partecipazione non risulti azzerato.

Il che, del resto, è conforme al principio che una legittimazione surrogatoria della curatela spetta unicamente al fallito (e non al socio della società fallita), benché in caso di disinteresse della curatela, laddove la sostituzione processuale *ex art. 43*, comma 1, l.fall. esclude la stessa legittimazione residuale e surrogatoria del fallito (o del

legale rappresentante della società fallita) a far valere controversie di diritto patrimoniale attinenti ai beni compresi nell'attivo fallimentare inventariato (Cass., Sez. I, 14 maggio 2012, n. 7448; Cass., Sez. I, 15 febbraio 1999, n. 1236).

Né la posizione del socio può essere assimilata a quella della società (e per essa del suo legale rappresentante) attesa la diversità soggettiva delle due posizioni giuridiche. Del resto apparirebbe singolare che un qualunque socio, diversamente dal legale rappresentante della società (che si considera ancora in carica nonostante il fallimento) possa sentirsi legittimato ad impugnare gli atti compiuti dalla curatela a tutela del patrimonio sociale, laddove la legittimazione spetterebbe, al più, al legale rappresentante della fallita. Il fatto, poi, che il socio sia socio unico è circostanza di mero fatto che non incide diversamente sull'interesse (riflesso, indiretto e di mero fatto del socio) alla conservazione del patrimonio sociale.

Né il socio può vantare pendente il fallimento alcun diritto alla conservazione della propria quota, ancorché di liquidazione, sia in quanto il suo interesse è postergato a quello dei creditori (*rectius* è quiescente pendente il fallimento, per poi rivivere all'esito della chiusura del fallimento), sia in quanto i diritti connessi alla partecipazione e alla liquidazione della stessa vengono ad esistenza al momento in cui si procede alla liquidazione della quota nell'interesse dei soci e, quindi, dopo la chiusura del fallimento (Cass., Sez. I, 29 settembre 2011, n. 19955; Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2006, n. 22659).

Diversamente, pendente il fallimento, al socio della società fallita spetta, come correttamente dedotto dalle parti convenute, un interesse solo indiretto al miglior risultato liquidatorio del patrimonio della società (Cass., Sez. I, 11 ottobre 1999, n. 11369).

Né può essere invocata in senso contrario la pronuncia del Tribunale in sede di reclamo in data 4-19 maggio 2006, in quanto pronuncia sommaria che non contiene un accertamento con cognizione piena, né vincola questo o altro ufficio.

Correttamente i convenuti hanno, quindi, dedotto la carenza di interesse dell'attore all'impugnazione degli atti in oggetto. ILVI è socio della società fallita, soggetto diverso da quest'ultima, la quale continua ad esistere nonostante il fallimento. Detto socio ha un interesse meramente riflesso alla conservazione del patrimonio sociale e non è, pertanto, legittimato a proporre l'azione di nullità degli atti compiuti dalla curatela del fallimento, né tantomeno a proporre le ulteriori azioni di "inefficacia" (peraltro non ulteriormente specificate) in quanto terzo privo di legittimazione ad agire *ex art. 1421 c.c.* per la nullità dei suddetti atti e provvedimenti.

Né la nullità può essere rilevata di ufficio nella specie, posto che la rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto opera solo se da parte dell'attore se ne chieda l'adempimento, essendo il giudice tenuto a verificare l'esistenza delle condizioni dell'azione e a rilevare d'ufficio le eccezioni che tendano al rigetto della domanda e possano configurarsi come mere difese del convenuto. La nullità può, quindi, essere rilevata di ufficio quando essa si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea (Cass., Sez.

III, 28 novembre 2008, n. 28424), non anche quando - come nella specie - la domanda sia diretta a far valere l'invalidità del contratto (Cass., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 9395), perché andrebbe a sortire il non consentito - come si è visto - fine generale di attuazione della legge.

Le domande vanno, pertanto, rigettate per carenza di legittimazione attiva dell'attore all'azione di nullità ex art. 1421 c.c. È assorbito l'esame delle ulteriori questioni e domande. (omissis).

Fallimento sociale e interesse del socio a far valere la nullità del contratto

di Marcello Gaboardi *

La pregevole sentenza in commento offre lo spunto per alcune osservazioni in merito alla complessa tematica riguardante la legittimazione ad agire del socio per la declaratoria di nullità dell'atto negoziale con cui la curatela del fallimento sociale abbia ceduto una porzione del patrimonio debitorio. La vicenda presa in esame dal tribunale milanese consente, infatti, di riflettere su alcune tradizionali problematiche (legittimazione ad agire, interesse a far valere la nullità, interesse ad agire, efficacia della sentenza) nel contesto peculiare dell'organizzazione societaria. Un contesto nel quale la posizione del socio si rivela del tutto recessiva rispetto a quella degli organi societari in occasione delle iniziative per la tutela dell'interesse sociale nei confronti dei terzi, senza che neppure il coinvolgimento della società nella procedura fallimentare sia in grado di mutare lo stato dei rapporti.

1. Premessa

L'interesse a far valere la nullità del contratto costituisce uno degli elementi essenziali della disciplina codicistica dell'azione di nullità contrattuale (v. art. 1421 c.c.).

Va rilevato, infatti, che la legittimazione ad agire per la declaratoria giudiziale della nullità consegue, *in parte qua*, alla idoneità del vizio contrattuale ad incidere sulla posizione giuridica del singolo. Ed è, per l'appunto, quest'incidenza del vizio contrattuale che viene a comporre (si direbbe: a sostanziare) l'interesse del singolo a promuovere le iniziative dirette a far valere l'invalidità contrattuale e, pertanto, a preservare la sua posizione giuridica dalle conseguenze pregiudizievoli di un affidamento incolpevole nell'efficacia apparente del contratto impugnato. D'altra parte, non va trascurato che l'interesse a far valere la nullità del contratto non è solo un profilo essenziale nella individuazione del regime processuale della nullità contrattuale, ma è anche un concetto giuridico che, in ragione proprio della sua centralità nel sistema delle invalidità contrattuali (v., ad esempio, l'art. 1441 c.c.), tende ad essere vivamente dibattuto dagli interpreti.

Una ricognizione delle principali letture accolte in dottrina e in giurisprudenza denota, infatti, una certa varietà di impostazioni che, pur conservando un tratto comune nel richiamo alla disciplina codicistica (1), si distinguono proprio in ragione della differente interpretazione dell'interesse come condizione

di ammissibilità della domanda. Talvolta, peraltro, i caratteri costitutivi della legittimazione conseguono ad una lettura più ampia che combina la *lex generalis* con le disposizioni speciali in ordine all'impugnazione di specifici atti giuridici, come accade, ad esempio, con la previsione dell'art. 2379 c.c. per la nullità delle delibere assembleari nella società per azioni (2).

Certo è che, in tutte le ipotesi più o meno connesse con la previsione dell'art. 1421 c.c., il baricentro della legittimazione ad agire viene ad essere costituito dall'interesse che deve sottostare all'iniziativa giudiziale del singolo per la dichiarazione di nullità

Note:

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Non è possibile offrire indicazioni esaustive circa il vastissimo panorama dottrinale in tema di nullità contrattuale: a parte le indicazioni che saranno fornite *infra*, ci si limita dunque a rinviare agli inquadramenti generali (e agli ulteriori riferimenti bibliografici) contenuti in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*³, II, Torino, 2004, 493 ss., in part. 564 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 612 ss., in part. 628-629; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 733 ss., in part. 840-841.

(2) Sull'impugnazione delle delibere assembleari nulle v., *ante* riforma del 2003, G. Zanarone, *L'invalidità delle delibere assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, 3, II, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, 187 ss., in part. 416 ss. e, successivamente, A. Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea - Amministrazione*, Torino, 2007, 169 ss., in part. 199 ss.

del contratto. È qui, infatti, che si gioca, per così dire, la rilevanza di un concetto - quello, appunto, della legittimazione a far valere la nullità del contratto - che finisce per acquisire una maggiore o minore incidenza sulla selezione delle iniziative giudiziarie ammissibili a seconda che in esso si rispecchi un maggiore o minore *coinvolgimento* del singolo (*rectius* della sua posizione giuridica) sul piano delle conseguenze provocate dal contratto (ritenuto) invalido.

Ma se è frequente lo studio dell'interesse *de quo* nel contesto generale dell'azione di nullità contrattuale, assai più rari (e, per questo, anche più significativi) sono invece gli interventi in cui la questione viene affrontata con riguardo alle peculiarità di un determinato settore e, per quanto qui interessa, di quello fallimentare. Ben inteso: il carattere concorsuale del procedimento - nel cui contesto si sia venuto formando l'atto impugnato - non rappresenta di per sé un elemento discretivo per la individuazione dell'interesse a far valere la nullità, posto che la titolarità di un interesse siffatto rappresenta un dato ricostruttivo che è comune all'intero sistema della legittimazione *in parte qua*. Nondimeno, l'enucleazione della categoria del soggetto interessato (e, quindi, legittimato) all'azione di nullità, nonché l'esatta definizione della relazione funzionale sottesa al concetto di interesse di cui all'art. 1421 c.c., acquisiscono una portata giuridica tutt'affatto peculiare nel contesto della procedura fallimentare. Un contesto nel quale la confluenza di interessi eterogenei in ordine alla gestione di un patrimonio debitorio implementa, per dir così, i dubbi e gli interrogativi sull'accesso alla tutela giurisdizionale per l'accertamento della nullità contrattuale. E ciò sembra valere, in particolare, in quelle situazioni nelle quali l'esistenza di un gruppo organizzato - in specie: una società di capitali - comporta talvolta che la posizione del singolo (e il relativo interesse ad una determinata gestione del patrimonio inciso dall'atto dispositivo invalido) si venga a collocare in una *relazione qualificata* con la posizione ricoperta dal soggetto fallito e, ancor più, dalla curatela fallimentare, essendo entrambe le posizioni inserite stabilmente in un contesto (contrattuale e organizzativo) avente, per definizione, una comunione di scopo. Ed è proprio in una situazione di questo tipo che è intervenuta anche la pregevole sentenza in commento. Con tale pronuncia, infatti, il Tribunale di Milano ha rigettato per «difetto di legittimazione attiva» la domanda proposta dal socio unico di una S.r.l. fallita e volta ad ottenere l'accertamento della nullità di un atto divisorio di taluni immobili socie-

tari (e degli atti ad esso «strumentali») concluso tra il curatore del fallimento sociale e tre acquirenti privati (una società di capitali e due istituti di credito).

L'intervento del tribunale milanese ha rappresentato, in particolare, l'epilogo di una vicenda complessa che ha preso le mosse dalla cessione di talune parti del «cospicuo» complesso immobiliare della società fallita. Tale cessione ha riguardato principalmente alcune aree «con residua vocazione edificatoria» che sono state oggetto, dapprima, di un «progetto di divisione» redatto da un professionista incaricato dai futuri aggiudicatari e, successivamente, di un «atto di convenzione e divisione» tra i medesimi aggiudicatari e il curatore del fallimento (debitamente autorizzato dal giudice delegato). In tale contesto, è tuttavia accaduto che, soltanto un mese dopo il perfezionamento della vicenda divisoria, il socio unico della fallita abbia acquistato l'interesse delle quote sociali (da altro fallimento) sul duplice presupposto della mancanza di un passivo e del considerevole valore del patrimonio immobiliare residuo (frattanto già alienato in parte con appositi decreti di trasferimento) (3).

Scontando così una (presunta) perdita di valore del capitale sociale acquistato, il socio ha ritenuto che gli atti dispositivi del patrimonio sociale posti in essere dal fallimento avrebbero arrecato un pregiudizio alla propria sfera giuridica e, su tale presupposto, ha agito per la nullità di tali atti (*inter alios*) ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Il Tribunale di Milano pone, dunque, al centro della propria motivazione la *quaestio iuris* della legittimazione ad agire del socio unico di una società di capitali fallita, chiedendosi in particolare se costui possa atteggiarsi come terzo *interessato* ad ottenere una declaratoria di nullità dell'atto dedotto e la conseguente inopponibilità degli effetti giuridici che da tale atto si sono (originariamente ma invalidamente) prodotti.

2. L'interesse ex art. 1421 c.c.: cenni introduttivi

Si pone così uno degli aspetti più delicati di quella

Nota:

(3) Dalla ricostruzione della vicenda processuale contenuta nella pronuncia in commento - dalla quale sono tratte anche le parole tra virgolette nel testo - si apprende che «l'impugnativa dei decreti di trasferimento del G.D.» è stata decisa dal tribunale con una «sentenza non definitiva ... in favore delle convenute» (v. punto 1.1) intervenuta nel corso della trattazione delle ulteriori domande che sono state svolte dall'attore e la cui deliberazione ha poi condotto alla decisione qui annotata.

che è stata efficacemente definita come la «via giudiziale» alla nullità del contratto (4).

Ed invero, se si esamina il contesto normativo nel quale l'art. 1421 c.c. è inserito, ci si avvede immediatamente che la normativa sulla nullità contrattuale - in ossequio, del resto, all'impostazione dogmatica condivisa dal codice del 1942 - è stata elaborata alla stregua di una disciplina prettamente *processuale*, avente ad oggetto cioè i tratti costitutivi di un *giudizio* per l'accertamento della nullità (5). D'altra parte, che l'elemento caratterizzante la disciplina positiva della nullità contrattuale sia costituito proprio dalle modalità di esercizio di un'azione di nullità è confermato dall'approccio con cui il legislatore ha inteso regolamentare l'intero fenomeno delle invalidità contrattuali. Un fenomeno che il legislatore ha declinato, per l'appunto, nella prospettiva di un *giudizio* volto all'accertamento della (in)validità e della conseguente (in)efficacia del negozio, così da assicurare il pieno affidamento in un carattere (non apparentemente) vincolante dell'atto o in una sua (non apparente) idoneità a produrre effetti rilevanti sul piano giuridico.

Di qui, è allora agevole comprendere come la funzionalità dello strumento processuale (l'azione appunto) finalizzato alla emersione dell'invalidità negoziale - si potrebbe dire: la percorribilità della «via giudiziale» alla nullità - debba misurarsi, anzitutto, in rapporto alle *limitazioni* che sono imposte dalla legge all'accesso alla tutela giurisdizionale. In particolare, il grado di rilevanza della nullità del contratto, essendo influenzato dal carattere marcatamente processuale dell'istituto, si viene a determinare principalmente in rapporto al livello di *estensione soggettiva* dell'azione di nullità (*rectius* della sua titolarità) e, quindi, in rapporto al profilo della legittimazione ad agire per la dichiarazione di invalidità del contratto (6).

E poiché il momento essenziale della legittimazione è dato, per l'appunto, dalla titolarità di un interesse a far valere il vizio del contratto, l'interesse viene a costituire una sorta di argine ad una legittimazione (altrimenti troppo) diffusa all'esercizio dell'azione di nullità («*chiunque* vi ha interesse...»). Un argine che è reso vieppiù indispensabile dalla spiccata propensione della nullità ad espandere l'effetto caducatorio dell'atto impugnato ben oltre la sfera giuridica delle parti contraenti, così da incidere anche sulla posizione dei soggetti che, pur essendo rimasti estranei alla (formazione e alla) conclusione del contratto, subiscono parimenti taluni effetti negativi della patologia contrattuale. D'altra parte, il perseguimento di un'esigenza di salvaguardia degli interessi

appartenenti a soggetti estranei alla formazione del contratto, se assicura una sorta di omogeneità nel trattamento delle situazioni giuridiche connesse al rapporto viziato, non può trascurare la necessità di un temperamento nell'accesso alla tutela giurisdizionale. E ciò proprio allo scopo di assicurare che la salvaguardia delle posizioni giuridiche connesse non finisca addirittura per pregiudicare la certezza dei rapporti giuridici e, in particolare, di quei rapporti che assumono «forza di legge» tra le parti ex art. 1372 c.c.

Ne consegue che un criterio come quello dell'*interesse a far valere la nullità* può assumere una reale efficacia selettiva soltanto se, in concreto, si rivela idoneo a *qualificare* la posizione del soggetto che se ne afferma portatore in misura assai più significativa rispetto alla posizione di tutti quei terzi che restano sostanzialmente indifferenti alle previsioni e all'efficacia del contratto (e, quindi, anche alla sua eventuale nullità). E vien fatto di osservare che una tale peculiare qualifica consegue, in special modo, all'intreccio di due elementi che contraddistinguono la struttura interna dell'interesse a far valere la nullità. In primo luogo, si segnala che, a dispetto di

Note:

(4) Cfr. A. di Majo, *La nullità, in Il contratto in generale*, a cura di A. di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 155 ss. (da cui sono tratte le parole tra virgolette nel testo).

(5) Va segnalato, in proposito, che rappresenta una convinzione profondamente radicata nel pensiero dottrinale quella secondo cui il nostro sistema normativo in tema di nullità contrattuale, pur essendosi sviluppato secondo linee interpretative del tutto autonome, è erede di una duplice tradizione (cfr., da ultimo, S. Pagliantini, *Sub artt. 1421-1422*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, III, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2012, 611 ss., in part. 633). Accanto alla tradizione del *code civil*, improntata alla necessità di un intervento del giudice per «eliminare dal mondo giuridico» contratti comunque improduttivi di effetti, si pone, infatti, la tradizione tedesca, nella quale la nullità contrattuale tende invece a risolversi in un «mero aspetto negativo dei fatti giuridici», «di per sé visibile» e rilevante a prescindere dall'intervento dichiarativo di un giudice [A. di Majo, *La nullità*, cit., 37-38, ove ulteriori riferimenti; sulla distinzione tra sistemi che ignorano l'azione di nullità e sistemi che la riconoscono, v. A. Guarneri, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 41 ss., in part. 82-83].

(6) È pressoché indiscussa in dottrina e in giurisprudenza la qualificazione del giudizio di nullità alla stregua di un giudizio di mero accertamento (v. Cass. 2 novembre 1978, n. 4973, in *Giust. civ.*, 1979, I, 49 ss. e, più di recente, in motivazione, Cass. 13 aprile 2005, n. 7651, in *Guida dir.*, 2005, 55 ss.), quantunque essa non abbia ad oggetto «un fatto, uno status, un rapporto, ma piuttosto una qualità o una qualificazione di un atto negoziale» (così A. Guarneri, *L'azione di nullità*, cit., 42; per la definizione del giudizio di nullità come accertamento di una situazione giuridica «preliminare» v., per tutti, E.F. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 652 ss.).

quelle impostazioni che - come si dirà nei paragrafi successivi - identificano l'interesse *de quo* alla stregua del mero interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., la posizione del soggetto legittimato a far valere la nullità contrattuale sembra doversi apprezzare alla stregua di un autonomo interesse sostanziale a non subire le conseguenze *pregiudizievoli* scaturenti dall'esistenza e/o dall'esecuzione del contratto invalido. In secondo luogo, un tale pregiudizio sembra poter legittimare l'accesso alla tutela giurisdizionale nella misura in cui finisce per incidere su una sfera giuridica individuale che sia strutturalmente *dipendente* dal rapporto (*rectius* dalle situazioni giuridiche apparentemente create dal rapporto) ritenuto invalido.

3. (Segue) Interesse sostanziale a far valere la nullità dell'atto...

È indubbio che l'interesse a far valere un effetto o una qualificazione del contratto scaturisca dalla propensione del contratto (del suo effetto o della sua qualificazione) ad *incidere in via diretta o riflessa* sulla posizione giuridica del soggetto che si assume titolare dell'interesse fatto valere. Ecco allora che, in caso di invalidità del contratto, una tale incidenza viene a specificarsi alla stregua di un *effetto pregiudizievole* per la sfera giuridica del singolo, un effetto che tende naturalmente a differenziarsi a seconda che si prenda a riferimento (i) la posizione di una *parte* del contratto o (ii) la posizione di un soggetto che sia rimasto *estraneo* alla determinazione del regolamento contrattuale. Se in un caso, infatti, il vizio del contratto determina *direttamente* un effetto pregiudizievole per il contraente che subisce la nullità (il vizio contrattuale impedisce, infatti, alla parte di beneficiare di una regolare e corretta esecuzione delle prestazioni concordate), nell'altro caso, la manchevolezza del contratto si traduce in un'incidenza pregiudizievole soltanto *riflessa* in quanto travolge la posizione di chi è rimasto estraneo alla conclusione dell'accordo.

È dunque la propensione dell'atto nullo ad *incidere in senso pregiudizievole* sulla sfera giuridica e patrimoniale del singolo (parte o terzo) a fungere da discriminante tra chi è legittimato a far valere la nullità e chi dev'esserne ritenuto privo. Ma l'incidenza sulla sfera soggettiva può assumere una reale efficacia scriminante se si traduce in una compressione di specifici interessi sostanziali del singolo, come una riduzione o un annichilimento delle prerogative che gli sono riconosciute sul piano del diritto so-

stanziale. Ed è evidente che una tale compressione, se può forse dirsi *in re ipsa* per la parte contraente (e ciò in quanto l'interesse leso coincide, in questo caso, con quello dedotto nel regolamento contrattuale o con quello ad esso pregiudiziale) (7), necessita invece di una specifica dimostrazione per essere azionata da un terzo che non abbia preso parte alla conclusione dell'accordo invalido.

L'esercizio dell'azione di nullità non può, dunque, poggiare sulla prospettazione di un generico interesse (pubblico) all'osservanza e all'attuazione della legge (8), necessitando invece della specifica lesione di un diritto o di una prerogativa individuale giuridicamente tutelata. Una lesione che - come si è puntualmente segnalato - non si riduce, pertanto, al pregiudizio *contra ius* (alla stregua, insomma, dell'art. 2043 c.c.), ma si espande fino a ricomprendere ogni indebita limitazione della sfera giuridica individuale che sia oggettivamente dimostrabile (9).

Basta, infatti, considerare l'ampia casistica giurisprudenziale sul punto per rendersi conto che la categoria dei soggetti - e, in particolare, dei terzi - interessati all'azione di nullità comprende situazioni riconducibili alla salvaguardia di posizioni individuali che sono ritenute meritevoli di tutela proprio in quanto risultano esposte ad una lesione (concre-

Note:

(7) In questo senso, *ex multis*, Cass. 27 luglio 1994, n. 7017, in *Mass. Foro it.*, 1994, 649. In dottrina, G. Iudica, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 116; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*², diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1081, ove la legittimazione *in re ipsa* delle parti è desunta dalla ricostruzione dell'art. 1421 c.c. alla stregua di una disposizione finalizzata a consacrare la legittimazione straordinaria (*ex art.* 81 c.p.c.) di quanti, non avendo preso parte alla conclusione del contratto, sarebbero altrimenti privi di un potere di impugnativa (*contra*, però, V. Roppo, *Il contratto*, cit., 841; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 78-79; S. Pagliantini, *Sub artt. 1421-1422*, cit., 643 ss.

(8) In questo senso v., per tutti, P. Trimarchi, *Invalità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 43 ss.; ma v. anche le critiche riservate a tale orientamento per la sostanziale inidoneità del criterio a selezionare efficacemente le iniziative processuali in tema di nullità del contratto (cfr. soprattutto G. Iudica, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 98 ss.).

(9) Così, per tutti, G. Iudica, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 123-124; A. di Majo, *La nullità*, cit., 156, ove anche il suggestivo richiamo alla nullità contrattuale come «rimedio» che «può avvicinarsi ad una sorta di *reintegrazione del danno in forma specifica* (art. 2058)» (il corsivo è dell'Autore). Da ultimo, v. espressamente S. Pagliantini, *Sub artt. 1421-1422*, cit., 642; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 78-79; D. Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 73.

ta ed attuale) per effetto della persistente nullità del contratto (10).

Così, ad esempio, coloro che hanno acquistato «il diritto al bene in base ad un titolo valido (come, ad esempio, un preliminare di compravendita ovvero un verbale di aggiudicazione alla asta pubblica sottoposti alla condizione sospensiva del mancato esercizio della prelazione dell'avente diritto)» sono titolari dell'interesse a far valere la nullità del contratto di vendita del bene «a favore del prelazionario che sia decaduto dall'esercizio della prelazione per inosservanza dei relativi termini» (11).

D'altra parte, invece, i proprietari di un bene immobile che abbiano ottenuto un ordine di demolizione delle opere abusive realizzate sul fondo confinante non sono legittimati a chiedere la nullità del contratto con cui, successivamente, il destinatario del provvedimento di demolizione abbia ceduto l'immobile a terzi: e ciò in quanto - si osserva - il timore che un tale atto possa essere opposto dall'acquirente in sede di esecuzione della sentenza di demolizione (pronunciata nei confronti del solo alienante) è fugato dal fatto che, per legge, la sentenza di demolizione - al pari di ogni sentenza - «legittima la parte vincitrice all'esecuzione (...) in danno non solo dell'originaria controparte, nei cui confronti è stata emessa, ma anche così degli aventi causa» (12).

Ne consegue, insomma, che il contraente o il terzo può dirsi realmente *interessato* (e, quindi, *legittimato*) all'esercizio dell'azione di nullità solo se dimostra il delinearsi, sul piano dei rapporti sostanziali, di una stretta interrelazione tra la posizione giuridica di cui si afferma titolare e la condizione di nullità che caratterizza il rapporto contrattuale impugnato. Una interrelazione, quest'ultima, che deve operare nel senso di configurare la nullità del contratto - *rectius* il suo accertamento giudiziale - come rimedio avverso le conseguenze pregiudizievoli che un affidamento nell'efficacia apparente dell'atto viziato è destinato a produrre e, per tale via, come strumento di tutela della situazione giuridica soggettiva dell'attore.

4. (Segue) ...o interesse ad agire per la dichiarazione giudiziale di nullità?

Sembra, dunque, di potersi respingere ogni tentativo di ridurre la previsione dell'«interesse a far valere la nullità» alla stregua di una sorta di specificazione *in parte qua* della previsione di cui all'art. 100 c.p.c.

Ed infatti, quand'anche si volesse sottacere l'impli-

cato effetto abrogativo (della prima parte) dell'art. 1421 c.c. - un effetto, quest'ultimo, che sarebbe insito in una lettura così angusta della disposizione codicistica -, vi sarebbe pur sempre da considerare che l'interesse a far valere la nullità contrattuale, contribuendo a definire l'esatta portata della legittimazione ad agire per la declaratoria di invalidità, opera su di un piano irrimediabilmente distinto rispetto a quello dell'interesse ad agire. In quest'ultimo caso, infatti, la legge si premura di assicurare che l'intervento del giudice venga richiesto per porre rimedio ad una situazione di «incertezza» o di «pericolo di infruttuosa o tardiva realizzazione» del diritto fatto valere dall'attore (13). Al contrario, l'«interesse» a far valere la nullità esprime - come si è detto poco sopra - l'aspirazione *concreta, attuale e giuridicamente rilevante* alla tutela della sfera giuridica individuale per il tramite di una rimozione del pregiudizio conseguente alla nullità del contratto (o, se si vuole, all'affidamento incolpevole nella sua validità ed efficacia apparente). Che, poi, un tale interesse esiga, per poter essere soddisfatto, l'accesso alla tutela giurisdizionale e la conseguente eliminazione dell'atto invalido è circostanza imposta dalla legge e tale da richiedere, per ciò solo, un interesse ad agire o, per meglio dire, ad accertare l'idoneità o meno del negozio a produrre i suoi effetti tipici (14).

Ed infatti, «far valere» la nullità significa, in buona sostanza, porre in essere quelle attività che consentono di far emergere (e, quindi, di rendere certa e

Note:

(10) Cfr. Cass. 15 aprile 2002, n. 5420, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 649; Cass. 25 febbraio 2002, n. 2721, *ivi*, 300; Cass. 7 gennaio 2002, n. 88, *ivi*, 19; Cass. 29 settembre 1997, n. 9545, in *Foro it.*, 1998, I, 514 ss.; Cass. 16 marzo 1994, n. 2510, in *Giust. civ.*, 1994, II, 2221 ss.; Cass. 1° luglio 1993, n. 7197, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1101; Cass. 13 febbraio 1992, n. 1751, in *Foro it.*, 1992, I, 1775 ss.; App. Milano 18 aprile 2001, in *Giur. mil.*, 2002, 201. Per l'affermazione di uno scopo precipuo dell'interesse *de quo* ad escludere il «perseguimento di un fine generale di attuazione della legge»: Cass. 11 gennaio 2001, n. 338, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 72; Cass. 16 marzo 1994, n. 2510, cit.; Cass. 12 luglio 1991, n. 7717, *ivi*, 1991, 7.

(11) Così Cass. 13 giugno 1992, n. 7244, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, 290 ss.; v. anche Cass. 11 maggio 2010, n. 11375, in *Guida dir.*, 2010, 57.

(12) Così Cass. 25 febbraio 2002, n. 2721, cit.

(13) Le parole tra virgolette sono tratte da A. Attardi, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, 531.

(14) Che l'interesse ad agire sia condizione sottostante anche all'azione di mero accertamento è un dato ricostruttivo che, senza godere di un'assoluta uniformità di impostazioni, può dirsi ampiamente condiviso dalla dottrina: cfr. B. Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 77 ss.; Id., *Interesse ad agire (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 12.

incontrovertibile) la inidoneità dell'atto negoziale a produrre un qualsiasi effetto giuridico. È ben vero: in un sistema che, come accennato, ha superato un'impostazione rigorosamente sostanzialista della nullità e ha sancito, per contro, una "via giudiziale" all'invalidità del contratto, l'unico strumento che consente di ottenere un simile risultato è indiscutibilmente quello della instaurazione di un giudizio che conduca alla dichiarazione del vizio contrattuale (15). Ma se ciò è vero, non è men vero che la legittimazione ad avvalersi di una tutela demolitoria dell'atto nullo - specialmente ove l'accesso a tale tutela divenga prerogativa di un soggetto estraneo alla formazione del contratto - non può ridursi ragionevolmente alla mera prospettazione (e dimostrazione) di un bisogno di tutela giurisdizionale.

Se, infatti, l'effetto della declaratoria di nullità è costituito dall'inefficacia assoluta del contratto, si converrà, io credo, che una simile preclusione degli effetti dell'accordo, impedendo finanche alle parti di continuare ad avvalersi del regolamento pattizio, possa scaturire soltanto dall'iniziativa di un soggetto che non sia solo interessato (sul piano processuale) all'annullamento giudiziale di un contratto invalido, ma che sia altresì interessato (sul piano sostanziale) a ottenere - per il tramite dell'annullamento giudiziale del contratto invalido - la rimozione del pregiudizio conseguente alla nullità.

Così, ad esempio: il contratto concluso con il prelazionante decaduto incide in senso pregiudizievole sul diritto soggettivo del terzo a concludere il contratto definitivo - avente il medesimo oggetto di quello concluso dal(l'apparente) prelazionante - la cui stipulazione era oggetto di una promessa di vendita soggetta alla condizione sospensiva del mancato esercizio (legittimo) della prelazione (16). Non v'è dubbio che l'interesse del terzo a far valere la nullità del contratto consegue, in un caso del genere, alla illegittima frustrazione del suo diritto ad adempiere (e a vedere adempiuto) il contratto preliminare concluso. Che, poi, in una tale situazione il terzo debba anche affermare (e dimostrare) un interesse ad agire è cosa ovvia che non incide sul piano della titolarità dell'interesse sostanziale a vedere ristabilito il diritto di conseguire il bene invalidamente acquistato dal prelazionante decaduto.

D'altra parte, la ricorrenza di un bisogno di tutela giurisdizionale (17) è una condizione essenziale per l'accesso alla tutela giudiziale a prescindere dal contenuto specifico della domanda proposta, posto che l'interesse ad agire esprime una generale insostituibilità della pronuncia giudiziale come rimedio esclusivo alla contestazione subita dall'istante.

È ben vero che in entrambi i casi si parla di un pregiudizio (e non può escludersi del tutto che i due concetti finiscano talvolta per scolorare l'uno nell'altro), ma nel caso dell'interesse (sostanziale) a far valere la nullità ciò che assume rilevanza - ai fini del perfezionamento della fattispecie legittimante - è la prevenzione di una *incidenza negativa dell'atto nullo sulla posizione giuridica dell'agente* (interesse alla conservazione della sfera giuridica individuale), mentre l'interesse (processuale) ad agire enuclea piuttosto la *necessità di ricorrere al giudice* per ottenere l'eliminazione dell'atto nullo e la preclusione di qualsivoglia effetto giuridico anche solo apparente (interesse alla rimozione processuale dell'atto pregiudizievole) (18).

Ne consegue, in definitiva, che l'affermazione del bisogno di tutela giurisdizionale (e, quindi, dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.), se rende ammissibile il ricorso al giudice per vedere delibata la denuncia di illegittimità del contratto, non esaurisce la portata dell'interesse a far valere la nullità che restringe, invece, l'ambito soggettivo della legittimazione ad agire imponendo la dimostrazione dell'insorgenza (o della permanenza) di uno specifico ef-

Note:

(15) E sembra di poter dire che non v'è spazio nell'ordinamento per strumenti che consentano di pervenire ad una dichiarazione non solo vincolante *inter partes* ma anche rilevante *erga omnes* (o, almeno, nei confronti di quanti - come si dirà *infra* nel testo - ricoprono posizioni giuridiche dipendenti da quella nulla) prescindendo da un intervento accertatore della nullità che promani direttamente dal giudice: v., sul punto, il richiamo di A. di Majo, *La nullità*, cit., 155, testo e nota 3.

(16) V. *supra* la nota 11.

(17) Sulla tradizionale prospettazione dell'interesse ad agire come bisogno di tutela giurisdizionale funzionale a prevenire o rimediare ad una situazione di fatto contraria al diritto e suscettibile di produrre un pregiudizio, v. i classici studi in materia: A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, 7 ss.; Id., *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IX*, Torino, 1993, 514 ss.; E. Allorio, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 227 ss.

(18) È questa l'opinione più radicata in dottrina. Affermano, infatti, la necessità di una netta distinzione concettuale tra interesse ad agire e interesse a far valere la nullità: A. Attardi, *Interesse ad agire*, cit., 516; Id., *Legittimazione ad agire*, cit., 531-532; E.F. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., 661; A. di Majo, *La nullità*, cit., 156; A. Bonfilio-V. Mariconda, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 465 ss.; F. Peccenini, *Della simulazione, della nullità del contratto e dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, 165; S. Pagliantini, *Sub artt. 1421-1422*, cit., 641-642; M. Montanari, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 78-79. *Contra* G. Mirabelli, *Sub artt. 1421-1423*, in *Commentario del codice civile*, IV, 2, *Dei contratti in generale*³, Torino, 1980, 502.

fetto pregiudizievole del contratto per la sfera giuridica individuale (19).

5. L'interesse ex art. 1421 c.c.: la dipendenza della posizione giuridica del terzo

Chiarita la natura sostanziale dell'interesse a far valere la nullità, vi è ora da esaminare quale relazione debba intercorrere tra la struttura del rapporto contrattuale invalido e la posizione del soggetto che è intenzionato a far valere in giudizio la nullità. Ed accingendosi ad esaminare una tale relazione nel contesto della sentenza in commento, è solo il caso di precisare che l'indagine riguarderà prevalentemente la posizione di coloro che non hanno preso parte alla conclusione del contratto; e ciò non solo perché una tale delimitazione si rivela coerente con l'ambito di indagine del tribunale milanese, ma anche perché il coinvolgimento diretto delle parti nella formazione del rapporto viziato non può che ridurre sensibilmente l'importanza del problema nei riguardi dei contraenti.

Come si è poc'anzi accennato, l'elemento certamente rilevante è quello rappresentato dalla *relazione di dipendenza* della posizione giuridica del terzo dal rapporto contrattuale invalido, talché l'esistenza del vizio originario dell'accordo determina non solo la paralisi di ogni effetto del contratto *inter partes*, ma altresì la ripercussione pregiudizievole dell'invalidità nei confronti di tutte quelle posizioni giuridiche che hanno almeno un elemento costitutivo nella fattispecie sostanziale oggetto del contratto invalido (20).

Una relazione siffatta consente allora di enucleare il secondo dei dati ricostruttivi utili alla qualificazione dell'interesse *de quo*, nel senso che un tale interesse finisce per assumere rilevanza nelle sole ipotesi in cui la posizione sostanziale del terzo - pregiudicata dall'invalidità contrattuale - si manifesti altresì come *strettamente connessa* al rapporto contrattuale impugnato (21) (22).

6. (Segue) I gruppi organizzati

Una tale situazione esige, però, una considerazione particolare allorché il contratto viziato sia stato concluso da un *gruppo organizzato dotato di personalità giuridica* e, specialmente, da una *società di capitali*. In questo caso, infatti, se si esamina l'impatto della declaratoria di nullità sul rapporto giuridico dedotto in giudizio, ci si avvede immediatamente che la pronuncia del giudice - rimuovendo la disciplina pattizia invalida - incide direttamente sulla posizio-

ne giuridica di cui è titolare l'ente. Va da sé, peraltro, che una tale incidenza può tradursi, a seconda dei casi, nel fare rivivere la precedente disciplina pattizia (valida), nel rendere applicabili i principi generali previsti dalla legge e dallo statuto o finanche nel lasciare il rapporto sguarnito di una regolamentazione specifica.

Quel che conta è che, se la titolarità del rapporto sostanziale è in capo all'ente, il terzo che agisce per la nullità del contratto finisce inevitabilmente per *ingerirsi* nella regolamentazione di un rapporto a cui lo stesso è del tutto estraneo. Ed infatti, non v'è dubbio che debba spettare esclusivamente all'ente la gestione diretta del proprio interesse, la quale, se non è gestione dell'interesse della persona giuridica, è quanto meno gestione dell'interesse dei soci *uti soci* (23). Di conseguenza, al terzo deve essere con-

Note:

(19) È questa, peraltro, una conclusione che sembra essere condivisa anche dalla giurisprudenza, sebbene nelle pronunce affiori frequentemente la tendenza a qualificare l'interesse a far valere la nullità (art. 1421 c.c.) come interesse ad agire (art. 100 c.p.c.). La verità è che, esaminando il contenuto delle argomentazioni svolte dalla Suprema Corte (argomentazioni alle quali si richiama ampiamente anche la pronuncia in commento), emerge senza dubbio come la formula "interesse ad agire", se tradisce forse il ricorso ad una clausola di stile (o sarebbe da dire: un'etichetta), sottende pur sempre il richiamo all'esigenza di «evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica, senza che sia sufficiente il bisogno di rimuovere una situazione di incertezza, occorrendo pur sempre dimostrare che questa produce un danno giuridicamente rilevante» (Cass., 15 aprile 2002, n. 5420, cit.).

(20) Sul fenomeno della c.d. "pregiudizialità-dipendenza" v., per tutti, E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, rist. 1992, 67 ss.: «definizione di rapporto giuridico pregiudiziale è, ad ogni modo, questa: *il rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico*» (il corsivo è dell'Autore).

(21) Anche l'ulteriore limitazione dell'area della legittimazione ad agire ex art. 1421 c.c. ai soli titolari di un rapporto o di un diritto dipendente da quello dedotto nel regolamento contrattuale nullo costituisce un dato ricostruttivo condiviso dalla dottrina: sul versante della dottrina processualcivilistica, v. A. Attardi, *Legittimazione ad agire*, cit., 524 ss.; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1081; G. Costantino, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 9; nonché, sul versante della dottrina civilistica, A. di Majo, *La nullità*, cit., 156; A. Bonfilio-V. Mariconda, *L'azione di nullità*, cit., 467; S. Pagliantini, *Sub artt. 1421-1422*, cit., 660-661; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 79.

(22) Per la qualificazione dell'efficacia riflessa della sentenza alla stregua di un'incidenza degli effetti della pronuncia sui rapporti giuridici dipendenti da quello dedotto in giudizio, v. E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 110 ss., nonché E.F. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., 658 ss.

(23) Sull'evoluzione dell'"interesse sociale" da una visione istituzionalista a una visione contrattualista, v., per tutti, P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*², Milano, 1972, passim, nonché D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, 3, II, *Assemblea*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, (segue)

cessa la possibilità di ingerirsi nella cura di tale interesse solo entro limiti molto rigorosi: in particolare, l'esercizio di una tale prerogativa deve essere concesso solo per la tutela di una posizione giuridica che sia *autonoma e distinta* rispetto a quella di cui è titolare la società, ancorché tale posizione risulti *dipendente* dal rapporto giuridico disciplinato nel contratto invalido.

Viene fatto di chiedersi allora se una tale possibilità di ingerenza - e con essa la legittimazione a far valere la nullità - valga anche in quei casi in cui il terzo riveste la qualifica di *socio* della società o, più in generale, di *componente qualificato* del gruppo organizzato.

Da un certo punto di vista, non sembrerebbe esservi differenza tra la posizione del socio nei confronti della società e quella di qualunque terzo (legittimato) nei confronti della parte contraente, posto che l'esercizio dell'azione di nullità da parte del socio sembrerebbe funzionale quanto meno alla conservazione del valore economico della propria partecipazione sociale e, per tale via, dunque, alla salvaguardia di una posizione giuridica autonoma. Tanto più che il socio, se è terzo rispetto al rapporto regolato nel contratto invalido, è pur sempre titolare di una posizione qualificata, in quanto egli è pur sempre componente della compagine sociale e, quindi, portatore - non *uti singulus*, ma *uti socius* - di un interesse alla validità del contratto concluso dall'ente.

Invero, la posizione rivestita all'interno dell'organizzazione societaria non consente al socio di farsi portatore di un interesse *autonomo ed immediato* alla tutela delle prerogative dell'ente, non potendosi *ingerire* nella gestione dell'interesse sociale né affermare - sul piano delle iniziative processuali - una legittimazione concorrente con quella degli organi sociali.

La dottrina ha dimostrato, infatti, che la posizione del socio all'interno del gruppo di appartenenza si contraddistingue per una *rinuncia* a far valere all'esterno del gruppo stesso il proprio interesse individuale alla regolarità delle attività sociali che abbiano rilevanza *erga omnes*. Una rinuncia, quest'ultima, che è direttamente connessa all'atto negoziale di adesione al gruppo (e, quindi, alla società) come condivisione di uno *statuto sociale* che determina la rimodulazione dei diritti e degli obblighi del singolo relativamente alle vicende del rapporto societario (24). Una rimodulazione che, d'altra parte, ha come suo essenziale contrappunto il riconoscimento, in capo all'ente, di una personalità giuridica e di un'autonomia patrimoniale: effetti che conseguono, per l'appunto, alla definizione del contratto sociale

e al perfezionamento di eventuali forme pubblicitarie costitutive.

La posizione del singolo che sia divenuto socio (o abbia, comunque, preso parte ad un gruppo organizzato) non è dunque annichilita, ma - come detto - soltanto *rimodulata*, nel senso che lascia pur sempre sussistere in capo al singolo un diritto a (co)gestire l'interesse sociale affinché, in particolare, l'attività negoziale della società si espliciti in maniera rispettosa dei canoni di legalità e di regolarità. Tale diritto, tuttavia, può essere fatto valere dal socio esclusivamente *all'interno* della struttura organizzativa dell'ente, mediante l'impiego degli strumenti che sono appositamente predisposti dalla legge (e dallo statuto). Non sussistono, invece, le condizioni perché tale diritto sia esercitato dal socio *all'esterno* della struttura organizzativa dell'ente, laddove spetta soltanto agli organi societari il compito di esprimere la volontà e, poi, agire per la tutela dell'interesse sociale.

Ne consegue che la partecipazione del socio al contratto di società, comportando l'attribuzione agli organi societari dell'esclusivo diritto-dovere di perseguire l'interesse sociale (e, quindi, anche l'interesse del socio *uti socius*), esclude che quest'ultimo possa essere legittimato a far valere l'eventuale nullità del contratto concluso dall'ente. Al socio spettano unicamente strumenti di carattere *preventivo-conoscitivo* (come, ad esempio, il diritto di partecipare e votare in assemblea, il diritto di conseguire dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali, il diritto di consultare i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione, ecc.) o di carattere *rimediabile* (come, ad esempio, l'impugnazione della delibera assembleare invalida, la richiesta di sospensione della provvisoria esecutorietà della delibera, l'azione di responsabilità degli amministratori, la richiesta di revoca cautelare degli amministratori (25), la denuncia di gravi irregolarità nella gestione, ecc.). Strumenti, questi, che assumono chiaramente una rilevanza ed una efficacia esclusivamente *interna* alla struttura organizzativa della società:

Note:

(segue nota 23)

3 ss. (per un esame delle implicazioni processuali sottese ad una tale evoluzione del concetto di "interesse sociale" sia consentito di rinviare a M. Gaboardi, *Accertamento giudiziale e «interesse sociale»*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 934 ss.).

(24) Il riferimento è a G. Iudica, *Impugnazione contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 34 ss., 67 ss., 124 ss.

(25) Evenienza, questa, che la legge consente soltanto nel caso in cui venga esperita, ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c., un'azione di responsabilità degli amministratori di S.r.l.

tanto l'esercizio del diritto di partecipazione e di voto nell'assemblea sociale, quanto l'accesso alle informazioni sulla amministrazione della società sono funzionali, infatti, ad un corretto ed informato svolgimento della vita sociale; del pari, le iniziative processuali volte a conseguire una tutela reale o risarcitoria nei confronti della società si svolgono nel contesto dei rapporti tra organi societari o tra organi societari e società.

Per contro, la tutela dell'interesse sociale - *in primis* di quel suo peculiare profilo che è costituito dall'interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale - resta riservata, nei rapporti tra la società e i terzi estranei all'organizzazione sociale, agli organi deliberativi (l'assemblea) e rappresentativi (gli amministratori) quali unici interpreti possibili della volontà dell'ente.

Ciò posto, vien fatto di chiedersi, però, se la peculiare posizione del socio non possa assumere rilevanza al di fuori della struttura societaria allorquando la legge riconosce espressamente il potere di denunziare la nullità di un atto (negoziale) della società (anche) al *terzo* che sia portatore di uno specifico interesse. Ed è proprio qui, infatti, alla fine di questo lungo ragionamento, che risiede anche il cuore della pregevole sentenza in commento, laddove il tribunale - nel richiamare una consolidata tradizione giurisprudenziale - riconosce in capo al socio un interesse a preservare il patrimonio sociale (e il valore della propria quota di partecipazione) che, tuttavia, *non* è un interesse «autonomo distinto da quello della società, ma solo riflesso», e cioè «giuridicamente e direttamente rilevante *solo* nel rapporto interno tra socio e società» (26).

Ed è in applicazione di un tale principio che la sentenza in esame nega al socio ogni legittimazione ad agire per la dichiarazione di nullità dell'atto divisorio di un bene immobile posto in essere dal curatore della società fallita con soggetti terzi. E coerentemente, una tale negazione viene confermata nonostante che (i) il socio-attore si professi socio unico della società fallita e nonostante che (ii) quest'ultima si trovi assoggettata, per l'appunto, a una procedura fallimentare.

Sotto il primo profilo, infatti, va rilevato che la posizione del socio *unico* - parimenti a quella del socio illimitatamente responsabile (27) - non può essere distinta *in parte qua* dalla posizione del socio *non unico* (o limitatamente responsabile) per il solo fatto che questi sia chiamato a rispondere col proprio patrimonio - e il socio unico, peraltro, soltanto a determinate condizioni (artt. 2462, 2463 e 2331 c.c.) - di tutte le obbligazioni sociali. Anche in

questi casi, infatti, permane la piena autonomia patrimoniale della società rispetto al patrimonio personale del socio, con la conseguenza che quest'ultimo, se può essere chiamato a rispondere per intero delle obbligazioni sociali, resta comunque titolare (*uti socius*) di una posizione giuridica strettamente correlata con l'organizzazione societaria e con il potere esclusivo degli organi amministrativi di promuovere la tutela dell'interesse sociale nei rapporti coi terzi.

Per quanto concerne, invece, il profilo *sub* (ii), le argomentazioni sviluppate dal tribunale si appuntano efficacemente su due aspetti che vale la pena di evidenziare qui singolarmente.

Anzitutto, il giudice milanese, in sintonia con le difese svolte da uno dei convenuti (28), stigmatizza l'ingiustificata ed eccessiva compressione della sfera giuridica dell'ente (destinatario dell'eventuale sentenza di nullità) nel caso in cui si ammettesse - come sostenuto, in effetti, da parte attrice - che il socio sia legittimato ad esercitare l'azione di nullità avverso il contratto concluso dalla curatela fallimentare.

È fin troppo evidente, infatti, che il socio non può intraprendere nei confronti della procedura fallimentare quelle iniziative che gli sono precluse nei confronti della società *in bonis*. Anzi, come giustamente osservato dal tribunale, la pendenza del fallimento dovrebbe indurre a ribadire in maniera ancor più rigorosa l'interpretazione invalsa con riguardo al rapporto del socio con la società *in bonis*, atteso che, mentre in quest'ultimo caso gli organi sociali (in specie: quelli amministrativi) devono agire pur sempre nell'interesse dei soci, il curatore fallimentare è chiamato ad agire addirittura «*invito domino*» nell'interesse esclusivo dei creditori (29). Di

Note:

(26) Così la sentenza in commento al punto 1.4 (il corsivo è nostro). Ma v. già Cass. 22 febbraio 2009, n. 4579, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 979 ss.; Cass. 7 maggio 2002, n. 6544, in *Vita not.*, 2003, 657 ss.; Cass. 15 novembre 1999, n. 12615, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 92 (citato anche nella sentenza in commento). Cfr. anche, per tutti, G. Iudica, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 124-125.

(27) Per l'applicazione del principio del difetto di legittimazione ad agire in sede impugnatoria in capo al socio illimitatamente responsabile, come pure al partecipante alla comunione, v. ancora G. Iudica, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 125-126.

(28) V. punto 1.4 della sentenza in commento.

(29) Le parole tra virgolette sono tratte sempre dalla sentenza in commento: v. punto 1.4, ove anche il suggestivo (per quanto inevitabilmente fugace) raffronto con la figura del *trustee*. Sulla legittimazione esclusiva del curatore ad agire per la conservazione del patrimonio sociale, v., *ex multis*, le pronunce richiamate dal Tribunale di Milano: Cass., Sez. Un., 24 dicembre 2009, n. (segue)

talché, se il patrimonio sociale non può essere tutelato - rispetto ai rapporti della società *in bonis* coi terzi - per il tramite di un'iniziativa impugnatoria del socio, non vi è ragione per consentire che il socio assuma una tale iniziativa ove - e sol perché - l'atto dispositivo del patrimonio debitorio sia stato concluso dalla curatela fallimentare o la curatela sia successivamente subentrata nell'atto dispositivo concluso (ma non ancora interamente eseguito) dalla società poi fallita.

S'è visto, infatti, che il socio, con la partecipazione al contratto sociale, rinuncia a gestire e a tutelare l'interesse alla conservazione del patrimonio sociale (30) nel contesto dei rapporti della società coi terzi, demandando agli organi sociali la cura e la gestione di tale interesse. Orbene, tale preclusione al potere del socio di ingerirsi nei rapporti della società coi terzi non subisce attenuazioni nel caso in cui la società versi in uno stato di fallimento, atteso che, malgrado la pendenza della procedura concorsuale, non solo il contratto sociale - e in specie il rapporto che lega i soci alla società - continua a restare vincolante (pur subendo talune attenuazioni) (31), ma anche gli organi sociali - a cominciare dagli amministratori - sono mantenuti in carica e continuano ad operare, seppure con qualche limitazione (32), nell'interesse della società.

Ma evidentemente non si tratta soltanto di evitare una disparità di trattamento della società in ragione della pendenza di una procedura fallimentare; si tratta altresì di riconoscere che, nella pendenza del fallimento, viene meno ogni diritto del socio alla conservazione della propria quota.

Ed è questa una conclusione che pare essere pienamente suffragata dalla considerazione - ampiamente ripresa anche dal Tribunale di Milano - che, poiché ogni pretesa del socio correlata al valore della partecipazione (anche in sede di liquidazione della società) resta quiescente per tutto il corso della procedura e si riattiva soltanto dopo l'adozione del provvedimento di chiusura del fallimento (33), al socio difetta qualunque interesse (se non puramente indiretto) alla migliore realizzazione delle attività liquidatore del patrimonio sociale (34).

D'altra parte, è indubbio che la costituzione del rapporto societario, pur costituendo - insieme alla prestazione dell'originario conferimento - il «presupposto giuridico del diritto del socio alla quota di liquidazione», non attribuisce alcun credito restitutorio in capo al conferente, al quale compete tutt'al più una mera aspettativa - un «diritto in attesa di espansione» - destinata a concretizzarsi in una si-

tuazione soggettiva piena soltanto nel momento in cui si procede alla liquidazione delle quote nell'interesse dei soci (35).

Note:

(segue nota 29)

27346, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1749 (ove l'autonomia giuridica e patrimoniale della società rispetto al socio si declina, in caso di fallimento, nella legittimazione esclusiva del curatore ad agire per il risarcimento dei danni subiti dal patrimonio sociale); Cass. 4 aprile 2003, n. 5323, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 87; nonché Cass. 14 maggio 2012, n. 7448, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 605; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1236, in questa *Rivista*, 2000, 151 ss., le quali offrono un ulteriore supporto argomentativo al carattere autonomo della posizione della curatela, laddove evidenziano la «legittimazione processuale di tipo suppletivo» della società fallita (e non anche del singolo socio) in caso di «totale disinteresse degli organi fallimentari» alla conservazione e gestione del patrimonio debitorio.

(30) E, con esso, anche l'interesse a tutelare il valore patrimoniale della propria quota di partecipazione sociale.

(31) Attenuazioni che - sia detto per inciso - non influiscono certo sul principio della personalità giuridica dell'ente e della sua conseguente autonomia patrimoniale (cfr. artt. 150 e 151 l.fall., nonché artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., su cui v. M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 506-507): di talché, non viene ad essere intaccata, neppure nel corso del fallimento, la regola che preclude al socio il potere di agire nei confronti dei terzi per la tutela del patrimonio sociale.

(32) Anche in questo caso si tratta di limitazioni che non incidono sul potere dell'organo amministrativo di esercitare i propri poteri, sebbene tale esercizio dovrà essere reso compatibile con le finalità prettamente liquidatorie della procedura (v. ancora M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 508-509).

(33) Il principio è consolidato in giurisprudenza - come ricordato anche dalla pronuncia in commento (dalla quale è tratta la parola riportata tra virgolette nel testo) - e se ne trovano esplicite affermazioni in Cass. 29 settembre 2011, n. 19955, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1369; Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2006, n. 22659, in questa *Rivista*, 2007, 397 ss.

(34) Cfr. Cass. 11 ottobre 1999, n. 11369, in questa *Rivista*, 2000, 1135 ss.

(35) Così ancora Cass. 29 settembre 2011, n. 19955, cit. (da cui sono tratte anche le parole tra virgolette); ma v. anche in motivazione Cass. 25 maggio 2012, n. 8310.