



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Scuola di Dottorato in Giurisprudenza
Ciclo XXIV

Tesi di dottorato di ricerca

**Effetti sostanziali e processuali della fusione e
dell'estinzione di società**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Claudio Consolo

Dottoranda: Federica Godio

INDICE

ABSTRACT (P. III)

PARTE I: EFFETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ (P. 1)

Capitolo I: Natura ed effetti sostanziali della fusione di società: i risultati di dottrina e giurisprudenza (p. 2)

1. Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina sostanziale (e processuale) della fusione (p. 2) – 2. La posizione della dottrina vigente il Codice di commercio (p. 8) – 3. Evoluzione del dibattito dottrinale (più che giurisprudenziale) sulla natura e gli effetti della fusione dall'entrata in vigore del Codice civile alla riforma del diritto societario (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) (p. 16) – 3.1 *Premessa* – 3.2 *La tesi estintivo-successoria* – 3.3 *La tesi modificativo-evolutiva* – 3.3.1 *(segue) apporto fondamentale del pensiero di Carlo Santagata: "l'estinzione solo formale" e "la reciproca appropriazione" delle società partecipanti al procedimento di fusione* – 3.3.2 *(segue) altre elaborazioni della tesi modificativo-evolutiva* – 3.4 *La (monolitica) giurisprudenza sugli effetti sostanziali della fusione* – 4. L'entrata in vigore della riforma del diritto societario: le nuove prospettive della giurisprudenza ed il consolidarsi degli indirizzi già elaborati dalla dottrina (p. 36) – 4.1 *Premessa* – 4.2 *La posizione della giurisprudenza* – 4.2.1 *L'impatto della riforma del diritto societario sulla posizione della giurisprudenza ed il (rivoluzionario) intervento delle Sezioni Unite (ord. 8 febbraio 2006, n. 2637)* – 4.2.2 *Carattere interpretativo o innovativo della "nuova" disciplina della fusione* – 4.3 *La tesi estintivo-successoria: sua attuale configurabilità, seppur con alcuni (doverosi) ripensamenti* – 4.4 *I caratteri delle (moderne) impostazioni modificativo-evoluzionistiche.*

Capitolo II: Gli istituti dell'estinzione e della successione: vaglio della loro ricorrenza nell'ipotesi di fusione (p. 52)

1. *Premessa* (p. 52) – 2. Estinzione e fusione di società: le radicalmente diverse finalità sottese ai due istituti (p. 52) – 3. I principali orientamenti dottrinali sul ricorrere di un fenomeno realmente estintivo nell'ipotesi di fusione (rinvio) (p. 54) – 4. Argomenti che depongono per l'esclusione dell'operatività dell'istituto dell'estinzione di società (p. 57) – 5. L'istituto della successione: definizione e confini (p. 59) – 6. Successione e fusione (p. 64) – 7. Conclusioni: esclusione della ricorrenza di un fenomeno successorio nell'ipotesi di fusione (p. 66)

Capitolo III: Effetti processuali della fusione di società di capitali (p. 70)

1. Fusioni e processi pendenti (p. 70) – 1.1 *(segue) l'istituto della successione nel processo* – 1.2 *(segue) e quello dell'interruzione del processo* – 2. Effetti processuali della fusione: la posizione della giurisprudenza (p. 75) – 2.1 *(segue) la (ancora una volta granitica) giurisprudenza sugli effetti della fusione sui processi pendenti prima dell'intervento delle Sezioni unite del 2006* – 2.2 *(segue) il repentino mutamento di indirizzo del 2006 e la (innovativa) precisazione del 2010: la fusione non determina (né ha mai determinato) l'interruzione del processo pendente* – 3. Il solo recente dibattito dottrinale: la "tripartizione" degli interpreti (p. 83) – 4. Fusione e interruzione del processo: vaglio critico dell'operatività (o meno) degli artt. 299 e ss. c.p.c. anche alla luce dei risultati dottrinali (p. 87) – 5. Fusione e successione nel processo: la dottrina sull'art. 110 c.p.c., un richiamo non necessario (p. 94) – 6. Conclusioni (p. 98).

PARTE II: EFFETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELL'ESTINZIONE DI SOCIETÀ (P. 102)

Capitolo I: Effetti sostanziali e *quando* dell'estinzione di società (p. 103)

1. Il momento di estinzione delle società: evoluzioni giurisprudenziali (p. 103) – 1.1 *Orientamenti giurisprudenziali nel vigore del codice di commercio* – 1.2 *L'impatto del codice civile* – 1.3 *La svolta rappresentata dalla riforma del diritto societario ed il conseguente mutamento giurisprudenziale* – 2. La dottrina sulla estinzione delle società (p. 112)

Capitolo II: Sopravvivenze (e sopravvenienze) attive e passive: profili sostanziali della tutela dei creditori sociali e degli ex soci (p. 118)

1. Premessa (p. 118) – **Sezione I: La sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze attive** (p. 119) – 1. Oggetto delle sopravvivenze/sopravvenienze attive (p. 119) – 2. Sopravvivenze/sopravvenienze attive e posizione degli ex soci (p. 121) – 2.1 *La successione degli ex soci nelle situazioni giuridiche attive di titolarità della società estinta* – 2.2 *L'applicazione analogica delle disposizioni sull'eredità giacente* – 2.3 *La valenza omnicomprensiva del bilancio di liquidazione* – 2.4 *L'applicazione analogica delle norme sulla scissione* – 2.5 *Conclusioni* – 3. La cancellazione della cancellazione (p. 133) – **Sezione II: La sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze passive** (p. 139) – 1. Sopravvivenze/sopravvenienze passive e responsabilità degli ex soci: impostazione del problema (p. 139) – 2. La responsabilità degli ex soci quali successori della società estinta (p. 145) – 3. La responsabilità degli ex soci per arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) (p. 149) – 4. La responsabilità degli ex soci ex art. 2280 c.c. (p. 151) – Ulteriori (minoritarie) tesi sul titolo della responsabilità degli ex soci (p. 155) – 6. Conclusioni: il titolo della responsabilità degli ex soci di società di capitali (p. 157) – 7. (segue); e degli ex soci di società di persone (p. 166) – 8. La responsabilità pro quota o solidale degli ex soci e la sorte dei contratti in essere al momento dell'estinzione della società (p. 169) – 9. L'azione surrogatoria del creditore sociale ex art. 2900 c.c. (p. 174).

Capitolo III: Estinzione e processi pendenti: profili processuali della tutela di creditori sociali ed ex soci (p. 181)

1. Premessa (p. 181) – 2. La dottrina sulla sorte dei processi pendenti: ipotesi ricostruttive sulla loro prosecuzione (p. 183) – 2.1 *L'irrilevanza dell'estinzione della società e la c.d. perpetuatio iurisdictionis* – 2.2 *L'ipotizzata successione nel processo degli ex soci ex artt. 110 e 111 c.p.c.* – 2.3 *La dottrina sull'estinzione della parte e l'interruzione del processo* – 3. Vaglio critico della prospettata possibilità di prosecuzione dei processi pendenti a valle dell'estinzione della società parte (p. 200) – 3.1 *La chiusura del processo pendente: impossibilità di giungere alla declaratoria della cessazione della materia del contendere* – 3.2 *La formula terminativa del processo a valle dell'estinzione della società parte e gli effetti dell'estinzione* – 4. Effetti processuali della cancellazione della società sui processi pendenti presumibilmente destinati a dar luogo a sopravvenienze attive (p. 215) – 5. La notifica dell'atto di citazione agli ex soci: profili di incostituzionalità (p. 221) – 6. Efficacia del titolo costitutivo ottenuto nei confronti della società poi estintasi (p. 224).

BIBLIOGRAFIA (p. 229)

ABSTRACT

Il presente lavoro ha ad oggetto lo studio degli istituti della fusione e dell'estinzione di società, e si propone di fornire possibili risposte ai quesiti tutt'ora lasciati aperti dalla disciplina positiva, sul piano sia degli effetti sostanziali che di quelli processuali.

Lo scritto si compone di due parti, l'una dedicata alla fusione e l'altra all'estinzione di società.

La Parte I, si apre con l'analisi degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura ed agli effetti sostanziali della fusione di società (Capitolo I), così come sviluppatasi a partire dal Codice di commercio sino all'entrata in vigore della riforma del diritto societario (D. Lgs. 6 del 2003) ed ai successivi interventi delle Sezioni Unite. Nel Capitolo II vengono esaminati gli istituti della successione e dell'estinzione e ne viene indagata la ricorrenza nell'ipotesi di fusione. Il Capitolo III è infine dedicato agli effetti processuali della fusione che intervenga processo pendente. Vagliate le diverse ipotesi ricostruttive elaborate da dottrina e giurisprudenza, ed escluso il ricorrere degli istituti processuali della interruzione (artt. 299 e ss. c.p.c.) e della successione nel processo (art. 110 c.p.c.), viene individuato il meccanismo di "prosecuzione" del processo previsto dall'art. 2504-bis c.c.

La Parte II è dedicata all'istituto dell'estinzione di società. Dopo aver ripercorso la posizione di giurisprudenza e dottrina in relazione al momento dell'estinzione dell'ente sociale (Capitolo I), viene analizzata la sorte di eventuali sopravvivenze o sopravvenienze attive o passive (Capitolo II). In particolare, quanto alle prime, oggetto di indagine sono le modalità di acquisto di eventuali attività non liquidate da parte degli ex soci. In relazione alle passività residue, invece, lo studio si propone di individuare quale sia il titolo della responsabilità degli ex soci nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti. L'ultimo Capitolo (III) è invece dedicato ai profili processuali, e così alla sorte dei processi pendenti al momento dell'estinzione della società parte.

The thesis addresses the legal institutes of companies merger and extinction, with the aim of submitting an answer to the numerous issues of their procedural and substantial effects, which are left open by the positive law. The thesis is divided in two parts, addressing companies merger and extinction respectively.

Part I – Chapter One comprises an analytical overview of the legal doctrine and case law concerning the substantive effects of companies merger, as developed from the entry into force of the Italian Commercial Code of 1865 until the company law reform of Legislative Decree no. 6 of 2003 and the following decisions of the Supreme Court. Chapter Two examines the institutes of succession and extinction and enquires their relevance with regard to company merger. Lastly, Chapter Three addresses the procedural effects of a company merger on pending legal proceedings. Legal doctrine and case law are examined, to exclude that interruption of the proceeding (pursuant to articles 299 ff. of the civil procedure code) as well as succession in the proceeding (pursuant to article 110 of the civil procedure code) may be relevant in this regard. The relevant institute is to be identified in the continuance of the legal proceedings under Art. 2504-bis of the Civil Code.

Part II – Chapter One deals with the time of company extinction, as identified by the legal doctrine and the case law. Chapter Two addressed the discipline of casual profits and losses in the event of extinction. Namely, the regime of acquisition of casual profits not liquidated to the shareholders at the time of extinction, as well as the shareholders' liability towards the creditors of the extinguished company for casual losses are scrutinized. Chapter Three lastly addresses the procedural effects of company extinction on a pending legal proceedings.

PARTE I

EFFETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ

CAPITOLO I

NATURA ED EFFETTI SOSTANZIALI DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ: I RISULTATI RAGGIUNTI DA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

1. Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina sostanziale (e processuale) della fusione – 2. La posizione della dottrina vigente il Codice di commercio – 3. Evoluzione del dibattito dottrinale (più che giurisprudenziale) sulla natura e gli effetti della fusione dall'entrata in vigore del Codice civile alla riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) – 3.1 Premessa – 3.2 La tesi estintivo-successoria – 3.3 La tesi modificativo-evolutiva – 3.3.1 (*segue*) apporto fondamentale del pensiero di Carlo Santagata: "l'estinzione solo formale" e "la reciproca appropriazione" delle società partecipanti al procedimento di fusione – 3.3.2 (*segue*) altre elaborazioni della tesi modificativo-evolutiva – 3.4 La (monolitica) giurisprudenza sugli effetti sostanziali della fusione – 4. L'entrata in vigore della riforma del diritto societario: le nuove prospettive della giurisprudenza ed il consolidarsi degli indirizzi già elaborati dalla dottrina – 4.1 Premessa – 4.2 La posizione della giurisprudenza – 4.2.1 L'impatto della riforma del diritto societario sulla posizione della giurisprudenza ed il (rivoluzionario) intervento delle Sezioni Unite (ord. 8 febbraio 2006, n. 2637)– 4.2.2 Carattere interpretativo o innovativo della "nuova" disciplina della fusione societaria – 4.3 La tesi estintivo-successoria: sua attuale configurabilità, seppur con alcuni (doverosi) passi indietro – 4.4 I caratteri delle (moderne) impostazioni modificativo-evoluzionistiche

1. Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina sostanziale (e processuale) della fusione

Lo studio degli effetti processuali della fusione societaria non può che partire da una ricognizione dell'evoluzione della disciplina positiva della fusione; da essa emergerà – lo si anticipa – la progressiva specificazione dei caratteri dell'istituto, con l'abbandono dell'iniziale configurazione (ad opera del Codice di commercio) in termini non lontani da quelli estintivo-successorii, per giungere all'espreso riconoscimento della sua natura meramente evolutivo-modificativa.

Vigente il Codice di commercio¹ la fusione era inquadrata tra i fenomeni estintivi degli enti sociali: l'art. 189, n. 7 disponeva infatti che "le società commerciali si sciolgono (...) per la fusione con altre società"², e l'art. 196 si riferiva alle società di

¹ Nella sua successiva versione del 1883, e non anche in quella del 1865. Come sottolinea infatti A. MARGHERI, in *Delle Società e delle Azioni commerciali*, Vol. IV, ne *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio – C. Vivante, Torino, 1929, spec. 541 e ss., "di questo fatto giuridico non trattava l'abolito codice di commercio, né, in generale, la legislazione di data un po' lontana. Se ne occupano, invece, e ne dettano le relative norme, le legislazioni più recenti, come la tedesca e la svizzera, e il codice nostro attualmente in vigore".

² Invero l'effetto estintivo delle società partecipanti che l'art. 189, n. 7 cod. comm. riconduce all'avvenuta fusione è approdo successivo: l'iniziale formulazione dell'art. 187, n. 7

fusione come società “estinte”. Peraltro la formulazione di quelle disposizioni (ed in particolare dell’art. 189, n. 7), era stata preceduta da un interessante dibattito³. Come testimoniato dagli Atti della Commissione per il Codice di commercio, rispetto alla questione, affatto pacifica, già si manifestavano le contrapposte posizioni che hanno poi caratterizzato la produzione dottrinale dall’emanazione del Codice civile sino all’ultima organica riforma del diritto societario (d. lgs. 6/2003)⁴.

L’entrata in vigore del Codice civile non ha contribuito a fare chiarezza circa la scelta del legislatore tra i due modelli ricostruttivi dell’istituto che andavano elaborandosi da parte degli interpreti⁵; ancor più che nel previgente Codice di

(corrispondente poi all’art. 189, n. 7) del Progetto definitivo di Codice di commercio presentato in Senato nel 1877 prevedeva infatti l’estinzione delle società di fusione nel solo caso in cui “nel contratto non è stabilito diversamente”; una tale specificazione fu poi eliminata – come riporta C. VIVANTE, nota a Corte di Appello di Genova, in *Foro It.*, 1894, I, 742 – considerando che “non è possibile che una società seguiti a vivere dopo che si è fusa con un’altra” (v. spec. p. 743, nt. (f) per riferimenti bibliografici). Sulle ragioni storiche che portarono alla definitiva formulazione dell’art. 189, n. 7, si rinvia alla testimonianza di E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle Società commerciali*, Vol. II, Torino, 1934, che riporta come l’inciso “interpretato diversamente dal Ministro Guardasigilli e dal relatore Corsi al Senato (cioè dal primo con riferimento alla fusione e dal secondo con riferimento all’effetto dello scioglimento) fu soppresso per eliminare una superfluità od un equivoco” (p. 900).

³ L’assenza di una posizione condivisa si riverberò anche nella disciplina codicistica della fusione: accanto al menzionato art. 189, n. 7, vi erano infatti disposizioni che male si accordavano con la qualificazione dell’istituto in termini estintivo-successorii, e che invece già consentivano una certa apertura verso la valorizzazione dell’elemento modificativo-evolutivo delle società partecipanti: così era – come meglio si vedrà oltre – per l’art. 158, co. 3 cod. comm., che riconosceva ai soci dissenzienti rispetto alla delibera di fusione il diritto di recesso. Il che ha consentito ad alcuni esponenti della dottrina di individuare l’elemento caratterizzante la fusione nella reciproca modificazione statutaria delle società coinvolte: così G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, per il quale “la fusione è nel nostro ordinamento giuridico una modificazione statutaria”, p. 42. Sul punto v. *amplius* par. 2.

⁴ Si legge negli Atti della commissione per il Codice di commercio, tornata del 23 ottobre 1869 (in S. CASTAGNOLA, *Fonti e motivi del codice di commercio*, in Castagnola e Gianzana, *Nuovo codice di commercio italiano*, Torino, 1884, par. 383): “gli effetti della fusione, cioè la sorte delle società che vengono a fondersi insieme, sono apprezzati assai variamente. Alcuni sostengono che la fusione produce la morte o la cessazione delle società preesistenti per dare vita ad un ente affatto nuovo. Altri ammettono la continuazione di entrambe le società che si fondono in considerazione della loro unione come un contratto fra due corpi morali avente la natura di società. Altri infine, conciliando le opposte idee, vogliono che le società preesistenti passino in uno stadio di liquidazione e, al solo scopo di questa, sopravvivano fino a liquidazione compiuta. Contemporaneamente vogliono nata la nuova società, la quale comincia una vita affatto nuova da quella delle società dalle quali è nata”.

⁵ Si tratta, com’è noto, della *summa divisio* tra teorie estintivo-successorie – che riconducono alla fusione, valorizzandolo, l’effetto dell’estinzione delle società partecipanti (o della sola incorporata, nel caso di fusione per incorporazione) e quello della successione della società di nuova costituzione, o dell’incorporante, nel patrimonio della/e prima/e (come si vedrà meglio

commercio mancano qui indici univoci al riguardo: il venir meno del riferimento alla fusione quale causa di scioglimento delle società trova infatti bilanciamento nell'esplicito riferimento alle società di fusione quali società "estinte" operato dall'art. 2504-bis c.c.

Maggiori indicazioni vengono invece dalle più recenti riforme che hanno interessato l'istituto, tese a semplificarne i caratteri e così renderne la disciplina più aderente alle esigenze delle prassi ed al ruolo di riorganizzazione del finanziamento, della compagine sociale e dello svolgimento dell'impresa assunto dalla fusione all'interno della vita societaria⁶. Tra queste merita in particolare menzione la riforma organica del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), che ha apportato alla disciplina della fusione una serie di modificazioni che depongono univocamente per il definitivo accoglimento, ad opera del legislatore, della tesi modificativo-evolutiva^{7,8}.

infra non vi è però tra i sostenitori di questa impostazione diffuso consenso circa l'avvicendamento temporale dei due effetti: v. par. 3.2) – e teorie modificativo-evolutive, per le quali la fusione si risolve in una compenetrazione ed unione degli organismi sociali partecipanti senza che possa dirsi ricorrere alcuna vera e propria estinzione delle società di fusione e così alcuna successione da fusione.

⁶ Sul punto si v. le considerazioni di G. FERRI JR e G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori, Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Vol. IV, diretto da P. Abadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, per i quali "quanto alla posizione sistematica, la fusione sembra emergere essenzialmente come una specifica modalità di riorganizzazione dell'impresa disciplinata in forma societaria" (p. 232).

⁷ Così, sulla scorta di Sez. Un., Ord. 8 febbraio 2006, n. 2637 ("il legislatore [N.d.R.: della riforma del diritto societario] ha così definitivamente chiarito che la fusione tra società non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione"), la compatta giurisprudenza di legittimità: Cass., 24 marzo 2006, n. 6686; Cass., 23 giugno 2006, n. 14526; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661; Cass., 22 agosto 2007, n. 17855; Cass., 23 ottobre 2008, n. 25618; Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509.

⁸ Indicativo, pur se per ciò che non dice, è altresì il d. lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, che ha dato attuazione alla Terza direttiva comunitaria in tema di fusioni societarie (78/855/CEE). Il d. lgs. 22/1991, infatti, non ha recepito né riprodotto la nozione di fusione per incorporazione quale scioglimento senza liquidazione delle società di fusione prevista dalla Direttiva, il cui art. 3 recita: "si intende per fusione mediante incorporazione l'operazione con la quale una o più società, tramite lo scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti (della o) delle società incorporate di azioni della società incorporante e, eventualmente, di un conguaglio in danaro non superiore al dieci per cento del valore nominale della azioni attribuite o, in mancanza del valore nominale, della loro parità contabile". Al riguardo – e più in generale sulla disciplina comunitaria della fusione – si segnalano le riflessioni di C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Fusione e Scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004, 5 e ss., per il quale "opportunamente si è evitato di recepire il concetto di fusione indicato dagli artt. 3 e 4 della III

Si tratta, anzitutto, del notissimo intervento sull'art. 2504-bis c.c.⁹ che ha eliminato il riferimento alle società di fusione quali società "estinte", a favore di un esplicito (ed inequivocabile) riferimento alla prosecuzione, da parte della società incorporante/risultante dalla fusione, dei rapporti anche processuali prima facenti capo alle società di fusione¹⁰. Peraltro accanto a questo (a tratti abusato) riscontro

direttiva (influenzata dalla concezione patrimonialistica tipica dell'ordinamento tedesco)". Tuttavia la possibilità di trarre indicazioni dalla scelta del legislatore di non recepire la configurazione che della fusione veniva data nella III Direttiva va temperata con l'esplicita presa di posizione contenuta nella Relazione allo schema di legge delega per l'attuazione della III e IV direttiva CEE (in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 126 e ss), ove si legge che "il compito del legislatore è quello di disciplinare il procedimento di fusione, piuttosto che quello di definire la natura giuridica dell'istituto, prendendo posizione nel dibattito fra coloro che ravvisano nella fusione un fenomeno di successione in *universum jus* e coloro che invece lo considerano alla stregua di una peculiare modificazione dell'atto costitutivo" (valgano sul punto le considerazioni critiche di G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004: "si è quindi scientemente omesso di chiarire la natura giuridica della fusione ed i suoi effetti, giacché ... non è buona cosa un'eccessiva chiarezza in ordine al fenomeno disciplinato, ed in particolare agli effetti che lo stesso è idoneo a determinare quando si verifichi nel corso di un processo!", 119).

⁹ Si confrontino le due versioni dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c.: quello *ante* riforma del 2003: "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante *assumono* i diritti e gli obblighi delle società estinte", e quello post riforma: "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". I corsivi sono nostri, ed evidenziano i passaggi sui quali maggiormente si è concentrata l'attenzione degli interpreti, tra i quali non è mancato chi – anche prima della definitiva presa di posizione del legislatore del gennaio 2003 – ha sottolineato come il riferimento alle società di fusione quali società estinte, se letto nel complesso del co. 1 dell'art. 2504-bis, non fosse tale da giustificare la ricostruzione del fenomeno in termini estintivo-successori: così C. SANTAGATA, *La fusione di società*, Napoli, 1964 (v. par. 3.3.1).

¹⁰ Proprio sulla nuova formulazione letterale dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. si è fondato il *revirement* giurisprudenziale che ha portato le Sez. Un. a riconoscere alla fusione effetti meramente modificativo-evolutivi delle società partecipanti al procedimento, con conseguente irrilevanza del suo verificarsi pendente giudizio: così la già citata ord. n. 2637 del 2006, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177, con nt. E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*; e C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed "estinzione" societaria, (a proposito di gradazioni sull' "immortalità")*; in *Corr. Giur.*, 2006, 469 e ss., con nt. di F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*; e nt. di F. MELONCELLI, *Fusione di società ed interruzione del processo civile*, 795 e ss.; in *Giur. It.*, 2006, 1211 e ss.; nonché in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 199, con nt. di F. FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell'operazione non determina l'interruzione del processo* (e, in senso conforme alla citata pronuncia, tutta la successiva giurisprudenza: si v., a titolo esemplificativo, quella già citata sub nt. 7). Diversamente dalla dottrina – ove già da tempo si faceva strada la qualificazione della fusione quale vicenda meramente modificativa dell'ente sociale – la granitica giurisprudenza di legittimità ante 2003 riconduceva pacificamente la fusione ai fenomeni estintivo-successori, con conseguente applicazione della disciplina dell'interruzione del processo (artt. 299 e ss. c.p.c.) ove essa si fosse verificata pendente giudizio che vedeva parte la società di fusione (v. *amplius* cap. III).

positivo, ve ne sono altri, non sempre altrettanto valorizzati ma parimenti significativi.

Così l'art. 2502, co. 1, c.c. che, nello stabilire i *quorum* richiesti per l'approvazione della delibera di fusione, rimanda espressamente alle "norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto"; e l'art. 2502 c.c. che disciplina il deposito e l'iscrizione della decisione di fusione richiamando espressamente l'art. 2436 c.c. (rubricato "Desposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni [N.d.R.: dello statuto sociale]"). Ancora l'art. 2504-quater, c.c., prevede una sanatoria generalizzata e senza eccezioni della fusione a seguito dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese. Se il legislatore avesse inteso qualificare la fusione quale evento estintivo-successorio e costitutivo di nuova società (nel caso di fusione propria) all'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese avrebbe diversamente dovuto trovare applicazione l'art. 2332 c.c., che individua i casi in cui, pur avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo e dello stato della società di nuova costituzione, può esserne comunque dichiarata la nullità. Parimenti l'art. 2504-bis, co. 4 c.c. – dettato per la prima volta a disciplina del bilancio post fusione – espressamente codifica il principio di continuità contabile tra il bilancio della società da fusione, e quelli delle società di fusione. Sempre a favore della qualificazione del fenomeno in termini meramente evolutivo-modificativi depone anche la possibilità di inserire una clausola di retrodatazione degli effetti della fusione previsti dall'art. 2501-ter, co. 1, nn. 5 e 6, c.c.: la possibilità di un'imputazione retroattiva a bilancio della società da fusione delle operazioni compiute anteriormente all'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese non potrebbe infatti giustificarsi ove si la considerasse soggetto altro e diverso dalle società partecipanti al procedimento¹¹.

Ulteriori indici si traggono dalla previsione del diritto di recesso per il socio che non abbia acconsentito alla fusione (per i soci di società di persone o di società quotate – artt. 2502, co. 1, c.c. o 131 tuif – o, se in tal senso dispone l'atto costitutivo, per i soci di società di capitali, art. 2437, co. 4, c.c.): la previsione di tale diritto postula

¹¹ Così F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 314, per il quale tale previsione "non sarebbe logicamente concepibile se effettivamente si trattasse in senso proprio di un fenomeno costitutivo di una nuova società".

infatti che la fusione non determini l'estinzione del vincolo sociale prima facente capo alla società partecipanti, il quale si trasferisce intatto (e proprio per questo il socio potrà recedervi) in capo alla società risultante¹². Infine in questa ricognizione assume valore altresì l'art. 2357-bis, co. 1, c.c. Nel dettare un'apposita disciplina per alcuni peculiari casi di acquisto di azioni proprie l'articolo si riferisce anche all'acquisto "per effetto di successione universale o di fusione o di scissione": la formulazione della disposizione risulterebbe oltremodo (ed ingiustificatamente) ridondante ove si ritenesse che la fusione determini di per sé un acquisto a titolo successorio.

Ancora, indicazioni nel senso della qualificazione della fusione quale fenomeno meramente modificativo-evolutivo dei soggetti coinvolti vengono poi dalla disciplina extracodicistica¹³, ed in particolare dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. L'art. 19, infatti, nel disporre che "nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione", evidentemente sottende il riconoscimento che la fusione altro non determina se non la commistione (la "reciproca appropriazione", per utilizzare le parole di C. Santagata), delle società partecipanti. Del resto se così non fosse (e dunque se davvero la società risultante dalla fusione andasse riguardata come soggetto terzo – o comunque parzialmente diverso, nel caso di incorporazione – dalle società di fusione) la disposizione andrebbe incontro alla sanzione di incostituzionalità per violazione dell'art. 27 Cost. e del principio di personalità della responsabilità penale ivi sancito¹⁴.

¹² Al riguardo già nella vigenza del Codice di commercio (che tale diritto espressamente prevedeva: art. 158, co. 3) era stato sottolineato che "il diritto di recesso può essere giustificato di fronte a una trasformazione del vincolo originario, ma non si giustifica di fronte allo scioglimento del vincolo sociale, per la ragione evidente che con lo scioglimento si raggiunge un effetto anche più completo di quello che si può ottenere con il recesso" (così G. FERRI, *La fusione di società*, cit., 46-47).

¹³ Per ulteriori indicazioni circa altre disposizioni di legge ordinaria dalle quali emerge la scelta del legislatore per la tesi evolutivo-modificativa si rinvia a F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, cit., spec. pp. 468-469.

¹⁴ Analoghe considerazioni valgono anche per l'art. 42 d. lgs. 231/2001 – rubricato "Vicende modificative dell'ente nel corso del processo" – che recita: "nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali *vicende modificative* o beneficiari della scissione, che

2. La posizione della dottrina vigente il Codice di commercio

Minimo comun denominatore delle diverse ipotesi ricostruttive avanzate vigente il Codice di commercio è il riconoscimento che la fusione conduce allo scioglimento delle società partecipanti (nell'ipotesi di fusione paritaria) o di tutte meno una (nell'ipotesi di fusione per incorporazione). In tal senso, si è visto in apertura al precedente paragrafo, deponeva del resto la – peraltro piuttosto scarna¹⁵ – disciplina positiva dell'istituto¹⁶. Tuttavia si vedrà nel breve *excursus* che segue come questo dato sia stato tanto variamente apprezzato e giustificato (e non è mancato chi¹⁷ – con una posizione assai “moderna” e con chiara eco anche nel pensiero di successivi interpreti – ha posto preminentemente l'accento sull'utilizzo peculiare del termine “scioglimento”, il quale starebbe qui ad indicare quello che dalla dottrina del codice civile è stata definitiva “estinzione [solo] formale”¹⁸ delle società partecipanti al procedimento). Le diverse trattazioni sul tema condividono poi anche una forte attenzione al profilo economico-strategico dell'istituto, che

partecipano al processo, nello stato in cui si trova” (corsivi nostri). Per un'analisi delle menzionate disposizioni si rinvia a BUSSOLETTI, *Procedimento sanzionatorio e vicende modificative dell'ente nella legge sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 139 e ss., nonché A. MORA, *Profili civilistici della responsabilità dell'ente dipendente da reato e vicende modificative dell'ente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1493 e ss.

¹⁵ Si v. al riguardo le considerazioni di E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle Società commerciali*, Vol. II., Torino, 1934, 898 e ss., che non manca di sottolineare che “l'istituto della fusione non è certo tra i più approfonditi della nostra materia. A parte notevoli digressioni di carattere economico e tecnico cui si abbandonano alcuni trattatisti, le poche norme delle leggi che lo hanno preso in considerazione ed i commenti che su di esse la scuola è andata svolgendo, non sono tali da darci conto dell'intima natura di questa operazione”.

¹⁶ La quale, come si è detto, espressamente riconduceva la fusione tra le cause di scioglimento delle società (art. 159, n. 7 cod. comm.). Che lo scioglimento delle società di fusione fosse elemento caratterizzante l'istituto è osservazione comune agli interpreti: si v. C. VIVANTE, Commento a Corte di Appello di Genova, in *Foro It.*, 1894, I, 742 e ss. il quale, a pochi anni dall'entrata in vigore del nuovo Codice di commercio che la fusione ebbe per la prima volta a disciplinare, sottolineava che “fra i numerosi casi di scioglimento delle società commerciali, uno ve n'ha, la fusione, che essendo comparso novellamente nei codici di commercio ha ancora una figura giuridica molto confusa e incompleta”; in tal senso pure U. NAVARRINI, in *Delle società e delle associazioni*, ne *Commento al Codice di Commercio*, Biblioteca giuridica contemporanea, Milano, 1924, 829 e ss., per il quale “dal punto di vista giuridico dunque, e questo è il punto principale, la fusione porta con sé necessariamente lo scioglimento”.

¹⁷ Così E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle Società commerciali*, Vol. I, cit.

¹⁸ Il concetto di “estinzione formale” trova la sua completa enunciazione nel pensiero di C. SANTAGATA, *La fusione di società*, Napoli, 1964.

costituisce il punto di partenza dell'analisi giuridica di quello che da molti veniva definitivo come "fatto economico"¹⁹.

Ad eccezione di quanto sopra è difficile trovare, nel pensiero dei diversi autori che a più riprese si sono occupati della natura giuridica e degli effetti della fusione, ulteriori punti di contatto che ne consentano una trattazione se non unitaria quantomeno secondo orientamenti di massima²⁰. Così vi è chi (ma si tratta, anche nel frammentato panorama di allora, di posizione minoritaria) riconduce lo scioglimento delle società partecipanti tra i presupposti della fusione²¹: lo

¹⁹ L'assoluta maggioranza dei contributi sul tema – indipendentemente dalla loro articolazione e dal loro grado di approfondimento – si aprono con l'analisi delle ragioni economiche che possono indurre le imprese a ricorrere alla fusione. Così, a solo titolo esemplificativo e per l'interessante quadro dell'assetto economico dell'Italia di fine '800 inizi '900 che vi viene dipinto, si v. le considerazioni di E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, Milano, 1894, spec. 287 e ss.: "questo, della fusione di più società in una, è un fatto economico tutt'altro che infrequente oggi (...). Può darsi infatti che, per qualsiasi ragione, una o più società esercenti, di regola, la stessa industria o industrie affini, facciano male i propri affari, oppure che sperino di farli migliori raccogliendo insieme un più numeroso fascio di forze economiche ed intellettuali. La qual cosa accadrebbe allorché un paese, agitato dalla febbre della speculazione, si mette a creare, da ogni parte, società che, mentre sembrano rispondere ai più certi bisogni suoi, in effetti non sono che mal pensate imprese; le quali anziché attingere la ragion loro di essere dalle reali condizione economiche del paese in cui sorgono, la attingono soltanto dalle allucinazioni di qualche imprudente speculatore. Ma, guarita quella febbre e sballiti gli entusiasmi della fantasia, ci si accorge poi della mala via percorsa e di essere troppi a correre lo stesso palio". Così pure C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, *Le società commerciali*, Milano, 1923, 427 e ss., che, a distanza di quattro lustri, avverte che "queste fusioni sono frequenti nei periodi di raccoglimento che succedono a crisi economiche di un paese"; G. DE SEMO, *Sulla fusione delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1933, I, 1223 e ss., che testimonia come, nel periodo tra le due guerre, la fusione tra imprese ebbe ad accentuarsi, e condivide con G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, il rilievo per cui "da un punto di vista economico la fusione si inserisce nel complesso fenomeno della concentrazione di imprese" (p. 5).

²⁰ Come avviene invece a partire dall'entrata in vigore del codice civile, quando si assiste alla sempre più netta divisione tra i sostenitori della tesi modificativo-evolutiva, e quanti invece rinvergono nella fusione un evento estintivo-successorio-costitutivo.

²¹ Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, cit., il quale distingue poi tra fusione propria, che individuerrebbe quell'atto con il quale due o più società si sciolgono per costituirne una nuova, sicché dal punto di vista giuridico essa altro non sarebbe se non un contratto per la costituzione di nuova società, e fusione per incorporazione, la quale rappresenterebbe "una specie di compra e vendita; cioè, una cessione. La società minore assume la parte di venditrice o cedente; la società maggiore quella di compratrice o cessionaria" (p. 290). Qualifica la fusione un contratto anche G. DE SEMO, *Sulla fusione delle società commerciali*, cit., spec. 1234, per il quale, in particolare, questa si sostanzierebbe in un contratto "di società a favore di quei soci [N.d.R.: delle società di fusione] ed in confronto della società che sopravvive o che risulta dalla fusione"; mentre dovrebbe qualificarsi quale "vendita in blocco delle azioni delle società che scompaiono, ed alla quale si accompagna un rapporto di successione universale nei debiti e nei crediti delle medesime in testa alla società superstite o nuova" se i soci delle società di fusione non divengono soci di quella da fusione ma vengono soddisfatti in denaro.

scioglimento conseguirebbe alla delibera di fusione adottata da ciascuna delle società partecipanti, sicché da tale momento “ciascun socio riacquista la propria libertà giuridica, per riguardo alla società di cui prima faceva parte, del pari che la riacquisterebbe nel caso di scioglimento puro e semplice”²². Tuttavia tale delibera si caratterizzerebbe per ciò, che essa è preordinata dalla legge allo scopo della fusione, sicché da questa scaturirebbe un obbligo per gli ex soci delle società ormai scioltesi di mantenere fede al fine che si sono prefissati con la sua adozione, dando vita alla una nuova società da fusione²³. Altri – ed è, questa, posizione condivisa dalla maggioranza degli interpreti – riconoscono invece che lo scioglimento delle società partecipanti è effetto – e non causa – della fusione²⁴: solo una volta divenuta operativa²⁵ questa le società partecipanti (o quelle incorporate) cessano di esistere, sciogliendosi appunto. Tale scioglimento “da fusione” si caratterizza

²² E. VIDARI, *op. cit.*, 290. Sottende analoghe considerazioni il pensiero di G. FRÈ, *Sul diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 762 e ss., secondo cui la delibera di fusione “importa in sostanza per i soci l’obbligo di conferire la quota patrimoniale che essi avevano nella società che si estingue alla società incorporante o a quella che risulta dalla fusione” (p. 770).

²³ Diverse sono le critiche mosse a questa ricostruzione, prima fra tutte quella di “frazionare arbitrariamente il fenomeno giuridico della fusione in una serie di operazioni distinte ed autonome”, così G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., 22, che ulteriormente sottolinea che il pensiero di Vidari si porrebbe in contrasto altresì con la lettera della legge, la quale configura la fusione quale causa (e non effetto) dello scioglimento delle società (art. 189, n. 7 cod. comm.). Che la fusione – pur comportando l’effetto estintivo delle società partecipanti e quello successorio di quella risultante/incorporante – dovesse guardarsi come fenomeno unitario è approdo comune agli interpreti del Codice di commercio; al riguardo si v. A. CANDIAN, *Fusione di società commerciali*, in *Studi di diritto commerciali in onore di Cesare Vivante*, Vol. I, Roma, 1931, 243 e ss.: “il concetto della fusione non si risolve né in quello della estinzione di due o più società, né in quello della formazione di una nuova società (fusione in senso stretto) o dell’assorbimento dell’una da parte dell’altra (incorporazione), ma nell’uno e nell’altro insieme”, p. 248; in tal senso pure E. SOPRANO, *Trattato tecnico-pratico delle società commerciali*, Vol. II, cit., 906, per il quale “con questa operazione non vi saranno soluzioni di continuo: cosicché, nel momento stesso della fusione, si avrà una ricomposizione soggettiva, per cui l’ente cessante si dovrà considerare estinto e l’ente superstite o nuovo assorbirà in sé le soggettività individuali dei soci di quello e ne erediterà la titolarità dei diritti e delle obbligazioni”.

²⁴ Così C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, *Le società commerciali*, cit., 474 e ss.: “vi è fusione quando una società si scioglie scomparendo in un’altra: senza scioglimento non vi è fusione”. In particolare tale scioglimento avrebbe carattere necessario (verificandosi di diritto quale conseguenza *ex lege* della delibera di fusione) per A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, ne *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da Bolaffio-Vivante, Vol. IV, Torino, 1929, 544 e ss., il quale però avverte che “le società si considerano tuttora in vita fino a che la deliberazione della fusione o della incorporazione non sia divenuta operativa”.

²⁵ Quanto al momento di operatività questo era stabilito dall’art. 195 cod. comm.: decorsi tre mesi dalla pubblicazione della delibera di fusione assunta da ciascuna società partecipante.

però, secondo la maggioranza degli interpreti²⁶, per l'assenza del segmento (tipico dello scioglimento degli enti societari) della liquidazione, che si porrebbe in contrasto con le finalità di rafforzamento e prosecuzione (ormai unificata) dell'attività imprenditoriale perseguite con la fusione²⁷; il che ha portato a concludere che “nel nostro diritto fusione e liquidazione sono termini di regola incompatibili”²⁸. Altro effetto comunemente riconosciuto alla fusione – sulla scorta, anche in questo caso, del dato positivo (art. 196 cod. comm.: “la società che rimane sussistente o che risulta dalla fusione assume i diritti e le obbligazioni delle società estinte”) – è quello del subentro della società da fusione (o incorporante)

²⁶ Non manca tuttavia chi – al contrario – ritiene liquidazione e fusione compatibili: così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. II, cit., spec. 298-299, per il quale “innanzi che sorga la nuova società, quelle o quella di prima devono esser passate per lo stadio di liquidazione ed averlo anche tutto percorso”; RAGAZZONI, in *Giur. It.*, 1920, I, 1, 533 (secondo cui la fusione non è perfetta se non è terminata la liquidazione); E. BONELLI, *La consolidazione del patrimonio nell'unico azionista di una società anonima*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 609 e ss.

²⁷ Che lo scioglimento “da fusione” si caratterizzi per essere uno scioglimento senza liquidazione è approdo comune: si v. al riguardo U. NAVARRINI, in *Delle società e delle associazioni*, ne *Commento al Codice di Commercio*, Biblioteca giuridica contemporanea, cit., 832 e ss. il quale sottolinea che “le società che spariscono colla fusione, rinunciano a dirigere esse il loro patrimonio alla speculazione commerciale, ma non gli tolgono tale destinazione; la liquidazione contrasterebbe con codesta legittima intenzione”, avvertendo altresì che la previsione dell'art. 196 cod. comm. (per cui la società da fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte) “pone una regola che non avrebbe nessun senso se, prima di effettuare la fusione, il patrimonio delle società che spariscono dovesse necessariamente essere liquidato”. Riconosce l'incompatibilità tra liquidazione e fusione altresì C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, cit.: “scopo normale della fusione (...) è quello di modificare l'ordinamento giuridico ed economico dell'azienda appartenente alla società che si estingue senza arrestarne la produttività. Agevolare il trasferimento di patrimonio operoso investito in una fusione industriale, non il funzionamento di un patrimonio liquidato, risparmiare i danni di una liquidazione senza offesa ai creditori, questo è lo scopo della legge” (p. 479). Sulla differenza tra fusione e liquidazione si v. anche A. SCIALOJA, nota a Corte di Appello di Napoli, *Foto It.*, 1911, I, 1417 e ss., per il quale criterio distintivo sarebbe la successione universale della società da fusione nel patrimonio delle società di fusione; successione universale che consentirebbe l'operare delle regole peculiari dettate per la fusione ponendo fuori campo quelle sulla liquidazione. Analogamente G. DE SEMO, *Sulla fusione di società commerciali*, cit., 1226, per il quale la successione universale dell'ente superstite o nuovo sarebbe effetto caratteristico della fusione, che la distinguerebbe dalla vendita in blocco dell'azienda. In tal senso pure A. CANDIAN, *Fusione di società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Vol. II, cit., spec. 250 e ss., per il quale la liquidazione porta appunto all'estinzione della persona giuridica senza una successione a titolo universale.

²⁸ Così G. DE SEMO, *Sulla fusione delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1933, I, 1227, per il quale vi è una “profonda differenza fra i due istituti. Il primo, la fusione, ha per iscopo il consolidarsi di più aziende in una sola, continuatrice della loro attività; l'altro è indirizzato a consacrare tangibilmente la cessazione della società, convertendo in denaro l'attivo netto e distribuendolo ai soci” (così in *La fusione di società commerciali*, cit., 225).

nel patrimonio delle società di fusione (o incorporate), in qualità di successore universale²⁹.

In questa breve panoramica che si va svolgendo un posto a sé deve essere riservato a due Autori la cui indagine sulla fusione ci pare giunta ad esiti – in diversa misura – assai attuali, che già echeggiano temi fondanti le più moderne analisi dell’istituto in discorso. Merita anzitutto qualche maggiore riflessione il pensiero di FERRI; nella sua ampia monografia sull’argomento l’A. – attraverso una analisi critica delle principali posizioni dottrinali – giunge infatti alla conclusione per cui “la fusione è nel nostro ordinamento una modifica statutaria”³⁰. L’elemento di modernità della trattazione di Ferri sta nell’aver focalizzato l’attenzione sulla sorte dei rapporti sociali facenti capo alle società di fusione e nell’aver riconosciuto che questi non vengono meno per poi ricostituirsi in capo alla società da fusione, ma sono oggetto di una trasformazione che consente la continuazione del vincolo sociale in un organismo diverso. E questo a mezzo, appunto, della fusione che altro non sarebbe se non un “negoziio giuridico corporativo”, la cui caratteristica prima sta in ciò che i suoi effetti producono una modificazione della struttura interna dell’ente stesso³¹. Grazie a tale modifica della struttura interna delle singole società partecipanti i loro soci divengono – a fusione ultimata – soci della società risultante o incorporante (vedendo così – e sotto il profilo soggettivo, dunque – trasformato il

²⁹ Così A. SCIALOJA, nota a Corte di Appello di Napoli, *Foro It.*, cit., 1417; A. CANDIAN, *Fusione di società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Vol. I, cit., che riscontra il ricorrere di una successione universale tra vivi che si attua mediante novazione (la “fusione si attua (per i creditore non oppositori) nella forma della novazione (...). L’antico debitore si estingue, e gli subentra il nuovo, in quanto il creditore lo consenta”, p. 250); analogamente T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Società e associazioni commerciali*, Roma, 1936, 182 per il quale nel caso di fusione si verificherebbe “una vera successione tra vivi in una universalità di diritto con novazione soggettiva del debitore”. Così pure C. VIVANTE, Commento a Corte di Appello di Genova, in *Foro It.*, cit., spec. p. 747.

³⁰ Così in *La fusione delle società commerciali*, cit., 42. *Contra* A. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, 1928, 49 ss., secondo cui non può essere qualificato come modificazione quel procedimento che comporta “la costituzione di un nuovo ente, perché non si può modificare ciò che più non esiste, né può considerarsi modificazione di un contratto la conclusione di un contratto nuovo”.

³¹ Secondo G. FERRI, *op. cit.*, “ciò appunto avviene nella fusione: il negozio si pone fra le varie società, ma non mira a creare un vincolo fra esse, bensì a determinare una nuova struttura dei vari organismi sociali e a disciplinare la posizione degli appartenenti alle singole società nel nuovo organismo sociale o in quello che rimane esistente” (p. 82), sicché “la modificazione del vincolo sociale tipica della fusione consiste in ciò che i soci di una società entrano a far parte di una società diversa, sia che questa già esista, sia che sorga in virtù della fusione” (p. 50).

vincolo sociale che prima li avvinceva alle società “estinte”). Affinché questo avvenga, però, non è sufficiente, per l’A., la modificazione strutturale di ciascun ente sociale, ma è necessario un conferimento patrimoniale che consenta e giustifichi – sotto il profilo anche economico – l’assunzione da parte dei soci delle società di fusione della qualifica di soci della società da fusione. Assume così un ruolo centrale il trasferimento del patrimonio delle società partecipanti alla società risultante, trasferimento che assolverebbe ad una duplice funzione: “da un lato, apprestando il contenuto patrimoniale alla partecipazione ad altra società predisposta con la modificazione statutaria di fusione, rende operante la relativa compenetrazione dei gruppi sociali; dall’altra parte, determinando la definizione dei rapporti giuridici della società e svuotando la società trasmittente del suo contenuto patrimoniale, opera l’estinzione di questa”³². Estinzione che però riguarderà – avverte Ferri, richiamando il pensiero di Soprano – la sola società di fusione quale “distinto soggetto di diritto”, e non anche il contratto sociale³³. La tracciata distinzione tra scioglimento-estinzione dell’ente e scioglimento-estinzione del

³² G. FERRI, *op. cit.*, 51. Proprio il peso assunto dal trasferimento del patrimonio delle società di fusione ci pare evidenzi un’incongruenza nel pensiero dell’A. Ed infatti la riscontrata necessità di un apporto economico giustificativo della partecipazione dei soci della società di fusione alla società risultante confligge con la descritta sorte dei rapporti sociali facenti capo ai soci delle società partecipanti alla fusione, i quali – secondo Ferri – non si estinguerebbero per poi ricostituirsi in capo alla società da fusione, ma subirebbero una mera modificazione quale conseguenza del negozio giuridico corporativo di fusione: “la modificazione statutaria che si opera nella fusione non è quella di sciogliere il vincolo sociale, sia pure per ricostituirlo sotto diversa veste, appena sciolto, ma è quella di trasformare il vincolo sociale originario senza scioglierlo” (*op. cit.*, 48). Tuttavia delle due l’una: o la fusione non determina l’estinzione dei vincoli sociali, i quali andranno semplicemente incontro ad una modificazione (soggettiva: dal lato dell’ente titolare che diverrà la società da fusione); oppure affinché i soci delle società di fusione divengano soci di quella da fusione è necessaria un apporto economico (i.e.: il patrimonio della società di fusione), che altro non sarà se non un *conferimento in società*. In questo secondo caso, però, dovrà allora ammettersi che i rapporti che prima legavano i soci alle società partecipanti al procedimento si siano estinti, per essere ricostituiti proprio in forza del conferimento in capo alla nuova società (o a quella incorporante): la necessità di un conferimento, infatti, presuppone la vera e propria (ri)costituzione del vincolo sociale, e non la sua mera modificazione.

³³ Precisa G. FERRI, *op. cit.*, che “l’estinzione del contratto sociale si attua per la manifestazione di volontà dei soci mentre l’estinzione della società come soggetto di diritto si attua in virtù della definizione dei rapporti giuridici con i creditori e i soci: ora si può verificare la manifestazione di volontà dei soci di sciogliere il vincolo sociale fra essi creato senza che si sia verificata la definizione dei rapporti della società; si può verificare al contrario la definizione dei rapporti giuridici della società senza che sussista la volontà dei soci di sciogliere il vincolo sociale fra essi creato. La prima ipotesi si verifica nello scioglimento anticipato, la seconda nella fusione” (p. 50).

vincolo sociale, consente così di apprezzare il “significato particolare e diverso” che il termine scioglimento (di cui all’art. 189, n. 7 cod. comm.) assume se riferito all’ipotesi di fusione: in questo caso infatti “l’espressione scioglimento viene usata dal legislatore nel senso di estinzione della società come soggetto di diritto [senza che ciò incida sul] permanere del vincolo sociale [oggetto solo di modifica, che] ben può conciliarsi con la estinzione della personalità giuridica della società”³⁴.

La necessità di “intendersi qui sul significato del termine scioglimento” era già stata posta in luce da altro Autore il cui pensiero, ancor più di quello di Ferri, ci pare aver ispirato quello degli interpreti contemporanei dell’istituto in discorso: SOPRANO³⁵. Per l’A. la fusione deve qualificarsi quale fenomeno di compenetrazione soggettiva ed oggettiva delle società partecipanti, che opera da un lato (e sotto il profilo soggettivo) “riannodando la pluralità [di soggetti che compongono ciascuna società] ad un maggior centro, mercé la compenetrazione di due o più collettività fra loro”³⁶; dall’altro (e così con riguardo al profilo oggettivo) unendo i patrimoni delle società partecipanti. Unione che l’A. tiene ben distinta da altri fenomeni profondamente diversi: “parlare di vendita o cessione o di nuovo conferimento è fermarsi a delle somiglianze superficiali senza toccare il fondo della natura di quest’operazione. Peggio ancora è considerarla una liquidazione di attività, operazione che ha finalità opposta a quella della fusione, costituendo la liquidazione un’operazione di demolizione e la fusione un’operazione di concentramento”³⁷. La compenetrazione

³⁴ G. FERRI, *op. cit.*, 50. Anche sotto il profilo dell’indagine circa l’oggetto dello scioglimento-estinzione sanciti dal cod. comm. si scorgono profili di attualità nel pensiero dell’A. (così come – si vedrà – nel pensiero di Soprano, cui Ferri adesivamente fa riferimento) che si troveranno poi ripresi e compiutamente sviluppati dalla dottrina della c.d. estinzione solo formale delle società di fusione (v. par. 3.3.1).

³⁵ Il pensiero dell’A. circa la natura e gli effetti della fusione è con chiarezza esposto nel suo *Trattato Teorico-pratico delle Società commerciali*, Vol. II, cit., p. 898 e ss.

³⁶ E. SOPRANO, *op. cit.*, 905; in questo sta appunto per l’autore la differenza fondamentale tra scioglimento e fusione: che il primo porta alla liberazione dei soci dal vincolo sociale, mentre con la seconda “i soci si vedranno legati ad un più ampio centro d’interessi. I vincoli che la creazione della società aveva annodati fra loro, anziché sciogliersi, si riallacceranno ad una più vasta trama e dei due o più sistemi sociali ne risulterà un solo” (900).

³⁷ E. SOPRANO, *op. cit.*, 905. Nella sua trattazione l’A. utilizza l’espressione, un poco ambigua, per cui “i patrimoni delle società cessanti funzionano da apporto”; tuttavia tale riferimento non pare teso a sostenere – come invece espressamente Ferri – la necessità di un apporto economico giustificativo della partecipazione dei soci delle società di fusione a quella da fusione, ossia della necessità di un conferimento (il che esporrebbe anche il pensiero di Soprano alle critiche indirizzate alla posizione di Ferri: v. nt. 32), quanto piuttosto quale

tipica della fusione anzitutto esclude che i vincoli sociali si sciolgano, sicché il legislatore del Codice di commercio, nel discorrere di scioglimento delle società di fusione (art. 189, n. 7) e nel riferirsi a queste come società “estinte” (art. 196) ha inteso riferirsi all’estinzione delle società di fusione quali autonomi centri di imputazione, i cui effetti – specifica ulteriormente l’A. – “potranno vedersi attraverso la perdita della ditta, della sede, della specie, dell’oggetto sociale, dei suoi organi essenziali, ecc., mentre il patrimonio si compenetra e si trasferisce nell’altro ente, che ne diverrà titolare di fonte ai terzi, debitori e creditori”³⁸. D’altro canto ove si ammetta che l’essenza della fusione sta nella compenetrazione di più organismi sociali, è giocoforza riconoscere che solo impropriamente si fa qui impiego del concetto di successione universale, perché in realtà “in queste operazioni di compenetrazione soggettiva e patrimoniale è logico che le collettività risultanti portino con loro i diritti e gli oneri delle collettività originarie; giacché, pel contenuto stesso delle soggettività sociali, tali diritti ed oneri non sono che quelli di tutti i soggetti partecipanti (soci) delle società preesistenti presi insieme”³⁹. Già nella vigenza del Codice di commercio, dunque, si registravano iniziali aperture verso quella costruzione del fenomeno della fusione – tipica della seconda metà del XX secolo – che riconosce la necessità di addivenire ad una ricostruzione degli effetti dell’istituto in parola che sia doverosamente autonoma da concetti giuridici elaborati per diverse fattispecie che poco (o meglio, punto) ricorrono in quella in discorso.

innegabile effetto della compenetrazione oggettiva che porta all’aumento del capitale sociale dell’incorporante, o alla costituzione del capitale della società risultante (in ipotesi di fusione paritaria).

³⁸ E. SOPRANO, *op. cit.*, 903; non si può non scorgere un chiaro richiamo a questo passo nell’opera di altro importante A. (cui già più volte si è fatto riferimento ed al cui pensiero è dedicato il par. 3.3.1) che si è più di recente occupato dell’istituto in esame: nel descrivere gli effetti di quella che egli definisce l’ “estinzione solo formale” delle società di fusione, C. SANTAGATA (*Le fusioni, in Fusione e Scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004, 87) afferma che “non si riscontra, quindi, estinzione dell’organizzazione, che si è modificata integrandosi; bensì soltanto il venir meno di quelle qualificazioni giuridiche dei rapporti strettamente collegate a quel centro di imputazione (organi, capacità, nazionalità, etc.) che, costituito per l’esigenza dell’autonoma attuazione del contratto, ha ormai esaurito la sua specifica funzione strumentale”.

³⁹ E. SOPRANO, *op. cit.*, 907.

3. Evoluzioni del dibattito dottrinale (più che giurisprudenziale) sulla natura e gli effetti della fusione dall'entrata in vigore del Codice civile alla riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6)

3.1 Premessa

Il precedente paragrafo si è concluso con l'illustrazione del pensiero di due autori che particolarmente si caratterizza per aver offerto spunti riflessivi che si troveranno poi compiutamente sviluppati nella dottrina della c.d. "tesi modificativo-evolutiva". Tuttavia – si è visto – l'opinione assolutamente dominante nel vigore del codice di commercio era quella per cui alla fusione si accompagnassero l'effetto estintivo delle società partecipanti (o della sola incorporata) e quello successorio della società risultante (o incorporante), la quale appunto subentrava tanto nei rapporti esterni prima facenti capo alle società di fusione, quanto in quelli per c.d. "interni", ossia in quelli sociali di partecipazione⁴⁰.

Questa impostazione – che comunemente si indica come tesi "estintivo-successoria" (o, più precisamente ove ricorra un'ipotesi di fusione in senso stretto, estintivo-costitutivo-successoria) – viene fatta propria dalla maggior parte dei primi interpreti del Codice civile, quantomeno sino agli anni '60, quanto inizia a farsi prepotentemente strada una diversa ricostruzione dell'istituto in esame che ne pone in risalto la natura meramente modificativo-evolutiva delle società partecipanti. L'idea che la fusione sia "atto di vita e di vitalità, atto tendente all'integrazione ed al potenziamento e non atto a causa di morte"⁴¹, diviene così,

⁴⁰ Minoritaria, anche prima dell'abrogazione del Codice di commercio, era invece l'impostazione che escludeva la successione della società da fusione nei rapporti sociali prima facenti capo alle società di fusione, i quali invero sarebbero andati anch'essi incontro ad estinzione, per poi venir ricostituiti *ex novo* in capo alla società risultante (così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, Milano, 1894, 290 e ss., il quale però precisa che i soci delle società di fusione, pur riacquistando la loro libertà dal vincolo sociale, sarebbero comunque vincolati allo scopo perseguito con la delibera di fusione, e così a dar vita alla società da fusione: "la deliberazione di scioglimento è preordinata allo scopo di fusione: così essa obbliga i soci a ridurre in atto questo scopo. Ecco perché diciamo che la fusione altro non è che un contratto per la costituzione di nuova società". Sul punto v. par. 2). Una tale ricostruzione è stata invero prospettata anche dopo l'entrata in vigore del Codice civile, pur non trovando il consenso della maggioranza degli interpreti: si v. così B. VISENTINI, *La fusione fra società*, Roma, 1942, spec. 77 e ss.

⁴¹ Così E. SIMONETTO, *Delle Società (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969, 229, con una incisiva immagine richiamata anche dalla successiva dottrina: si v. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, 741, per cui la

assai prima della riforma del diritto societario attuata con il d. lgs. 6 del 2003 (che tale approdo ha positivamente sancito: v. par. 1), dominante in dottrina. Diversamente per la giurisprudenza (prima della svolta segnata dall'ord. 2637 del 2006 delle Sez. Un.): salvo davvero rare pronunce, questa risulta assestata su posizioni "tradizionali"⁴², perlopiù impermeabili al fervido dibattito dottrinale.

3.2 La tesi estintivo-successoria

Nell'ambito dell'orientamento "tradizionale", dominante nei primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice civile, che riconosce alla fusione effetti estintivi-(costitutivi)-successorii, profili di differenziazione si riscontrano sia in ordine alla cadenza temporale del verificarsi dei due effetti (estintivo e successorio, restando invece sullo sfondo quello eventualmente costitutivo), sia – e conseguentemente – in relazione alla qualificazione del tipo di successione⁴³.

Quanto al primo aspetto, due sono i possibili modelli di avvicendamento delle vicende estintive e successorie elaborate dagli interpreti. Per alcuni con l'atto di fusione le società partecipanti avrebbero posto le basi per la successione di quella risultante nelle posizioni soggettive prima di loro spettanza; solo una volta verificatasi la successione della società da fusione (e proprio quale diretta conseguenza del suo compiersi) le società danti-causa si sarebbero estinte⁴⁴. Altri

fusione non può qualificarsi quale vicenda "funeraria", essendo invece in realtà "un contratto di vita non un contratto di morte".

⁴² Si v. quanto già osservato da C. GAMBA, *Fusione di società ed interruzione del processo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, 389: "la giurisprudenza in tema di qualificazione della fusione di enti societari, in realtà, è da tempo assestata su di un orientamento costante e generale che riflette indubbiamente le posizioni della dottrina tradizionale. Nelle sentenze di legittimità e di merito, infatti, l'istituto "fusione" viene ricostruito quasi esclusivamente come un fenomeno estintivo successorio".

⁴³ Per la disamina del rapporto tra successione e fusione si rinvia al cap. II

⁴⁴ In questa direzione M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 969; S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, *Le Soc.*, 1986, 971 ss., per il quale è la stessa natura del fenomeno in discorso – che mira al potenziamento dell'attività dei singoli organismi sociali che si vanno a fondere – che impone di concludere che "il venir meno della società incorporata non è il *prius*, ma il *posterius* della successione". In tal senso – e con un chiaro richiamo alla costruzione teorica di G. Ferri (v. par. 2) – A. FIORENTINO, *Sulla fusione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 645, per il quale la fusione altro non è se non un negozio di trasferimento del patrimonio delle società partecipanti alla società risultante o incorporante, a cui seguirebbe l'estinzione delle danti-causa, quale "effetto dalla legge connesso al trasferimento o conferimento dell'intero patrimonio delle società". Così pure G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 839 (che sottolinea come la fusione sia un "fenomeno di

invece pongono l'accento sulla centralità dell'estinzione delle società partecipanti al procedimento⁴⁵, la quale sarebbe causa – e non effetto – di quella che si potrebbe definire la “successione per causa di estinzione” della società risultante⁴⁶.

Riguardo poi al tipo di successione, anche qui la dottrina è risultata divisa tra coloro che propendevano per la qualificazione della successione in termini di successione *inter vivos*⁴⁷ – e si trattava di quegli interpreti che consideravano la successione

concentrazione, crescita e vita, il quale è necessariamente effetto di un atto volontario che dà luogo ad una successione per atto tra vivi, la quale non presuppone, ma determina, l'estinzione della società”); nonché – se bene intendiamo – S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *Giur. Comm.*, 1996, 470 e ss., il quale però contestualmente riconosce (avvicinandosi non poco alle posizioni dei sostenitori della tesi modificativo-evolutiva) che l'estinzione coinvolge esclusivamente il profilo giuridico-formale dell'ente sociale, poiché esso continua a vivere sotto il profilo economico nella società risultante dalla fusione.

⁴⁵ Esprimono bene tale centralità le parole di C. GIANNATTASIO, commento al *Libro V Tomo II (artt. 2325-2554)*, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da R. Nicolò-M. Stella Richter, Milano, 1969: “l'elemento dominante la costruzione della fusione è dunque quello dell'estinzione delle società incorporate o fuse, e poco interessa se l'effetto estintivo preceda o accompagni o consegua alla fusione, perché ciò che assume rilevanza è che tale effetto si compia” (412).

⁴⁶ Tra i sostenitori di tale “successione per causa di estinzione” si v. G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, Castellaccio, 1945, 110; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, 558; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, IV ed., Napoli, 1964, 517; F. FERRARA JR, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, 570, che precisa che “la fusione mira bensì ad una successione in *universum jus*, ma tale risultato consegue e può conseguire solo a mezzo dell'estinzione delle società titolari dei patrimoni”. Così pure P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 459, per il quale l'atto di fusione “è un atto tra vivi a causa di estinzione, vale a dire, *mutatis mutandis*, a causa di morte”. Così pure – più recentemente – B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 373 e ss., per il quale una tale conclusione è legittimata dal dato positivo, ed in particolare dall'art. 2504-bis, co. 1, c.c., che subordina il subentro della società da fusione nei rapporti giuridici prima di pertinenza delle società di fusione alla estinzione di questi ultimi. In particolare poi, secondo l'A., il trasferimento del patrimonio delle società di fusione alla società da fusione, “si inquadra perfettamente nel riconosciuto fenomeno (o istituto) giuridico della successione universale che, però, con riferimento alla fusione, trova la sua fonte o “causa efficiente” nella volontà di fondersi, espressa nelle forme di legge da ciascuna delle società partecipanti all'operazione”.

⁴⁷ Così gli A. citati alla nt. 43. Sul punto si v. altresì S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, in *Le Soc.*, 1986, 971 ss., che sottolinea come questa costruzione “ha il merito di porre nel giusto risalto che, attraverso la fusione, i singoli organismi economici strutturati nelle società non vengono meno, ma si integrano e si potenziano, sicché effettivamente mi sembra lontano dal dato sostanziale il discorso che concepisce l'intero fenomeno come un fenomeno che conduce in primo luogo all'estinzione di una società senza liquidazione”. Si segnala inoltre il pensiero di C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 123 ss., il quale – pur ammettendo che la fusione si risolve in una “compenetrazione del gruppo sociale in un altro gruppo sociale” – sostiene comunque il ricorrere qui di un'ipotesi di “successione universale con tutte le sue conseguenze”, la quale però si differenzerebbe da quella tipica delle persone fisiche per il fatto costitutivo (solo nella

causa dell'estinzione delle società di fusione –; e quanti invece optavano per il ricorrere di una ipotesi di successione a causa di morte, in adesione al secondo degli orientamenti sopra richiamati della c.d. “successione per causa di estinzione”⁴⁸. Al contrario, sostanziale unitarietà di consensi vi era invece nell'attribuire alla successione della società di fusione carattere universale⁴⁹, pur se non è mancata qualche voce (isolata a fronte della compatta dottrina e giurisprudenza sul punto: v. oltre par. 4.2) che ha prospettato la configurabilità di una successione a titolo particolare⁵⁰.

prima volontario) e, appunto, per la sequenza temporale successione-estinzione/morte-successione.

⁴⁸ In tal senso gli A. citati alla nt. 45. In particolare si v. F. FERRARA JR, *Gli imprenditori e le società*, cit., secondo cui “l’analogia sussiste con la successione *mortis causa*, e sembra proprio parlare di successione in *universum jus* per atto tra vivi”. Peraltro proprio la qualificazione della successione da fusione quale successione *mortis causa* ed il parallelo tracciato tra questa e quella delle persone fisiche hanno prestato il fianco ad aspre critiche sollevate da quella parte della dottrina che già prima della riforma del diritto societario sosteneva che di successione (così come di estinzione) non potesse parlarsi in ipotesi di fusione. Così è stato affermato che “quanto al parallelo effettuato tra la fusione da un lato e la successione dall’altro, esso si rivela impraticabile in quanto è affatto diversa la natura e l’intento del testatore (nel testamento) e la natura e la funzione economico-sociale del testamento e della successione legittima, da un lato, rispetto alla natura ed all’intento della fusione dall’altro (...). Inoltre l’oggetto della pretesa successione universale sarebbe assai diverso da quello della successione a causa di morte, in quanto nella nostra ipotesi trasmigrerebbero non solo i diritti patrimoniali, ma anche situazioni giuridiche speciali quale la partecipazione sociale, che è indissolubilmente legata alla società cui attiene e che senza questa società si disintegrerebbe” (così E. SIMONETTO, *Delle Società*, cit., 229). Tuttavia la semplice critica al parallelo tracciato dalla dottrina allora maggioritaria tra successione della società da fusione e successione *mortis causa* delle persone fisiche non è in sé dirimente al fine di negare la totale assenza di qualsivoglia fenomeno successorio nel caso in discorso.

⁴⁹ Si v. – a titolo esemplificativo – G. OPPO, *La fusione e scissione delle società secondo il d. lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 501 e ss., che avverte che “non è un concettualismo ammettere la possibilità di successione universale a un ente estinto: è un concettualismo piuttosto ridurre la successione universale, come vicenda giuridica, alla sola successione ereditaria”. Tuttavia segnaliamo che il pensiero dell’A. non può essere incasellato tra quello degli aderenti alle tesi estintivo-successorie pure. Meglio si ritrova qui, invece, quella mediazione tra le due posizioni che otterrà poi sempre più consensi nella dottrina, soprattutto successiva alla riforma del diritto societario. Dimostrazione di ciò è l’affermazione dell’A. per cui “se non può escludersi che le nostre vicende siano, o possono essere, estintivo e/o costitutive della società come ente (o quanto meno della loro “individualità”, ma in questi termini la differenza è nominale), deve tuttavia riconoscersi che esse sono solo modificative della società come rapporto”, corsivi nostri (con parole che ci pare mostrino di essere state, almeno in parte, influenzate dal pensiero di C. Santagata: v. oltre par. 3.3.1).

⁵⁰ In particolare per alcuni nell’ipotesi di fusione si assisterebbe ad “una pluralità di successioni a titolo particolare, quanti i rapporti di debito e di credito che passano alla nuova società, giusta il consenso dei relativi soggetti direttamente interessati”, così L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1963, 19, che trae argomento dal potere di opposizione riconosciuto ai

3.3. La tesi modificativo-evolutiva

La costruzione del fenomeno giuridico-economico in esame in termini di reciproca modificazione-integrazione delle società partecipanti (quella che viene definita come tesi modificativo-evolutiva), si caratterizza per una maggiore aderenza al dato concreto ed alle finalità perseguite dalle società che la fusione deliberano rispetto alla c.d. tesi estintivo-successoria, i cui caratteri sono stati brevemente analizzati al paragrafo precedente.

Proprio per ciò riteniamo opportuno indugiare un po' più a lungo sui tratti caratteristici di questa impostazione, partendo dal pensiero di uno dei primi autori che compiutamente l'elaborò.

3.3.1 (Segue) apporto fondamentale del pensiero di Carlo Santagata: "l'estinzione solo formale" e la "reciproca appropriazione" delle società partecipanti al procedimento di fusione

Posto centrale nell'elaborazione della dottrina della fusione quale mera modificazione-evoluzione delle società partecipanti riveste, lo si è anticipato, il pensiero di SANTAGATA⁵¹, primo autore ad aver compiutamente sviluppato e portato a compimento alcuni spunti già presenti nella dottrina del codice del commercio, proponendo una costruzione del fenomeno in discorso cui ancor oggi si rifanno i sostenitori della tesi modificativo-evolutiva. Nella sua analisi – caratterizzata da una

creditori delle società partecipanti. Il consenso alla fusione (pur se tacito, ossia a mezzo del mancato esperimento dell'opposizione) da parte dei creditori sociali sarebbe elemento necessario all'attuazione della stessa, così come lo è nel caso di "successione nel debito a titolo particolare, come risulta dalla disciplina positiva in tema di contratto, di delegazione, espromissione, acollo c.d. privati, o liberatori ed in tema di cessione di azienda" (p. 19). Tuttavia ci pare che proprio la possibilità che un solo creditore sociale possa, svolgendo opposizione alla fusione, impedire il compimento dell'intero procedimento, e così il passaggio in capo alla società da fusione non solo del "suo" rapporto di debito-credito, ma anche di tutti gli altri facenti capo a soggetti terzi (ossia ai soci della società di fusione, o agli altri suoi creditori che nulla abbiano da opporre), escluda il ricorrere qui di un'ipotesi di successione a titolo particolare. Nel senso criticato anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto*, Napoli, 1966, 95 (per il quale "soltanto la successione nell'intera eredità o in una quota, cioè in una frazione dell'eredità, è, per il nostro diritto, una successione a titolo universale; ogni altra successione, sia *inter vivos* che *mortis causa*, è a titolo particolare"); così pure A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle Società*, Vol. II, Milano, 1948, 649.

⁵¹ Tra tutta la produzione dell'A. si segnalano, quali principali opere sul tema, la monografia *La fusione tra società*, Napoli, 1964, nonché il contributo *Le fusioni*, in *Fusione e Scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004.

costante attenzione ai dati fattuali che contraddistinguono il compiersi della fusione – l’A. focalizza l’attenzione sulla sorte dei rapporti sociali delle società di fusione: i soci delle società partecipanti divengono, a procedimento ultimato, soci della società risultante; e questo senza che intervenga – quale elemento giustificativo – alcuna nuova prestazione di consenso da parte dei soci o nuovo conferimento nella società “di arrivo”⁵². Deve così ammettersi che la matrice causale della partecipazione alla società risultante dal procedimento (o incorporante) sia data dal solo consenso originariamente prestato dal socio (quello al contratto sociale della società di fusione partecipata) e dal solo conferimento dallo stesso effettuato (quello, appunto, alla società di fusione). In forza di queste premesse l’oggetto dell’indagine diviene così il meccanismo che consente la sostituzione della società da fusione alla società di fusione nella titolarità dei singoli rapporti sociali.

Il mezzo per ottenere l’imputazione dei rapporti di partecipazione alla società risultante dalla fusione senza necessità che i “nuovi” soci prestino alcun consenso al suo atto costitutivo ed al suo statuto è individuato dall’A. nelle reciproche modificazione che tali atti subiranno da parte delle singole società di fusione in un momento anteriore al suo compimento. In altre parole, la partecipazione alla società da fusione dei soci delle società di fusione sulla base dell’originario consenso prestato al contratto sociale della società in origine partecipata, implica

⁵² Quanto alla prima osservazione – ossia l’assenza, nell’ipotesi di fusione, di un nuovo consenso prestato dai singoli soci della società di fusione alla partecipazione alla società risultante – essa trova riscontro in ciò, che unico segmento del procedimento di fusione nel quale i soci sono chiamati a prestare il loro consenso è quello dell’approvazione della delibera di fusione (*recte*: del progetto di fusione), che non richiede l’unanimità (risultando sufficiente il raggiungimento delle maggioranze di cui all’art. 2502 c.c.); il che esclude che la delibera di fusione possa dirsi rappresentativa del consenso e dell’adesione del singolo socio al contratto sociale della società risultante/incorporante. Parimenti insostenibile è la ricorrenza qui di un apporto economico dei soci delle società di fusione alla società da fusione che possa qualificarsi quale “conferimento” (e così valere come giustificazione causale della loro partecipazione alla società risultante): nell’ipotesi di fusione non vi è alcun conferimento dei soci della società di fusione alla società da fusione; nè a tal fine può assumere rilievo il trasferimento del patrimonio delle società partecipanti alla società risultante. Avverte infatti l’A. che – anche ove si ammettesse un tale trasferimento – resterebbe “insuperabile la circostanza che le partecipazioni dovrebbero essere attribuite alla società incorporata o fusa e non ai soci di queste. Né varrebbe, per superare tali difficoltà, il ricorso allo schema della stipulazione in favore di terzi, supponendo che la società esegue il conferimento per conto dei suoi soci; la dottrina è infatti concorde nell’escludere la ricorrenza di un siffatto schema negoziale” (C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., 82), e ciò sulla base del rilievo per cui i soci in questo caso non possono considerarsi terzi (ex art. 1411 c.c.) rispetto alla società partecipata.

che tutte le modificazione oggettive che il rapporto sociale subirà a seguito dell'intervenuta fusione siano deliberate dalle società partecipanti al procedimento prima che si arrivi alla conclusione dello stesso, con l'approvazione della delibera di fusione; questo consentirà di ottenere la coincidenza oggettiva degli atti costitutivi e degli statuti di tutte le società partecipanti cosicché, compiuta la fusione, l'unico mutamento che subiranno i vincoli sociali sarà quello soggettivo⁵³, e non anche oggettivo.

Se è vero quanto sopra, ossia che "la diversità esistente tra gli statuti delle società partecipanti alla fusione viene eliminata mediante idonea modificazione statutaria", deve giocoforza concludersi per la correttezza dell'assunto per cui "la partecipazione alla società incorporante o risultante dalla fusione ha il suo fondamento nell'originario conferimento effettuato nei confronti delle società incorporate o fuse"⁵⁴, e così per la correttezza della tesi che qualifica la fusione quale reciproca modificazione statutaria di tutte le società partecipanti al procedimento⁵⁵.

⁵³ La possibilità di trasferimento del rapporto sociale – innegabile, ove si pensi alla sostituzione della persona del socio, che può cedere la propria partecipazione – è possibile, secondo l'A., non solo quanto al lato del socio, ma anche dal lato della società. Tale sostituzione, che si risolve appunto in una modificazione soggettiva del rapporto, non ha però la stessa rilevanza delle modificazioni oggettive apportate allo stesso con le delibere di fusione, risultando paragonabile, quanto ad effetti, al mero mutamento della denominazione sociale (cfr. C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 55 e ss.).

⁵⁴ C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., 91; che è come dire che "alla radice della fusione vi è (...) l'integrazione reciproca dei contratti preesistenti, non di un nuovo contratto sociale: l'integrazione è conseguita in virtù della reciproca modificazione assunta nell'ambito decisionale e regolamentare da ciascuna delle società (...). Cosicché tutti i rapporti sociali saranno disciplinati da un unico contratto, risultante dall'avvenuta reciproca integrazione" (*Le fusioni*, cit., 85)

⁵⁵ La necessità di una modificazione dello statuto della società incorporante nell'ipotesi di fusione per incorporazione era negata da parte di alcuni interpreti (così G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., 66-67: "non ritengo invece, contrariamente a quanto si afferma unanimemente dalla dottrina italiana, che sia elemento essenziale della fusione la deliberazione dell'assemblea della società incorporante nella incorporazione"), mentre altri giungevano per tale via ad escludere la possibilità di qualificare in via generale la fusione quale modificazione degli atti costitutivi delle società partecipanti (si v. A. FIORENTINO, *Sulla fusione di società commerciali*, cit., 640 ss.: "la qualificazione della fusione come modificazione dell'atto costitutivo non può avere valore generale perché (...) vi sono delle ipotesi nelle quali essa si attua senza una tale modificazione"). Tali rilievi dottrinali hanno avuto influenza anche sui redattori dei progetti del Codice civile; ed infatti si legge, all'art. 303 del Progetto Preliminare del codice di commercio (Progetto Ministeriale, Roma, 1942) che "la deliberazione di questa [la società incorporante] non è necessaria nel caso in cui per l'incorporazione non deve essere disposto un

Chiarita quale sia la natura della fusione, si può così procedere nell'individuazione degli effetti che al suo compimento si ricollegano, anche in questo caso partendo dall'ineludibile dato di fatto per cui "la programmata unificazione presuppone logicamente l'eliminazione della preesistente pluralità dei distinti centri d'imputazione dei rapporti aziendali, che risulteranno riferiti, allorché si attuerà la fusione, ad un unico soggetto: la società incorporante o risultante dalla fusione"⁵⁶. Il doveroso riconoscimento che il compimento della fusione si accompagna (*recte*: determina) sempre questa eliminazione della preesistente pluralità non presuppone né implica, però, l'adesione alle costruzioni del fenomeno in termini estintivi-successorii. Nell'ipotesi in discorso si assiste infatti alla mera "disattivazione" – o, per usare le parole di Santagata, "estinzione solo formale"⁵⁷ – di plurimi centri di imputazione divenuti, a seguito del compimento della fusione che attua la riunione delle organizzazioni societarie (accumunate da identità di atti costitutivi e statuti)

aumento di capitale sociale, o nel caso in cui gli amministratori sono autorizzati a collocare azioni di nuova emissione mediante conferimenti in natura". Tuttavia tale impostazione è stata poi abbandonata nella redazione del Codice civile (come mostra l'art. 2502 c.c.: "la fusione è decisa da *ciascuna* delle società che vi partecipano"; c.vo nostro). Per la dimostrazione che nell'ipotesi di fusione ricorre sempre una modificazione statutaria anche della società incorporante, pure in quei casi nei quali si potrebbe di primo acchito essere indotti ad escluderne la necessità si v. C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., 173-176.

⁵⁶ C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 46. Proprio la radicale negazione che la fusione determini il "venir meno" (ed il termine utilizzato è volutamente generico) della preesistente pluralità di soggetti di diritto è profilo che espone la tesi della fusione quale mera "perdita dell'individualità delle società partecipanti" proposta da E. SIMONETTO (*Delle Società (artt. 2498-2510)*), in *Commentario al Codice civile*, cit., sul cui pensiero v. oltre par. 3.3.2), a critiche di eccessiva astrattezza e carenza di concretezza. Non può infatti contestarsi il dato empirico per cui prima della fusione le società erano più di una e dopo la fusione, invece, la società è una sola (in tal senso V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie ed interruzione del processo*, in *Banca e Borsa*, 2006, 491 e ss. e *Ancora in tema di fusioni societarie ed interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 374 e ss. Peraltro, come dimostra l'A. il cui pensiero viene qui riportato, il dato empirico non trova unica spiegazione nell'estinzione delle società partecipanti al procedimento).

⁵⁷ Ed infatti, precisa l'A., l'estinzione "è un effetto che, pur logicamente ineludibile (in quanto deve realizzarsi l'unità rispetto alla preesistente pluralità) ha tuttavia valenza esclusivamente formale; inoltre essa ha matrice convenzionale, siccome emerge dalla riflessione che gli stessi esponenti delle società possono, nel programmare e decidere la fusione, optare, secondo mere ragioni di opportunità, se determinare l'estinzione di tutte le società partecipanti (fusione in senso stretto) o persistere ad utilizzare una di esse per la prosecuzione dell'attività; ed ancora prescegliere liberamente l'una o l'altra per la designazione del ruolo di incorporante. E l'assoluta libertà di scelta in ordine alle suddette opzioni dimostra che il profilo in esame non ha rilievo sostanziale in ordine ai rapporti aziendali in quanto l' "estinzione" implica soltanto la definizione dei rapporti organici e delle qualificazioni funzionali per l'operatività delle società destinate ad essere incorporate o fuse" (C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 47).

sotto l'unica risultante, inutili. Oggetto dell'estinzione, allora, saranno "tutte [e solo] quelle qualificazioni soggettive strettamente funzionali alla operatività dello statuto (organi, capacità, nazionalità, ecc.) e collegate – per l'esigenza della sua attuazione – a quel centro di imputazione ormai venuto meno per inutilità"⁵⁸.

La compiuta elaborazione del concetto di "estinzione [solo] formale" delle società di fusione si ritrova già nella più volte citata prima opera monografica di Santagata; non altrettanto è, però, per il concetto di "reciproca appropriazione" delle società di fusione. In un primo momento, infatti, l'A. pare propendere per la ricorrenza di un effetto successorio della società risultante dal procedimento di fusione^{59,60}. Tuttavia

⁵⁸ C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., 181; inutilità del diverso centro di imputazione che deriva da ciò, che "realizzato l'adeguamento degli statuti, gli enti risultano essere disciplinati da statuti obbiettivamente coincidenti" (op. cit., 153).

⁵⁹ In particolare, secondo SANTAGATA (*La fusione tra società*, cit., 110) "può considerarsi presente, nella specie, una delle caratteristiche effettuali della successione universale, e cioè l'operatività della vicenda in relazione ad una serie indeterminata di rapporti e la sua attuazione anche per i rapporti ignoti e non esattamente individuati. Giova inoltre considerare che l'attuazione della vicenda traslativa si realizza in virtù del perfezionamento di un unico atto: non è infatti previsto, oltre la stipula dell'atto di fusione, l'adempimento delle forme richieste per il trasferimento di ciascuno dei rapporti di cui si tratta". Quanto al tipo di successione, l'A. precisa che "è ammissibile una successione universale delle persone giuridiche e sussiste a tale riguardo un'assoluta indipendenza, sotto il profilo della fattispecie, dalla successione delle persone fisiche", sottolineando in particolar modo la necessità "di un'integrale autonomia della successione delle persone giuridiche rispetto agli schemi successori delle persone fisiche", con l'avvertenza circa l'irrelevanza dell'alternativa – ove venga in rilievo la successione della persona giuridica – tra successione *inter vivos* e *mortis causa* (restando invece ferma e ben possibile anche in questi casi la distinzione tra successione a titolo particolare ed a titolo universale; op. cit. 100 e ss.).

⁶⁰ Proprio l'iniziale riconoscimento di un fenomeno successorio valse all'A. le critiche di altro importante interprete, il quale pure mostrò apprezzamento ed adesione alla costruzione elaborata da Santagata. L'artificiosità dell'impiego dell'istituto della successione per descrivere gli effetti della fusione viene infatti bene posta in evidenza da F. GALGANO, (*Recensione a Carlo Santagata, La fusione tra società, Morano, Napoli, 1964 in Riv. dir. civ.*, 1967, 99 e ss.), per il quale "l'ipotizzato fenomeno successorio è, dunque, un'inutile sovrastruttura concettuale (...). Il dire, giusta la dimostrazione del S., che la fusione non implica costituzione di un nuovo contratto di società val quanto dire che i soci restano, reciprocamente e verso i terzi, titolari di diritti e di doveri in virtù del medesimo titolo per il quale essi erano titolari di diritti e doveri prima della fusione. L'affermare, cionondimeno, che la fusione comporta un fenomeno successorio val quanto affermare che ... i soci succedono a se stessi!". Sul punto si v. altresì le considerazioni critiche di N. GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIV, Milano, 1992, spec. p. 1049, nt. 222: per il quale pur non potendosi negare a Santagata il merito di aver individuato quale elemento caratterizzante la fusione la reciproca modificazione degli atti costitutivi e degli statuti delle società partecipanti, tuttavia la sua analisi pecca per non aver "tratto da questa esatta premessa tutti i logici e conseguenti corollari", ossia per aver continuato a ritenere sussistente un effetto successorio riconducibile all'avvenuta fusione.

già in questa prima fase vengono invero poste le basi per quello che sarà l'abbandono della ricostruzione del fenomeno in chiave successoria, e l'elaborazione del diverso – e, ci pare, maggiormente aderente al dato empirico – concetto di “reciproca appropriazione” delle società di fusione. Ed invero si legge nella monografia che “la sostituzione soggettiva si realizza non già perché i rapporti sono singolarmente trasferiti, ma perché l'ente che ne è titolare modifica il proprio statuto per la disciplina di altri rapporti fino ad assimilarsi allo statuto di una diversa società, cosicché, quando il processo di adeguamento degli statuti s'è realizzato, i singoli rapporti risultano trasferiti ad un ente diverso”⁶¹. Il che sta a dire che nel caso di fusione non ricorre quello che invece è elemento imprescindibile proprio per poter configurare un'ipotesi di successione, ossia il trasferimento di rapporti giuridici dal soggetto-dante causa al (ben diverso) avente causa⁶².

Quanto sopra dà ragione del successivo abbandono della tesi della successione della società da fusione, a favore della diversa costruzione definita della “reciproca appropriazione” delle società di fusione⁶³. Si giunge così a riconoscere che la fusione non determina la successione (pur se universale) della società risultante, ma piuttosto l'unione (o reciproca appropriazione) delle società di fusione: “aprendosi lo statuto (o il contratto) di società per disciplinare (oltre i propri, altresì) i rapporti delle altre società partecipanti alla fusione, si realizza un fenomeno di reciproca “appropriazione” che incide sull'organizzazione, e, soltanto di riflesso o consequenzialmente, sui rapporti. A tale vicenda non corrisponde neppure una

⁶¹ C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit. 181.

⁶² Si mostrerà meglio in seguito come il trasferimento di rapporti giuridici e la sussistenza di due distinti e diversi soggetti (dante ed avente cause) sono elementi imprescindibili per poter affermare la ricorrenza di un fenomeno successorio (v. cap. II). Coglie profili di avvicinamento di Santagata – anche in questa prima fase – alla tesi evolutivo-modificativo pura altresì A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. XVII, Torino, 1985, 339, nt. 10, per il quale la conclusione cui giunge Santagata con la sua analisi (ossia che l'atto costitutivo e lo statuto della società risultante altro non è se non la risultanza delle modificazioni apportate agli statuti ed agli atti costitutivi delle società partecipanti) è “in verità accettabile, ma finisce per annullare l'effetto successorio ed avvicinare quest'impostazione a quella che ravvisa nella vicenda fusione una semplice modificazione statutaria”.

⁶³ La compiuta esposizione del concetto in discorso si ritrova in C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., ove si legge che “l'assunzione prevista dall'art. 2504-bis presenta, dunque, la massima ampiezza, superando anche lo stesso concetto di successione universale, appunto poiché la “assunzione” è caratterizzata dalla immedesimazione” (73-74).

“alienazione” perché anche la società incorporanda, nel decidere (e poi attuare) la fusione, non intende trasferire (cioè alienare) alcunché, bensì si limita a modificare il proprio statuto (o contratto) per disciplinare una variazione della propria organizzazione nella prospettiva intesa ad unificare, in una regolamentazione funzionale unitaria, i propri rapporti in combinazione integrata con i rapporti della società incorporante”⁶⁴.

Il concetto di “appropriazione per assimilazione” – che ci pare meglio descrivere l’effetto della fusione, rispetto all’impiego (qui davvero ultroneo) dell’istituto della successione – non ha però incontrato il favore della maggioranza degli interpreti, tanto che non mancano (anche di recente) contributi che, pur riconoscendo che la fusione non determina l’estinzione – se non meramente formale – delle società partecipanti, discorrono poi di successione della società risultante/incorporante.

3.3.2 (segue) altre elaborazioni della tesi modificativo-evolutiva

E’ con l’inizio degli anni ’60 che si riscontra, da parte di alcuni esponenti della dottrina, un’insoddisfazione per la costruzione dell’istituto della fusione nei termini – allora dominanti – della estinzione delle società partecipanti e della successione di quella risultante nelle posizioni giuridiche prima di spettanza di quelle. Iniziano così a farsi strada elaborazioni che – tenendo conto sia del mutato contesto positivo⁶⁵, sia dell’elemento teleologico⁶⁶ della fusione – danno dell’istituto in esame

⁶⁴ C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 83.

⁶⁵ Si ricorda qui che con l’entrata in vigore del Codice civile non è solo venuto meno il riferimento alla fusione quale causa di scioglimento delle società partecipanti, ma si è altresì ritenuto sufficiente, per l’approvazione della relativa delibera, il *quorum* richiesto in generale per le modificazioni dell’atto costitutivo, il che – com’è stato osservato – implicitamente mostrerebbe l’intenzione del legislatore di qualificare la fusione come fenomeno meno grave, “e quindi non riconducibile – per intuitive ragioni di coerenza logica – ad una vicenda estintivo-successoria” (così F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all’interruzione dei processi*, in *Le Società*, 2006, 464).

⁶⁶ Risultava sempre più ineludibile, nell’indagine sulla natura e gli effetti della fusione, la considerazione degli intenti perseguiti dalle società che ad essa facevano ricorso e della sua valenza economica (profili, questi, particolarmente apprezzati da C. SILVETTI, *Trasformazione e Fusione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Torino, 1973, 532). La tesi estintivo-successoria risultava allora rea di non aver tenuto in doveroso conto gli indicati elementi, giungendo così a costruzioni del fenomeno in discorso inconciliabili con la sua qualificazione giuridica. A tale ultimo riguardo assai chiare risultano le considerazioni di U. MORERA, *Riflessioni intorno al procedimento di fusione tra società*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1985, 664 e ss., che sottolinea come: “l’eccessivo concettualismo di alcuni studiosi e la comune tendenza della giurisprudenza ad “imbrigliare” entro rigide regole di chiara origine privatistica molti fenomeni

ricostruzioni radicalmente diverse da quella allora proposta dalla maggioranza degli interpreti.

Una delle più serrate critiche alla tesi c.d. estintivo-successoria è quella operata alla fine degli anni '60 da SIMONETTO⁶⁷. Partendo dal rilievo per cui “non è affatto necessario estinguere per ricreare, non è affatto necessario ricorrere al concetto di successione universale per spiegare il fenomeno [N.d.R.: della fusione], mentre la delibera assembleare si rivela capace e idonea, senza uscire dai principi, di produrre la ... fusione delle società, alla quale corrisponde la stessa ... fusione dei contratti e atti costitutivi. Le società insomma non si estinguono ma si fondono, si unificano e le partecipazioni sociali rimangono perfettamente riconoscibili nei loro elementi quando i contratti si unificano”⁶⁸, l'A. qualifica egli pure la fusione come mero mutamento dell'atto costitutivo, da cui deriverebbe l'unificarsi del complesso delle partecipazioni e dei patrimoni delle società di fusione in capo alla società da fusione. Effetto di tale unificazione sarebbe quella che l'A. definisce come mera “perdita di individualità delle società partecipanti”, fenomeno ben diverso dall'estinzione ed assai meno grave, poiché comporterebbe per le società di fusione – che pur verrebbero meno quali autonomi centri di imputazione – la sopravvivenza nell'ambito della società risultante. In concreto, poi, l'unificazione delle società partecipanti è resa possibile – secondo Simonetto – dalla struttura

della vita commerciale e societaria, abbiano condotto ad un essenziale snaturamento degli effettivi caratteri della fusione, creando, nel contempo, un meccanismo quasi “irreale”, in virtù del quale si renderebbe necessaria – come naturale conseguenza delle premesse poste – l'applicazione al fenomeno-fusione di norme che il legislatore ha dettato (a tutela di interessi più vari) per l'ipotesi di vicende realmente estintive o costitutive di enti sociali. In altri termini non ci sembra accettabile un congegno giuridico che non riflette la realtà economica sottostante, e che parimenti “imponesse” l'applicazione di norme create per disciplinare diverse situazioni di fatto quali, per l'appunto, l'(effettiva) estinzione e la (effettiva) costituzione di enti societari”.

⁶⁷ Il pensiero dell'A. è esposto in *Delle Società (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969.

⁶⁸ E. SIMONETTO, *Delle Società*, cit., 231. In particolare per l'A. l'effetto derivante dalla fusione si differenzerebbe nettamente dalla successione universale a causa di morte (qui, *in thesi*, di estinzione) privando radicalmente di fondatezza il parallelo tracciato dalla dottrina; e ciò non solo in forza delle finalità che spingono le società a fondersi, ma anche in considerazione dell'oggetto della pretesa successione della società da fusione (che sarebbe invero molto più ampio di quello riscontrabile nell'ipotesi di successione *mortis causa*, comprendendo anche rapporti che non potrebbero formare oggetto di questa) e della cadenza temporale degli asseriti effetti della fusione (posto che nell'un caso – quello di successione universale *mortis causa* – la morte del soggetto è evento prodromico all'apertura della successione; mentre nel caso di fusione sarebbe la successione universale a determinare l'estinzione del soggetto di diritto).

aperta del contratto sociale, che consentirebbe per l'appunto la riduzione ad uno dei diversi contratti delle società di fusione senza necessità di passare per l'estinzione dei vincoli sociali e la loro ricostituzione in capo alla società risultante dal procedimento⁶⁹.

La posizione di Simonetto, dunque, si caratterizza per ciò, che essa giunge – rispetto al pensiero di Santagata – a risultati più estremizzati, negano in radice non solo la sussistenza di una vera e propria estinzione delle società di fusione, ma pure il ricorrere di un effetto estintivo meramente formale. Proprio questa diversità ha portato a discorrere di alcuni sotto-indirizzi all'interno di quello evolutivo-modificativo. Così, da un lato, vi sarebbero i sostenitori della tesi evolutivo-modificativo pura, che negano in radice qualsivoglia effetto estintivo-successorio alla fusione; dall'altro si collocherebbero quanti pur riconoscendo che elemento caratterizzante l'istituto è quello della reciproca modificazione statutaria delle società partecipanti, comunque propendono per la configurabilità di un effetto estintivo (in alcuni casi anche successorio)⁷⁰.

In ogni caso, un dato è chiaro: se all'inizio degli anni '60 la c.d. tesi modificativo-evolutiva risultava ancora minoritaria, essa diviene in breve dominante tra gli interpreti, tanto da risultare posizione maggioritaria assai prima dell'intervento chiarificatore del legislatore del 2003⁷¹. Ed all'interno di questo più ampio filone

⁶⁹ Si legge infatti che il contratto sociale non è “chiuso come gli altri contratti dello scibile giuridico, ma è un contratto aperto, ossia che comporta l'annessione di elementi diversi anche dopo la costituzione (...). Nella nostra ipotesi, appunto per la già effettuata costituzione delle società che si fondono, i contratti possono benissimo unificarsi e formare un tutto unico anche senza alterarsi e soprattutto senza che si abbia l'estinzione delle società” (E. SIMONETTO, *Delle Società*, cit., 232).

⁷⁰ In tale senso ci pare porti la costruzione di Santagata, che non arriva a negare il ricorrere di una qualche estinzione, ma la circoscrive alla sola società quale autonomo ente. Più esplicito G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2006, secondo cui la fusione, pur essendo inquadrabile tra le modificazioni statutarie, non si risolverebbe solo in ciò, poiché ad essa si accompagnerebbe un effetto estintivo delle società di fusione ed un “trasferimento universale” delle posizioni soggettive di queste alla società da fusione (p. 632).

⁷¹ Come testimonia R. RORDORF all'inizio degli anni '90 (in Commento sub art. 2501, in *Nuova Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, diretto da C. Ruperto-V. Sgroi, *Libro V, Tomo IV, artt. 2380-2554*, a cura di A. Ceccherini-R. Rordorf, Milano, 1994): “la prevalente dottrina sembra ora infatti propensa a rifiutare la configurazione del fenomeno in termini di estinzione e costituzione di enti, perché tale spiegazione non sarebbe idonea a dar ragione della permanenza dei precedenti rapporti sociali (pur modificati ed inseriti in un diverso ambito organizzativo) e del carattere essenzialmente dinamico di uno strumento imprenditoriale che le

assai rilevante è l'influenza svolta dal pensiero dei due autori di cui ci si è occupati. Così – con evidente richiamo all'impostazione di Santagata – per alcuni la fusione determinerebbe sì l'estinzione della società incorporata (o delle società di fusione), ma ciò “solo perché [N.d.R.: essa] non può sopravvivere come entità giuridica a sé stante”⁷². Altri invece fanno impiego del concetto – la cui elaborazione si deve a Simonetto – di “perdita dell'individualità” delle società di fusione sottolineando inoltre come “gli effetti estintivi e creativi, nonché lo stesso fenomeno successorio, normalmente collegati alla fusione, denunciano d'essere il frutto di un'espressione riassuntiva del linguaggio legislativo”⁷³, ed appaiono manifestazioni di una concezione “antropomorfica” della persona giuridica che deve necessariamente essere abbandonata⁷⁴. Ed anzi, proprio a questa concezione della società come persona giuridica contrapposta ai soci che la compongono sarebbe da imputarsi la costruzione giuridica che – assai artificiosamente – riconduce alla fusione effetti estintivi-successorii⁷⁵. Il corretto inquadramento della fattispecie, invece, impone

parti utilizzano non già per estinguere, bensì per concentrare ed accrescere le potenzialità operative delle rispettive imprese”. Quanto agli interpreti si v. – oltre agli autori citati alle successive note – FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 819 e ss.; G. DI GIOVANE, *Fusione. La natura giuridica e l'ambito di applicazione*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, Milano, 1999, 124 e ss.; G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 1993, 24 e ss.; P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Dir. comm.*, 1991, I, 1065 e ss.

⁷² Così G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, Vol. I, Padova, 1987, 839. In tal senso pure E. PAOLINI, *Estinzione della società per incorporazione e sorte del mandato “ad altri”*, in *Le Società*, 1994, 611 e ss., che sottolinea che “se di estinzione non si può parlare rispetto all'originario rapporto sociale, lo stesso non si può dire rispetto alla società come soggetto di diritto. In esito alla fusione, infatti, se il contratto sociale rimane in esistenza, sia pure diversamente conformato, pur tuttavia, la società incorporata cessa di esistente come “entità giuridica a sé stante””.

⁷³ Così C. SILVETTI, *Trasformazione e Fusione*, cit. secondo cui “con la fusione la (o le) società, dunque, non si estingue – la fusione non è inclusa dalla legge tra le cause di scioglimento – ma, più semplicemente, perde la propria individualità. D'altra parte nulla di nuovo si costituisce, giacché unificare società già esistenti è cosa affatto diversa che non conferire *ex novo* in società da costituire o in società già esistenti”.

⁷⁴ Necessità ben esplicitata da F. Galgano, autore che più di altri ha indagato i profili di soggettività ed autonomia della persona giuridica (v. oltre nt. 77).

⁷⁵ Così G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritti pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1985, Vol. VIII, spec. 283: “appare palese come l'idea della successione universale, nei rapporti facenti capo alle società estinte per effetto della fusione, sia legata ad un certa concezione della società come persona giuridica che esaspera il momento dell' “alterità” del socio rispetto alla società, cioè tra il membro e il gruppo del quale fa parte: con la conseguenza di affermare che il gruppo di soci, cioè la società, è un “soggetto” distinto dai singoli soci stessi”. In tal senso pure N. GASPERONI, voce

non solo di escludere la ricorrenza di un effetto estintivo (inteso quale scioglimento dei vincoli sociali facenti capo alla società di fusione), ma comporta altresì l'esclusione di qualsivoglia trasferimento tra società di fusione e società da fusione⁷⁶. Come osserva altro A. – che meglio ci pare aver inquadrato e descritto gli effetti del compiersi della fusione – “con la fusione non vi è la formazione di un nuovo contratto di società, ma unificazione di due o più contratti: non vi è trasferimento dalla qualità di socio, ma ciascun socio conserva la qualità di parte del contratto e dell'organizzazione così unificata; *non vi è trasferimento di beni dalle società partecipanti a quella risultante, ma conservazione della proprietà di essi in capo al soggetto unificato*”⁷⁷.

Da ultimo alcuni cenni alle c.d. teorie riduttive della personalità giuridica (cui spesso gli interpreti si rifanno quale fondamento per la diversa costruzione proposta degli effetti della fusione), ed in particolare al pensiero di un autore (F. GALGANO⁷⁸) che ha ampiamente sviluppato le conseguenze della revisione critica della concezione antropomorfa delle persone giuridiche nell'ambito della ricostruzione del fenomeno fusione. Come gli altri sostenitori della tesi evolutivo-modificativa anche Galgano riconosce che la fusione altro non è se non un fenomeno di unificazione e

Trasformazione e fusione di società, in *Enciclopedia del diritto*, cit., per il quale “l'orientamento tradizionale, ancorato ad una particolare concezione della strumentalità della soggettività giuridica e che considera la fusione quale vicenda dal duplice effetto estintivo-costitutivo, pecca di concettualismo snaturandone gli effettivi caratteri”.

⁷⁶ In tal senso A. SERRA *La trasformazione e la fusione delle società*, cit., per il quale “nell'ipotesi di fusione non vi è (eventuale) nascita di un nuovo soggetto e scomparsa delle società fuse o incorporate: anzi, sotto il profilo economico, non vi è dubbio che gli organismi produttivi che si fondono continuano a “vivere” nella società incorporante o che risulta dalla fusione”.

⁷⁷ Così F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, V Ed., 1995, Torino, spec. 760; i corsivi sono nostri ed evidenziano i profili di maggior interesse. In senso analogo si esprime anche U. MORERA, *Riflessioni intorno al procedimento di fusione tra società*, cit., spec. 676, che impiega – per spiegare gli effetti dell'istituto in esame – un efficace metafora: “se si fondono due diversi metalli, ad es. lo stagno ed il rame, per ottenere una lega più robusta (il bronzo), stagno e rame perderanno sì la loro “individualità”, ma non si “estingueranno” certo a seguito della fusione: andranno invece a formare la nuova lega. Il bronzo, poi, - è importante sottolinearlo – non potrà certo considerarsi “nuovo metallo”: dovrà considerarsi sempre e comunque lega, cioè miscela risultante dall'unione di diversi ed originali metalli”.

⁷⁸ Si segnalano, tra i numerosissimi contributi dell'A., *Recensione a Carlo Santagata, La fusione tra società*, Morano, Napoli, 1964, cit.; *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 e ss.; *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969; *Diritto civile e Commerciale*, Vol. III, Tomo, II, Padova, 1994.

reciproca integrazione delle società partecipanti (e così dei loro contratti sociali, che durante il procedimento vengono reciprocamente modificati). Tuttavia, secondo l'A., a questa costruzione può pervenirsi “solo se si cessa di considerare la fusione come vicenda alla quale più società partecipano quali soggetti di diritto o “persone”, se la si considera, piuttosto, come vicenda alla quale prendono parte gli originari contraenti delle società partecipanti alla fusione”⁷⁹. La natura e gli effetti dell'istituto, quindi, potrebbero essere correttamente indagati solo abbandonando quella concezione “antropomorfa”⁸⁰ della persona giuridica che – avverte l'A. – porta i sostenitori della tesi estintivo-successoria a discutere della fusione sottovalutandone l'aspetto essenziale: che essa è decisa ed attuata dai soci delle società di fusione, e che guardare al fenomeno in esame come ad un negozio tra società-soggetti di diritto⁸¹, porta inevitabilmente a conclusioni errate e molto distanti dal dato effettivo. Muovendo invece dalla premessa che il concetto di persona giuridica ha in realtà natura squisitamente strumentale – e ciò perché non sottende altro se non una speciale disciplina dei rapporti giuridici facenti comunque capo a persone fisiche – e riconoscendo che parlare di diritti e doveri della persona giuridica è solo un modo traslato per parlare di diritti e doveri dei soggetti appartenenti al gruppo; ebbene muovendo da una tale premessa risulterà chiara, secondo la tesi qui esposta, la contraddizione in cui cade quella parte della dottrina che riconduce alla fusione un effetto estintivo-successorio, ossia l'affermare, di fatto, che i soci succedano a loro stessi⁸². Al contrario nella fusione “non c'è costituzione di un nuovo contratto di società – ma solo unificazione in un medesimo contratto, di quelli che originariamente erano separati contratti [sicché ...] nessun “trasferimento” della posizione di socio appare configurabile: chi era parte degli

⁷⁹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 489.

⁸⁰ Si richiama al pensiero dell'A. anche D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1086 e ss., per il quale “l'antropomorfizzazione” costituirebbe un errore di ordine metodologico compiuto dalla dottrina della fusione quale evento estintivo-successorio.

⁸¹ Così, ad esempio, A. FIORENTINO, *Sulla fusione di società commerciali*, cit., spec. 645 e ss. per il quale “sotto l'aspetto giuridico la fusione va considerata quale atto tra società-persone giuridiche, non fra gruppi sociali”.

⁸² Così GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., nonché *Recensione a Carlo Santagata, La fusione tra società*, Morano, Napoli, 1964, cit.

originari contratti di società conserverà la qualità di parte del contratto risultante dalla loro unificazione”⁸³.

A conclusione di questo sintetico *excursus*, un dato – crediamo – si può cogliere con chiarezza (a prescindere dal grado più o meno elevato di persuasività delle diverse alternative ricostruttive prospettate⁸⁴): la sempre maggiore insoddisfazione degli interpreti verso una costruzione dell’istituto in esame troppo lontana dai dati empirici-teleologici che lo caratterizzano.

3.4 La (monolitica) giurisprudenza sugli effetti sostanziali della fusione

Come più volte accennato la giurisprudenza (tanto di merito quanto di legittimità) anteriore all’entrata in vigore della riforma del diritto societario, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, risultava assolutamente compatta nel qualificare la fusione quale evento estintivo delle società partecipanti e successorio della società risultante. Salvo davvero rare ed isolate pronunce (e si tratta per lo più di pronunce di merito), si riscontra una totale impermeabilità all’insoddisfazione mostrata da sempre maggiore dottrina verso la costruzione dell’istituto in termini estintivo-successorii, e così pure alle istanze da questa formulate per una sua radicale revisione.

Per rendersi conto di ciò è sufficiente una rapida ricognizione delle pronunce in punto di natura ed effetti sostanziali della fusione⁸⁵. Sin dagli anni ’50 la giurisprudenza è, al riguardo, assai chiara: la fusione comporta, da un lato, l’estinzione delle società di fusione e, dall’altro, la successione della società da fusione nelle posizioni giuridiche prima facenti capo alle società estinte. Con la

⁸³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit. 490; il che sta a dire che: “il dire che la fusione non implica la costituzione di un nuovo contratto sociale val quanto dire che i soci restano, reciprocamente e verso i terzi, titolari di diritti e doveri in virtù del medesimo titolo per il quale questi erano titolari di diritti e doveri prima della fusione” (*Delle persone giuridiche*, cit.).

⁸⁴ In particolare con riguardo alla riportata posizione di Galgano, si v. F. D’ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, 2501 e ss, per il quale l’impostazione dell’A. “attacca frontalmente la tesi tradizionale, accusandola di essere il frutto di una concezione ingenua della persona giuridica, ormai superata dalle teorie c.d. “riduzionistiche”. L’attacco mi sembra però ingiustificato e l’opinione appena riferita non condivisibile. La corrente riduzionistica ammonisce a non essere *dupe* del dogma della persona giuridica. Ma occorre anche guardarsi dall’essere *dupe* del riduzionismo”. Analogamente F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all’interruzione dei processi civili*, cit., spec. 470, per il quale la tesi di Galgano peccherebbe così per eccesso.

⁸⁵ Della giurisprudenza sugli effetti processuali della fusione si occupa il cap. III cui si rinvia.

precisazione che la successione “da fusione” è successione a titolo universale⁸⁶, che trova il suo fondamento nell'estinzione delle società partecipanti al procedimento, risultando per ciò assimilabile alla successione *mortis causa*⁸⁷, tanto che “non occorre (...) alcuna dimostrazione circa la trasmissione di un particolare diritto, da parte di una delle preesistenti società, a quella risultante dalla fusione, così come, nella successione *mortis causa*, non è necessario dimostrare che all'erede sia stato trasmesso un particolare diritto già esistente nel patrimonio del *de cuius*” (Cass. 21 giugno 1961, n. 1482, in *Foro Pad.*, 1961, I, 1096). In senso analogo anche la giurisprudenza degli anni '70, cui risale l'elaborazione della massima per cui: “la fusione di società, ai sensi degli artt. 2501 e ss. cc., sia mediante costituzione di una nuova società sia mediante incorporazione, determina automaticamente l'estinzione della società assoggettata a fusione ed il subingresso, nei rapporti giuridici ad essa relativi, per successione a titolo universale, della nuova società o della società incorporante”⁸⁸.

Massima, quella appena citata, tralattivamente ripresa dalla successiva giurisprudenza degli anni '80 (“l'incorporazione di una società realizza una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale e produce gli effetti, tra loro interdipendente, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a questa, del nuovo ente scaturito dalla fusione”⁸⁹) e '90 (“questo fenomeno

⁸⁶ In tal senso Cass. 5 maggio 1955, n. 1257, in *Foro Pad.*, 1956, I, 601; Cass. 10 dicembre 1957, n. 4627, in *Foro It., Mass.*, 1957, 939 (ma non per la parte qui rilevante); Cass. 24 febbraio 1958, n. 611 (*Giust. civ.*, 1958, I, 623); Cass. 23.10.1958, n. 3423, in *Dir. fall.*, 1959, II, 68; e in *Mass. Giur. It.*, 1958, 758; Cass. 3 febbraio 1961, n. 233, in *Giust. civ.*, 1961, I, 737; Cass. 29 agosto 1963, n. 2372, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 58; Cass. 4 aprile 1969, n. 1104, in *Dir. fall.*, 1969, II, 911. Quanto alla giurisprudenza di merito si v. App. Torino, 16 luglio 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1753 e Trib. Genova, 20 giugno 1960, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 444.

⁸⁷ Così espressamente Cass. 30 settembre 1952, n. 2922, in *Giur. It.*, 1953, I, 1, 126; Cass. 9 maggio 1953, n. 1296, in *Dir. fall.*, 1953, II, 701; App. Roma, 8 marzo 1957, in *Giust. civ. Mass.*, 1957, 39.

⁸⁸ Così Cass. 17 maggio 1978, n. 2385, in *Riv. notariato*, 1978, 1382; in tal senso pure Cass. 12 ottobre 1971, n. 2871, in *Foro It.*, 1972, I, 1730.

⁸⁹ Cass. 6 dicembre 1984, n. 6404; specificano poi che la sostituzione avviene a mezzo di una successione universale della società da fusione Cass., sez. un., 28 luglio 1986, n. 4812 (“la società risultante dalla fusione subentra alle società che ne sono estinte quale successore universale”); Cass. 28 maggio 1980, n. 3496 (“nell'ipotesi di fusione si verifica una successione a titolo universale in tutti i rapporti giuridici dell'ente incorporato o del nuovo ente risultante dalla fusione sicché tutti gli enti incorporati o quelli preesistenti alla fusione debbono considerarsi

della fusione, nel suo duplice aspetto della sostituzione di più enti da parte di uno nuovo o dell'incorporazione di uno o più nell'altro ente, realizza una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, della estinzione dell'ente assoggettato a fusione e della contestuale sostituzione dell'ente risultante od incorporante⁹⁰). Analogo discorso vale anche per la giurisprudenza di poco anteriore alla riforma del diritto societario, la quale appare fermamente assestata sulle (ormai) tradizionali posizioni⁹¹.

Nonostante il compatto fronte giurisprudenziale, si registrano alcune posizioni differenti. Così Cass. 25 ottobre 1977, n. 4565 (in *Giur. comm.*, 1978, II, 352 e ss.) che – pur ponendosi nel solco sopra descritto – riconosce il divario sussistente tra la successione universale, come comunemente nota, e la “successione da fusione”⁹². Assai più recente è l'altra pronuncia dei giudici di legittimità che – pur

estinti ad ogni effetto”); Cass. 13 novembre 1982, n. 6048 (“la fusione di società comporta una successione universale del soggetto risultante dall'operazione (o incorporante) nei rapporti giuridici che facevano capo ai soggetti fusi o incorporati”). Con l'ulteriore precisazione che si tratta di una successione *mortis causa*: Cass. 8 novembre 1983, n. 6612 (“il fenomeno fusione o incorporazione di società realizza una successione universale, corrispondente alla successione universale *mortis causa*”), e Cass. 6 marzo 1987, n. 2381.

⁹⁰ Così Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205; a dimostrazione che si tratta ormai di affermazione stereotipata si v. Cass. 18 giugno 1992, n. 7484, Cass. 27 gennaio 1994, n. 833, nonché Cass. 22 settembre 1997, n. 9349. In senso analogo anche Cass. 13 giugno 1991, n. 6702; Cass. 19 settembre 1991, n. 9777; Cass. 11 febbraio 1992, n. 1528; Cass. 20 ottobre 1993, n. 10372; Cass. 5 luglio 1993, n. 7321; Cass. 27 agosto 1997, n. 8100; Cass. 9 aprile 1998, n. 3694; Cass. 3 ottobre 1998, n. 9822; Cass. 22 giugno 1999, n. 6298 e Cass. 11 agosto 1999, n. 8572. Così pure la giurisprudenza di merito: Trib. Padova, 27 luglio 1998, in *Foro It.*, 1999, I, 2398.

⁹¹ “la fusione o incorporazione di società realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati”, così Cass. 2 aprile 2002, n. 4679. Stesso tenore letterale per Cass. 2 agosto 2001, n. 10595 e Cass. 11 aprile 2003, n. 5716. Nello stesso senso anche Cass. 19 dicembre 2000, n. 15913; Cass. 3 novembre 2000, n. 14383; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1918 (per la quale l'ente incorporante sarebbe “successore universale *ex lege* di quello incorporato”); Cass. 23 marzo 2001, n. 4180; Cass. 23 febbraio 2001, n. 2655; Cass. 22 maggio 2001, n. 6949. Conforme alla posizione della Corte di Cassazione anche quella della giurisprudenza di merito: si v. Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 451; Trib. Milano, 6 dicembre 2001, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2003, II, 482; Trib. Milano, 18 giugno 2003, in *Fallimento*, 2004, 222, nonché App. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1637.

⁹² Si legge infatti nella motivazione: “invero mentre nella successione a titolo universale la successione è effetto dell'estinzione di un preesistente soggetto, nella fusione è precisamente l'estinzione delle preesistenti società a conseguire come effetto dall'evento della fusione; ed ancora, la particolare successione a titolo universale, che si produce con la fusione delle

non aderendo apertamente alla tesi della fusione quale mera modificazione-evoluzione delle società partecipanti – riconosce però il ricorrere, qui, altresì di un effetto modificativo delle società di fusione, senza tuttavia disconoscere gli altri effetti comunemente ricondotti al suo compimento, ossia quelli estintivi e successorii: “che la fusione sia inquadrabile tra le vicende modificative dell’atto costitutivo delle società partecipanti è tesi sostenuta da autorevole dottrina. Essa deve ritenersi corretta perché l’effetto modificativo si produce, ma non è l’unico effetto della fusione medesima. Con la sua attuazione la società incorporante o che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società interessate all’operazione e queste si estinguono onde gli effetti sono certamente più pregnanti di quelli riconducibili ad una semplice modifica dell’atto costitutivo” (Così Cass. 11 dicembre 2000, n. 15599).

Più seri dissensi si registrano invece nella giurisprudenza di merito, che offre maggiori esempi di pronunce caratterizzate da una (più o meno) aperta adesione alla tesi della fusione quale modificazione-evoluzione delle società coinvolte. Si tratta, in particolare, di Trib. Busto Arsizio, 24 gennaio 1968, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 617 e ss., ove si legge che: “la fusione per incorporazione dà luogo ad un totale assorbimento della società incorporata nella società incorporante”; Trib. Milano, 24 settembre 1970, in *Giur. It.*, 1971, I, 2, 431 e ss., per il quale “la fusione fra società per incorporazione presuppone una semplice modificazione dell’atto costitutivo e non l’integrale attuazione della funzione statutaria tipica della estinzione

società, è il risultato di deliberazioni sociali e di accordi (atti giuridici) e non di fatti (naturali o giuridici). (...) Sotto un diverso aspetto, invece, la fusione pone in essere una specie più ampia e radicale di successione, e ciò nel senso che gli elementi soggettivi (soci) delle società che si estinguono vengono assorbiti (e non scompaiono, come nel caso di successione) nella corrispondente struttura della società incorporante o risultante, e che la fusione tra i patrimoni delle società incorse nella fusione si impone come necessaria, mentre nella successione a titolo universale tale conclusione può essere evitata mediante il ricorso agli istituti della separazione e dell’accettazione con beneficio di inventario rispettivamente a favore dei creditori dell’eredità e del successore”. Ancora, continua poi la S.C. “avendo riguardo a quello che è stato definito un rapporto di interdipendenza, deve apparire chiaro che tale interdipendenza esclude ogni altro tra fusione ed estinzione delle società stesse e non richiede alcun procedimento di liquidazione della struttura organizzativa e del patrimonio delle società fuse ed incorporate al fine della sistemazione definitiva dei loro rapporti giuridici. Detto procedimento di liquidazione, che è invece necessario dell’istituto dello scioglimento delle società, non appare configurabile nella specie, dal momento che la fusione realizza una successione nei sensi suindicati e postula la sopravvenienza di un soggetto risultante e incorporante, che costituisce il nuovo centro di imputazione e legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati”.

conseguente alla liquidazione della società (...). La ragione della fusione va proprio ricercata nella vitalità dell'impresa sociale"; analogamente le due, quasi coeve, pronunce del Tribunale di Napoli: 17 luglio 1989 e 5 dicembre 1989⁹³ (entrambe ne *Le Soc.*, 1990, 356 e 393; la seconda con nt. di Santagata). Così pure la successiva, sempre dei Giudici partenopei, 3 giugno 1994, in *Foro Nap.*, 1995, 154 nonché la più recente, del Tribunale di Livorno, del 5 dicembre 2000⁹⁴.

Si tratta comunque di pronunce isolate; per un effettivo mutamento di indirizzo ed una piena adesione alle tesi modificativo-evolutive è infatti necessario attendere l'intervento chiarificatore delle Sez. Un. del 2006 (ord. n. 2637), su cui v. par. 4.2.1.

4. L'entrata in vigore della riforma del diritto societario: le nuove prospettive della giurisprudenza ed il consolidarsi degli indirizzi già elaborati dalla dottrina

4.1 Premessa

Il dibattito sulla natura e gli effetti della fusione – invero mai totalmente sopito – viene ciclicamente alimentato e rinvigorito da interventi normativo-giurisprudenziali. Così è stato per l'entrata in vigore della riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6); così pure per l'intervento delle Sez. Un. del 2006 (ord. n.

⁹³ Si legge, nella sentenza del luglio, "la riconducibilità della fusione ad un'ipotesi di successione universale, benché autorevolmente sostenuta, è stata convincentemente confutata da un recente orientamento. (...) La ricostruzione del fenomeno in termini di estinzione-successione confligge con l'intento perseguito dalle parti, che non è quello di estinguere entrambi o uno dei due enti, sibbene di rafforzare organismi vitali rendendoli più potenti. (...) La fusione determina così il perfezionarsi di una compenetrazione del patrimonio e delle strutture organizzative". Ancora più esplicita e chiara la pronuncia del dicembre: "non è condivisibile la ricostruzione del fenomeno in termini di successione universale tra enti, caratterizzata dalla creazione-estinzione dei soggetti giuridici che vi concorrono, attesoché l'intento perseguito dalle parti non è l'estinzione di uno dei due enti, sibbene di rafforzare organismi vitali, rendendoli più potenti. (...) La fusione consiste in una reciproca modificazione degli atti costitutivi delle società partecipanti".

⁹⁴ La decisione è inedita ma disponibile – nella parte motiva – al sito <http://www.federnotizie.org/gennaio01.htm>. Con essa il Tribunale ritiene – "pur con tutta la modestia di cui è necessario dar prova di fronte a tale più volte confermata opinione della Corte di Cassazione" – di dover indagare l'istituto della fusione in forza del diverso indirizzo dottrinale, risalente a Galgano, che – discostandosi dalle visioni eccessivamente antropomorfe delle persone giuridiche – per tale via riconduce la fusione tra gli eventi meramente modificativo-evolutivi delle società partecipanti.

2637), che ha peraltro aperto nuovi scenari, spostando (meglio: ampliando) l'oggetto di indagine e discussione dal piano sostanziale a quello processuale (cui è dedicato il III capitolo). Nel prosieguo cercheremo di dare conto di come i due filoni ricostruttivi si siano interfacciati con le novità in tema di fusione che hanno caratterizzato il primo decennio di questo secolo, prima tra tutte la nuova formulazione dell'art. 2504-bis c.c., nella quale non viene più fatto riferimento alle società di fusione quali società "estinte", e viene invece sancita esplicitamente la "prosecuzione" dei rapporti (tanto sostanziali quanto processuali) prima facenti capo a queste da parte della società risultante dal procedimento di fusione (o incorporante).

4.2 La posizione della giurisprudenza

Se la dottrina si è dimostrata immediatamente recettiva del "*restyling*" operato dal d. lgs. 6 del 2003 all'art. 2504-bis, indagando sin da subito la portata ed il peso della novità letterale (a seconda dei casi estremamente valorizzato o radicalmente minimizzato), altrettanto non può dirsi per la giurisprudenza, che si è mostrata – quantomeno sotto il profilo in esame – indifferente al "nuovo" contesto normativo.

4.2.1 L'impatto della riforma del diritto societario sulla posizione della giurisprudenza ed il (rivoluzionario) intervento delle Sezioni Unite (ord. 8 febbraio 2006, n. 2637)

Ciò che stupisce dei risultati dello *spolio* delle pronunce che – nel lasso di tempo che va dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario (1 gennaio 2004) all'intervento delle Sez. Un. (8 febbraio 2006) – si sono occupate della natura e degli effetti della fusione, è la mancanza di un confronto diretto con la nuova formulazione dell'art. 2504-bis c.c., soprattutto da parte dei giudici di legittimità⁹⁵.

⁹⁵ Così, senza alcuna menzione al venir meno del riferimento alle società di fusione come "società estinte" e alla sancita "prosecuzione" dei rapporti tanto sostanziali quanto processuali da parte di quella risultante, continua ad essere impiegata la tralatizia massima per cui "la fusione tra due o più società realizza una successione universale corrispondente a quella "*mortis causa*", determinandone l'estinzione e la confluenza in un nuovo ente ovvero in una di esse, con contestuale sostituzione della nuova società nella titolarità dei rapporti attivi e passivi facenti capo alla società estinta" (così Cass. 25 novembre 2004, n. 22236; Cass. 25 gennaio 2006, n. 1413; in senso analogo anche Cass. 9 aprile 2004, n. 18178, nonché Cass. 3 agosto 2005, n. 16194). Ciò che lascia perplessi non è la semplice mancata applicazione dell'art. 2504-bis c.c. nella formulazione post riforma (che – per quanti propendono per la tesi della natura innovativa dell'intervento del legislatore: v. oltre – ben si giustificerebbe in ragione della sua

La posizione tradizionale (successione-estinzione a livello sostanziale, interruzione e subingresso della società da fusione a livello processuale) trova comunque continuità anche in quelle pronunce – e sono per lo più di giudici di merito – che danno atto dell'intervento del legislatore; si nota anzi qui uno sforzo ricostruttivo volto a negare – quantomeno sul piano processuale⁹⁶ – l'impatto della riforma societaria. Bisogna allora aspettare la presa di posizione delle Sezioni Unite per registrare una svolta nel monolitico orientamento giurisprudenziale sulla natura e gli effetti (sostanziali e processuali) della fusione.

Le Sezioni Unite, per vero, non si fanno attendere troppo a lungo. A due anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario, queste “colgono la palla al balzo” ed intervengono nel tema tanto dibattuto (sino ad allora, però, solo dalla dottrina) degli effetti sostanziali e processuali della fusione con una pronuncia per così dire “rivoluzionaria”. L'occasione per l'intervento è stata “creata” dalla Corte. Nell'ambito di un giudizio per regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., la società ricorrente – incorporata in altra società – chiede venga dato atto dell'avvenuta fusione e sia disposta l'interruzione del giudizio ex art. 300 e ss. c.p.c. Le Sez. Un. osservano anzitutto che, essendo il giudizio per cassazione dominato dal principio dell'impulso d'ufficio, eventi estintivi che colpiscono la parte, pur dichiarati dal difensore in udienza, non incidono sul regolare svolgimento del procedimento, che può per ciò proseguire. E qui avrebbero potuto fermarsi, essendo – quello riportato – motivo in sé sufficiente per rigettare l'istanza di

inapplicabilità *ratione temporis*), ma l'assoluta assenza di qualsiasi riferimento al mutamento testuale.

⁹⁶ Sembrano limitare le eventuali conseguenze della riformulazione dell'art. 2504-bis c.c. al solo piano sostanziale Trib. Oristano, 3 marzo 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 1005 (per il quale “la fusione per incorporazione, comportando la successione a titolo universale della incorporante nella posizione sostanziale e processuale della incorporata, provoca l'interruzione del processo, di cui quest'ultima sia parte, non risultando idoneo l'art. 2504-bis c.c. ad evitare tale interruzione”), e (ancora più esplicitamente) Trib. Mantova, 9 giugno 2006, in *Vita notarile*, 2006, 125 e ss., secondo cui l'impiego del verbo “proseguire” ad opera del nuovo co. 1 dell'art. 2504-bis c.c. non è tale da porre fuori campo l'operatività delle norme processuali in tema di interruzione del processo: “in caso di fusione di società per incorporazione, nei confronti della incorporata vanno applicate le norme che regolano l'interruzione del processo, dato che l'art. 2504-bis c.c. ha valenza solo sostanziale (...). La disposizione contenuta nell'art. 2504-bis c.c., la quale prevede che la società incorporante assume i diritti e gli obblighi dell'incorporata proseguendo in tutti i rapporti anche processuali non è di per sé idonea ad evitare l'applicazione delle norme che regolano l'interruzione del processo”. Si limita a dare atto del mutato contesto positivo Trib. Novara, 21 gennaio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 1184.

sospensione formulata dal difensore della società-incorporata. Tuttavia le Sez. Un. vanno ben oltre, soggiungendo – con un *obiter* con il quale tutta la successiva produzione dottrinale e giurisprudenziale in punto di fusione ha dovuto confrontarsi – che “la questione [N.d.R.: dell’interruzione del processo] nella fattispecie in effetti neanche si pone, perché erroneamente l’istanza postula la perdita della capacità processuale [della società] in conseguenza dell’avvenuta fusione per incorporazione della stessa. L’art. 2505-bis [recte: 2504-bis] c.c., nel testo vigente, stabilisce, infatti, al primo comma, che la società risultante 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. Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 e ss., c.c., non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l’estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell’ipotesi di fusione paritaria; ma attua l’unificazione mediante l’integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l’estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto, risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”⁹⁷.

L’ord. 8 febbraio 2006, n. 2637 ha generato negli interpreti reazioni assai diverse e configgenti: da alcuni è stata salutata con favore, come definitivo abbandono – anche da parte della giurisprudenza – di una impostazione (quella estintivo-successoria) antiquata, lontana dalla realtà e così non più sostenibile; altri, invece, hanno criticato le Sez. Un., ree di essersi limitate a parafrasare il dato positivo, senza aver convincentemente esposto le ragioni del mutamento di indirizzo circa la qualificazione sostanziale del fenomeno fusione. Altri ancora hanno sottolineato

⁹⁷ Molteplici sono stati i commenti alla ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637, leggibile, con annotazioni, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177, con nt. E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*; e C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria, (a proposito di gradazioni sull’ “immortalità”)*; in *Corr. Giur.*, 2006, 469 e ss., con nt. di F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all’interruzione dei processi civili*; e nt. di F. MELONCELLI, *Fusione di società ed interruzione del processo civile*, 795 e ss.; in *Giur. It.*, 2006, 1211 e ss.; nonché in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 199, con nt. di F. FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell’operazione non determina l’interruzione del processo*.

come il risultato processuale cui la Corte è giunta avrebbe potuto essere ottenuto senza necessità di “scomodare” la dottrina commerciale, e così a prescindere dalla impostazione sostanziale accolta. In ogni caso questa pronuncia un merito ci pare l’abbia, ed è quello di aver “smosso” le trattezie basi su cui ormai da troppo tempo la giurisprudenza si era adagiata.

Ed infatti il *revirement* segnato dall’ordinanza delle Sez. Un. è stato rapidamente (ma anche a-criticamente) recepito dalla successiva giurisprudenza, che – con un mutamento di indirizzo davvero repentino – è passata dall’impiegare la ormai nota massima della fusione quale evento estintivo-successorio, a far uso di quella (che ci si deve attendere verrà dai posteri anch’essa giudicata trattezia), diametralmente opposta, per cui la fusione rappresenta una vicenda meramente modificativo-evolutivo delle società partecipanti, come tale idonea a determinare l’operatività dell’istituto dell’interruzione del processo⁹⁸. Si percepisce, dall’analisi delle pronunce, la mancanza di un intervento davvero sistematico, che affronti *ex professo* la questione della natura e degli effetti sostanziali della fusione, confrontando le diverse impostazioni dottrinali ed enucleando le ragioni che portano a concludere per l’accoglimento dell’una o dell’altra: la correttezza della costruzione evolutivo-modificazionista viene invero sostenuta con esclusivo riferimento alla nuova formulazione testuale dell’art. 2504-bis c.c., post riforma. Tuttavia si confida di riuscire a dimostrare, al termine di questa Parte I, come molto

⁹⁸ Sulla via aperta dalle Sez. Un. si pone tutta la successiva giurisprudenza – di legittimità e di merito – quantomeno nei casi in cui la fusione si sia verificata dopo l’entrata in vigore del d. lgs. 6 del 2003 (viene così in rilievo la *vexata quaestio* della natura dell’intervento del legislatore della riforma, cui è dedicato il par. 4.2.2); tuttavia, anche le pronunce che – chiamate a decidere di fattispecie cui debba farsi applicazione del previgente regime – hanno fatto impiego della impostazione (estinzione-successione) allora maggioritaria, hanno comunque riconosciuto che la nuova disciplina dell’istituto ha inteso delineare la fusione in termini meramente modificativo-evolutivi. Così, tra le moltissime pronunce, si v. Cass. 24 marzo 2006, n. 6686; Cass. 23 giugno 2006, n. 14526; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22489; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23168; Cass. 16 febbraio 2007, n. 3695; Cass. 24 febbraio 2007, n. 4661; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22330; Cass. 29 ottobre 2007, n. 22658; Cass. Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27183; Cass. 23 ottobre 2008, n. 25618; Cass. 10 dicembre 2008, n. 282989; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845; Cass. 20 settembre 2010, n. 19847. Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Ariano Irpino, 24 maggio 2006, n. 333, in banca dati *Dejure*; Trib. Milano, 17 marzo 2008, in *Riv. dott. Commercialisti*, 2008, 567; Trib. Milano, 27 novembre 2008, in *Foro It.*, 2009, 2545; Trib. Roma, 7 settembre 2009, n. 17901, in banca dati *Dejure*; App. Napoli, 15 aprile 2010, n. 1383, in *Guida al diritto*, 2010, 23, 71 e ss.

più forti siano le basi del nuovo maggioritario indirizzo, e non solo processuali, ma pure sostanziali.

4.2.2 Carattere interpretativo od innovativo della “nuova” disciplina della fusione societaria

Il primo intervento (post riforma) delle Sez. Un. in punto di fusione è stato, si è visto, non richiesto ma fortemente voluto dalle stesse. Assai diverso è invece l'*iter* che le ha portate a pronunciarsi nuovamente in materia di fusione: questa volta la richiesta di formale intervento vi è stata – ed anzi, sono state più d'una – ed è stata invece la pronuncia chiarificatrice della Corte di Cassazione a farsi attendere.

Questione problematica, che si pose quasi subito (di cui le Sez. Un. vengono investite per la prima volta a poco più di due anni di distanza dall'ord. 2637 del 2006), è la seguente: fermo che la fusione è oggi, dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 6 del 2003, una vicenda meramente evolutivo-modificativa delle società coinvolte, che qualificazione deve essere data – sul piano, anzitutto, degli effetti sostanziali – alle fusioni avvenute prima del 1 gennaio 2004? Si tratta insomma di sapere quale sia la natura della disciplina della fusione introdotta dalla riforma del diritto societario, e così se essa possa considerarsi interpretativa (e dunque applicabile anche alle fusioni attuate prima della sua entrata in vigore), oppure innovativa (come tale applicabile solo alle fusioni intervenute nella vigenza della nuova disciplina).

L'incertezza – che ha portato la Sez. III ad investire della questione le Sez. Un. per ben tre volte nel giro di pochi mesi⁹⁹ – è giustificata dal panorama giurisprudenziale, che, pur compatto nell'affermare la natura modificativo-evolutiva delle fusioni post riforma, non lo era altrettanto ove venisse in rilievo una fusione

⁹⁹ Una prima ordinanza interlocutoria è dell'aprile 2008 (ord. n. 9308 del 9 aprile 2008; la si v. in *Corr. Giur.*, 2008, 1413 e ss., con ns. nt. *L'interruzione da fusione, seppur “postumamente”, rischia ancora di nuocere*); tuttavia essa non ha dato luogo al pronunciamento delle Sez. Un.: il procedimento instaurato innanzi a queste si è infatti concluso con una declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo perché privo della formulazione del quesito di diritto (Sez. Un. 10 settembre 2009, n. 18445). Le altre due ordinanze – che hanno determinato le quasi coeve sent. nn. 19509 e 19698 (rispettivamente del 14 e del 17 settembre 2010) – sono, l'una, del 14 novembre 2008 (n. 27243), e l'altra del 15 luglio 2008 (n. 19419). Per una complessiva disamina delle prime due ordinanze interlocutorie si v. M. De NADAI, *La fusione per incorporazione dopo la riforma societaria: ancora effetti estintivi?*, in *Giur. comm.*, 2009, 681 e ss.

ante 2004¹⁰⁰. Con due quasi coeve sentenze del settembre 2010 (n. 19509 del 14 settembre 2010 e n. 19698 del 17 settembre 2010¹⁰¹) le Sez. Un. risolvono il dubbio interpretativo a favore della natura innovativa della nuova disciplina dettata dall'art. 2504-bis, co. 1, c.c. E ciò in forza dell'argomento – di recente caro alla giurisprudenza di legittimità¹⁰² – per cui il potere del legislatore di emanare norme di interpretazione autentica – trovando un limite nella obbiettiva incertezza del dato normativo, passibile di diverse interpretazioni – sarebbe precluso in presenza di un costante e compatto “ultratrentennale orientamento” della giurisprudenza di legittimità, che tale incertezza escluderebbe¹⁰³.

¹⁰⁰ La maggior parte delle pronunce della Corte di Cassazione, sulla scorta di Cass. 27 dicembre 2007, n. 27183 (“la fusione di società mediante incorporazione avvenuta prima della riforma del diritto societario di cui al d. lgs. n. 6 del 2003 ed all'introduzione dell'art. 2504-bis c.c., realizza una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale e produce gli effetti, tra loro dipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a questa, della società incorporante, per cui quest'ultima, al pari di qualsiasi successore universale, assume la stessa posizione processuale dell'attore, con tutte le limitazioni ed i divieti ad essa inerenti”), circoscrivevano l'operatività della nuova qualificazione della fusione alle sole fusioni intervenute dopo il 1 gennaio 2004, così riconoscendo natura innovativa al nuovo art. 2504-bis, co. 1, c.c. (così si v. Cass. 24 marzo 2006, n. 6686; Cass. 31 maggio 2006, n. 13001; Cass. 27 settembre 2006, n. 21016; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22489; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23168; Cass. 1 febbraio 2007, n. 2210; Cass. 16 febbraio 2007, n. 3695; Cass. 24 aprile 2007, n. 9900; Cass. 14 agosto 2007, n. 1768; Sez. Un. 28.12.2007, n. 27183; Cass. 20 marzo 2008, n. 7611; Sez. Un. 8 aprile 2008, n. 9040; Cass. 23 ottobre 2008, n. 25618; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845). Non sono però mancate pronunce di diverso tenore, che hanno applicato la disciplina del nuovo art. 2504-bis, co. 1, c.c. anche a fusioni intervenute prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 6 del 2003 (così Cass. 30 giugno 2006, n. 15133; Cass. 23 gennaio 2007, n. 1476; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661). In tal senso, del resto, sembrerebbe deporre la stessa ordinanza 2637 del 2006 delle Sez. Un., ove fa impiego – per descrivere l'intervento del legislatore della novella del 2003 – della locuzione “definitivamente chiarito”, che sottenderebbe una mera precisazione di un significato già desumibile dalla disciplina positiva, e così la natura interpretativa del nuovo co. 1 dell'art. 2504-bis c.c.

¹⁰¹ In *Corr. giur.* 2010, 1565 e ss., con nt. di F. MELONCELLI, *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, 1567 ss.; nonché in *Dir. e Giustizia*, 2010, 450 e ss., con nt. di C. GARUFI, *Natura innovativa e non retroattiva per l'art. 2504-bis c.c., come introdotto dal d. lgs. 6/2003*.

¹⁰² Ci si riferisce qui alla di poco precedente ord. delle Sez. Un. n. 19047 del 6.9.2010 (in *Corr. Giur.*, 2011, 47 e ss., con nt. critica di CASTAGNOLA-CONSOLO-MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, in specie ... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*), che ha fatto impiego del medesimo argomento poi utilizzato da Sez. Un. 19509 del 2010, per negare natura interpretativa all'art. 819-ter c.p.c. in punto di ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice togato che dichiara o neghi la propria competenza in relazione ad una convenzione arbitrale.

¹⁰³ Così si legge nei due arresti (la cui parte motiva è di identico tenore testuale): “deve premettersi che, secondo la giurisprudenza costituzionale, seguita anche da questa Corte, pur

L'argomento ci pare non si sottragga ad alcune davvero serie critiche. Anzitutto, per usare le parole da altri impiegate (ugualmente pertinenti pur se relative a diversa ipotesi) viene dalle Sez. Un. postulata "una sorta di inconcepibilità logico-istituzionale: quella precisamente che impedirebbe di ravvisare sempre e comunque una qualsiasi norma di interpretazione legislativa autentica allorché la giurisprudenza di legittimità non mostri incrinature"¹⁰⁴. Con ciò di fatto conculcando il potere di interpretazione autentica del legislatore, a favore di quello (auto-riconosciuto) alla giurisprudenza. Questo assunto, poi, non trova certo avvallo nella giurisprudenza costituzionale pur richiamata dalle Sez. Un. Sono anzi molteplici le occasioni nelle quali la Consulta ha escluso che la sussistenza di un orientamento giurisprudenziale pacifico possa determinare un limite al potere del legislatore di emanare norme interpretative, affermando al contrario che "la legittimità di un intervento legislativo con forza retroattiva non è contestabile nemmeno quanto esso sia determinato dall'intento di rimediare a un'opzione interpretativa consolidata nella giurisprudenza in senso divergente dalla linea di politica del diritto giudicata (dal legislatore) più opportuna"¹⁰⁵. Questo purché la scelta imposta dal legislatore rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario. E ciò ci pare incontestabile nel caso in esame, come dimostrato dalla nota e condivisa dottrina che – pur nella vigenza dell'art. 2504-bis c.c. ante riforma – si è posta in dialogo

non essendo richiesto che sia effettivamente insorto un contrasto giurisprudenziale per poter ritenere la natura interpretativa di una norma di legge, è pur sempre necessario che esista un'obiettiva incertezza nell'applicazione del dato normativo e un obiettivo dubbio ermeneutico e che la nuova norma sia diretta a chiarire il contenuto di norme preesistenti ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili alle norme stesse, purché la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione. La discrezionalità del legislatore, peraltro, oltre a richiedere la sussistenza dei presupposti indicati, incontra comunque dei limiti anche al di fuori della materia penale, identificati: a) nella salvaguardia dei principi generali di ragionevolezza e di eguaglianza; b) nella tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla sicurezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento giuridico, specialmente in materia processuale; c) nel rispetto della funzione giudiziaria (con il conseguente divieto di intervenire sugli effetti del giudicato e sulle fattispecie *sub iudice*). Ora, come si è rilevato, sull'affermazione che dalla fusione per incorporazione derivi l'estinzione automatica della società incorporata si è formato un orientamento pacifico e costante, seguito dalla giurisprudenza di questa Corte che, a ben ragione, deve essere considerato diritto vivente ...".

¹⁰⁴ Così C. CONSOLO, in CASTAGNOLA-CONSOLO-MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, in specie ... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, cit., spec. 50.

critico con la posizione della giurisprudenza di legittimità. Sicché, a fondamento della ritenuta innovatività della disciplina, nemmeno può addursi la pretesa tutela dell' "affidamento legittimamente posto sulla certezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento"¹⁰⁶. Le argomentazioni dei giudici di legittimità non sono davvero determinanti o insuperabili al fine di escludere la natura interpretativa della nuova disciplina della fusione (del resto riconosciuta dalla dottrina quasi unanime¹⁰⁷).

Tant'è, le Sez. Un., relegano l'operare della disciplina sostanziale post riforma alle sole fusioni intervenute dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 6 del 2003 (1 gennaio 2004). Eppure i riflessi (processuali) di questa scelta sono meno pregnanti di quanto non si potrebbe pensare: infatti, la limitazione temporale viene "annullata" – sul piano processuale – da ciò, che le Sez. Un. spezzano il legame da sempre riconosciuto dalla giurisprudenza tra natura estintivo-successoria della fusione, da un lato, ed interruzione del processo con subingresso del successore universale, dall'altro, affermando che dall'estinzione della società di fusione-parte "non consegue necessariamente l'applicazione di tutte le norme dettate per l'interruzione

¹⁰⁵ Così Corte Cost., 18 novembre 1993, n. 420; in tal senso pure le ord. 5 settembre 1988, n. 123; 22 dicembre 1992, n. 480; 19 gennaio 1995, n. 15; 12 luglio 1995, n. 311; 22 novembre 2000, n. 525; 23 maggio 2008, n. 170.

¹⁰⁶ Così le Sez. Un. Sul punto si v. peraltro le convincenti notazioni critiche di O. DESIATO, *Fusione di società: l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite*, in www.judicium.it, che nota come il principio della tutela dell'affidamento – richiamato in questo frangente dalle Sez. Un. – venga poi dalle stesse posto in non cale in relazione alla complementare questione, affrontata dalla pronuncia, degli effetti processuali delle fusioni intervenute prima del 1 gennaio 2004 (su cui v. oltre nel testo).

¹⁰⁷ Così E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, in *Le Soc.*, 2006, 197 ss., spec. 200, per il quale "a tali materiali [N.d.R.: elementi già desumibili ante riforma che portavano a concludere per la natura evolutivo-modificativa della fusione] nulla aggiunge la novella legislativa che, proprio per la consapevolezza del rigido, e probabilmente tralascio orientamento giurisprudenziale, è intervenuta unicamente per precisare, come indicato dal legislatore delegante, la portata effettuale della fusione, interpretando quanto la stessa previgente disciplina consentiva legittimamente e chiaramente di sostenere". In tal senso anche A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 487 ss.; A. MACRÌ PELLIZZERI, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*, in *Vita notarile*, 2006, 133 e ss.; F. MELONCELLI, *La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*, in *Corr. giur.*, 2007, 1257 ss.; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, in *Il giusto processo civile*, 2010, 577 ss., spec. 590. *Contra* M. TAMBURINI, commento sub art. 2504-bis, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, IV, 2558, secondo il quale visto il consolidato orientamento giurisprudenziale il legislatore della riforma avrebbe dovuto espressamente qualificare come interpretativa la nuova normativa.

del processo”. Così statuendo i giudici di legittimità rendono di fatto irrilevante per il processo la circostanza che la fusione sia intervenuta prima o dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, facendo proprie istanze che parte della dottrina da tempo avanzava nel senso della non necessità di rivedere l'impostazione sostanziale tradizionale per addivenire a negare effetti interruttivi all'intervenuta fusione, a ciò bastando già la disciplina processuale dell'interruzione del processo¹⁰⁸.

4.3 La tesi estintivo-successoria: sua attuale configurabilità seppur con alcuni (doverosi) passi indietro

Si potrebbe pensare che gli interventi del legislatore della riforma del diritto societario – prima – e delle Sezioni unite del febbraio 2006 – dopo – abbiano definitivamente escluso la sostenibilità delle teorie estintivo-successorie. La dottrina ha invece dimostrato il contrario. Seppur con alcuni “ammorbidimenti” (viene meno, ad esempio, il parallelo tracciato in passato tra l'estinzione della società e la morte della persona fisica, da un lato, la successione dell'ente risultante alla fusione e la successione universale *mortis causa* degli eredi dall'altro), non è infrequente leggere – anche in contributi assai recenti – che la fusione di società determina, sul piano sostanziale¹⁰⁹, l'estinzione delle società partecipanti e la successione di quella risultante nei rapporti giuridici attivi e passivi in precedenza facenti capo a quelle. Con una precisazione, ormai comune a tutti gli interpreti, ossia che la

¹⁰⁸ Così, ad esempio (ma v. ampiamente cap. III), D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002; ID., *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1086 ss.; ID., *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 91 ss.; F. MELONCELLI, *Fusione di società ed interruzione del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 795 ss.; ID., *La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*, cit.; ID., *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, cit.; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, cit.; E.A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2006, II, 228 e ss.

¹⁰⁹ Più raro è invece imbattersi nell'affermazione per cui la fusione determini, a livello processuale, l'interruzione del processo pendente (così, autorevolmente, V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 491 ss.; ID., *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 375 ss.). Assai spesso, invece, anche i sostenitori della “moderna” versione della tesi estintivo-successoria (in tutte le diverse gradazioni di intensità che sono state prospettate), escludono – come si vedrà oltre, cap. III – l'idoneità interruttiva del fenomeno in discorso.

fusione determina (anche) una modificazione delle società partecipanti (elemento, questo, che caratterizza la moderna visione estintivo-successoria rispetto a quella pura *retro* analizzata).

Questo effetto modificativo viene però variamente apprezzato e riscontrato con diversi gradi di intensità, in dipendenza della posizione assunta (pur sempre nell'ambito di questo primo filone). Ed infatti nell'attuale panorama normativo-giurisprudenziale, la distanza tra impostazioni estintivo-successorie e impostazioni modificativo-evolutive viene via via riducendosi; si assiste infatti – nell'ambito delle prime – ad una crescente valorizzazione dell'effetto modificativo, e – nell'ambito delle seconde – ad una crescente apertura verso la configurazione di un effetto estintivo (pur se solo “formale”, secondo la definizione datane da C. Santagata). Tanto che ad oggi l'effettivo *discrimen* tra sostenitori delle une o delle altre (salvo i casi più “estremistici”) non è per nulla agevole, e si gioca tutto – e solo – sul riconoscimento (o meno) di un effetto successorio della società da fusione.

Tornando alla moderna visione estintivo-successoria, le impostazioni più radicali¹¹⁰ svalutano e minimizzano il carattere modificativo della vicenda, ritenuto comunque tale da non poter superare il dato della estinzione delle società partecipanti (o di tutte meno una, nel caso di fusione per incorporazione)¹¹¹, e così “il fatto che, prima della fusione, di società ce *ne erano due*, e dopo ce *ne è una sola*”¹¹². Altri

¹¹⁰ Al riguardo si v. – pur se non esplicitamente – L. LAMBERTINI, commento sub art. 2504-bis, in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, F. Abate et alt., ne *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003. Più chiaramente propenso a qualificare la fusione come fenomeno estintivo-successorio, F. GUERRERA, in *Diritto delle società di capitali, Manuale Breve*, N. Abriani et alt., Milano, 2003 (pubblicazione post-riforma), per il quale – che pur avverte che “non v'è alcun inconciliabile contrasto fra quelle visuali: l'una, incline a valorizzare la volontà negoziale espressa dalle deliberazioni e dall'atto di fusione; l'altra, a rimarcare gli effetti legali prodotti dall'operazione sulle situazioni giuridiche facenti capo alle società partecipanti”, p. 324 – “l'effetto legale fondamentale della fusione è quello successorio “universale”. La società che risulta dalla fusione (o la società incorporante) assume diritti e obblighi delle società partecipanti, le quali si estinguono (fatta eccezione per la società incorporante)” (332).

¹¹¹ Così M. PERRINO, commento sub art. 2504-bis, in *Società di capitali, commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, spec. 1977, per il quale – pur a fronte del nuovo dato positivo – “l'unificazione soggettiva e patrimoniale prodotta dalla fusione si traduce nell'estinzione delle società partecipanti, salvo che per l'incorporante, e nel subingresso della società risultante dell'operazione in tutti i diritti ed obblighi delle società preesistenti estinte”.

¹¹² La citazione è di V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, cit. (i corsivi nel testo sono dell'A.), ma sul punto si v. altresì *Ancora in tema di fusioni*

ancora, per indagare la natura e gli effetti della fusione, ricorrono alla categoria generale del mutamento; in particolare la fusione si risolverebbe così in “un mutamento societario complesso”: per un verso si avrebbe infatti un mutamento totale negativo (i.e.: l’estinzione delle società “assorbite”); per altro verso un mutamento positivo totale (“l’innovazione costitutiva o costituzione”, nel caso di fusione paritaria), o parziale (nel caso di fusione per incorporazione)¹¹³. Secondo questa impostazione “il duplice effetto della fusione conduce [da un lato] allo svuotamento giuridico del soggetto fuso, al suo spegnimento e, al di fuori di ogni metafora, alla sua estinzione”; dall’altro alla successione della società da fusione¹¹⁴. I descritti risultati non verrebbero scalfiti dalla riforma del diritto societario; ed anzi il *revirement* giurisprudenziale – fondato esclusivamente sulla

societarie e interruzione del processo, cit. *Contra* F. D’ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, 2501 ss., secondo cui quello qui riportato sarebbe “un modo di ragionare metodologicamente ingenuo, prodotto da una visione grezzamente antropomorfa della persona giuridica. Chi così argomentasse dimenticherebbe che la persona giuridica (...) è costruzione; che la costruzione è fatta di regole; che signore delle regole è solo il legislatore. Di conseguenza, padrone della persona giuridica, della sua vita come della sua morte, è il legislatore, il quale ben potrebbe statuire che la società incorporata non si estingue, ma continua a vivere “dentro” la società incorporante. (...) Regole che nel nostro caso consisterebbero in ipotesi nello stabilire che ogni rapporto facente capo alla società incorporata continui *tel quel* in capo alla società incorporante, alla stessa stregua di come continuerebbe in capo alla stessa società incorporata qualora avesse, poniamo, mutato la propria denominazione, aumentato il capitale, trasferito la sede, si fosse trasformata, etc.”. Per vero l’A. arriva poi a propendere per la costruzione del fenomeno fusione in termini estintivo-successorii, ma in ragione di ciò, che la concezione modificativo-evolutiva non potrebbe essere applicata alle ipotesi di scissione, e valore primo, da preservarsi sopra tutto, è quello di dare alle vicende che possono interessare gli enti giuridici (trasformazione, fusione, scissione) una costruzione unitaria. Pare propendere per una costruzione analoga a quella di V. Colesanti E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 179 ss., spec. 181, per il quale – a livello sostanziale (mentre diversa è la soluzione cui giunge per ciò che concerne gli effetti processuali: v. oltre, cap. III, par. 5) – “la tesi della estinzione della società fusa è quella che mi persuade di più, con ogni conseguenza del caso”.

¹¹³ Il pensiero che si riporta è di F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, cit.; per altri riferimento al riguardo si v. ID., *La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*, cit.; nonché *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, cit.

¹¹⁴ Il ricorrere qui di una successione (universale, parrebbe) viene così argomentato dall’A.: “attingendo ancora alla prospettazione di tali fenomeni fornita in sede di teoria generale del diritto, la sostituzione [della società da fusione alle società di fusione] si specifica poi, a seconda del differente effetto di continuità/estinzione sul rapporto giuridico oggetto di modificazione, in successione e novazione. Poiché nella fusione di società vige il principio di continuità, la novazione è senz’altro da escludere e la sostituzione da fusione non può essere che una specie di successione”, F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, cit., 803-804.

considerazione del nuovo dato testuale dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. (ed in particolare sulla eliminazione del riferimento alle società di fusione come "società estinte") – poggerebbe, a ben vedere, su basi assai instabili, come dimostrerebbe la "tecnica interpretativa a caso vergine, [che] impone si tenga conto di tutte la normazione in tema di fusione societaria¹¹⁵", senza che vengano in rilievo eventuali interpretazioni dottrinali o giurisprudenziali della stessa. Il quadro che emergerebbe dalla normativa in tema di fusione non consentirebbe di concludere con certezza per la sua qualificazione (ad opera del legislatore) in termini meramente evolutivo-modificativi¹¹⁶. Ci pare però che questi argomenti – pur se incontestabili – non inficino la bontà delle costruzioni teoriche che evidenziano e valorizzano il momento evolutivo-integrativo della fusione, soprattutto perché queste – nella versione datane dalla dottrina (mentre per ciò che concerne la giurisprudenza crediamo colga invece nel segno il rilievo svolto, quantomeno se teso a sottolineare una certa qual carenza di effettiva motivazione del cambiamento di indirizzo, la quale pare risolversi tutta nel mutato dato letterale) – non fanno certo leva esclusivamente sull'interpretazione letterale del nuovo art. 2504-bis, c.c. (e del resto nemmeno potrebbero: le loro radici e prime elaborazioni risalgono a ben

¹¹⁵ Il metodo è impiegato da F. MELONCELLI, in *La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*, cit., spec. 1270 ss.; e ripreso poi in *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, cit.

¹¹⁶ Si tratta, in particolare, dell'art. 72 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 – come novellato dall'art. 1, d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 – in tema di effetti tributari della fusione, ove si fa riferimento ai "soggetti che si estinguono per effetto delle operazioni" di fusione; dell'art. 29 Regolamento CE n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001 (relativo allo statuto della Società europea), ove la fusione viene considerato evento estintivo della o delle società partecipanti. In termini analoghi altresì la Direttiva sulle fusioni transfrontaliere (2005/56/CE, del 26 ottobre 2005, spec. art. 14). Tuttavia le ragioni della qualificazione della fusione in termini estintivo-successorî da parte dell'ordinamento europeo – come bene evidenziato da C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 5 e ss. – devono rinvenirsi nella diversa impostazione che del fenomeno viene data in Francia ed in Germania (che predispongono al riguardo costruzioni assai distanti da quelle previste dal nostro ordinamento, disciplinando, ad esempio, a tal fine un – per noi ignoto – contratto di trasferimento dell'intero patrimonio sociale). Inoltre se in tal senso depono parte della normativa riguardante la fusione, in senso diametralmente opposto si pone altra normativa (quella del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: v. par. 1). Da ultimo poi crediamo non vada eccessivamente svalutata un ulteriore dato: che l'art. 2504-bis è dettato al precipuo scopo di regolare la natura e gli effetti della fusione, e non diversi – a volte contingenti – profili. Questo certo non scalfisce la pari "dignità" ed il pari peso di ogni disposizione che dia indicazioni al riguardo, ma ci pare indice troppo spesso ingiustamente accantonato.

prima dell'intervento della riforma), ma si poggiano (come si è visto al par. 3) su altre, diverse e ben più solide basi.

Più “moderate” appaiono invece altre ricostruzioni del fenomeno fusione, che – pur se riconducibili in ultima istanza all'impostazione estintivo-successoria (poiché in esse vi è, più o meno espresso, il riconoscimento di un effetto anche successorio) – mostrano di voler abbandonare “la tradizionale alternativa dommatica”, dando rilevanza all'effetto estintivo, senza però disconoscere l'evento modificativo che contraddistingue l'avvenuta fusione¹¹⁷. Altri, ancor più proiettati verso costruzioni prettamente modificazionistiche, sottolineano come “la continuità d'impresa prevarrebbe sul momento estintivo della società, non connesso a una dissoluzione del patrimonio aziendale (...). Ma ciò non parrebbe incompatibile con la formale estinzione della società”¹¹⁸. Altri ancora, in perfetta coerenza con l'appartenenza all'impostazione (moderna sì ma pur sempre) estintivo-successoria, inquadrano la fusione nel *genus* delle modificazioni statutarie, ma nel contempo evidenziano sia l'effetto estintivo delle società partecipanti, sia quello successorio della risultante o incorporante¹¹⁹.

¹¹⁷ Così E.A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, cit., per il quale non cadrebbe in contraddizione l'interprete che, da un lato, riconosce che la partecipazione sociale permane, rafforzandosi, e, dall'altro, la società (quale autonomo soggetto di diritto, soggiungiamo) si estingue.

¹¹⁸ Formale estinzione che rileverebbe – però – sul piano processuale. Così M. CAVANNA, *Fusione e vocatio in ius dell'incorporata*, in *Giur. It.*, 2008, 2374 ss.

¹¹⁹ Così D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo*, cit., ove si legge che: “non si vuole certamente negare che la società risultante dalla unione o quella incorporante succedano a titolo universale e che, in particolare, succedano nel processo a quelle che, per effetto della fusione, vengono assorbite (...) [né] può essere obliterato che, ad operazione conclusa, la società incorporata non esiste più nella sua forma e nella sua veste originaria” (si v. altresì ID., *La successione tra enti nel processo*, cit., nonché *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, cit.). Per analoghe conclusioni pare propendere altresì F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, cit. Così pure F. SANTAGATA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo, parte I*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 293 ss. L'Autrice mostra chiara adesione al pensiero di C. Santagata (esemplare è il seguente passaggio: “la fusione realizza una compenetrazione dei gruppi sociali delle società coinvolte nell'operazione senza che ciò comporti lo scioglimento del vincolo sociale, che continua in un organismo diverso, caratterizzato da una rinnovata e unitaria struttura organizzativa”, p. 294); e tuttavia il pensiero di quest'ultimo A. viene dell'Autrice frainteso, quanto afferma che “a tale vicenda modificativa si accompagna anzitutto la successione universale della società incorporante o della società risultante”. Infatti – come si è dimostrato al par. 3.3.1 – l'assunto per cui la fusione determinerebbe una successione universale della società risultante (in un

4.4. I caratteri delle (moderne) impostazioni modificazioniste

Al pari delle impostazioni estintivo-successorie, anche quelle modificazioniste risultano ad oggi un poco “ricalibrate”. Ed infatti, “prima ancora che da un punto di vista prettamente sistematico o dogmatico, il successo di questa dottrina è dovuto al superamento di alcune incongruenze nell’applicazione analogica alla fusione delle norme relative all’estinzione o alla successione”¹²⁰; proprio per non perdere quello che pare essere il principale punto di forza, ossia la maggior aderenza al dato empirico, l’impostazione in commento si è evoluta – salvo rare eccezioni, più “intransigenti”¹²¹ – nel senso già tracciato da C. Santagata: quello del riconoscimento dell’estinzione (solo formale) delle società di fusione, e così del loro venir meno quali autonomi centri di imputazione¹²². Ciò che resta a caratterizzare e distinguere questa ricostruzione del fenomeno fusione è la radicale negazione di una successione della società da fusione. Come si cercherà di

primo momento accolto anche dall’A.) viene poi escluso dallo stesso Santagata, che ritiene più aderente al dato empirico, pur senza negare un’estinzione (solo formale) delle società di fusione, discorrere qui di reciproca assimilazione o appropriazione delle società di fusione (cfr. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit.).

¹²⁰ Il rilievo è di S. MILANESI, *Fusione societarie e processo: l’intervento delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 787 ss. Non altrettanto positivo è il giudizio espresso – con riguardo alla teoria modificazionista per c.d. “pura” – da F. SANTAGATA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, Parte I, cit., spec. 290, per la quale questa costruzione della fusione “evoca nei contenuti la legge fisica della massa per cui nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma”.

¹²¹ Esempio di tale più estrema posizione è dato da A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, cit., spec. 488 (ma si v. altresì ID., *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 587 e ss.): “si attua [con la fusione] un mutamento formale di un’organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente che si distingua dal vecchio, sicché l’ente incorporato, come le società partecipanti alla fusione paritaria, non si estinguono per rinascere sotto altra forma, né danno luogo a un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, ma sopravvivono in tutti i loro rapporti alla vicenda modificativa nella società incorporante o risultante dalla fusione, senza soluzione di continuità e senza perdere la propria identità soggettiva”.

¹²² Così (ma il riconoscimento dell’estinzione delle società di fusione, nei termini impostati da C. Santagata è dato che può dirsi ormai acquisito), C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria (a proposito di gradazioni sull’ “immortalità”)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 189 ss, spec. 193: “Nessuno, proprio nessuno (...) reputa che la incorporata viva come Giona nel ventre della balena incorporante sempre pronto a far sentire la sua voce (fino ad una improbabile espulsione *in integrum*) né che, e lo si dice sempre giososamente, le due società fuse si ritrovino astrette come le due celebri teste d’aquila, una volta all’est e l’altra all’ovest (...). L’estinzione formale post-fusione, sul piano dei “centri di imputazione”, è un dato certo e certamente irreversibile”.

dimostrare al termine di questa prima parte, è immanente allo stesso concetto di fusione l'esclusione di qualsiasi trasferimento (e – per ciò stesso e solo – di qualsiasi successione¹²³): la fusione attua una compenetrazione, una commistione che interessa anche i rapporti prima facenti capo alle singole società di fusione, che non vengono trasferiti dalle una all'altra, ma che permangono nel soggetto ampliato. “L'assunzione dei rapporti non è il frutto di un trasferimento, e la conseguenza di una successione, ma l'inevitabile portato del confluire sistematico e contemporaneo di varie entità in una unica, in dipendenza dell'atto di fusione”¹²⁴.

¹²³ Si v. al riguardo cap. II.

¹²⁴ Queste le esatte parole di E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, cit., spec. 198. In senso analogo ci pare anche M.E. SALERNO, commento sub art. 2504-bis, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, spec. 459.

CAPITOLO II

GLI ISTITUTI DELLA ESTINZIONE E DELLA SUCCESSIONE: VAGLIO DELLA LORO RICORRENZA NELL'IPOTESI DI FUSIONE

1. Premessa – 2. Estinzione e fusione di società: le radicalmente diverse finalità sottese ai due istituti – 3. I principali orientamenti dottrinali sul ricorrere di un fenomeno realmente estintivo nell'ipotesi di fusione (rinvio) – 4. Argomenti che depongono per l'esclusione dell'operatività dell'istituto dell'estinzione di società – 5. L'istituto della successione: definizione e confini – 6. Successione e fusione – 7. Conclusioni: esclusione della ricorrenza di un fenomeno successorio nell'ipotesi di fusione.

1. Premessa

Nell'indagare gli effetti della fusione, e così analizzando le diverse ricostruzioni proposte dagli interpreti, si è visto come risulta frequente il richiamo agli istituti dell'estinzione di società e della successione (perlopiù di persone fisiche, di cui al Libro II del c.c.), soprattutto da parte di coloro che affermano la natura estintivo(-costitutivo-)successoria del fenomeno in esame. Per tale ragione è opportuno meglio precisare i caratteri di questi istituti assai spesso richiamati per dar conto degli effetti della fusione, al fine di dimostrare – anche per tale via – come la fusione rappresenta una vicenda meramente evolutivo-modificativa delle società partecipanti, alla quale sono estranei fenomeni estintivo-successorii in senso proprio.

2. Estinzione e fusione di società: le radicalmente diverse finalità sottese ai due istituti

All'estinzione di società ed ai suoi effetti (tanto sostanziali quanto processuali) è dedicata la Parte II del presente studio, alla quale si rinvia per ogni più analitica notazione. Preme però qui evidenziare come tale istituto diverga profondamente da quell'effetto – certo latamente estintivo pure questo – che consegue all'intervenuta fusione, e che si è definito "estinzione solo formale"¹²⁵ delle società partecipanti al

¹²⁵ Secondo la definizione datane da C. SANTAGATA, *La fusione di società*, Napoli, 1964, nonché ID., *Le fusioni*, in *Fusione e scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004 (v. cap. I, par. 3.2.2).

procedimento (di tutte, nell'ipotesi di fusione propria; di tutte meno una – l'incorporante – nell'ipotesi di fusione per incorporazione).

Il termine “estinzione” designa – com'è a tutti noto – quella vicenda che interessa le persone giuridiche che non possono, secondo logica, morire, e per le quali è dunque necessario che l'ordinamento che le legittima e le riconosce preveda altresì le modalità del loro venir meno. Sicché si può dire – in via di prima approssimazione – che la persona giuridica si estingue quando cessa di esistere senza lasciare alcuna traccia di sé, al contrario di ciò che accade nelle ipotesi in cui questa subisce modificazioni, anche rilevanti, che possono intervenire in relazione alla persona giuridica, che, appunto, “può subire mutamenti più o meno profondi senza che tuttavia i rapporti siano comunque interrotti e il soggetto primitivo cessi la sua vita o sia sostituito da un altro [distinto ed autonomo]”¹²⁶. Quanto poi alle ragioni che possono determinare l'estinzione di società, le singole cause espressamente considerate dal legislatore (per quelle di capitali si v. quanto disposto dall'art. 2484 c.c.) condividono una natura volontaristica, nel senso che (immediatamente o mediatamente: attraverso una più o meno qualificata inattività dei soci¹²⁷) l'estinzione dell'ente sociale è sempre riconducibile ad una volizione in tal senso dei soci¹²⁸. La scelta della definitiva cessazione dell'ente sociale si riverbera su (ed è testimoniata da) lo scopo istituzionalmente perseguito nella fase che necessariamente si apre al verificarsi di una causa di scioglimento (ove questa, all'evidenza, non venga eliminata per scelta dei soci), ossia nella fase di

¹²⁶¹²⁶ Così G. MENOTTO DE FRANCESCO, voce *Estinzione delle persone giuridiche*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XII, 1048.

¹²⁷ Si rammenti infatti che, generalmente, il verificarsi di una delle cause di estinzione considerate dal legislatore non necessariamente determinerà l'estinzione dell'ente, potendo i soci attivarsi al fine di eliminare la causa di estinzione e così evitare la cessazione della società partecipata.

¹²⁸ Si v. al riguardo quanto osservato da F. CARNELUTTI, *In tema di estinzione delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1940, V, 25 e ss., spec. p. 26: “la persona giuridica nasce dal contratto di società e non dalla sua esecuzione, e così perché più persone hanno voluto costituire un fondo comune, non perché l'abbiano in fatto costituito, e del pari muore perché hanno voluto dividerlo, non perché l'abbiano in fatto diviso”. Sul momento in cui può dirsi intervenuta l'estinzione dell'ente sociale (e così verificatisi – pressoché irreversibilmente – gli effetti di tale estinzione), si v. Parte II, cap. 1, ove viene dato conto dell'evoluzione normativo-giurisprudenziale che ha portato a riconoscere alla cancellazione della società dal registro delle imprese efficacia costitutiva (ancorando così il *quando* dell'estinzione ad un momento certo: quello dell'iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese).

liquidazione. In questa fase avviene quella che è stata definita l' "integrale attuazione dello statuto"¹²⁹ ad opera di soggetti espressamente a ciò deputati (i liquidatori); integrale attuazione che consiste nella trasformazione dei rapporti prima facenti capo alla società in rapporti individuali facenti capo ai singoli ex soci, con la contestuale soddisfazione dei creditori sociali. Ed infatti "con il verificarsi di una o più cause di scioglimento e con la cessazione di qualsiasi attività lucrativa l'*affectio societatis* lascia il posto al sorgere del diritto di ciascun socio ad ottenere la liquidazione della propria quota di partecipazione"¹³⁰. La finalità descritta non ricorre invece nell'ipotesi di fusione, nel qual caso la delibera assembleare è invece tesa alla continuazione dell'attività sociale, in forma finanche più ampia e così rafforzata.

3. I principali orientamento dottrinali sul ricorrere di un fenomeno realmente estintivo nell'ipotesi di fusione (rinvio)

Delle diverse impostazioni dottrinali in ordine al verificarsi o meno (ed in che termini) dell'estinzione delle società di fusione si è già ampiamente detto al precedente capitolo, sicché è qui sufficiente brevemente ripercorrere l'evoluzione del pensiero degli interpreti, certamente influenzato pure dall'evoluzione del dato positivo (su cui v. cap. I, par. 1). Così nella vigenza del cod. comm., che espressamente riconduce la fusione agli eventi estintivi dell'ente sociale, il dato dell'estinzione delle società di fusione era considerato pacifico, ed assunto quale presupposto positivo di quasi ogni indagine in ordine agli effetti ed alla natura della fusione¹³¹. Peraltro anche allora non sfuggiva che la finalità sottesa alla fusione non fosse quella di determinare l'estinzione della società, ma – al contrario – di perseguire un suo rafforzamento. Da qui il problema di individuare quale fosse

¹²⁹ La definizione è ancora una volta di C. SANTAGATA, *La fusione di società*, cit.; nonché *Le fusioni*, cit.

¹³⁰ Così F. FIMMANÒ-L. TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2003, 1339 e ss.

¹³¹ Si v. sul punto il pensiero degli autori riportato al cap. I, par. 2. Rappresentativa al riguardo è la posizione di G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, il quale osserva che l'estinzione è "già uno degli effetti della fusione, e pertanto non si può considerare come un fatto indipendente dalla fusione"; avvertendo peraltro che le finalità perseguite dalla società di fusione non sono però accumulabili a quelle che spingono la società ad estinguersi: "nella fusione lo scioglimento della società si ha non già perché la società lo abbia voluto, ma perché la società ha posto in essere quell'atto cui la legge riconosce efficacia estintiva" (p. 41).

l'oggetto della sancita estinzione, problema che veniva generalmente risolto ritenendo che l'estinzione interessasse la società quale autonomo soggetto di diritto, e non anche il vincolo sociale, che si trasferiva invece intatto dalla società di fusione a quella da fusione¹³².

Con l'entrata in vigore del c.c., accanto a quanti hanno continuato ad affermare la riconducibilità alla fusione dell'effetto estintivo delle società di fusione, vi è stato chi ha invece ritenuto più correttamente di qualificare il fenomeno quale evento meramente modificativo-evolutivo delle società partecipanti. Peraltro anche tra i sostenitori di impostazioni "modificazioniste" la sussistenza di un effetto estintivo collegato alla fusione è stata variamente intesa. Mentre alcuni, ponendosi in radicale antitesi rispetto alle posizioni dei sostenitori della tesi estintivo-successoria, hanno negato in radice il ricorrere di qualsivoglia estinzione nel caso in esame (con ciò però esponendosi – come si è già osservato – a facili critiche di carenza di aderenza dell'impostazione prospettata al dato concreto ed ineludibile per cui a seguito della fusione la molteplicità dei soggetti viene ricondotta ad unità)¹³³. Altri invece – ed assai più convincentemente – non hanno negato il verificarsi di un effetto *lato sensu* estintivo, ma ne hanno correttamente circoscritto l'operare ai soli elementi di riconoscimento esterno dell'ente fuso. In particolare si è così osservato che la fusione non determina l'estinzione dei rapporti sociali prima facenti capo alle società fuse, i quali non si estinguono né si modificano a seguito del verificarsi dell'evento in parola, ma rimangono invece ancorati al contratto

¹³² Così sempre G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., 95, per il quale "è possibile ed esatto parlare della fusione come di una trasformazione estintiva della società; ma occorre precisare che trasformazione estintiva non equivale a scioglimento del vincolo sociale e ricostituzione su base più ampia. Trasformazione implica che il vincolo sociale si modifichi, a non si sciogla: l'estinzione non può che essere riferita all'ente sociale, cioè al soggetto di diritto".

¹³³ Così E. SIMONETTO, *Delle Società (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969, 213, per il quale più correttamente nell'ipotesi di fusione dovrebbe parlarsi di perdita dell'individualità delle società partecipanti al procedimento, e ciò perché "perdere la propria individualità vuol dire sopravvivere sia pure nell'ambito di un organismo più vasto e comprensivo della entità che perde la propria individualità; perdere la propria individualità non vuol dire estinguersi: estinguersi vuol dire morire od annullarsi", sicché "diversamente dall'estinzione conseguente all'integrale definizione dei rapporti facenti capo alla società, la fusione presuppone la loro persistente appartenenza in capo alle società partecipanti alla fusione nella loro specifica funzionalità fin quando l'operazione è completata. Sicché è da respingere la sottolineatura del c.d. effetto estintivo-creativo e l'analogia ... con la morte della persona fisica e l'estinzione della persona giuridica conseguente al completamento della liquidazione".

sociale originario ai quali i soci delle società di fusione avevano inizialmente prestato adesione. E questo perché ciascuna delle società partecipanti procedere alla reciproca modifica dei contratti sociali nella fase antecedente al compimento della fusione, a seguito del quale si verrà così a determinare una coincidenza oggettiva di tutti i contratti sociali delle società fuse. All'esito della fusione, dunque, vi sarà sì un'estinzione (come dimostra la riduzione soggettiva che consegue al fenomeno), ma meramente "formale"¹³⁴, da intendersi quale disattivazione dei plurimi centri di imputazione divenuti, a seguito della fusione, inutili. Tale estinzione formale consegue, da un lato, ad un atto volitivo delle società (che, appunto, prima della fusione ed in preparazione della stessa operano una reciproca coincidenza degli statuti), e, dall'altro, ad una scelta espressa dell'ordinamento (che, preso atto della coincidenza oggettiva degli statuti delle società partecipanti, sancisce l'estinzione degli ormai inutili autonomi centri di imputazione¹³⁵). Più precisamente poi il descritto effetto estintivo interesserà "oltreché le relazioni correlate all'originaria pluralità delle organizzazioni sociali (quindi i rapporti intercorrenti tra la società e i componenti dell'organo amministrativo e di controllo), anche i rapporti caratterizzati da reciprocità tra le società partecipanti alla fusione", mentre "non si riscontra l'estinzione dell'organizzazione, che si è modificata, integrandosi, bensì soltanto il venir meno di quelle qualificazioni giuridiche dei rapporti strettamente collegati a quel centro di imputazioni (organi, capacità, nazionalità) che, costituito per l'esigenza di autonoma attuazione del contratto sociale, ha ormai esaurito la sua specifica funzione strumentale"¹³⁶.

4. Argomenti che depongono per l'esclusione dell'operatività dell'istituto dell'estinzione di società

¹³⁴ Il concetto si trova compiutamente elaborato in C. SANTAGATA, *La fusione di società*, cit. Per una complessiva analisi del pensiero dell'A. si v. Cap. I, par. 3.2.2.

¹³⁵ Si v. C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., spec. p. 46, per il quale "sul piano formale dei soggetti di diritto, la fusione comporta l'estinzione di autonomi centri di imputazione e quindi la disattivazione dei meccanismi funzionali di taluna, o di tutte, le società partecipanti alla fusione".

¹³⁶ Così C. SANTAGATA, *op. cit.*, 77.

Tra tutte le soluzioni prospettate in ordine alla questione del ricorrere o meno di un effetto estintivo correlato al compimento della fusione, quella da ultimo descritta della estinzione “solo formale” risulta maggiormente persuasiva e più correttamente tesa a contemperare l'evidente dato empirico per cui la fusione determina la riduzione soggettiva degli enti partecipanti, con le finalità sottese al ricorso a questo strumento (che escludono possa parlarsi di vera e propria estinzione dell'ente). Vi sono però ulteriori argomenti che confortano questa soluzione e mostrano l'impossibilità di ricondurre l'effetto derivante dalla fusione a quelli propri dell'estinzione delle società.

Anzitutto non può essere trascurato il dato positivo, cui più volte si è fatto riferimento: l'evoluzione normativa della disciplina della fusione di società mostra inequivocabilmente (e non solo all'art. 2504-bis c.p.c.) l'intenzione del legislatore di qualificare la fusione quale fenomeno meramente evolutivo-modificativo delle società partecipanti (v. cap. I, par. 1). E ciò è ancor più evidente ove si compari la disciplina positiva dell'estinzione a quella della fusione; comparazione dalla quale emerge l'impossibilità di ricondurre la seconda alla prima. Indice della correttezza di quanto qui sostenuto si ritrova in primo luogo nella disciplina dettata a tutela dei creditori sociali rimasti insoddisfatti volta che la società debitrice sia stata cancellata dal registro delle imprese, per i quali viene approntato lo strumento residuale della possibilità di rivolgersi agli ex soci (v. Parte II, cap. II, per l'individuazione del titolo della responsabilità degli ex soci), il quale strumento, peraltro, assai spesso non consentirà (o comunque potrebbe non consentire) l'integrale realizzazione del diritto di credito in precedenza vantato nei confronti della società ormai estinta. Diversamente, una volta intervenuta la fusione, i creditori sociali delle società fuse potranno rivolgersi, per il pagamento dei propri crediti, alla società risultante, che risulterà obbligata per il medesimo titolo che prima legava la società fusa con il creditore agente.

Altro indice è dato dalla diversità sussistente tra il bilancio di fusione (che ogni società deve redigere affinché possa procedersi alla fusione) e quello di liquidazione (necessario invece per poter ottenere la cancellazione della società dal registro delle imprese), i quali divergono sia quanto ai soggetti incaricati della redazione (nel primo caso l'organo amministrativo di ciascuna delle società

partecipanti al procedimento; nel secondo i liquidatori), sia quanto a funzioni (il primo è teso infatti a dare una rappresentazione della situazione di ogni società partecipante alla fusione; con l'approvazione del secondo invece "il diritto dei soci sul patrimonio netto residuo si trasforma in un attuale diritto di credito, per cui il patrimonio stesso perde il carattere di capitale sociale"¹³⁷), sia – infine – quanto ad effetti della relativa iscrizione nel registro delle imprese (che nella prima delle ipotesi fatte rende operativa la fusione, determinando così – ad esempio – la sostituzione, meramente formale, della società risultante a quelle di fusione nelle posizioni attive e passive; nella seconda determina l'estinzione della società cancellata, e così pure l'estinzione delle posizioni giuridiche passive ad essa facenti capo, con il contestuale sorgere in capo agli ex soci di un – eventuale – debito avente diverso titolo: v. Parte II, cap. II).

Altro indice della fondatezza della tesi qui accolta è dato dalla considerazione dei corollari della tesi che postula invece l'estinzione delle società di fusione. Infatti, se è innegabile che "la persona giuridica, costituendo una qualificazione formale di una realtà metagiuridica, in tanto si estingue in quanto scompare dall'ambiente sociale la realtà metagiuridica rivestita dalla personalizzazione giuridica, cioè ... il suo substrato", ed è pure chiaro che il substrato dell'organizzazione sociale è dato "dai soci, riuniti in un complesso unitario, e cioè in un organismo. ... E ciò è tanto vero che non può esistere una società senza soci"¹³⁸; ebbene allora dovrebbe concludersi che l'estinzione della società di fusione determini pure l'estinzione dei rapporti sociali ad essa facenti capo, i quali dovranno così ricostituirsi *ex novo* in capo alla società da fusione. Così ragionando, però, vengono in evidenza profili di criticità difficilmente superabili. Anzitutto mancherebbe infatti il consenso del singolo socio alla ricostituzione del vincolo sociale in capo alla società da fusione, né ciò potrebbe superarsi ritenendo che la giustificazione della partecipazione dei soci delle società di fusione a quella da fusione si ritrovi nella sottoscrizione del capitale sociale della società risultante (o nell'eventuale aumento di capitale della

¹³⁷ Così E. BIAMONTI, *Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società*, in *Foro It.*, 1951, I, 323 e ss.

¹³⁸ A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 489 e ss., spec. 493-494.

società incorporante riservato alla loro sottoscrizione¹³⁹). E questo non solo perché non si può ritenere che vi sia un obbligo di sottoscrizione in capo ai soci delle società di fusione, ma soprattutto perché – a monte – mancherebbe il necessario consenso di questi alla partecipazione alla società risultante dal procedimento (consenso che non può rinvenirsi nell'approvazione della delibera di fusione, che non richiede l'unanimità). In definitiva non si riuscirebbe a spiegare perché gli ex soci della società di fusione, liberati dal vincolo sociale (in seguito all'estinzione della società partecipata) si vedano avvinti ad un diverso ente (la società da fusione), senza aver prestato il necessario consenso alla partecipazione a questa diversa società.

In realtà nessun nuovo consenso deve essere prestato dai soci delle società partecipanti al procedimento di fusione, e ciò perché la società risultante (o incorporante) non è ente distinto ed autonomo da quella in origine partecipata (sul punto v. i paragrafi successivi), la quale non va incontro ad una estinzione, se non meramente formale (ossia, appunto, ad una disattivazione per inutilità, data l'oggettiva coincidenza degli statuti e degli atti costitutivi che reggono questa e la società risultante dal procedimento).

5. L'istituto della successione: definizione e confini

Illustrate le ragioni che portano ad escludere che le società partecipanti alla fusione vadano incontro ad estinzione, e che invece fanno propendere per la riconduzione alla fusione di un effetto estintivo meramente formale, è possibile ora analizzare l'altro effetto comunemente associato al verificarsi dell'evento oggetto di indagine, quello successorio. Con una precisazione: come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, mentre ad oggi può dirsi risultato condiviso dagli interpreti quello

¹³⁹ Con ciò non si vuole negare che la fusione possa comportare un aumento di capitale della società incorporante riservato alla sottoscrizione dei soci della società incorporata. Infatti "poiché l'operazione di fusione comporta per sua natura che ai soci della società incorporata debbano essere assegnate azioni o quote della società incorporante, di regola, il metodo più ovvio per procurare la disponibilità di azioni o quote dell'incorporante da assegnare ai soci dell'incorporata consiste nell'aumentare in misura corrispondente il capitale sociale dell'incorporante" (così F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 265). Quello che qui preme evidenziare è che tale aumento di capitale non è un decisione autonoma della incorporante alla quale i soci dell'incorporata posso liberamente scegliere se aderire, ma rientra tra "le modifiche funzionali alla fusione che come tale costituisce una conseguenza intimamente connessa all'attuazione della fusione e che in tanto avrà effetto, in quanto la fusione stessa sia attuata", F. MAGLIULO, *op. cit.*, 125-126.

dell'estinzione meramente formale delle società partecipanti al procedimento, altrettanto non è con riguardo alla successione della società risultante o incorporante. Al contrario la maggioranza della dottrina risulta oggi, pur dopo l'intervento chiarificatore della riforma del diritto societario, propensa a qualificare la società da fusione quale successore di quelle di fusione. Tuttavia si conta di riuscire a dimostrare, al termine di questo capitolo, come il richiamo all'istituto della successione per descrivere gli effetti della fenomeno in esame risulti improprio, non ricorrendo nell'ipotesi di fusione i presupposti necessari affinché possa parlarsi di successione.

In via di prima approssimazione, si può affermare che "la nozione tecnica di successione serve di solito a qualificare il fenomeno per cui un soggetto viene ad assumere rispetto ad una relazione giuridicamente rilevante, quella medesima posizione che era precedente occupata da altro soggetto"¹⁴⁰. Comunemente, dunque, con il termine "successione" si indica il subentrare di un soggetto ad un altro nella titolarità di uno o più rapporti giuridici, con la precisazione che tale subentro (per potersi qualificare "successione") deve caratterizzarsi per il fatto che la titolarità del nuovo soggetto derivi e dipenda dalla titolarità della situazione giuridica del dante causa. Con una formula riassuntiva si precisa poi che "il rapporto di cui altri assume la titolarità [deve essere] il medesimo del precedente titolare e non un nuovo rapporto"¹⁴¹. Tuttavia proprio l'affermazione da ultimo riportata, ossia che successione si avrà nel caso di identità della situazione giuridica soggettiva trasmessa, ha incontrato una serie di giuste obiezioni. Non si è mancato, cioè, di sottolineare l'incongruenza insita nell'affermare che la situazione giuridica trasmessa è la stessa, pur ammettendo al contempo che uno dei suoi elementi identificativi viene a mutare: quello soggettivo. Ed invero la formula per cui in presenza di una successione la situazione giuridica trasmessa dal dante causa all'avente causa è "la stessa", necessita di una puntualizzazione. Infatti seppur è corretto affermare che nell'ipotesi di successione la situazione giuridica in capo all'avente causa non è identica a quella trasmessa dal dante causa (mutando uno degli elementi identificativi, ossia il soggetto), è altrettanto

¹⁴⁰ Così R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVIII, 606 e ss.

¹⁴¹ L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1963, 16 e ss.

vero che l'affermata identità è giustificata dall'ordinamento giuridico che procede, nei casi riconducibili all'istituto della successione, ad una identificazione formale tra le due situazioni giuridiche, pur empiricamente distinte¹⁴². Così precisato si può dunque affermare che il concetto di "successione" non trova invero riscontro nella realtà empirica, ma rappresenta una costruzione giuridica che consente, in determinati casi e così al ricorrere di precisi presupposti, di considerare la situazione dell'avente causa "come se" fosse quella del dante causa.

Affinché si possa discorrere di successione è necessario (ma non ancora sufficiente) il ricorrere di due presupposti: la coincidenza oggettiva delle due situazioni giuridiche, e la circostanza che quella in capo all'avente causa si ponga come continuazione di quella di titolarità del dante causa, nel senso che entrambe le situazioni non possano convivere¹⁴³. Il ricorrere di questi due presupposti non consente però ancora di ricondurre il fenomeno all'istituto della successione, e questo perché è solo il legislatore che, in riferimento a determinate fattispecie, può procedere "ad una identificazione formale delle due situazioni ... ponendo tra di esse un nesso di dipendenza obbiettiva"¹⁴⁴. Proprio in ciò infatti la successione si distingue dagli altri trasferimenti di diritti, che successioni non possono qualificarsi: in entrambe le ipotesi, infatti, si osserva la presenza di due situazioni giuridiche identiche quando ad elementi oggettivi, l'una che sorge a seguito del venir meno dell'altra; tuttavia solo nella successione la situazione giuridica del successore viene equiparata a quella del dante causa cosicché formalmente quella si può presentare come la stessa situazione giuridica soggettiva, e, in quanto tale, tutti i fatti che incidevano sulla prima incideranno pure sulla seconda¹⁴⁵.

¹⁴² Così C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 122 e ss., spec. 124.

¹⁴³ Si v. R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, cit., 608.

¹⁴⁴ R. NICOLÒ, *op. cit.*, 609, che ulteriormente precisa come "non basta che un diritto si estingua presso un soggetto ed un altro conseguentemente sorga presso un soggetto diverso che abbia contenuto ed oggetto identici affinché si abbia successione, ma occorre che la norma, valutando le due situazioni e partendo dal presupposto di una dipendenza della seconda dalla prima, pervenga alla loro identificazione formale e non semplicemente empirica, attribuendo ai fatti costitutivi o impeditivi del diritto originario la medesima rilevanza rispetto al nuovo e disponendo che il regolamento del primo continui a trovare applicazione anche al secondo".

¹⁴⁵ Si v. sul punto F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 6 e ss., che osserva che nelle ipotesi di successione "non tanto il rapporto è sempre quello, quanto

Quanto, infine, alle ragioni che portano l'ordinamento a prevedere, in relazione a determinate fattispecie, che, a seguito del verificarsi della descritta situazione (due situazioni giuridiche identiche dal punto di vista oggettivo e differenti da quello soggettivo, di cui la seconda sorge a seguito dell'estinzione della prima), i fatti giuridici incidenti sulla situazione soggettiva di titolarità del dante causa spieghino efficacia anche su quella dell'avente causa come se il mutamento soggettivo non si fosse verificato, queste si rinvengono nella volontà di "evitare la interruzione della giuridicità dei rapporti nei casi in cui le esigenze della vita reale premono per la continuità del regolamento"¹⁴⁶ delle situazioni sostanziali, prima, e così poi – e di riflesso – di quelle processuali.

Da quanto sopra può dunque concludersi che tre sono i presupposti la cui ricorrenza è necessaria per poter affermare di trovarsi in presenza di una successione: la sussistenza di due distinti soggetti; il trasferimento di un rapporto giuridico (o di un complesso di rapporti giuridici) da un soggetto ad un altro e la scelta del legislatore per la qualificazione di questo trasferimento in termini di "successione".

Da ultimo, e prima di vagliare più nel concreto se gli elementi caratterizzanti il fenomeno successione (come sopra individuati) ricorrano o meno nell'ipotesi di fusione, meritano qualche parola i diversi tipi di successione noti al nostro ordinamento. Una prima fondamentale distinzione si ha tra successione *inter vivos* e successione *mortis causa*; la quale ultima ricorre quando si riscontra il subentro di un diverso soggetto nei rapporti giuridici prima facenti capo ad altro, venuto meno. La prima, invece, sussiste quando il trasferimento si attua in dipendenza di un atto volitivo del dante causa, che però non viene meno¹⁴⁷. Si è visto (cap. I, par. 3.2), che in passato la dottrina della natura estintivo-successoria della fusione

viene considerato come se fosse sempre quello, onde la essenza del fenomeno successorio non sta nell'identità e perciò nell'unità del rapporto presso l'autore e presso il successore, ma nella equiparazione dei due rapporti diversi".

¹⁴⁶ Così F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, cit., spec. p. 9.

¹⁴⁷ Si v. sul punto L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, cit., 18 e ss.: "la successione *inter vivos* avviene quando il rapporto o i rapporti giuridici si trasferiscono "immutati" (sulla base di una norma che lo preveda) da un soggetto ad un altro non in forza del venir meno del primo soggetto (dante causa) ma in forza di un suo atto di disposizione del diritto o del rapporto giuridico (come può essere un contratto traslativo di un diritto reale)".

risultava divisa tra quanti ritenevano di poter qualificare la fusione quale fenomeno determinante la successione (universale) *mortis causa* della società di fusione¹⁴⁸, e quanti invece affermavano il ricorrere di una successione *inter vivos*, in forza del rilievo per cui nel caso in esame la presunta successione della società da fusione era causa, e non effetto, dell'estinzione delle società di fusione. Altra distinzione attiene invece all'oggetto della successione, che porta a distinguere la successione a titolo universale da quella a titolo particolare. La prima ricorre quando il successore consegue il complesso dei rapporti giuridici del dante causa unitariamente considerato; la seconda invece si caratterizza per la trasmissione di uno o più singoli rapporti o situazioni giuridiche soggettive di titolarità del dante causa. Elemento differenziale dei due tipi di successioni non è quantitativo ma qualitativo: nel primo caso il trasferimento avviene in modo unitario, nel secondo invece dovrà seguire le regole dettate per il trasferimento di ogni singolo rapporto¹⁴⁹. Quanto poi alla successione universale, ove questa si riscontri (com'è nell'assoluta maggioranza dei casi) con riferimento a persone fisiche (nel qual caso l'atto generatore della successione sarà la morte del dante causa), si deve riconoscerne la natura di fenomeno necessario, sotto due distinti profili. È necessario in quanto avviene in dipendenza di un evento (morte) che esula dalla volontà del soggetto che lo subisce; ed è necessario anche perché è esigenza naturale dell'ordinamento giuridico che al venir meno di un soggetto altri vengano ad assumere la medesima posizione in precedenza occupata dal primo in riferimento a tutti i rapporti giuridici a questi prima facenti capo (come dimostra infatti l'art. 586 c.c., un'erede deve sempre esserci). Lo stesso non può dirsi con riguardo alle persone giuridiche, rispetto alle quali non solo l'evento asseritamente

¹⁴⁸ Peraltro il richiamo qui dei principi in tema di successione *mortis causa* (di cui al Libro II c.c.) ci pare invero inaccettabile, non solo per la concezione "antropomorfica" della persona giuridica che un tale richiamo porta necessariamente ad avallare, ma pure perché la postulata applicazione dei principi dettati per la successione a causa di morte delle persone fisiche mal si concilia con lo stesso procedimento di fusione. Si pensi solo alle difficoltà insormontabili che la tesi richiamata incontra con riguardo alla qualificazione della delibera di fusione che – *in thesi* – dovrebbe considerarsi atto con il quale la società di fusione dispone, prima della sua estinzione, il passaggio del suo patrimonio a quella da fusione, con ciò contravvenendo al divieto sancito dall'art. 485 c.c. di patti successorii, la cui violazione è sanzionata con la nullità del patto stesso.

¹⁴⁹ Così si afferma che "nella successione a titolo particolare il nesso fra la posizione dell'autore e quella del successore è posto dalla norma in dipendenza di un atto di disposizione (e non in modo indipendente come nella successione universale)", così C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, in *Riv. dir. comm.*, cit., 125.

generatore della successione non è involontario, ma pure non necessariamente la loro estinzione determinerà il subentro di uno o più “eredi” nelle posizioni giuridiche di spettanza di quelle (v. Parte II, cap. II).

6. Successione e fusione

Delle posizioni circa gli effetti sostanziali (ed in particolare l'effetto successorio) della fusione si è già detto al capitolo precedente. Gli effetti processuali verranno invece indagati al successivo capitolo (e si tratterà di indagine che non potrà prescindere dai risultati raggiunti in questa sede circa la possibilità di affermare la ricorrenza di una successione della società da fusione). Basterà allora qui brevemente ripercorrere i risultati raggiunti dalla dottrina degli effetti sostanziali della fusione. Accanto a quanti (e si tratta tutt'oggi della maggioranza degli interpreti) hanno ritenuto di poter affermare una successione a titolo universale della società da fusione nelle posizioni giuridiche prima facenti capo alle società di fusione, v'è stato chi ha invece negato il ricorrere di un fenomeno successorio, evidenziando le incolmabili differenze intercorrenti tra la successione *mortis causa* delle persone fisiche e gli effetti della fusione¹⁵⁰.

Secondo altri, invece, la fusione determinerebbe una successione *inter vivos* della società da fusione. Tale posizione, peraltro, non è sostenuta solo da quanti ricostruiscono la fusione in termini estintivo-successorii, dando però preminenza temporale e causativa al passaggio del patrimonio delle società di fusione alla società da fusione (dal quale passaggio deriverebbe poi l'estinzione degli enti partecipanti), ma pure da chi afferma che la fusione si caratterizzi per la

¹⁵⁰ Così, in particolare, E. SIMONETTO, *Delle Società (artt. 2498-2510)*, cit., 213 e ss. In parte diverso il pensiero di C. SANTAGATA, il quale inizialmente non negava *tout court* la ricorrenza di un fenomeno successorio della società da fusione, purché però si epurasse la disciplina della successione dai “principi attinenti alla specifica disciplina della fattispecie” della successione delle persone fisiche, evitando quindi “l'assimilazione dell'estinzione dell'ente alla morte della persona fisica e l'assimilazione del procedimento successorio alla fattispecie acquisitiva dell'erede”, di modo che “da tale epurazione risulteranno allora le regole che disciplinano l'operatività del meccanismo traslativo, regole che varranno anche per la successione delle persone giuridiche” (*La fusione di società*, cit., 100-101). Più di recente esclude il ricorrere di una successione anche F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, in Commentario al codice civile*, A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 2006, 407 e ss., per il quale “l'affermare che la fusione comporta un fenomeno di successione val quanto affermare che ... i soci succedono a se stessi”, e questo perché “il dire che la fusione non implica costituzione di un nuovo contratto sociale val quanto dire che i soci restando, reciprocamente e verso i terzi, titolari di diritti e doveri in virtù del medesimo titolo per il quale questi erano già titolari di diritti e di doveri”.

compenetrazione del gruppo sociale in un altro, sicché discorrere di estinzione delle società di fusione è possibile solo adottando una concezione solo formale dell'estinzione stessa¹⁵¹.

Pur se la maggioranza degli interpreti che afferma la ricorrenza di un fenomeno successorio nell'ipotesi di fusione ritiene si tratti di successione universale, non è mancato chi invece ne ha postulato la natura di successione a titolo particolare. E ciò in forza del diritto riconosciuto a ciascun creditore sociale di opporsi alla fusione ottenendo per tale via che questa non venga portata a compimento¹⁵². Tuttavia ci pare che proprio la possibilità che il singolo creditore, opponendosi alla fusione, possa impedire la prosecuzione del procedimento (e così pure dell'asserito trasferimento anche di rapporti giuridici dei quali non risulta parte), dovrebbe far invece propendere per la qualificazione – da parte del legislatore – in termini unitari dei rapporti che fanno capo alle società di fusione.

Assai più convincenti appaiono però quelle impostazioni che – prestando maggior adesione al dato fattuale, e così alle concrete conseguenze della fusione – escludono possa discorrersi qui di un fenomeno anche solo latamente successorio (e queste tesi, come si mostrerà al successivo paragrafo, trovano conforto pure nei principi generali in tema di successione, ed in particolare in ciò, che non ricorrono nel caso in esame i presupposti per poter affermare una successione della società da fusione nelle posizioni giuridiche prima facenti capo a quelle di fusione). Ci si riferisce qui a quella impostazione che postula non una successione della società da fusione, ma la “assimilazione” delle società partecipanti al procedimento, quale

¹⁵¹ Così C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, cit., 140 e ss., che – nonostante ciò – sostiene che nella fusione si verifichi il trasferimento del patrimonio della società di fusione alla società da fusione, e che tale trasferimento possa definirsi quale successione a titolo universale *inter vivos*, che avrebbe il medesimo effetto di quella *mortis causa* (“con la fusione ... s’attua una successione universale, con tutte le sue conseguenze”), pur distinguendosi da questa per il fatto costitutivo (volontà delle società di fusione espressa con l’approvazione della delibera assembleare di fusione) e per la sequenza temporale (l’estinzione delle società di fusione seguirebbe la successione di quella da fusione).

¹⁵² Così L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, cit., 19 e ss., per il quale la fusione darebbe luogo a “una pluralità di successioni a titolo particolare, quanti i rapporti di debito e credito che passano alla nuova società, giusta il consenso dei relativi soggetti direttamente interessati”. E questo perché il necessario consenso del creditore alla fusione (meglio: la necessità di una sua non opposizione) sarebbe “estremo proprio della successione nel debito a titolo particolare, come risulta dalla disciplina positiva in tema di cessione del contratto, di delegazione, espromissione e accollo c.d. privati o liberatori e in tema di cessione d’azienda”.

conseguenza della reciproca modificazione degli atti costitutivi e degli statuti delle stesse (operata nella fase anteriore all'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese)¹⁵³. E questo perché – come convincentemente si è osservato – “con la fusione non vi è la formazione di un nuovo contratto di società, ma unificazione di due o più contratti: non vi è il trasferimento della qualità di socio, ma ciascun socio conserva la qualità di parte del contratto e dell'organizzazione così unificata; non vi è trasferimento di beni dalle società partecipanti a quella risultante, ma conservazione della proprietà di essi in capo al soggetto unificato”¹⁵⁴.

7. Conclusioni: esclusione della ricorrenza di un fenomeno successorio nell'ipotesi di fusione

In più occasioni si è mostrata adesione all'impostazione dottrinale che esclude che tra gli effetti della fusione possa annoverarsi il trasferimento di posizioni giuridiche soggettive dalle società di fusione a quella da fusione (e così, in ultima analisi, la successione di questa), e che invece riconosce come il compiersi della fusione determini la reciproca appropriazione delle società partecipanti, senza il ricorrere qui di alcun trasferimento. Tuttavia per affermare la correttezza di una tale posizione è necessario vagliarne la tenuta in relazione sia alla disciplina positiva della fusione, sia ai principi generali in tema di successioni.

Partendo dunque dal dato positivo, e così dall'art. 2504 bis c.c., non si può che osservare che il termine impiegato dal legislatore per descrivere il fenomeno in discorso – ossia quello di “assunzione” – risulti oltremodo generico e così tale da non costituire elemento a favore dell'una o dell'altra impostazione prospettata¹⁵⁵.

¹⁵³ Il concetto è elaborato da C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., che sottolinea come “aprendosi lo statuto (o il contratto di società) per disciplinare (oltre i proprio rapporti, altresì) i rapporti delle altre società partecipanti alla fusione, si realizza un fenomeno di reciproca “appropriazione” che incide sui rapporti. A tale vicende non corrisponde neppure una “alienazione” perché anche la società incorporanda, nel decidere (e poi attuare) la fusione, non intende trasferire (cioè alienare) alcunché, bensì si limita a modificare il proprio statuto (o contratto) per disciplinare una variazione della propria organizzazione nella prospettiva intesa ad unificare, in una regolamentazione funzionale unitaria, i propri rapporti in combinazione integrata con i rapporti della società incorporante” (p. 83 e ss.).

¹⁵⁴ Queste le esatte parole di F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, V Ed., 1995, Torino, spec. 760.

¹⁵⁵ Si v. sul punto C. SANTAGATA, *La fusione di società*, cit., che osserva come “il verbo “assumere” non è qualificativo circa la qualificazione della vicenda successoria ... non risulta essere stato mai adottato dal legislatore in sede di successione ad una persona estinta ... tutto

Maggiormente indicativo è invece, ancora una volta, il venir meno del riferimento alle società di fusione quali società “estinte”: se infatti si esclude che la fusione dia luogo ad una estinzione delle società partecipanti (o di tutte meno una, nell’ipotesi di incorporazione) viene già per ciò solo meno uno degli elementi necessari per potersi correttamente discorrere di successione: ossia quello del contestuale venir meno del dante causa al momento del sorgere del rapporto giuridico in capo all’avente causa-successore¹⁵⁶. Anche per tale via si può dunque sostenere che il legislatore non abbia inteso ricondurre la fusione ad un fenomeno successorio.

Peraltro tale conclusione risulta avallata dagli stessi caratteri dell’istituto della successione, che si sono brevemente elencati ai precedenti paragrafi. In particolare si è visto che per poter affermare il ricorrere di una successione sono necessari tre presupposti, nessuno dei quali si presenta nel caso di fusione¹⁵⁷. Così è, anzitutto, per il presupposto soggettivo, ossia per la sussistenza di due distinti soggetti (dante causa ed avente causa), l’uno titolare di una situazione giuridica poi trasmessa all’altro. Se infatti si guarda alle finalità perseguite dalle società che si determinano alla fusione, e si tiene conto dell’effetto proprio di questo fenomeno (ossia quello di estinzione meramente formale delle società partecipanti) ci si avvede che non sussiste qui quella diversità soggettiva richiesta invece per la successione. Le società di fusione, infatti, non sono soggetti in radice distinti dalla società risultante dal procedimento (come non lo è la incorporata rispetto alla incorporante, nell’ipotesi di fusione per incorporazione): si tratta – com’è oggi ammesso da dottrina e giurisprudenza – del medesimo soggetto, pur se modificato (ossia “ampliato”). Del pari manca pure l’altro requisito necessario: una disposizione che espressamente definisca “successione” l’ “assunzione” dei diritti e degli obblighi

sommato gli elementi testuali diretti a favore della successione universale sono – bisogna riconoscerlo – non decisivi” (p. 108-109).

¹⁵⁶ Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, spec. 189, per il quale “affinché un rapporto si trasferisca o si trasmetta e così sia oggetto di successione, deve essere prima esistito in capo a un altro soggetto un altro rapporto il quale, senza la diversità del soggetto, sarebbe in tutto quel medesimo che esiste poi in capo al soggetto, inoltre il primo rapporto deve essersi estinto nel momento stesso in cui sorge il secondo”.

¹⁵⁷ Si tratta dei tre presupposti dati dalla sussistenza di un dante causa e di un avente causa, dalla espressa previsione di legge che consideri la situazione giuridica in capo all’avente causa “come se” si trattasse della stessa prima di titolarità dell’avente causa, nonché – all’evidenza – il trasferimento di una situazione giuridica soggettiva.

delle società di fusione da parte della società da fusione, posto che è solo per scelta legislativa espressa che, in relazione a determinate fattispecie, si procede all'identificazione formale delle due situazioni, ponendo tra le stesse un nesso di dipendenza obbiettiva¹⁵⁸. Soprattutto però ciò che non v'è nell'ipotesi di fusione (tanto paritaria quanto per incorporazione) è il trasferimento di una situazione giuridica soggettiva da un soggetto ad un altro. Ben diversamente nel caso in esame si assiste infatti – come sottolinea lo stesso termine “fusione” – ad un movimento opposto: con la fusione per incorporazione è la società incorporante che va in loco dell'incorporata, assumendone (e dunque dice bene il legislatore) le posizioni giuridiche soggettive prima di sua spettanza, senza che in questa operazione ricorra alcun trasferimento (o alienazione) dall'incorporata all'incorporante. Allo stesso modo si comporta la fusione paritaria, con la quale due società si fondono dando vita ad un soggetto che non può considerarsi totalmente nuovo e così distinto da quelle: anche qui non si riscontra un trasferimento dalle società partecipanti a quella risultante, quanto un reciproco avvicinamento che conduce all'unione delle società di fusione.

Vi sono dunque seri indizi che portano a concludere per l'esclusione della successione della società da fusione. Con il che non si vuole però affermare che gli effetti della fusione non trovino positiva regolamentazione: invero la disciplina della fusione è completa, e non necessita – né sul piano sostanziale, né (e conseguentemente) su quello processuale (come si vedrà al successivo capitolo) – di essere integrata con riferimenti esterni e con richiami ad istituti che sono dettati per disciplinare tutt'altre, ben diverse, fattispecie. Così riguardata la genericità del termine impiegato dall'art. 2504 bis c.c. per descrivere le conseguenze dell'avvenuta fusione (ossia quello di “assunzione”), si spiega e si giustifica: non si tratta di una imprecisione linguistica ma di una precisa scelta del legislatore (coerente, si è visto, con il sistema), che sta ad indicare che la fusione non determina alcuna successione, ma – appunto – una reciproca appropriazione delle società coinvolte. I risultati qui raggiunti – ossia l'assenza di un fenomeno estintivo (se non nel senso della descritta estinzione formale, ossia disattivazione di plurimi

¹⁵⁸ Si v. al riguardo le osservazioni di R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, cit., spec. 608 e ss.

centri d'imputazione divenuti inutili) e di un evento successorio – sono allora i presupposti per poter condurre una adeguata indagine circa gli effetti processuali della fusione; indagine che porterà a concludere (ma v. cap. III) che anche a livello processuale la disciplina della fusione risulta completa e non necessita di essere integrata, purché venga correttamente ricercata nel luogo suo proprio, ossia nell'art. 2504 bis c.c., teso appunto a disciplinare gli effetti sostanziali e processuali del fenomeno in esame.

CAPITOLO III

EFFETTI PROCESSUALI DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ DI CAPITALI

1. Fusioni e processi pendenti – 1.1 (segue): l'istituto della successione nel processo – 1.2 (segue) e quello dell'interruzione del processo – 2. Effetti processuali della fusione: la posizione della giurisprudenza – 2.1 (segue): la (ancora una volta granitica) giurisprudenza sugli effetti della fusione sui processi pendenti prima dell'intervento delle Sezioni unite del 2006 – 2.2.

(segue): il repentino mutamento di indirizzo del 2006, e la (innovativa) precisazione del 2010: la fusione non determina (né ha mai determinato) l'interruzione del processo pendente – 3. Il solo recente dibattito dottrinale: la “tripartizione” degli interpreti – 4. Fusione e interruzione del processo: vaglio critico dell’operatività (o meno) degli artt. 299 e ss. c.p.c. anche alla luce dei risultati dottrinali – 5. Fusione e successione nel processo: la dottrina sull’art. 110 c.p.c., un richiamo non necessario – 6. Conclusioni

1. Fusioni e processi pendenti

Quanto si discorre di fusioni e processi pendenti, gli istituti che comunemente vengono in (quantomeno astratto) rilievo sono due: quello della successione nel processo (artt. 110 e 111 c.p.c.), e quello – al primo contiguo – della sua interruzione (artt. 299 e ss. c.p.c.). Sono – quelli menzionati – istituti assai complessi, tanto da impegnare la miglior dottrina processualcivilistica in un elegante e mai davvero sopito dibattito circa i loro presupposti (sostanziali) ed il correlato ambito di operatività. Non è certo questa la sede ove dar esaustivamente conto – con la dovuta precisione e specificità – del tema nel suo complesso; ai risultati raggiunti faremo comunque riferimento – per quanto necessario – ai fini dell’indagine che con il presente lavoro si è intesa svolgere, e così per valutare se davvero alla fusione della società che sia parte di un processo pendente consegua l’operare dell’uno, dell’altro o di entrambi gli istituti richiamati.

1.1 (segue): l’istituto della successione nel processo

Partendo dal primo degli istituti menzionati, quello della successione nel processo, mette conto preliminarmente osservare che esso individua e disciplina quel “fenomeno che si rende possibile perché il processo ha una cronologia che può essere maggiore o minore, ma che è comunque insopprimibile. Per cui l’ordinamento prevede che, al verificarsi di determinati eventi, che si collocano temporalmente fra la proposizione della domanda e la definizione del giudizio, segua [o possa astrattamente seguire] un mutamento di una delle parti”¹⁵⁹ del giudizio, o – quantomeno – di uno dei soggetti nei cui confronti la sentenza resa al suo termine avrà effetti¹⁶⁰. Più precisamente, poi, con la locuzione “successione nel

¹⁵⁹ La definizione è di F.P. LUISO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. giuridica*, Vol. XXXV, Roma, 1993.

¹⁶⁰ Questa, infatti, la conseguenza che l’art. 111, co. 4, c.p.c. ricollega all’ipotesi in cui il mutamento nella titolarità del diritto controverso intervenuto sul piano sostanziale non sia fatto

processo” si fa riferimento a due distinte – ed assai diverse – vicende: l’una, che rinvia la sua disciplina nell’art. 110 c.p.c., si verifica ove una delle due (o più) parti del processo pendente “venga meno”; in questo caso viene prescritta la prosecuzione del processo da parte del successore universale (o nei suoi confronti). L’altra, di cui si occupa l’art. 111 c.p.c., ricorre quando nel corso del processo il diritto controverso venga trasferito. Il primo caso considerato scaturirà dall’intervento – sul piano sostanziale – di una successione universale¹⁶¹; il secondo da una successione a titolo particolare (che potrà essere *inter vivos*, oppure *mortis causa*, e così concorrere con la successione universale¹⁶²; caso per il quale espressamente dispone l’art. 111, co. 3, c.p.c.).

Ebbene – e guardando all’oggetto della nostra indagine – la fusione che intervenga pendente processo viene comunemente ricondotta all’ipotesi considerata dall’art. 110 c.p.c. (venir meno della parte e subentro nel processo del successore universale), sicché è su tale norma che concentreremo l’attenzione, per valutare se davvero ne sussistano nel caso considerato i presupposti di operatività; restando

constare nel processo pendente. In questo caso, infatti, il processo continuerà tra le parti originarie, sfociando in una pronuncia che deciderà sul rapporto così come originariamente dedotto in giudizio; e tuttavia – per garantire piena tutela alla controparte del dante-causa sul piano sostanziale – una tale sentenza sarà efficace nei confronti anche dell’avente causa, in virtù, però, di un fenomeno di efficacia riflessa della stessa (così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, Torino, 2010, spec. 443 ss.). Sul meccanismo approntato dall’art. 111, c.p.c. per l’ipotesi di successione nel diritto controverso si v. Parte II, cap. III, par. 2.2 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶¹ Questa affermazione, in verità, è solo parzialmente corretta: se infatti è indiscutibile che l’art. 110 c.p.c. trovi applicazione quando al venir meno della parte faccia seguito una successione universale, e così pure una successione nel diritto oggetto del processo pendente, ciò non esclude che l’art. 110 c.p.c. possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui al venir meno della parte non corrisponda alcuna successione nel diritto controverso (purché però vi sia un successore universale che possa proseguire il processo), come potrà avvenire, ad esempio, nel caso in cui si controverta su diritti intrasmissibili. In tal caso si dovrebbe ammettere la prosecuzione del processo da parte di (o la riassunzione contro) gli eredi, al fine però solo di sentire dichiarare la cessazione della materia del contendere, e statuire sulle spese di lite. Si tratta comunque di profilo assai controverso che per il momento resta in ombra, e per la cui analisi si rinvia alla Parte II, cap. III, par. 2.2, ove si valuteranno le conseguenze processuali dell’estinzione di società.

¹⁶² E’ questo il caso – com’è stato osservato – del legato *per vindicationem*: “solo nei casi di efficacia reale si ha – fin dal momento della scomparsa del *de cuius* – un fenomeno di successione diretta *mortis causa* a titolo particolare nella titolarità del bene o del diritto oggetto del processo, concorrente con la successione universale da parte degli eredi”, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., 428.

invece sullo sfondo la diversa tematica della successione a titolo particolare nel diritto controverso, di cui all'art. 111 c.p.c.¹⁶³⁻¹⁶⁴.

L'art. 110 c.p.c. appronta un meccanismo che consente di ripristinare la bilateralità del processo, requisito imprescindibile affinché esso possa giungere ad un sentenza (eventualmente, per alcuni, anche solo di rito, con la quale prendere atto dell'avvenuta estinzione della *res litigiosa* e così della cessazione della materia del contendere). L'operare della successione nel processo è subordinato, da un lato, al

¹⁶³ Che la fusione intervenuta pendente processo non determinasse un'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. è approdo cui già da tempo è giunta la giurisprudenza, che non ha mancato di sottolineare che "è frutto di un equivoco il ritenere che la società risultante dalla fusione debba considerarsi come successore particolare nel diritto controverso", così Cass. 21 giugno 1961, n. 1482, in *Foro pad.*, 1961, 1096 (analogamente – seppur in termini meno diretti – Cass. 27 agosto 1997, n. 8100, per cui "la successione a titolo particolare nel processo, di cui all'art. 111 c.p.c., va distinta dal diverso istituto della successione nel processo, art. 110 c.p.c., perché nella prima ipotesi è lo stesso trasferimento della *res singula* a determinare la successione di un soggetto ad un altro nella titolarità del diritto controverso, mentre nella seconda il trasferimento del diritto è conseguenza necessaria della successione, ad un soggetto deceduto o estinto, di un altro e diverso soggetto, *come accade nelle ipotesi di fusione*", corsivi nostri). Tuttavia si vedrà – nell'analisi delle principali ricostruzioni degli effetti processuali della fusione – come di recente sia stata ventilata la possibilità di ricondurre all'intervenuta fusione, l'operare di un meccanismo che può essere accostato a quello approntato dall'art. 111 c.p.c. (così D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002: v. oltre parr. 4 e 5)

¹⁶⁴ Escludendo la fusione, altri sono i casi inerenti persone giuridiche nei quali è stato riconosciuto l'operare dell'art. 111 c.p.c. (o quanto meno è stata messa in dubbio la loro riconducibilità al disposto dell'art. 110 c.p.c.): così è stato per la legge 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell'ENEL, ove non risultò immediatamente chiaro se con essa fosse stata sancita una successione a titolo universale dell'ente elettrico pubblico alle vecchie società elettriche, oppure solo un trasferimento delle imprese elettriche prima gestite da queste ultime. La soluzione al riguardo accolta dalla giurisprudenza è stata – infine – per l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. in forza dell'argomento per cui la legge di nazionalizzazione dell'energie elettrica non abolì le vecchie società elettriche, le quali dunque – restando "in vita" – quali autonomi soggetti di diritto, ben potevano essere qualificate quali danti causa dell'ENEL ex art. 111 c.p.c. (nonostante si fosse verificata una successione a titolo universale dell'ente elettrico pubblico); al riguardo si v. S. SATTÀ, *Nazionalizzazione delle imprese elettriche ed interruzione del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 256 e ss.. Casi analoghi che si posero al confine tra artt. 110 e 111 c.p.c. – variamente risolti dalla giurisprudenza di legittimità – sono rappresentati dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 (che ha istituito il Servizio sanitario nazionale e le USL), e le successive vicende involgenti le stesse (ossia la loro estinzione con sostituzione da parte delle AUSL); la legge 17 maggio 1985, n. 210 (istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato, quale successore universale della Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato); il d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300 che ha sancito il subentro delle Agenzie delle Entrate all'(allora) Ministero delle Finanze nei rapporti (anche processuali) inerenti le entrate tributarie. Per la compiuta disamina dei casi elencati si rinvia a C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., 418 e ss.

“venir meno” della parte (“per morte o per altra causa”¹⁶⁵) e, dall’altro, all’esistenza di un “successore universale”¹⁶⁶. Si tratta di presupposti necessari, sicché “se uno di tali elementi non ricorre si fuoriesce dall’ambito di applicazione immediato dell’art. 110”¹⁶⁷: così ove ricorra un’ipotesi di successione universale sul piano sostanziale, cui non si accompagni il venir meno della parte dante causa (e si tratterà – all’evidenza – di ipotesi attinenti a persone giuridiche)¹⁶⁸; del pari l’art. 110 non potrà operare (salvo ammettere una sua interpretazione adeguatrice in

¹⁶⁵ Il riferimento al “venir meno” della parte “per altra causa” – con il quale si designano all’evidenza fenomeni lato senso estintivi delle persone giuridiche – è risultato che si deve al codice di procedura civile del 1942. Nel codice di rito del 1865 mancava infatti in radice la previsione di un meccanismo di “successione nel processo”, risultando invece disciplinata la sola interruzione del processo e riassunzione d’istanza (sul punto si rinvia alla ricostruzione di A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 45 e ss.); e tra gli eventi tassativi che potevano (a seconda del momento del loro verificarsi) determinare l’interruzione del processo non compariva l’estinzione della persona giuridica. Tale lacuna veniva comunque colmata in via interpretativa dalla dottrina, che riconduceva alle cause di interruzione del processo, l’avvenuta fusione della società-parte (evidentemente sul presupposto che ad essa andasse riconosciuto effetto estintivo delle società partecipanti): così F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, 453, nonché E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, 370 e ss. Sull’evoluzione che l’istituto della successione nel processo – anche in relazione alle persone giuridiche – ha subito nei diversi progetti preliminari al c.p.c. del 1942 si v. D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., 18 e ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶⁶ Al riguardo non si registrano dissensi in dottrina, unanime nel riconoscere che l’art. 110 c.p.c. può operare solo al ricorrere di entrambi i presupposti menzionati: si v., a titolo esemplificativo, C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 2 e ss.; N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 19; A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 1212 ss.; F.P. LUISO, voce *Successione nel processo*, cit.; R. MARENGO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. del diritto*, XLIII, Milano, 1990, 1394 e ss. Volontariamente, nel testo, si è fatto riferimento alla necessità di poter individuare un “successore universale” e non al ricorrere di una ipotesi di successione universale; ciò per sgombrare il campo da qualsivoglia equivoco: anche per coloro che riconoscono che il meccanismo approntato dall’art. 110 c.p.c. possa operare indipendentemente dal ricorrere di una successione nella *res* litigiosa (si v. per maggiori notazioni sul punto, Parte II, cap. III, par. 3), comunque rimane imprescindibile – all’evidenza – la possibilità di individuare un “successore universale” (pur se – sul piano sostanziale – non succeduto al *de cuius* nella titolarità del rapporto controverso), in mancanza del quale l’art. 110 c.p.c. viene posto fuori campo.

¹⁶⁷ Così A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 1212, il quale si richiama al riguardo il pensiero di altro illustre autore: S. SATTA (*Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 412 ss; *Nazionalizzazione delle imprese elettriche ed interruzione del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 256 e ss.). Per un vaglio della possibilità di ammettere un contemperamento nell’ipotesi di estinzione di società si v. Parte II, cap. III, par. 2.2.

¹⁶⁸ Opererà infatti in questo caso l’art. 111 c.p.c.: v. *retro* nt. 164, e i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

ipotesi di vera criticità, come per il caso di estinzione dell'ente: v. Parte II, cap. III, par. 2.2) nel caso – inverso a quello testé fatto – in cui la parte venga meno senza che sia possibile individuare un successore universale. Così individuati i presupposti di operatività del meccanismo processuale cui comunemente viene fatto riferimento ove pendente un processo intervenga la fusione della società-parte, contiamo di mostrare – al termine di questa prima parte del nostro studio – come essi a ben vedere non ricorrano nel caso in discorso, risultando per ciò fuori luogo (e dunque ultroneo) il richiamo all'art. 110 c.p.c.¹⁶⁹.

1.2 (segue): e quello della interruzione del processo

Analogo discorso vale anche per l'altro istituto processuale che in passato – soprattutto da parte della giurisprudenza, per vero (v. oltre) – si è ritenuto operare nelle ipotesi in esame: quello della interruzione del processo (artt. 299 e ss.), che rappresenta “il mezzo tecnico del quale l'ordinamento si serve per impedire che una o taluna delle parti sia danneggiata dalla sua menomata o annullata capacità di difesa”¹⁷⁰. Si tratta dunque di un istituto riconosciutamente posto a tutela dell'integrità del contraddittorio, e così del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo¹⁷¹.

Tuttavia l'idoneità interruttiva dell'evento fusione, e così l'operare dell'istituto in parola ove essa intervenga processo pendente, è – invero da tempo – posta in

¹⁶⁹ E si tratta – come si vedrà – di indagine tutt'ora di interesse pur dopo il più volte menzionato intervento delle Sez. Un. (ord. 2637 del 2006), con il quale è sì stato chiarito che la fusione non importa alcuna interruzione del processo pendente, ma nulla è stato detto in ordine all'eventuale operare o meno della disciplina della successione nel processo (tant'è che molta parte degli interpreti, pur dopo il 2006, propende per il ricorrere qui di una ipotesi riconducibile all'art. 110 c.p.c., pur senza che a ciò si ricollegli l'operare degli artt. 299 e ss. c.p.c.: v. oltre par. 5).

¹⁷⁰ La definizione è di C. CALVOSA, voce *Interruzione del processo civile*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, spec. 926

¹⁷¹ Non è questa la sede nella quale analizzare i singoli eventi presi in considerazione dal legislatore, e da questi declinati in relazione al soggetto che ne è interessato (secondo il principale binomio parte/difensore) ed al momento in cui detti eventi intervengano. Al riguardo non si può che rinviare alla trattazione manualistica sul processo civile più volte richiamata, nonché – più nello specifico – a C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963; C. CALVOSA, voce *Interruzione del processo*, cit.; A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (di diritto processuale civile)*, in *Enc. del diritto*, XXII, Milano, 1972; G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 3 ss.; A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giuridica*, XIX; ID., *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981.

dubbio da una parte della dottrina, che non ha mancato di sottolineare come non ricorrerebbero qui le esigenze di tutela sottese all'istituto dell'interruzione del processo. Su questa posizione si è poi da ultimo (2010) assestata anche la giurisprudenza di legittimità. Senza anticipare quanto verrà approfondito oltre, basti qui ricordare che con le sentt. 19509 e 19689 del 2010 le Sezioni unite hanno statuito che la fusione (indipendentemente dal momento del suo verificarsi, e così sia prima che dopo la riforma del 2003) non è in ogni caso idonea a determinare l'interruzione del processo pendente.

Diversamente da quanto accade per l'operare dell'art. 110 c.p.c., ad oggi può allora dirsi approdo largamente condiviso tanto dalla giurisprudenza che dalla dottrina (pur se non mancano, anche di recente, voci ancora vicine all'impostazione tradizionale) quello per cui la fusione della società-parte che intervenga processo pendente non ne determina l'interruzione ai sensi degli artt. 299 e ss. c.p.c.¹⁷². Le ragioni che fondano tale impostazione sono molteplici; di esse verrà dato ampiamente conto al par. 4.

2. Effetti processuali della fusione: la posizione della giurisprudenza

La posizione della giurisprudenza in punto di effetti processuali della fusione – al pari di quella sulla natura e gli effetti sostanziali – è rimasta per davvero lungo tempo salda sulle stesse posizioni (conseguenza diretta dell'impostazione accolta sul piano sostanziale), senza patire – nell'ottica di un possibile ripensamento – l'influenza del dibattito dottrinale (per vero in punto di effetti processuali non così vivo ed acceso come quello sugli effetti sostanziali) e dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario. Come si è per altro profilo osservato, è necessario attendere il rivoluzionario (anche sul piano processuale) intervento delle Sez. Un. del 2006; ed il nuovamente rivoluzionario (poiché volto a rifondare su diverse basi i risultati così raggiunti) intervento del 2010 (sent. nn. 19505 e 19698 del 2010).

2.1 (segue): la (ancora una volta granitica) giurisprudenza sugli effetti della fusione sui processi pendenti prima dell'intervento delle Sez. Un. del 2006

¹⁷² Come si è accennato anche l'art. 110 c.p.c. non opera nel caso di fusione; tuttavia la dimostrazione di ciò è assai più complessa, e si fonda sul vaglio (e sulla successiva esclusione) del ricorrere, anzitutto a livello sostanziale, di un evento estintivo e di un evento successorio: v. *retro* cap. II.

Si è detto: sul fronte giurisprudenziale nulla di nuovo in punto di effetti processuali (così come – ed anzi prima ancora – sostanziali) della fusione, almeno fino alla pronuncia dell'ordinanza delle Sez. Un. n. 2637 dell'8 febbraio 2006. Sino ad allora i repertori giurisprudenziali propongono il tralaticio parallelo tra morte della parte-persona fisica – successione dell'erede/estinzione per fusione della parte-persona giuridica – successione della società risultante; parallelo che determina, agli effetti processuali, l'interruzione del processo che veda parte la società di fusione ex art. 299 e ss. c.p.c.¹⁷³. Passaggio che resta in ombra, pur se ineludibile, è quello dell'operare altresì – e prima ancora – del meccanismo della successione processuale di cui all'art. 110 c.p.c., anch'esso innescato dall'intervenuta fusione.

¹⁷³ Così, ma si tratta di una elencazione che ha comunque carattere meramente esemplificativo e non certo esaustivo: Cass. 5 maggio 1950, n. 1387, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 88 ss.; Cass. 14 luglio 1950, n. 1920, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, 52 ss.; Cass. 30 marzo 1951, n. 703, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, 137; Cass. 21 giugno 1961, n. 1482, in *Foro Pad.*, 1961, I, 1096; Cass. 29 agosto 1963, n. 2372, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2304; Cass. 4 settembre 1969, n. 1104, in *Dir. Fall.*, 1969, II, 911; Cass. 12 ottobre 1971, n. 2871, in *Giust. civ.*, 1972, I, 102; Cass. 12 ottobre 1971, n. 2872, in *Foro It.*, 1972, I, 1730; Cass. 17 maggio 1978, n. 2385, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1647; Cass. 11 luglio 1987, n. 6079, in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *Procedimento civile*, n. 207; Cass. 9 agosto 1983, n. 5325, in *Giur. Imp.*, 1984, 165; Cass. 22 gennaio 1993, n. 784; Cass. 21 agosto 1996, n. 7704 (“la fusione della società per incorporazione determina automaticamente, sul piano sostanziale l'estinzione della società assoggettata a fusione (...); tale fenomeno estintivo va, agli effetti processuali, assimilato alla morte della persona fisica e, pertanto, produce l'interruzione del processo nel quale sia parte la società estinta”); Cass. 3 ottobre 1998, n. 9822; Cass. 22 giugno 1999, n. 6298 (“la fusione della società mediante incorporazione determina automaticamente l'estinzione della società assoggettata a fusione ed il subingresso della società incorporante nei rapporti ad essa relativi, e crea una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale *“mortis causa”*, che, agli effetti processuali, trova la propria disciplina nell'art. 300 c.p.c. e provoca l'interruzione del processo”); Cass. 6 novembre 2000, n. 14454; Cass. 2 agosto 2001, n. 1595; Cass. 17 novembre 2003, n. 17402. Quanto alla giurisprudenza di merito si v. Trib. Potenza, 11 giugno 1998, in *Foro It.*, 2000, I, 902; Trib. Padova, 27 luglio 1998, in *Foro It.*, 1999, I, 2398; Trib. Milano, 6 dicembre 2001, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2003, II, 482; App. Reggio Calabria, 20 maggio 2004, in banca dati *Dejure*; Trib. Novara, 21 gennaio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 1184. ; Trib. Oristano, 3 marzo 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 1005; Trib. Mantova, 9 giugno 2005, in *Vita not.*, 2006, 125, per il quale anzi “la disposizione contenuta nell'art. 2504-bis c.c., la quale prevede che la società incorporante assuma i diritti e gli obblighi dell'incorporata proseguendo in tutti i rapporti anche processuali anteriori alla fusione, non è di per sé idonea ad evitare l'applicazione delle norme che regolano l'interruzione del processo. Non vi è infatti ragione di ritenere che detta norma deroghi ai principi generali del processo, atteso che con la fusione il soggetto giuridico incorporato ha necessariamente perso la capacità processuale, dovendo assimilarsi il fenomeno estintivo della persona giuridica alla morte della persona fisica, con la conseguenza che, nel caso in cui il procuratore abbia comunicato l'evento, si impone l'interruzione del processo e la prosecuzione del giudizio nei confronti del successore a titolo universale”.

La fusione, dunque, viene riguardata come fenomeno che determina l'inanellarsi di una serie di radicali conseguenze (sostanziali e così pure processuali), ossia il venir meno della parte-società di fusione; l'interruzione del processo pendente; la successione della società da fusione nelle posizioni giuridiche prima facenti capo alle società estinte, e così il suo ingresso nel processo interrotto, in qualità – appunto – di successore universale della società di fusione-parte, ex art. 110 c.p.c. Unica eccezione era data dal fatto che parte del processo pendente fosse la società incorporante, nel qual caso – non potendosi sostenere che alla fusione facesse seguito la sua “estinzione” e la “successione” di altro soggetto di diritto – l'evento fusione era all'evidenza ritenuto irrilevante per il processo pendente.

Al pari di quanto avveniva per i profili sostanziali dell'istituto, non si rinviene nelle numerosissime pronunce che si sono espresse al riguardo alcuna giustificazione della correttezza della costruzione adottata: sull'esattezza dell'impostazione che riporta la fusione al novero degli eventi rilevanti ex artt. 110 e 299 e ss. c.p.c. la giurisprudenza (ma pure la dottrina processualcivilistica) per lungo tempo non si è interrogata (ed invero in tal senso nemmeno l'ord. 2637 del 2006 segna una effettiva svolta: con essa le Sez. Un. si limitano a prendere atto delle indicazioni desumibili dal mutato contesto normativo, senza che ai risultati, essi sì innovativi, si giunga a mezzo di un vaglio critico della fondatezza del precedente orientamento).

Più nello specifico, poi, dalla descritta premessa generale la giurisprudenza trae una serie di altre conseguenze processuali, che portavano i giudici ad affermare: la necessità che alla società incorporante fosse notificata la citazione introduttiva del giudizio promosso avverso la società incorporata¹⁷⁴; la nullità dell'atto di appello proposto avverso la società incorporata¹⁷⁵; l'estinzione del mandato *ad litem* conferito dalla società incorporata, con la conseguenza che il suo difensore non

¹⁷⁴ Cass. 12 ottobre 1971, n. 2871, in *Giust. civ.*, 1972, I, 102 e ss.; Cass. 6 dicembre 1984, n. 6404 – con la precisazione, nell'ipotesi di notifica dell'atto di citazione in appello, che questa potrà però avvenire validamente nei confronti della società incorporata ove la incorporazione abbia avuto luogo dopo la pronuncia della sentenza gravata, e della fusione l'appellante non sia stato a conoscenza –; Cass. 23 marzo 2001, n. 4180.

¹⁷⁵ Cass. 17 maggio 1978, n. 2385, in *Riv. not.*, 1978, 1382; Cass. 9 aprile 1998, n. 3694, la quale discorre di erronea individuazione del soggetto passivo della *vocatio in jus*; Cass. 7 gennaio 2004, n. 50 (ove – specularmente – viene dichiarata inesistente l'impugnazione proposta dalla società incorporata); Cass. 16 gennaio 2004, n. 554; Cass. 18 marzo 2005, n. 5973.

poteva – in forza della procura da questa conferita – impugnare la sentenza¹⁷⁶; l'inammissibilità – poiché proveniente da soggetto inesistente – del ricorso in cassazione proposto dalla società incorporata¹⁷⁷.

2.2 (segue): il repentino mutamento di indirizzo del 2006, e la (innovativa) precisazione del 2010

Più volte si è fatto cenno alla prima “svolta” delle Sez. Un., quella del 2006, con la quale si è statuito che la fusione non determina (né può in nessun caso determinare) l'interruzione del processo di cui parte sia la società fusa. Nulla però viene detto dalle Sezioni unite (né in questo primo, né nel secondo intervento di cui si dirà) in ordine all'operare o meno – pur se la disciplina dell'interruzione del processo viene posta fuori campo – del diverso istituto della successione nel processo: dell'art. 110 c.p.c. la Corte non si occupa. E se indicazioni nel senso della sua inoperatività possono invero trarsi comunque dalla prima delle più volte richiamate pronunce (ord. n. 2637 del 2006, in cui l'argomento portante – anche dei risultati processuali raggiunti – è proprio la considerazione che la società di fusione non va incontro ad alcuna estinzione, nel senso tradizionale del termine, sicché – esplicitando ciò che la Corte dà per presupposto – non ricorrerebbero qui neppure i presupposti di operatività dell'art. 110 c.p.c.); ebbene una tale conclusione non pare predicabile con altrettanta certezza in relazione al più recente intervento delle Sez. Un. (sentt. nn. 19505 e 19698 del 2010), il quale, se da un lato ha l'indiscutibile pregio di aver chiarito che, indipendentemente dalla disciplina sostanziale dell'istituto, la fusione non è comunque evento idoneo a causare l'interruzione del processo, dall'altro non può dirsi aver compiuto analoga opera di “disambiguazione” in relazione all'altro istituto processuale tradizionalmente collegato alla fusione: quello, appunto, della successione nel processo.

La questione (dell'interruzione o meno del processo in ipotesi di fusione) affrontata *ex professo* dalle Sez. Un. nel 2010 origina da ciò, che, pur dopo il riconoscimento espresso del 2006 che alla fusione non potesse essere ricondotto un effetto interruttivo del processo pendente, l'impostazione tradizionale ha trovato – e fino a

¹⁷⁶ Così Cass. 27 gennaio 1994, n. 833.

¹⁷⁷ Così Cass. 2 aprile 2002, n. 4679.

poco tempo fa, trovava – ancora asilo nelle pronunce della Corte di cassazione, ove questa fosse chiamata a decidere degli effetti processuali della fusione intervenuta prima del 1 gennaio 2004 (e così prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario)¹⁷⁸. E ciò in forza della ritenuta natura innovativa dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. (per la quale si rinvia al cap. I, par. 4.2.2). Nel descritto contesto sono così intervenute nuovamente le Sez. Un.: richieste di pronunciarsi sulla natura (innovativa o interpretativa) della disciplina della fusione introdotta dal d. lgs. 6 del 2003, le Sez. Un. ne affermano, in perfetta continuità con l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, la natura innovativa, ribadendo così che prima della riforma del diritto societario la fusione effettivamente determinava l'estinzione della società partecipante e la successione di quella risultante. Il Supremo Collegio, però, non trae da questa prima statuizione le conseguenze che, a livello processuale, la giurisprudenza di legittimità era solita trarre. Pur avvertendo che si tratta di questione “che ha limitato rilievo temporale, essendo destinata ad essere superata quando sarà a regime la nuova disciplina delle fusioni entrata in vigore dal 1 gennaio 2004”, la Corte sceglie infatti di pronunciarsi espressamente pure sulla ricorrenza di un effetto interruttivo delle fusioni intervenute prima del 2004, e così conclude: “ritiene il Collegio che la questione dell'applicabilità alla fattispecie di cui si tratta dell'art. 300 c.p.c. debba essere superata non meritando conferma l'orientamento secondo cui, dovendo l'effetto estintivo derivante dalla fusione accostarsi a quello della successione universale *mortis causa*, ne consegue l'applicazione della disciplina dell'interruzione del

¹⁷⁸ Così, ad esempio, Cass. 24 marzo 2006, n. 6686; Cass. 23 giugno 2006, n. 14526; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23168; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661; Cass. 24 aprile 2007, n. 9900; Cass. 13 luglio 2007, n. 15669; Cass. 22 agosto 2007, n. 17855; Cass. 20 marzo 2008, n. 7611; Cass. 7 luglio 2008, n. 18615; Cass. 23 ottobre 2008, n. 25618; Cass. 10 dicembre 2008, n. 28989; Cass. 29 luglio 2009, n. 17679; Cass. 3 maggio 2010, n. 10653. Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Reggio Calabria, 17 giugno 2008, in banca dati *Dejure*; Trib. Milano, 27 novembre 2008, in *Foro It.*, 2009, 2545; Trib. Roma, 7 settembre 2009, n. 17901, in banca dati *Dejure*: “la disciplina degli effetti della fusione derivata dalla modificazione dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. recata dal d. lgs. 6 del 2003 non prevede più (a differenza di quella contenuta nell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. nel testo vigente fino al 31 dicembre 2003) la fusione quale evento determinante l'estinzione della società incorporata (con conseguente interruzione del processo nel caso di dichiarazione di tale evento da parte del difensore con procura della società incorporata, ex art. 110, 299 e 300 c.p.c.), bensì costituisce vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto giuridico (non diversamente da quanto avviene con la trasformazione), senza la produzione di alcun effetto successorio ed estintivo: la fusione, quindi, implicando anche la continuità dei rapporti processuali, non determina interruzione del processo”.

processo di cui all'art. 299 e segg. c.p.c.”¹⁷⁹ (così entrambe le menzionate sentenze, identiche nella parte motiva: n. 19509, del 14 settembre 2010, e n. 19698 del 17 settembre 2010).

Le implicazioni di questo secondo intervento delle Sez. unite sono parecchie, e si riverberano anzitutto – e direttamente – sull'istituto dell'interruzione del processo. Al riguardo la Corte è chiara nel recepire quell'orientamento dottrinale¹⁸⁰ per il quale la fusione – indipendentemente dalla posizione accolta in ordine alla sua natura ed ai suoi effetti (e così pure ove lo si volesse qualificare quale fenomeno estintivo-successorio) – non può essere riguardata quale evento interruttivo del processo. A sostegno della posizione assunta la Corte di cassazione porta due argomenti (gli stessi già impiegati dalla dottrina, che verranno analizzati nei successivi paragrafi). L'uno, che valorizza il dato letterale: l'art. 299 c.p.c., nel riferirsi agli eventi potenzialmente interruttivi non fa menzione del venir meno della parte “per altra causa” di cui parla invece l'art. 110 c.p.c.; l'altro, invece, che dà rilievo alle finalità dell'istituto in parola (di ripristino dell'effettività del contraddittorio

¹⁷⁹ Con buona pace della necessaria “tutela dell'affidamento posto sulla sicurezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento giuridico, specialmente in materia processuale” (Sez. Un. nn. 19509 e 19698 del 2010) che da un lato impedirebbe al legislatore l'emanazione di una norma interpretativa circa la natura del fenomeno fusione (v. cap. I, par. 4.4.2), stante la sussistenza di un orientamento costante dei Giudici di legittimità; ma dall'altro allo stesso modo non preclude alla S.C. di disconoscere – retroattivamente – l'orientamento, anch'esso costante, dalla stessa fino a poco tempo fa abbracciato quanto agli effetti processuali della fusione. Con ciò, beninteso, non si vuole sostenere che la Corte avrebbe dovuto dare continuità all'impostazione precedente (la fusione non determina, né – crediamo – ha mai determinato, l'interruzione del processo), ma solo mostrare ancora una volta come le ragioni addotte dalle Sez. Un. per negare la natura interpretativa del nuovo art. 2504-bis c.c. sono tutt'altro che insuperabili (e dalle Sez. Un. stesse, anzi, agevolmente superate).

¹⁸⁰ Si tratta di tesi, quella della irrilevanza dell'evento fusione ai fini della prosecuzione del processo che vede parte la società fusa, variamente argomentata, che si trova già esposta in S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1960, 401 ss.; che – ripresa più di recente da D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit.– ha poi trovato il consenso dell'assoluta maggioranza della dottrina che della questione si sia occupata a valle della riforma del diritto societario e dell'ordinanza 2637 del 2006 delle Sez. Un. (sul punto si v. il successivo par. 4). Quanto alla giurisprudenza si riscontra un solo – assai recente – precedente in termini: si tratta di Cass. 10 dicembre 2008, n. 28989, per la quale “è esatto che solo per gli eredi della parte persona fisica deceduta vi sono esigenze di conoscenza della pretesa fatta valere in giudizio da chi riassume il processo, le quali non rilevano invece in rapporto a quanto accade per la società incorporante che con la incorporata in essa assorbita con la quale in sostanza si identifica, prosegue il rapporto processuale in cui formalmente subentra, avendo però conoscenza della situazione economico-patrimoniale e delle pendenze processuali della dante causa con cui ha convenuto la fusione, dopo l'analisi dei bilanci e delle situazioni attive e passive, anche pendenti”.

e così tutela della parte colpita dall'evento), che ne escludono l'operare ove l'evento pretesamente interruttivo abbia carattere volontario.

Analoghe chiare indicazioni non si rivengono nelle due richiamate pronunce in ordine all'altro istituto processuale cui si è fatta menzione in apertura del presente capitolo: quello della successione processuale. Al riguardo ciò che con sicurezza si può affermare è che per il Supremo Collegio, prima della modifica apportata al co. 1 dell'art. 2504-bis c.c. dalla riforma del diritto societario, la fusione della società che intervenisse pendente processo, determinandone l'estinzione cui avrebbe fatto seguito la correlata successione della società risultante o incorporante, avrebbe dato luogo – sul piano processuale – ad una ipotesi riconducibile all'art. 110 c.p.c.; con la precisazione che alla successione nel processo non avrebbe dovuto però accompagnarsi (e per le anzidette ragioni, che meglio si indagheranno nel prosieguo) la sua interruzione. Mentre su cosa accada oggi a fronte della riconosciuta natura modificativo-evolutiva della fusione (e così se il subentro della società da fusione in luogo di quella di fusione avvenga ugualmente ex art. 110 c.p.c. o meno), nulla viene detto dalle Sez. Un. Peraltro la ricostruzione degli effetti processuali della fusione intervenuta ante riforma del 2003 prospettata dalle Sez. Un. ci pare messa in crisi dagli stessi argomenti utilizzati dalla Corte, la quale – nel mostrare le ragioni della non operatività della disciplina dell'interruzione del processo – afferma che “le vicende della “morte della persona fisica” e del “venir meno della persona giuridica” di una società per fusione, equiparate ai fini della successione nel processo di cui all'art. 110 c.p.c., restano oggettivamente distinte, perché *mentre nel caso di persona fisica vi è una successione di soggetti diversi e pienamente distinti rispetto alla parte originaria deceduta, nell'incorporazione per fusione la società incorporata, già prima della citata novella del 2003, in qualità di partecipe alla fusione con la società in cui si fonde non è totalmente distinta dalla parte già costituita*” (i corsivi sono nostri, e sottolineano il passaggio fondamentale). Il passaggio è invero un po' ambiguo, e crediamo che il riferimento alla “parte già costituita” sia in realtà il frutto di un refuso (si voleva più propriamente indicare la società incorporante, ossia quella destinata a proseguire il processo, costituendosi); in ogni caso il concetto è chiaro: la società di fusione non è soggetto “totalmente distinto” dalla società da fusione, come invece il *de cuius* è rispetto agli

eredi (e non lo era, soggiungiamo, neanche prima della riforma organica del diritto societario, poiché anche allora non era predicabile per le Sez. Un. la interruzione del processo).

Ebbene, le Sez. Un. – ci sembra davvero inequivocabilmente – riconoscono la non alterità della società da fusione rispetto a quella di fusione; questo approdo (che si condivide), ci pare però allora contrastare non poco con la premessa – accolta quasi acriticamente, quale dato di fatto (ma che dato positivo non è) – dell’operare nell’ipotesi in esame dell’art. 110 c.p.c. Si è detto come sia comunemente riconosciuto – perché, questo sì, dato positivo – che l’operare dell’istituto della successione del processo dipenda dal ricorrere di due distinti ma necessari presupposti: il “venir meno” della parte e l’esistenza di un successore universale. Si è visto inoltre, al precedente capitolo, che uno degli elementi imprescindibili perché possa aversi “successione”, è proprio l’alterità tra il dante causa e l’avente causa. Ecco allora che – stante quanto affermato anche dalle Sezioni Unite – non può dirsi qui ricorrere (tanto prima quanto dopo il 2003) un’ipotesi di successione, sul piano sostanziale, e così non è possibile individuare un successore universale che possa rendere operativo – sul piano processuale – il meccanismo all’uopo previsto dall’art. 110 c.p.c. per consentire la prosecuzione del processo. Con ciò non si vuol certo affermare la lacunosità della disciplina – anche processuale – della fusione, la quale disciplina, invece, esiste e non necessita di essere ulteriormente integrata; essa va solamente cercata nel luogo suo proprio, e così nelle norme da ultimo esplicitate dal legislatore della riforma del diritto societario nel nuovo co. 1 dell’art. 2504-bis c.c. (come meglio si conta di dimostrare al termine del presente capitolo). Del resto la parte motiva delle sentenze nn. 19509 e 19689 del 2010 – ed in special modo il passaggio riportato – sembra già contenere in sé tutte le premesse che consentono (o meglio: impongono) di giungere alle conclusioni appena esposte (pur se tali premesse la Corte non ha ritenuto di svolgere compiutamente in quella sede).

3. Il solo recente dibattito dottrinale: la “tripartizione” degli interpreti

A dispetto di quanto è accaduto per gli effetti sostanziali della fusione – profilo sul quale si è innestato, sin nella vigenza del codice di commercio, un intenso dibattito della dottrina commercialista – la questione, strettamente connessa a quella prima,

degli effetti processuali della fusione non ha invece ottenuto, da parte della dottrina processualcivilistica, altrettanta attenzione: mancano (almeno sino ad epoca recente) specifici contributi al riguardo. La dottrina processualcivilistica (pur con qualche eccezione che subito si dirà), al pari della giurisprudenza, si è dunque mostrata inizialmente impermeabile al dibattito che già coinvolgeva gli studiosi del diritto societario¹⁸¹. Solo di recente – con la modifica apportata dal d. lgs. 6 del 2003 al co. 1 dell’art. 2504-bis c.c. (ed ancor più con la pronuncia dell’ordinanza n. 2637 del 2006) – le indagini della dottrina si sono dirette in modo sistematico all’analisi ed alla ricostruzione dei profili processuali della fusione, dando vita ad un dibattito ancora oggi aperto. Dibattito per nulla sopito dal recente intervento Sezioni unite (sent. nn. 29509 e 29689 del 2010) che – pur prendendo posizione in ordine ad uno dei pretesi effetti processuali della fusione (l’interruzione del processo) – nulla (quantomeno di esplicito, si è visto) dicono in ordine al meccanismo attraverso il quale la società da fusione può “proseguire” il processo, e così se l’ipotesi in parola vada ricondotta o meno al meccanismo disposto dall’art. 110 c.p.c.

Nel dibattito sugli effetti processuali della fusione, tre sono i fronti che si contrappongono: per alcuni (e non si tratta solo di interventi meno recenti) la fusione determina, anche dopo la riforma del diritto societario, l’operare, sul piano processuale, degli artt. 110 e 299 e ss. c.p.c. Per altri la fusione della società-parte risulterebbe irrilevante rispetto al corso del processo, che così proseguirebbe indisturbato; e tuttavia essa determinerebbe invece l’operare dell’art. 110 c.p.c. (con alcune varianti di cui si dirà), e così l’ingresso nel processo della società da fusione quale successore della società di fusione. Da altri ancora si nega l’operare tanto degli artt. 299 e ss. quanto dell’art. 110 c.p.c., il cui richiamo è qui ultroneo a

¹⁸¹ Proprio questa un poco generalizzata indifferenza sembra essere stata fatta oggetto di (auto)critica da parte di un A., che – in un primissimo commento alla ormai più volte citata ordinanza n. 2637 del 2006 – ha sottolineato come “per vero da sempre gli studiosi delle società avevano sottolineato che nelle fusioni non “muore” nessuna delle società coinvolte, né nasce alcun neonato societario, ma si ha solo una profonda modificazione delle società coinvolte che continuano la loro vita diversamente”, così C. CONSOLO, *La fusione salva i processi: per le Sezioni unite le operazioni straordinarie non bloccano il procedimento*, articolo apparso ne *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2006 (per una più ampia ed approfondita analisi della posizione dell’A. si v. *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria (a proposito di gradazioni dell’ “immortalità”*), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 189 ss.).

fronte della disciplina che il legislatore ha dettato per la fusione, che risulta esaustiva sia a livello sostanziale che processuale.

Il primo indirizzo trova riscontro non solo nella posizione della (quasi unanime) dottrina che della fusione si è occupata in epoca non recente, e comunque prima della riforma del diritto societario¹⁸², ma pure da parte di quegli interpreti che, pur dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 6 del 2003, riconducono alla fusione l'effetto estintivo delle società partecipanti e successorio di quella risultante. E ciò indipendentemente dalla circostanza che – sul piano sostanziale – venga o meno¹⁸³ altresì valorizzato l'ulteriore effetto modificativo che alcuni autori (pur inclini a qualificare la fusione come evento avente effetti estintivi-modificatori)

¹⁸² Salvo rare eccezioni – su cui v. oltre note al testo – la posizione della dottrina processualcivile è stata per lungo tempo quella di ritenere che la fusione intervenuta pendente processo desse luogo ad una situazione riconducibile agli artt. 110 e 299 e ss.: così, si v., M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, *Del processo di cognizione*, Milano, 1946, 101 e ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1943, 293; C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., 2 e ss.; C. PUNZI, *L'interruzione del processo civile*, cit., 222 e ss., con la precisazione che “la fusione rappresenta causa di interruzione solo dei processi in cui siano parte quegli enti che a seguito della fusione cessano di esistere come soggetti di diritto (gli enti fusi e l'ente incorporato)”; A. D'ALESSIO, voce *Interruzione del processo*, in *Novissimo Dig. It., Appendice*, Torino, 1957-75, 339 e ss.; F.P. LUIO, “Venir meno” della parte e successione nel processo, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 204 e ss. per il quale “certamente la fusione (in senso stretto) e l'incorporazione provocano il venir meno della parte, e quindi l'applicazione dell'art. 110 c.p.c.: e ciò tanto se la fusione e l'incorporazione sono disposte dalla legge, quanto se sono volontarie”; Id., voce *Successione nel processo*, cit. (tuttavia l'A. riconosce che la fusione era da considerarsi evento equiparato alla morte della parte e così rilevante ai fini dell'interruzione del processo “prima che l'art. 2504-bis, I, c.c. prevedesse l'automatica prosecuzione dei rapporti, anche processuali, ad opera della società incorporante o risultante dalla fusione”, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2009, 242). Così pure A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, cit.; A. CAVALAGLIO, voce *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996, 338; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive*, Torino, 2002, 372 e ss. (il quale pure, al pari di Lusso, riconosce che dalla riforma del diritto societario emerge il “palese intento (di politica legislativa) di evitare l'interruzione”, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009, 422-423, spec. nt. 84, nonché II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2009, § 64, nt. 91; l'A., peraltro, trae ogni compiuta conseguenza dalla nuova disciplina della fusione, arrivando a riconoscere che nel caso di specie è possibile parlare di successione della società da fusione “solo in senso improprio”, così in I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., nt. 84, 423).

¹⁸³ Così, ad esempio, D. CULOT, *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006, per il quale “sotto il profilo sostanziale è indubbio che l'incorporazione di una società in un'altra determini l'estinzione della prima e la conseguente successione a titolo universale della seconda (...). Anche dal punto di vista processuale l'estinzione della società incorporata viene equiparata alla morte della persona fisica” (77).

ritengono parimenti riconducibile al fenomeno in discorso¹⁸⁴. Se la fusione determina – sul piano sostanziale – l'estinzione della società di fusione ed il subentro della società da fusione nelle posizioni giuridiche prima facenti capo a quella, allora sul piano processuale il suo verificarsi darà luogo al “venir meno” della parte e così pure alla “successione universale” necessari per l'operare dell'art. 110 c.p.c., al quale farà riscontro altresì – come da sempre ritenuto – l'operare degli artt. 299 e ss. c.p.c.¹⁸⁵.

Più moderatamente l'altro fronte – che potremmo definire “intermedio” – nega alla fusione effetti interruttivi del processo pendente, pur però ammettendo l'operare dell'art. 110 c.p.c.¹⁸⁶. Ed infatti sul piano sostanziale la fusione viene riguardata

¹⁸⁴ Si v., ad esempio, M. CAVANNA, *Fusione e vocatio in ius dell'incorporata*, in *Giur. It.*, 2008, 2734 e ss., per il quale un tale riconoscimento “non parrebbe incompatibile con la estinzione della società, rilevante anche sul piano sostanziale”; così pure E.A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 228 e ss.

¹⁸⁵ In tal senso V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 491 e ss.; ID., *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 375 e ss., per il quale “nonostante quel che si vede ora sostenere da più parti, al perfezionamento della fusione non può non conseguire l'effetto estintivo dell'incorporata o delle società partecipanti nell'ipotesi di fusione paritaria, cui fa riscontro il “venir meno” della parte ai sensi dell'art. 110 c.p.c. e quanto a ciò si correla” (p. 377). Quanto poi all'interruzione del processo, l'A. – pur riconoscendo che “la stasi del processo, con correlato allungamento dei suoi più che generosi tempi e altresì i rischi e oneri possono trasformarsi in trabocchetti” – avverte che la soluzione non può passare per quella che viene ritenuta una improbabile qualificazione della fusione come evento meramente modificativo-evolutivo delle società coinvolte (poiché a tal riguardo sarebbe considerazione ineludibile quella per cui prima della fusione i soggetti erano più di uno, dopo sono uno solo), ma richiede un intervento del legislatore che “non lasc[i] alla società risultante dalla fusione la libertà di provvedere o non alla sua costituzione, ma [la] impong[a], con adeguate sanzioni per l'eventuale inosservanza, onde proseguire senz'altro l'iter processuale” (*Notarelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, cit. 497 e ss.). Fino al momento di un eventuale intervento del legislatore (che però, soggiungiamo, difficilmente si avrà ove ritenga, con altra parte della dottrina, di aver già compiutamente disciplinato gli effetti – e così l'irrelevanza – della fusione sul piano processuale) la fusione continuerà a comportare, secondo questa costruzione, l'operare degli artt. 110 e 299 e ss. c.p.c.

¹⁸⁶ In tal senso già S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., 401 e ss.; esclude che la fusione determini l'interruzione del processo pendente altresì A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (diritto processuale civile)*, cit.. Più di recente questa impostazione è stata ripresa ed ampiamente sviluppata da D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., ID., *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1806 e ss.; nonché in *Sull'idoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 91 e ss.. Così pure da F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 795; O. DESIATO, *Fusione di società e interruzione del processo: gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Le Soc.*, 2009, 1426 e ss., ID., *Fusione di società: l'intervento*

anche dai sostenitori di questa impostazione come evento avente effetti (anche, se non solo) estintivi-successorii¹⁸⁷. Ciò nonostante essa non sarebbe comunque idonea a determinare la stasi del processo che normalmente viene collegata all'operare del meccanismo della successione processuale, e ciò per tutta una serie di ragioni che vanno dalla formulazione positiva delle disposizioni che disciplinano la interruzione del processo (che non richiamano il venir meno della parte "per altra causa"), alla considerazione dell'assenza di involontarietà dell'evento asseritamente "interruttivo"; ossia – per prendere a prestito le parole di un Illustre Autore – alla mancanza, qui, di uno "stato di inferiorità processuale"¹⁸⁸ della parte colpita dall'evento, che solo può far sì che il processo si interrompa.

Da ultimo la terza, più radicale impostazione, la quale pure nega (al pari dell' "intermedia") che alla fusione vadano ascritti effetti interruttivi del processo pendente, ma nega altresì – a monte – che essa possa determinare l'operare dell'art. 110 c.p.c.¹⁸⁹; non tanto perché la fusione sia evento radicalmente irrilevante per il processo, quanto perché essa trova – anche sotto tale profilo –

chiarificatore delle Sezioni unite, in *www.judicium.it*; S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 787 ss.

¹⁸⁷ Basti qui – per tutti – richiamare quanto sostenuto da D. DALFINO (*Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, cit.; nonché l'ulteriore contributo, dal titolo già evocativo, *Sull'idoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, cit.), il quale precisa che "non si vuole certamente negare che la società risultante dall'unione o quella incorporante succedano a titolo universale (...) né può essere obliterato che, ad operazione conclusa la società incorporata non esiste più nella sua forma e nella sua veste originaria" (*Fusione societaria*, cit., 1087-88). Del resto già S. SATTA osservava come "una successione universale *inter vivos* si verifica specialmente nel caso di fusione di società commerciali" (*Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., 414).

¹⁸⁸ Così S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, II, cit., 399, che sottolinea come l'istituto dell'interruzione del processo ha la funzione "in definitiva, di mantenere la parità delle armi, che è la base di rispetto di quella lotta legale che è il processo: fuori di metafora, di rispettare il principio del contraddittorio, con tutto quello che esso comporta".

¹⁸⁹ Così – seppur in forza di assai diverse motivazioni che verranno prese in considerazione al successivo par. 5 – C. CONSOLO, *La fusione salva i processi: per le Sezioni unite le operazioni straordinarie non bloccano il procedimento*, cit.; ID., *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed "estinzione" societaria (a proposito di gradazioni dell' "immortalità")*, cit.; E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177 e ss.; L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 492 e ss.; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte I e II, in *Il giusto processo civile*, 2010, 277 e ss. e 577 e ss.; A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 487 ss.; ID., *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 587 e ss.

compiuta disciplina nell'art. 2504-bis c.p.c. (norma che – sotto il profilo processuale – non viene invece minimamente valorizzata dai sostenitori della posizione intermedia). Così ragionando, dunque, tanto l'istituto dell'interruzione del processo quanto quello della successione nel processo sono, qui, richiamati a sproposito: la disciplina della fusione va ricercata al di fuori del codice di rito, nelle disposizioni aggiornate dal legislatore della riforma del diritto societario.

4. Fusione e interruzione del processo: vaglio critico dell'operatività (o meno) degli artt. 299 e ss. c.p.c. anche alla luce dei risultati dottrinali

Si è più volte detto che l'orientamento tradizionale era assestato sull'inquadrare la fusione tra le possibili cause di interruzione del processo. Pur dinnanzi ad un fronte (tanto della giurisprudenza quanto della dottrina processualcivile) assai compatto, non mancò chi sottopose questa costruzione ad importanti e serie critiche, arrivando – in tempi “non sospetti” – a sostenere quanto oggi quasi unanimemente riconosciuto (in forza, per vero, di argomenti in parte diversi) dagli interpreti¹⁹⁰. Ci si riferisce in particolare al pensiero di SATTA che già all'inizio degli anni '60 ebbe ad osservare come “per i soggetti che non sono persone fisiche debba farsi una fondamentale distinzione tra i fatti che incidono solo su posizioni sostanziali, e i fatti che incidono direttamente sulle posizioni processuali, e quindi sulla capacità. Nel primo caso” – e l'A. avverte è quello della trasformazione e della fusione di società – “i fatti sono assolutamente irrilevanti per il processo, cioè non si dà in nessun modo interruzione, ma se mai solo sostituzione di una parte ad un'altra, in quanto ciò si creda di fare”¹⁹¹. Alla posizione dell'A. va sicuramente riconosciuto il merito di aver aperto la via a più attente indagini sul rapporto tra successione nel processo delle persone giuridiche ed interruzione del processo e

¹⁹⁰ Ed infatti – salvo rare eccezioni di cui si è detto v. *retro* note al testo – l'assoluta maggioranza degli interpreti riconosce oggi che la fusione non possa qualificarsi quale evento interruttivo del processo pendente (dividendosi poi, però, in ordine al diverso profilo della ricorrenza, o meno, di una ipotesi riconducibile all'art. 110 c.p.c.: v. par. 5). Così, oltre agli autori che verranno citati nel prosieguo, F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, cit.; A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, cit.; ID., *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, cit.; S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni unite*, cit.; C. CONSOLO, *La fusione salva i processi: per le Sezioni unite le operazioni straordinarie non bloccano il procedimento*, cit.; ID., *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria (a proposito di gradazioni dell' “immortalità”)*, cit.

¹⁹¹ Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., 401

così sulla possibilità che fenomeni determinanti l'una non configurino altresì presupposti per l'operare dell'altra; tuttavia paiono qui convivere istanze difficilmente compatibili. In particolare l'affermare che la società da fusione può sostituire o meno nella qualità di parte del processo la società di fusione stride non poco con la qualificazione della fusione – adottata anche dall'A. – in termini di evento estintivo delle società partecipanti e successorio di quella risultante. In particolare risulta difficile comprendere come sia possibile per la società riconosciutamente estinta (per aver disposto per successione universale *inter vivos* di tutti i suoi beni a favore della società incorporante o risultante dalla fusione) restare comunque nel processo in luogo della società ad essa succeduta (non solo sul piano sostanziale, ma anche sul piano processuale, data l'indiscussa applicazione, qui, dell'art. 110 c.p.c.). Di ciò pare avvedersi anche l'A., che così giustifica quella che potrebbe sembrare una contraddizione in termini: “anche se in alcuni casi vi è l'estinzione del soggetto, ciò non significa nulla, perché nel nuovo soggetto si trasferiscono *ex lege* i diritti e gli obblighi, e quindi di riflesso le posizioni processuali. Se il nuovo soggetto vuole costituirsi in luogo del vecchio spetta a lui farlo, ma non può pretendere per fatto della successione di interrompere il processo. In definitiva, la posizione del soggetto nuovo è molto vicina a quella del successore a titolo particolare che a quella del successore universale”¹⁹².

Proprio perché nel pensiero di Satta sull'operare del meccanismo della successione nel processo si può scorgere una prima elaborazione di quella che si potrebbe definire una fattispecie di estinzione progressiva cui si accompagna quella di successione nel processo (ex art. 110 c.p.c., appunto) progressiva, poi compiutamente descritta più di recente da altro Autore (Dalfino¹⁹³), crediamo utile dare qui conto (per poi tornare ad occuparci della questione dell'interruzione del processo pendente nell'ipotesi di fusione), dei dubbi ingenerati da tale costruzione. In particolare – se male non si è inteso il pensiero dell'A. da ultimo richiamato – tale fattispecie di estinzione progressiva si accompagnerebbe ad una fattispecie di successione nel processo (sempre ex art. 110 c.p.c.) progressiva, nel senso che la persona giuridica-dante causa colpita dall'evento estintivo (o, per tornare al caso

¹⁹² S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit. 401.

¹⁹³ Si v. . DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit.

che qui ci occupa, la società di fusione) resterebbe comunque nel processo (si vedrà dopo in quale veste) sino a che la persona giuridica-avente causa (società da fusione) non decida di costituirsi nello stesso. Ove ciò avvenisse – non risultando possibile la contemporanea presenza nel processo di entrambe le parti sostanziali (dante causa ed avente causa) – il dante causa sarebbe “automaticamente escluso” dal processo, poiché nei suoi confronti potrebbe dirsi perfezionata la fattispecie estintiva a formazione progressiva, e – del pari – risulterebbe perfezionata altresì la fattispecie della “successione nel processo progressiva”. Il meccanismo descritto – come lo stesso A. non fatica ad ammettere – è assai vicino a quello dell’art. 111 c.p.c., pur se poi esso viene ricondotto all’art. 110 c.p.c., in forza del costante riferimento alla “successione nel processo”, che però – si è visto – potrebbe anche non perfezionarsi¹⁹⁴. La vicinanza tra il meccanismo descritto e quello della successione a titolo particolare nel diritto controverso è tanto più evidente ove si ponga l’attenzione su ciò, che secondo l’A. ove dell’evento (estintivo-successorio) non venga data notizia nel processo, le parti rimarranno quelle originarie, sicché la società di fusione, *in thesi* “estinta” resterebbe in vita (non si sa se solo ai fini di quel singolo processo o a più ampi fini e ad appannaggio anche di soggetti diversi dalla controparte processuale) sino al passaggio in giudicato della sentenza. Ma, di più, analoga situazione – che esclude il perfezionarsi della “successione nel processo” ex art. 110 c.p.c. – viene a crearsi quando dell’evento venga data notizia nel processo, senza però l’intervento della società da fusione¹⁹⁵. Non viene poi precisata la veste nella quale la persona giuridica-dante causa (società di fusione) resterebbe nel processo volta che sia intervenuto l’evento estintivo-successorio. Si potrebbe pensare che la stessa (al pari del dante causa nell’ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso) resti nel processo quale sostituto processuale della persona-giuridica

¹⁹⁴ Secondo Dalfino, infatti, “la partecipazione [N.d.R.: non necessaria] del successore per il tramite dell’intervento in causa perfeziona la “successione nel processo” (*La successione*, cit., 241).

¹⁹⁵ E questo perché “l’acquisizione in giudizio della notizia dell’evento non obbliga né l’alienante né la controparte a provocare la partecipazione del successore universale”, *op. cit.*, p. 243. Sulla correttezza dell’affermazione, e così sul rigetto cui andrebbe incontro la domanda originariamente proposta ove l’evento successorio venga fatto constare nel processo senza però che ad esso si accompagni il mutamento della domanda del dante causa, si rinvia a quanto osservato alla Parte II, cap. III, par. 2.2.

avente causa (società da fusione). Tuttavia una tale soluzione contrasterebbe con la lettera della legge, ed in particolare con l'art. 81 c.p.c., che vuole come tassative le ipotesi di sostituzione processuale (e – all'evidenza – non vi è disposizione di legge che prevede una sostituzione processuale nel caso di successione nel processo ex art. 110 c.p.c.). Ancora – e non crediamo sia profilo trascurabile – la presupposta perdurante “sopravvivenza” della persona-giuridica, potrebbe confliggere non poco con la posizione (recentemente ribadita dalle Sez. Un. anche con riferimento alle società di persone, sent. 22 febbraio 2010, n. 4062) che invece collega l'estinzione della società al momento della cancellazione dal registro delle imprese, indipendentemente dalla pendenza di procedimenti che la vedano parte (con tutti i problemi che da ciò derivano, ai quali è dedicata la Parte II del presente studio). Anche prescindendo per un attimo dall'ambiguità che ci pare insita nel discorrere di “successione nel processo” ex art. 110 c.p.c., richiamando però poi i meccanismi operativi dell'art. 111 c.p.c. (di cui le osservazioni da ultimo svolte sono esempio), la costruzione prospettata non pare comunque sostenibile alla luce del dato testuale: l'art. 2504-bis, co. 1, c.p.c. prevede infatti che la società da fusione “proseguo” i rapporti (processuali e sostanziali) della società di fusione, e – com'è stato osservato – “chi prosegue il processo non può fare a meno di stare nel giudizio; mentre ai sensi dell'art. 111 [N.d.R.: ma così pure dell'art. 110 nell'interpretazione filo-111 che ne viene data] la società incorporante o risultante dalla fusione, dovendo essere collocata nella posizione dell'avente causa, avrebbe il diverso ruolo del terzo con il potere di intervenire o non intervenire a suo piacimento”¹⁹⁶.

Tornando però alla eventuale interruzione del processo per fusione, la dottrina che – parecchi anni dopo – si è occupata, prima, *ex professo* della questione della efficacia interruttiva degli eventi che possono colpire le persone giuridiche¹⁹⁷, e poi

¹⁹⁶ Così E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, cit., 184 e ss.

¹⁹⁷ Il profilo dell'operatività o meno della disciplina dell'interruzione del processo ove colpita dall'evento asseritamente interruttivo sia la parte persona giuridica è affrontato nella più volte richiamata monografia di D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., spec. parte I, cap. III (*Il meccanismo processuale della successione nel processo*), sez. II (*In relazione agli enti. La successione nel processo sentenza interruzione*). Successivamente, con l'entrata in vigore della riforma del diritto societario (ed ancor più poi con la prima pronuncia delle Sez. unite in punto di fusione: ord. 8 febbraio 2006, n. 2637), tutti gli interpreti che si sono accostati

– sulla scorta anche degli interventi delle Sez. Un. (n. 2637 del 2006, e poi nn. 29509 e 29689 del 2010) – del tema dell'efficacia interruttiva della fusione intervenuta pendente processo, ha sì mantenuto fermi gli approdi cui già era giunto Satta, rifondandoli però su nuove, diverse e (ci pare) più solide basi.

E così si sono individuati due distinti ordini di ragioni che impogono di escludere la fusione dal novero degli eventi interruttivi del processo pendente, senza però che venga in gioco la qualificazione sostanziale del fenomeno in esame¹⁹⁸. Viene anzitutto in rilievo la diversa formulazione degli artt. 110 e 299 c.p.c.: solo il primo, infatti, e non il secondo fa riferimento al venir meno della parte “per altra causa”; diversamente l'art. 299 c.p.c. nel prendere in considerazione gli eventi interruttivi che possono riguardare la parte fa riferimento solo alla “morte” o alla “perdita di capacità”. Ebbene allora la formulazione letterale dell'art. 299 c.p.c. – lungi dal rappresentare un semplice refuso – avrebbe un preciso significato: quello di escludere che eventi che pur possono provocare il venir meno della parte-persona giuridica possano avere rilevanza ai fini della prosecuzione del processo¹⁹⁹.

al fenomeno in esame hanno dovuto altresì affrontare la questione dei suoi effetti processuali, e così precipuamente della operatività (o meno) degli artt. 299 e ss. c.p.c.

¹⁹⁸ Come comprovano le sent. nn. 29509 e 29689 del 2010, con le quali le Sez. unite sono arrivate a negare l'operatività della disciplina dell'interruzione del processo anche ove la fusione fosse intervenuta in un'epoca anteriore all'entrata in vigore della riforma e così dovesse esserle riconosciuta (ancora) natura estintivo-successoria.

¹⁹⁹ Così – oltre alla monografia più volte citata – si v. D. DALFINO, *Fusione societaria ed interruzione nel processo senza pausa*, cit.; ID., *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, cit.; G. COSTANTINO, *Il processo commerciale. Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di F. D'Alessandro, Padova, 2009, commento sub art. 12, spec. nt. 326; O. DESIATO, *Fusione di società: l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite*, cit.; ID., *Fusione di società e interruzione del processo: gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito*, cit.. *Contra* invece G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, gli artt. 299 ss. c.p.c., Napoli, 2004, secondo il quale questo indice letterale sarebbe in realtà “riconducibile ad una mera discrasia tra le norme, dovuta ad esigenze di concisione nella formula degli artt. 299 e ss.” (124). L'A., tuttavia, ammette che la formulazione dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. post riforma ha significato “di testimoniare la volontà del legislatore di escludere che ai fenomeni considerati segua effettivamente l'interruzione del processo” (128). Ci pare svalutare il dato letterale anche G. VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale*, Bologna, 2010, 904, per il quale gli artt. 299 e ss., che prendono in considerazione solo l'evento morte “richiedono una necessaria opera di adattamento”. Così pure – indirettamente – G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, che ammettono senza riserve l'operare degli artt. 299 e ss. c.p.c. in ipotesi di estinzione delle persone giuridiche.

Altro argomento si appunta invece sulla *ratio* dell'istituto dell'interruzione – ossia quella di tutela dell'integrità del contraddittorio –, che non ricorrerebbe in presenza di eventi riconducibili a comportamenti volontari della parte (come del resto dimostrano gli eventi presi in considerazione dalle disposizioni sull'interruzione del processo, che sono riconducibili a cause sulle quali la parte che li subisce non può esercitare alcun controllo)²⁰⁰. La fusione tra società, quale atto volontario cui la società da fusione (soggetto *in thesi* da tutelare²⁰¹) si è liberamente determinata, non può dunque dare luogo all'interruzione del processo. Difficilmente infatti potrà dirsi che la società risultante dalla fusione non è a conoscenza dei processi pendenti che coinvolgono la (o le) società con cui va a fondersi (come invece può accadere agli eredi del *de cuius*); si tratta, insomma, di evenienza che non

²⁰⁰ Così D. DALFINO, *Fusione e successione nel processo senza pause*, cit., per il quale “al di là del dato puramente letterale, si deve prendere in considerazione la funzione della disciplina dell'interruzione, che, come unanimemente si osserva, consiste nella necessità di ripristinare l'effettività del contraddittorio e quindi di consentire il concreto esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito, compromesso dal verificarsi di determinati eventi durante il corso della causa (...). Ora l'esigenza di ricorrere al meccanismo dell'interruzione sorge soltanto in presenza di fattori che non sono riconducibili a comportamenti umani volontari, bensì a cause del tutto estranee alla libera determinazione dei soggetti colpiti” (1090). Così pure O. DESIATO, *Fusione di società e interruzione del processo: gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito*, cit., la quale osserva come “se con l'espressione “evento” si allude ad una modificazione del mondo esterno, ad un avvenimento che il soggetto subisce indipendentemente dalla sua volontà, ci si avvede subito che in caso di operazioni straordinarie poste in essere dalle società partecipanti alla fusione non sembra conferente parlare di evento, bensì di accordo, di libera determinazione dei soggetti coinvolti in vista di un determinato risultato”. In particolare poi per l'A. “cartina tornasole del ragionamento è rappresentata dalla disciplina dettata dall'art. 484 c.c. in tema di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (...). Non sembra che un'analoga disciplina sia prevista allorché intervenga una fusione tra società, proprio perché ivi il problema nemmeno si pone: l'operazione straordinaria posta in essere è il risultato di una scelta consapevole della compagine sociale” (1430). Così pure G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Bari, 2007, § 129, nt. 19, che – richiamandosi al pensiero di Dalfino – osserva come l'art. 299 non potrebbe trovare applicazione in relazione all'estinzione delle persone giuridiche, trattandosi di evento volontario.

²⁰¹ Sul punto bene osserva E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, cit., 183 e ss., che nell'ipotesi in discorso l'interesse degno di essere protetto è quello della controparte processuale della società fusa, interessata a non vedersi gravare di un onore (quello della riassunzione) qui ingiustificato. I gravissimi inconvenienti connessi al riconoscere operante anche nel caso in esame l'istituto dell'interruzione sono chiaramente posti in luce da C. CONSOLO, *La fusione salva i processi: per le Sezioni unite le operazioni straordinarie non bloccano il procedimento*, cit., per il quale la situazione anteriore alla pronuncia delle Sez. unite che ha escluso l'operare degli artt. 299 e ss. c.p.c., dava luogo, “per un duplice verso (durata del processo e rischio di estinzione), [ad] una quotidiana e continua irrisione dei principi del giusto processo”; tanto più tenuto conto che “in fatto per quel che concerne la garanzia processuale del contraddittorio il fascicolo del processo non cambia – a seguito della fusione – neppure di scrivania, tanto meno di uffici”.

giustifica l'onere che così ragionando si verrebbe a porre in capo alla controparte processuale della società, tenuta alla riassunzione tempestiva del processo, pena la sua estinzione, e ciò per il sol verificarsi di un evento ben noto alla parte che lo "subisce". Del resto – pur se non precipuamente in relazione all'ipotesi di fusione – è assai risalente il monito in ordine alla pericolosità di far discendere la conseguenza dell'interruzione del processo all'avverarsi di fatti volontari, nel qual caso "l'ordinamento processuale non garantirebbe l'equa tutela dei litiganti se non sottraesse all'arbitrio degli individui meno onesti e corretti la concreta determinazione di eventi interruttivi del processo"²⁰².

Queste, dunque, le ragioni che portano a concludere per la non operatività dell'istituto dell'interruzione del processo nell'ipotesi di fusione; e ci paiono queste ragioni assai solide, nel loro complesso (forse meno la prima, letterale, poiché il legislatore ha ormai abituato l'interprete a non fare eccessivo affidamento sulla formulazione testuale, non sempre chiara e precisa, delle disposizioni del codice di rito), che dunque consentono sicuramente di concludere per la correttezza dell'approdo cui dottrina e giurisprudenza (anche se quest'ultima – in via generale – più di recente) sono giunte.

5. Fusione e successione nel processo: la dottrina sull'art. 110 c.p.c., un richiamo non necessario

Attualmente la dottrina maggioritaria risulta allora assestata su di una posizione intermedia: da un lato esclude che la fusione determini l'interruzione del processo pendente; dall'altro però ne fa discendere l'operare dalla disciplina della successione nel processo. In questo contesto continua ad avere rilevanza la disciplina dettata dal codice di rito, mentre non viene a tal fine minimamente valorizzata la previsione dell'art. 2504-bis, co. 1, ult. parte, c.c. (ed il riferimento ivi svolto alla prosecuzione dei rapporti processuali prima facenti capo alle società di fusione ad opera della società da fusione). Non è però mancato chi ha sottolineato

²⁰² L'avvertimento è di L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, Vol. III, Milano, 1905, 846.

la non necessità del reiterato richiamo all'art. 110 c.p.c.²⁰³ Si tratta – come anticipato – di una posizione minoritaria, più radicale rispetto a quella tradizionale, ma che ci pare meglio cogliere l'essenza del fenomeno in discorso, e così dare di esso – anche a livello processuale – una costruzione più nitida e lineare rispetto a quella altrimenti fornita. Minimo comun denominatore della posizione degli interpreti che a questo terzo filone possono essere ricondotti è il riconoscimento che la fusione è istituto che – per esplicita scelta del legislatore – trova la sua compiuta disciplina nell'art. 2504-bis, co. 1, c.c., senza necessità di integrazione alcuna, e ciò sicuramente a livello processuale (per alcuni anche sul piano sostanziale, come si vedrà); ed infatti “l'art. 2504-bis, comma 1°, c.c., dopo aver previsto il subingresso della società incorporante (o risultante dalla fusione) nei rapporti della società fusa, contiene anche nella sua parte finale una norma squisitamente processuale”²⁰⁴.

Se dunque il rifiuto di ricorrere non solo alla disciplina dettata dal codice di rito per l'interruzione del processo, ma pure – e a monte – a quella dettata per la successione nel processo, è elemento che accomuna le diverse posizioni, esse poi differiscono non poco ove si ponga attenzione al fondamento della “prosecuzione” dei rapporti processuali da parte della società da fusione sancita dall'art. 2504-bis, co. 1, c.c. Così, per alcuni, ferma – sul piano sostanziale – la correttezza dell'impostazione tradizionale, che vede la fusione quale evento estintivo-successorio; sul piano processuale, però, i suoi effetti devono invece essere indagati alla luce della *ratio* sottesa all'art. 2504-bis, co. 1, c.c., e così dell'esigenza di tutela della controparte della società fusa (la quale – si è visto – risulterebbe

²⁰³ In tal senso pare orientarsi anche L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, cit., pur se l'esclusione – che l'A. riferisce espressamente all'art. 110 c.p.c. – parrebbe essere riferita, piuttosto che alla disciplina della successione nel processo, a quella dell'interruzione del processo (che ci pare venga configurata quale implicito ma sempre necessario corollario dell'operare dell'art. 110 c.p.c., contrariamente ai risultati recentemente raggiunti dalla dottrina, su cui v. par. 4): “la continuazione ove possibile dei processi pendenti, risponde quindi in primo luogo ad un'esigenza di tutela della controparte, per questo l'applicazione dell'art. 110 c.p.c. deve limitarsi alle ipotesi in cui vi sia una materiale impossibilità di continuare ad imputare alla persona giuridica parte di un processo i doveri, le facoltà ed i poteri che compongono l'azione” (p. 473). Ci pare allora che il raggiungimento del risultato sperato dall'A. non passi tanto per la negazione dell'operare dell'art. 110 c.p.c., quanto per l'esclusione dell'interruzione del processo, lasciando invece impregiudicata ogni valutazione circa la eventuale ricorrenza di una successione nel processo senza sua interruzione (che, pur se espressamente negata, non ci pare incompatibile con le premesse poste dall'A.).

²⁰⁴ Così E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, cit., 182.

ingiustamente gravata da oneri non necessari, ove si ritenesse di fare applicazione, come propone la impostazione tradizionale, del combinato disposto degli artt. 110 e 299 e ss. c.p.c.)²⁰⁵. Ed una tale esigenza potrebbe ricevere adeguata tutela solo attraverso la “permanenza in giudizio dell’ente soppresso quale *alter ego* dell’ente successore. L’ente soppresso si estingue sul piano del diritto sostanziale, ma la sua esistenza continua ad essere una premessa di comodo per la più ragionevole disciplina del processo”²⁰⁶. Così la fusione dovrebbe riguardarsi quale evento indifferente per il processo (pur comportando essa l’estinzione della società di fusione e la successione di quella da fusione), in forza della descritta finzione che consentirebbe di tutelare la controparte ponendo fuori gioco la disciplina dell’interruzione del processo. Quanto, poi, alla disciplina della successione nel processo ex art. 110 c.p.c., l’A., se male non si è inteso il suo pensiero, – dopo aver constatato (sulla scorta delle osservazioni già svolte dalla dottrina e riportate al paragrafo precedente) che il meccanismo di prosecuzione cui fa riferimento l’art. 110 c.p.c. non necessariamente va individuato in quello previsto dagli artt. 299 e ss. c.p.c. – ne esclude comunque la ricorrenza. E ciò in forza della disposizione dell’art. 2504-bis, co. 1, c.c., analoga a quella contenuta nel codice di rito e però dettata precipuamente per il caso di fusione, poiché con essa il legislatore già individua il soggetto destinato a “proseguire” il processo: la società da fusione, che

²⁰⁵ Questa profonda divaricazione tra piano sostanziale e piano processuale viene giustificata in forza di una radicale autonomia del processo rispetto alle vicende sostanziali che in esso si riversano, che porta a concludere che “la soluzione preferita a livello sostanziale può consentire di formulare, quanto al processo, qualche seria ipotesi di lavoro. Ma si tratta comunque di ipotesi, capaci di trasformarsi in argomento decisivo solo ad una precisa condizione: che il diritto processuale non indichi una strada per proprio conto, in funzione esclusiva della tutela giurisdizionale e delle sue esigenze” (E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, cit., 182), come farebbe nel caso in discorso. Tuttavia una tale autonomia del piano processuale da quello sostanziale non convince appieno. Senza qui divagare in generali osservazioni sul ruolo più o meno servente del processo (e del diritto processuale) rispetto al diritto sostanziale, che qui non potrebbero trovare agio, e così rimanendo sull’istituto in discorso, assai più condivisibili ci paiono le affermazioni di altro A., che – all’opposto – ha precisato che gli effetti processuali della fusione sono effettivamente quelli individuati, “ma questo accade non già perché la norma processuale intenda, o possa, prescindere dal suo sostrato pre-processuale di schietta consistenza sostanziale, ma anzi proprio perché vi si adegua (ed ormai lo deve fare con sempre maggiore aderenza anche per rispetto al canone del “giusto” processo, che esprime l’esigenza di una sua compiuta e ben proporzionata strumentalità, quale del resto insita già nel co. 1 dell’art. 24 il cui nocciolo di significato è stato, nel 1999, solo meglio dispiegato)” (C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria (a proposito di gradazioni sull’ “immortalità”)*, cit., spec. 189).

²⁰⁶ Così E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione*, cit., 187.

altro non sarebbe che la società di fusione, “trattata come se fosse viva, previa sua trasformazione”, e così secondo il modello (cui deve necessariamente farsi richiamo per indagare gli effetti processuali della fusione) “dell’unificazione in un unico soggetto delle società coinvolte dalla fusione”²⁰⁷. Della prospettata impostazione non si può che condividere l’intento di “sterilizzare”, a tutela della controparte processuale della società fusa (e pure – soggiungeremmo – di altri fondamentali valori, primo fra tutti quello della ragionevole durata del processo), l’evento fusione; tuttavia ci pare essa sconti il postulato divario tra il piano sostanziale e quello processuale, che si risolve nella necessità di approntare costruzioni assai (troppo, crediamo) complesse. Diversamente – come meglio si dirà oltre – la ricostruzione degli effetti processuali della fusione guadagna in linearità e semplificazione ove si riconosca, a monte sul piano sostanziale, che essa si risolve in una modificazione-evoluzione tesa alla reciproca integrazione delle società coinvolte (senza il ricorrere, qui, di alcun effetto successorio, né di alcuna estinzione, nel senso tradizionale del termine).

Altri ancora – “mutuando l’opzione interpretativa di autorevole dottrina”²⁰⁸ – assentono sulla circostanza che l’art. 2504-bis, co. 1, c.c. sia chiaro nello stabilire la prosecuzione dei rapporti processuali prima facenti capo alla società di fusione da parte di quella da fusione, e così renda non necessario, qui, il richiamo all’art. 110 c.p.c. (e così pure escluda l’operatività dell’istituto della interruzione del processo). Tuttavia, avverte l’A., “ciò accade perché la società che succede in *universum jus* assume i rapporti anteriori e risente dei relativi effetti come se fosse la società precedente, senza discontinuità alcuna”²⁰⁹. Anche in questo caso, dunque, la ragione dell’esclusione dell’art. 110 c.p.c. sta solo nel carattere di norma speciale riconosciuto all’art. 2504-bis, co. 1, c.c., (che disciplinerebbe allora anch’esso un’ipotesi di successione nel processo: della società da fusione alla società di fusione) e non – più in generale – nel riconoscimento della carenza dei presupposti operativi della successione nel processo. Quanto alle ragioni di carattere sostanziale che vengono addotte a sostegno della riconosciuta

²⁰⁷ E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione*, cit., 185

²⁰⁸ Così F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, cit., 588; il riferimento è alla posizione di C. Consolo, che verrà di seguito analizzata.

fondamento successorio della prescritta “prosecuzione”, esse si compendierebbero in ciò, che “delle due l’una, o una società si estingue e ad essa succede una nuova società, o una società si trasforma, modificando soltanto la propria organizzazione e dunque, a fronte dell’identità del soggetto, non si verifica alcuna successione”²¹⁰. L’argomento speso non ci pare determinante, soprattutto perché – come si crede di aver dimostrato – se ben osservata la fusione si avvicina non poco alla descritta trasformazione: essa infatti comporta l’unificazione delle società partecipanti, attuata a mezzo della loro reciproca modificazione e senza che ad essa consegua alcun evento successorio (del quale non ricorrono qui i presupposti).

Da ultimo il pensiero di un A. la cui costruzione – anche processuale – degli effetti della fusione che intervenga pendente il processo ci pare, tra tutte quelle esposte, la più condivisibile (per una serie di ragioni che diremo). Il dato di partenza è quello più volte menzionato per cui “l’art. 110 è ormai norma qui inutile vista la seppur “grossolana” tanto maggiore perentorietà del nuovo art. 2504-bis, co. 1, c.c., con il rischio di indurre – poiché in tutti gli altri casi (anche relativi a persone giuridiche) di applicazione dell’art. 110 c.p.c. questo accade e deve accadere – a pensare che applicabili siano al contempo anche l’art. 299 e ss. c.p.c.”²¹¹. E tuttavia di diverso vi è che qui l’inutilità del richiamo all’art. 110 c.p.c. non è fondata sull’esistenza di una disposizione speciale di analogo contenuto, ma sulla non operatività *tout court* della disciplina della successione nel processo, e ciò perché “la figura stessa della successione (qui volontaria, seppur universale) *emerge sfocata, a ben vedere, anche e già, una volta di più, sul terreno del diritto sostanziale*”²¹². Non è dunque

²⁰⁹ F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, cit., 589.

²¹⁰ F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, cit., 589; con la precisazione che – per l’Autrice – la fusione rappresenterebbe vicenda non solo modificativa delle società come rapporto, ma altresì estintiva della società come ente. Ancora una volta il discrimine tra le due visioni più “moderate” della natura della fusione – che consente comunque di riportarle allo schieramento tradizionale, estintivo-successorio, o a quello più innovativo, modificativo-evolutivo – è dato dal ricorrere o meno di un effetto successorio (posto che anche coloro che ritengono che la fusione vada ascritta ai fenomeni modificativo-integrativi degli enti sociali, comunque non negano che le società di fusione vengano meno come autonomi centri di imputazione, e così non negano il ricorrere qui di una “estinzione formale” delle stesse).

²¹¹ Così C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria (a proposito di gradazioni sull’ “immortalità”)*, cit., 195.

²¹² C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria*, cit., 195, corsivi nostri; pare prestare adesione alla posizione che si sta descrivendo C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009, 422 e ss.,

un mero rapporto di specialità, quello che lega l'art. 2504-bis, co. 1, c.c. e l'art. 110 c.p.c., disposizioni che divergono radicalmente per presupposti applicativi²¹³. La disciplina processuale della fusione, insomma, sarebbe diretta emanazione della sua configurazione sostanziale quale fenomeno modificativo-integrativo-evolutivo (e non estintivo-successorio) degli enti partecipanti. Ed infatti “la nuova formulazione ribadisce che il rapporto processuale prosegue (e lo sapevamo), ma vorrebbe suggerire anche che prosegue senza iati inutili perché la società “solo formalmente” estinta si “trasforma” automaticamente nella società che sopravvive alla fusione ed è per cercare di significare questo che il nuovo testo evita di alludere a quella (equivoca) estinzione”²¹⁴.

6. Conclusioni

Tra tutte le tesi esposte in ordine alle modalità attraverso le quali dare rilevanza alla fusione nel processo pendente che veda parte la società fusa, la più persuasiva è quella da ultimo esposta. Crediamo anche noi, infatti, che il legislatore abbia dotato l'istituto della fusione di una disciplina compiuta (tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale) ponendo così un limite alla tipografia delle fonti regolatrici del fenomeno in esame. Il riconoscimento che la disciplina processuale della fusione vada ricercata nella disposizione dettata dal legislatore della riforma del diritto societario all'art. 2504-bis, co. 1, c.c., ci pare abbia il pregio della linearità e chiarezza, oltre che coerenza interna. Così ragionando, infatti, è possibile dare evidenza, sul piano processuale, di quella che è la natura sostanziale del fenomeno in discorso, mantenendo quello che è – e crediamo non possa che essere – il carattere servente del processo rispetto alle vicende sostanziali che in

nt. 84, il quale – richiamando le stesse parole già utilizzate dall'A. – sottolinea che “in questi casi il “venir meno” della società incorporata o fusa non si concreterebbe in una estinzione “funeraria”, ma in una semplice modificazione strutturale, sicché solo in senso improprio si potrebbe parlare di successione”.

²¹³ Ed infatti, precisa l'A., “allorché l'art. 110 c.p.c. parla, oltre che di morte (degli umani), di “venir meno della parte” – il riferimento si addice alla estinzione non volontaria ma *ex lege* di enti con contestualmente disposta vera successione universale in capo ad altri enti preesistenti” (*op. cit.*, 194). Del resto, come nota A.M. MARZOCCO, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo: un risvolto processuale della nuova natura giuridica attribuita alla fusione*, www.judicium.it, “l'applicabilità degli artt. 110 o 111 c.p.c. [nell'ipotesi di fusione] è esclusa non solo quando una teoria non riconosce alla fusione né un effetto estintivo né un effetto successorio, ma anche quando è riconosciuto il solo effetto estintivo”.

²¹⁴ C. CONSOLO, *op. cit.*, 195.

esso devono trovare composizione o che possono accompagnare il suo svolgersi. Del resto, seguendo le altre impostazioni che si sono brevemente tratteggiate, l'art. 2504-bis, co. 1, c.c. risulterebbe disposizione superflua, poiché – si è visto – non è necessario richiamare tale disposizione per escludere l'operatività degli artt. 299 e ss. c.p.c.: anche ragionando in termini di successione nel processo ex art. 110 c.p.c. è possibile addivenire a tale risultato (seguendo quella posizione che riconosce come l'interruzione del processo è estranea a tutte quelle vicende che possono interessare l'ente sociale in dipendenza di una volizione dello stesso).

Tuttavia l'osservazione per cui nell'ipotesi di fusione l'istituto dell'interruzione del processo non può trovare applicazione non ci pare sufficiente a dare contezza degli effetti processuali del fenomeno in esame. Nel senso che risulta ancora imprecisa la descrizione delle conseguenze processuali della fusione in termini di successione ex art. 110 c.p.c. della società da fusione alla società di fusione parte nel processo. Di ciò ve n'è conferma nei risultati raggiunti all'esito del precedente capitolo, dai quali emerge l'impossibilità della postulata applicazione dell'istituto della successione nel processo per mancanza di entrambi i suoi presupposti di operatività: il venir meno della parte e la successione universale di altro soggetto di diritto. La fusione, infatti, non determina l'estinzione delle società di fusione (se non nel senso meramente formale del termine, secondo il concetto di "estinzione [solo] formale" elaborato in dottrina e ad oggi condiviso dalla maggioranza degli interpreti), né ad essa segue alcuna successione sul piano sostanziale: non si rivengono infatti le tre condizioni necessarie per poter correttamente discorrere di "successione" della società da fusione, ossia la sussistenza di due soggetti distinti; il trasferimento di un rapporto giuridico dal dante causa all'avente causa; l'equiparazione dei due (diversi) rapporti da parte del legislatore, con l'espressa qualificazione del trasferimento quale "successione" (v. cap. II).

La vicenda sostanziale, dunque, non presenta i caratteri per poter essere inquadrata tra i fenomeni che determinano la successione nel processo; e del resto ciò è ben evidenziato dalla norma processuale dettata dall'art. 2504 bis c.p.c., che prevede un'apposita disciplina (non solo sostanziale ma pure processuale, appunto) per l'ipotesi di fusione che intervenga processo pendente, sancendo la prosecuzione dei rapporti processuali di cui era parte la società di fusione ad opera

della società da fusione. Con il che si rende superfluo (ed errato) il richiamo ad altra disciplina per regolare gli effetti della fusione di società. Il processo – volta che venga dato atto dell'avvenuta fusione – proseguirà dunque nei confronti della società risultante, senza necessità non solo di una sua interruzione, ma pure di qualsivoglia altra attività da parte di questa. La società di fusione e quella da fusione non sono soggetti radicalmente diversi, né l'una è il successore dell'altra, il che significa che il processo potrà proseguire al pari di quanto accadrebbe se nel suo corso la società che ne è parte mutasse denominazione (e dunque senza che vengano meno i rapporti di mandato instaurati tra la società di fusione ed i difensori, che potranno sì essere sostituiti, ma che in mancanza di sostituzione risulteranno legittimati a svolgere, anche dopo la fusione, tutte quelle attività che avrebbero potuto svolgere per conto della società partecipante al procedimento). Del pari nessun problema si porrà nel caso in cui della fusione non venga dato atto nel corso del processo (o dell'intero rapporto processuale): la sentenza che definitivamente regolerà il rapporto sarà direttamente efficace nei confronti della società da fusione, senza che essa possa opporre la mancata partecipazione al procedimento che ne ha dato luogo. Analogamente, crediamo, non vi sarà alcuna invalidità dell'atto indirizzato dalla controparte processuale alla società ormai fusasi, salvo che non si tratti del primo atto del giudizio (ci pare infatti che la citazione in giudizio della società di fusione in luogo di quella da fusione ne determini invero una nullità, soggetta però al regime della nullità della *vocatio in ius* – per inesatta individuazione del soggetto destinatario della notifica – e così sanabile retroattivamente a seguito della costituzione della società da fusione, o della rinnovazione della stessa).

PARTE II

**EFFETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELL'ESTINZIONE DI
SOCIETÀ**

CAPITOLO I

EFFETTI SOSTANZIALI E QUANDO DELL'ESTINZIONE DI SOCIETÀ

1. Il momento di estinzione delle società: evoluzioni giurisprudenziali – 1.1 Orientamenti giurisprudenziali nel vigore del codice di commercio – 1.2 L'impatto del codice civile – 1.3 La svolta rappresentata dalla riforma del diritto societario ed il conseguente mutamento giurisprudenziale – 2 La dottrina sull'estinzione delle società.

1. Il momento di estinzione delle società: evoluzioni giurisprudenziali

L'istituto dell'estinzione di società presenta una minor complessità ricostruttiva rispetto all'altro, oggetto del presente studio: non ricorrono qui le stesse problematiche (affrontate invece in relazione alla fusione societaria: v. Parte I) relative all'individuazione dei suoi effetti sostanziali. Al riguardo, infatti, è

comunemente riconosciuto che l'estinzione determina il venir meno della società come autonomo soggetto di diritto, distinto dalle persone dei soci, titolare di sue proprie posizioni giuridiche attive e passive. Assai controversa è, invece, l'attigua questione del momento del prodursi di tali effetti²¹⁵; se questi, cioè, si verifichino all'esito dell'iter²¹⁶ predisposto per l'estinzione della società (e così con la sua cancellazione dal registro delle imprese, che rivestirebbe allora carattere costitutivo), indipendentemente dall'eventuale sopravvivenza/sopravvenienza di posizioni giuridiche attive o passive riferibili all'ormai estinto ente societario. Oppure in un momento successivo, non individuabile *ex ante*, di effettiva estinzione di ogni situazioni giuridica astrattamente imputabile alla società (con conseguente irrilevanza dell'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese).

Si tratta, come non si è mancato di rilevare già nella vigenza del codice di commercio, di un tema assai complesso, nel quale vengono a collidere istanze di primaria importanza perché "da un lato, la tutela dei creditori sociali, porterebbe a ritenere la insopprimibilità dell'ente e la indisponibilità del suo patrimonio fin quando esistano debiti della società; dall'altro lato le esigenze della certezza giuridica e la considerazione dell'interesse dei soci impongono che non si possa mantenere in piedi indefinitamente la società, nel presupposto della possibile sopravvenienza di un creditore ignoto"²¹⁷. Dall'adesione all'una o all'altra impostazione discendono allora effetti contrapposti, ma parimenti dirompenti, in ordine alla posizione degli ex-soci e dei creditori sociali, e – più in generale – sulla certezza dei rapporti giuridici.

²¹⁵ Come osserva F. D'ALESSANDRO, *Società: Scioglimento e liquidazione*, in *Giur. di merito*, 1988, 438, "se v'è una certa uniformità di vedute circa che cosa sia l'estinzione, per quanto invece attiene al problema di stabilire quando si verifichi l'estinzione stessa assistiamo ad una delle più nette e drammatiche divisioni".

²¹⁶ Non è questa la sede per la compiuta analisi della disciplina dello scioglimento e dell'estinzione delle società. Basti qui rammentare che il procedimento che porta all'estinzione dell'ente sociale è disciplinato in modo unitario per le società di capitali dagli artt. 2484 e ss. c.c., e si articola in una serie di fasi: verificarsi di una causa di scioglimento; iscrizione della relativa delibera assembleare nel registro delle imprese; nomina dei liquidatori ed apertura della fase di liquidazione (tesa al pagamento dei debiti sociali ed alla ripartizione dell'eventuale attivo tra i soci); redazione del bilancio finale di liquidazione e del relativo piano di riparto; cancellazione della società dal registro delle imprese. Analoga la procedura di scioglimento ed estinzione di società di persone: si v. gli artt. 2272 e ss. e 2323 e ss. c.c. Sul punto per tutti si v. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007.

²¹⁷ Così G. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, in *Foro It.*, 1939, I, 1320 e ss., spec. 1321.

In via di prima generalizzazione (ma si rinvia ai successivi capitoli per una più dettagliata analisi), il riconoscimento dell'efficacia costitutiva della cancellazione pone, primo tra tutti, il problema di individuare idonei strumenti di tutela del creditore sociale rimasto insoddisfatto all'esito della fase di liquidazione (e la disciplina positiva si rivela, sotto tale profilo, insoddisfacente). Il riconoscimento della permanenza in vita dell'ente sociale pur cancellato dal registro delle imprese, a sua volta, nuoce non poco alla necessaria certezza dei rapporti giuridici, cui inevitabilmente arreca danno la possibilità di riviviscenza *ad libitum* della società.

Sul punto, come si è osservato anche relativamente alla fusione, la dottrina risulta variamente orientata, mentre la giurisprudenza – dopo un'iniziale adesione alla tesi dell'efficacia costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese – si è assestata sul riconoscimento della permanenza in vita dell'ente sociale sino all'effettiva estinzione di ogni rapporto giuridico ad esso facente capo. Orientamento, questo, mantenuto saldo per quasi un secolo, sino alla svolta segnata dalle tre sent. nn. 4060, 4061 e 4062 del 2010, con cui le Sez. Un. – pur con il contemperamento della riconosciuta natura innovativa dell'art. 2495, co. 2, c.c. come risultante dalla riforma del diritto societario²¹⁸ (v. oltre par. 1.3) – hanno individuato il *quando* dell'estinzione nel momento di cancellazione della società dal registro delle imprese (tanto per le società di capitali quanto per quelle di persone, pur se formalmente non interessate dalla novella del 2003).

1.1 Orientamenti giurisprudenziali nel vigore del Codice di commercio

²¹⁸ Il d.lgs. 6 del 2003, intervenendo sul testo dell'art. 2456 (ora art. 2495), ha introdotto al co. 2, l'inciso: "*ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti ...*", il che ha portato la S.C. ad affermare che "il citato articolo, incidendo nel sistema, impone una modifica del diverso e unanime pregresso orientamento della giurisprudenza di legittimità, fondato sulla natura all'epoca non costitutiva dell'iscrizione della cancellazione che, invece, dal 1 gennaio 2004, estingue le società di capitali nei sensi indicati" (Sez. Un. 22 febbraio 2010, n. 4060; estinzione estesa – nei medesimi termini e con gli stessi effetti – anche alle società di persone dalla coeva sent. n. 4062). Il contemperamento cui sono giunte le Sez. Un. sta dunque in ciò, che le cancellazioni avvenute in data anteriore all'entrata in vigore della riforma del diritto societario (1 gennaio 2004), esplicano i loro effetti non al momento della iscrizione nel registro delle imprese, ma a partire dall'entrata in vigore della riforma. Cosicché è a partire dal 1 gennaio 2004 che devono considerarsi estinte – ex art. 2495 c.c. – tutte le società cancellate in precedenza dal registro delle imprese.

La questione del momento estintivo delle società non veniva positivamente risolta dall'abrogato codice di commercio²¹⁹ – che si limitava a disciplinare il procedimento di liquidazione (artt. 210-218) – pur se indicazioni al riguardo potevano trarsi dalla disciplina positiva ed in particolare dall'art. 218, che si riferiva alla società che avesse adempiuto a tutte le formalità pubblicitarie legate alla liquidazione quale “società cessata”²²⁰.

In mancanza di indicazioni espresse la Corte di cassazione si orientò inizialmente su posizioni assai vicine a quella attuali, riconoscendo all'avvenuto compimento delle formalità prescritte dal cod. comm. l'estinzione dell'ente sociale. Così Cass. Sez. Un. 28 luglio 1928 (in *Giur. It.*, 1929, I, 1, 575), per la quale “compiuta la liquidazione di una società anonima e cessata definitivamente l'esistenza della medesima, con l'adempimento di tutte le formalità di legge, il liquidatore non ha qualità legale per continuare un giudizio, non più nell'interesse della società estinta, ma di terzi cessionari di diritto, o aventi causa, della società, dei quali il liquidatore non ha la rappresentanza”²²¹. Non mancarono però coeve pronunce già tese ad una valutazione più elastica del *quando* dell'estinzione. Incomincia così a farsi strada l'idea che, pur se intervenuto lo scioglimento, l'ente sociale “continua ad esistere sin tanto che il patrimonio, come attività individuata a sé stante continua a sussistere” (Cass. 18 giugno 1926, in *Rep. Giur. It.*, 1927, voce *Società*, 130)²²².

²¹⁹ Si v., sul punto, le considerazioni di A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, 516, spec. 517-519.

²²⁰ In particolare – per quel che qui rileva – l'art. 215 disponeva che “compiuta la liquidazione i liquidatori formano il bilancio finale indicando la parte spettante a ciascuna quota o azione nella divisione dell'attivo sociale. Il bilancio formato dai liquidatori ed accompagnato dalla relazione dei sindaci è depositato al tribunale di commercio e pubblicato nelle forme stabilite ...”, mentre l'art. 218 prevedeva che “compiuta la liquidazione e la distribuzione o il deposito indicato nell'articolo precedente, i libri della società cessata devono essere depositati e conservati per cinque anni presso il tribunale di commercio”.

²²¹ In senso analogo si v. anche Cass. 23 luglio 1930, in *Rep. Foro It.*, 1930 voce *Società*, 408 (con la chiusura della liquidazione cessa la personalità giuridica di una società per azioni, onde si estinguono i diritti della società stessa e rimangono liberati i debitori”); Cass. 30 luglio 1930, in *Giur. It.*, 1930, I, 1, 1037 (“una società commerciale, che ha ultimato le operazioni della sua liquidazione, nei modi e sensi di legge, cessa di esistere”).

²²² In altre occasioni la Corte ha avuto modo di affermare analogo principio (Cass. 20 febbraio 1929, in *Foro It.*, 1929, I, 614); posizione cui ha mostrato di aderire anche la giurisprudenza di merito: si v. App. Milano 20 febbraio 1931, in *Foro It.*, 1931, I, 1314.

Il “quasi unanime cambiamento di rotta della giurisprudenza”²²³ si registra alla fine degli anni '30. Viene così superato lo stretto parallelismo tracciato tra compimento delle formalità connesse alla fase di liquidazione ed estinzione dell'ente, a favore di una maggior valorizzazione della necessità di una corrispondenza tra la situazione rappresentata dalle risultanze dei pubblici registri e quella reale. L'apertura manifestata dalla giurisprudenza, però, non è sin da subito totale. In un primo momento, infatti, la sopravvivenza della società rispetto alla conclusione delle formalità di liquidazione viene circoscritta alle sole ipotesi di perdurante pendenza di rapporti processuali che la coinvolgano²²⁴. In altre occasioni il novero delle ipotesi considerate viene ulteriormente ampliato, con esclusione dell'estinzione della società anche nei casi in cui questa – pur compiute le formalità necessarie all'estinzione – abbia continuato ad agire nei confronti di terzi²²⁵.

²²³ Così C. DE MARTINI, *Sull'estinzione della personalità giuridica delle società commerciali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, 104, che osserva come è a partire dal 1934 che “attribuito all'adempimento delle formalità di chiusura il valore di semplice elemento presuntivo della estinzione dell'ente, s'è decisamente affermato il principio che questo cessa veramente d'esistere allorché alla formale chiusura corrisponda lo stato reale delle cose, cioè allorché la presunzione relativa rappresentata dalla chiusura formale non venga contraddetta dalla realtà concreta dell'esaurimento del patrimonio”.

²²⁴ Così Cass. 17 luglio 1935, in *Rep. Giur. It.*, 1935, voce *Società*, 239; Cass. 28 giugno 1937 in *Foro It.*, 1937, I, 1544 (“non può postularsi la cessazione dell'ente sociale allorché la liquidazione sia stata chiusa in pendenza di un giudizio proposto da un creditore, il quale pertanto conserva il diritto di portare a termine il giudizio nei confronti della società rappresentata dal liquidatore”); Cass. 17 luglio 1941, *Foro It.*, 1942, I, 70; e Cass. 27 febbraio 1942, in *Dir. fall.*, 1942, II, 276 (“la pendenza d'una lite promossa contro la società e non ancora definitiva prima della chiusura della liquidazione, impedisce la cessazione dell'ente sociale e della rappresentanza attiva e passiva del medesimo”). Applicazione peculiare della ritenuta impossibilità di estinzione della società pendenti processi che la vedono parte è data da Cass. 28 novembre 1934, in *Giur. It.*, 1935, I, 1, 806, per la quale “non può dirsi cessata la personalità dell'ente sociale, per essere dichiarata chiusa la liquidazione, mentre pendono contestazioni in giudizio con i creditori. In tale stato di cose possono altri creditori promuovere azioni contro la società”. L'impossibilità di circoscrivere la sopravvivenza della società al solo diritto già dedotto nel processo pendente viene argomentata dalla citata sentenza in ragione di ciò, che rappresenterebbe una contraddizione giuridica ammettere che una società esiste per determinati soggetti (i creditori controparti nei processi pendenti) e non anche per altri (gli altri creditori sociali).

²²⁵ Così Cass. 17 luglio 1941, in *Foro It.* 1942, I, 70. Peraltro tale allargamento non viene ancora esteso alle mere ipotesi di pretermissione di un creditore dalla procedura di liquidazione, ma rimane circoscritto ai casi in cui la società mostri di agire nonostante l'avvenuta chiusura della fase di liquidazione: “ad integrare questa non corrispondenza (tra liquidazione formale e liquidazione sostanziale) non è sufficiente la preterizione di un creditore, ma è necessario che la società stessa, nonostante la formale chiusura della liquidazione, dimostri la sua vitalità continuando ad agire e litigare”, Cass. 15 giugno 1939, in *Foro It.*, 1939, I, 1, 1230.

Il riconoscimento che la chiusura della fase di liquidazione non importa l'estinzione della società in tutti i casi in cui la stessa risulti ancora titolare di rapporti sostanziali o processuali, attivi o passivi, si ritrova per la prima volta in Cass. 9 giugno 1937, in *Giur. It.*, 1937, I, 1, 813, per la quale: “La chiusura della liquidazione di una società, seguita dagli adempimenti formali, produce la cessazione della personalità sociale purché la formale chiusura corrisponda all'effettivo stato reale delle cose. Non può dirsi cessata la personalità di una società di cui sia stata dichiarata chiusa la liquidazione nel caso in cui dopo tale chiusura venga a risultare l'esistenza di creditori che non parteciparono al riparto perché non invitati ad insinuare i loro crediti, o perché sconosciuti, o venga ad apprendersi l'esistenza di attività non comprese nella liquidazione o questa si sia chiusa in tronco quando tutte le attività non erano state compiute”. Viene così formalizzato il principio condiviso poi per quasi un secolo da tutta la successiva giurisprudenza.

1.2 L'impatto del codice civile

Diversamente dal codice di commercio, il codice civile affronta espressamente la questione degli effetti dell'estinzione delle società rispetto ai creditori sociali rimasti insoddisfatti²²⁶, disponendo che – volta che sia intervenuta la cancellazione della società dal registro delle imprese – questi possano far valere le loro pretese nei confronti dei soci, nei limiti di quanto percepito in base al bilancio di liquidazione, se la società partecipata era società di capitali (o nei confronti dei liquidatori, ove la mancata soddisfazione sia dipesa da causa a loro colpa)²²⁷. Con ciò – secondo

²²⁶ Come si legge nella Relazione al c.c.: “da ultimo si è ritenuto indispensabile regolare la cancellazione della società dal registro delle imprese traendo dalla pubblicità che in tal senso viene data alla chiusura della liquidazione la conseguenza che, dopo di essa, i creditori insoddisfatti possono far valere i loro crediti soltanto nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme riscosse e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di essi” (n. 997). Inequivocabile al riguardo pure la Relazione al progetto preliminare di codice civile (par. 37 e 74), ove si legge che “è sembrato non potesse ammettersi la riviviscenza della società, dato che ormai il contratto era sciolto ed il patrimonio liquidato”.

²²⁷ Questo è quanto prevedeva l'art. 2456, co. 2, c.c. (ora art. 2495) per le società per azioni; analoga disciplina vale poi per le società di persone, con alcuni contemperamenti derivanti dal regime di responsabilità dei soci (si v., per le società in nome collettivo, l'art. 2312 c.c., e per quelle in accomandita semplice l'art. 2324 c.c.). Sulla scelta del legislatore del c.c. di prevedere espressamente gli effetti della cancellazione si v., per tutti, M.C. LUPETTI, *Cancellazione dal Registro delle imprese e momento estintivo delle società di persone*, in *Le Soc.*, 2004, 469 e ss., per il quale “è evidente che il legislatore abbia voluto risolvere i problemi che si agitavano sotto la vigenza del codice del commercio il quale, non prevedendo un procedimento formale di cancellazione della società (limitandosi a richiedere che i libri di questa venissero depositati e

l'assoluta maggioranza degli interpreti (v. oltre par. 2) – il Legislatore ha inteso sancire l'impossibilità di una riviviscenza della società cancellata dal registro delle imprese, individuando i diversi soggetti legittimati passivi delle pretese azionabili prima della cancellazione nei confronti dell'ente societario.

Ed invero il codice civile ha determinato un iniziale ripensamento degli approdi cui la giurisprudenza era giunta vigente il codice di commercio. Ritornando in parte sui propri passi la Corte di cassazione – nella prima pronuncia resa nel vigore della nuova disciplina – ha riconosciuto che “la chiusura della liquidazione, anche se seguita da tutti gli adempimenti formali, non produce l'estinzione della società, ove non corrisponda al reale stato delle cose per essere in corso contestazioni con i creditori: tuttavia nessuna nuova azione può essere proposta contro la società, ed i creditori rimasti insoddisfatti possono far valere i loro diritti solo nei confronti dei soci” (Cass. 30 giugno 1950, n. 1705, in *Foro It.*, 1951, I, 323). L'ente sociale, dunque, continua a vivere, ma limitatamente al rapporto processuale pendente.

Tuttavia le limitazioni così nuovamente riconosciute vengono ben presto a cadere. In pronunce di poco successive non si ritrova più il discrimine così tracciato, e la giurisprudenza torna a sostenere che agli adempimenti formali connessi alla chiusura della fase di liquidazione non può essere riconosciuto alcun effetto ove questi non corrispondano alla “verità effettiva delle cose”²²⁸. La Corte, dunque, pur affermando la piena conformità della propria impostazione alla nuova disciplina codicistica, si fa portatrice di una “interpretazione sostanzialmente abrogativa del

conservati presso il tribunale), aveva ingenerato il convincimento che la società restasse in vita sino alla definizione di tutti i rapporti giuridici alla stessa facenti capo” (474-475).

²²⁸ Si v. Cass. 3 maggio 1952, n. 904, in *Foro It.*, 1952, I, 568, per la quale “da tale avviso [N.d.R.: la riconosciuta valenza della iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese] non si discosta sostanzialmente l'indirizzo giurisprudenziale, delineatosi in passato e rimasto immutato sotto l'imperio del vigente codice, giacché per esso non si nega che la cancellazione della società dal registro delle imprese ne produca l'estinzione, ma soltanto, a temperamento e moderazione di tale automatismo, si richiede che alla situazione presuntiva di diritto, che con la cancellazione viene a crearsi, essendo essa provocata da una volontà unilaterale, corrisponda una realtà obbiettiva, coincida una verità effettiva delle cose, onde, se si addivenga all'adempimento di tale formalità quando sono ancora in corso contestazioni con uno o più creditori, l'adempimento formale non produce le conseguenze che gli vengono assegnate”. Analogamente anche le successive pronunce della S.C.; si v. – a titolo esemplificativo – Cass. 12 febbraio 1953, n. 351, in *Giust. civ.*, 1953, 553; Cass. 21 aprile 1956, n. 1222, in *Giust. civ. mass.*, 1956, 420; Cass. 31 gennaio 1957, n. 346, in *Giust. civ. mass.*, 1957, 142; Cass. 16 novembre 1960, n. 3071, in *Giust. civ.*, 1061, I, 237; e Cass. 29 agosto 1963, n. 2376, in *Giust. civ. mass.*, 1963, 1115.

sistema del codice civile”²²⁹, escludendo l’efficacia costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese ed evidenziando invece la necessità di un vaglio caso per caso in ordine al prodursi degli effetti riconosciuti dal c.c. al compimento degli adempimenti formali²³⁰. Il principio viene poi tralattivamente ripreso nella successiva elaborazione giurisprudenziale²³¹ – che sempre meno tenta di mostrare la conformità del proprio indirizzo al dato positivo – sino al suo ripensamento critico, prima da parte delle sezioni semplici (pochi anni dopo l’entrata in vigore della riforma del diritto societario, d. lgs. 6 del 2003) e poi sfociato nel *revirement* delle Sez. Un. del 2010.

²²⁹ Così F. GALGANO, *Società per azioni*, Bologna, 1974. Concorde sul punto anche F. D’ALESSANDRO, *Società: scioglimento e liquidazione*, cit., 438, che discorre di “condanna all’immortalità [del]le persone giuridiche”. Come si vedrà (par. 2) la posizione della giurisprudenza trova in disaccordo l’assoluta maggioranza degli interpreti.

²³⁰ In particolare resta pacifica l’indifferenza dei processi pendenti all’intervenuta cancellazione della società-parte: Cass. 12 luglio 1951, n. 1930, in *Foro It., Rep.* 1951, voce *Società* nn. 352-353 (“la società dopo lo scioglimento continua a sopravvivere finché non siano state chiuse le contestazioni derivate dalla sua attività, dovendo esistere una reale corrispondenza tra la dichiarazione di scioglimento e l’estinzione di fatto dell’ente”); Cass. 11 febbraio 1961, n. 299, in *Giust. civ.*, 1961, I, 576 (“se, nonostante la chiusura formale delle operazioni di liquidazione e la stessa cancellazione della società dal registro delle imprese, attuata su richiesta dei liquidatori, sopravvivano ancora rapporti di credito o di debito da definirsi con i terzi, se, in particolare, siano ancora pendenti contestazioni giudiziali con uno o più creditori o debitori della società, la società non si estingue ed il processo in corso, di cui sia parte la società stessa, prosegue nei confronti dei soggetti fisici (liquidatori) che già la rappresentavano in giudizio, e non può in tale ipotesi sorgere alcun problema di interruzione del processo, di successione di altri e diversi soggetti nello stesso e di riassunzione”); Cass. 27 aprile 1961, n. 947, in *Dir. fall.* 1961, II, 902 (che ulteriormente precisa che nelle ipotesi in discorso “il creditore può continuare a rivolgersi verso la società, agendo nei confronti dei suoi organi quali esistenti al momento della cancellazione (liquidatori) e questi possono agire contro chiunque per far valere le ragioni della società nelle contestazioni rimaste in sospeso”); Cass. 18 gennaio 1963, n. 47, in *Foro It.*, 1963, I, 728.

²³¹ A mero titolo esemplificativo si v. Cass. 19 giugno 1975, n. 2426, in *Foro It.*, 1975, I, 2737; Cass., 3 aprile 1979, n. 1880, in *Foro It.*, 1979, I, 1786 (“Le società, sia personali che di capitali, non si estinguono in seguito alla formale cancellazione dal registro delle imprese, ma solo se sia avvenuta l’effettiva liquidazione di tutti i rapporti giuridici pendenti. Perché venga meno la presunzione che alla cancellazione della società dal registro delle imprese corrisponda la liquidazione di tutti i rapporti giuridici, è sufficiente l’esistenza di un rapporto creditorio verso la società”); Cass. 28 dicembre 1989, n. 5803; Cass. 16 novembre 1996, n. 10065 (“le società commerciali, sia di capitali che di persone, non si estinguono con la cancellazione dal registro delle imprese, ma solo se sia avvenuta l’effettiva liquidazione di tutti i rapporti giuridici pendenti, di talché il provvedimento di cancellazione ha carattere puramente dichiarativo del fatto estintivo che deve essersi in precedenza verificato”); Cass. 29 maggio 1999, n. 5233; Cass. 1 luglio 2000, n. 8842; Cass. 24 settembre 2003, n. 14147 (“la cancellazione della società dal registro delle imprese non determina la sua estinzione, ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa”); Cass. 20 ottobre 2003, n. 15691.

1.3 La svolta rappresentata dalla riforma del diritto societario ed il conseguente mutamento giurisprudenziale

Se la giurisprudenza si è dimostrata impermeabile alle indicazioni quanto al momento dell'estinzione desumibili dalla disciplina dettata al riguardo dal c.c., altrettanto non è accaduto con la riforma del diritto societario. Il d. lgs. 6 del 2003 – secondo quando disposto dalla legge delega per la riforma del diritto societario (L. n. 366 del 2001), che voleva fossero disciplinati “gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese” (art. 8, co. 1, lett. a) – ha introdotto, al co. 2 dell'art. 2495 (rubricato “cancellazione della società”), un inciso iniziale che senza possibilità di fraintendimenti riconduce l'estinzione dell'ente sociale all'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese²³².

Tuttavia la prima interpretazione del nuovo dato testuale non si è rivelata incontrovertibile. A pochi anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto societario (1 gennaio 2004) si assiste infatti ad un contrasto tra le sez. semplici: alle pronunce che ripropongono il consolidato principio della valenza solo presuntiva della cancellazione della società dal registro delle imprese²³³ se ne vengono a contrapporre altre che, invece, ne affermano la natura costitutiva²³⁴.

²³² Com'è stato osservato il principio affermato con la legge di riforma del diritto societario, era “in qualche modo [stato] preannunciato dalla sentenza della Corte costituzionale sull'art. 10 L. fall.”, n. 319 del 21.7.2000 (così F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo, Parte II*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 592). Con tale sentenza – come rilevato pure dalle Sez. Un. con il loro arresto n. 4060 del 22 febbraio 2010 – “la Corte costituzionale ha rilevato come la lettura delle norme sugli effetti della pubblicità della cancellazione delle società espressione dell'allora diritto vivente, comportasse una chiara disparità di trattamento tra imprese individuali e imprese collettive ai fini della dichiarazione di fallimento, in quanto per l'imprenditore persona fisica la stessa era consentita entro un anno dalla cancellazione, mentre per le imprese collettive, rimaneva sempre incerto il momento della loro fine o estinzione, da cui far decorrere il termine di un anno entro cui, ai sensi dell'art. 10 previgente Legge Fallimentare, poteva essere dichiarato il loro stato di insolvenza”. Precipuamente sulla sentenza della Consulta si v. G. RAGUSA MAGGIORE, *Una pronuncia della Consulta che completa l'orientamento interpretativo dell'art. 10 l. fall. in precedenza seguito dalla Corte costituzionale*, in *Dir. fall.*, 2001, II, 563 e ss., nonché A. ZORZI, *Decorrenza e natura del termine annuale ex art. 10 l. fall. per l'imprenditore individuale*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 563.

²³³ Così Cass. 23 maggio 2006, n. 12114 (“deve ribadirsi ulteriormente che alla cancellazione della società dal registro delle imprese, e comunque al suo scioglimento, non consegue anche la sua estinzione, che è determinata, invece, soltanto dalla effettiva liquidazione dei rapporti pendenti che alla stessa facevano capo, e dalla definizione di tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi per ragioni di dare ed avere”); Cass. 15 gennaio 2007, n. 646 (“com'è noto, l'atto formale di cancellazione della società dal registro delle imprese, ha solo funzione di

In questo contesto si innestano le citate sent. nn. 4060, 4061 e 4062 del 22 febbraio 2010²³⁵. Richieste di un intervento chiarificatore²³⁶, le Sez. Un. – preso atto del mutamento normativo – affermano il principio per cui la cancellazione della società dal registro delle imprese ne determina l'estinzione, senza possibile futura sua riviviscenza pur in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti giuridici pendenti²³⁷. Peraltro la bontà del precedente orientamento giurisprudenziale non è posta in dubbio: il mutamento di indirizzo viene infatti argomentato in forza della nuova disciplina positiva dettata dalla riforma del diritto societario, che avrebbe – secondo le Sez. Un. – natura innovativa e non meramente interpretativa²³⁸, imponendo per ciò “una modifica del diverso e unanime orientamento della giurisprudenza di legittimità, fondato sulla natura all'epoca non costitutiva della

pubblicità ma non ne determina l'estinzione, ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa, a seguito della procedura di liquidazione”).

²³⁴ Cass. 28 agosto 2006, n. 18618: “ai sensi dell'art. 2495, co. 2, nel testo introdotto dall'art. 4 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ed entrato in vigore il 1 gennaio 2004, la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti”. In senso analogo anche le successive Cass. 18 settembre 2007, n. 19347; Cass. 15 ottobre 2008, n. 25192; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29242 e Cass. 13 novembre 2009, n. 24037.

²³⁵ Le si vedano in *Riv. di giur. trib.*, 2010, 749, con nt. C. GLENDI, *Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario*; in *Giur. It.*, 2010, 1610, con nt. di R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*; in *Le Soc.*, 2010, 1004, con nt. di D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*; in *Il Fall.*, 2010, 1401, con nt. di M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*; in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, 260, nt. M. DE ACUTIS, *Le Sezioni unite e il comma 2 dell'art. 2945 c.c., ovvero tra obiter dicta e contrasti (forse) soltanto apparenti*.

²³⁶ Cfr. ord. interlocutoria n. 8665 del 9 aprile 2009 della sez. III.

²³⁷ Il principio viene esteso dalle Sez. Un. anche alle società di persone, pur se la loro disciplina non è stata oggetto della riforma organica del diritto societario, e ciò perché “una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495, co. 2, nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata delle società di capitali, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, in virtù del quale la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente il presumere del venir meno della loro capacità e soggettività limitata negli stessi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali, rendendo opponibile ai terzi tale evento, contestualmente alla pubblicità” (Sez. Un. n. 4061 del 2010).

²³⁸ In senso contrario si erano pronunciate le sez. semplici. Si v. Cass. 28 giugno 2006, n. 18618 (per la quale l'art. 2945, co. 2, “non disciplinando le disposizioni per la cancellazione ma gli effetti della stessa, ovverosia la situazione giuridica della società cancellata, trova applicazione anche in riferimento alle cancellazioni avvenute in epoca anteriore alla sua entrata in vigore”) e Cass. 15 ottobre 2008, n. 25192, secondo cui “per la sua funzione ricognitiva [l'art. 2495, co. 2, è norma] retroattiva e trova applicazione anche in ordine alle cancellazioni

iscrizione della cancellazione”. Con la conseguenza che gli effetti delle cancellazioni intervenute in epoca anteriore all’entrata in vigore della riforma del diritto societario, produrranno effetti costitutivi a partire dal 1 gennaio 2004 (e dunque le società sopravvissute alla loro cancellazione dovranno considerarsi, da quella data solo, estinte).

L’approdo delle Sez. Un., sicuramente conforme al dato positivo, pone però non pochi problemi sia in ordine alla tutela apprestata per i creditori sociali rimasti insoddisfatti, sia – e soprattutto – in ordine ai processi pendenti al momento della cancellazione (o al successivo 1 gennaio 2004) della società-parte. Problemi che – come si v. *infra*, capp. II e III – non trovano, allo stato, adeguate risposte.

2. La dottrina sull’estinzione delle società

Sulla questione del *quando* dell’estinzione la dottrina ha mostrato sin da subito quasi unanime adesione alla tesi dell’efficacia costitutiva della cancellazione della società dal registro delle imprese²³⁹. Tale riconoscimento ha però portato gli interpreti ad interrogarsi in ordine alla posizione degli ex-soci e dei creditori sociali rimasti insoddisfatti in ipotesi di sopravvenienze o sopravvivenze passive o attive. Le diverse soluzioni fornite al riguardo (che verranno analizzate al cap. II) – in passato all’origine di dibattiti per lo più dottrinali – rivestono oggi, dopo l’intervento chiarificatore delle Sez. Un., importanza fondamentale per l’interprete che sia chiamato a dare soluzione alle molteplici problematiche lasciate aperte dal dato

intervenute anteriormente al 1 gennaio 2004, data di entrata in vigore del d. lgs. 6/2003, con la sola esclusione dei rapporti esauriti e degli effetti già irreversibilmente verificatisi”.

²³⁹ Nella vigenza del codice di commercio, in mancanza di una disciplina esplicita in punto di estinzione di società, per l’esigenza di ancorare tale fenomeno ad un momento preciso (e tendenzialmente insuperabile, pure nel caso di sopravvivenze/sopravvenienze, tanto attive quanto passive) si v. G. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, cit., 1320 e ss., secondo cui l’estinzione dell’ente andava ricondotta al momento di ripartizione del suo patrimonio fra i soci, in rispondenza ai principi in tema di personalità giuridica degli enti, posto che “con la ripartizione delle attività fra i soci si esaurisce anche lo scopo dell’ente in liquidazione e si realizza quella divisione dei guadagni cui mira il gruppo sociale. Immaginare che dopo di ciò l’ente continui a persistere, significa ipotizzare una corporazione che viva senza patrimonio, senza membri e senza uno scopo collettivo, significa cioè ammettere l’esistenza di una persona a prescindere da ogni suo elemento vitale” (p. 1323), con l’unica eccezione della pretermissione dalla fase di liquidazione di creditori sociali noti, nel qual caso l’attribuzione ai soci dell’attivo eventualmente residuo avrebbe dovuto considerarsi inefficace e così inidonea a determinare l’estinzione dell’ente. Il descritto criterio di determinazione del momento estintivo dell’ente si ritrova poi anche in F. CARNELUTTI, *In tema d’estinzione della società commerciale*, in *Foro It.*, 1940, V, 25 e ss.

positivo (pur chiaro nel collegare l'ineluttabile estinzione dell'ente sociale al momento della sua cancellazione dal registro delle imprese).

Benché la quasi totalità degli interpreti non esiti a riconoscere che “nel sistema del codice civile [anche prima della riforma del diritto societario] la cancellazione dal registro delle imprese segna il momento della estinzione della società”²⁴⁰, non è mancato chi – pur a fronte del dato positivo²⁴¹ – ha prestato adesione alla tesi giurisprudenziale della efficacia meramente presuntiva della cancellazione.

In particolare l'opera della giurisprudenza è stata valorizzata da quanti hanno sottolineato i risultati di tutela del credito – di cui si giovano i sistemi capitalistici – cui conduce il riconoscimento della permanenza in vita dell'ente nonostante la sua formale cancellazione²⁴². Meno ottimisticamente altri – pur concordando sugli esiti

²⁴⁰ Così F. GALGANO, *Società per azioni*, cit., 71, argomentando in ragione della possibilità, riconosciuta dal co. 2 dell'art. 2546 c.c. (ora art. 2495) ai creditori sociali rimasti insoddisfatti di rivolgersi agli ex soci nei limiti da quanto da questi percepito con il bilancio di liquidazione; possibilità che “conferma, appunto, che non esiste più, dopo la cancellazione della società, un patrimonio sociale, distinto dal patrimonio personale dei soci”.

²⁴¹ Vigente il codice di commercio, tra i sostenitori di questa impostazione, si v. U. NAVARRI, *Sugli effetti della “chiusura” della liquidazione*, in *Giur. It.*, I, 806, per il quale “la chiusura formale della liquidazione [è] senza significato se anche un solo creditore sia stato trascurato: la chiusura sarebbe soltanto apparente. Onde, anche in tal caso, il creditore pretermesso può agire contro la società e, se ricorrono gli estremi legali, farla fallire”. *Contra*, A. CANDIAN, *Ancora sul fallimento di società disciolte*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 498, che osserva come “la vita sociale ha anch'essa termini di durata prestabiliti dalla legge, e il cui regolamento, la cui proroga o la cui riduzione sono sottratte all'arbitrio dei creditori: sottratti nel senso che la inerzia dei creditori non può bastare a protrarre indefinitamente le sorti della società in una condizione di incertezza non meno tollerabile per la società e per i soci che – e questo è il colmo – per i terzi” (500).

²⁴² In tal senso V. COSTI, *Estinzione delle società, esigenze del processo economico e politica dei giudici*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 401 e ss. Secondo l'A. “così facendo la giurisprudenza ha consentito, sotto questo profilo, un sostanziale allineamento del nostro diritto vigente con quello degli ordinamenti adottati nei paesi ad economia capitalistica più avanzata ... [i quali] non sono sollecitati dal desiderio di realizzare il *bonum* e l'*aequum* per i singoli, ma dalla convinzione che la sicurezza del credito favorisce, con l'intensità dei traffici, lo sviluppo economico” (407). Non si può non osservare, tuttavia, che la soluzione giurisprudenziale comprime però altra fondamentale esigenza comune ad ogni ordinamento giuridico: quella della certezza dei rapporti giuridici, che viene inevitabilmente compromessa dall'impossibilità – che dall'impostazione lì accolta discende – di individuare con certezza il momento di estinzione dell'ente sociale.

– non hanno mancato di evidenziare che “resta affidato alla prudente discrezione della giurisprudenza non spingere questa soluzione alle estreme conseguenze”²⁴³.

Da altri, invece, l’efficacia meramente presuntiva della cancellazione viene argomentata in forza di indici positivi²⁴⁴. Solo così, si è sostenuto, si spiegherebbe il silenzio del codice di rito in punto di eventi interruttivi del processo che colpiscano la parte-persona giuridica: la sopravvivenza della società alla cancellazione in ipotesi di pendenza di rapporti giuridici (sostanziali o processuali), renderebbe infatti a monte non ipotizzabile alcuna interruzione per estinzione^{245,246}. Altri ancora

²⁴³ Così C. DE MARTINI, *Sull’estinzione della personalità giuridica delle società commerciali*, cit., 108-109, che restringe l’ambito delle ipotesi rilevanti ai fini di escludere l’avvenuta estinzione dell’ente alle sole sopravvenienze/sopravvenienze passive, e – tra queste – esclude poi quelle che abbiano natura pretestuosa o la cui sopravvivenza/sopravvenienza sia imputabile al creditore. Viene però così elaborato un criterio di difficile applicazione pratica (che non giova ai fini della certezza dei rapporti giuridici) data l’ampia discrezionalità del requisito della non pretestuosità del credito vantato nei confronti della società cancellata.

²⁴⁴ O della loro assenza; in tal senso G. RACUGNO, *Brevi osservazioni in tema di estinzione delle società per azioni*, in *Giur. It.*, 1969, II, 715 e ss., per il quale la natura meramente dichiarativa della cancellazione della società dal registro delle imprese, deriverebbe da ciò, che “la cancellazione, al pari di ogni altra iscrizione di cui all’art. 2189 [e diversamente dall’iscrizione dell’atto costitutivo della società nel registro delle imprese], non è mai subordinata all’emanazione di un decreto da parte del giudice del registro, né a un controllo di legittimità da parte del tribunale: è una semplice iscrizione affidata a funzionari amministrativi. Né l’ordinamento impone particolari cautele date le modeste finalità della iscrizione stessa: dichiarare che la società è venuta meno in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento e all’esaurirsi del procedimento di liquidazione” (p. 722).

²⁴⁵ Così A. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993. Il riferimento è qui agli artt. 299-301 c.p.c., che nel disciplinare le cause di interruzione del processo menzionano esclusivamente la morte o la perdita di capacità della parte o del suo difensore, e non anche il “venir meno della parte per altra causa” (art. 110 c.p.c.). Peraltro, l’assoluta maggioranza della dottrina processualcivile ammette l’operare dell’interruzione del processo anche in ipotesi di estinzione della persona giuridica. Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 314; E.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 196; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2011, 370; C. PUNZI, *L’interruzione del processo*, Milano, 1963, 210 e ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, 199 e ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2 *Processo di cognizione*, Bologna, 2010, 164.

²⁴⁶ Merita al riguardo osservare che la tesi dell’inapplicabilità della disciplina dell’interruzione alle parti-persone giuridiche, è stata prospettata da parte della dottrina in relazione all’ipotesi di fusione (così D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002; v. *retro*, Parte I, cap. III, par. 4). In particolare l’esclusione dell’operare della disciplina dell’interruzione del processo – ulteriormente comprovata dalla formulazione letterale degli artt. 299 e ss. c.p.c. – veniva affermata in ragione della volontarietà dell’evento fusione (e dei suoi effetti di estinzione della società di fusione e successione universale della società da fusione), che, in quanto tale, non poteva andare a detrimento della controparte della società fusa, ingiustamente onerata della riassunzione del processo interrotto. Peraltro, come si è mostrato, nell’ipotesi di fusione gli

fanno discendere tale conclusione dalla mancanza di una disciplina *ad hoc* in punto di sopravvenienze attive²⁴⁷.

Da alcuni, infine, è stato proposto di postergare il momento di estinzione della società – nonostante l'avvenuta cancellazione – alla soddisfazione di tutti i crediti fatti valere in sede di liquidazione (o, all'opposto di ammettere la perdurante esistenza della società ove emergano delle attività non liquidate²⁴⁸). Soluzione intermedia che consentirebbe di conciliare l'esigenza di evitare una possibile riviviscenza della società *ad libitum*, con quella di tutelare i creditori che abbiano, con la società cancellata, contestazioni pendenti²⁴⁹.

L'idea che la cancellazione della società dal registro delle imprese ne comportasse l'immediata ed irreversibile estinzione era però, si è detto, largamente condivisa dagli interpreti²⁵⁰. Tale conclusione si affermava essere necessitata dal dato positivo (art. 2456, co. 2, c.c.), e dalla considerazione della inequivocabile scelta del legislatore del '42 di sancire l'impossibilità di una riviviscenza della società una volta chiusa la fase di liquidazione^{251,252}; senza che a tal riguardo potesse darsi

artt. 299 e ss. c.p.c. sono posti fuori campo in ragione della natura e degli effetti sostanziali dell'istituto, che non determina alcuna estinzione della società di fusione né successione di quella risultante (v. *retro* Parte I, cap. II).

²⁴⁷ Così P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvenienze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione*, in *Le Soc.*, 2008, 896.

²⁴⁸ In tal senso V. COSTI, *Natura giuridica del provvedimento di cancellazione delle società commerciali dal registro delle imprese*, in *Foro It.*, 1951, I, 674 e ss.

²⁴⁹ Così A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 424, con una soluzione assai vicina a quella originariamente prospettata dalla giurisprudenza.

²⁵⁰ Così, a mero titolo esemplificativo, oltre agli A. citati nelle successive note, si v. L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 803 e ss.; T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 244 e ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 530 e ss.; A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 937 e ss.; F. GALGANO, *Società per azioni*, cit., 71 e ss.; ID., *Società in genere. Società di persone*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982, 399 e ss.; M. PORZIO, *La cancellazione*, ne *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abadessa – Portale, IV, Torino, 2004, 89 e ss.; M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss.; E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal Registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2005, 765 e ss.; P.P. PAPALEO, *Cancellazione di società dal registro delle imprese e tutela dei creditori sociali*, in *Le Soc.*, 2006, 1108 e ss.

²⁵¹ Si v. G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982, 908, per il quale una tale riviviscenza sarebbe risultata inconcepibile nel contesto normativo delineato dal c.c. Analogamente E. BIAMONTI, *Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società commerciali in liquidazione*, in *Foro It.*, 1951,

peso alla eventuale pendenza di rapporti processuali o alla sopravvivenza/sopravvenienza di attività o passività non considerate nel bilancio di liquidazione²⁵³.

Crediamo discenda dall'impostazione da ultimo descritta – pur se questo corollario assai raramente si trova esplicitato nei contributi sul tema²⁵⁴, e sul quale non vi unanimità di consensi – che l'estinzione della società importa l'estinzione dei debiti sociali eventualmente rimasti insoddisfatti; estinzione temperata dalla previsione della possibilità per i creditori sociali di rivalersi nei confronti dei soci (nei limiti di quanto ad essi attribuito dal bilancio di liquidazione) e dei liquidatori (ove il mancato soddisfacimento sia dipeso da loro colpa). Alla sorte di eventuali

I, 23 e ss.; M. PALANDRI, *Effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, 552 – che osserva come “la tesi enunciata dalla giurisprudenza prima del 1942 nel silenzio del Codice di commercio [è] stata ora completamente disattesa dal Legislatore che, con gli artt. 2312 e 2456 c.c. ha posto il principio che la chiusura formale della liquidazione determina la fine delle società-imprese” – e F. GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, cit., per il quale il legislatore “voleva evitare l'indefinito protrarsi nel tempo del vincolo di destinazione impresso sui beni sociali” (399).

²⁵² In tale contesto l'intervento del legislatore della riforma del diritto societario – si è osservato – risulta così teso a “sconfessare, se non l'interpretazione giurisprudenziale sopra citata, quanto meno la lettura della legge che aveva consentito una costruzione interpretativa che il nuovo legislatore ha rifiutato” (V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, *Le Soc.*, 2008, 930). Sulla natura interpretativa dell'inciso del co. 2 dell'art. 2495 c.c. si v. anche V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 195, nonché G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1839. In senso contrario, però, si sono da ultimo orientate le Sez. Un. (sent. nn. 4060, 4061, 4062 del 2010): v. par. 1.3

²⁵³ Sul punto si v. C. PUNZI, *Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 274 e ss.; A. FIORENTINO, *Sullo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 368 e ss., spec. 401 e ss.; A. MIRONE, *Cancellazione della società da registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, 516 e ss.

²⁵⁴ V. espressamente in F. CARNELUTTI, *In tema d'estinzione della società commerciale*, in *Foro It.*, cit., 25 e ss., e – sulla scorta del primo – in M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 151 e ss., per il quale “l'estinzione del soggetto determina l'estinzione del rapporto e non già viceversa. Di conseguenza se la liquidazione è chiusa e la società è estinta, prima che un debito della stessa sia stato soddisfatto, anche il debito si estingue. Non è detto però che il creditore sia privo di difesa contro il pregiudizio che a lui può, innegabilmente, derivare da una tale estinzione dovuta al fatto unilaterale del suo debitore. Tale difesa [...] è allestita dalla legge anzitutto preventivamente attraverso l'impostazione delle forme di pubblicità che accompagnano la liquidazione [...]; inoltre successivamente all'avvenuta chiusura della liquidazione ed estinzione della società, sia attraverso l'imposizione di una responsabilità di carattere obbiettivo, fondata sull'indebito arricchimento nei confronti dei soci, sia attraverso l'imposizione a carico dei liquidatori di una responsabilità di natura subbiettiva che ha per presupposto il mancato soddisfacimento del credito” (158).

sopravvenienze/sopravvivenze passive ed attive, nonché alla ancor più complessa questione della sorte di eventuali giudizi ancora pendenti al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese, sono peraltro dedicati i successivi capitoli.

CAPITOLO II

SOPRAVVIVENZE (E SOPRAVVENIENZE) ATTIVE E PASSIVE: PROFILI SOSTANZIALI DELLA TUTELA DEI CREDITORI SOCIALI E DEGLI EX SOCI

1. Premessa – Sezione I: La sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze attive – 1. Oggetto delle sopravvivenze/sopravvenienze attive – 2. Sopravvivenze/sopravvenienze attive e posizione degli ex soci – 2.1 La successione degli ex soci nelle situazioni giuridiche attive di titolarità della società estinta – 2.2 L'applicazione analogica delle disposizioni sull'eredità giacente – 2.3 La valenza omnicomprensiva del bilancio di liquidazione – 2.4 L'applicazione analogica delle norme sulla scissione – 2.5 Conclusioni – 3. La cancellazione della cancellazione – Sezione II: La sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze passive – 1. Sopravvivenze/sopravvenienze passive e responsabilità dei soci: impostazione del problema – 2. La responsabilità dei soci quali successori della società estinta – 3. La responsabilità degli ex soci per arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) – 4. La responsabilità dei soci ex art. 2280 c.c. – 5. Ulteriori (minoritarie) tesi sul titolo della responsabilità degli ex soci – 6. Conclusioni: il titolo della responsabilità degli ex soci di società di capitali – 7. (segue): e degli ex soci di società di persone – 8. La responsabilità pro quota o solidale degli ex soci e la sorte dei contratti in essere

al momento dell'estinzione della società – 9. L'azione surrogatoria del creditore sociale ex art. 2900 c.c.

Premessa

La coincidenza del momento estintivo della società con la sua cancellazione dal registro delle imprese – imposta, come da ultimo riconosciuto anche dalla giurisprudenza, dal dato normativo – pone all'attenzione degli interpreti una serie di conseguenti e non marginali questioni in passato risolte attraverso il ricorso alla *fictio* della riviviscenza dell'ente sociale nonostante l'avvenuta cancellazione. Ci si riferisce ai noti problemi relativi alla mancanza (o, più probabilmente all'incompletezza) della fase di liquidazione, chiusa pur in presenza di crediti o debiti sociali, o di rapporti processuali ancora pendenti.

Il presente capitolo è dunque dedicato allo studio della sorte di eventuali sopravvivenze o sopravvenienze attive o passive (mentre al successivo è rinviata l'analisi della sorte dei processi ancora pendenti al momento dell'estinzione dell'ente sociale). Si tratta di profili sui quali manca ancora una espressa presa di posizione della giurisprudenza, mentre al riguardo la dottrina risulta variamente orientata; quanto poi alla disciplina positiva, questa si presenta in parte monca: vi trova infatti regolamentazione la sola ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze passive. In generale il sistema non ci pare fornisca adeguata tutela – soprattutto sul piano processuale – ai creditori pretermessi dalla liquidazione, imponendo uno sforzo ricostruttivo i cui esiti non possono comunque dirsi soddisfacenti.

SEZIONE I: LA SORTE DELLE SOPRAVVENIENZE/SOPRAVVIVENZE ATTIVE

1. Oggetto delle sopravvivenze/sopravvenienze attive

Con l'espressione sopravvivenze o sopravvenienze attive si designano quelle posizioni giuridiche attive facenti capo alla società che non trovano corrispondenza nel bilancio di liquidazione pur se già sorte al momento dell'estinzione della società (le c.d. sopravvivenze), oppure perché sorte in un momento successivo alla chiusura della liquidazione (c.d. sopravvenienze).

Queste situazioni giuridiche attive potranno consistere in diritti di credito, diritti reali (rispetto ai quali si pone l'ulteriore problema del rispetto del principio di continuità delle trascrizioni: v. oltre par. 2), e pure diritti potestativi, tanto ad attuazione stragiudiziale (come può essere il diritto di recesso *ad nutum*) quanto giudiziale (esemplare al riguardo il diritto di ottenere la risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, art. 1453 c.c.). A quest'ultimo riguardo, tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni.

In un recente arresto (sent. n. 16758 del 16 luglio 2010, sez. I) la Corte di cassazione – chiamata a decidere sulle domande, svolte dagli ex soci della società ormai estinta, di accertamento della simulazione di un negozio concluso tra la società ed un terzo con conseguente pronuncia di sentenza costituiva ex art. 2932 c.c.²⁵⁵ – ha statuito che “in caso di cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese [N.d.R.: ma non si rinvergono nella pronuncia ragioni che ostino all'estensione del principio anche alle società di capitali] i singoli soci non sono legittimati all'esercizio di azioni giudiziarie la cui titolarità sarebbe spettata alla società, ma che questa ha scelto di non esperire sciogliendosi e facendosi cancellare dal registro delle imprese”.

Il limite così individuato crediamo attenga non alla azionabilità in giudizio di eventuali sopravvivenze attive, ma – a monte – alla stessa trasmissibilità agli ex-soci di posizioni giuridiche potestative ad attuazione giudiziaria di titolarità della società estinta. E ciò perché nel caso considerato non si verte in ipotesi di attività passibili di liquidazione, sicché la scelta della società di estinguersi senza previamente esercitare il diritto potestativo riconosciutole assume il valore di una rinuncia al suo esercizio²⁵⁶.

²⁵⁵ Nel caso affrontato dalla S.C., in particolare, gli ex soci – adducendo che la società aveva concluso con terzi un contratto preliminare di compravendita di un immobile al quale era seguita una scrittura privata di risoluzione consensuale del contratto preliminare stesso – denunciavano il carattere simulatorio della scrittura privata, chiedendo così la condanna dei convenuti ex art. 2932 c.c.

²⁵⁶ Così crediamo vada interpretata la motivazione della citata pronuncia, ove si legge che “non si tratta di beni, di crediti o comunque di valori di sicura identificazione, dei quali si sarebbe potuto ipotizzare la liquidazione in favore dei soci”. Nonostante poi il principio di diritto enunciato dalla Corte attenga esclusivamente a “azioni giudiziarie” che la società “ha scelto di non esperire”, le ragioni addotte a sostegno portano a concludere che l'intrasmissibilità riguardi non

Dal criterio volontaristico (*pro* estinzione) così individuato discende – a contrario – che analoghe questioni non si porranno in relazione a diritti potestativi sorti successivamente all'estinzione dell'ente, che legittimeranno così l'azione degli ex soci (ove si giunga ad ammettere che eventuali sopravvenienze attive si possano direttamente trasmettere agli ex soci senza necessità di una riapertura della fase di liquidazione, circostanza della quale – peraltro – si dubita: v. par. 3)²⁵⁷. In questi casi, infatti, la scelta della società di procedere all'estinzione non assume alcun connotato volitivo in ordine alla rinuncia all'esercizio del diritto potestativo, che costituirà una vera e propria sopravvivenza, soggetta al relativo regime (su cui v. oltre).

Del pari quanto sopra importa che la scelta della società di procedere all'estinzione non potrà essere valorizzata – nel silenzio della disciplina sul punto: v. oltre parr. 2 e ss. – in relazione ad altri diritti (di credito o reali) non considerati dal bilancio di liquidazione che la società non abbia esercitato prima della sua cancellazione. Nel caso considerato, infatti, stante il ragionamento svolto dalla Corte nella citata pronuncia, non potrà argomentarsi la loro estinzione (per rinuncia al diritto da parte della società che scelse di estinguersi), sicché tali sopravvivenze si trasmetteranno agli ex-soci (e con esse pure le relative azioni giudiziali²⁵⁸), o – se tale trasmissione

solo i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria, ma anche quelli ad esercizio stragiudiziale (anch'essi non liquidabili a favore dei soci) noti alla società al momento della sua cancellazione.

²⁵⁷ Si pensi, ad esempio, alla domanda di risoluzione del contratto di vendita ex artt. 1490, 1492 e 1453 c.c. concluso tra la società estinta ed un terzo venditore quando i vizi della cosa venduta che la rendono inadatta all'uso siano scoperti in un momento successivo alla cancellazione della società dal registro delle imprese.

²⁵⁸ Il debitore convenuto dagli ex soci per il pagamento di un credito sociale non considerato nel bilancio, non potrà così opporre l'avvenuta estinzione del credito (per estinzione della società). La circostanza che il credito non sia in concreto stato realizzato (e così che la società, pur potendo, non abbia agito in giudizio per ottenerne il pagamento prima dell'estinzione), infatti, non ha alcuna rilevanza riguardo la possibilità che esso venga liquidato a favore dei soci, e dunque non rileverà neppure in ipotesi di mancata sua inclusione nel bilancio di liquidazione. *Contra*, se male non si è inteso, A. Fusi, *Estinzione delle società di persone, azioni giudiziarie e legittimazione degli ex soci*, in *Le Soc.*, 2011, 5 e ss., che pare generalizzare concludendo che "il fatto che la società si sia posta in liquidazione decidendo di non intraprendere una certa azione giudiziaria, lascia presumere la volontà della società di rinunciare all'azione; pertanto non vi è alcuna situazione giuridica che possa essere trasmessa ai soci, i quali non sono legittimati ad agire in giudizio in luogo della società estinta" (9). Questo, in realtà, ci pare vero solo nel caso (quello appunto di diritti potestativi ad attuazione giudiziaria) in cui la situazione attiva (e così, nel concreto, il vantaggio che gli ex soci trarranno dalla sopravvenienza) non esista già, ma necessiti un'agire costitutivo (della parte o del giudice: come, per esempio, il diritto al risarcimento del danno conseguente all'annullamento del contratto). Altrettanto non

si ritenga di negare – determineranno il presupposto per la riapertura della fase di liquidazione.

2. Sopravvivenze/sopravvenienze attive e posizione degli ex-soci

La disciplina positiva dell'estinzione delle società, pur dopo la riforma del diritto societario, non si occupa della sorte di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive, pur se espressamente richiesto della legge delega (l'art. 8, lett. a) Legge n. 366 del 2001 imponeva infatti di “disciplinare gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, il regime della responsabilità per debiti non soddisfatti, e delle *sopravvenienze attive e passive*”).

Nonostante ciò è largamente condivisa l'idea che la presenza di sopravvenienze/sopravvivenze attive non infici il carattere costitutivo della cancellazione della società dal registro delle imprese e così non comporti la sopravvivenza della società (al pari di quanto accade nell'ipotesi – normativamente prevista – di sopravvenienze/sopravvivenze passive)²⁵⁹. Del pari largamente diffusa è l'idea che sulle sopravvivenze/sopravvenienze attive nel caso queste consistano in beni si instauri un regime di comunione ordinaria ex artt. 1100 e ss.

può però dirsi ove la dimensione processuale non risulti “costitutiva” del diritto, ma meramente servente al suo realizzo. Del resto se così non fosse quasi mai potrà dirsi sussistere o venire ad esistenza una attività non liquidata, posto che quasi sempre la concreta realizzazione del diritto richiederà l'intervento dell'A.G.

²⁵⁹ Espressamente sul punto Trib. Treviso, 19 febbraio 2009, in *Le Soc.*, 2010, 355 e ss. (con nt. di G. ZAGRA, *Effetti irreversibili della cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*), per il quale l'art. 2495, co. 2, c.c. “non può avere altro significato che quello di configurare l'estinzione della società come un evento irreversibile, indipendentemente dal fatto che la sopravvenienza (o la sopravvivenza) riguardi cespiti passivi o attivi”; Trib. Milano, 17 maggio 2010, n. 6444 (in Banca dati *Dejure*), per il quale anche in ipotesi di attività non è possibile “riconoscere operatività a quei diversi rimedi che, come prima della riforma, consentono di considerare la società ancora esistente, o comunque di revocare la cancellazione, con il coinvolgimento del liquidatore”; Trib. Napoli, 26 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*, che parla di estinzione “ineludibile”; Trib. Bologna, 8 ottobre 2010, in *Le Soc.*, 2011, 271 (con nt. di E.E. BONAVERA, *Sopravvenienze attive di società estinta in seguito alla cancellazione dal Registro delle imprese*). Parzialmente difforme Trib. Como, 24 aprile 2007, in Banca dati *Dejure*, che, pur ammettendo l'efficacia costitutiva della cancellazione della società dal registro delle imprese, ne afferma la possibile riviviscenza – a mezzo della cancellazione dell'iscrizione della cancellazione (sul punto v. *amplius* par. 3) – quantomeno nelle ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive. In tal senso anche F. DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 2004, 357; M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2004, 823 e ss.; R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1618.

c.c. tra gli ex-soci²⁶⁰, mentre ove si tratti di crediti, vi sarà una situazione di solidarietà attiva²⁶¹. Tuttavia l'omogeneità di posizioni è solo apparente: non appena si sposti l'attenzione a quello che è il titolo dell'acquisto dei soci la dottrina si mostra nuovamente divisa²⁶² (e, soggiungiamo, la disciplina positiva dell'estinzione si mostra inidonea a fornire adeguata soluzione al problema).

2.1 La successione dei soci nelle situazioni giuridiche attive di titolarità della società estinta

Una prima impostazione riconduce il caso in esame (e, più in generale, il titolo della devoluzione agli ex soci di eventuali residui attivi all'esito della fase di liquidazione)

²⁶⁰ Così, oltre alla giurisprudenza citata alla nota che precede in dottrina, tra gli altri, L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 803 e ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, spec. 559 e ss.; A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 516 e ss.; A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 937 e ss.; M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss. In tal senso pure G. FRÈ, *Della società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Torino-Roma, 1982, che peraltro non indica quale sarebbe il titolo giustificativo di una tale comunione, limitandosi ad affermare che "in questo caso riteniamo che si stabilisca per tali sopravvenienze una comunione o contitolarità fra i soci, i quali potranno perciò rivolgersi agli stessi liquidatori perché, se necessario, le liquidino e ne propongano la ripartizione, oppure potranno provvedere altrimenti al relativo riparto" (907-908). Tuttavia al riguardo si deve osservare che alla chiusura della fase di liquidazione viene meno, in capo al liquidatore, ogni potere ("liquidatorio", appunto) ad esso riconosciuto, sicché non si comprende come questo potrebbe successivamente essere investito del compito di procedere all'assegnazione di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze, se non al più riconoscendogli una investitura da parte diretta degli ex soci (non più però allora in veste di "liquidatore").

²⁶¹ Così M. PORZIO, *La cancellazione*, ne *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abadessa-Portale, IV, 91. Alla qualificazione degli ex soci quali concreditori consegue, a livello processuale l'operatività del meccanismo dell'art. 103 c.p.c., e così del litisconsorzio facoltativo attivo. In relazione, invece, all'ipotesi in cui a seguito della sopravvivenza/sopravvenienza attiva venga ad instaurarsi tra gli ex soci un regime di comunione, le conseguenze processuali muteranno a seconda dell'azione in concreto esercitata in giudizio: così, se viene chiesta la divisione della comunione, si verterà in ipotesi di litisconsorzio necessario tra tutti gli ex soci-ora condomini (art. 102 c.p.c.); mentre se l'azione esercitata è di condanna (ad esempio alla consegna/rilascio della *res*), la domanda potrà essere validamente proposta anche da uno solo degli ex soci comproprietari. Più dubbia invece la questione per il caso in cui venga proposta domanda di accertamento (ad esempio della proprietà del bene), nel qual caso non vi è concordia in dottrina sull'operare del meccanismo di cui all'art. 103 o all'art. 102 c.p.c. (sul punto si v. *amplius* C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, Torino, 2010, 389 e ss.).

²⁶² Manca invece una presa di posizione della giurisprudenza di legittimità. Con la cit. sent. n. 16758 del 16 luglio 2010 la Corte di cassazione, pur prendendo atto del dibattito sorto tra gli interpreti quanto al titolo dell'acquisto dei soci, ha ritenuto non necessario – stante l'oggetto del giudizio – prendere posizione al riguardo.

ai fenomeni successorii, e ciò perché “nella titolarità dei beni residui, dopo soddisfatti i debiti, subentra alla persona giuridica un altro soggetto”²⁶³, l'ex socio appunto. Quanto al titolo della successione gli interpreti risultano divisi tra quanti rivengono gli elementi della successione universale²⁶⁴, e quanti invece sostengono si tratti di una successione a titolo particolare.

A favore della prima ricostruzione, militerebbe – secondo i suoi sostenitori – il dato positivo, e così il riferimento compiuto dall'art. 2495, co. 2, ult. parte c.c. alla possibilità per creditori sociali rimasti insoddisfatti di notificare la propria domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione “presso l'ultima sede della società”²⁶⁵. Si tratta, invero, di una disposizione che “riecheggia” (parzialmente) quanto previsto dall'art. 303, co. 2, c.p.c., che dispone che la riassunzione del processo interrotto per morte della parte possa essere fatta – se entro l'anno dalla morte – collettivamente ed impersonalmente agli eredi nell'ultimo domicilio del *de cuius*. Il parallelo così tracciato tra estinzione della società-posizione degli ex soci, da un lato, e morte della persona fisica-posizione degli eredi, dall'altro, consentirebbe di rinvenire nel caso in esame “un fenomeno successorio universale simile a quanto accade in tema di successione ereditaria”²⁶⁶. Il che non sarebbe poi contraddetto dalla previsione di una responsabilità limitata degli ex soci per i debiti sociali non considerati in fase di liquidazione. Anzi, proprio le disposizioni dettate dal Libro II del c.c. (ed in particolare la disciplina dell'accettazione dell'eredità con

²⁶³ Così L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, cit., 817. Diversamente però osserva F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1946, par. 12, n. 8, che “diversa dalla successione è la devoluzione che implica ... destinazione di beni di un soggetto ad un altro in forza di un atto della pubblica autorità”, ma parrebbe pure di un atto della società stessa.

²⁶⁴ Così, ad esempio, M. PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959, spec. 215, per il quale si tratterebbe di una successione a titolo universale in un patrimonio, quello sociale appunto; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, II, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 597, per la quale “è possibile ricostruire il rapporto che si instaura tra società e soci, in seguito alla divisione del patrimonio sociale, in termini di successione universale, rinvenendosene nella specie gli effetti caratteristici: la responsabilità per i debiti del soggetto venuto meno e l'unità della vicenda traslativa”.

²⁶⁵ Così M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 533, per il quale si tratterebbe di una successione universale a causa dell'estinzione del soggetto. Lo stesso argomento viene poi ripreso anche da F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, II, cit.

²⁶⁶ Così G. ZAGRA, *Effetti irreversibili della cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 362.

beneficio di inventario, artt. 484 e ss. c.c.) mostrerebbero come la responsabilità illimitata degli eredi non sia essenziale per aversi successione a titolo universale. La circostanza che in ipotesi di estinzione la responsabilità degli ex soci sia *ex lege* limitata a quanto loro attribuito dal bilancio di liquidazione, e dunque non necessiti una esplicita dichiarazione come accade invece per l'erede, troverebbe infine giustificazione in ragione della “innegabile differenza tra l'estinzione della persona giuridica e la morte della persona fisica”²⁶⁷.

Una tale soluzione ripropone nuovamente – pur se a diversi fini – la nota assimilazione dell'estinzione della persona giuridica alla morte della persona fisica, e così della successione universale a causa di estinzione degli ex-soci alla successione universale *mortis causa* degli eredi (cui conseguirebbe l'operare anche per la prima di disposizioni – quelle in materia successoria – dettate unicamente per la seconda), sulla quale si nutrono forti dubbi (v. retro Parte I, cap. II)²⁶⁸. A supplire l'evidente diversità dei due fenomeni (morte/estinzione) che si vorrebbero accomunare (diversità che gli stessi sostenitori della tesi qui criticata riconoscono) non ci pare sufficiente la mera indicazione di una regola procedurale (quella della notificazione presso l'ultima sede sociale: peraltro nemmeno perfettamente sovrapponibile a quella dettata per la notifica agli eredi, mancando qui la possibilità di una notificazione “collettivamente ed impersonalmente”), che è evidentemente prevista per avvantaggiare i creditori sociali pretermessi dalla fase di liquidazione²⁶⁹, e che – peraltro – si espone a seri dubbi di incostituzionalità: v. cap. III, par. 5.

²⁶⁷ M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 537. Sul punto si veda anche ID., *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 281 e ss.

²⁶⁸ Rinviando ai richiamati capitoli basti qui rifarsi a quanto autorevolmente osservato da L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Parte I, Napoli, 1976, 285 e ss., che sottolinea come la diversità delle due successioni (per causa di morte e per causa di estinzione) importa che “gli effetti propri della prima specie non devono e non possono verificarsi per la seconda, per cui non sono statuiti; né sono applicabili ad essa data la loro eccezionalità”.

²⁶⁹ Conveniamo infatti con quanti hanno osservato che benché le tesi che accomunano gli ex soci agli eredi siano dotate di una certa suggestività (consentendo – in determinati casi, come anche in quello di specie – di dare risposte ai gravi problemi che originano da una disciplina quantomai lacunosa), “non resisto[no] alle critiche di fondo secondo cui il fenomeno societario, originando da una convenzione finalizzata alla destinazione produttiva di un patrimonio, non conosce la vita e la morte quali accadimenti irreversibili. Ne consegue che gli effetti giuridici e

La tesi in esame, poi, si rivela insoddisfacente anche all'atto pratico. La questione del titolo di acquisto delle sopravvivenze/sopravvenienze attive da parte dei soci porta sempre con sé l'altra, alla prima strettamente connessa, delle modalità attraverso le quali rendere opponibile ai terzi tale acquisto ove esso abbia ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati. Ed infatti in coerenza con la premessa per cui l'acquisto degli ex soci è acquisto successorio, questo dovrebbe essere trascritto in quanto tale nei registri immobiliari, ossia ex art. 2648 c.c. Tuttavia una tale impostazione – che peraltro si scontra con il principio della tassatività della trascrizione – sconta inoltre la mancanza di un atto di accettazione dell'eredità²⁷⁰, posto che la trascrizione dell'acquisto ereditario di diritti reali su immobili presuppone l'avvenuta accettazione dell'eredità da parte dell'erede.

Altri invece hanno sostenuto che la comunione degli ex soci relativamente agli elementi attivi del patrimonio sociale residuati a chiusura della liquidazione o ad eventuali sopravvivenze/sopravvenienze discenda da un fenomeno di successione a titolo particolare. E ciò perché manca, nel caso di specie, il subentro del successore nella totalità dei rapporti giuridici facenti capo al dante causa (com'è invece per la successione universale), posto che gli ex-soci subentreranno esclusivamente in alcuni dei rapporti giuridici attivi facenti capo alla società estinta, ossia in quelli eventualmente residuanti a valle del soddisfacimento dei creditori sociali²⁷¹.

patrimoniali dell'evento morte, questa si irreversibile per sua natura, non potrebbero essere adattati ed applicati analogicamente all'estinzione di soggetti privi di un substrato fisico quali sono le società", così P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, in *Giust. civ.*, 2011, 739 e ss.

²⁷⁰ Si v. sul punto le considerazioni critiche di Trib. Como, 24 aprile 2007, in Banca dati *Dejure*.

²⁷¹ Così L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, cit., 820, che discorre di successione a titolo particolare nel patrimonio netto. Analoghe considerazioni sono condivise anche da A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, cit., che – pur riconoscendo la sussistenza di un fenomeno successorio – esclude il ricorrere di una ipotesi di successione a titolo universale (orientandosi invece per quella a titolo particolare) in ragione di ciò, che “manca l'oggetto stesso della successione universale, cioè un patrimonio. Perché, se l'ipotesi della successione universale non è né può essere prevista in via tipica quale effetto dell'estinzione delle società, mi sembra che non sia possibile applicarla alle situazioni patologiche di singoli elementi attivi e passivi del patrimonio sociale che non siano stati definiti con il procedimento di liquidazione; sicché al fenomeno del trasferimento della titolarità di questi elementi patrimoniali deve attribuirsi una diversa configurazione giuridica” (956).

Da alcuni, poi, è stata prospettata una posizione intermedia, che coniuga i risultati raggiunti dalla tesi da ultimo descritta (ossia la successione a titolo particolare degli ex soci), con la considerazione che la comunione ordinaria che si viene ad instaurare tra questi è effetto del contratto sociale²⁷² (i cui effetti non sarebbero, o non sarebbero in toto, caducati dall'estinzione della società). In particolare si afferma che “venuto meno il diaframma della persona giuridica, gli ex soci ridivengono contitolari dei beni residui non distribuiti, succedendo a titolo particolare alla società”²⁷³. Una tale impostazione peraltro – a prescindere dalle perplessità che può originare in ordine alla configurata compresenza, quale titolo dell’acquisto degli ex soci, della riviviscenza dell’originaria comunione sui beni residui e della successione a titolo particolare nella titolarità degli stessi – non si sottrae alle critiche ad essa formulate in relazione alla difficoltà di ammettere che l’estinzione della persona giuridica porti alla riviviscenza di una comunione tra gli ex soci, posto che prima dell’acquisto della personalità giuridica da parte della società (con l’iscrizione nel registro delle imprese) non v’è nessuna comunione tra i conferenti²⁷⁴.

2.2 L’applicazione analogica delle disposizioni sull’eredità giacente (artt. 528 e ss. c.c.)

Una seconda proposta ricostruttiva si muove sempre nel solco dell’applicabilità analogica delle norme dettate per la successione delle persone fisiche, postulando l’applicabilità – in via di analogia, appunto – dell’istituto dell’eredità giacente (artt. 528 e ss.)²⁷⁵.

²⁷² Il richiamo è qui alla posizione di T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1952, 244 e ss., secondo cui “nell’ipotesi di persistenza o sopravvenienza di attività non mi sembra si possa parlare di successione, ma solo di un effetto dell’originario rapporto sociale. Il trasferimento dei beni in sede di riparto della società al socio (come la responsabilità di questo a tenore del 2456 e 2312 o il suo diritto sui beni sociali trascurati nel riparto) è la conseguenza del rapporto sociale” (251).

²⁷³ Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese*,. *Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., spec. 572.

²⁷⁴ Così P. D’ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvenienze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione*, *Le Soc.*, 2008, 895.

²⁷⁵ Così V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, in *Le Soc.*, 2008, 929 e ss.

Punto di partenza (oltre all'ineluttabilità dell'estinzione della società conseguente dalla sua cancellazione dal registro delle imprese) è l'impossibilità che l'acquisto degli ex soci di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive possa avvenire senza un intervento mediatore che trasferisca la proprietà dei beni che ne formano oggetto ai soci "con atto formale scritto e pubblicato nei pubblici registri"²⁷⁶. La situazione descritta (patrimonio prima appartenente ad un soggetto venuto meno, e non ancora attribuito ai titolari, ossia agli ex soci) presenterebbe così una forte somiglianza con quella che viene a crearsi a seguito della morte di una persona fisica, prima dell'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, consentendo dunque l'applicazione analogica dei principi per quest'ultima dettati.

In tal modo, all'emergere di una sopravvenienza/sopravvivenza attiva, ciascuno degli ex soci – e pure il Tribunale d'ufficio, arg. ex art. 528, co. 1, c.c. – potrà chiedere al Tribunale la nomina di un curatore speciale, che sarà incaricato di procedere all'attribuzione del residuo sopravvenuto ai soci (secondo la loro quota di partecipazione), sempre che non vi siano altresì creditori insoddisfatti, nel quale caso il residuo attivo dovrà essere destinato dal curatore in via preferenziale alla loro soddisfazione.

Questa posizione, al pari di quelle che precedono, ci pare però scontare la sostenuta operatività delle disposizioni dettate per la successione delle persone fisiche, disposizioni che – contrariamente a quanto sostenuto dai suoi fautori – non crediamo possano essere oggetto di applicazione analogica²⁷⁷. A ciò si aggiunga – a prescindere dalla pur chiara difficoltà di qualificare gli ex soci quali chiamati all'eredità, e a riprova della non estendibilità a casi diversi della disciplina della successione *mortis causa* – che la funzione che il curatore speciale sarebbe in questo caso chiamato a svolgere (ossia quella di portare a compimento una

²⁷⁶ V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, cit., 931, con ciò evitando sul nascere eventuali problemi conseguenti al rispetto delle disposizioni sulla pubblicità immobiliare.

²⁷⁷ Si v. le osservazioni critiche di P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, cit., 739 e ss., per cui: "il sistema delle successioni, inteso come apparato normativo tendenzialmente completo ed eccezionale, presuppone quindi l'evento morte non meno di quanto, in concreto, la disciplina della giacenza ereditaria presupponga l'esistenza di chiamati all'eredità che non abbiano accettato e che non siano nel possesso dei beni relitti".

liquidazione prematuramente chiusa) differisce di molto da – ed anzi sarebbe diametralmente opposta a – quella riconosciutagli dagli artt. 528 e ss. Il curatore speciale, infatti, ha l'obbligo di gestire il patrimonio ereditario nell'ottica di una sua conservazione a favore dei chiamati (poi eredi)²⁷⁸.

2.3 La valenza omnicomprensiva del bilancio di liquidazione

Altri ancora hanno affermato la “valenza omnicomprensiva” del bilancio di liquidazione, che – pur non facendone espressa menzione – già considererebbe le eventuali sopravvenienze/sopravvivenze, risultando così titolo idoneo a determinare il sorgere della comunione degli ex soci sulle stesse²⁷⁹. Tale comunione, peraltro, si rivelerebbe in una prima fase solo potenziale, divenendo invece effettiva attraverso un atto di ricognizione degli ex soci che – preso atto della sopravvivenza/sopravvenienza – ne determini l'assegnazione a loro favore. Si tratterebbe – se male non si è compreso il pensiero qui riportato – di un atto avente la funzione di “correggere” formalmente il bilancio di liquidazione, ossia rendere espresso un suo contenuto implicito²⁸⁰.

La tesi così prospettata ci pare però esporsi ad una serie di insuperabili osservazioni critiche. Anzitutto non v'è alcun indice positivo che possa portare a riconoscere al bilancio di liquidazione la funzione che gli si vorrebbe assegnare; ed anzi, è vero il contrario: il problema delle sopravvivenze/sopravvenienze attive sorge proprio perché la fase di liquidazione (e così il bilancio che a questa pone fine) è risultata incompleta per non aver considerato alcune attività sociali. Sicché il bilancio di liquidazione non può costituire titolo per il trasferimento ai soci anche di quelle poste attive che in esso non trovano riscontro.

²⁷⁸ Cfr. al riguardo A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Milano, 1961, 146; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 192; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano 1968, 271; M. LIPARI, *L'eredità giacente*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova 1994, 328.

²⁷⁹ La tesi è prospettata da A. RUOTOLO, *Società cancellata dal registro delle imprese e sopravvenienze attive*, in AA. VV., *Consiglio nazionale del notariato. Studi e materiali*, Milano, 2006 1058 e ss., per il quale “è la stessa approvazione del bilancio finale di liquidazione a consentire l'imputazione dei beni ai soci (atto certamente traslativo)”.

²⁸⁰ Afferma l'A. che sia così possibile ammettere che “siano gli ex soci a procedere all'integrazione della liquidazione, ricomprendendo il bene omesso, e alla successiva assegnazione del bene” (1062).

Né a superare questa prima dirimente obiezione si potrebbe addurre che l'acquisto dei soci è frutto di una fattispecie complessa data dal bilancio di liquidazione e dal successivo atto degli ex soci di ricognizione delle sopravvivenze e di successiva loro assegnazione. Della legittimità di un tale atto (e degli effetti che ad esso si riconoscono) può infatti seriamente dubitarsi: si tratta invero di un atto di vera e propria integrazione del bilancio di liquidazione che – seppur astrattamente ipotizzabile (quantomeno prima della cancellazione della società dal registro delle imprese²⁸¹) – dovrà comunque provenire dai soggetti a ciò *ex lege* deputati, e così dai liquidatori, e seguire l'iter previsto per la sua approvazione (nella versione così modificata) dagli artt. 2492 e ss. c.c.

Analoghe perplessità suscita poi la soluzione data al conseguente problema della trascrizione dell'acquisto dei soci ove si tratti di beni immobili o mobili registrati. Si afferma infatti che l'acquisto da parte degli ex soci dovrebbe essere trascritto ex art. 2643, n. 1 c.c. contro la società pur se estinta, dovendo però riconoscersi alla trascrizione così effettuata non solo gli effetti ad essa riconosciuti ex art. 2644 c.c., ma pure quelli di continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c. Per mutuare il pensiero di altro autore, “il meno che si possa dire, di fronte a questo abito di Arlecchino di regole (in parte tratte dalla trascrizione degli atti di trasferimento della proprietà *inter vivos* ed in parte tratte dalla trascrizione degli acquisti ereditari) è che si naviga nell'incertezza”²⁸².

2.4 L'applicazione analogica delle norme sulla scissione

Da alcuni, infine, è stata sostenuta la possibilità di risolvere l'evidente problema del titolo attributivo delle sopravvivenze/sopravvenienze agli ex soci mediante il richiamo alle disposizioni dettate per la scissione (artt. 2506 e ss. c.c.)²⁸³. Viene

²⁸¹ Una volta avvenuta la cancellazione dal registro delle imprese, cessato l'incarico dei liquidatori, non sarà invece più possibile alcuna integrazione/modifica del bilancio di liquidazione, dovendosi invece più correttamente discorrere, appunto, di sopravvivenze/sopravvenienze attive e passive.

²⁸² Così M.S. SPOLIDORO, *La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit., 823 e ss.

²⁸³ Così A. ZORZI, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2002, 91 e ss., per il quale “il parallelo con la disciplina della scissione, per quanto riguarda la sorte dei debiti non soddisfatti dalla società e i crediti non riscossi, o i beni non liquidati, si attegga ad “interpretazione autentica” della disciplina dell'estinzione della società; ed essa consente di dare soluzione unitaria alle vicende di tutti i

così ipotizzata la valorizzazione dell'art. 2506-bis, co. 2, c.c. che dispone che “se la destinazione di un elemento dell'attivo non è desumibile dal progetto, esso, nell'ipotesi di assegnazione dell'intero patrimonio della società scissa, è ripartito tra le società beneficiarie in proporzione alla quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna”. Ciò consentirebbe di evitare la *fictio* di una improbabile successione degli ex soci alla società estinta, riconoscendo invece un fenomeno di assegnazione tacita in natura dei beni non liquidati²⁸⁴. Più precisamente la fonte dell'acquisto degli ex soci risulterebbe un effetto legale del contratto sociale, effetto che si manifesterebbe in ogni caso di “discontinuità e di alterità soggettiva” che può investire l'ente, e che ricorrerebbe in tutte le operazioni straordinarie (fusione, scissione, trasformazione) e pure nel caso di estinzione²⁸⁵.

Ed infatti alla facile obiezione per cui assai arduo appare il parallelo tracciato tra estinzione e scissione si replica che l'art. 2506-bis sarebbe teso a disciplinare non tanto le singole ipotesi di scissione, quanto gli effetti dell'irreversibilità dell'evento da questo sancita. La disposizione, dunque, avrebbe portata generale trovando applicazione in ogni caso in cui si verifici una “alterazione” dell'ente sociale, ossia il “momento in cui, sia nell'ambito delle operazioni straordinarie sia nel caso di estinzione definitiva, la società perde i connotati che la identificano come soggetto di diritto, diventando qualcosa d'altro o estinguendosi”²⁸⁶.

Questa posizione – sicuramente affascinante poiché consente di individuare il regime delle sopravvivenze/sopravvenienze attive senza il ricorso ad istituti estranei alla disciplina delle società, e che con queste indubbiamente male si conciliano – sta o cade con il suo presupposto fondante, ossia che l'art. 2506-bis c.c. detti una disciplina generale degli effetti degli eventi irreversibili che determinino una “alterità” dell'ente sociale. Ciò però non ci pare: che le

rapporti non liquidati, indipendentemente dal fatto che si tratti di rapporti preesistenti o sopravvenuti, attivi o passivi, e noti o ignoti ai liquidatori”. La tesi viene poi riproposta da P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, cit.

²⁸⁴ Così A. ZORZI, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese, estinzione delle società e tutela dei creditori*, cit., 91 e ss.

²⁸⁵ P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, cit., spec. 741 e ss.

²⁸⁶ Così P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, cit., spec. 743.

conseguenze irreversibili delle operazioni straordinarie (fusione, trasformazione e scissione) e della estinzione rinvengano una disciplina unitaria non trova conferma nel sistema. Ed anzi è smentita dal dato positivo: così per la fusione l'art. 2504-bis c.c. espressamente sancisce (conformemente alla natura meramente modificativa del fenomeno) l'assunzione dei diritti e degli obblighi delle società di fusione da parte della società da fusione; del pari lo stesso art. 2495, co. 2, c.c. disciplina gli effetti dell'estinzione, pur se parzialmente e solo per ciò che concerne la sorte di eventuali debiti sociali non considerati in sede di liquidazione. A ciò si aggiunga l'impossibilità di ricondurre ad unicità una serie di fenomeni così disparati (la fusione – fenomeno meramente modificativo-evolutivo: v. Parte I –, la scissione – che può presentare natura anch'essa meramente modificativa oppure preludere all'estinzione, secondo la scelta espressa dalla società scissa, art. 2506, co. 3, c.c. – ed infine l'estinzione, fenomeno incontestabilmente “funerario”).

2.5 Conclusioni

All'esito di questo breve *excursus* ci pare emerga l'insoddisfazione delle soluzioni prospettate dagli interpreti in ordine al problema della individuazione del titolo di acquisto di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive da parte degli ex soci della società estinta. E ciò, crediamo, non per mancanza di una adeguata indagine del problema. La questione, allo stato, pare destinata a restare, per tale via, irrisolta. Appare infatti sicuramente lodevole lo sforzo ricostruttivo profuso nel dare consistenza giuridica ad una percezione a tutti comune: una volta venuto meno l'ente sociale eventuali posizioni giuridiche attive non considerate in sede di liquidazione (al pari di quelle residue all'esito del procedimento) non potranno che risultare di titolarità dei soci. Ed infatti è il buon senso che impone di escludere “che estinta la società sono estinti i suoi diritti e liberati i debitori e divenuti *res nullius* (o avvocati allo Stato?) i beni”²⁸⁷.

E tuttavia le tesi elaborate per risolvere questa *impasse* non risultano sino in fondo persuasive. Così è per quella della successione universale a causa di estinzione dei soci, o per quella che postula l'applicazione analogica delle norme in tema di eredità giacente, che vorrebbero operanti per le persone giuridiche istituti dettati

²⁸⁷ Così T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, cit., 248.

per le persone fisiche (con i non pochi problemi di adeguamento della disciplina che ne originano). Così è pure per le impostazioni che giustificano l'acquisto con l'ultrattività di alcuni effetti del contratto sociale, che male si conciliano con la constatazione che – estinto l'ente – viene meno, per la volontà così espressa dai soci, anche il contratto sociale (a voler tacere poi dei problemi sottesi all'individuazione di quali effetti di quello dovrebbero considerarsi ultrattivi, e perché). Quanto alla prospettata successione a titolo particolare degli ex-soci, questa pure si rileva insoddisfacente; solo apparentemente infatti l'acquisto trova giustificazione: a ben vedere la successione a titolo particolare rimane un assunto tutto da dimostrare (ossia ancora una volta non viene individuato quale sia l'atto di devoluzione agli ex-soci delle sopravvivenze/sopravvenienze). Neppure aiuta il tentativo di ricercare in altri istituti del diritto societario una norma di carattere generale applicabile al caso in questione, oppure postulare un'efficacia del bilancio di liquidazione che non gli è propria. In nessun caso, poi, si perviene ad una risposta che sia adeguata a risolvere i problemi che si pongono in ipotesi di beni immobili, e così alla necessità che il titolo dell'acquisto dei soci possa poi essere trascritto nei pubblici registri.

In mancanza di una disciplina positiva che possa (almeno in parte) indirizzare gli interpreti (come accade per le sopravvivenze/sopravvenienze passive)²⁸⁸, crediamo allora sia necessario prendere atto dell'impossibilità di rinvenire nel sistema strumenti idonei a risolvere la questione. Peraltro, poiché una soluzione (nell'attesa di un auspicabile intervento del legislatore) va trovata, crediamo che essa passi per l'ammettere, in ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive, la cancellazione dell'iscrizione della società dal registro delle imprese (pur consapevoli dei non pochi problemi che anche la prospettata soluzione porta inevitabilmente con sé).

3. La cancellazione della cancellazione

²⁸⁸ Ad impedire sul nascere ogni questione in ordine all'acquisto dei soci sarebbe risultata sufficiente infatti una espressa previsione (peraltro imposta dalla legge delega per la riforma del diritto societario: v. art. 8) analoga a quella che l'art. 2945, co. 2, c.c. detta per le sopravvivenze/sopravvenienze passive, in ordine all'acquisto da parte dei soci delle posizioni attive di titolarità della società estinta non considerate nella fase di liquidazione (unitamente, però, alla disciplina dell'atto che di tale acquisto darà conto, ai fini della sua trascrizione nei registri immobiliari).

Le conclusioni cui si è giunti impongono di vagliare la possibilità – affacciata sia in dottrina che in giurisprudenza – della cancellazione dell’iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese (ex art. 2191 c.c.). Si tratta infatti di una tesi che ci pare possa essere sostenuta – pur con alcuni correttivi che diremo²⁸⁹ – anche nell’attuale contesto positivo, e così a fronte dell’espresso riconoscimento dell’efficacia costitutiva della cancellazione della società dal registro delle imprese di cui all’art. 2495, co. 2, c.c.

Per quanto concerne la posizione della giurisprudenza la possibilità che la cancellazione della società dal registro delle imprese venisse a sua volta cancellata nelle ipotesi in cui la liquidazione si fosse rivelata incompleta è stata riconosciuta dai giudici di merito sia prima²⁹⁰ che dopo la riforma del diritto societario. In particolare si è ritenuto che l’efficacia costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese sancita dall’art. 2495, co. 2, c.c. non ne impedisca la cancellazione da parte del giudice del registro ex art. 2191 c.c. nelle ipotesi in cui tale prima iscrizione sia avvenuta in assenza delle condizioni previste dalla legge, nelle quali rientra la completezza del procedimento di liquidazione della società²⁹¹. Peraltro

²⁸⁹ In particolare, ma lo si dirà meglio oltre, crediamo che la cancellazione della cancellazione ex art. 2191 c.c. risulti ammissibile nella sola ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive, non anche nel caso di sopravvivenze/sopravvenienze passive (ragion per cui se ne tratta nella presente sezione), mentre un discorso più articolato sarà necessario per ciò che riguarda i processi pendenti al momento dell’intervenuta cancellazione della società (v. cap. III).

²⁹⁰ Tra le ultime pronunce che si collocano però ancora nell’alveo dell’orientamento giurisprudenziale che negava che la cancellazione dal registro delle imprese avesse sempre effetti estintivi dell’ente sociale, si v. Trib. Padova, 13 agosto 2004, in *Le Soc.*, 2005, 765, nt. critica di E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal registro delle imprese*; Trib. Padova, 26 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2004, 906; Trib. Verona, 10 luglio 2001, in *Dir. Fall.*, 2001, II, 1277.

²⁹¹ Così Trib. Udine, ord. 15 settembre 2005, n. 500, disponibile al sito www.dejure.it. In senso non dissimile, ma più accuratamente mirato a circoscrivere una tale possibilità alla sola ipotesi di sopravvenienze/sopravvivenze attive, Trib. Como, 24 aprile 2007, in *Banca dati Dejure*, ove si legge – all’esito di una accurata disamina – che “deve essere ordinata la cancellazione di tale iscrizione facendo venir meno *ex tunc* l’effetto costitutivo. Provvedimento che appare oltre che opportuno, legittimo non essendo rinvenibile un qualche elemento da cui trarre la tesi dell’irreversibilità dell’estinzione delle persone giuridiche, dovendosi, al contrario, individuare quali siano le ipotesi in cui la cancellazione della società dal registro può essere a sua volta cancellata. La legge nel caso di cancellazione ex art. 2495 c.c. collega a tale istanza l’effetto costitutivo dell’estinzione della società in quanto presume che non vi siano sopravvivenze (o sopravvenienze) attive ... In entrambi i casi la cancellazione e quindi l’estinzione della società presuppone che, ai sensi dell’art. 2492, co. 1, c.c. sia stata “compiuta la liquidazione”: qualora si scopra l’insussistenza di tale presupposto sostanziale la cancellazione è stata effettuata non validamente ed è consentito porre riparo a tale situazione non altrimenti rimediabile”.

più di recente il dato positivo è stato invece impiegato a fondamento dell'opposta soluzione: la sancita efficacia costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese, impedirebbe una sua eventuale cancellazione ex art. 2191 c.c.²⁹².

La giurisprudenza di legittimità, invece, non si è occupata *ex professo* della questione dopo i centrali interventi in punto di momento estintivo dell'ente sociale. Tuttavia tre arresti successivi alle sent. nn. 4060, 4061 e 4062 del 2010 delle Sez. Un. mostrano alcune – pur timide – aperture verso la tesi della cancellazione della cancellazione. Se ne occupa, *per incidens*, la già citata Cass. 16 luglio 2010, n. 16758, la quale sembra ipotizzare, salvo poi non intervenire sul tema, che la successiva scoperta di poste attive non liquidate “potrebbe aprire la strada alla cancellazione d'ufficio da parte del giudice del registro della precedente cancellazione”. Almeno in parte più esplicite sono invece – e proprio – le Sez. Un. che, con due arresti di identico tenore (sentt. 8426 e 8427 del 9 aprile 2010²⁹³), pur non affrontando esplicitamente la questione dell'ammissibilità di tale cancellazione della cancellazione, né ponendosi in diretto dialogo con la soluzione accolta della natura costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese (i tre precedenti arresti vengono invero richiamati, ma ad altro fine); tuttavia lasciano arguire l'ammissibilità di un tale rimedio, sulla quale ammissibilità peraltro non è difficile immaginare che le Sez. Un. saranno a breve chiamate a pronunciarsi espressamente.

²⁹² Si v. Trib. Lucca, 12 gennaio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1279 e Trib. Treviso, 19 febbraio 2009, in *Le Soc.*, 2010, 355, con nt. di G. ZAGRA, *Effetti irreversibili della cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*. Secondo il Tribunale la prospettata cancellazione della cancellazione “comporterebbe l'insorgenza di una situazione complessa e non certo confinata alla mera acquisizione del cespite attivo, perché si dovrebbe coerentemente anche ammettere la praticabilità di ipotetiche azioni da parte di terzi nei confronti della società, suscettibili di alterare l'esito della liquidazione. E, d'altra parte, una deroga alla rigida regola posta dall'art. 2495 c.c. si presterebbe a non ammissibili manovre di tipo strumentale, lasciando agli ex soci la scelta opportunistica di considerare estinta o meno la società, a seconda che si tratti di far valere poste attive o passive”.

²⁹³ Il caso deciso è il seguente: la cancellazione di una società dal registro delle imprese è stata disposta dal giudice del registro tenuto conto che la stessa aveva – dopo la cancellazione – trasferito la sua sede all'estero (Romania) per avvantaggiarsi di alcune agevolazioni fiscali, il che dimostrava la sussistenza di attività nonostante l'intervenuta cancellazione e così il fatto che a ciò si era proceduto senza che ricorressero le condizioni previste dalla legge. A seguito della re-iscrizione nel registro delle imprese la società era stata poi dichiarata fallita.

La principale critica svolta dagli interpreti allo strumento in esame è che con esso, di fatto, si vanifica quanto espressamente disposto dal legislatore all'art. 2495, co. 2, c.c. Si riconosce cioè, da un lato, che la società cancellata dal registro delle imprese è società estinta e però, dall'altro, si ammette la sua riviviscenza – a mezzo della cancellazione della cancellazione – ottenendo così lo stesso risultato cui giungeva la giurisprudenza ante riforma del 2003 e che il legislatore ha inteso sconfessare²⁹⁴.

Tra coloro che invece sostengono la legittimità del ricorso alla cancellazione della cancellazione v'è poi chi ne ipotizza l'impiego in ogni caso in cui ci si avveda dell'incompletezza della liquidazione (e così sia in ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive che passive, che – infine – di processi pendenti)²⁹⁵, e chi invece ne restringe l'ambito di applicazione alle sole ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive. La prima impostazione non appare condivisibile. La necessità di ricorrere allo strumento di cui all'art. 2191 c.c., come si è visto e come meglio si dirà oltre, origina dalla mancanza di una espressa disciplina delle sopravvivenze/sopravvenienze attive che impedisce di trovare adeguate risposte alla questione del titolo del loro acquisto da parte degli ex soci. Altrettanto non è, però, nell'ipotesi di passività sopravvenute: in questo caso, infatti,

²⁹⁴ Lucide al riguardo le critiche osservazioni di G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, in *Società di Capitali, Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, per il quale “dire che la società cancellata può essere riportata in vita (*rectius*: in liquidazione) se indebitamente cancellata, altro non significa che affermare che la cancellazione non mette capo all'estinzione della società, che il morto possa risuscitare (sia pure solo per “correttamente” morire) quando non sia “correttamente morto”: in altre parole negare alla cancellazione effetto costitutivo”. Analogamente critici R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit.; e A. ZORZI, *Sopravvenienze attive e cancellazione ex art. 2191 c.c. della cancellazione*, cit., che osserva come in tal modo si perpetuerebbe un “abuso” dello strumento di cui all'art. 2191 c.c., che è strumento di buon governo del registro delle imprese e non finalizzato alla soluzione di conflitti nell'ottica della tutela di interessi specifici, come sarebbe reso evidente dal potere officioso e dall'assenza dell'iniziativa di parte.

²⁹⁵ Così F. DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 357; M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 527 e ss.; nonché – se bene si è inteso – P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione della società (e le sopravvenienze attive)*, cit., i quali peraltro sostengono che lo strumento della cancellazione dovrebbe avere efficacia solo residuale, operando nelle sole ipotesi in cui residui, ad esempio, un intero ramo d'azienda. Ci pare però che il criterio della “quantità delle attività” così proposto rischi di risultare in concreto eccessivamente discrezionale determinando una ancor maggiore incertezza. Inoltre, come si è detto, il problema circa l'acquisto “diretto” dei soci di eventuali poste attive sussiste sempre, indipendentemente dalla loro quantità.

il legislatore ha esplicitamente previsto il regime di tali passività residue (dal quale – ma v. oltre sez. II – emerge bene pure il titolo della responsabilità dei soci). Neppure per i processi pendenti al momento della cancellazione della società-parte si può poi *tout court* postulare l'applicazione dell'art. 2191 c.c. La soluzione, in queste ipotesi, ci pare infatti vada ricercata a monte, e così dipenda dall'oggetto del giudizio (se esso sia una posizione giuridica passiva della società, nel quale caso la disciplina del processo pendente sarà influenzata dalle soluzioni accolte in ordine alla responsabilità dei soci per i debiti sociali; se invece si controverta di un diritto della società la questione diviene, se possibile, ancora più complessa, essendo necessario valutare se le conclusioni cui qui si è giunti valgono pure per i processi pendenti: v. cap. III).

Più convincentemente si è invece sostenuto che la cancellazione della cancellazione sia possibile solo in presenza di attività non liquidate o sorte successivamente alla chiusura della fase di liquidazione²⁹⁶. La tesi qui accolta passa per il riconoscimento che il silenzio del legislatore in punto di sopravvivenze/sopravvenienze attive abbia natura "qualificata". Nel non dettare alcuna disposizione al riguardo il legislatore avrebbe mostrato l'intenzione di non considerare chiusa la liquidazione in presenza di attività non liquidate, diversamente da quanto avviene per i debiti sociali, per i quali anzi è prevista espressamente la possibilità di una loro sussistenza nonostante l'estinzione della società debitrice (come evidenzia proprio l'incipit del co. 2 dell'art. 2495 c.c.).

Il caso in esame, invece, sarebbe sintomatico della mancanza di una "compiuta liquidazione"²⁹⁷ che l'art. 2492, co. 1, c.c. richiede quale condizione affinché si possa procedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese²⁹⁸. E

²⁹⁶ Così M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit.

²⁹⁷ Come precisa l'A. l'art. 2492, co. 1, c.c. "non si riferisce alla nozione formale di liquidazione ma a quella sostanziale: non interessa sapere se il procedimento si è formalmente concluso nella normale successione delle due fasi, ma se in sostanza il patrimonio è liquidato compiutamente, sì o no. Infatti il compimento sostanziale della liquidazione richiede che l'attivo sia stato interamente ceduto o assegnato (e che non sopravvivano o non sopravvengano elementi ulteriori)", p. 826.

²⁹⁸ La tesi qui riportata sembra riecheggiare quella esposta da V. CONTI, *Natura giuridica del provvedimento di cancellazione delle società commerciali dal registro delle imprese*, in *Foro pad*, 1951, I, 673 e ss., spec. 675-676, per il quale mentre l'eventuale

proprio questa mancanza legittimerebbe l'esercizio del potere officioso del giudice del registro di cancellazione dell'iscrizione (della cancellazione) illegittimamente avvenuta, secondo quanto disposto dall'art. 2191 c.c. (che recita: "se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni previste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione").

Resta però da superare quella che crediamo l'obiezione più fondata alla tesi qui prospettata, ossia che così ragionando si porrebbero nel nulla gli effetti estintivi della cancellazione della società dal registro delle imprese sanciti invece dal legislatore²⁹⁹. Al riguardo convincente appare la replica che l'effetto estintivo – che sicuramente ricorre – non viene negato dal riconoscimento dell'operare dell'art. 2191 c.c. Ciò che si nega è invece l'irreversibilità di una tale cancellazione, che non troverebbe riscontro positivo (il legislatore si limiterebbe a sancire la non reversibilità in ipotesi di sopravvenienze passive) e che, al contrario, originerebbe dal noto – e parimenti insostenibile – parallelo tra l'estinzione della società e la morte della persona fisica (questa sola, per sua natura all'evidenza, irreversibile)³⁰⁰.

sopravvenienza/sopravvivenza di passività risulterebbe ininfluente, non precludendo (e così invalidando) la cancellazione e l'estinzione della società (e ciò perché il legislatore ha espressamente statuito la responsabilità degli ex soci per i debiti sociali non considerati in sede di liquidazione), altrettanto non sarebbe per le sopravvivenze/sopravvenienze attive, e così per la mancata liquidazione (totale) del patrimonio della società. In questo caso ammettere (la validità della) cancellazione dell'ente andrebbe a detrimento dei creditori sociali pretermessi, che vedrebbero così vanificato anche lo strumento loro riconosciuto a fronte dell'estinzione della società, ossia l'azione nei confronti degli ex soci. Ferma la conclusione, le premesse di tale impostazione non ci paiono davvero persuasive, come si dimostrerà (v. sez. II): dalle eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive i creditori sociali potranno trarre vantaggio, pur se mediatamente, ossia senza possibilità di azione diretta nei confronti degli ex soci, ma a mezzo della riapertura della fase di liquidazione a valle della cancellazione dell'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese.

²⁹⁹ Non ci pare invece avere altrettanto peso l'argomento – da ultimo riproposto da P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione della società (e le sopravvenienze attive)*, cit. – che fa leva sull'art. 2490 c.c. Detto articolo, disponendo al suo ult. co., che il mancato deposito del bilancio per tre anni consecutivi è condizione per la cancellazione della società dal registro delle imprese, con gli effetti di cui all'art. 2495 c.c., non sembra voler sancire la estinzione dell'ente *nonostante* la sussistenza di attività non liquidate. Si tratta, come ha osservato il Trib. Como, 24 aprile 2007, cit., di disposizione che, al pari dell'art. 2495 c.c., *presume* che non vi siano attività ancora da liquidare, ma in sé nulla dice in ordine alla possibilità che – ove se ne riscontrino – si proceda alla re-iscrizione della società ed al compimento delle attività necessarie.

³⁰⁰ "Proprio perché l'estinzione della società non è la morte di una persona, deve essere fermamente smentita la tesi della irreversibilità dell'estinzione. Questa tesi è fondata sul

Ci pare – ferme le possibili perplessità che la tesi qui accolta può riconosciutamente ingenerare – che essa abbia il pregio di riuscire a colmare il vuoto lasciato dalla riforma organica del diritto societario, e di fornire uno strumento adeguato (il più adeguato tra quelli prospettati) per risolvere in radice i problemi che sorgono a fronte di una incompleta liquidazione del patrimonio sociale.

Da ultimo una precisazione: si è detto che l'ambito di operatività del rimedio della cancellazione della cancellazione è ristretto alla sola ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive³⁰¹; tuttavia non è escluso che di ciò si giovino (indirettamente) anche i creditori sociali rimasti insoddisfatti. Questo avverrà precisamente nell'ipotesi in cui accanto a dette sopravvivenze/sopravvenienze attive si riscontri pure la presenza di debiti sociali non compresi nella liquidazione (o sopravvenuti alla sua chiusura); in questo caso di concorrenza, infatti, nella fase di liquidazione così riaperta, potrà tenersi conto pure di queste sopravvivenze/sopravvenienze passive, che troveranno così soddisfazione in via preferita rispetto all'attribuzione dei beni sociali residui ai soci. Sarebbe infatti un controsenso negare questa possibilità, posto che comunque – volta che l'attivo inizialmente non liquidato venga successivamente devoluto agli ex soci – i creditori sociali rimasti insoddisfatti all'esito di questa nuova (e corretta) cancellazione della società dal registro delle imprese, potranno comunque rivalersi su di quelli nei limiti di quanto loro attribuito in fase di liquidazione.

parallelismo naturalistico tra estinzione e morte che abbiamo dimostrato esser privo di qualunque consistenza. Se i morti non risorgono, è infatti un problema dei morti. Le società estinte sono invece un problema per i vivi; e se per risolvere questi problemi è necessario od opportuno che le società estinte “rivivano”, ben venga la loro resurrezione”, M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit.

³⁰¹ La prospettata possibilità (meglio: necessità) di un diverso trattamento di attività e passività sopravvenute/sopravvissute non pare di ostacolo alle conclusioni raggiunte. Una tale conclusione, infatti, è criticata da quanti affermano il ricorrere nel caso in esame di un fenomeno di successione universale dei soci alla società estinta, che consentirebbe di individuare un unico regime valevole per entrambe le ipotesi qui in esame (si v. M. PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, cit., 208); tuttavia, ove si riconoscesse (come crediamo si debba fare) l'impossibilità di ricostruire la posizione dei soci in termini di successori dell'ente sociale, allora – e stante anche la scelta del legislatore di occuparsi espressamente solo delle sopravvivenze/sopravvenienze passive – non vi sono ragioni per non ammettere una

SEZIONE II: LA SORTE DELLE SOPRAVVIVENZE/SOPRAVVENIENZE PASSIVE

1. Sopravvivenze/sopravvenienze passive e responsabilità dei soci: impostazione del problema

Le questioni che si pongono nell'ipotesi che la società venga cancellata dal registro delle imprese nonostante la presenza di passività (già esistenti ma non considerate in fase di liquidazione – c.d. sopravvivenze passive – oppure sorte in un momento successivo alla chiusura della fase di liquidazione: c.d. sopravvenienze passive) sono diverse da quelle trattate nella precedente sezione per l'ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze attive. Per il caso qui in esame non varranno dunque le soluzioni in quella sede prospettate. In particolare la cancellazione dell'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese si rivela qui impraticabile, e ciò perché il legislatore della riforma del diritto societario (con una disposizione che le Sez. Un. hanno poi ritenuto estendibile anche alle società di persone: v. sentt. 4060, 4061 e 4062 del 2010), ha espressamente considerato l'ipotesi, dettando una disciplina che è destinata ad operare “ferma restando l'estinzione della società”³⁰².

Il problema principale che si pone nel caso residuo debiti sociali è quello del titolo della responsabilità degli ex soci, che sono chiamati a risponderne “fino alla concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio di liquidazione”, se la società partecipata era una società di capitali, oppure senza limite alcuno, se si trattava di società di persone. La questione, ancora una volta, risulta assai controversa in dottrina, mentre di essa la giurisprudenza per ora non si è occupata (limitandosi al richiamo alla responsabilità sancita dagli artt. 2495, co. 2, 2312, co. 2, e 2324 c.c., senza però nulla dire quanto al titolo della stessa). Merita peraltro di essere qui ricordata una pronuncia della S.C. (sent. 3 aprile 2003, n. 5113), che ha in effetti lambito, senza però prendere espressa posizione, la questione in esame. L'occasione (mancata) è stata fornita alla Corte dalla diversa questione del termine di prescrizione del diritto di credito che il creditore insoddisfatto può vantare nei

divaricazione delle soluzioni prospettabili (si v. sul punto R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 258 e ss., spec. nt. 1).

confronti degli ex soci una volta cancellata la società originaria debitrice³⁰³. Come è stato efficacemente osservato al riguardo “l’abilità della Corte consiste proprio nell’aver saputo (non sciogliere, ma) eludere il nodo gordiano concernente la sopravvivenza della società alla sua cancellazione dal registro delle imprese”³⁰⁴, e – soggiungiamo – il titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali non considerati in fase di liquidazione. Al riguardo infatti la Corte – dopo aver ripercorso i diversi orientamenti dottrinali in ordine al titolo della responsabilità degli ex soci³⁰⁵ – giunge a “sganciare” la soluzione della questione (i.e.: l’individuazione del termine quinquennale o decennale di prescrizione del diritto di credito vantato dal creditore sociale insoddisfatto) dall’individuazione del fatto costitutivo del diritto vantato, concludendo nel senso che “il fatto giuridico consistente nella cancellazione della società dal registro appare destinato ad essere il più possibile neutro rispetto alla disciplina oggettiva del rapporto creditorio, e perciò a non incidere sulla prescrizione del credito del terzo; il quale è e resta estraneo ai rapporti interni alla società (cui soltanto si applica il regime di prescrizione breve) e della disciplina di tali rapporti risente solo quanto al limite della responsabilità del socio”. La soluzione così raggiunta non ci pare però davvero persuasiva: se da un lato è certamente condivisibile l’affermazione per cui al diritto del creditore sociale

³⁰² Così l’ormai noto inciso iniziale del co. 2 dell’art. 2495 c.c., dettato per le società di capitali. Delle conseguenze della cancellazione delle società di persone si occupano invece gli artt. 2312, co. 2, e 2324 c.c.

³⁰³ La questione sulla quale la Corte venne chiamata a pronunciarsi atteneva, in particolare, all’individuazione del termine di prescrizione del diritto di credito vantato dal creditore nei confronti degli ex soci, e così se tale diritto fosse soggetto all’ordinario termini di prescrizione decennale (ex art. 2946 c.c.), o dovesse invece affermarsi l’operare del più breve termine quinquennale previsto dall’art. 2949, co. 1, c.c. per i diritti derivanti da rapporti sociali.

³⁰⁴ Così M. SPIOTTA, *Prescrizione dell’azione del creditore sociale insoddisfatto contro i soci della società estinta*, in *Giur. comm.*, 2004, 393 e ss.

³⁰⁵ Si legge nella citata sentenza che “non è agevole individuare con certezza il fondamento giuridico dell’azione che, ai sensi dell’art. 2456 [ante riforma del 2003], i creditori sociali insoddisfatti possono esperire nei confronti dei soci”. Se, infatti si ammette che la cancellazione ha effetti costitutivi, “è naturale ricostruire la residua obbligazione dei soci in termini di successione *pro quota* nel lato passivo della medesima obbligazione originariamente sorta in capo alla società poi estinta”; se invece si riconoscono alla cancellazione effetti meramente presuntivi, superabili ove consti la permanenza di rapporti in capo all’ente cancellato, “l’obbligazione dei soci si affiancherebbe al persistente debito della società secondo modalità assimilabili a quelle di una fideiussione *ex lege*”. Con l’ulteriore precisazione che il riconoscimento della coincidenza del momento estintivo con la cancellazione della società dal registro delle imprese potrebbe altresì portare ad individuare “nel descritto meccanismo normativo una particolare applicazione dell’azione generale di arricchimento”.

nei confronti degli ex soci non può trovare applicazione il termine di prescrizione quinquennale sancito dall'art. 2949, co. 1 (che attiene alla prescrizione di diritti che derivano da rapporti sociali)³⁰⁶, non può però predicarsi l'irrilevanza, nell'individuazione del termine di prescrizione, del fatto costitutivo di tale diritto di credito; e ciò pur se le diverse ipotesi ricostruttive portano comunque ad individuare quale termine di prescrizione quello decennale (art. 2946 c.c.: termine che, appunto, varrà sia ove si creda di poter qualificare i soci quali successori – a titolo particolare o universale – della società estinta; sia se si riconduca invece la loro responsabilità a quella per arricchimento senza causa, art. 2041 c.c., o pagamento dell'indebito, art. 2033 c.c.: v. oltre).

In ogni caso crediamo che non possa distare molto il momento in cui la Corte di cassazione sarà chiamata a pronunciarsi *ex professo* riguardo al titolo della responsabilità degli ex soci, posto che – a prescindere dall'individuazione del termine di prescrizione del diritto del creditore – tale profilo si riflette sulla (parimenti complessa) questione degli strumenti processuali riconosciuti al creditore sociale che veda estinguersi la società debitrice pendente processo (si v. cap. III).

Non verrà invece in questa sede affrontata, se non brevemente, la questione del titolo della responsabilità dei liquidatori prevista nel caso in cui il mancato pagamento del debito sociale sia dipeso da loro colpa. Sul punto, infatti, è condivisa la tesi che ne afferma la responsabilità extracontrattuale, e così ex art. 2043 c.c.³⁰⁷. L'azione del creditore sociale rimasto insoddisfatto nei confronti dei

³⁰⁶ Sul tema del termine di prescrizione del diritto del creditore sociale nei confronti degli ex soci si v. anche G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2000, 7, III, 245 e ss., spec. 714-715.

³⁰⁷ Al riguardo non si rinvengono dissensi. Si v., senza pretese di esaustività, M. PORZIO, *L'estinzione delle società per azioni*, cit., 217, per il quale si tratterebbe di una responsabilità per lesione del credito dei terzi; F. DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 501 e ss., F. FIMMANÒ-L. TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2004, I, 698 i quali pure parlano di azione di responsabilità extracontrattuale per lesione del diritto di credito; G. SUCCI-M.M. PRATELLI, *Questioni in tema di riparto dell'attivo nella liquidazione di società di capitali*, in *Le Soc.*, 2004, 1229; nonché F. DIMUNDO, commento sub art. 2495, ne AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, 220. Per una differente posizione prima dell'entrata in vigore del c.c. si v. invece F. CARNELUTTI, *In tema di estinzione della società commerciale*, in *Foro It.*, 1940, V, 26 e ss., spec. 30, secondo cui la responsabilità dei liquidatori, pur presupponendo la colpa, sarebbe

liquidatori sarà dunque – secondo la regola generale – subordinata al ricorrere della colpa (o dolo) di quelli, di un danno e del nesso di causalità. Peraltro anche qui si porranno non pochi problemi, in ordine al diverso profilo del *quantum* della pretesa azionabile nei confronti dei liquidatori. Ci si chiede infatti se il creditore possa, ricorrendone i presupposti, agire nei confronti del liquidatore per una pretesa pari alla somma del suo credito rimasto insoddisfatto e degli ulteriori danni eventualmente patiti. Di primo acchito la risposta ci pare debba essere positiva: non sembra infatti possibile negare che il danno patito dal creditore sociale in dipendenza della cattiva liquidazione sia almeno pari all'ammontare del suo credito insoddisfatto. Questo però potrebbe in concreto determinare la possibilità che il creditore finanche si avvantaggi della mancata considerazione del suo credito, quantomeno per quanti riconoscono il ricorrere di una successione (sul piano sostanziale) degli ex soci nei debiti sociali della società cancellata. In questo caso, infatti, il diritto del creditore verso la società (ora verso gli ex soci) non si estinguerà a valle del pagamento del dovuto da parte del liquidatore (la cui responsabilità non è responsabilità per i debiti sociali, ma aquiliana), sicché questi potrebbe *in thesi* agire nuovamente contro gli ex soci per il suo soddisfacimento. Nell'ipotesi fatta, poi, non potrebbe nemmeno ipotizzarsi la possibilità per il liquidatore condannato per l'intero (e così al pagamento – a titolo risarcitorio – di una somma di denaro comprensiva pure dell'ammontare del credito insoddisfatto) – volta che il creditore sociale si sia rivolto fruttuosamente anche agli ex soci – di agire ex art. 2033 c.c. per ottenere dal creditore doppiamente arricchitosi quanto versato per il ristoro del danno da mancata realizzazione del suo credito (poi altrimenti realizzatosi). E ciò non per l'astratta impossibilità di una progressiva formazione della fattispecie di indebito oggettivo (poiché la giurisprudenza di recente ammette che possa costituire indebito anche ciò che si è ricevuto in forza di un titolo idoneo all'attribuzione patrimoniale, poi venuto meno³⁰⁸), ma perché – all'evidenza –

parimenti responsabilità contrattuale, sicché il creditore-attore troverebbe – all'interno del processo – un vantaggio “sul terreno dell'onere della prova”. In tal senso anche F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 303, per il quale la responsabilità dei liquidatori “deriv[erebbe] dalla violazione di una preesistente obbligazione, anche se posta dalla legge”.

³⁰⁸ Si v. in tal senso Sez. Un., 9 marzo 2009, n. 5624, per le quali: “l'art. 2033 c.c., pur essendo formulato con riferimento all'ipotesi del pagamento *ab origine* indebito, è applicabile per analogia anche alle ipotesi di indebito oggettivo sopravvenuto per essere venuta meno, in

l'accertamento contenuto nella sentenza di condanna (ove passato in giudicato) sbarra il passo ad eventuali azioni di ripetizione dell'indebito in relazione all'oggetto della condanna stessa.

Ad evitare il prospettato arricchimento del creditore sociale a danno del liquidatore non potrebbe – per le ragioni anzidette – nemmeno affermarsi un beneficio di escussione del liquidatore rispetto agli ex soci. Si potrebbe allora ammettere che il liquidatore sia chiamato a rispondere per i soli danni ulteriori derivanti dalla mancata considerazione del debito sociale in fase di liquidazione (come saranno, ad esempio, le spese sostenute dal creditore per ottenere il pagamento dagli ex soci, ove si sia rivolto prima a questi); tuttavia anche questa soluzione non convince appieno. Se la società estinta è società di capitali la soddisfazione del creditore che agisca contro gli ex soci è quantitativamente condizionata (ma, si vedrà oltre, crediamo pure qualitativamente) a quanto dagli ex soci riscosso in base al bilancio di liquidazione, e non è improbabile che l'ammontare di tali somme sia notevolmente inferiore a quello del credito originario. In questo caso, dunque, escludere che il creditore possa agire nei confronti del liquidatore chiedendone la condanna al pagamento di una somma pari al credito sociale originariamente vantato (il danno, appunto) avrebbe l'effetto di precludere al creditore sociale la possibilità di trovare soddisfazione.

La questione, assai sfaccettata e complessa, crediamo possa trovare adeguata soluzione nell'attento impiego, da parte del giudice adito per l'intero, delle regole del concorso del fatto colposo del creditore di cui all'art. 1227, co. 1, c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c. in tema di valutazione del danno patito dal danneggiato). Per tale via si potrà così giungere a circoscrivere l'ammontare del danno patito dal creditore alla sola porzione del suo credito originario (oltre agli ulteriori danni) che egli non avrebbe potuto ottenere dagli ex soci ex art. 2495, co. 2, c.c.³⁰⁹. Con l'ulteriore conseguenza che, nell'ipotesi in cui la società debitrice

dipendenza di qualsiasi ragione, in un momento successivo al pagamento, la *causa debendi*'. Così anche Cass. 1 luglio 2005, n. 14084; Cass. 1 agosto 2001, n. 10498. Peraltro la prospettata soluzione dovrà essere vagliata, nel caso in esame, alla luce dell'eventuale giudicato che potrebbe essersi formato sulla pronuncia di condanna del liquidatore (che dunque coprirebbe non solo l'*an* del diritto di credito risarcitorio del creditore, ma pure il suo *quantum*).

³⁰⁹ Questa soluzione, che ci pare meglio contemperare le esigenze in gioco, non è però scevra da profili di criticità nel caso di sopravvenienze attive successive alla chiusura del processo

fosse società di persone (per i cui debiti gli ex soci rispondono illimitatamente, artt. 2312 e 2324 c.c.) l'ammontare del danno patito risarcibile dal liquidatore sarà sempre circoscritto ai soli danni ulteriori eventualmente patiti dal creditore.

Tornando al titolo della responsabilità dei soci, due sono le principali tesi elaborate dagli interpreti: secondo alcuni gli ex soci – in quanto successori (sul piano sostanziale) – della società cancellata, risponderebbero dei debiti sociali in forza dello stesso titolo di quella, ferma però la limitazione quantitativa della loro responsabilità ove la società estinta fosse una società di capitali; per altri invece il titolo della responsabilità degli ex soci sarebbe diverso, ricorrendo qui un'ipotesi di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. A queste principali impostazioni se ne accostano poi altre – rimaste però minoritarie – che affermano la responsabilità degli ex soci in veste di garanti della società cancellata, o sostengono il ricorrere di un'ipotesi di "accollo *ex lege*", o – ancora – ricollegano la responsabilità dei soci ad uno degli effetti del contratto sociale.

La tenuta di ciascuna delle costruzioni prospettate verrà analizzata nel prosieguo. Peraltro, è bene precisarlo, l'accoglimento dell'una o delle altre impostazione dipende essenzialmente dall'interpretazione che si ritiene di dare alla formulazione letterale dell'art. 2495, co. 2, c.c., ed in particolare al limite ivi previsto per la responsabilità degli ex soci (dato dall'ammontare di quanto da questi riscosso in base al bilancio di liquidazione), ossia se quello considerato costituisca un mero limite quantitativo, oppure abbia diverso e più pregnante significato (indicativo del – diverso – titolo della responsabilità degli ex soci). Quale che sia la impostazione che si ritiene di accogliere, ci pare possibile, come si dimostrerà, dare della responsabilità degli ex soci una regolamentazione unitaria indipendentemente dal tipo sociale partecipato (così sarà infatti se si ammetta che l'art. 2495, co. 2, c.c. indichi un limite solo quantitativo; ma altrettanto varrà pure se invece si riconosca all'inciso valore individuatorio della responsabilità dei soci).

instaurato dal creditore nei confronti del liquidatore. Qui infatti, il creditore pur avendo già ottenuto la condanna del liquidatore per l'intero (quale danno patito), potrà comunque far valere il suo credito o direttamente nella (ri)aperta fase di liquidazione (v. retro, sez. I, par. 3), oppure successivamente agendo ex art. 2495, co. 2, c.c. nei confronti degli ex soci per quanto ulteriormente da questi ricevuto. Si porrà allora nuovamente la questione della possibilità per il liquidatore soccombente di proporre domanda ex art. 2033 c.c.

2. La responsabilità dei soci quali successori della società estinta

Una prima impostazione, che ad oggi riscuote maggiori consensi tra gli interpreti, è quella che qualifica gli ex soci quali successori della società cancellata dal registro delle imprese, giustificando per tali via la sancita loro responsabilità per i debiti sociali rimasti insoddisfatti³¹⁰. Tuttavia, come si è visto accadere anche in relazione al riconoscimento della “successione” degli ex soci nelle attività sociali non liquidate, anche in questo caso vi è una netta contrapposizione tra quanti sostengono il ricorrere di una successione a titolo universale, e quanti a titolo particolare.

Così, per alcuni, gli ex soci sarebbero successori a titolo universale della società estinta³¹¹, come dimostrerebbe il dato testuale, ossia l’art. 2495, co. 2, ult. parte c.c. (e la regola ivi dettata della notifica della domanda svolta nei confronti degli ex soci dal creditore pretermesso presso l’ultima sede sociale), di cui viene nuovamente valorizzata l’assonanza con l’art. 303, co. 2, c.p.c. e così con la disciplina dettata per la riassunzione del processo nei confronti dei successori universali della parte venuta meno³¹². Sul punto – rinviando alle notazioni critiche

³¹⁰ Così A. BIAMONTI, *Questioni in tema di cancellazione della personalità giuridica delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1951, I, 23 e ss.; A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell’estinzione delle società*, cit., 957 e ss.; A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit.; M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., *passim*; nonché ID., *L’estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., spec. 532 e ss.; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, *Il parte*, cit., 597 e ss.; D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010; M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 206 e ss.

³¹¹ In tal senso, almeno inizialmente, M. PORZIO, *L’estinzione delle società per azioni*, cit., per il quale “la liquidazione ha per scopo l’accertamento del patrimonio sociale; tale accertamento non elimina il legame che tiene uniti i vari rapporti di questo patrimonio, non ha cioè quella funzione disgregatrice che le si vorrebbe attribuire [N.d.R.: dai sostenitori della tesi della responsabilità per arricchimento senza causa degli ex soci]; i rapporti che prima della liquidazione costituivano il patrimonio della società, costituiscono un patrimonio anche dopo il deposito del bilancio di liquidazione”, patrimonio nel quale gli ex soci succederebbero allora a titolo universale (p. 231 e 251). Tuttavia l’A. pare poi aver mutato opinione, arrivando invece a sostenere che i debiti sociali insoddisfatti restano debiti della società estinta, garantiti però dagli ex soci (così in *La cancellazione*, cit., 94).

³¹²³¹² Così M. SPERANZIN, *L’estinzione delle società di capitali in seguito all’iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., spec. 533, per il quale il dato positivo fornirebbe un “indizio rilevante” della correttezza della tesi prospettata; in tal senso – con espresso richiamo al primo – anche F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, *parte*

già svolte al riguardo (v. *retro*, sez. II) – merita altresì rilevare che il parallelo così tracciato attribuisce al dato positivo più di quanto il legislatore abbia in effetti detto. Ed infatti l'art. 2495, co. 2, c.c. si occupa esclusivamente del luogo della notificazione della domanda (non del “ricorso” in riassunzione: art. 303, co. 2, c.p.c.), e non consente che questa venga proposta collettivamente ed impersonalmente agli ex soci (come invece è previsto dall'art. 303, co. 2, c.p.c. nei confronti degli eredi)³¹³. Quanto poi alla compatibilità del limite alla responsabilità dei soci sancito dall'art. 2495, co. 2, c.c. con la riconosciuta loro successione universale, questa viene giustificata in relazione della possibilità – riconosciuta dall'ordinamento: si v. l'istituto della accettazione con beneficio di inventario – che il successore universale risponda dei debiti del dante causa nei soli limiti del patrimonio ereditario³¹⁴.

II, cit. 597 – 598. Così pure M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., 207-208, secondo cui “non pare potersi ragionevolmente revocare in dubbio che si sia in presenza di un fenomeno successorio. Le norme di legge, in questo caso, sembrano legare le due situazioni giuridiche attraverso un nesso di dipendenza in cui: la seconda nasce in quanto si estingue la prima; e la seconda esiste in quanto esiste la prima. Non si rinviene, infatti, nel testo dell'art. 2495, co. 2, c.c. e in quello dell'art. 2312 co. 2, c.c. alcun elemento da cui può desumersi che i fatti costitutivi del diritto vantato dai creditori nei confronti degli ex soci siano diversi da quelli su cui si fonda l'azione nei confronti della società”. Contiamo di riuscire a dimostrare nel prosieguo che così non è, sia per ciò che concerne le società di capitali, sia in relazione alle società di persone.

³¹³ In tal senso si v. G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in AA. VV., *La Riforma delle società – Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 193, il quale osserva al riguardo (ma è profilo di cui si tratterà al cap. III) che ciò si giustifica perché nel caso in esame non si tratta di “proseguire un processo già incardinato, di coltivare una domanda già proposta estendendola *telle quelle* ai successori a titolo universale, ma di introdurre *ex novo* un giudizio, di formulare nei confronti dei vari soci domande diverse in funzione delle diverse somme da ciascuno percepite”; così pure C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, ne *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2293. *Contra* però, per il riconoscimento della possibilità che la domanda sia notificata ai soci impersonalmente, V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Le Soc.*, 2003, 382.

³¹⁴ Così M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 537, che precisa che “la circostanza che nel caso in esame tale effetto di limitazione della responsabilità sia automatico ... deriva dall'innegabile differenza tra l'estinzione della persona giuridica e la morte della persona fisica, e soprattutto dal fatto che nel primo caso tale estinzione presuppone un procedimento diretto anche a soddisfare i creditori (la liquidazione), con dei soggetti responsabili della sua attuazione; nel secondo caso di eredità beneficiata, invece, il procedimento di liquidazione è successivo”.

Altri, invece, sostengono il ricorrere qui di una successione a titolo particolare³¹⁵. Merita peraltro in questa sede menzione quella posizione che, pur riconoscendo che gli ex soci delle società cancellate dal registro delle imprese vengano a rivestire il ruolo di successori a titolo particolare, comunque afferma che la responsabilità di questi per i debiti sociali non considerati in fase di liquidazione trovi titolo non nella riconosciuta successione, ma nell'indebito loro arricchimento³¹⁶.

Altri ancora ammettono l'impraticabilità della tracciata equivalenza della successione degli ex soci a quella degli eredi, rilevando come questo porterebbe a risultati inaccettabili per ciò che riguarda i contratti sociali in essere al momento della cancellazione dell'ente³¹⁷. Ciò nonostante propendono ugualmente per il riconoscimento di una successione "*tout court*" degli ex soci nel debito della società estinta, con la conseguenza che "nessuna differenza vi sarà per il creditore, salvi i

³¹⁵ Così A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, cit., 957. In tal senso anche, seppur dubitativamente, D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, cit., 1013, che afferma che "ammesso, in ogni caso, che si tratti di operazione che rinviene la propria fonte in un meccanismo di tipo derivativo-successorio ... [si tratterà di successione] non a titolo universale *pro quota* nel patrimonio della società ... ma a titolo particolare, secondo la tesi che sembra preferibile".

³¹⁶ Questa la posizione di L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, cit., spec. 821, secondo cui il sancito diritto dei creditori sociali di rivolgersi nei confronti degli ex soci "segue non perché il successore venga a subentrare e sia subentrato anche nei debiti della persona giuridica, ma perché, essendo stata incompleta la liquidazione, egli ha conseguito una quantità di beni superiore a quella effettivamente spettantegli. ... Che poi ciò non contrasti con la qualificazione giuridica del successore dell'ente, come successore a titolo particolare, è mostrato dal fatto che lo stesso successore a titolo particolare nella normale successione *causa mortis* può essere tenuto per testamento o per legge a rispondere dei debiti del *de cuius*, senza che ne risulti alterata la portata del fenomeno successorio"

³¹⁷ Così A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., spec. 95. Della sorte dei contratti sociali in essere al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese si dirà brevemente a conclusione di questa sezione. Basti qui evidenziare – come condivisibilmente sottolineato dall'A. – che se davvero gli ex soci della società estinta fossero successori universali di questa, dovrebbe ammettersi il loro subentro nei contratti che prima vedevano parte la società cancellata; risultato che – all'evidenza – non può risultare convincente. Né, a superare questa obiezione, varrebbe addurre la possibilità che anche nell'ipotesi di successione *mortis causa* alcuni rapporti giuridici facenti capo al *de cuius* non si trasmettano agli eredi, ma si estinguano con la morte di quello. Il riconoscimento che i contratti in essere si estinguano *tout court* (senza conseguenza alcuna, come accade nell'ipotesi menzionata) con la cancellazione della società, andrebbe a diretto detrimento delle controparti negoziali della società estinta, che rimarrebbero perciò sforniti di alcuna tutela, nemmeno meramente risarcitoria.

profili di attuazione della sua garanzia”³¹⁸. Tuttavia ci pare che la situazione del creditore sociale che veda sostituiti al suo debitore originario gli ex soci muti considerevolmente: anche a voler ammettere che il titolo della responsabilità degli ex soci non differisce da quello per cui era obbligata la società (ma v. oltre), resta – per i creditori di società di capitali – il limite sancito dall’art. 2495, co. 2, c.c. che collega la realizzazione del loro diritto a quanto riscosso dagli ex soci in forza del bilancio di liquidazione.

La tesi qui analizzata – indipendentemente dalla posizione circa il titolo della successione degli ex soci – ha indubbiamente il pregio di dare del fenomeno delle sopravvivenze/sopravvenienze passive una visione unitaria tanto per le società di persone, quanto per le società di capitali³¹⁹. Ciò nonostante l’identità del titolo della responsabilità degli ex soci e della società cancellata ci pare conclusione sostenibile anche per altra via. Ed infatti – come si tenterà di dimostrare al termine di questa sezione – l’art. 2495, co. 2, c.c. (e così il suo inciso per cui i creditori insoddisfatti “possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci fino alla concorrenza delle somme da questi rimosse in base al bilancio di liquidazione”) non sancisce puramente e semplicemente un limite quantitativo della responsabilità dei soci, ma – ben più pregnantemente – ne esplicita il (diverso) titolo di responsabilità (già comunque individuabile in considerazione delle vicende che seguono all’estinzione della società). Analogo titolo si riscontrerà poi con riguardo agli ex soci delle società di persone, pur se nei loro confronti non è prevista alcuna limitazione quantitativa.

3. La responsabilità dei soci per arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.)

Altra tesi, che ha trovato – pur se non di recente – avvallo da parte di autorevole dottrina, è quella che riconduce la fattispecie in esame all’art. 2041 c.c., e così alla

³¹⁸ Così A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori sociali*, cit., spec. 96.

³¹⁹ Ed anzi, volta che si ammetta la successione degli ex soci, sarà la disciplina dettata per la responsabilità degli ex soci di società di capitali e gli ex accomandanti a risultare eccezione alla regola generale che vuole che il successore risponda di tutti i debiti del dante causa, senza limiti quantitativi alla sua responsabilità.

responsabilità per arricchimento senza causa³²⁰. In particolare, riconosciuta l'impossibilità di sostenere il ricorrere di un fenomeno di successione universale, e così di qualificare gli ex soci quali "eredi" della società cancellata (come tali responsabili pure dei debiti sociali non considerati in fase di liquidazione, o sopravvenuti ad essa), si afferma che all'estinzione dell'ente sociale conseguirebbe l'estinzione dei debiti sociali rimasti insoddisfatti per causa non soddisfattoria. A ciò farebbe seguito – nel caso in cui a chiusura della fase di liquidazione sia residuo un attivo distribuito ai soci (ma solo se soci di società di capitali) – la responsabilità di questi nei limiti di quanto riscosso in forza del bilancio di liquidazione, e così ex art. 2041 c.c. Si afferma infatti che "vero che, per la distinzione soggettiva tra società e soci, questi potrebbero rispondere che il debito non li riguarda; ma è pur vero che se non ci fosse stata di mezzo l'incompiutezza della liquidazione, i soci non avrebbero avuto ciò che a loro spettava e l'avrebbe invece avuto il creditore; le linee dell'ingiusto arricchimento non potrebbero disegnarsi in modo più chiaro"³²¹.

Gli ex soci, dunque, risponderanno nei limiti del loro arricchimento (senza causa), e così per aver percepito in sede di liquidazione più di quanto loro effettivamente spettasse. L'art. 2495, co. 2, c.c. (e così pure l'art. 2324 c.c.), non sancisce allora

³²⁰ La soluzione qui prospettata – pur poi non riprodotta nella versione finale del c.c. – era stata accolta dai lavori preparatori: si v. al riguardo la *Relazione al progetto Asquini* (par. 37); nonché la *Relazione al Re* sul R. d. 24 aprile 1939, n. 640 (Cfr. sul punto R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 258 e ss. spec. 262, nt. 24).

³²¹ Così, già prima dell'entrata in vigore del c.c. F. CARNELUTTI, *In tema d'estinzione della società commerciale*, cit., spec. 30, e – prima ancora – G. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, in *Foro It.*, 1939, I, 1320 e ss.; nello stesso senso anche L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, cit., 821; M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 151 e ss., spec. 158; G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1009 e ss., secondo cui "non può dubitarsi della vicenda cui vanno incontro i debiti sociali (eventualmente insoddisfatti) in conseguenza della estinzione della società: essi si estinguono per estinzione del soggetto non accompagnata da successione. E così si spiega anche l'attribuzione *ex lege* ai creditori sociali di mere azioni di arricchimento nei confronti dei soci, dopo l'estinzione della società. Invero, dopo codesta estinzione, si è in presenza non più di creditori sociali in senso proprio, ma di ex titolari di crediti nei confronti della società, estintisi per causa non soddisfattoria, e con conseguente arricchimento dei soci" (p. 1028). Così pure – parrebbe – A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 559, che peraltro si limita a richiamare la tesi dell'arricchimento senza causa, allora dominante; nonché G. FRÈ, *Delle società per azioni*, cit., per il quale "l'obbligo fatto ai soci di pagare, nei limiti del riscosso, i debiti sociali rimasti insoluti partecipa della natura di quello che è fatto a chi si sia arricchito senza giusta causa a danno di un'altra persona, di indennizzare quest'ultima nei limiti dell'arricchimento" (907).

una eccezione alle regole generali in tema di successione (limitando, nel *quantum*, il diritto che il creditore della società-dante causa può far valere nei confronti degli ex soci-successori di quella), ma esplicita una conseguenza già imposta dal sistema. E proprio per ciò crediamo che la tesi qui accolta possa serenamente operare anche in relazione agli ex soci delle società in nome collettivo e agli accomandatari delle società in accomandita semplice, i quali – ex art. 2312, co. 2, c.c. – saranno chiamati a rispondere per lo stesso ammontare del credito sociale insoddisfatto (sul punto v. oltre).

Alla tesi della responsabilità per arricchimento senza causa dei soci sono state mosse, più di recente, una serie di critiche che – per quanto serie – non ci paiono davvero insuperabili e tali da inficiare la correttezza dei risultati così raggiunti. Di esse si darà qui brevemente conto, rinviando per una più attenta loro analisi (e replica) al successivo par. 6 dedicato alle conclusioni in ordine alla natura della responsabilità degli ex soci per le passività sociali residue. Volendo riassumere, l'operatività dell'art. 2041 c.c. viene negata in forza di cinque (spesso concorrenti) argomenti: anzitutto si afferma che non ricorrerebbe qui il presupposto primo dell'azione di arricchimento senza causa, e così la sua residualità, potendo giustificarsi per altra via la responsabilità degli ex soci per i debiti sociali insoddisfatti. In secondo luogo si sostiene che l'attribuzione del residuo attivo agli ex soci sarebbe invero retto da una "giusta causa", quale dovrebbe qualificarsi il "negozio *inter vivos*" di attribuzione del residuo tra questi e la società estinguenda. Ancora si osserva che questa impostazione nulla sarebbe in grado di dire circa il titolo d'acquisto delle eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive da parte degli ex soci. Da ultimo (e quasi all'opposto) da un lato si afferma che la necessaria corrispondenza quantitativa tra indennizzo dovuto ed arricchimento non riuscirebbe a spiegare perché gli ex soci di società di persone siano chiamati a rispondere per intero dei debiti sociali insoddisfatti, e non – come quelli di società di capitali – nei limiti del riscosso; dall'altro si oppone che il *quantum* dell'arricchimento, e dunque dell'indennizzo dovuto dagli ex soci, va valutato al momento della proposizione della domanda nei loro confronti, sicché per tale via potrebbe accadere che questi siano chiamati a rispondere per una somma inferiore a quella effettivamente percepita in forza del bilancio di liquidazione. Tra tutti gli argomenti prospettati,

quello che ci pare più serio è sicuramente quello da ultimo menzionato; tuttavia si vedrà che nemmeno questo risulta insuperabile, e che dunque non sussistono ragioni per negare qui l'operare proprio del meccanismo dell'arricchimento senza causa di cui agli artt. 2041 e ss. c.c.

4. La responsabilità dei soci ex art. 2280 c.c.

Per altri ancora gli ex soci risponderebbero dei debiti sociali non liquidati ex art 2033 c.c., e così per indebitio oggettivo. Si sostiene infatti al riguardo che, se l'attribuzione ai soci dell'attivo sociale da parte dei liquidatori prima del pagamento dei debiti sociali fosse intervenuta in un momento anteriore alla cancellazione della società dal registro delle imprese, questa avrebbe potuto richiedere ai soci la restituzione di quanto indebitamente percepito.

E questo in forza dell'art. 2280, co. 1, c.c., che impedisce ai liquidatori di procedere all'attribuzione anche parziale dei beni sociali ai soci finché non siano stati pagati tutti i creditori sociali (o non siano state accumulate le somme necessarie), riconoscendo – nel caso fatto – alla società l'esercizio dell'azione ex art. 2033 c.c. di cui ricorrerebbero tutti i presupposti³²², ossia: l'effettuazione di un pagamento; l'inesistenza di un rapporto giuridico passivo tra *solvens* ed *accipiens* (qui argomentata appunto in forza del divieto di cui all'art. 2280, co. 1, c.c.); e la circostanza che il pagamento non sia avvenuto a titolo di liberalità.

La descritta fattispecie presenterebbe – per i sostenitori di questa impostazione – molte somiglianze con la situazione che si viene a creare ove, cancellata la società di capitali (il ragionamento svolto non è invece applicabile all'estinzione di società di persone: v. oltre), residuino (o sopravvengano) passività sociali non considerate in fase di liquidazione; purché – all'evidenza – questa si sia chiusa con un attivo distribuito agli ex soci con il bilancio di liquidazione³²³. In questo caso, però,

³²² Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvivenze attive e passive. Estinzione*, cit., 516 e ss., spec. 561 e ss.

³²³ Secondo l'A., infatti, “nel caso in cui alcuni creditori siano stati preteriti avverrà che nel bilancio finale risulterà che i soci hanno diritto alla distribuzione di somme, che non potrebbero essere distribuite stante il divieto di cui all'art. 2280 c.c., e conseguentemente i liquidatori effettueranno un pagamento che trova solo formalmente il suo titolo giuridico nel contratto sociale e la determinazione quantitativa nel bilancio finale di liquidazione” (A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvivenze attive e passive. Estinzione*, cit., 562).

l'azione ex artt. 2033 e 2280, co. 1, c.c. nei confronti degli (ex) soci non sarà più esercitabile dalla società, cancellata dal registro delle imprese e perciò estinta. Questa, allora, si “trasmetterà” ai creditori sociali rimasti insoddisfatti, che saranno così legittimati al suo esercizio. Così si afferma che l'art. 2456 c.c. (ora art. 2495, co. 2, c.c.) “fa sì che una volta estinta la società si operi una sostituzione *ex lege* del creditore alla società nella titolarità del diritto alla restituzione delle somme indebitamente percepite dal socio: la posizione di quest'ultimo permane identica a quella precedente nei confronti della società, variando solamente *ex lege* il soggetto legittimato a richiedere la restituzione”³²⁴.

Questa ricostruzione presenta l'indubbio vantaggio di superare il principale profilo di criticità della tesi dell'arricchimento senza causa dei soci, che sta – come si è visto – in ciò, che la misura dell'arricchimento viene valutata al momento della proposizione della domanda giudiziale, e non a quello di percezione delle somme da parte degli ex soci. Per altro verso, però, non risulta davvero persuasiva. Anzitutto così ragionando non si riesce a dare una regolamentazione unitaria della responsabilità per le sopravvivenze/sopravvenienze passive dei soci di società di capitali e di società di persone. Ed infatti gli stessi sostenitori devono ammettere che la soluzione accolta non possa valere nelle ipotesi in cui gli ex soci siano chiamati a rispondere illimitatamente dei debiti sociali, nel qual caso la responsabilità degli ex soci troverebbe il suo titolo nel contratto sociale (e dunque ne sarebbe effetto), con l'unica differenza che – venuta meno la società, e così l'autonomia patrimoniale della stessa che determinava la sussidiarietà della responsabilità dei soci – questi divengono i principali ed unici responsabili nei confronti dei creditori sociali pretermessi.

Ma, anche a voler per un momento prescindere da ciò, è proprio l'asserita sostituzione dei creditori sociali alla società estinta a non convincere. Ed infatti è facile obiettare che l'art. 2280 c.c. non menziona – tra i soggetti legittimati a rivolgersi ai soci per ottenere il pagamento di quanto da questi dovuto (perché non ancora versato o percepito indebitamente) – i creditori sociali, ai quali vengono riconosciuti altri e ben diversi strumenti di tutela nell'ipotesi in cui prima della

³²⁴ A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvivenze attive e passive. Estinzione*, cit., 563.

cancellazione della società si proceda ad una indebita distribuzione dell'attivo sociale³²⁵. Per superare le chiare eccezioni di carenza di legittimazione (sostanziale) attiva dei creditori sociali, ed ammetterli così all'esercizio di una azione che viene espressamente riconosciuta alla sola società (e, per essa, ai suoi liquidatori), sarebbe necessario poter rinvenire nel sistema indici certi in tal senso, che tuttavia mancano.

Il richiamo all'art. 2280 c.c. per risolvere il problema delle sopravvivenze/sopravvenienze attive è comune anche ad altro A., pur se da quest'ultimo impiegato a fini diversi da quelli sin qui visti³²⁶. Ciò che rileverebbe, secondo questa diversa ricostruzione, non sarebbe il diritto della società – sancito appunto dall'art. 2280 c.c. – di rivolgersi ai soci per il pagamento dell'indebito, ma il combinato disposto degli artt. 2456 (ora 2495, co. 2, c.c.) e 2280 c.c., dal quale emergerebbe che il legislatore ha sancito l'inefficacia relativa dell'atto di liquidazione compiuto in danno del creditore pretermesso dalla fase di liquidazione. Il che legittimerebbe appunto l'azione del creditore sociale nei confronti degli ex soci nei limiti di quanto loro assegnato dal bilancio di liquidazione. Il ragionamento trae avvallo dalla teorica della responsabilità del debitore³²⁷, secondo la quale il rapporto obbligatorio si comporrebbe sia del diritto (e dello speculare obbligo) alla

³²⁵ Quanto ai possibili strumenti di tutela riconosciuti ai creditori sociali in ipotesi di indebita distribuzione dell'attivo in violazione dell'art. 2280 c.c. è stata ipotizzata – ferma la validità del riparto così operato (e la correlata responsabilità dei liquidatori) – l'esperibilità dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. (si v. G. FERRI, commento sub art. 2280, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, 288 e ss.). Diversamente altri hanno affermato l'inefficacia nel caso in esame rispetto ai creditori sociali dell'atto di assegnazione dei beni ai soci (così F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 105). Quando alla giurisprudenza si v. Cass. 18 gennaio 1988, n. 326, per la quale “la convenzione rivolta a trasferire i beni sociali in favore dei soci stessi o di terzi, senza il preventivo soddisfacimento dei creditori sociali, è nulla per violazione delle norme imperative che tutelano l'integrità del patrimonio sociale a garanzia dei creditori, e che ne consentono l'assegnazione ai soci solo nel caso e con la procedura dello scioglimento e messa in liquidazione dell'ente sociale”.

³²⁶ Il riferimento è a R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., spec. 268 e ss.

³²⁷ Si v. sul punto, senza pretese di esaustività, A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 227 e ss.; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1956; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Milano, 1959.

prestazione, sia del diritto di garanzia (e della correlata responsabilità del debitore); diritto – quest'ultimo – che diverrebbe attuale con l'inadempimento del primo.

Riportato nell'ambito del diritto societario, da quanto sopra discende che la scelta della società di procedere all'estinzione nonostante la sussistenza di passività non liquidate, equivale ad un inadempimento dei debiti sociali, idoneo perciò a far sorgere il diritto di garanzia del creditore e la conseguente responsabilità del debitore. L'attualizzarsi della responsabilità del debitore, poi, non sarebbe nel caso in esame esclusa per l'avvenuta sua cancellazione dal registro delle imprese (e così dalla sua estinzione), e questo perché "la garanzia non è tanto personale quanto patrimoniale, insiste sul patrimonio del debitore e il creditore può soddisfarsi sullo stesso anche se, proprio in vista dell'estinzione, fu interamente trasferito a terzi"³²⁸. Il diritto di garanzia del creditore non considerato in fase di liquidazione renderebbe allora inopponibile a questo l'atto di trasferimento dell'attivo sociale agli ex soci (ex art. 2280 c.c., che avrebbe appunto la funzione di limitare il potere della società di disporre del proprio attivo nei confronti dei soci all'avvenuta integrale soddisfazione dei creditori sociali), consentendogli di rivolgersi a questi per la soddisfazione del suo diritto di credito.

Al pari dell'altra, anche la tesi da ultimo ripercorsa non persuade. Con essa infatti si giunge, a ben vedere, ad ammettere un diritto di seguito del creditore nei confronti del patrimonio sociale residuo, qual è quello del soggetto legittimato a rivalersi nei confronti dei terzi (gli ex soci) per responsabilità di altri, suoi diretti debitori (la società estinta). Tuttavia, com'è stato condivisibilmente osservato, un diritto di seguito potrà ipotizzarsi solo in relazione a beni specifici ed individuabili transitati dal patrimonio del debitore a quello del terzo, sicché questa ricostruzione cade nel momento in cui – come avverrà peraltro nell'assoluta maggioranza dei casi – alla chiusura della liquidazione residuino somme di denaro³²⁹. Ma allora, proprio la considerazione di una validità al più solo parziale della costruzione offerta deve

³²⁸ R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., 268.

³²⁹ Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., 558. In forza di ciò l'A. giunge ad affermare che "volta che si rifiuta la esistenza del preteso diritto di seguito, non si vede come la generica garanzia sui beni sociali (art. 2740 c.c.), attuale durante la vita della società, una volta estinta questa possa seguire presso terzi, dato che l'acquisto di questi avviene a titolo particolare e non per successione a titolo universale".

necessariamente portare ad escludere la sua inidoneità a dar ragione del titolo della responsabilità degli ex soci, che sarà all'evidenza lo stesso indipendentemente dalla materiale composizione dell'attivo residuo.

5. Ulteriori (minoritarie) tesi sul titolo della responsabilità degli ex soci

Benché la maggioranza degli interpreti risulti divisa tra l'alternativa di ricondurre il fenomeno ad un preteso evento successorio, o di valorizzare il ritenuto arricchimento senza causa (o indebito oggettivo) degli ex soci, le tesi finora esposte non sono state le uniche soluzioni prospettate al problema dell'individuazione della responsabilità degli ex soci per le passività sociali non liquidate. Al riguardo si è infatti anche affermato che la responsabilità dei soci deriverebbe dalla originaria responsabilità conseguente al rapporto sociale, che diverrebbe però diretta e principale solo al venir meno del diaframma costituito dalla persona giuridica³³⁰. In tal modo la previsione di una responsabilità limitata per i soli (ex) soci di società di capitali troverebbe ragione in ciò, che l'ex socio risponde dei debiti sociali in accordo al regime originariamente scelto con il contratto sociale. Questa tesi si fonda sull'impostazione che tende ad una svalutazione dell'autonomia della persona giuridica rispetto alle persone dei soci³³¹. Senza addentrarci nella disamina di questa complessa ricostruzione, che risulterebbe qui ultronea, basti al riguardo evidenziare che, com'è stato osservato, ci pare in effetti che l'affermare che gli ex soci sono responsabili in quanto già parti del contratto sociale abbia valore meramente descrittivo, nel senso che "l'obbligo dell'ex socio di pagare i debiti sociali insoddisfatti deriva certamente dalla sua preesistente ed ora cessata posizione di socio nella società, ma resta da spiegare e da qualificare giuridicamente questo rapporto di derivazione"³³².

³³⁰ Così T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., 244 e ss.

³³¹ Si v. per tutti – tra i numerosi scritti dell'A. sul punto – *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca e borsa*, 1952, I, 385; *Considerazioni in tema di società e personalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 245 e ss.; nonché *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957 981 e ss., ove l'A. mostra di voler dimostrare che "la normativa riassunta con "persona giuridica" è a sua volta sempre risolubile in una normativa concernente atti di uomini nati da ventre di donna; con "persona giuridica" vogliamo perciò solo brevemente indicare una disciplina normativa ed una disciplina normativa poi risolubile in norme pur sempre concernenti relazioni tra uomini" (982).

³³² Così A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, cit., 957.

Altri ancora affermano che la responsabilità degli ex soci deriverebbe dalla loro posizione di garanti dei debiti contratti dalla società partecipata, poi estintasi³³³. Più in particolare, secondo alcuni autori, la responsabilità dei soci deriverebbe da un rapporto fideiussorio per i debiti sociali³³⁴ (limitato, però, alla quota dell'attivo sociale loro assegnata in sede di liquidazione); rapporto che troverebbe la sua fonte nello stesso contratto sociale. Ad una tale tesi ci pare si possa anzitutto obiettare che è difficile comprendere come sia possibile che il rapporto accessorio di garanzia (tra – ormai ex – soci e creditori sociali) possa sopravvivere nonostante l'estinzione del rapporto principale debito-credito garantito (per estinzione del soggetto debitore: la società cancellata dalle imprese). Per superare tale *impasse* dovrebbe allora ammettersi che il rapporto obbligatorio che legava la società debitrice al creditore non è inciso dalla cancellazione di quella dal registro delle imprese (e così dalla sua estinzione); con il che dovrebbe altresì (e di necessità) riconoscersi una successione degli ex soci alla società estinta. Se però così fosse il titolo della responsabilità di questi troverebbe già per ciò solo giustificazione, senza necessità di ricorrere alla sovra-costruzione della loro posizione di garanti dei debiti sociali. Ed anzi, il riconoscimento della successione degli ex soci non potrebbe nemmeno convivere con la costruzione qui in esame, poiché se v'è successione è chiaro allora che il diritto vantato dal creditore sociale nei confronti dell'ex socio è lo stesso che questi poteva a suo tempo vantare nei confronti della società, e non un diverso diritto di garanzia. A ciò si aggiunga che verrebbe in radice meno, nel caso fatto, la stessa *ratio* dell'istituto della fideiussione, che è per l'appunto quella di garanzia, e così di ampliare i soggetti obbligati nei confronti del

³³³ Da ultimo, sul punto si v. M. PORZIO, *La cancellazione*, cit., spec. 94, il quale, pur affermando che “il debito insoddisfatto è e rimane un debito della società, da essi [i soci] garantito”, avverte poi però – richiamando il pensiero di R. WEIGMANN, *Società con un solo socio*, in *Dig. disc. Priv. sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, 316 e ss. – del rischio sotteso ad esportare meccanicamente all'ipotesi in questione le norme dettate sulla fideiussione (op. cit., nt. 79). Così argomentando – pur con tutte premesse del caso – l'A. mostra di aver mutato il proprio pensiero in ordine al titolo della responsabilità dei soci, in un primo momento giustificato invece in forza della successione universale degli ex soci alla società nell'ipotesi di estinzione di questa (sul punto si v. M. PORZIO, *L'estinzione delle società per azioni*, cit., spec. 215).

³³⁴ L'impostazione che qualifica i soci quali fideiussori *ex lege* dei debiti sociali insoddisfatti è, peraltro, risalente. Si v. al riguardo A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1899, n. 70; il cui pensiero risulta poi ripreso da M. PALANDRI, *effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, p. 551.

creditore; mentre qui – a ben vedere – non si avrebbe ampliamento alcuno, ma solo una sostituzione del preteso “garante” all’originario debitore.

Analoghe obiezioni valgono anche per altra tesi che prospetta la sussistenza qui di un accollo *ex lege* dei debiti non ancora estinti della società cancellata a carico degli ex soci (anche qui nei limiti di quanto ricevuto, se la società partecipata era società di capitali, ovvero illimitatamente nel caso di società di persone)³³⁵. Anche in questo caso, infatti, la responsabilità degli ex soci-garanti non si affiancherebbe a quella del debitore principale, ma – molto più pregnantemente – la andrebbe a sostituire (sicché anziché uscirne avvantaggiato il creditore – stante i non pochi problemi comunque connessi all’azione nei confronti degli ex soci – ne sarebbe invero danneggiato).

6. Conclusioni: il titolo della responsabilità degli ex soci di società di capitali

Tra tutte le tesi avanzate, la più persuasiva è – a nostro avviso – quella che qualifica la responsabilità degli ex soci per i debiti sociali insoddisfatti come responsabilità per arricchimento senza causa. Ed infatti questa ci pare fornire, meglio di ogni altra, veste giuridica alla percezione, crediamo a tutti comune, per cui gli ex soci sono tenuti a rispondere per aver percepito più di quanto sarebbe loro effettivamente spettato se la fase di liquidazione si fosse svolta in modo completo. Nel senso che crediamo corretto riconoscere che all’estinzione del debitore (società) corrisponda l’estinzione delle posizioni passive ad esso facenti capo pur se rimaste insoddisfatte, con il conseguente sorgere di una (diversa) obbligazione in capo agli ex soci, che trova il suo titolo – appunto – nell’arricchimento senza causa da questi conseguito a seguito della chiusura anticipata della fase di liquidazione (il cui ammontare è corrispondente al valore della quota di attivo patrimoniale loro assegnata con il bilancio di liquidazione). Tuttavia per poter giungere ad affermare che la responsabilità degli ex soci trovi disciplina negli artt. 2041 e ss. c.c. è necessario superare le critiche che ad una tale impostazione sono state mosse; brevemente tratteggiate a conclusione del precedente par. 3, e che verranno ora puntualmente analizzate.

³³⁵ Così R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit., spec. 1617, nt. 9.

Prima di procedere però risulta necessaria una precisazione (tesa anch'essa invero, almeno in parte, a superare perplessità da alcuni manifestate³³⁶). Viene qui in rilievo sempre e solo il co. 1 dell'art. 2041 c.c., e non anche il co. 2, che disciplina l'ipotesi in cui l'arricchimento abbia avuto per oggetto una cosa determinata; e ciò anche quando di fatto la distribuzione dell'attivo residuo agli ex soci abbia comportato l'attribuzione non di una somma di denaro, ma di un bene sociale. Anche in questo secondo caso, infatti, l'arricchimento del socio è comunque un arricchimento pecuniario, pur se in concreto realizzato a mezzo dell'attribuzione di uno specifico bene. Nel senso che ciò che qui rileva – ai fini di determinare l'entità della responsabilità dell'ex socio – è il valore della quota di patrimonio residuo ad esso spettante; la effettiva composizione della quota (denaro o beni) non riveste invece alcun significato nell'ipotesi in esame. Da ciò discende che pure ove l'ex socio si sia visto attribuire un bene sociale (rappresentativo della quota dell'attivo ad esso spettante), questi non sarebbe mai tenuto alla sua restituzione in natura al creditore, nemmeno qualora il bene sussistesse al momento della domanda. L'arricchimento senza causa (ed il corrispondente depauperamento del creditore sociale), infatti, non è qui dato dal possesso del bene sociale da parte del socio, ma sempre dal valore patrimoniale di quel bene in concreto ricevuto; ed è sempre e solo di questo valore che dovrà essere indennizzato il creditore sociale³³⁷.

³³⁶ Così R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., il quale – pur non specificando espressamente ove sia nel caso di specie la contrapposizione con l'art. 2456 (ora 2495) c.c. afferma che “nell'ipotesi poi in cui il socio avesse ricevuto il bene in natura sarebbe tenuto, qualora fosse possibile, a restituirlo, altrimenti dovrebbe corrisponderne il valore attuale: conclusioni anche queste ultime in netto contrasto con l'art. 2456 c.c.” (pp. 263-264).

³³⁷ Si v. sul punto le considerazioni – pur svolte ad altro fine (v. par. 4), ma esportabili anche nel contesto in esame – di R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., per il quale anche quando il residuo sociale sia stato assegnato in natura ai soci, questi non sono tenuti alla restituzione del bene (ove ne siano ancora in possesso), o al pagamento di una somma pari al valore di realizzo (o attuale) del bene, nell'ipotesi in cui questo sia stato alienato. E ciò perché la responsabilità degli ex soci è predeterminata in ragione del tipo della società partecipata, sicché nelle società di capitali essa sarà parametrata sempre al valore della quota di liquidazione attribuita al socio, indipendentemente dalla concreta composizione della stessa, sicché “il creditore sociale, in realtà, può fare assegnamento solo su di una somma pari al valore che il bene aveva al momento della liquidazione o, più precisamente, pari alla valutazione che lo stesso ricevette nel bilancio finale di liquidazione” (p. 260).

Se quanto sopra è vero, si dovrà allora coerentemente ammettere che la responsabilità degli ex soci è responsabilità di valuta, e non di valore. Questa conclusione – che parrebbe porsi in contrasto con l’unanime riconoscimento per cui il debito di chi si arricchisce senza causa è debito di valore, e non di valuta³³⁸ – ci pare invero imposta dal regime della responsabilità dei soci per i debiti sociali. Nel senso che il limite della responsabilità dei soci (sia durante la vita della società, sia successivamente alla sua estinzione) è predeterminato dal legislatore in accordo con il tipo sociale richiesto: così i soci di società di capitali non possono essere chiamati a rispondere per un valore superiore alla loro quota di partecipazione (e, nel caso di sopravvivenze/sopravvenienze passive, alla quota del patrimonio attivo loro assegnata in sede di bilancio di liquidazione), ed i soci delle società di persone sono (tendenzialmente) chiamati a rispondere per l’intero (salvo poi anche qui il diritto di regresso ove il socio avesse pagato una somma di valore superiore alla sua quota di partecipazione). Sicché la responsabilità degli ex soci è *ex lege* sempre cristallizzata ed ancorata alla loro quota di partecipazione (in via diretta, nelle società di capitali, indirettamente – e così solo in forza di un diritto di regresso – nelle società di persone). E questo anche in ipotesi di sopravvivenze/sopravvenienze passive, nel qual caso i limiti individuati dal legislatore rileveranno quale parametro (predeterminato) dell’ammontare del loro arricchimento senza causa (e così dell’indennizzo dovuto).

Del resto una tale conclusione ci pare coerente con il sistema: se la soddisfazione del creditore fosse avvenuta debitamente (e così in sede di liquidazione) questi non si sarebbe certo visto attribuire il bene sociale in natura (come poi attribuito all’ex socio); tale bene sarebbe invece stato venduto dai liquidatori per far fronte all’ulteriore debito sociale. Ed è questo risultato che – seppur *ex post* – il creditore mira a (ed ha diritto di) ottenere dall’ex socio. Peraltro tale conclusione resta ferma anche nel caso in cui il diritto vantato dal creditore sociale fosse proprio quello di ottenere la proprietà del bene poi assegnato all’ex socio. Anche qui infatti l’arricchimento del socio (e l’indennizzo spettante al creditore) sarà esclusivamente dato dal valore monetario della quota di patrimonio residuo assegnata al socio. E

³³⁸ Così la giurisprudenza: per tutte Cass. civ., 10 ottobre 2007, n. 21292; Cass. 11 maggio 2007, n. 10884; Cass. 11 febbraio 2002, n. 1884; Cass. 6 febbraio 1998, n. 1287.

questo perché – ma lo si vedrà meglio al successivo par. 8 – gli eventuali contratti ancora in essere con la società al momento della sua cancellazione devono considerarsi, per effetto dell'estinzione della società, da essa inadempiti (una diversa soluzione – ossia che i contratti in essere si trasmettano agli ex soci – è esclusa dagli stessi sostenitori della tesi della successione degli ex soci alla società estinta, che sola potrebbe in astratto portare ad affermare la loro vigenza pur dopo l'estinzione dell'ente³³⁹). Sicché una volta estinta la società (e così inadempito il contratto) residuerà alla controparte negoziale il solo diritto di credito al risarcimento del danno da inadempimento, e dunque – in ultima analisi – il diritto ad ottenere il pagamento di una somma di denaro. Anche in questo caso, però, il debito dell'ex socio nei confronti del creditore sociale insoddisfatto, sarà debito di valuta e non di valore. Ed infatti è certamente vero che il debito risarcitorio da inadempimento è debito di valore (poiché teso a ristorare il creditore della utilità materiale che questi avrebbe percepito ove non si fosse verificato l'inadempimento³⁴⁰); ma è parimenti vero che il debito di valore era quello della società, e non anche il diverso debito dell'ex socio. Questi infatti risponde sempre nei limiti *ex ante* stabiliti dal legislatore, sicché la sua responsabilità – in astratto determinata al momento della liquidazione – sarà sempre di valuta, indipendentemente dalla natura del debito insoddisfatto.

Tanto premesso è possibile procedere al vaglio delle obiezioni mosse alla sostenuta operatività degli artt. 2041 e ss. c.c. Un primo rilievo critico attiene a ciò, che la tesi dell'arricchimento senza causa non potrebbe essere impiegata per dare ragione dell'acquisto da parte degli ex soci di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive³⁴¹, né della responsabilità illimitata per i debiti

³³⁹ Così A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., 96 e ss., per il quale appunto “non suscita difficoltà concettuali la successione in un debito ... ben diversa è la situazione in cui si venga a trovare il socio che succede alla società con riguardo a prestazioni diverse da quelle pecuniarie ... con l'estinzione della società i contratti e i rapporti in corso saranno necessariamente risolti: in capo all'ex società non potrà che gravare la responsabilità per l'inadempimento di siffatti contratti, *sub specie* di risarcimento per equivalente”.

³⁴⁰ Così, tra le ultime, Cass. 10 marzo 2010, n. 5843; Cass. 20 gennaio 2009, n. 1335; Cass. 18 settembre 2007, n. 19365.

³⁴¹ Così M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., spec., 290 e ss.

sociali degli ex soci delle società di persone. Questo secondo profilo verrà trattato nel successivo paragrafo, dedicato appunto al titolo della responsabilità degli ex soci di società di persone. Quanto poi alla denunciata incapacità della tesi dell'arricchimento senza causa a dare ragione della sorte di eventuali sopravvivenze/sopravvenienze attive, questo è certamente vero. E tuttavia che il regime delle attività e delle passività non liquidate potesse essere differente era già stata assunta come ipotesi di lavoro nell'affrontare il tema delle sopravvivenze/sopravvenienze attive. In quella sede (v. retro sez. II, par. 3) si era giunti infatti alla conclusione per cui nel caso di sopravvenienze attive (e solo in questo) l'acquisto degli ex soci non potesse essere immediato, ma mediato dall'opera dei liquidatori a valle della riapertura della fase di liquidazione (ottenuta con la cancellazione della iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese). A ciò aveva condotto non solo l'analisi delle diverse tesi prospettate dagli interpreti (e dei profili di criticità da ciascuna manifestati), ma pure la considerazione che il legislatore nulla dice in ordine alla sorte delle sopravvivenze attive, con il che ci pare insostenibile l'affermazione per cui queste due (assai diverse) vicende, pur se originate dal medesimo evento, ossia l'estinzione della società, non possano trovare autonoma e diversificata disciplina (tanto più che, come si è visto, crediamo che il silenzio del legislatore circa la sopravvivenza/sopravvenienza di attività non liquidate trovi giustificazione in ciò che in assenza di una compiuta liquidazione della attività sociali si determini l'invalidità della cancellazione della società dal registro delle imprese e così la necessità di procedere ad una nuova – questa volta completa – fase di liquidazione).

Altri invece hanno manifestato perplessità in ordine alla ricorrenza qui dei presupposti necessari dell'azione di arricchimento senza causa³⁴². Così è stato anzitutto per ciò che concerne il suo carattere sussidiario, sancito dall'art. 2042 c.c., in relazione al quale si è affermato che "l'azione da ingiustificato arricchimento

³⁴² I contributi sul tema sono assai numerosi, senza pretese di esaustività se ne citano qui solo alcuni tra i principali: A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005; G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 2008; P. SCHELSINGER, voce *Arricchimento (Azione di)*, in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1958; A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

è per sua natura una azione sussidiaria, esperibile solo in assenza di una specifica azione predisposta, e quindi occorre dimostrare prima che nell'ipotesi *de quo* non è identificabile un'azione di diversa natura"³⁴³. Un tale ragionamento – in forza del quale la disciplina degli artt. 2041 e ss. c.c. qui non opererebbe poiché il legislatore ha fornito ai creditori sociali altri strumenti per ottenere soddisfazione – risulta, peraltro, tautologico. Con esso si sostiene l'inesattezza della tesi qui accolta in forza della correttezza di quella proposta. Inoltre l'analisi delle altre soluzioni prospettate al problema delle sopravvivenze/sopravvenienze passive e la conclusione cui si è giunti circa la loro insostenibilità ci pare evidenzino proprio la mancanza di altre azioni a disposizione dei creditori sociali il cui contenuto consista appunto nel farsi indennizzare del depauperamento subito a causa della incompletezza della fase di liquidazione.

Altro requisito mancato sarebbe poi quello della (in)giusta causa dell'arricchimento degli ex soci, e questo perché il "negozio *inter vivos*" con il quale la società estinguenda trasferisce al socio la titolarità della quota del patrimonio attivo residuo configurerebbe proprio giusta causa dell'acquisto e così del relativo arricchimento³⁴⁴. Sulla nozione di "giusta causa" dell'arricchimento si assiste, in dottrina, ad un intenso dibattito; nonostante ciò ad oggi la definizione dogmatica di "giusta causa" risulta quanto mai incerta³⁴⁵. Senza addentrarci nel dibattito dottrinale, crediamo risulti determinante – per superare l'obiezione mossa – la considerazione per cui esistono dei casi, espressamente considerati dal legislatore, nei quali ad un acquisto giuridicamente legittimo si accompagna un'obbligazione restitutoria o d'indennizzo. Si pensi ad esempio al caso in cui un soggetto riceva un bene mobile in virtù di un pagamento non dovuto, e a sua volta l'alieni a titolo

³⁴³ Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., 560; in tal senso pure A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., 91 e ss.

³⁴⁴ L'obiezione – formulata da R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., 264 – è poi ripresa anche da M. SPERANZIN, *Recenti pronunce in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., 281 e ss.

³⁴⁵ E questo perché, com'è stato osservato, tale concetto non è suscettibile di definizioni ontologiche o sostanziali che consentano di limitare l'ambito di applicazione dell'azione (così P. SCHELSINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1007), sicché "il concetto di giusta causa può essere definito solo in senso formale come criterio che consente esclusivamente giudizi sintetici a *posteriori*", P. SIRENA, commento sub art. 2041, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, 2009.

gratuito a un terzo (art. 2038 c.c.): questi potrà pur esserne divenuto proprietario (ex art. 1153 c.c.), epperò sarà comunque obbligato – ovviamente nei limiti dell’arricchimento – nei confronti di chi ha consegnato il bene mobile in pagamento e che per ciò risulti impoverito³⁴⁶. Ebbene, crediamo che quanto descritto possa valere anche nel caso in esame: pur ammettendo che l’attribuzione ai soci della quota di attività sociali residue individuata nel bilancio di liquidazione configuri un acquisto legittimo, il sopravvivere/sopravvenire di passività non liquidate fa sorgere il contestuale diritto del creditore sociale così impoverito di essere indennizzato della perdita subita, e così il diritto di questi di agire ex art. 2041 c.c.

Da ultimo la critica – forse *prima facie* più persuasiva – mossa alla teoria dell’arricchimento senza causa è quella per cui in forza della disciplina dettata dagli artt. 2041 e ss. c.c. l’arricchimento ingiustificato (e così l’ammontare dell’indennizzo dovuto dall’arricchito) va valutato al momento della proposizione della domanda da parte del soggetto impoverito; mentre il *quantum* dovuto dagli ex soci al creditore sociale insoddisfatto è ancorato dal legislatore a quanto da questi percepito in forza del bilancio di liquidazione. Sicché eventuali successive vicende che possano interessare il patrimonio dell’ex socio sarebbero per l’ordinamento ininfluenti sulla misura del dovuto³⁴⁷. La considerazione da ultimo esposta – sicuramente corretta –

³⁴⁶ U. BRECCIA, *L’arricchimento senza causa*, cit., 978 e ss. Sul punto si v. anche A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., per il quale “in alcuni casi (...) la causa formale giustificatrice di una certa situazione non offre anche una sufficiente giustificazione per tutte le modifiche sostanziali che vi sono connesse” (p. 66).

³⁴⁷ Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., spec. 560, per il quale “l’azione di arricchimento si sviluppa non già in proporzione a quello che si è ricevuto (art. 2456 – ora art. 2495 – c.c.), ma all’incremento patrimoniale esistente al momento della domanda”. Analoghe osservazioni sono svolte pure da R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., spec. 263, che evidenzia come “presupposto di ammissibilità dell’azione di arricchimento è che la *locupletatio* sussista al momento della domanda: *non est versum si non durat versum*. Da ciò prescinde di contro assolutamente la nostra ipotesi, dove l’unica cosa che rileva è l’entità della quota di liquidazione percetta. Nell’azione di arricchimento il vantaggio si misura al momento della domanda, costituisce cioè debito di valore, mentre la responsabilità del socio è di valuta”. L’A. – come si è visto – giunge ad una tale conclusione circa la natura della responsabilità di valuta degli ex soci in ragione di argomenti (quello per cui la responsabilità dei soci è cristallizzata nel suo ammontare al valore della quota dell’attivo patrimoniale ad essi attribuita nel bilancio di liquidazione, anche nei casi in cui in concreto il residuo sociale sia stato assegnato in natura ai soci), che non ci paiono incompatibili con il riconoscimento dell’operatività qui degli artt. 2041 e ss. c.c.

non conduce però ad escludere l'operare nel caso di specie della disciplina dell'arricchimento senza causa.

Va infatti al riguardo anzitutto precisato che a quanti in effetti – proprio in ossequio al brocardo *non est versum si non durat versum* – sostengono che il diritto dell'impoverito all'indennizzo non sussiste se al momento della proposizione della domanda il corrispondente arricchimento sia venuto meno³⁴⁸, più di recente v'è stato chi – aderendo alla c.d. concezione patrimoniale dell'arricchimento senza causa³⁴⁹ (per cui la valutazione dell'arricchimento deve tenere conto di tutti i riflessi economici, tanto negativi quanto positivi, dello spostamento patrimoniale ingiustificato) – ha affermato che la quantificazione dell'indennizzo non debba essere agganciata al momento di proposizione della domanda, ma vada effettuata tenuto conto della situazione sussistente al momento in cui si è verificato lo spostamento patrimoniale; e ciò perché “il credito del depauperato sorge al momento in cui si verifica lo spostamento patrimoniale ingiustificato”³⁵⁰. A sostegno di ciò si precisa che nessuna regola generale si può trarre dall'art. 2041, co. 2, c.c. (“qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuto è tenuto a restituirla in natura, *se sussiste al tempo della domanda*”), perché con essa si è inteso semplicemente disciplinare il caso particolare dell'indennizzo in natura, e non anche escludere che se al momento della domanda l'arricchimento non sussiste più nel patrimonio dell'arricchito, questo è per ciò solo liberato³⁵¹.

³⁴⁸ Così A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., che giustifica una tale conclusione in ragione di ciò, che ove per qualche ragione lo spostamento patrimoniale si sia rivelato in ultima analisi non vantaggioso, verrebbe a mancare “la ragione di sostanziale equità che è alla base della pretesa di riparazione dell'impoverimento”, con il rischio di arrivare ad esiti non voluti, quali quello per cui l'arricchito risulti infine egli pure impoverito.

³⁴⁹ Questa concezione impone, ai fini della valutazione dell'arricchimento, di tenere conto di tutti i riflessi economici dello spostamento patrimoniale (tanto positivi quanto negativi), ma solo di questi, risultando invece irrilevanti i fatti che non vi sono direttamente collegati, pur se idonei ad incidere in modo negativo sulla locupetazione (cfr. sul punto, U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1002 e ss.).

³⁵⁰ P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit.

³⁵¹ Così A. ALBANESE, *Ingiustizia nel profitto e arricchimento senza causa*, cit., 301 e ss. Il quale argomenta altresì (seppur con alcune cautele) dalla scelta compiuta dal legislatore in sede di redazione del testo definitivo di c.c. di eliminare il riferimento – previsto dai precedenti progetti – al requisito della persistenza dell'arricchimento al momento della proposizione della domanda di indennizzo. Si v. p. 301, nt. 25, ove – da un lato – si ricorda che un tale limite era previsto all'art.

Il riconoscimento che l'esistenza e l'ammontare del diritto di credito all'indennizzo vada ancorato al momento dello spostamento patrimoniale, ancora in sé non è però idoneo a superare l'obiezione per cui applicando la disciplina di cui agli artt. 2041 e ss. c.c. gli ex soci potrebbero essere chiamati a rispondere per un importo inferiore a quello corrispondente al valore della quota di attivo sociale loro spettante in forza del bilancio di liquidazione. Anche tra i sostenitori della c.d. concezione patrimoniale, infatti, si afferma che eventuali fatti successivi allo spostamento patrimoniale potrebbero influire (quali eventi modificativi o estintivi) sul diritto d'indennizzo, ove tali fatti avessero comportato una diminuzione (o una radicale elisione) dell'arricchimento, purché sussista la buona fede dell'arricchito e la diminuzione derivi da causa ad esso non imputabile³⁵². Quest'ultimo ostacolo, però, ci pare possa essere risolto nel senso dell'irrilevanza – nel caso considerato – della verifica di fatti sopravvenuti idonei ad eliminare o diminuire l'arricchimento degli ex soci, e ciò in forza della premessa qui accolta circa la natura del debito di questi nei confronti del creditore sociale rimasto insoddisfatto. Se si ritiene – come crediamo si debba (v. *retro*) – che il debito degli ex soci è debito di valuta e non di valore, l'irrilevanza di successive vicende (pur se non imputabili agli stessi) sulla quantificazione del dovuto trova così adeguata spiegazione: il debito di valuta è infatti insensibile alle vicende sopravvenute che possano colpire il patrimonio del debitore³⁵³.

7. (segue): e degli ex soci di società di persone

766, co. 2, del Progetto definitivo del Libro delle obbligazioni e dall'art. 820, co. 2, della seconda edizione del Progetto del libro IV; ma – dall'altro – si osserva come la mancata riproduzione di questo limite, voluta da Gorla e Andreoli, sia stata altresì giustificata in relazione alla "frettolosità ed approssimazione della fase finale dei lavori ... [quando] il legislatore non se l'è sentita di assumere una posizione precisa al momento della stesura del testo definitivo dell'attuale art. 2041, prendendo a pretesto del suo atteggiamento "neutro" i contrasti affiorati tra gli interpreti dell'epoca" (così E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti "private" delle obbligazioni*, in *Quaderni romani di diritto privato*, a cura di Angelici-Di Mjo-Ferri-Masi, Padova, 2000, 287).

³⁵² Così P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento*, cit., 1008 e ss.

³⁵³ Si v. sul punto U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1003, che afferma che "il silenzio della legge [N.d.R.: sulla rilevanza estintiva o modificativa del diritto all'indennizzo di eventi successivi allo spostamento patrimoniale] deriv[a] dal fatto che l'obbligazione restitutoria è per lo più una obbligazione in denaro, come tale insensibile alle vicende sopravvenute non imputabili: ciò può dirsi [però] soltanto per il pagamento pecuniario dell'indebito che [sia] fin dall'origine un debito di valuta".

A conclusione del precedente paragrafo abbiamo dimostrato come le obiezioni mosse alla costruzione della responsabilità degli ex soci di società di capitali in termini di arricchimento senza causa possano essere adeguatamente superate. Sicché ci pare non residuino dubbi in ordine all'operatività, in quell'ipotesi, della disciplina dettata dagli artt. 2041 e ss. c.c.

Resta ora da valutare se le conclusioni raggiunte possano valere anche in ordine alla responsabilità degli ex soci di società di persone, posto che una delle critiche mosse alla posizione accolta è quella per cui con essa non si riuscirebbe a dar conto del regime delle sopravvivenze/sopravvenienze passive di società di persone³⁵⁴. Il problema, peraltro, si pone in relazione a quelle ipotesi in cui il legislatore ha previsto la responsabilità illimitata (e solidale) dei soci per i debiti sociali insoddisfatti, e non anche ove invece valga pure per essi una limitazione della responsabilità ai conferimenti effettuati (come accade per i soci accomandanti di società in accomandita semplice: art. 2324, c.c., per i quali varranno già le considerazioni sopra svolte).

Il principale (meglio: esclusivo) argomento impiegato per escludere la riconduzione della responsabilità degli ex soci di società di persone allo schema dell'arricchimento senza causa è dato dall'espressa previsione della loro responsabilità illimitata per i debiti sociali (sussidiaria a quella dell'ente partecipato, che diviene invece principale con la sua estinzione). Il rilievo della responsabilità illimitata degli ex soci non esclude però l'operare degli artt. 2041 e ss. c.c. Ed infatti anche qui è configurabile un arricchimento senza causa degli (ormai ex) soci, dato da ciò, che se la fase di liquidazione si fosse svolta in modo completo, questi – a seconda dei casi – avrebbero percepito quale distribuzione dell'attivo residuo una somma inferiore (se comunque il patrimonio sociale fosse risultato capiente), oppure avrebbero dovuto versare una somma pari alla differenza tra l'ammontare del debito sociale ed il patrimonio della società partecipata (se, al contrario, il patrimonio di questa non si fosse rivelato sufficiente). E la possibilità che l'arricchimento sia determinato (come nel caso in discorso) da un risparmio è

³⁵⁴ Peraltro la possibilità che il regime delle sopravvivenze/sopravvenienze passive trovasse differente regolamentazione in dipendenza del tipo sociale del debitore era stata comunque ipotizzata in dottrina: si v. sul punto R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, cit., 258, nt. 3.

comunemente ammessa dagli interpreti, che sottolineano come “la fattispecie dell’ingiustificato arricchimento è produttiva dello spostamento patrimoniale consistente in ciò che un soggetto perde il diritto di credito di cui è titolare ed un altro soggetto è liberato dalla correlativa obbligazione”³⁵⁵.

Anche nel caso in cui l’ente sociale debitore sia una società di persone, dunque, riteniamo corretto l’inquadramento della responsabilità degli ex soci nell’ambito di quella per arricchimento senza causa. Nel senso che anche in questo caso la cancellazione della società dal registro delle imprese comporterà anzitutto l’estinzione dei debiti sociali rimasti insoddisfatti (o destinati ad attualizzarsi in un momento successivo all’estinzione dell’ente), per estinzione del soggetto debitore. Ci pare infatti che i pur diversi caratteri del tipo sociale in considerazione non influiscano sulla fondatezza delle critiche mosse alla impostazione che qualifica gli ex soci quali successori della società estinta (unica via per poter affermare la permanenza dell’obbligazione della società pur dopo la sua estinzione). Corrispondentemente all’estinzione del credito vantato nei confronti della società, però, sorgerà in capo al creditore (già) sociale un credito nei confronti degli ex soci. Questo diritto di credito, pur se di ammontare pari al valore di quello estintosi, non è però lo stesso credito vantato nei confronti della società, poiché diverso è il fatto costitutivo: appunto l’arricchimento senza causa degli ex soci. Con l’estinzione della società partecipata, dunque, la responsabilità dei soci non tanto si attualizza (poiché anche durante la vita sociale ben potrebbe accadere che questi siano chiamati a rispondere dei debiti sociali, in questo caso però in forza della responsabilità assunta con l’adesione al contratto sociale) ma muta e diviene responsabilità principale e personale (non più sussidiaria) per ingiustificato arricchimento.

Il che importa altresì che anche per gli ex soci di società di persone il debito nei confronti del creditore sociale sia debito di valuta e non di valore. Anche per essi,

³⁵⁵ Così G. ANDREOLI, *L’ingiustificato arricchimento*, cit., 192. Analogamente A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 70 e ss., nonché U. BRECCIA, *L’arricchimento senza causa*, cit., 1000, che precisa come “può costituire arricchimento anche il risparmio di spesa. (...) basti pensare al caso in cui il patrimonio di un soggetto sia destinato a diminuire di un ammontare pari all’entità di un obbligo di cui il soggetto stesso sia titolare. Se il debito si estingue, “nella considerazione algebrica del patrimonio”, il risultato è quello di un arricchimento corrispondente all’entità del debito non pagato”.

infatti, la responsabilità è cristallizzata *ex ante*, e non incisa né dalla concreta composizione della (eventuale) quota di attivo patrimoniale residuo loro assegnata, né dal titolo costitutivo del diritto di credito originariamente vantato dal credito nei confronti della società partecipata. Unica differenza, rispetto agli ex soci di società di capitali, sta in ciò, che la predeterminazione della responsabilità di questi ultimi avviene nel momento di chiusura della liquidazione, mentre per i primi è addirittura anteriore, risalendo al momento della adesione al contratto sociale.

Da ultimo, quanto alla tesi qui accolta, non crediamo che indicazioni in senso contrario alla qualificazione della responsabilità degli ex soci (tanto di società di capitali quanto di persone) in termini di arricchimento senza causa possano trarsi dal più volte richiamato arresto delle Sez. un. n. 4060 del 2010³⁵⁶ (in punto di effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese). In verità del titolo della responsabilità degli ex soci le Sezioni unite in quella occasione non si sono occupate; né una implicita adesione alla tesi della successione può rinvenirsi nell'impiego della locuzione "il socio chiamato a rispondere dei debiti sociali". Quanto poi alla circostanza che la responsabilità degli ex soci per i debiti sociali, volta che la società sia stata cancellata, sia responsabilità diretta, questo non vale ad escludere l'operare degli artt. 2041 e ss. c.c. Infatti la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa non esclude certo che la responsabilità dell'arricchito sia responsabilità diretta³⁵⁷; il carattere sussidiario discende da ciò che ove l'impovertito abbia a sua disposizione altri specifici mezzi di tutela, di quelli si dovrà servire. Nel caso di specie, però, tali mezzi non si rinvengono, sicché ben si giustifica il ricorso all'azione in esame. Ancora irrilevante è la differenza, evidenziata pure dalle Sezioni unite, in ordine alla responsabilità degli ex soci di società di persone e degli ex soci di società di capitali: differenza che, da un lato, è perfettamente giustificata in ragione del tipo societario partecipato, e, dall'altro, non

³⁵⁶ Così, invece, R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit., secondo cui "la sentenza n. 4060 contiene delle statuizioni degne di nota ... [quanto alla responsabilità degli ex soci] non si tratta di un'obbligazione dipendente da arricchimento senza causa e quindi l'azione contro i soci non ha carattere sussidiario; i soci sono invece tenuti per lo stesso titolo cui era obbligata la società estinta dalla cui liquidazione hanno tratto vantaggio", p. 1617, nt. 9.

³⁵⁷ Questa sembrerebbe essere l'obiezione formulata da R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit.

esclude (come si è visto) che pure la responsabilità illimitata degli ex soci di società di capitali possa essere ricondotta a quella da arricchimento senza causa.

8. La responsabilità *pro quota* o solidale degli ex soci e la sorte dei contratti in essere al momento dell'estinzione della società

Dopo aver chiarito quale sia il titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali insoddisfatti, è possibile analizzare un ulteriore aspetto di tale responsabilità, ossia se essa sia solidale o *pro quota*. In via di prima approssimazione – e seguendo le partizioni sopra prospettate – si può affermare che quanti fanno discendere la responsabilità degli ex soci dal permanere del vincolo sociale, così come coloro che ne affermano la responsabilità ex art. 2280 c.c., dovrebbero concludere per la solidarietà passiva degli ex soci; al contrario chi propende per la ricostruzione in termini di arricchimento senza causa, o successione universale dovrebbe invece affermarne la responsabilità *pro quota*. In realtà così non è. Come si avrà modo di mostrare, infatti, non sempre le conclusioni in ordine al tipo di responsabilità (solidale o *pro quota*) risultano coerenti con le premesse accolte circa il titolo della responsabilità degli ex soci.

Ad oggi la posizione maggiormente condivisa è quella per cui gli ex soci siano solidalmente responsabili per i debiti sociali non compresi nella fase di liquidazione³⁵⁸. L'argomento generalmente sotteso al riconoscimento della responsabilità solidale degli ex soci è quello della maggior tutela in tal modo apprestata al creditore sociale insoddisfatto, che potrebbe così – ex art. 1292 c.c. –

³⁵⁸ In tal senso M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., 281 e ss.; nonché ID., *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 514 e ss., spec. 541; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, Il parte, cit., 599-600; G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, cit., 1842. Così pure – e prima – T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità delle società per azioni*, cit., 251, nt. 13; A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., 565-566; M. PORZIO, *La cancellazione*, cit., 95 (peraltro in un primo momento l'A. affermava – al contrario – la responsabilità *pro quota* degli ex soci: si v. *L'estinzione delle società per azioni*, cit. 216; questo mutamento pare coerente con la corrispondente modifica della posizione accolta in ordine al titolo della responsabilità dei soci: originariamente qualificati come successori universali della società estinta, e solo successivamente quali garanti dei debiti sociale). *Contra*, invece, A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, cit., 957 e ss. e – coerentemente con il riconoscimento della responsabilità per ingiustificato arricchimento – G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, cit., 1020 e ss.

agire nei confronti di uno solo di essi ottenendo il pagamento di quando dovuto o – nel caso la società debitrice fosse una società di capitali, ed il residuo attivo distribuito ai soci risultasse inferiore all’ammontare del credito insoddisfatto – la maggior somma così realizzabile (salvo ovviamente poi il diritto di regresso dell’ex socio escusso per intero nei confronti degli altri ex soci: art. 1299 c.c.). Inoltre, si afferma, la solidarietà andrebbe a vantaggio degli stessi ex soci, posto che il diritto di regresso riconosciuto all’escusso “elimina in radice la possibilità di una disparità tra gli stessi”³⁵⁹.

Invero, però, la proporzionalità così riconosciuta, è risultato cui giunge – seppur per vie diverse – anche quella parte della dottrina che invece propende per la qualificazione della responsabilità *pro quota* degli ex soci. Così da alcuni si sostiene l’operare, a tal fine, del principio generale dell’art. 31, co. 3 c.c. in tema di devoluzione dei beni delle associazioni riconosciute e delle fondazioni (“i creditori che durante la liquidazione non hanno fatto valere il loro credito possono chiedere il pagamento a coloro ai quali i beni sono stati devoluti, entro l’anno dalla chiusura della liquidazione, *in proporzione* e nei limiti di ciò che hanno ricevuto”); dal che discenderebbe – quale logica conseguenza – che gli ex soci non solo risponderanno nei (soli) limiti di quanto a loro attribuito in sede di liquidazione, ma pure in proporzione a quanto ottenuto dal riparto dell’attivo eventualmente residuo³⁶⁰. Per altri ancora la circostanza che la responsabilità degli ex soci sia proporzionale alla quota di liquidazione loro attribuita discenderebbe invece direttamente dalla natura della loro responsabilità (ex art. 2041 c.c.): l’arricchimento di ciascun ex socio, infatti, è dato in concreto dalla parte dell’ammontare del credito sociale insoddisfatto illegittimamente distribuita ad ognuno in sede di riparto dell’attivo sociale residuo³⁶¹. Questo dimostra poi anche l’insostenibilità della tesi per cui la solidarietà della responsabilità degli ex soci dovrebbe ricavarsi dal fatto che l’art. 2495, co. 2, c.c. nulla dice in ordine al dovere del creditore si escludere i

³⁵⁹ Così M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., 281 e ss..

³⁶⁰ Così A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell’estinzione delle società*, cit., 957-958.

³⁶¹ In tal senso G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, cit., 1020.

soci proporzionalmente alle somme riscosse³⁶², il che porterebbe a ritenere operante il principio di cui all'art. 1294 c.c., in forza del quale nel silenzio della legge o del titolo i condebitori sono tenuti in solido. Qui, infatti, pur nel silenzio della legge (per ciò che, però, concerne le sole società di capitali: v. oltre) è il titolo della responsabilità degli ex soci (i.e.: l'arricchimento senza causa) ad escludere che possa affermarsi la solidarietà degli stessi³⁶³.

Quanto alla prima osservazione – ossia che così ragionando si agevola la tutela del creditore insoddisfatto – seppur l'effettività della tutela del soggetto leso dall'estinzione dell'ente sociale è sicuramente istanza che merita di essere tenuta in debito conto, non ci pare possibile fondare su di essa una costruzione in contrasto con la posizione accolta in ordine al titolo della responsabilità dei soci. Così, esemplificando, non risulta davvero persuasivo il tentativo – di quanti affermano qui il ricorrere di una successione universale degli ex soci – di piegare la disciplina del Libro II del c.c. alle specifiche esigenze della prassi societaria, sostenendo la non operatività dell'art. 754 c.c. (in forza del quale gli eredi sono tenuti al pagamento pro quota dei debiti ereditari), in ragione dell'asserito carattere eccezionale dell'art. 754 c.c. rispetto al generale principio della solidarietà passiva di cui all'art. 1294 c.c. (che ne implicherebbe appunto la non operatività ex art. 14

³⁶² L'argomento, ripreso poi da M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., 281 e ss., si trova già sviluppano in G. OPPO, *Forma e pubblicità delle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 168.

³⁶³ Senza qui addentrarci in un argomento tanto complesso quanto quello delle obbligazioni soggettivamente complesse, basti rammentare che elementi identificativi della categoria (la cui ricorrenza orienterà l'interprete verso il riconoscimento della sussistenza della solidarietà nonostante il silenzio della legge e del titolo) sono la *eadem res debita* e la *eadem causa obligationis* (si v. sul punto U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 174; F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, 330 e ss.; M. DE ACUTIS, *Solidarietà ed eadem causa in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 370; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, 676; C.M. MAZZONI, *Specie di obbligazioni: solidali ed indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, 741 e ss.). Nel caso di specie non ricorre né il requisito della medesima prestazione – poiché ciascuno degli ex soci è obbligato al pagamento di una somma di valore pari alla differenza tra la quota di liquidazione a ciascuno attribuita, e l'incidenza che il debito sociale insoddisfatto avrebbe avuto sulla stessa –, né quello della unitarietà del fatto costitutivo del debito, posto che qui questo va appunto individuato nell'arricchimento senza causa conseguito autonomamente e personalmente da ciascuno dei soci (seppur in forza di un'attività, quella di cattiva liquidazione, a tutti comune).

disp. prel. c.c.)³⁶⁴. L'art. 754 c.c., invero, rappresenta – in assoluto – una eccezione alla regola generale, ma risulta invece dettare un regime connaturato all'istituto della successione universale che qui si vorrebbe operante. Inoltre la presunzione di solidarietà nel silenzio della legge o del titolo potrà all'evidenza valere solo ove ricorreranno i presupposti di tale presunta solidarietà (e così l'*eadem res debita* e l'*eadem causa obligationis*: v. nelle note al testo), che – anche a voler seguire la costruzione già criticata – non sembrano ricorrere.

A ben vedere crediamo che nessuna delle tesi prospettate in ordine alla responsabilità degli ex soci consenta coerentemente di concludere per la solidarietà nel debito degli stessi. Da ultimo nemmeno quella che postula l'operare dell'art. 2280 c.c. e così la sostituzione – ad estinzione intervenuta – dei creditori sociali alla società nell'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito da questi percepito prima dell'avvenuta completa soddisfazione dei creditori sociali (v. *retro* par. 4). Anche qui, infatti, l'indebito pagamento effettuato dai liquidatori ai soci oggetto di ripetizione ex art. 2033 c.c. non ci pare esteso – ad estinzione intervenuta – all'intero attivo ripartito, ma solo a quella parte che ripartita non poteva essere perché destinata a soddisfare i creditori sociali³⁶⁵.

È allora giocoforza concludere – perché diversamente non si può fare – che gli ex soci rispondono dei debiti sociali insoddisfatti *pro quota* e proporzionalmente a quanto loro assegnato in sede di liquidazione. Una tale soluzione (cui coerenza vuole conduca ciascuna delle tesi prospettate) va peraltro a serio detrimento della posizione del creditore sociale non considerato in sede di liquidazione, che si potrà

³⁶⁴ L'argomento è di M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit., 281 e ss. Sulla scorta di questi anche F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, Il parte, cit., 599-600. Che l'accoglimento della tesi della successione universale degli ex soci dovesse coerentemente portare al riconoscimento della loro responsabilità *pro quota* è, invero, sottolineato non solo da M. PORZIO, *L'estinzione delle società per azioni*, cit., 216, ma pure (anche se con qualche incertezza) da A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., 565.

³⁶⁵ *Contra*, però, parrebbe A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., 565, per il quale "come la società sarebbe stata obbligata a richiedere l'integrale restituzione della quota liquidata ai singoli soci, così i creditori sociali potranno aggredire il patrimonio del singolo socio fino alla concorrenza dell'intero ammontare delle somme ricevute in sede di riparto finale". Da ciò dovrebbe discendere (pur se tale conclusione non è esplicitata dall'A.) il diritto di regresso del socio escusso nei confronti degli altri condebitori solidali.

ex art. 103 c.p.c. cumulare le diverse domande svolte nei confronti degli ex soci, ma che si vedrà comunque costretto a citare in giudizio ciascuno di essi, con notevole aumento delle spese di lite (nel migliore dei casi) e con quasi certa impossibilità di trovare integrale soddisfazione, pur se l'attivo sociale residuo risulti capiente (ove – com'è altamente probabile – la società debitrice presentasse un'ampia compagine sociale). Viene così in rilievo un primo profilo di grave inefficienza della tutela apprestata dal legislatore ai creditori sociali insoddisfatti (molti altri ne emergeranno quando si andranno ad analizzare gli effetti dell'estinzione dell'ente sui processi in corso che lo vedano parte, in particolare convenuto in condanna). E tuttavia tale profilo di criticità non può trovare soluzione allo stato: nel silenzio del legislatore al riguardo è il titolo della responsabilità degli ex soci (qualunque esso si ritenga sia) ad escludere la loro solidarietà (salvo concludere all'opposto, ma in modo apodittico e contraddittorio rispetto alle premesse accolte). Non può dunque che auspicarsi un rapido intervento del legislatore, su questo come su altri punti, che espressamente qualifichi – potendolo ben fare – la responsabilità dei soci in termini di solidarietà passiva.

Ed infatti le considerazioni svolte varrebbero, *in thesi*, anche per le società di persone (i cui ex soci – si è visto – rispondono anch'essi per indebito arricchimento³⁶⁶). Tuttavia al riguardo dispone diversamente la disciplina positiva, con una espressa previsione della responsabilità non solo illimitata ma pure solidale dei soci per i debiti sociali (cfr. art. 2267 c.c. per la società semplice; art. 2291 per la società in nome collettivo; art. 2313 per la società in accomandita semplice, limitatamente ai soci accomandatari). Tale previsione, pur se dettata in relazione all'adempimento delle obbligazioni sociali durante la vita dell'ente (per le quali la responsabilità dei soci sarà dunque sussidiaria), è destinata ad operare anche una volta estinta la società partecipata, al pari della previsione concernente la loro responsabilità illimitata. Si tratta dunque di una ipotesi in cui le indicazioni traibili dal titolo costitutivo del debito vengono superate dall'espressa previsione contraria ad opera del legislatore, come è auspicabile avvenga anche per le società di capitali.

Da ultimo si deve affrontare la questione – alla quale già si è fatto cenno – della sorte dei contratti in essere con la società al momento della sua estinzione. L'avvenuta cancellazione della società-parte determinerà l'inadempimento (per estinzione del debitore) di tali contratti³⁶⁷, facendo così sorgere in capo alla controparte il corrispondente diritto al risarcimento del danno. Tale diritto di credito – ove di esso non si tenga conto in sede di liquidazione – potrà dunque essere successivamente fatto valere nei confronti degli ex soci secondo le regole già illustrate (per il solo fatto dell'estinzione il debito sociale si tramuterà in debito personale degli ex soci, derivante dall'arricchimento senza causa da questi conseguito a chiusura della fase di liquidazione, e di tale debito gli ex soci risponderanno nei limiti della quota di liquidazione e proporzionalmente *pro quota*, o illimitatamente e solidalmente, in accordo al tipo di società partecipata).

9. L'azione surrogatoria del creditore sociale ex art. 2900 c.c.

Da ultimo merita spendere qualche parola sulla possibilità di ipotizzare l'esperimento, da parte del credito sociale rimasto insoddisfatto, dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., ove questi sia a conoscenza di diritti di credito della società estinta non considerati in fase di liquidazione, rispetto ai quali gli ex soci si mostrino inerti. Se ne tratta qui, a conclusione del capitolo dedicato alle sopravvivenze/sopravvenienze attive e passive, poiché la questione si pone come trasversale, involgendo sia il regime delle prime che delle seconde.

Com'è noto attraverso l'azione di cui all'art. 2900 c.c. il creditore può far valere i diritti che verso terzi spettano al suo debitore, e che questi tarda o trascura di azionare. Si tratta dunque di uno strumento funzionale alla conservazione della generica garanzia rappresentata per il creditore dal patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.). Con l'azione surrogatoria, infatti, il creditore non realizza (almeno tendenzialmente³⁶⁸) il suo diritto di credito, ma si assicura la conservazione dei

³⁶⁶ Peraltro le conclusioni non muterebbero nemmeno qualificando gli ex soci quali successori universali dell'ente estinto, ove si applicassero correttamente i principi dettati in materia successoria (cfr. art. 754 c.c.).

³⁶⁷ In tal senso A. ZORZI, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., 91 e ss.

³⁶⁸ L'inidoneità dell'azione surrogatoria alla soddisfazione del creditore è solo tendenziale ove si consideri la propensione di recente mostrata dalla giurisprudenza (si v. Cass. 14 ottobre 2008,

beni del debitore che il suo diritto sono tesi a soddisfare³⁶⁹. A livello processuale l'azione surrogatoria rappresenta un caso di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c., che attiene ad ipotesi tassative nelle quali il soggetto è legittimato ad agire in giudizio facendo valere un diritto che egli stesso afferma essere altrui³⁷⁰; con la conseguenza che il sostituito sarà litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c. Sul piano sostanziale l'esperibilità dell'azione è condizionata alla sussistenza di una serie di presupposti, ossia la qualità di creditore della parte attrice; la titolarità in capo al debitore di diritti od azioni di natura patrimoniale nei confronti di terzi il cui esercizio non sia riservato al debitore stesso; l'inerzia del debitore ed il conseguente pericolo di pregiudizio alle ragioni del creditore da questa derivante.

Così inquadrato per sommi capi lo strumento di cui all'art. 2900 c.c., si può ora vagliare la sua operatività nel caso che qui interessa; con due necessarie premesse. In primo luogo ci pare incontestabile che anche il creditore pretermesso di una società per azioni – per il quale sussiste il limite dato da quanto percepito dai soci in forza del piano di riparto dell'attivo – potrà comunque nuovamente agire nei confronti degli ex soci quando, pur dopo l'estinzione della società, vi sia un incremento del loro patrimonio a causa della scoperta di attività sociali non liquidate. Anche queste, infatti, se scoperte o considerate nella fase di liquidazione

n. 25136 e Cass. 11 maggio 2009, n. 10744) alla c.d. surrogatoria satisfattiva. Nelle ipotesi in cui l'oggetto del diritto di credito vantato dal creditore nei confronti del proprio debitore sia identico a quello vantato dal debitore nei confronti del *debitor debitoris*, si ammette infatti la possibilità che la sentenza resa all'esito del giudizio venga intestata direttamente al creditore, che troverà così diretta soddisfazione. Questo, però, nelle sole ipotesi di identità delle due prestazioni (ad esempio nel caso in cui entrambe abbiano ad oggetto il medesimo bene infungibile) e non di mera coincidenza quantitativa. Ove si tratti di obbligazioni pecuniarie – com'è nel caso in esame – la surroga satisfattiva è dunque da escludere. Sul punto si v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., spec. 184-185.

³⁶⁹ Così, per tutti, S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 2008, 117 e ss.

³⁷⁰ In tal senso l'assoluta maggioranza degli interpreti; si v. – a mero titolo esemplificativo – G. ARIETA-F. DE SANTIS-L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, 221 e ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., 184 e ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2011, 56 e ss.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado, Le impugnazioni*, Padova, 2009, 161 e ss.; C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, Vol. I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 327 e ss. *Contra* R. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1953, 10, per il quale il creditore agirebbe non quale parte (formale) ma quale rappresentante del proprio debitore.

sarebbero state destinate alla soddisfazione dei creditori sociali, ragion per cui la loro scoperta si tradurrà in un vantaggio per il creditore insoddisfatto, che potrà rivolgersi agli ex soci per un valore corrispondente a quello della sopravvivenza/sopravvenienza. In secondo luogo il vaglio di esperibilità dell'azione surrogatoria da parte del creditore sociale insoddisfatto è strettamente connesso alla tesi accolta in ordine alla sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze attive. Ove infatti si ritenesse – come chi scrive – di prestare adesione alla tesi della necessaria cancellazione dell'iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese in ipotesi di attività sopravvissute/sopravvenute all'estinzione dell'ente sociale, infatti, il rimedio surrogatorio sarebbe per ciò solo posto fuori campo. Ed invero se gli ex soci non acquistano automaticamente le posizioni attive sociali non liquidate, perché tale acquisto necessita invece dell'opera mediatrice dei liquidatori nuovamente investiti, allora non vi sarà nel patrimonio di questi alcun diritto o azione da potersi esercitare in via surrogatoria. Per il creditore, in tal caso, residuerà invece la possibilità di stimolare il potere officioso del giudice del registro affinché questi disponga la cancellazione dell'iscrizione della cancellazione della società ex art. 2191 c.c.

Tuttavia, considerate le incertezze che ad oggi sussistono in ordine al regime delle sopravvivenze/sopravvenienze attive, ci pare utile assumere qui quale ipotesi di lavoro il loro acquisto immediato da parte degli ex soci, e vagliare così la possibilità per il creditore sociale insoddisfatto di fruire del rimedio surrogatorio. La soluzione della questione che ci si è posta passa – ancora una volta – per quella accolta in ordine al titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali insoddisfatti. Come si evidenzierà nel prosieguo i risultati cui le diverse posizioni giungono sono i medesimi, ma diverse le ragioni che possono essere portate a sostegno.

Nel caso in cui la società debitrice fosse società di capitali, l'ammissibilità o meno dell'azione surrogatoria del creditore sociale dipenderà dall'interpretazione data all'inciso dell'art. 2495, co. 2, c.c. per cui i soci rispondono dei debiti sociali fino alla concorrenza delle somme rimosse in forza del bilancio di liquidazione. E ciò nel senso che se si ritiene che il debito degli ex soci è lo stesso prima facente capo alla società estinta (il che sarà se si ammette il ricorrere di una ipotesi di successione universale, oppure se si presta adesione alla tesi che riconduce la responsabilità

degli ex soci all'adesione prestata al contratto sociale), pur se quantitativamente limitato in relazione alle somme da questi effettivamente percepite in sede di riparto finale, non vi sono ragioni per escludere l'operare qui dell'art. 2900 c.c. Ed infatti se si ammette che il diritto di credito è lo stesso ed il limite sancito dall'art. 2495, co. 2, c.c. attiene alla sola sua possibilità di realizzo, significa che il creditore sociale insoddisfatto vanta sin da subito nei confronti degli ex soci un diritto di credito di ammontare pari a quello in precedenza vantato nei confronti della società debitrice (il credito è, appunto, lo stesso), pur vedendo limitata la sua possibilità di soddisfazione, in concreto, al valore della quota del patrimonio attivo attribuita agli stessi.

Così ragionando il creditore sociale che abbia già ottenuto dagli ex soci il pagamento di quanto loro corrisposto in forza del bilancio di liquidazione, ma che vanti ancora – seppur solo in astratto – un diritto di credito nei loro confronti, perché quanto ottenuto è comunque inferiore al credito vantato, potrà allora agire in surrogatoria ex art. 2900 c.c. ogniqualvolta sia a conoscenza della sopravvenienza o sopravvivenza di diritti o azioni prima di spettanza della società che gli ex soci trascurano di esercitare. In questo caso infatti il credito vantato dal creditore – legittimante l'esercizio dell'azione surrogatoria – sussisterebbe già prima ed indipendentemente dal suo esperimento, risultato compresa la sola possibilità di procedere alla sua realizzazione. Mentre per ciò che attiene all'ulteriore requisito, ossia il pregiudizio alle ragioni del creditore causato dall'inerzia del debitore, questo nel caso in esame è in *re ipsa*. E' chiaro infatti che qui alcuna rilevanza potrà avere la composizione e la capienza del patrimonio personale dell'ex socio: il creditore sociale pretermesso può soddisfarsi solo su quanto ottenuto da quello a titolo di ripartizione dell'attivo sociale o di acquisto di sopravvivenze/sopravvenienze attive, sicché il pregiudizio sussisterà sempre sino a che il creditore non si sia riuscito a soddisfare per l'intero, nel caso in cui l'ex socio trascuri l'esercizio di diritti o azioni per c.d. di derivazione sociale.

Analoga è la conclusione cui si giunge anche mantenendo ferme le premesse accolte in ordine alla responsabilità degli ex soci, seppur diversa è la ragione giustificativa dell'ammissibilità dell'azione surrogatoria. In questo caso, infatti, si deve ammettere che il diritto di credito che sorge in capo al creditore insoddisfatto

al momento dell'estinzione dell'ente sociale è diverso da quello in origine vantato nei confronti della società debitrice; si tratta di un nuovo credito (che sorge quando, e proprio perché, il primo si estingue) da indennizzo (senza che abbia alcun rilievo, quindi, il titolo della responsabilità della società estinta). L'inciso dell'art. 2495, co. 2, c.c., dunque, non sta ad indicare un mero limite alla concreta realizzabilità del credito, ma ne palesa il titolo e così il credito stesso: quanto percepito secondo il piano di riparto individua il credito che il creditore sociale può vantare nei confronti degli ex soci, senza che a tal fine possa avere alcun rilievo l'eventuale maggior importo del credito originario. Questo risultato, però, non esclude l'operare dell'art. 2900 c.c.: le risultanze del bilancio di liquidazione valgono quali indici dell'arricchimento senza causa dell'ex socio, tuttavia tale arricchimento potrebbe in concreto risultare maggiore, e così legittimare il creditore ad agire per quella maggior somma. Questo è quel che accade nel caso di sopravvivenze/sopravvenienze attive, che, da un lato, vanno ad incrementare il patrimonio dell'ex socio rispetto a quanto cristallizzato nel piano di riparto, ma, dall'altro, rappresentano anch'esse arricchimento senza causa, e valgono così a determinare l'ammontare del credito da indennizzo. Sicché il creditore sociale sarà legittimato a surrogarsi agli ex soci nei diritti e nelle azioni così acquisite al loro patrimonio, per poi successivamente soddisfarsi sul maggior realizzo da questi conseguito.

Analoghe considerazioni varranno poi pure per il caso in cui debitore originario fosse una società di persone, con due precisazioni. Anzitutto in considerazione della responsabilità illimitata degli ex soci per le sopravvivenze/sopravvenienze passive, l'azione surrogatoria del creditore sociale potrà indirizzarsi nei confronti di qualsiasi debitore dell'ex socio e non sarà limitata – come per le società di capitali – al *debitor debitoris* già debitore della società. In secondo luogo, e sempre in ragione della responsabilità illimitata, il requisito dell'inerzia pregiudicante qui non sarà in *re ipsa*: il creditore sociale può infatti soddisfarsi sull'intero patrimonio personale dell'ex socio, sicché l'azione surrogatoria sarà ammissibile solo se l'inerzia di questi nell'esercitare diritti o azioni costituenti sopravvivenze/sopravvenienze attive sia tale da pregiudicare nel complesso la sua posizione patrimoniale ex art. 2740 c.c.

Infine, quanto ai diritti od alle azioni nel cui esercizio il creditore sociale potrà surrogarsi, questi devono avere contenuto patrimoniale, ed il loro esercizio non deve essere riservato – stante la loro natura o per espressa previsione di legge – all’iniziativa del titolare. In considerazione di ciò risulta controversa in dottrina la possibilità per il surrogante di operare la scelta tra più rimedi alternativi previsti dalla legge a favore del debitore³⁷¹. La questione acquista serio rilievo pratico, nel caso in esame, ove l’azione esperibile dagli ex soci e da questi non esercitata, è di risoluzione del contratto concluso tra la società ed un terzo per inadempimento di quest’ultimo. Prestando adesione alla tesi più restrittiva, in questo caso dovrebbe escludersi la legittimazione straordinaria del creditore ad agire in surrogatoria; diversamente una visione più elastica dei limiti dell’azione consentirebbe al creditore sociale insoddisfatto di surrogarsi al proprio debitore e così ottenere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni conseguenti, incrementando così direttamente il patrimonio dell’ex socio e preconstituendosi la possibilità di agire nuovamente nei suoi confronti per ottenere quanto ancora dovuto (fino a concorrenza dell’ammontare del credito vantato in origine nei confronti della società estinta).

³⁷¹ *Contra* NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 10 e ss.; favorevole invece alla esperibilità anche in tali casi dell’azione revocatoria C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 431, nt. 55, per il quale la tesi contraria “è tuttavia eccessivamente restrittiva con riguardo ai rimedi alternativi, facendo derivare l’esclusione della surrogatoria proprio dalle più ampie possibilità di tutela del diritto verso il terzo. Sul piano formale può rilevarsi che la legittimazione del surrogante va valutata rispetto all’atto esperito, e che essa è sussistente se l’atto di esercizio del diritto presenta tutti i requisiti di legge a prescindere dalle possibilità di altre forme di esercizio”.

CAPITOLO III

ESTINZIONE E PROCESSI PENDENTI: PROFILI PROCESSUALI DELLA TUTELA DI CREDITORI SOCIALI ED EX SOCI

1. Premessa – 2. La dottrina sulla sorte dei processi pendenti: ipotesi ricostruttive sulla loro prosecuzione – 2.1 L'irrelevanza dell'estinzione della società e la c.d. *perpetuatio iurisdictionis* – 2.2 L'ipotizzata successione nel processo degli ex soci ex artt. 110 e 111 c.p.c. – 2.3 La dottrina sull'estinzione della parte e l'interruzione del processo – 3. Vaglio critico della prospettata possibilità di prosecuzione dei processi a valle dell'estinzione della società parte – 3.1 La chiusura del processo pendente: impossibilità di giungere alla declaratoria di cessazione della materia del contendere – 3.2 La formula terminativa del processo a valle dell'estinzione della società parte ed effetti dell'estinzione – 4. Effetti processuali della cancellazione della società sui processi pendenti presumibilmente destinati a dar luogo a sopravvenienze attive – 5. La notifica dell'atto di citazione agli ex soci: profili di incostituzionalità – 6. Efficacia del titolo esecutivo ottenuto nei confronti della società poi estintasi ed effetti dell'estinzione della società sul processo esecutivo pendente.

1. Premessa

L'analisi della sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze attive e passive ha posto in luce alcuni profili di criticità della disciplina dettata per lo scioglimento e

l'estinzione di società (di capitali come di persone), che si è rivelata incapace di offrire sul piano sostanziale adeguata tutela ai creditori sociali rimasti insoddisfatti (e, in minor misura – perché limitatamente alle sole sopravvivenze/sopravvenienze attive – agli ex soci). Ancora maggiori sono però i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui la società si estingua pendente un processo che la vede parte. E' quello processuale, infatti, il campo nel quale maggiormente si manifesta l'inidoneità della disciplina positiva, a detrimento ancora una volta dei creditori sociali pretermessi dalla fase di liquidazione.

Al riguardo non soccorrono neppure le ipotesi ricostruttive avanzate dagli interpreti nel tentativo di consentire al creditore di trarre ugualmente qualche utilità dal processo reso pendente nei confronti della società poi estintasi: per quanto condivisibile sia l'intento, il caso in esame presenta una serie di peculiarità che non consentono di accostarlo ad altre fattispecie riconducibili ai noti istituti del codice di rito quale, per tutti, la successione nel processo (a titolo particolare, art. 111 c.p.c., o universale, art. 110 c.p.c.). Alcuna indicazione utile si rinviene, poi, nelle sporadiche pronunce dei giudici di merito che si sono occupati della questione, che aderiscono all'una o all'altra delle tesi prospettate in dottrina senza però offrire ulteriori convincenti argomenti a sostegno della posizione accolta³⁷². Ancora una volta, inoltre, manca una presa di posizione sul punto da parte della giurisprudenza di legittimità, che non si è occupata della questione successivamente al mutamento

³⁷² Si v. ad esempio Trib. Milano, 9 maggio 2004, in *Giustizia a Milano*, 2005, 62 e ss., secondo cui gli ex soci – in quanto successori a titolo universale della società estinta – sarebbero legittimati alla prosecuzione del processo (o destinatari dell'atto di riassunzione) ex art. 110 c.p.c.; analoga soluzione si ritrova anche in Trib. Como, 24 aprile 2007, in *Le Soc.*, 2008, 880 e ss., nonché in Trib. Monza, 24 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 1247 e ss., per il quale opererà qui pure l'istituto dell'interruzione del processo (artt. 299 e ss. c.p.c.). Più articolata la soluzione fornita da Trib. Torino, 5 settembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 1578 e ss., secondo cui gli ex soci dovrebbero invece qualificarsi quali successori a titolo particolare; questi risulterebbero allora successori nel diritto controverso (così legittimati alla prosecuzione/riassunzione del processo), perché “si deve ritenere che il secondo comma dell'art. 2495 c.c. abbia stabilito una vera e propria successione *ex lege* ex art. 111 c.p.c. dei soci e dei liquidatori in via subordinata per l'esercizio dei diritti facenti capo alla società”. In senso analogo anche il successivo Trib. Torino, 18 maggio 2010, inedita (ma richiamata da D. DALFINO, *Le Sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1011 e ss., spec. 1013 nt. 8 e 1014, nt. 14). Ancora diverso è l'approdo cui giunge Corte App. Napoli, 28 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 3174 e ss., per la quale non essendo ravvisabile nel caso di specie alcun successore dell'ente estinto, il processo deve chiudersi con declaratoria della cessazione della materia del contendere. Per la chiusura in rito del processo propende anche Trib. Roma, 8 giugno 2009, in *Foro It.*, 2010.

di indirizzo sull'efficacia della cancellazione della società dal registro delle imprese (mentre prima dell'entrata in vigore della riforma del 2003 la attuale pendenza di un processo che coinvolgesse la società era ricondotta alle ipotesi in cui, nonostante l'avvenuta cancellazione, la società dovesse considerarsi tutt'ora in vita: v. retro, cap. I).

In questo contesto, a conclusione di questa seconda parte del nostro studio, ci proponiamo di indagare le diverse soluzioni prospettate al problema della sorte dei processi pendenti, per valutare se sia possibile che da questi il creditore tragga comunque un vantaggio (e quale) o se invece – stante l'attuale disciplina – debba ammettersi che con l'estinzione della società vengono meno anche i processi di cui questa era parte, sicché al creditore attore non resterà che agire *ex novo* nei confronti degli ex soci con gli strumenti descritti al capitolo precedente.

2. La dottrina sulla sorte dei processi pendenti: ipotesi ricostruttive sulla loro prosecuzione

Nell'analizzare gli effetti processuali dell'estinzione conviene dunque partire dalle tesi prospettate in dottrina in ordine alla sorte dei processi pendenti al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese. Le ricostruzioni proposte rispecchiano tendenzialmente la posizione assunta in relazione al titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali non soddisfatti. Tuttavia non sempre questa corrispondenza tra posizione sostanziale e riflessi processuali viene rispettata; vi è infatti anche chi – nel tentativo di salvaguardare la posizione del creditore-attore – giunge a soluzioni processuali che contrastano con le premesse accolte sul piano sostanziale. Si tratta di un errore di metodo che, a prescindere dalle finalità perseguite (certamente condivisibili), porta ad elaborare soluzioni processuali di assai fragile tenuta, proprio perché contraddette dalla stessa rappresentazione della fattispecie sostanziale che si vorrebbe così regolare.

2.1 L'irrelevanza dell'estinzione della società e la c.d. *perpetuatio iurisdictionis*

Il primo problema che si pone all'interprete quando la società si estingue pendente un processo che la vede parte è se tale estinzione abbia o meno effetti a livello processuale, e – nel caso di risposta affermativa – quali. In questo secondo caso l'alternativa è tra il riconoscimento della possibilità di prosecuzione del processo già pendente nonostante l'estinzione della parte (e si porrà allora il problema di individuare chi sia legittimato alla prosecuzione, come avverrà il suo ingresso nel processo e quali effetti potrà avere la sentenza resa al suo esito); oppure la sua chiusura in rito per venir meno della parte e pure del diritto controverso.

Quanto al primo passaggio, già prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, era largamente diffusa in dottrina l'idea che la cancellazione della società dal registro dell'impresе, comportando l'estinzione dell'ente, producesse effetti anche sui processi a quel momento pendenti. Tuttavia, pur se da parte minoritaria, venne altresì prospettata l'irrelevanza dell'estinzione della società per i processi in corso, in accordo con la posizione allora dominante della giurisprudenza. Ad un tale risultato si giungeva peraltro attraverso due distinti argomenti. Da un lato si affermava che la vicenda estintiva della società era subordinata alla definizione dei processi pendenti, sicché sino alla loro definizione la fattispecie non poteva dirsi perfezionata³⁷³. Dall'altro, pur non agganciando l'estinzione alla definizione dei rapporti pendenti, si affermava l'operare nel caso in esame del principio chiovendiano della c.d. *perpetuatio iurisdictionis*, in forza del quale per il creditore-attore l'estinzione della società sarebbe risultata ininfluenza, non impedendo al giudice adito di pronunciare sulla domanda originariamente proposta³⁷⁴. Ad entrambe le soluzioni, però, possono essere svolti importanti rilievi critici.

³⁷³ Così G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1009 e ss., spec. 1038.

³⁷⁴ Così già T. ASCARELLI, *Chiusura della liquidazione e diritti dei terzi*, *Foro It.*, 1937, I, 1544. La tesi è poi ripresa ed ampliata da M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1051, II, 151 e ss., spec. 159-160. L'A. peraltro riconosce che sul piano sostanziale la cancellazione della società dal registro delle imprese (avente efficacia costitutiva) comporta l'estinzione dei debiti sociali non considerati in fase di liquidazione ed il correlato sorgere in capo al creditore insoddisfatto di un credito da indennizzo ex artt. 2041 e ss. c.c. verso gli ex soci. E riconosce pure che "se tale questione [N.d.R.: degli effetti processuali dell'estinzione] dovesse venire risolta unicamente in base alle norme positive vigenti in materia di liquidazione e di estinzione di società e ai principi che dalle stesse è dato chiaramente desumere, si dovrebbe rispondere che la pendenza di rapporti giuridici della società verso i terzi

Anzitutto l'affermazione per cui la fattispecie estintiva non potrebbe perfezionarsi in presenza di rapporti processuali pendenti non trova la necessaria conferma nel dato positivo: è vero infatti che il legislatore non ha espressamente preso posizione al riguardo, tuttavia, in ultima analisi, la pendenza di un processo si risolve sempre in una presumibile sopravvenienza (attiva: se la società è attrice; passiva, se convenuta). Nel senso che, pur se l'esito del processo è sempre in origine ignoto, la sua conclusione comporterà il sorgere di una sopravvenienza. Sicché è alla disciplina delle sopravvenienze attive e passive che ci pare necessario guardare per valutare se e quali effetti l'estinzione dell'ente abbia sul piano processuale. L'indifferenza dei processi pendenti all'estinzione della società parte non è allora predicabile nell'attuale contesto normativo. Ed infatti non la si può argomentare in ragione del fatto che la pendenza di un processo prelude al verificarsi di una variazione (incremento o decremento) del patrimonio della società sicché la conclusione dell'irrelevanza dell'estinzione "appare opportuna anche dal punto di vista della società ... [perché] non potrebbero a stretto rigore definirsi completi il depuramento del patrimonio sociale dalle passività e la distribuzione del residuo attivo finché processi in corso fossero suscettibili di portare variazioni alla massa passiva o a quella attiva"³⁷⁵. La disciplina dello scioglimento e della liquidazione

non impedisce la valida estinzione della stessa, e che pertanto i creditori sociali insoddisfatti non hanno altra via che perseguire in proprio i singoli soci o i liquidatori, senza che possa influire la circostanza che i predetti creditori, al momento della chiusura della liquidazione e dell'estinzione della società, avessero in corso azioni giudiziarie verso la stessa" (p. 159). Tuttavia l'evidente iniquità di una tale condizione porta l'A. a concludere per l'operare del principio della *perpetuatio iurisdictionis*.

³⁷⁵ Così G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, cit., 1038. Del resto una tale affermazione parrebbe in contrasto con la stessa posizione accolta dall'A. in merito al titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali insoddisfatti. Secondo l'A., infatti, "dopo codesta estinzione, si è in presenza non più di creditori sociali in senso proprio, ma di ex titolari di crediti nei confronti della società, estintisi per causa non soddisfacente, e con conseguente arricchimento dei soci" (1028). Con il che non solo si ammette la possibilità dell'estinzione dell'ente nonostante eventuali future variazioni del patrimonio sociale; ma pure si pongono le basi per affermare la inutilità di una sentenza resa nei confronti della società già estinta. Una sentenza che condanna la società ad adempiere ad una propria obbligazione, infatti, non potrebbe essere direttamente invocata a fondamento di una eventuale azione esecutiva nei confronti degli ex soci, poiché il credito vantato nei confronti di questi non è quello prima vantato nei confronti della società e reso oggetto della condanna. L'utilità che il creditore-attore potrebbe ricavare da un processo che prosegua nei confronti della società estinta è certa, ma meramente indiretta: quella di ottenere un accertamento dell'esistenza del debito sociale che impedirà agli ex soci, convenuti per arricchimento senza causa, di opporsi al creditore sociale contestando l'esistenza – a monte – del suo diritto nei

delle società – sia prima che dopo la riforma del 2003 – considera infatti espressamente l'ipotesi di chiusura della liquidazione nonostante la sussistenza o la sopravvenienza di passività sociali non considerate. Quanto poi alle attività, se è pur vero che nel silenzio del legislatore può seriamente dubitarsi della validità della cancellazione della società dal registro delle imprese, ciò non importa comunque l'irrelevanza *tout court* di un tale evento, ma – al più – determina il sorgere del potere-dovere del giudice del registro di cancellare l'iscrizione della cancellazione (v. retro cap. II, sez. I, par. 3). Dal che consegue che la cancellazione della società dal registro delle imprese produrrà sempre effetti sui processi pendenti, pur se tali effetti potranno variare ove si riconosca l'invalidità dell'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese nell'ipotesi di sopravvenienza attiva (v. oltre).

Parimenti insostenibile è la prosecuzione del processo – qui nonostante la fattispecie estintiva si sia perfezionata – in forza del principio della c.d. *perpetuatio iurisdictionis*, in forza del quale, sul presupposto che il tempo necessario per ottenere il pronunciamento sul proprio diritto non deve andare a detrimento della parte che ha ragione, si afferma che la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento della proposizione della domanda stessa³⁷⁶. Contrariamente a quanto affermato³⁷⁷, infatti, tale principio non soccorre nel caso di specie. E questo per una duplice serie di ragioni. Anzitutto lo stesso Chiovenda ammette che tale principio incontra dei limiti dati dalla impossibilità materiale di procedere considerando irrilevante l'evento occorso (così ad esempio sarà, e dunque nessuna *perpetuatio* potrà giovare, nell'ipotesi in cui venga soppresso l'ufficio giudiziario avanti al quale era pendente il processo³⁷⁸). Nel caso in esame – stante la sancita efficacia costitutiva della cancellazione della società dal registro delle imprese – non può ammettersi una tale prosecuzione a

confronti della società (ferme però tutte le altre difese ed eccezioni riguardanti direttamente la sussistenza di una fattispecie di ingiustificato arricchimento).

³⁷⁶ Il principio è elaborato da CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1930, I, 271 e ss.

³⁷⁷ Così T. ASCARELLI, *Chiusura della liquidazione e diritti dei terzi*, cit., 1544, e successivamente M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, cit., 159-160.

³⁷⁸ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, cit., spec. 283; 301-303.

valle dell'estinzione della parte. Inoltre il richiamato principio non può operare nell'ipotesi di venir meno della parte, come testimonia l'art. 110 c.p.c., che disciplina le modalità attraverso cui dare atto nel processo proprio, appunto, di tale evento³⁷⁹.

2.2 L'ipotizzata successione nel processo degli ex soci ex art. 110 c.p.c.

Preso atto della rilevanza dell'evento estintivo sui processi che vedano parte la società coinvolta, la maggioranza degli interpreti si è orientata verso il riconoscimento dell'operare qui del meccanismo della successione nel processo, di cui all'art. 110 c.p.c. (la ricorrenza o meno altresì di un fenomeno interruttivo del processo pendente, ex artt 299 e ss. c.p.c. – che normalmente sempre si accompagna alle ipotesi considerate dall'art. 110 – verrà analizzata separatamente al successivo par. 2.3).

L'art. 110 c.p.c., che dispone che nel caso di morte o venir meno della parte il processo sia proseguito dal suo successore universale, trova piana applicazione nel caso in esame per quanti affermano il ricorrere di una ipotesi di successione universale³⁸⁰. Così ragionando, infatti, sussisterebbero entrambi i presupposti di

³⁷⁹ Si v. sul punto C. PUNZI, *Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 274 e ss., spec. 291; A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, 516 e ss., spec. 576 e ss.; G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, cit., 1037; cfr. sul punto anche C. MANDRIOLI, *Pregiudizialità della fattispecie estintiva delle società di capitali rispetto alle controversie debitorie con i terzi*, in *Giur. It.*, 1953, I, 893 e ss.

³⁸⁰ Così M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss., spec. 540 e ss.; ID., *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 281 e ss.; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 577 e ss., spec. 596 e ss.; C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ., e l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 265 e ss. In tal senso pare anche orientarsi M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 203 e ss., spec. 207-208, il quale pur descrivendo l'alternativa tra riconoscimento di una successione a titolo universale dei soci (cui consegue l'operare dell'art. 110 c.p.c.) o di una successione a titolo particolare (che determinerebbe l'applicazione dell'art. 111 c.p.c.), pare poi optare per la prima ricostruzione, ove afferma che "pur prendendo atto della povertà del dettato normativo, non pare potersi ragionevolmente revocare in dubbio che si sia in presenza di un fenomeno successorio. Le norme di legge, in questo caso, sembrano legare le due situazioni giuridiche attraverso un nesso di dipendenza in cui: la seconda nasce in quanto si estingue la prima; e la seconda esiste in quanto esiste la prima", così richiamando la definizione di successione

operatività della disciplina della successione nel processo: il venir meno della parte (la società estinta) e l'esistenza di un successore universale (gli ex soci, appunto), che – in questo caso – subentrerebbe nelle posizioni giuridiche prima di spettanza della società cancellata, così da consentire la prosecuzione del processo e di giungere ad una sentenza, in ipotesi di condanna, resa nei suoi confronti relativamente alla situazione originariamente azionata dal creditore sociale verso la società. Il che sta a dire che secondo la prospettata ricostruzione, alla successione sul piano processuale corrisponderà pure la successione sul piano sostanziale, e così nella posizione giuridica controversa (elemento, quest'ultimo, peraltro non unanimemente considerato necessario ai fini dell'operare dell'art. 110 c.p.c.: v. oltre).

L'art. 110 c.p.c. è però richiamato anche da quanti affermano il ricorrere, nel caso di estinzione, di un fenomeno di successione a titolo particolare³⁸¹. La successione a titolo particolare nel diritto controverso pendente processo è, invero, regolata dall'art. 111 c.p.c. che consente al successore a titolo particolare la scelta se intervenire (assumendo così la vesti di parte principale; il che comporta una degradazione del dante causa a parte accessoria) o meno nel processo pendente; fermo comunque restando che la sentenza resa al suo esito avrà effetti anche nei confronti dell'acquirente pendente processo³⁸². Tuttavia un tale meccanismo,

universale elaborata da R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, 608.

³⁸¹ Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. I, Napoli, 1954, 313; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, II, 1944, 226; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, Libro I, II, 1215 e ss.; A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 937 e ss., spec. 959; E. ZANELLI, *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1964, 331 e ss.; più di recente M. PEDOJA, *Fine della "immortalità": per le sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, in *Corr. Giur.*, 2010, 1013 e ss..

³⁸² Data la perimetrazione del nostro campo di indagine, non può qui trovare agio l'analisi delle differenti posizioni assunte in ordine al meccanismo ed all'ambito di operatività dell'art. 111, c.p.c., disposizione – questa – la cui portata "è controversa quasi sotto ogni profilo" (così A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1999, 332). Tuttavia tale questione è di importanza ed interesse tali da rendere opportuna una rapida rignizione delle posizioni raggiunte al riguardo dalla dottrina. Così, da un lato si pongono quegli interpreti che riconoscono sempre rilevanza processuale all'intervenuto mutamento nella titolarità del diritto controverso, pure ove di ciò non venga dato atto nel processo: al trasferimento del diritto corrisponderebbe così sempre un mutamento nella posizione processuale del dante causa, che

consentendo all'avente causa di non partecipare al processo pendente, presuppone che questo possa essere proseguito dal dante causa. Ed infatti, nell'ipotesi in cui si tratti di acquisto a titolo particolare a causa di morte, venuta meno la parte il processo proseguirà nei confronti del successore universale, pur se il diritto di cui si controverso è oggetto di legato (il legatario, quale acquirente a titolo particolare, potrà così scegliere se intervenire o meno nel processo, al pari dell'acquirente a titolo particolare *inter vivos*: art. 111, co. 2 e 3, c.p.c.). Secondo la tesi qui in esame, però, l'estinzione della società non dà luogo ad una successione

– da legittimato ordinario – diverrebbe legittimato straordinario ex art. 81 c.p.c., agendo sì in nome proprio, ma nell'interesse dell'avente causa (così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1953, 318; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 137; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984, 89; N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 134); all'opposto si trovano i sostenitori della c.d. teoria della irrilevanza processuale della fattispecie successoria. Secondo questa impostazione si deve riconoscere "che al di fuori del processo l'atto di trasferimento esplic[a] in pieno i suoi effetti, tra le parti e di fronte a terzi, ma che non sia così nell'ambito del giudizio; ciò nel senso che, nel processo, il trasferimento sia totalmente inefficace e non abbia rilievo nel decidere la controversia"; e questo pure quando dell'avvenuto trasferimento venga data notizia nel processo pendente (così A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., 328 e ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, *Parte generale*, Napoli, 1994, 268 e ss., *Id.*, *Diritto processuale civile*, 1. *Parte generale*, Bologna, 2010, 204 ss.; così ci pare anche – se pur forse più moderatamente – A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983). In posizione intermedia tra le due impostazioni si collocano quanti invece ritengono doveroso distinguere a seconda che dell'avvenuto trasferimento venga o meno data notizia nel processo (E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 161; A. CERINO CANOVA, *Del procedimento davanti al Tribunale*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da A. Allorio, II, Torino, 1960, 280 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 206 e ss.; LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1978, 1285 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985, 98 ss., spec. nt. 124; *Id.*, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili Generali*, cit., 431 ss., cui non si può che rinviare per un'ampia ed articolata prospettazione delle non marginali conseguenze dell'accettazione della tesi della c.d. irrilevanza). In particolare, secondo gli A. da ultimo menzionati, ove nel processo venga prospettata l'alienazione del diritto controverso l'avente causa diverrà per ciò solo legittimato ordinario (e potrà così intervenire nel processo, o esservi chiamato, con eventuale estromissione del dante causa: co. 3 art. 111 c.p.c.); il dante causa vedrà mutare la propria legittimazione, da ordinaria a straordinaria; e del pari il giudice non potrà non tenerne conto nella pronuncia del provvedimento definitivo. Con l'avvertenza che ciò avverrà sono a fronte di una prospettazione, la quale "deve intendersi, peraltro, a tale effetto, non la mera notizia dell'evento successorio (...) ma una attività adeguatrice delle domande proposte, soltanto per effetto della quale potrà spostarsi l'individuazione del diritto dedotto in giudizio, che diverrà quello dell'avente causa anziché quello del suo antecessore". Ove una tale prospettazione manchi, invece, non si verificherà alcun mutamento nella legittimazione del dante causa, che rimarrà comunque ordinaria; e però "se consta l'evento successorio il dante causa non potrà comunque essere dichiarato attuale titolare del diritto", e la sua domanda andrà così incontro ad un rigetto (così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 99 nt. 124).

a titolo universale, e preclude l'operare della disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c.: manca nel caso di specie un dante causa (qui estinto) e pure un successore universale che possano proseguire il processo fino all'eventuale volontario intervento dei successori a titolo particolare: gli ex soci. Si tratta, come evidenziato in dottrina, di una lacuna del sistema, che non contempla (accanto alle ipotesi di successione a titolo universale e quella a titolo particolare, *inter vivos* o *mortis causa*) il caso in cui al venir meno della parte non faccia seguito una successione a titolo universale³⁸³. Tuttavia, si afferma, tale vuoto potrebbe essere facilmente colmato a mezzo di una "applicazione analogica dell'art. 110, nel senso che il processo deve essere interrotto ex art. 299 e ss., ma la prosecuzione o riassunzione deve avvenire da o nei confronti del successore a titolo particolare"³⁸⁴. Così ragionando, dunque, al verificarsi dell'evento estinzione (per la maggioranza degli interpreti evento interruttivo, ma v. oltre) il processo entrerà in una fase di quiescenza dalla quale potrà uscire nel caso di prosecuzione dello stesso da parte degli ex soci³⁸⁵ o, più probabilmente, su impulso del creditore-attore mediante atto di riassunzione.

Peraltro affinché la descritta disciplina possa operare, è necessario che l'estinzione dell'ente sopraggiunga a rapporto processuale pendente; se invece la cancellazione fosse anteriore alla domanda, e nonostante ciò questa venisse proposta nei confronti della società ormai estinta, non si applicheranno gli artt. 299 e ss. c.p.c.³⁸⁶, e l'atto introduttivo risulterà per ciò viziato. Sulla natura del vizio dell'atto di citazione se proposto nei confronti della società estinta sono state avanzate diverse ipotesi ricostruttive³⁸⁷: un primo orientamento ha così sostenuto

³⁸³ Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 313.

³⁸⁴ In tal senso A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit. 1215. Così pure anche gli autori citati alle precedenti note.

³⁸⁵ Pur se non viene esplicitato dai sostenitori di questa tesi, si deve ritenere – in accordo con quanto previsto per i successori della parte persona fisica – che si venga ad instaurare tra gli ex soci un litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.

³⁸⁶ E ciò perché l'operare dell'istituto dell'interruzione presuppone che un processo già penda: cfr. A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (di diritto processuale civile)*, in *Enc. del diritto*, XXII, Milano, 1972; nonché A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giuridica*, XIX; ID., *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 2.

³⁸⁷ Si tratta di soluzioni per lo più elaborate in riferimento alla citazione in giudizio (in primo grado o in appello) della società ormai fusa con altra (quando ancora la giurisprudenza riconnetteva al verificarsi della fusione l'estinzione della società di fusione e la successione a

la nullità dell'atto introduttivo ove indirizzato alla società ormai estinta, nullità rilevabile d'ufficio e non sanabile nemmeno con la costituzione del successore, per radicale inesistenza di una *vocatio in ius*³⁸⁸. Maggiormente condivisa, però, risulta la diversa soluzione che richiama qui la disciplina dettata dall'art. 164 c.p.c. per i vizi della *vocatio in ius*, ipotizzando così una nullità sanabile retroattivamente (sicché la domanda originariamente edita produrrà i suoi effetti sostanziali e processuali) a mezzo della costituzione dei soci-successori o della rinnovazione della citazione³⁸⁹.

Il riconoscimento di una successione nel processo degli ex soci risulta coerente (seppur con qualche forzatura) con l'affermata successione sostanziale degli stessi nei debiti sociali insoddisfatti. L'operare di tale meccanismo dovrebbe invece

titolo universale di quella da fusione: v. Parte I); non vi sono però ragioni per escludere l'operare, nel caso di vera e propria estinzione dell'ente, dei risultati allora raggiunti, ove se ne accolgano le premesse, ossia la successione a titolo universale (o a titolo particolare, ma pur sempre riconducibile alla disciplina di cui all'art. 110 c.p.c.) degli ex soci.

³⁸⁸ Si v. al riguardo Cass., 11 febbraio 1992, n. 1528, per la quale "la citazione di un soggetto non esistente è nulla perché presupposto per la *vocatio in ius* è l'esistenza attuale delle parti, sicché il fatto oggettivo dell'inesistenza di un soggetto non consente l'insorgenza di un rapporto contenzioso ... tale nullità, rilevabile d'ufficio e non sanabile comporta il rigetto in rito della domanda così proposta"; Cass. sez. un., 14 gennaio 1998, n. 366, che applica il principio all'ipotesi di impugnazione proposta avverso la società di fusione, concludendo che "resta priva di effetto sanante – in considerazione dell'inesistenza della *vocatio in ius* – l'avvenuta costituzione della società risultante dalla fusione"; Cass. 14 aprile 1998, n. 3780; Cass. 6 marzo 1987, n. 2381; Cass. 18 luglio 1986, n. 4812. Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Milano, 11 aprile 2003, in banca dati *Dejure*, secondo cui "la notifica della citazione introduttiva di un giudizio di primo grado a persona già deceduta – evento a cui è da equipararsi l'estinzione della persona giuridica – è inesistente e determina nullità insanabile dell'intero processo, rilevabile in qualunque stato e grado del giudizio anche d'ufficio e non suscettibile di sanatoria mediante la costituzione del successore".

³⁸⁹ Si argomenta al riguardo che "la citazione del soggetto estinto determina la nullità rilevabile d'ufficio, ma sanabile per effetto della costituzione in giudizio della società incorporante. Ciò perché, malgrado l'erronea indicazione del soggetto convenuto in giudizio, la *vocatio in ius* e l'*editio actionis* possono comunque consentire di individuare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio e, quel che qui più conta, possono comunque consentire al soggetto cui fa capo la situazione sostanziale dedotta in giudizio di riconoscersi come il soggetto sostanzialmente ma irritalmente convenuto e di valutare l'opportunità di costituirsi": Cass. 28 maggio 2008, n. 14066; in tal senso si v. anche Cass. 25 settembre 2009, n. 20650; Cass. 11 aprile 2003, n. 5716; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1918; Cass. 10 luglio 1999, n. 7254. Così in dottrina, con specifico riguardo all'ipotesi di cancellazione della società dal registro delle imprese, M. PEDOJA, *Fine della "immortalità": per le sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, cit., 1021. Isolata è invece rimasta la posizione espressa da Cass. 20 aprile 2002, n. 5704, secondo cui nel caso in esame non vi sarebbe alcun vizio della *vocatio in ius* ma la carenza di una condizione dell'azione (la legittimazione passiva della convenuta), sanabile con la costituzione del successore.

escludersi da parte di chi nega che gli ex soci possano essere qualificati successori (a titolo universale o particolare) della società estinta. Tuttavia anche tra coloro che ammettono che diverso è il titolo della responsabilità degli ex soci, rispetto a quello della società estinta, vi è chi ha ipotizzato l'operare dell'art. 110 c.p.c. Ci si riferisce alla tesi secondo cui il creditore insoddisfatto potrebbe sostituirsi alla società ormai estinta esercitando nei confronti degli ex soci un'azione di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. per aver questi ottenuto dai liquidatori la ripartizione dell'attivo sociale prima della completa soddisfazione dei creditori della società (in violazione, dunque, dell'art. 2280 c.c.)³⁹⁰. Nel caso considerato, però, l'operare dell'art. 110 c.p.c. (pur se applicato qui analogicamente) è escluso dalle premesse sostanziali accolte: il processo originariamente instaurato nei confronti della società non può infatti essere riassunto nei confronti degli ex soci, perché diverso è il diritto che nei confronti di questi ultimi si intende far valere. Con la cancellazione della società, forse non necessariamente si assisterà ad una modifica del *petitum* della domanda svolta dal creditore nei confronti di quella, ma certamente vi sarà una modifica della *causa pedendi* (e così del titolo costitutivo del diritto di credito), che nei confronti dei soci sarà sempre e solo determinata dall'indebito pagamento ricevuto. Se questo è vero – ed affermare la responsabilità degli ex soci ex art. 2033 c.c. non può portare a diversa conclusione – ci pare allora evidente l'insostenibilità della posizione in esame. Non v'è qui infatti alcun successore nei cui confronti far valere la pretesa originariamente azionata contro il dante causa; né si può ipotizzare che nel riassumere (ex artt. 110 e 299 e ss. c.p.c.) il processo nei confronti degli ex soci il creditore sociale possa modificare la domanda proposta “trasformandola” in una domanda di pagamento dell'indebito oggettivo. Ciò infatti contrasterebbe, da un lato, con il principio dell'immutabilità della domanda come originariamente proposta e così dell'inammissibilità di domande nuove (arg. ex art. 183, co. 1, nn. 5 e 6 c.p.c.)³⁹¹; e contrasterebbe pure, dall'altro, con le finalità sottese all'istituto della

³⁹⁰ Così A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, cit., spec. 561-562: v. cap. II sez. II par. 4.

³⁹¹ Il regime delle preclusioni, come da ultimo inasprito dalla riforma del 2005-6 (L. n. 80 del 2005 e n. 51 del 2006), tendenzialmente esclude infatti l'ammissibilità di domande nuove proposte successivamente al primo atto difensivo (atto di citazione, per l'attore, e comparsa di costituzione e risposta, per il convenuto). Viene così in rilievo la differenza tra c.d. *jus variandi* (elementi nuovi che possono essere introdotti nel processo già pendente in conseguenza della struttura dialettica dello stesso, e così dell'esercizio del diritto di difesa da parte dell'avversario:

successione nel processo, con il quale si garantisce la prosecuzione del medesimo processo nei confronti del successore della parte venuta meno, e certo non si intende consentire di “agganciare” al processo già pendente un nuovo giudizio con diverse parti, *petitum* e *causa petendi* (come invece avverrebbe nel caso in esame).

Analoghi rilievi critici possono rivolgersi anche all'ipotizzata possibilità che il processo venga riassunto ex art. 110 c.p.c. non solo nei confronti degli ex soci (quali successori a titolo particolare, cui analogicamente si applica la richiamata disposizione), ma pure nei confronti dei liquidatori avverso i quali il creditore sociale insoddisfatto potrebbe proporre domanda di condanna al pagamento dei danni patiti a causa della mancata considerazione del proprio diritto di credito in fase di liquidazione (secondo le regole generali della responsabilità aquiliana, come si è visto: v. cap. II, sez. II., par. 1)³⁹². Trattandosi di domanda radicalmente nuova (mutano tutti gli elementi individuatori della stessa: soggetti, *petitum* e *causa*

art. 183, co. 5, prima parte c.p.c.) e c.d. *jus poenitendi* (elementi di novità che le parti possono comunque introdurre pur senza che ciò trovi giustificazione nell'attività difensiva *ex adverso* svolta: art. 183, co. 5, seconda parte c.p.c.). Quanto allo *jus variandi* – per ciò che qui rileva – questo consiste nella possibilità, riconosciuta all'attore, di proporre nell'ambito della prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. domande nuove conseguenti all'attività difensiva svolta dal convenuto nella sua comparsa di costituzione e risposta. Il caso in esame non pare però potersi ricondurre allo *jus variandi*: non solo perché tale potere è circoscritto alla prima udienza di trattazione (sicché se l'estinzione dell'ente avvenga successivamente già per ciò solo sarà precluso); ma soprattutto perché ciò che qui si vorrebbe consentire non è la proposizione di una nuova domanda da parte del creditore sociale, che vada ad aggiungersi a quella già originariamente proposta, ma la possibilità di sostituire all'originaria domanda una in radice diversa. Nemmeno può soccorrere qui lo *jus poenitendi*, che consente non il radicale mutamento della domanda svolta (c.d. *mutatio libelli*, inammissibile), ma solo una sua precisazione, o emendamento (c.d. *emendatio libelli*). La domanda proposta nei confronti degli ex soci, deducendo un diritto di credito diverso (sicuramente per *causa petendi*, probabilmente anche per *petitum*), rientra con sicurezza nella prima delle citate categorie: quella della *mutatio libelli*, e risulta per ciò inammissibile (sulla differenza tra *mutatio* ed *emendatio*, e più in generale sulle attività di precisazione consentite si rinvia a C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 201 e ss.; nonché Vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Torino, 2010, 52 e ss.)

³⁹² La proposta è formulata da A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, cit., spec. 959, per il quale “con lo stesso atto con cui il processo viene riassunto nei confronti degli ex soci o dei liquidatori nominati dal presidente del tribunale, i creditori sociali possano chiamare in giudizio anche i liquidatori tenuti in proprio al pagamento per far valere la loro responsabilità aquiliana”. Un cenno al riguardo – e nel senso dell'ammissibilità di tale riassunzione con proposizione di nuova domanda – vi è poi pure in D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, 393-394.

*pedendi*³⁹³) deve infatti escludersi in radice la possibilità che questa venga introdotta nel processo già pendente (riassunto).

La successione degli ex soci nel processo pendente, peraltro, non è stata univocamente ricondotta al meccanismo predisposto dall'art. 110 c.p.c. (pur con i correttivi che si sono detti). Alcuni interpreti, infatti, hanno invece affermato l'operare qui dell'art. 111 c.p.c. sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso. Questo, in particolare, è stato anzitutto sostenuto – nel vigore della disciplina ante riforma del diritto societario del 2003 – da quanti, richiamandosi all'allora costante orientamento giurisprudenziale che riconnetteva l'estinzione dell'ente alla completa definizione quantomeno dei processi pendenti al momento della sua cancellazione, sono giunti alla conclusione per cui il processo pendente dovesse proseguire nei confronti della società (cancellata dal registro delle imprese, ma non ancora estinta), con facoltà per gli ex soci successori a titolo particolare di intervenire, secondo le regole dettate appunto dall'art. 111 c.p.c.³⁹⁴. Altri ancora hanno invece proposto una peculiare interpretazione dell'art. 111, co. 2, c.p.c. (che disciplina l'acquisto a titolo particolare *mortis causa* del diritto oggetto del processo, disponendo che in tal caso il processo prosegua nei confronti dei successori universali del *de cuius*). Posto che nel caso in esame ricorrerebbero sia l'estinzione della parte che la successione a titolo particolare, troverebbe qui applicazione il co. 2 dell'art. 111 c.p.c., “con l'unica differenza che il processo non “è proseguito dal successore universale o in suo confronto” (poiché un successore universale non c'è), bensì da o nei confronti della parte originaria, vale a dire la società (rappresentata dai liquidatori), la cui soggettività, almeno sino all'esito del processo, è destinata ad essere prolungata”³⁹⁵. Tuttavia così ragionando si

³⁹³ Quanto ai soggetti, destinatari di questa nuova domanda sono i liquidatori, che certo non possono qualificarsi quali successori dell'ente estinto; il *petitum* è dato dai danni patiti dalla mancata inclusione del credito nella procedura di liquidazione (e comprenderanno così sicuramente le spese necessarie per ottenere la dovuta soddisfazione, mentre dubbio è se il *quantum* del risarcimento possa comprendere altresì l'ammontare del credito insoddisfatto: v. cap. II, sez. II, par. 1); quando infine alla *causa petendi* si tratta, come si è detto, di responsabilità da fatto illecito, e così extracontrattuale.

³⁹⁴ Così G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano, 1959, 208

³⁹⁵ Così D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., 393; la tesi viene poi dall'A. riproposta in *Le Sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1011 e ss., spec. 1014

ripropone – di fatto – quella impostazione da ultimo disattesa dalle Sez. Un. (con il tritico del 2010, sentt. nn. 4060, 4061 e 4062), secondo cui l'estinzione dell'ente non può perfezionarsi ove al momento della cancellazione risultino tutt'ora pendenti processi che lo coinvolgono (solo così, infatti, si potrebbe arrivare a "prolungare" la soggettività della società, e così pure la capacità dei liquidatori di rappresentare la stessa, destinata invece a cessare con la chiusura della liquidazione e la cancellazione della società dal registro delle imprese).

2.3 La dottrina sull'estinzione della parte e l'interruzione del processo

Strettamente connessa alla ricostruzione degli effetti processuali dell'estinzione della società in termini di successione nel processo degli ex soci (in forza di una peculiare applicazione dell'art. 110 c.p.c.), è la questione del ricorrere o meno di un effetto interruttivo del processo pendente al verificarsi dell'evento estintivo. Dell'istituto dell'interruzione del processo si è già detto trattando degli effetti processuali della fusione di società (v. Parte I, cap. III). L'interruzione determina uno stato di quiescenza del processo pendente, in dipendenza del verificarsi di taluni eventi considerati dal legislatore potenzialmente lesivi del diritto di difesa della parte da questi colpita³⁹⁶; l'istituto è dunque primariamente teso alla tutela del diritto di difesa e dell'integrità del contraddittorio. Presupposti per l'operare dell'istituto in parola sono dunque il verificarsi di uno degli eventi considerati dal legislatore (e la notizia del suo verificarsi³⁹⁷) e, prima ancora, la possibilità che il

³⁹⁶ In tal senso, tra i molti (e senza pretese di esaustività), si v. C. CALVOSA, voce *Interruzione del processo civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, 926 e ss.; A. CAVALAGIO, voce *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993; D. CULOT, *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006; G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, gli artt. 299 e ss., Napoli, 2004; A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (di diritto processuale civile)*, in *Enc. del diritto*, XXII, Milano, 1972; G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 3 e ss.; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963; A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1989.

³⁹⁷ Questo nelle ipotesi in cui al verificarsi dell'evento non segue l'automatica interruzione del processo, come per la morte della parte già costituita a mezzo di procuratore, nel qual caso il processo verrà interrotto solo dalla comunicazione in udienza o notificazione alla controparte dell'evento interruttivo (in mancanza delle quali il processo invece può validamente proseguire, pur se la sentenza resa al suo termini avrà diretta efficacia nei confronti degli eredi del *de cuius*: art. 300 c.p.c.). Diversamente nelle ipotesi di interruzione automatica, questa decorre dal giorno del verificarsi dell'evento interruttivo, ma il termine trimestrale per la riassunzione/prosecuzione del processo interrotto decorrerà, per la parte non colpita dall'evento, dal momento in cui sia venuta a conoscenza legale del suo verificarsi. Così dispone l'art. 305 c.p.c. dopo gli interventi

processo possa uscire dalla fase di quiescenza determinata dall'interruzione e proseguire o essere riassunto. È chiaro allora che l'istituto non troverà applicazione ove si ritenga (v. oltre) che all'estinzione della società-parte consegua la chiusura del processo pendente senza possibilità di prosecuzione nei confronti di altri soggetti³⁹⁸.

Diversamente, qualificare gli effetti processuali dell'estinzione dell'ente in termini di successione nel processo degli ex soci, porta necessariamente ad interrogarsi sull'applicabilità o meno delle norme in tema di interruzione del processo, che normalmente sempre operano a fronte di una successione processuale ex art. 110 c.p.c.³⁹⁹. Sul punto l'assoluta maggioranza dei sostenitori della tesi richiamata afferma che all'estinzione dell'ente fa seguito l'interruzione del processo pendente, che potrà essere proseguito dagli ex soci o – assai più probabilmente – riassunto

correttivi della Consulta del 1967 e del 1971. In particolare con sent. 6 luglio 1971, n. 159 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c. nella parte in cui dispone che il termine utile per la riassunzione del processo interrotto decorre per tutte le parti (e così pure per quella non colpita dall'evento interruttivo) dal giorno del verificarsi dell'interruzione automatica anziché dal giorno in cui è stato conosciuto l'evento. In ragione di ciò recentemente la Consulta (sent. 21 gennaio 2010, n. 17) ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24 e 111, co. 2 Cost., sollevata dal Tribunale di Biella (ord. 6 marzo 2009) relativamente alla nuova disciplina dell'interruzione automatica del processo in ipotesi di fallimento della parte (che, nella descrizione datane dal Tribunale, farebbe decorrere anche per la controparte del fallito il termine per la riassunzione dal giorno della pronuncia della sentenza di fallimento), e ciò perché "nel vigente sistema di diritto processuale civile è da tempo acquisito il principio secondo cui nei casi di interruzione automatica del processo il termine per la riassunzione decorre non già dal giorno in cui l'evento interruttivo è accaduto, bensì dal giorno in cui esso è venuto a conoscenza della parte interessata alla riassunzione".

³⁹⁸ Così C. GLENDI, *Cancellazione della società, attività impositiva e processo tributario*, in *Giur. Trib.*, 2010, 749 e ss., spec. 751; in tal senso – se male non si è inteso il pensiero degli A. – pure G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in AA. VV., *La riforma delle società – Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 193 e C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2279 e ss., spec. 2293. Così anche R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1616 e ss.

³⁹⁹ Così per tutti C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, cit., 82 e ss., nonché S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1960, 398 e ss. Si v. al riguardo anche I. DD., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, ove si osserva che l'art. 299 è "una norma di carattere schiettamente processuale, ma certamente strumentale rispetto alle norme sostanziali (tra queste ricomprendiamo anche l'art. 110 c.p.c.) che quello stesso evento prendono in considerazione" (400). Sul contrasto tra gli interpreti in ordine al carattere processuale o sostanziale dell'art. 110 c.p.c. v. oltre nel testo.

nei loro confronti del creditore-attore⁴⁰⁰. Nulla però viene detto circa il carattere della ritenuta interruzione (se questa sia, cioè, automatica in ogni caso, oppure condizionata alla dichiarazione da parte del difensore della società già costituita), mentre solo marginale è l'indagine circa le modalità della riassunzione del processo interrotto nei confronti degli ex soci.

Quanto alla prima questione (ossia le modalità con le quali l'interruzione del processo consegue all'evento interruttivo), la postulata operatività del meccanismo della successione nel processo delle persone fisiche dovrebbe portare ad affermare l'applicazione delle regole dettate dagli artt. 299 e 300 in relazione alla morte della parte. Così dovrebbe concludersi che, nell'ipotesi in cui l'estinzione della società sopravvenga dopo la notifica della citazione (per il caso di citazione notificata dopo l'estinzione si v. retro par. 2.2) ma prima della costituzione in giudizio, l'interruzione del processo sarà automatica (art. 299 c.p.c.), fermo però che il termine per la sua riassunzione nei confronti degli ex soci decorrerà, per la controparte della società estinta, dal momento della conoscenza legale dell'evento interruttivo (art. 305 c.p.c.). Al contrario se la società si estingue dopo la costituzione in giudizio a mezzo di difensore, la sua estinzione non determinerà l'automatica interruzione del processo, che sarà invece subordinata alla dichiarazione dell'evento da parte del difensore in udienza, o alla notificazione dello stesso alla controparte (art. 300, co. 1, c.p.c.); con la duplice conseguenza che il termine trimestrale per la riassunzione decorrerà da tale dichiarazione/notificazione, e che ove il difensore non dia atto dell'estinzione della società, il processo proseguirà insensibile a tale evento, pur se la sentenza resa al

⁴⁰⁰ Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. I, cit., 313; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1215; C. PUNZI, *Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali*, cit., 291, per il quale "all'estinzione della società per azioni ... deve conseguire necessariamente l'interruzione del processo, proprio come consegue alla morte delle persone fisiche"; A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvivenze attive e passive. Estinzione*, cit., 578; M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 542; F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo, parte II*, cit., 596; C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ., e l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto*, cit., 265 e ss.; M. PEDOJA, *Fine della "immortalità": per le Sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, cit., 1020-1021; M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., 208-209.

suo esito farà stato nei confronti degli ex soci ex art. 2909 c.c.⁴⁰¹. In relazione invece alle modalità della riassunzione nei confronti degli ex soci, da alcuni è stata prospettata l'applicabilità della regola dettata dall'art. 2495, co. 2, c.p.c.⁴⁰² (nella parte in cui recita: "la domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società"), che – pur se riferita alla domanda proposta nei confronti degli ex soci – potrebbe essere invocata anche per la riassunzione del processo interrotto⁴⁰³.

Rispetto all'operatività nel caso di specie della disciplina dell'interruzione del processo, benché sostenuta dalla maggioranza degli interpreti, non sono mancate osservazioni critiche. Non solo da parte di coloro che escludo che la vicenda in esame possa essere ricondotta agli artt. 110 o 111 c.p.c., ma anche da parte di chi invece ammette l'operare qui di una successione nel processo degli ex soci. Si intende fare riferimento a quella tesi – di cui già si è detto trattando degli effetti processuali della fusione (v. Parte I, cap. III) – che pone fuori campo l'istituto dell'interruzione del processo ogniqualvolta l'evento astrattamente interruttivo colpisca la parte persone giuridica⁴⁰⁴. L'esclusione dell'istituto dell'interruzione del

⁴⁰¹ Così, in relazione alla disciplina dell'interruzione del processo per morte della parte, per tutti C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2011, 376-377 che, in relazione all'ultima ipotesi fatta, ricorda come "il procuratore [che non dia notizia dell'evento interruttivo] assume su di sé la responsabilità (solo sul piano sostanziale e rispetto ai successori) conseguente alla mancata interruzione del processo, nell'ipotesi che tale comportamento non sia (come il più delle volte accade) concordato con coloro ai quali spetta di proseguire il processo". *Contra* però C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, cit., per il quale graverebbe sul difensore il dovere di compiere la dichiarazione dell'evento interruttivo (p. 169).

⁴⁰² In tal senso F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, cit., 600; già prima invocava anche nell'ipotesi fatta l'operare dell'art. 2495, co. 2, c.c. Trib. Como, 24 aprile 2007, in banca dati *Dejure*, secondo cui, nell'ipotesi di sopravvivenze passive già rese oggetto di processo pendente al momento dell'estinzione dell'ente sociale "la prosecuzione del giudizio è evidentemente assicurata dalla applicazione della disciplina processuale prevista in caso di morte o estinzione della parte. Il legislatore ha inoltre inteso limitare i costi della proposizione e della riassunzione del giudizio prevedendo, ai sensi del secondo comma dell'art. 2495 c.c., che la domanda giudiziale se proposta entro un anno dalla cancellazione può essere notificata presso l'ultima sede della società".

⁴⁰³ Alle modalità di notificazione della domanda svolta dal creditore sociale insoddisfatto nei confronti degli ex soci, e così ai profili di grave problematicità della disciplina positiva dettata dall'art. 2495, co. 2, c.c. è dedicato il successivo par. 5 al quale si rinvia per ogni notazione critica anche in relazione alla posizione qui esposta.

⁴⁰⁴ La tesi è compiutamente elaborata da D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., poi ripresa – con espresso riferimento all'estinzione delle società ed ai recenti interventi sul punto delle Sez. Un. – in ID., *Le Sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal*

processo viene argomentata in forza di due distinti e concorrenti ragioni: l'una di ordine letterale (l'art. 299 c.p.c., nell'elencare gli eventi potenzialmente interruttivi, non fa riferimento al venir meno della parte per "altra causa" contemplato invece dall'art. 110 c.p.c., cui comunemente viene ricondotta l'estinzione della società-parte), l'altra incentrata sulla *ratio* dell'istituto. A quest'ultimo riguardo si sottolinea infatti che le esigenze di tutela del diritto della parte colpita dall'evento, sottese all'interruzione del processo, non ricorrono in ipotesi di eventi volontari, come sono quelli che colpiscono la società, che può scegliere liberamente se e quando estinguersi. Sicché non troverebbe giustificazione l'onere imposto alla controparte di riassumere il processo entro termini perentori pena la sua estinzione.

La tesi così riassunta, però, se trova una sua coerenza interna in relazione ai processi pendenti i quali si fonda la società parte (pur seri dubbi desta l'affermato operare lì dell'art. 110 c.p.c.: v. Parte I, cap. III), non pare potersi esportare *tout court* alla diversa fattispecie dell'estinzione dell'ente. Anzitutto perché l'esclusione dell'interruzione del processo viene fondata sulla prosecuzione dello stesso nei confronti della parte originaria (i.e.: la società estinta), che non può ammettersi stante l'attuale sistema di diritto positivo che non lascia dubbi in ordine alla coincidenza del momento estintivo (senza possibilità di riviviscenza/sopravvivenza alcuna in ipotesi di passività non considerate in fase di liquidazione) con quello di cancellazione della società dal registro delle imprese. Ma soprattutto non convince l'affermazione per cui non vi sarebbe nel caso considerato alcuna esigenza di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa della parte chiamata a proseguire il processo. Gli ex soci della società estinta potrebbero non conoscere la pendenza del processo⁴⁰⁵ (al pari, ad esempio, degli eredi del *de cuius*), né vi è una norma

registro delle imprese, cit., 1011 e ss. Spunti in tal senso – seppur non relativamente all'estinzione della società, ma solo alle ipotesi di sua fusione o trasformazione – già si rinvencono in S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., 401 e ss. La tesi di Dalfino trova poi eco in G.B. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2010, 256, nt. 18, che sottolinea come l'orientamento dominante che assimila, ai fini dell'operare degli artt. 299 e ss. c.p.c., l'estinzione della persona giuridica alla morte della persona fisica "si basa su di una opinabile assimilazione di tali eventi alla morte della parte-persona fisica".

⁴⁰⁵ Diversamente dalla società da fusione (di ciò, infatti, nell'assoluta maggioranza dei casi darà atto la relazione dei soggetti cui compete l'amministrazione ed il controllo contabile della società di fusione, da depositare ex art. 2501 septies, n. 2, c.c.), la quale comunque – ulteriormente –

sostanziale (come invece per l'ipotesi di fusione: art. 2504 bis c.p.c.) che possa giustificare l'esclusione in questo caso della tutela del diritto di difesa riconosciuto ai successori nei cui confronti la sentenza resa all'esito del giudizio farà comunque stato⁴⁰⁶. Ci pare dunque che in questo caso la volontarietà dell'evento estinzione non possa essere valorizzata (come invece avvenuto, anche ad opera delle Sez. un.: sentt. 14 settembre 2010, n. 19509 e 17 settembre 2010, n. 19698) ai fini di escludere l'operare del meccanismo di tutela della parte colpita dall'evento interruttivo (*recte*: qui dei suoi successori, gli ex soci). Sicché ove si dovesse ammettere la correttezza dell'impostazione che riconduce agli effetti dell'estinzione della parte la successione ex art. 110 c.p.c. degli ex soci nel processo pendente, dovrà contestualmente ammettersi pure l'operare del meccanismo dell'interruzione del processo disciplinato dagli artt. 299 e ss. c.p.c.

3. Vaglio critico della prospettata possibilità di prosecuzione dei processi a valle dell'estinzione della società parte

Sulla possibilità che il processo originariamente reso pendente dal creditore sociale nei confronti della società prosegua (indipendentemente dal meccanismo prescelto) pur dopo la sua estinzione sono state sollevate, da parte minoritaria della dottrina, una serie di non trascurabili obiezioni. Così, per alcuni, l'estinzione dell'ente sociale determinerebbe la perdita della capacità processuale, con la conseguente necessità per il creditore-attore di "cominciare nuove liti non più contro la società ormai scomparsa, ma contro i singoli soci e anche contro i

non può qualificarsi quale soggetto terzo rispetto alla società di fusione, rappresentando invece l'unificazione delle società di fusione.

⁴⁰⁶ Per analoghe considerazioni si v. M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., spec. 209. Del resto che l'estinzione dell'ente si sottragga alle considerazioni circa l'irrelevanza degli eventi interruttivi che possono colpire la società parte ci pare implicito anche nella trattazione di altro importante A. (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., spec. 401 e ss.) che sottolinea come "per i soggetti che non sono persone fisiche debba farsi una fondamentale distinzione tra i fatti che incidono solo su posizioni sostanziali, e i fatti che incidono direttamente sulla capacità. Nel primo caso i fatti sono assolutamente irrilevanti per il processo, cioè non si dà in nessun modo interruzione, ma se mai solo sostituzione di una parte all'altra, in quanto ciò si creda di fare". Ebbene, l'estinzione dell'ente ci pare non incida esclusivamente su posizioni sostanziali, ma pure – e prima ancora, invero – sulla capacità della parte, che con la cancellazione viene meno (e così viene meno pure la legittimazione dei liquidatori).

liquidatori, se negligenti”⁴⁰⁷. Altri ancora giungono ai medesimi risultati valorizzando la diversità dell’azione proponibile dai creditori sociali nei confronti della società, rispetto a quella riconosciuta agli stessi nei confronti degli ex soci (ed eventualmente dei liquidatori negligenti) volta che la società debitrice si sia estinta⁴⁰⁸.

La questione non può che essere risolta in forza dei risultati raggiunti a conclusione del precedente capitolo in ordine al titolo della responsabilità degli ex soci per i debiti sociali non considerati in fase di liquidazione. E’ chiaro infatti che solo identificando a monte il titolo della responsabilità degli ex soci potrà correttamente essere individuata la domanda proponibile dal creditore nei loro confronti (su quella che potrà invece essere svolta avverso i liquidatori sociali si v. le osservazioni svolte al cap. II, sez. II, par. 1), e così in definitiva stabilire se il processo “originario” potrà proseguire, nonostante il mutamento soggettivo della persona del debitore-convenuto. Così, per quanti ritengono che l’estinzione della società dia luogo ad una successione degli ex soci nei debiti sociali insoddisfatti, potrà coerentemente trovare applicazione la disciplina della successione nel processo di cui all’art. 110 c.p.c. (indipendentemente dalla circostanza che si valuti la successione sul piano sostanziale a titolo universale, nel qual caso si avrà l’applicazione piana dell’articolo richiamato, o a titolo particolare, nel qual caso la disciplina in discorso potrà operare a mezzo della prospettata sua interpretazione analogica).

Tuttavia, come si è cercato di dimostrare (v. cap. II, sez. II, parr. 6 e 7) la posizione sostanziale degli ex soci a fronte di una liquidazione solo parziale non è riconducibile a quella degli eredi, o dei successori a titolo particolare. Alla cancellazione della società dal registro delle imprese consegue l’estinzione dell’originario debito facente capo alla stessa (per estinzione del soggetto debitore,

⁴⁰⁷ Così R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit., 1617.

⁴⁰⁸ In tal senso C. GLENDI, *Cancellazione della società, attività impositiva e processo tributario*, cit., spec. 751. Così pure – parrebbe – G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell’estinzione delle società di capitali*, cit., per il quale estinta la società, non si tratta di “proseguire un processo già incardinato, di coltivare una domanda già proposta estendendola *telle quelle* ai successori a titolo universale, ma di introdurre *ex novo* un giudizio, di formulare nei confronti dei vari soci domande diverse in funzione delle diverse somme da ciascuno percepite” (193); nonché C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, cit., 2293.

appunto), e contestualmente sorge in capo al creditore insoddisfatto un diverso credito nei confronti degli ex soci, che trova la sua fonte nella loro responsabilità extracontrattuale da arricchimento senza causa. Il che però esclude che possa trovare applicazione al processo pendente la disciplina della successione nel processo.

Ed infatti – per quanto i presupposti di operatività della disciplina della successione nel processo siano tutt’ora discussi in dottrina (ove si contrappongono quanti ritengono sufficiente il verificarsi, sul piano sostanziale, di una successione universale, indipendentemente dalla circostanza che ne sia oggetto anche lo specifico diritto conteso in giudizio⁴⁰⁹ e quanti invece ritengono necessario, per l’operare dell’art. 110 c.p.c., la successione universale nel diritto controverso⁴¹⁰) – non vi sono dissensi in relazione alla circostanza che per l’operare dell’art. 110

⁴⁰⁹ Si tratta della posizione adottata dalla quasi unanime giurisprudenza, e da una dottrina minoritaria ma autorevole. Si v., ad esempio, Cass. 14 maggio 1984, n. 2931, per la quale risulta “irrelevante la natura del rapporto oggetto della lite, e, quindi [l’art. 110 c.p.c. opererà] anche quando manchi un successore nel diritto posto a fondamento della rapporto sostanziale controverso”; in tal senso pure Cass. 6 aprile 1983, n. 2414; Cass. 15 luglio 1985, n. 4141; Cass. 15 agosto 1986, n. 5169. Per la dottrina si v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 874 e ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, 225 e ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., ove si sottolinea che “alla problematica dell’art. 110 sono estranee le questioni concernenti la spettanza della situazione soggettiva oggetto di lite e l’effettivo verificarsi sul piano sostanziale di una successione nel diritto controverso. Nell’ottica di questa norma ciò che rileva è solamente il fatto che una parte sia venuta meno, sì che ad essa ne debba subentrare un’altra onde consentire il regolare svolgimento trilaterale (attore, convenuto, giudice) del processo”; F.P. LUISO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. giuridica*, Vol. XXXV, Roma, 1993; ID., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2009, 359, per il quale “il ruolo della successione universale non deve però essere frainteso: il processo prosegue nei confronti del successore a titolo universale non perché egli è anche successore a titolo universale nel diritto controverso; che ciò accada oppure non accada, in ogni caso trova applicazione l’art. 110 c.p.c.”; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009, 424 e ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni e regole*, Milano, 1995, 195 e ss.; L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, spec. 492-493.

⁴¹⁰ Si v., tra i molti, C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 2 e ss., per il quale “l’art. 110 si armonizza perfettamente con i principii generali che reggono l’esercizio dell’azione nel processo. Alla successione nel rapporto giuridico sostanziale, oggetto di controversia, corrisponde esattamente una successione nella posizione processuale”; A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, cit., 1211 e ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1979, 164 e ss.; R. MARENGO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. del diritto*, XLIII, Milano, 1990, 1394 e ss.; U. ROMAGNOLI, voce *Successione nel processo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 691 e ss.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 1991, 571 e ss.; più di recente D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, cit., 150 e ss.

c.p.c. è necessaria la ricorrenza di entrambi i presupposti del venir meno della parte e del ricorrere di una successione (tendenzialmente universale – ma v. retro par. 2 – e quantomeno sul piano sostanziale)⁴¹¹. Ed infatti (si è visto: Parte I, cap. III) se al ricorrere di una successione sul piano sostanziale non corrisponde il venir meno della parte processuale, si farà luogo all'applicazione dell'art. 111 e non dell'art. 110 c.p.c. Molto più complessa (ma parimenti estranea alla disciplina della successione del processo) è l'ipotesi che al venir meno della parte processuale non corrisponda alcuna successione (né a titolo universale né a titolo particolare) sul piano sostanziale⁴¹². Stante le premesse sostanziali accolte, questo è ciò che accade nel caso in cui la società si estingua pendente un processo che la vede parte, non essendo qui possibile considerare gli ex soci quali successori sul piano sostanziale dell'ente estinto (v. cap. II, sez. II, parr. 6 e 7). Una volta cancellata la società dal registro delle imprese, dunque, il processo reso pendente dal creditore non potrà proseguire nei confronti degli ex soci, che non sono successori della società estinta e non rispondono – verso il creditore sociale insoddisfatto – per il medesimo titolo che legava l'ente al creditore.

3.1 La chiusura del processo pendente: impossibilità di giungere ad una declaratoria di cessazione della materia del contendere

Necessaria conseguenza di quanto detto è che il processo così pendente non potrà che chiudersi con l'estinzione della società parte. Quanto però a questa chiusura, le soluzioni sin'ora prospettate in dottrina (e ricordate all'inizio di questo paragrafo)

⁴¹¹ In questo senso l'unanime dottrina; si v. C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., 2 e ss.; N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 19 e ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1212; F.P. LUISO, voce *Successione nel processo*, cit., R. MARENGO, voce *Successione nel processo*, cit.

⁴¹² Si tratta di un caso che non può essere ipotizzato con riferimento alle persone fisiche – per le quali opera la regola di chiusura della successione (*intra vires*) dello Stato, ex art. 586 c.p.c. – e che risulta (o quantomeno risultava) evenienza assai rara anche in relazione alle persone giuridiche. Per l'unica ipotesi sin'ora riscontrata si v. Cass. 25 settembre 1953, n. 3063, in *Giust. civ.*, 1953, 2971 e ss., resa in ordine alla pretesa azionata in giudizio di vedersi riconosciuta la qualità di deputato dell'Assemblea Costituente a posteriori, e così dopo la sua cessazione. In quell'occasione la Corte di cassazione ha statuito che “qualora sia venuto a cessare il soggetto (nella specie: l'Assemblea Costituente) che poteva soddisfare la pretesa dedotta in giudizio dall'attore, e non vi sia luogo ad ultra-attività e ultra-esistenza di quel soggetto, né a successione da parte di altri soggetti, il giudice ha l'obbligo di constatare in ogni grado e fase del giudizio la inesistenza del dualismo dei soggetti, quale causa che impedisce irrimediabilmente la valida costituzione del rapporto giuridico processuale”.

non ci paiono soddisfacenti. Così è per quella che esclude la prosecuzione dell'originario processo in ragione della perdita della capacità processuale della società-parte⁴¹³. Essa infatti si limita a constatare uno degli effetti dell'estinzione, che però non risulta invero determinante nell'escludere la prosecuzione del processo già pendente. Infatti la perdita della capacità processuale è un fenomeno che si ricollega pure alla morte della parte persona fisica, senza che a ciò segua la chiusura del processo (arg. ex art. 110 c.p.c., appunto). Nel caso in esame, ben diversamente, il processo non potrà proseguire perché non vi è alcun soggetto che subentri sul piano sostanziale alla parte venuta meno. Parimenti insoddisfacente si rivela, a ben vedere, anche l'altra soluzione prospettata, ossia quella per cui il processo dovrebbe chiudersi con una declaratoria di cessazione della materia del contendere⁴¹⁴.

La tematica della cessazione della materia del contendere è una delle più complesse ad ancora oggi dibattute nel panorama dottrinale (più che giurisprudenziale), in mancanza di una espressa previsione di legge che ne definisca, in via generale, natura e portata. Assai controverso risulta così sia il suo ambito di operatività (ossia l'individuazione delle ipotesi che possono dar luogo ad una declaratoria di cessazione del contendere), sia – e più – gli effetti da essa discendenti. In questa sede non ci occuperemo di questo istituto di origine giurisprudenziale e dottrinale, se non nei limiti di quanto strettamente necessario alla nostra indagine⁴¹⁵.

⁴¹³ Prospettata da R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, cit., 1617.

⁴¹⁴ Così C. GLENDI, *Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario*, cit., 752, che, preso atto che “non vi è interruzione del processo, che postula l'esistenza di un fenomeno successorio a titolo universale, non v'è spazio per l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c., mancando il presupposto di una successione a titolo particolare, nel diritto controverso o meno”, conclude che “la formula terminativa specifica più appropriata è dunque quella della declaratoria di giuridica inesistenza ovvero di cessazione della materia del contendere, che ha natura assolutamente pregiudiziale ed assorbente”.

⁴¹⁵ Tra i contributi in materia si v. le monografie di G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972; A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001. Per contributi mirati a specifiche questioni si rinvia a C. CONSOLO, *Cassazione senza rinvio e cessazione della materia del contendere: prospettive evolutive*, *Giur. It.*, 2001, 24 e ss.; ID., *Chiosa sulla natura della cassazione senza rinvio della sentenza che accolse domanda incorsa in cessazione della materia del contendere*, in *Corr. Giur.*, 1997, 899 e ss.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disciplina giudiziaria: cessazione della materia del contendere e cassazione senza rinvio della sezione disciplinare*, in *Giust. civ.*, 2011, 912 e ss.; M.

L'istituto⁴¹⁶ in discorso è finalizzato a dare evidenza ad una serie eterogenea di circostanze che possono portare, appunto, alla cessazione della lite e così alla chiusura del processo pendente, e che non possono adeguatamente sussumersi nelle formule terminative espressamente previste dal codice di rito. Da ciò ci pare discenda anzitutto la natura sussidiaria dell'istituto, che potrà operare solo nei casi in cui dell'evento che determina la chiusura del processo non possa darsi rilievo con il ricorso alle disposizioni espresse del c.p.c. La pronuncia di cessazione della materia del contendere, dunque, dà rilievo ad eventi che determinano l'inutilità (o l'impossibilità) di prosecuzione del processo, che non potrà giungere al risultato suo connaturale di statuire sul diritto controverso; sotto tale aspetto, dunque, l'istituto risponde anche a ragioni di economia processuale⁴¹⁷. La cessazione della

TOGNARINI, *La nozione di "cessazione della materia del contendere" ed il relativo regime delle spese processuale*, in *Giur. Trib.*, 2010, 1039 e ss.; R. GIORDANO, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Giur. di merito*, 2009, 7 e ss.; F. DANOVÌ, *Il "venir meno" della parte nei giudizi di stato intrasmissibili*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 222 e ss.; G. GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1997, 894 e ss.; F. CORDOPATRI, *La cessazione della materia del contendere e la condanna alla rifusione delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 349 e ss.

⁴¹⁶ Il riferimento alla cessazione della materia del contendere quale "istituto" è stato peraltro criticato da parte della giurisprudenza, dandosi atto della circostanza che "la cessazione della materia del contendere non può ritenersi un istituto dell'ordinamento processuale civile, non essendo né esplicitamente né implicitamente prevista da alcuna disposizione del codice o da una qualche legge speciale; il codice di rito infatti prevede altre formule terminative del processo che nel loro complesso assolvono a funzioni tra le quali può ben ricomprendersi il soddisfacimento degli interessi che la prassi giudiziaria sottende alla richiesta ed all'adozione di un provvedimento dichiarativo di cessazione della materia del contendere, quali la conciliazione giudiziale, l'estinzione per rinuncia e, nei giudizi di merito, l'estinzione per inattività delle parti" (così Cass. 15 maggio 1996, n. 5516). Peraltro una tale affermazione non solo contrasta con l'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità (che conosce e pronuncia la cessazione della materia del contendere), ma non ci pare invero neppure esatta. Le ipotesi di cessazione della materia del contendere enucleate dalla prassi giudiziaria si mostrano invero difficilmente riconducibili alle formule terminative indicate, come dimostra il caso più noto di cessazione della materia del contendere, quello della morte della parte in giudizi aventi ad oggetto diritti intrasmissibili.

⁴¹⁷ Così G. CHIVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 153 e ss., per il quale la cessazione della materia del contendere costituisce eccezione al principio in forza del quale la domanda deve statuire sulla situazione come esistente al momento della sua proposizione, risultando indifferente – per l'esito del processo e così per la tutela della parte – il tempo necessario per giungere al suo esito. Tale principio, secondo l'A., trova appunto un temperamento nel "principio dell'economia dei giudizi. Conseguentemente il giudice pronuncia in base a quanto risulta alla chiusura della discussione e quindi assolve il convenuto se il diritto si è estinto durante la lite. In questo caso non potendo dichiarare infondata la domanda, l'assoluzione si motiva con la cessazione della materia del contendere" (153).

materia del contendere può originare tanto da eventi di carattere processuale⁴¹⁸, quanto da eventi di carattere sostanziale (attinenti, dunque, alla lite). All'interno di quest'ultima categoria è poi possibile un'ulteriore partizione, che già si trova proposta in Carnelutti⁴¹⁹, il quale discorre in via generale di "estinzione della lite", che a sua volta "si presta a un'ulteriore specificazione: una lite può estinguersi perché è stata composta fuori dal processo oppure perché è venuto meno uno dei suoi elementi. Nel primo caso è opportuno parlare di composizione extraprocessuale della lite; nel secondo di impossibilità della lite".

Nel caso oggetto di indagine viene astrattamente in rilievo la seconda delle categorie generali richiamate, ossia quella degli eventi di carattere sostanziale. La cancellazione della società parte del processo determina infatti un'estinzione della lite per sua impossibilità, venendo meno (ossia appunto estinguendosi) sia la parte (l'ente sociale) che – con essa – il diritto oggetto della lite (il diritto di credito vantato nei suoi confronti). Così descritto il fenomeno, si potrebbe essere invero indotti a ricondurre l'estinzione dell'ente ai casi di cessazione della materia del contendere, stante i punti di contatto tra la fattispecie in esame e quello che rappresenta il caso forse più emblematico di cessazione della materia del contendere per ragioni sostanziali: la morte della parte in cause aventi ad oggetto diritti indisponibili⁴²⁰. Tuttavia questo accostamento non è a ben vedere sostenibile. Anche nel caso in discorso si verifica un fenomeno di successione nel processo ex art. 110 c.p.c. (e, a monte, di sua interruzione ex artt. 299 e ss.): la morte della parte di un processo avente ad oggetto diritti intrasmissibili (beninteso, ove dichiarata in udienza dal

⁴¹⁸ Un esempio è dato dalla contemporanea proposizione di due mezzi di impugnazione, come nell'ipotesi in cui la sentenza di appello venga impugnata con ricorso per cassazione e con revocazione, nel quale caso l'accoglimento della revocazione determinerà la cessazione della materia del contendere in sede di legittimità. Si v. sul punto – anche per ulteriori esempi – A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, cit., 180 e ss.

⁴¹⁹ Secondo la definizione di F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, 489 e ss..

⁴²⁰ Si v. per tutte Cass. 28 aprile 2003, n. 6588: "ove la situazione giuridica fatta valere in giudizio si configuri per sua natura o per previsione di legge personalissima e intrasmissibile, così da estinguersi con la scomparsa del suo titolare, ovvero anche nelle ipotesi in cui sia l'azione a tutela della posizione sostanziale ad assumere carattere strettamente personale, detto evento vale a determinare il venir meno dello stesso oggetto della giurisdizione, con la conseguente cessazione della materia del contendere, travolgendo le eventuali pronunce rese in precedenza e non ancora passate in giudicato".

difensore, o da questi notificata alla controparte) determinerà infatti l'interruzione del processo pendente, che potrà essere riassunto nei confronti degli eredi (o da questi proseguito) per sentire pronunciare non solo la cessazione della materia del contendere, ma pure la statuizione sulle spese di lite⁴²¹. La descritta possibilità, invece, non ricorre nell'ipotesi di estinzione della società parte, che – per le ragioni più volte esposte – non consente alcuna riassunzione/prosecuzione dell'originario processo.

3.2 La formula terminativa del processo a valle dell'estinzione della società parte ed effetti dell'estinzione

Escluso che il processo pendente al momento dell'estinzione della società parte possa concludersi con una declaratoria della cessazione della materia del contendere, resta da individuare a quale delle altre formule terminative previste dal codice di rito possa essere ricondotta al fattispecie in esame. Vengono così anzitutto in rilievo quelle che sono definite come “vicende anomale” o “anormali” del processo, cui sono ricondotte sia quelle situazioni che possono determinare un suo temporaneo stallo (come la sospensione e l'interruzione), sia quelle che invece impediscono al processo di giungere al suo esito fisiologico (ossia la pronuncia di una sentenza, che tendenzialmente statuirà sul diritto oggetto di lite), come l'estinzione. Vengono altresì in rilievo quelle particolari vicende previste in relazione ai soli mezzi di gravame le quali pure precludono che la fase di impugnazione possa compiersi integralmente (pur per diverse ragioni): l'inammissibilità e l'improcedibilità.

Le conclusioni sin qui raggiunte consentono anzitutto di escludere la rilevanza nel nostro esame delle prime due vicende anomale considerate: l'interruzione del processo (artt. 299 e ss. c.p.c.) e la sua sospensione (artt. 295 e ss. c.p.c.). E ciò perché entrambe, indipendentemente dai presupposti di operatività, determinando

⁴²¹ E ciò perché, pur non essendoci successione sostanziale, vi è comunque un successore universale e così la possibilità di una successione processuale. In tal senso G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1956, 874 e ss.; Id., *La condanna alle spese*, Roma, 1935, 267 e ss.; F.P. LUISO, “Venir meno” della parte e successione nel processo, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 204 e ss., spec. 207; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, cit., 96 e ss.; così pure G. DE LUCA, *Intrasmissibilità del diritto e successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 290 e ss., il quale tuttavia pare escludere la possibilità per gli eredi di proseguire il processo interrotto per poter ottenere una statuizione sulle spese di lite.

uno stato di mera quiescenza del processo, presuppongono l'astratta possibilità di una sua prosecuzione una volta venuta meno la causa interruttiva o sospensiva; prosecuzione che nel caso in discorso, invece, non sarà possibile. L'ambito d'indagine resta così circoscritto all'estinzione del processo, nonché alla inammissibilità ed improcedibilità. Mentre però la prima vicenda anomala è espressamente previsto possa verificarsi durante tutta la pendenza del rapporto processuale (così sia in primo grado che nelle fasi di impugnazione: cfr. artt. 306 e ss., 338, 391 e 393), l'operare delle altre due è circoscritto alle sole fasi di gravame. Quanto poi agli effetti, mentre le conseguenze dell'estinzione si atteggiavano diversamente a seconda del grado nel quale si verifica l'evento, l'inammissibilità e l'improcedibilità ricevono al riguardo disciplina unitaria. Gli artt. 358 c.p.c. (relativo all'appello) e 387 c.p.c. (sul ricorso per cassazione) escludono che l'impugnazione dichiarata inammissibile o improcedibile possa essere riproposta; da ciò deriverà, nell'assoluta maggioranza dei casi, il passaggio in giudicato della sentenza gravata, ferma però la possibilità che avverso quella sentenza venga proposta una diversa impugnazione (ove il termine per l'esperimento di quel mezzo non sia, all'evidenza, già decorso)⁴²².

Tanto premesso in linea generale, va anzitutto rilevato che l'estinzione della parte con conseguente impossibilità di prosecuzione del processo non solo è evenienza non espressamente considerata dal legislatore, ma che pure non risulta immediatamente riconducibile ad una delle tre vicende qui prese in considerazione. In particolare poi si può escludere che possa operare qui la disciplina dell'inammissibilità (prevista dagli artt. 331; 360-bis; 365 – 366; 398). L'inammissibilità, infatti, oltre ad essere prevista con riguardo esclusivo alle fasi di impugnazione, discende da un vizio originario dell'atto introduttivo del gravame⁴²³ e dunque attiene ad una situazione patologica che non è accostabile a quella che si verifica nel caso in esame. Empiricamente più soddisfacente è la formula dell'improcedibilità del processo, che bene esprime l'impossibilità della sua

⁴²² Si v. sul punto F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2009, p. 352 e ss., anche per alcune esemplificazioni.

⁴²³ Se invece il vizio attenesse all'atto introduttivo del primo grado, opererebbe la disciplina prevista dall'art. 164 c.p.c., con la ivi disposta distinzione tra vizi della *vocatio in ius* (sanabili, con efficacia retroattiva) e vizi *dell'editio actionis* (anch'essi sanabili, ma solo *ex nunc*).

continuazione che deriva dal venir meno della parte senza che ad essa possa far seguito l'operare della disciplina della successione nel processo. A ben vedere, però, anche la figura dell'improcedibilità – quantomeno come congegnata dal codice di rito – non si rivela adeguata per dar conto degli effetti processuali della estinzione della società parte. Di essa si occupano gli artt. 348 (con riguardo all'appello), 369 (sul ricorso per cassazione) e 399 (dettato per la revocazione) c.p.c. Elemento comune delle ipotesi di improcedibilità espressamente considerate è l'inattività della parte (impugnante). Tuttavia, com'è stato osservato, l'inattività non può considerarsi elemento caratterizzante l'improcedibilità (tale per cui sia possibile un'interpretazione analogica o estensiva delle norme che tale figura prevedono), posto che la stessa inattività determina – in altri casi considerati dal legislatore – l'estinzione del processo e non la sua improcedibilità. Da ciò consegue appunto l'impossibilità di procedere ad una interpretazione analogica od estensiva delle ipotesi di improcedibilità disciplinate, la cui previsione costituisce una scelta di politica del diritto riservata al legislatore⁴²⁴.

Analoghe osservazioni valgono anche, infine, per l'istituto dell'estinzione del processo, il quale pure non consente di dare adeguata risposta al quesito che ci si è posti. L'estinzione della società parte, infatti, non risulta riconducibile alle cause di estinzione del processo considerate dal legislatore, le quali – pur nella diversità dei casi in cui vengono declinate – attengono sempre o alla espressa scelta delle parti di non proseguire oltre il processo, o ad una manifestazione di contegno che evidenzia il loro disinteresse nei confronti del pronunciamento finale (si tratta di una serie alquanto eterogenea di ipotesi che possono però essere ricondotte alla c.d. inattività delle parti: cfr. artt. 306 e 307 c.p.c.). Nel caso di estinzione dell'ente sociale non è dato rinvenire il disinteresse (espresso o per fatti concludenti) all'esito della lite che il legislatore sanziona appunto con l'estinzione del processo; se infatti questo potrebbe pure in effetti ipotizzarsi nei confronti della società (che

⁴²⁴ Così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., 352, che osserva come “non c'è nessun elemento che consenta di scrinare le ipotesi di inattività, che portano alla improcedibilità, da quelle che portano all'estinzione. Pertanto costituisce una libera scelta del legislatore qualificare certe inattività come causa di improcedibilità ed altre come causa di estinzione. Pertanto le ipotesi di improcedibilità sono tassative, e non sono estendibili analogicamente: ... manca la *ratio* per poter estendere la disciplina dell'improcedibilità ad altre fattispecie, non espressamente disciplinate”.

estinguendosi pendente processo manifesta un'indifferenza verso la lite in corso) altrettanto non può dirsi per la controparte, che è posta in condizione di dover passivamente subire l'evento estintivo (vedendosi così privata del suo originario, nonché unico in relazione all'oggetto di quella lite, contraddittore) senza poter in alcun modo opporsi.

L'estinzione della società non può dunque essere ricondotta ad alcuna delle vicende anomale espressamente disciplinate dal legislatore, è ciò perché invero essa dà luogo ad una situazione patologica assai più grave di quelle considerate. L'estinzione dell'ente, infatti, determina non solo l'estinzione del diritto controverso (il che in se' non risulterebbe di difficile sussunzione in una delle formule terminative del processo previste dal legislatore o di elaborazione pretoria-dottrinale, si è visto), ma pure l'estinzione dell'unica parte nei cui confronti può essere pronunciata – in forza della originaria domanda – sentenza (sia essa di merito, oppure di rito, con la quale dare atto dell'impossibilità di giungere ad una composizione della lite). Ed è l'evenienza da ultimo considerata a non trovare positiva risposta nel codice di rito, poiché – si è visto – normalmente al venir meno della parte consegue una successione nel processo, tesa a ristabilire (eventualmente solo sul piano processuale) la necessaria bilateralità, che rappresenta presupposto irrinunciabile per l'esercizio del potere giurisdizionale⁴²⁵. Si tratta, insomma, di una situazione radicalmente patologica di carenza di un valido rapporto processuale; ed altresì di questione nuova, sulla quale ancora manca una riflessione e presa di posizione di giudici ed interpreti⁴²⁶; nonostante ciò

⁴²⁵ Ed infatti, com'è stato osservato, la carenza di bilateralità nel processo, poiché instaurato avverso soggetto inesistente, o non più esistente al momento della proposizione della domanda, determinerà – ove non rilevata, e così se si giunga nonostante tutto ad una sentenza nel merito – non una mera nullità della stessa che si convertirà, secondo la regola generale dell'art. 161, co. 1, c.c., in motivo di gravame (in mancanza del quale la sentenza potrà comunque passare in giudicato), come accade per il mancato rilievo della carenza di un presupposto processuale. Ma il vizio, ben più radicale ed insanabile, dell'inesistenza della sentenza così resa, in radice inidonea al giudicato. Si v. sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., spec. 288-289, che, come esempio di nullità assolutamente e radicalmente insanabile (c.d., appunto, inesistenza) porta proprio "la situazione – certo di assoluta patologia – di carenza di duplicità delle parti, come nel caso di sentenza pronunciata contro un soggetto inesistente o non più esistente già al momento della proposizione della domanda".

⁴²⁶ Infatti il venir meno della parte nel corso del processo senza possibilità di ricostituire la necessaria bilateralità, è questione aperta dalla riforma del diritto societario e dalla sancita (e

risulta comunque possibile ipotizzare una soluzione che tenga conto delle diverse esigenze sottese alla situazione in esame, con particolare attenzione alla posizione del creditore-attore, già grandemente leso nel suo diritto di difesa costituzionalmente riconosciuto (art. 24 Cost.) dall'estinzione della controparte.

Determinante anzitutto, ci pare, la circostanza che il rapporto processuale sia stato validamente instaurato, e così per un certo lasso di tempo abbia potuto regolarmente svolgersi⁴²⁷. Il che crediamo consenta in alcuni casi – a seconda del momento in cui interviene l'evento estintivo (sul piano sostanziale) – di salvare l'attività giurisdizionale sino ad allora svolta, in analogia con quanto previsto per le ipotesi di estinzione del processo (e ciò perché al pari di quanto accade ove ricorra un caso di estinzione del processo, anche ove la società venga cancellata dal registro delle imprese è possibile che il rapporto processuale si svolga, sino ad un certo punto, in modo completo e valido). In particolare se l'ente si estingue durante il corso del primo grado di giudizio, nessun risultato utile potrà trarre il creditore da quell'iniziativa processuale⁴²⁸: il processo si chiuderà in rito (v. oltre) e il creditore

recentemente riconosciuta pure dalle Sezioni unite) efficacia costitutiva della cancellazione della società dal registro delle imprese. Per le persone fisiche, si è detto, una tale evenienza non è ipotizzabile (operando al più la regola di chiusura della successione sostanziale, e così pure processuale, dello Stato); per le persone giuridiche – in relazione alle quali astrattamente una tale evenienza era prospettabile – sino a poco tempo fa la questione veniva dalla giurisprudenza risolta a mezzo del riconoscimento della perdurante esistenza della società, nonostante l'avvenuta sua cancellazione dal registro delle imprese, quantomeno in presenza di rapporti processuali pendenti.

⁴²⁷ Diversa è la questione nel caso in cui la domanda venga proposta dopo l'estinzione dell'ente. In questo caso le soluzioni prospettate in dottrina (di cui si è dato conto: v. par. 2.2) non ci sembrano davvero condivisibili. In particolare non potrà qui operare la sanatoria prevista dall'art. 164 c.p.c., posto che la domanda è stata proposta avverso un soggetto non più esistente, il che è cosa ben diversa dalla "semplice" mancanza o non corretta individuazione del destinatario della pretesa. Si tratta comunque di questione interpretativa di scarsa rilevanza pratica: indipendentemente dal riconoscimento in astratto dell'operare o meno dell'art. 164 c.p.c., la domanda così proposta non potrà in alcun modo "salvarsi", poiché – ben più radicalmente – non vi è, dopo l'estinzione della società, un soggetto che della pretesa così avanzata potrà rispondere.

⁴²⁸ Questa affermazione deve in realtà essere temperata in ragione di quell'orientamento dottrinale che ammette che l'estinzione intervenuta durante il giudizio di primo grado non travolga le sentenze non definitive su questioni preliminari di merito pronunciate in un momento anteriore (così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, 210; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 213 e ss., spec. 227). Orientamento che pare aver trovato conferma nella novella al c.p.c. del 2006, che, con il nuovo co. 3 dell'art. 133 disp. att. c.p.c. ha sancito l'applicabilità dell'art. 129, co. 3, disp. att. (sulla immediata appellabilità delle sentenze rese nel corso del giudizio in ipotesi di estinzione) anche alle sentenze pronunciate ex art. 360, co. 3, c.p.c., ossia quelle

dovrà iniziare *ex novo* autonomi processi nei confronti degli ex soci (se la società partecipata era società di capitali) o nei confronti di uno solo degli ex soci condebitori solidali (se era società di persone), facendo valere la responsabilità ex art. 2041 c.c., e così chiedendone la condanna al pagamento di quanto percepito senza causa in sede di liquidazione. Diversamente, se l'estinzione della società si verifichi quando una sentenza (anche solo di primo grado) ha già messo capo alla lite, allora quella sentenza – pronunciata quando ancora sussisteva la necessaria trilateralità del processo (attore, convenuto e giudice) – non verrà travolta dagli effetti processuali dell'estinzione della parte, e passerà invece per ciò in giudicato. Ciò accadrà sicuramente nell'ipotesi in cui la società venga cancellata dal registro delle imprese quando pende già appello, in assonanza a quanto previsto per il caso di estinzione del giudizio di appello (e di revocazione ordinaria ex art. 395, nn. 4 e 5, c.p.c.) dall'art. 338 c.p.c.⁴²⁹. Ed infatti non vi sono qui ragioni per affermare che la sopravvenuta carenza di un valido rapporto processuale (dipendente dall'estinzione della parte) debba esplicitare effetti sulla sentenza appellata (o revocanda) che ha validamente (nel senso di ammissibilmente, e così nel contraddittorio delle parti) concluso il precedente grado di giudizio⁴³⁰. Di tale

sentenze che abbiano deciso su questioni insorte nel corso del processo, senza però decidere la lite (su questioni preliminari di merito, appunto); in tal senso, dopo la novella del 2006, G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2008, 221, nt. 22 e A. CARRATTA, ne *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, 352 e ss.

⁴²⁹ Risultato non dissimile è quello che discende dalla declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità dell'impugnazione (v. *retro* nel testo), salvo i casi particolari in cui l'impugnazione dichiarata inammissibile o improcedibile concorra con altra, tutt'ora esperibile, nel qual caso la sentenza gravata potrà dirsi passata in giudicato solo una volta inutilmente decorso anche quel diverso termine. Sempre in analogia con quanto previsto per l'estinzione del giudizio di appello o di revocazione, dovrà escludersi che la sentenza appellata possa passare in giudicato a valle dell'estinzione della società parte, nel caso in cui prima di tale evento essa sia stata modificata dalla pronuncia da parte del giudice dell'impugnazione di sentenza non definitiva su questione di merito. In questo caso, infatti, la sentenza impugnata verrà immediatamente sostituita da quella non definitiva, sicché l'estinzione della società determinerà il consolidarsi di quest'ultima. Si v. sul punto C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 58 e ss.

⁴³⁰ Quello della possibilità – a date condizioni – della salvezza dell'attività giurisdizionale compiuta prima dell'estinzione dell'ente (e così delle sentenze rese in un momento anteriore) è risultato che non può invece predicarsi ove si ritenesse che nel caso in esame il processo debba chiudersi con una declaratoria di cessazione della materia del contendere. Indipendentemente infatti dalla natura di tale statuizione (di rito o di merito, la questione è assai dibattuta), v'è comunque che la pronuncia di cessazione della materia del contendere, anche in fase di gravame, si va a sostituire sempre a tutti i provvedimenti resi nel corso del giudizio, che in nessun caso potranno dirsi salvi.

sentenza potranno così giovare il creditore attore vittorioso⁴³¹, oppure gli ex soci se la domanda svolta nei confronti della società partecipata sia stata rigettata (quel giudicato, infatti, potrà essere invocato dagli ex soci se convenuti dallo stesso creditore ex art. 2041 e ss. c.c., posto che l'esistenza del credito nei confronti della società è questione pregiudiziale, per quanto peculiare, dell'esistenza del diritto del creditore di agire nei confronti degli ex soci per arricchimento senza causa).

Non dissimile sarà la situazione che si viene a creare nel caso di estinzione della società pendente ricorso per cassazione (sicché l'estinzione della società produrrà gli stessi effetti della rinuncia al ricorso: artt. 390 e 391 c.p.c.). Anche qui infatti il rilievo della sopravvenuta carenza di bilateralità e così di un valido rapporto processuale dovrà trovare agio; non potrà in particolare ostarvi la considerazione per cui il giudizio di cassazione, essendo dominato dall'impulso d'ufficio, è indifferente ad eventi che possano colpire le parti e che rileverebbero nelle fasi di merito (come, ad esempio, la morte della parte). L'estinzione della società è infatti evento in radice diverso e assai più grave di quelli espressamente considerati dal codice di rito (ed irrilevanti in sede di legittimità), posto che la sentenza che, non rilevandolo, si pronuncia ugualmente sul ricorso sarà affetta da nullità insanabile (o inesistenza, analogamente a quanto accade per la sentenza che pronuncia nel merito a fronte di una domanda proposta contro una parte non più esistente al

⁴³¹ Il vantaggio che il creditore trarrà da una sentenza favorevole (quasi certamente si tratterà di sentenza di condanna della società debitrice) è, all'evidenza, indiretto. Come si dirà meglio oltre (v. par. 6) tale sentenza non potrà fondare alcuna diretta azione esecutiva nei confronti degli ex soci (che non rispondono per lo stesso titolo della società estinta), ma potrà essere invocata dal creditore nel nuovo processo instaurato nei loro confronti per il pagamento di quanto senza causa percepito in sede di liquidazione, al fine di evitare di dover nuovamente discutere della questione pregiudiziale dell'esistenza del suo credito nei confronti della società debitrice. Analogo vantaggio deriverà al creditore dall'eventuale passaggio in giudicato della sentenza non definitiva su questione preliminare di merito resa nel corso del giudizio di primo grado prima della cancellazione della società dal registro delle imprese, se si concorda con quell'impostazione (v. *retro*) per la quale l'estinzione del giudizio di primo grado non travolge le sentenze non definitive rese ex art. 279, co. 2, n. 2, ult. parte, c.p.c. Si pensi infatti al caso in cui la società nel costituirsi abbia eccepito la prescrizione del credito vantato nei suoi confronti, e il giudice di primo grado si sia pronunciato al riguardo (rigettando l'eccezione) con sentenza non definitiva. Una tale sentenza potrà anch'essa essere invocata dal creditore nel successivo processo instaurato nei confronti degli ex soci, qui – più limitatamente – per precludere ai convenuti la possibilità di eccepire la prescrizione e così negare uno dei presupposti dell'asserito loro arricchimento senza causa.

momento della sua proposizione⁴³²: v. *retro*). Al contrario non vi sarà alcuna pronuncia che potrà stabilizzarsi se la società venga cancellata dal registro delle imprese pendente il giudizio di rinvio: così dispone infatti l'art. 393 c.p.c., per il quale (ad eccezione del principio di diritto che resterà vincolante, ma – nel caso di specie – ininfluenza posto che la stessa domanda non potrà più essere proposta a causa estinzione della parte) l'estinzione del giudizio di rinvio estingue l'intero processo (a conferma del carattere immediatamente sostitutivo della sentenza d'appello, che – pur se cassata – non consentirà appunto la riviviscenza di quella di primo grado). Infine qualche puntualizzazione merita l'ipotesi in cui la società si estingua pendente il giudizio di rinvio conseguente all'opposizione a decreto ingiuntivo. Sugli effetti dell'estinzione, nel caso fatto (cui possono essere ricondotti anche gli effetti processuali dell'estinzione della società parte, pur se non si può discorrere di una vera e propria ipotesi di estinzione del processo, si è visto), la giurisprudenza si mostra un poco ondivaga. Due sono gli orientamenti che si sono contrapposti: da un lato alcune pronunce affermavano che l'estinzione del giudizio di rinvio avrebbe comportato la riviviscenza del decreto ingiuntivo opposto (con la formazione dell'attitudine *pro iudicato* dello stesso)⁴³³, dall'altro altre sentenze ritenevano invece che una tale estinzione avrebbe travolto anche il decreto ingiuntivo opposto⁴³⁴. Il dibattito ha visto di recente l'intervento delle Sez. Un., che hanno prospettato della questione una soluzione mista, contemperatrice di ambedue gli

⁴³² L'esempio cui ci si riferisce (v. *retro*, nt. al testo) è parametrato sulla persona fisica, nel qual caso la sentenza sarà inesistente (o radicalmente ed insanabilmente nulla) solo se la domanda venga proposta successivamente alla morte della parte. E ciò perché la morte della parte che sopraggiunga dopo la proposizione della domanda, consentirà il valido svolgimento del rapporto processuale in forza proprio dell'operare dell'istituto della successione nel processo (art. 110 c.p.c.). Nell'ipotesi di estinzione dell'ente sociale, non potendo trovare applicazione quella disciplina, ci pare che la sentenza che abbia deciso il merito della lite sarà affetta da inesistenza non solo quando l'estinzione intervenga prima della proposizione della domanda, ma pure successivamente all'instaurazione del processo.

⁴³³ Così Cass. 11 maggio 2005, n. 9876 (secondo cui "alla mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio consegue non già l'estinzione dell'intero procedimento, giusta il disposto dell'art. 393 c.p.c., bensì l'applicazione della specifica disciplina di cui all'art. 653 c.p.c., a mente del quale in caso di estinzione del processo di opposizione a decreto ingiuntivo il decreto che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva"); così pure Cass. 25 marzo 2003, n. 4378.

⁴³⁴ In tal senso si v. Cass. 15 maggio 2007, n. 11095, per la quale qui "non trova applicazione l'art. 653 cp.c., ma il disposto dell'art. 393 c.p.c. alla stregua del quale alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, l'inefficacia anche del decreto ingiuntivo opposto".

orientamenti⁴³⁵. Così si è affermato che se la sentenza che ha deciso sull'opposizione (poi annullata dalla Corte di cassazione) avesse accolto la stessa (così avendo efficacia immediatamente sostitutiva del decreto ingiuntivo opposto), allora all'estinzione del giudizio di rinvio non sopravvivrà il decreto così sostituito; diversamente se la sentenza resa sull'opposizione fosse stata di rigetto, l'estinzione del giudizio di rinvio comporterà invece il consolidarsi di quello. In realtà crediamo sia da condividersi il pensiero di quanti hanno sottolineato che la questione debba essere risolta uniformemente e a monte, ossia individuando il momento esatto di inizio del rapporto processuale estinto, sicché l'estinzione del giudizio di rinvio travolgerà anche il decreto ingiuntivo opposto se si ritiene che l'opposizione all'esecuzione configuri un vero e proprio gravame; all'opposta conclusione si giungerà invece ove si ritenga che l'opposizione abbia invece la struttura di un'azione di accertamento negativo⁴³⁶.

Così descritti gli effetti processuali dell'estinzione della società parte (che, per le dette ragioni, ci pare possano essere sovrapposti a quelli dell'estinzione del processo per inattività delle parti/rinuncia), resta da indagare il profilo formale attinente alla modalità attraverso la quale andrà dato atto dell'evento estintivo. Per quanto la questione risulti di importanza marginale (più che l'aspetto "stilistico" conta infatti l'individuazione degli effetti processuali della cancellazione della società), ci pare che la formula terminativa più adatta sia proprio quella della improcedibilità del processo, non però nel senso tipizzato dal codice di rito (ossia con riguardo al solo procedimento di impugnazione, e nei termini sopra ricordati), ma nella più ampia accezione di impossibilità – appunto – di prosecuzione del processo per sopravvenuto venir meno di un elemento essenziale dello stesso,

⁴³⁵ Con la sent. n. 4071 del 22 febbraio 2010 le Sez. Un. (la si v. con nt. di M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo secundum eventum litis*, in *Corr. Giur.*, 2010, 732 e ss.) hanno statuito che "l'estinzione del giudizio di rinvio, conseguente a cassazione di una decisione di rigetto, in primo grado o in appello, dell'opposizione proposta contro un decreto ingiuntivo, fa passare in giudicato il decreto ingiuntivo opposto, secondo quanto prevede l'art. 653, co. 1, c.p.c.; mentre l'estinzione del giudizio di rinvio, conseguente a cassazione di una decisione di accoglimento, in primo grado o in appello, dell'opposizione proposta contro un decreto ingiuntivo, estingue l'intero processo, secondo quanto prevede l'art. 393 c.p.c."

⁴³⁶ Così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 298 e ss.

direttamente fondante il richiesto intervento dell'autorità giudiziaria: la bilateralità del rapporto.

4. Effetti processuali della cancellazione della società sui processi pendenti presumibilmente destinati a dar luogo a sopravvenienze attive

Le conclusioni cui si è giunti in ordine agli effetti processuali della cancellazione della società parte nell'ipotesi in cui il processo abbia ad oggetto una situazione giuridica che possa tramutarsi, al suo esito, in una passività sopravvenuta, non necessariamente varranno nella diversa ipotesi in cui il processo sia stato reso pendente dalla società per far valere un proprio diritto (e dunque esso possa dar luogo ad una sopravvivenza attiva). Quantomeno ove si accolga la tesi secondo cui la sopravvivenza/sopravvenienza di attività sociali non liquidate non può ricevere lo stesso trattamento di quella speculare in cui residuino o sopravvengano, cancellata la società dal registro delle imprese, passività non considerate in sede di liquidazione. Si è visto infatti (cap. II, sez. II, spec. par. 3) che il problema della sorte delle sopravvivenze/sopravvenienze attive non trova nel sistema, così come delineato dalla riforma del diritto societario, soluzione alcuna; in particolare non appare praticabile la via dell'applicazione analogica della disciplina dettata per l'eventuale sopravvivenza o sopravvenienza di passività: a ciò osta infatti l'impossibilità di individuare e rendere opponibile ai terzi il titolo d'acquisto da parte dei soci di eventuali attività non considerate in fase di liquidazione (profilo di criticità che emerge soprattutto con riguardo all'ipotesi in cui tali attività si concretino in diritti di proprietà su beni immobili, rispetto ai quali la disciplina della trascrizione degli acquisti non consentirebbe di dar atto dell'avvenuto trasferimento agli ex soci).

Proprio per ciò si ritiene maggiormente persuasiva quell'impostazione per cui la sopravvivenza/sopravvenienza di attività sociali non liquidate consenta (anzi, imponga) di procedere alla cancellazione dell'iscrizione dell'atto di cancellazione della società dal registro delle imprese, secondo quanto previsto dall'art. 2191 c.c. Il che, però, necessariamente si rifletterà pure sul trattamento processuale della cancellazione della società parte. Infatti è qui possibile immaginare un duplice scenario a valle del verificarsi dell'evento estintivo. Si può infatti ritenere che – al pari di quanto accade per l'ipotesi in cui il processo pendente possa

presumibilmente dare luogo ad una passività sopravvenuta – l'estinzione della società parte determini l'improcedibilità del processo (con i diversi effetti già analizzati e dipendenti dal momento in cui tale evento si verificherà). A valle della chiusura di quel processo residuerà però agli ex soci (e crediamo pure ai liquidatori, avverso i quali saranno qui gli ex soci a poter agire per il risarcimento dei danni da questi causati a seguito dell'incompleta liquidazione) la possibilità di attivarsi affinché il giudice del registro proceda alla cancellazione dell'iscrizione della cancellazione della società ex art. 2191 c.c., con la conseguente riapertura della fase di liquidazione e così la facoltà di agire con la domanda già a suo tempo proposta, instaurando un nuovo processo (che vedrà come attrice la società ritornata in liquidazione) durante il cui corso questa seconda fase di liquidazione non potrà dirsi chiusa.

In concreto, peraltro, la possibilità di proporre nuovamente la domanda dipenderà da due fattori: anzitutto ciò sarà precluso se la chiusura del primo processo abbia determinato il passaggio in giudicato della pronuncia ivi resa, indipendentemente dal suo contenuto⁴³⁷. In secondo luogo la nuova azione della società in liquidazione risulterà altresì preclusa nel caso in cui il diritto vantato dalla stessa sia ormai prescritto, posto che qui non vi è alcun mutamento del titolo del diritto così come originariamente azionato nel primo processo chiusosi in rito. Al riguardo si rammenta che l'instaurazione di un processo che non sfoci poi in una sentenza di merito determina sicuramente l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione (risultando a tal fine sufficiente la proposizione di domanda giudiziale, che varrà quale messa in mora del debitore), con la conseguenza che un nuovo periodo di prescrizione inizierà a decorrere a partire dalla notifica dell'atto introduttivo (art. 2945, co. 1, c.c.). Quanto invece all'effetto sospensivo permanente, diverse sono le posizioni assunte: secondo alcuni l'art. 2945, co. 2, c.c. – nello statuire che se l'atto

⁴³⁷ Così, per esempio, ove la società sia risultata soccombente in prime cure e l'evento estintivo si verifichi pendente il giudizio d'appello da questa instaurato, il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado a valle dell'estinzione dell'ente impedirà la proposizione di nuova domanda sul medesimo diritto vantato a suo tempo e risultato inesistente. Residuerà in questo caso agli ex soci la sola azione nei confronti dei liquidatori, con la quale potrà farsi valere il danno patito dalla prematura chiusura del processo pendente e dalla conseguente impossibilità di realizzo della posizione giuridica attiva vantata dalla società (in concreto poi l'ammontare del danno da risarcirsi dipenderà, crediamo, dalle *chances* di vittoria in appello, che il giudice adito con domanda risarcitoria dovrà valutare).

interruttivo della prescrizione è dato da domanda giudiziale, il nuovo periodo non inizia a decorrere sino al passaggio in giudicato della sentenza resa all'esito del giudizio – tutelerebbe la parte che ha validamente instaurato un rapporto processuale, sicché solo nel caso il cui il rapporto processuale instaurato con la domanda sia idoneo a dar luogo ad una pronuncia sul merito della lite, si avrebbe – accanto all'effetto interruttivo istantaneo – quello interruttivo permanente (o sospensivo)⁴³⁸. Più persuasiva ci pare però l'altra impostazione (seguita anche dalla giurisprudenza) per la quale l'art. 2945, co. 2, c.c. riconnette l'effetto interruttivo permanente della prescrizione alla pendenza del processo⁴³⁹, pure se destinato a chiudersi in rito, con la conseguenza che il nuovo periodo di prescrizione ricomincerà a decorrere con il passaggio in giudicato (qui ovviamente solo formale, ex art. 324 c.p.c.) del provvedimento di rito con il quale – dato atto dell'estinzione della parte e così della mancanza di bilateralità – il processo si chiude⁴⁴⁰.

⁴³⁸ A favore di tale interpretazione si v. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 284 e ss.; L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 63 e ss., spec. 74 e ss. Cfr. sul punto anche A. PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 655 e ss.

⁴³⁹ Così R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, cit., 113 e ss.. Per la giurisprudenza si v. Cass. 21 novembre 1981, n. 6227: "l'effetto interruttivo della prescrizione che, ai sensi dell'art. 2945 comma 2 c.c., nel caso di domanda giudiziale si protrae per tutta la durata del processo, fino alla sentenza che lo definisce, si verifica in tutte le situazioni in cui sia pronunciata una sentenza che definisca il giudizio e sia suscettibile di passare in giudicato; categoria che comprende anche i provvedimenti di natura decisoria aventi ad oggetto pronunzie meramente processuali le quali, pur facendo venir meno il dovere del giudice di decidere nel merito, sono suscettibili di passaggio in cosa giudicata non sostanziale, precludendo l'esame della medesima questione da parte di qualsiasi altro giudice"; così pure Cass. 23 maggio 1997, n. 4630 e Cass. 17 dicembre 1999, n. 14243.

⁴⁴⁰ L'affermazione merita invero una precisazione. L'art. 2945, co. 3, c.c., infatti, dispone che se il processo pendente si estingue, unico effetto utile che potrà prodursi sarà quello dell'interruzione istantanea della prescrizione (non anche la sua interruzione permanente). E ciò – all'evidenza – poiché il comportamento che può dar luogo all'estinzione del processo è quello di totale disinteresse della parte attrice, che non richiede dunque di essere tutelata a mezzo del riconoscimento dell'effetto interruttivo permanente della proposizione della domanda giudiziale. Tale fattispecie parrebbe in effetti accostabile a quella in esame, dove è la società che sceglie liberamente di estinguersi, determinando così la chiusura in rito del processo pendente (pur se non ci pare che tale chiusura sia accostabile all'estinzione, posto che tanto la rinuncia all'azione quanto l'inattività consentono sempre alla controparte di poter dare lei stessa impulso al processo – oppure di opporsi alla rinuncia – e così di evitarne l'estinzione; cosa che invece non

Diversa invece è l'ipotesi in cui venga in rilievo non un termine prescrizionale ma un termine decadenziale (come sono i termini connessi all'esercizio di azioni costitutive – quali quelle di annullamento di un contratto – pur se impropriamente definitivi prescrizionali⁴⁴¹). La decadenza, infatti (istituto al quale non trovano applicazione le disposizioni in tema di prescrizione: v. art. 2964 c.c.), può essere solo validamente impedita (e non anche interrotta o sospesa), sicché solo la fattispecie complessa data dall'esercizio dell'azione (e così dalla proposizione di domanda giudiziale) e dal suo buon esito, varrà ad evitarla. Nel caso in discorso, dunque, ove l'azione originariamente esperita dalla società sia stata soggetta a termine decadenziale, la cancellazione della stessa dal registro delle imprese precluderà la possibilità di una nuova successiva azione (a valle della riapertura della fase di liquidazione). Il che porta necessariamente ad interrogarsi in ordine all'operatività, qui, della disciplina della cancellazione della cancellazione di cui all'art. 2191 c.c. Nel senso che ci si può chiedere se a fronte della descritta situazione – quando cioè l'unica attività non liquidata sia oggetto di un processo allora pendente che non potrà essere nuovamente instaurato (sicché la ipotizzabile attività non potrà in concreto realizzarsi) – vi siano i presupposti affinché il giudice del registro proceda alla cancellazione dell'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese. Crediamo che la risposta debba essere negativa: non ricorre qui l'esigenza che consente di dar luogo a quella davvero anomala situazione di riviviscenza della fase di liquidazione della società. Con la conseguenza che in questo caso agli ex soci danneggiati dalla prematura chiusura della liquidazione non resterà che agire nei confronti dei liquidatori che colposamente (o addirittura dolosamente) hanno cagionato tale danno.

Quella appena descritta non è però l'unica situazione ipotizzabile a valle dell'estinzione della società parte di un processo (nel quale sia stata dedotta una

può avvenire a fronte della cancellazione della società dal registro delle imprese). Tuttavia qui soggetti in concreto lesi dall'estinzione prematura della società sono i suoi ex soci, che non potranno ottenere alcun utile risultato dalla cancellazione della cancellazione ex art. 2191 c.c., e così perderanno la possibilità di realizzare la ipotizzata passività (v. oltre nel testo), sicché riteniamo che la chiusura in rito del processo a causa dell'estinzione dell'ente sociale non debba trovare la propria disciplina – quanto ad effetti sostanziali della domanda originariamente proposta – nel co. 3 dell'art. 2945 c.c., ma nel precedente co. 2.

⁴⁴¹ Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., spec. 118 e ss., ed ivi per le ragioni di una tale posizione.

situazione soggettiva astrattamente idonea a trasformarsi in sopravvenienza attiva). Il riconosciuto operare della disciplina della cancellazione dell'iscrizione della cancellazione, infatti, può portare a sostenere che il processo pendente al momento dell'estinzione della società possa proseguire. Previa, però, sua interruzione. Si può, in altri termini, affermare che data la possibilità di riapertura della fase di liquidazione conseguente alla sussistenza di una possibile attività sopravvenuta non liquidata, il processo pendente non necessariamente debba chiudersi in rito, ma possa essere proseguito dalla società stessa, in persona dei suoi liquidatori nuovamente investiti della funzione. Così ragionando l'estinzione dell'ente rilevarebbe quale evento interruttivo del processo pendente (art. 299 c.p.c.), cui conseguirebbe il dovere dei liquidatori (e la possibilità per gli ex soci) di attivare il procedimento di cancellazione dell'iscrizione della cancellazione di cui all'art. 2191 c.c. Una volta riattivata la stessa società potrà così proseguire il processo pendente, facendolo uscire dalla fase di quiescenza. Ciò, però, dovrà avvenire entro tre mesi dalla cancellazione della società dal registro delle imprese. L'interruzione del processo a causa dell'evento estintivo, infatti, ci pare sia ipotesi di interruzione automatica (e dunque per la parte colpita dall'evento il termine per la prosecuzione decorrerà dal giorno del suo verificarsi): v. *retro*. Sicché il procedimento di cui all'art. 2191 c.c. – presupposto per la prosecuzione del processo da parte della società – dovrà compiersi entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal registro delle imprese. Ove ciò non avvenisse e così il processo non venisse riassunto nel termine, si verificherà la sua estinzione (art. 305 c.p.c.), e un nuovo processo potrà allora iniziare se nel frattempo si sia giunti alla cancellazione dell'iscrizione della cancellazione (ove non si sia formato il giudicato sulla sentenza eventualmente resa nel corso del precedente giudizio, e se il diritto non si sia prescritto⁴⁴²). In alternativa, se questo non risultasse, per le dette ragioni, possibile, gli ex soci non potranno fare altro che rivolgersi ai liquidatori per il risarcimento del danno patito. Merita peraltro precisare che ove si accogliesse una tale ricostruzione, la prosecuzione del processo ad opera della società in fase di liquidazione (o nei suoi confronti) dovrà ammettersi pure nel caso

⁴⁴² In questo caso, infatti, trattandosi di vera e propria estinzione, opererà la disciplina prevista dall'art. 2945, co. 3, c.c., e dunque il solo effetto interruttivo istantaneo della prescrizione della prima domanda giudiziale; mancherà invece quello interruttivo permanente (o sospensivo).

in cui la società convenuta dal creditore sociale abbia svolto domanda riconvenzionale, facendo valere nei confronti di quello un proprio asserito diritto. Anche in questo caso infatti il processo potrebbe potenzialmente dar luogo ad una sopravvenienza attiva. Ciò che mai potrà accadere invece se la società convenuta si sia limitata a chiedere il rigetto della domanda proposta nei suoi confronti: questo, infatti (pur avendo sicuramente effetti vantaggiosi per gli ex soci: v. *retro* note al testo, nonché oltre, par. 6) non potrà mai dar luogo ad una sopravvenienza attiva rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 2191 c.c.

5. La notifica dell'atto di citazione agli ex soci: profili di incostituzionalità

Previsione davvero problematica della riforma del diritto societario – avverso la quale si sono sollevate le critiche della maggioranza degli interpreti⁴⁴³ – è quella introdotta al co. 2 ult. parte dell'art. 2495 c.c., secondo cui “la domanda [del creditore sociale insoddisfatto nei confronti degli ex soci] se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società”⁴⁴⁴. L'intento sotteso ad una tale previsione è chiaro (quello di agevolare i creditori sociali non considerati in sede di liquidazione, avvantaggiandoli nella successiva fase processuale necessaria per la soddisfazione del loro credito stante la sancita efficacia costitutiva dell'estinzione); altrettanto chiaro ci pare però il rischio sotteso ad una tale previsione: quello che di fatto gli ex soci non vengano a conoscenza del processo reso pendente nei loro confronti, il che alimenta molto forti dubbi sulla legittimità costituzionale di questa disposizione.

⁴⁴³ Critici sul punto F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, spec. 279, secondo il quale – contestabilmente – la disposizione “disinvolatamente orecchia” l'art. 303 c.p.c.; L. PARRELLA, commento sub art. 2495, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, 305 e ss., spec. 308, nt. 13; M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 313 e ss.; G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, cit., 1847 e ss.; C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, cit., spec. 2292 e ss.

⁴⁴⁴ Peraltro non è mancato chi – ravvisando il (parziale) richiamo operato dall'art. 2495, co. 2, ult. parte c.c. all'art. 303, co. 2, c.p.c. (che prevede che la riassunzione nei confronti degli eredi del *de cuius*, se effettuata entro un anno dalla morte della parte, possa avvenire a mezzo di notifica fatta “collettivamente ed impersonalmente agli eredi, nell'ultimo domicilio del defunto”) – ha ritenuto che tale previsione fosse da leggersi come implicito avvallo del legislatore alla impostazione che vede negli ex soci i successori universali della società estinta: così M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., spec. 523.

Com'è stato infatti osservato⁴⁴⁵, la notificazione presso l'ultima sede sociale non consentirà l'operare delle normali modalità di notificazione (ossia quella in mani proprie: art. 138 c.p.c., e quella presso la residenza, la dimora o il domicilio: art. 139 c.p.c.), posto che difficilmente gli ex soci potranno essere personalmente rintracciati presso l'ultima sede della società ormai estinta. Assai più probabilmente (meglio: certamente) la notificazione della domanda avverrà ex art. 140 c.p.c.: procedura complessa che nell'assoluta maggioranza dei casi non consentirà agli ex soci di avere effettiva notizia dell'avvenuta notificazione della domanda, ma che – essendo espressamente prevista dal codice di rito – non determinerà alcuna nullità della notificazione stessa, né consentirà agli ex soci eventualmente venuti successivamente a conoscenza del processo pendente nei loro confronti, di veder operare l'art. 291 c.p.c. e così le regole sul contumace involontario.

La disposizione in commento evidentemente riecheggia quanto previsto dall'art. 303, co. 2, c.p.c., che consente alla controparte della parte deceduta di riassumere il processo interrotto a mezzo della notifica dell'atto effettuata agli eredi "impersonalmente e collettivamente" presso l'ultimo domicilio del *de cuius* (ove ciò avvenga entro un anno dalla morte). Anche sotto tale profilo la scelta del legislatore non è certamente commendevole: già in relazione all'art. 303, co. 2, c.p.c. la dottrina processualcivistica non ha mancato di sottolineare il rischio che, dalle modalità di notificazione previste, possa derivare agli eredi della parte, che potrebbero non venire a conoscenza della riassunzione effettuata nei loro confronti (così prospettando, tra l'altro, l'introduzione di correttivi alla possibilità *tout court* riconosciuta dal codice di rito⁴⁴⁶). Nel caso di specie, poi, la previsione del luogo di notificazione è ancor meno

⁴⁴⁵ C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, cit., p. 2293, la quale richiama al riguardo quanto già osservato da G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, cit., 194, nonché Id., commento sub art. 2495, cit., il quale molto condivisibilmente osserva che "se la norma che impone il deposito del bilancio finale di liquidazione solo presso il registro delle imprese e non anche presso la sede sociale (art. 2492) fosse da spiegare col fatto che a quel punto, la liquidazione essendosi compiuta e la sede sociale è ormai dimessa, vi sarebbe da chiedersi quanto coerentemente la legge abbia poi supposto che agli effetti della notifica dell'atto giudiziario di cui all'art. 2495 la stessa sede sia (o possa essere) viceversa, ed in un momento successivo, che si estende per un intero anno dopo la cancellazione, ancora efficiente. Per andare alla sostanza: come mai riuscirà il consegnatario dell'atto a darne notizia, e rimmetterlo, ai suoi soci destinatari, quando presso la sede sociale costoro (in ipotesi numerosissimi) mai hanno avuto né residenza né domicilio e magari mai nella sede sociale hanno messo piede?" (1848).

⁴⁴⁶ Si v. sul punto quanto osservato da V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, *Del processo di cognizione*, Napoli, 1956, 325 e ss., per il quale l'art. 303, co. 2, c.p.c.

giustificabile, risultando invece assai più potenzialmente lesiva del diritto di difesa degli ex soci: non v'è qui infatti alcun legame con l'ultima sede della società (che invece è di molto più probabile vi sia per gli eredi con l'ultimo domicilio del *de cuius*) che possa giustificare l'idea – sottesa alla disciplina dettata dal co. 2 dell'art. 2495 c.c. – che gli ex soci possano venire a conoscenza della notificazione effettuata in quel luogo. Ed anzi è quasi certo che questi ne resteranno ignari, con conseguente impossibilità di adeguatamente difendersi dalle pretese avanzate nei loro confronti e lesione in radice del loro diritto di difesa (art. 24 Cost.), il che fa seriamente ventilare dubbi di incostituzionalità della previsione.

Del resto che la situazione degli ex soci, ed il legame (insussistente) che questi lega all'ultima sede della società partecipata, e quella degli eredi (e la loro frequentazione dell'ultimo domicilio del *de cuius*), non siano certo sovrapponibili mostra di averlo riconosciuto pure il legislatore della riforma del diritto societario. Ed infatti la norma processuale extravagante di cui all'art. 2945, co. 2, ult. parte, c.c. non è – a ben vedere – totalmente sovrapponibile a quella di cui all'art. 303, co. 2, c.c. (lo è però in misura tale da far sorgere dubbi sulla sua costituzionalità). La prima non consente infatti – diversamente dalla seconda – che la notificazione della domanda avvenga “collettivamente ed impersonalmente”, né ci pare possa affermarsi (tenuto conto dei già gravi problemi che derivano dalla disposizione, e della impossibilità di accostare le due fattispecie) una interpretazione estensiva dell'art. 303, co. 2, c.p.c., come pure prospettato in dottrina⁴⁴⁷.

rappresenterebbe una norma pericolosa, idonea a ledere il diritto di difesa degli eredi, sicché per il suo operare (e così per dirsi perfezionata la notifica così effettuata), “è necessario che l'ultimo domicilio del defunto non sia stato nel frattempo dimesso nei suoi elementi reali: se, ad esempio, lo studio legale, che costituiva il domicilio del defunto, è stato chiuso, se l'impresa individuale è stata liquidata e l'esercizio commerciale dimesso sicché né dell'uno né dell'altra siavi più traccia reale, la notificazione impersonale e collettiva non può essere eseguita e sarebbe davvero assurda e lesiva dei diritti processuali degli eredi l'applicazione dell'art. 140 c.p.c.”. Sul punto cfr. anche A. BONSIGNORI, *L'ultimo domicilio di cui all'art. 303, co. 2, c.p.c.*, in *Giur. It.*, 1970, I, 1, 1867.

⁴⁴⁷ In tal senso F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, II, cit., spec. 602 e ss., per la quale la *ratio* dell'art. 303, co. 2, c.p.c. – quella di agevolare la parte che deve riassumere il processo nei confronti degli eredi della controparte – ricorrerebbe pure nella fattispecie disciplinata dall'art. 2495, co. 2, ult. parte, c.c., il che consentirebbe “di optare per un'interpretazione estensiva dell'art. 303, co. 2, c.p.c. equiparando, ai fini dell'interruzione-riassunzione, i soci agli eredi ed effettuando la notificazione dell'atto di riassunzione in forma collettiva ed impersonale ai soci presso l'ultima sede della società”. Così – già prima – V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione delle società*, in *Soc.*, 2003, 382. In tal senso parrebbe

In ogni caso stante il dato positivo – ed in attesa di una sua non improbabile declaratoria di incostituzionalità – deve concludersi che il creditore sociale insoddisfatto che intenda agire nei confronti degli ex soci dovrà svolgere, avverso ciascuno di essi, domanda di condanna al pagamento di quanto percepito senza causa in sede di liquidazione (ex art. 2041 c.c.), potendo poi procedere alla notificazione della stessa (sempre nei confronti di ciascun socio ma) per tutti presso l'ultima sede legale dell'originaria debitrice ormai estintasi.

6. Efficacia del titolo esecutivo ottenuto nei confronti della società poi estintasi ed effetti dell'estinzione della società sul processo esecutivo pendente

Da ultimo deve essere affrontata la questione dell'efficacia (o meno) del titolo esecutivo ottenuto dal creditore sociale avverso della società nei confronti degli ex soci volta che il debitore principale si sia estinto. Anche in questo caso la soluzione della questione dipende dalla posizione accolta in ordine al titolo della responsabilità degli ex soci. Così daranno risposta positiva al quesito quanti affermano che gli ex soci sono obbligati verso il creditore sociale insoddisfatto per lo stesso titolo che a quest'ultimo legava la società partecipata (indipendentemente dalla circostanza che si qualificano gli ex soci quali successori a titolo universale o successori a titolo particolare)⁴⁴⁸. In questo caso il titolo esecutivo ottenuto dal creditore sociale nei confronti della società

anche M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., per il quale l'art. 2945, co. 2, ult. parte, c.c. richiamerebbe l'art. 303 c.p.c. (208). Peraltro già autorevole dottrina aveva osservato come la natura eccezionale della previsione contenuta nell'art. 303, co. 2, c.c. non ne consentisse una interpretazione estensiva, negandone così l'operatività in relazione alla fusione di società (quando ancora si riteneva di scorgere un fenomeno estintivo-successorio, e così in relazione alla notificazione dell'atto di riassunzione del processo alla società da fusione): così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, *Del processo di cognizione*, cit., 325.

⁴⁴⁸ Così M. PEDOJA, *Fine della "immortalità": per le Sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, cit., spec. 1021, per il quale "affermando che il titolo esecutivo non è più utilizzabile dal creditore, si costringerebbe lo stesso ad avviare un processo in cui si andrebbe ad accertare l'esistenza del credito che era già contenuta nella precedente sentenza ! Se la sentenza poi è una sentenza passata in giudicato, sappiamo che questa fa stato ad ogni effetto tra le parti, gli eredi e gli aventi causa ex art. 2909 c.c. Gli ex sono non sono forse aventi causa?". E' chiaro che una simile affermazione sta o cade a seconda delle premesse accolte. Se si ritiene – come crediamo debba ritenersi – che gli ex soci rispondono nei confronti del creditore sociale insoddisfatto per un titolo diverso da quello della società, allora si dovrà anzitutto concludere che il nuovo processo instaurato nei loro confronti non darà luogo ad una sentenza che accerta il medesimo credito già accertato nei confronti della società estinta (in questo secondo processo, infatti, l'esistenza del credito del creditore-attore sarà elemento costitutivo della più complessa fattispecie del suo diritto di credito nei confronti degli ex soci: v. oltre). Quanto poi alla qualifica degli ex soci quali aventi causa, anche questa è strettamente dipendente dalla tesi accolta.

gli consentirà di validamente instaurare il processo esecutivo nei confronti degli ex soci, ove la debitrice principale si sia già estinta⁴⁴⁹, secondo quanto disposto dall'art. 477 c.p.c. La disposizione, in effetti, considera esclusivamente l'ipotesi di successione universale; tuttavia la disciplina prevista pare potersi applicare anche alla prospettata successione a titolo particolare degli ex soci – senza dover qui entrare nel vivo dibattito che riguarda la successione a titolo particolare nel processo esecutivo – considerato che gli ex soci vengono, dalla tesi in discorso, qualificati come successori a titolo particolare assai peculiari, poiché la loro posizione non si accosta a quella del dante causa o di un successore universale, sicché a ben vedere ricorre pure qui la *ratio* sottesa al richiamato art. 477 c.p.c.⁴⁵⁰. Al contrario il titolo esecutivo ottenuto nei confronti della società debitrice non potrà fondare validamente alcuna azione esecutiva nei confronti degli ex soci nel caso in cui si riconosca che il titolo della loro responsabilità nei confronti del creditore sociale insoddisfatto è altro e diverso rispetto a quello della società partecipata estinta. Per l'inutilizzabilità si dovrà allora concludere non solo se si ritenga di prestare adesione alla tesi dell'arricchimento senza causa degli ex soci⁴⁵¹, ma pure a quella che si fonda sul combinato disposto degli artt. 2280 e

⁴⁴⁹ Analogo discorso varrà pure per l'ipotesi in cui la società debitrice si estingua in un momento successivo alla notifica del titolo esecutivo da parte del creditore, ma prima della pendenza del processo esecutivo (che, com'è noto, nell'ipotesi di esecuzione forzata coincide con il pignoramento). In questo caso sarà infatti sufficiente una nuova notifica del titolo esecutivo ai successori universali-ex soci (se l'estinzione intervenga dopo la notifica del titolo esecutivo ma prima di quella del precetto): si v. Cass. 10 ottobre 2008, n. 25003; Cass. 15 giugno 1993, n. 7067. Se invece alla società estinta fossero già stati notificati sia il titolo esecutivo che il precetto, secondo la giurisprudenza maggioritaria non si renderà necessaria una nuova notifica ai successori (v. la già citata Cass. 10 ottobre 2008, n. 25003).

⁴⁵⁰ Si v. sul punto F.P. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984, 49 e ss., che spiega la richiamata disposizione con ciò che il successore universale viene a trovarsi nella stessa posizione dell'esecutando, subentrando nell'"obbligo" prima in campo a quello. Sul punto si v. pure A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 354 e ss.

⁴⁵¹ Al riguardo si v. le considerazioni di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, il quale da un lato afferma che "il titolo esecutivo ottenuto contro la società possa essere utilizzato contro i soci ... perché l'ammontare delle somme riscosse rappresenta il limite della responsabilità, cui sono tenuti per l'adempimento dell'obbligo che è pur sempre sociale, né la letteralità del titolo esecutivo rimane offesa perché il contenuto della responsabilità dei soci è descritto nel bilancio finale di liquidazione" (33-34), e dall'altro per riconosce che "queste peculiarità della situazione sfuggono se si ravvisa nell'art. 2456, co. 2, c.c. la mera applicazione dell'istituto generale dell'arricchimento indebito" (33).

2033 c.c. (v. cap. II, sez. II, par. 4) e così anche quella che considera gli ex soci fideiussori *ex lege* della società estinta (cap. II, sez. II, par. 5)⁴⁵².

Con ciò non si intende negare qualsiasi rilevanza alla sentenza di condanna ottenuta dal creditore nei confronti della società debitrice. Questa infatti, pur se non direttamente azionabile avverso gli ex soci, consentirà al creditore di avvantaggiarsi nel successivo processo instaurato nei loro confronti, per ciò che attiene ad un elemento costitutivo della fattispecie della loro responsabilità che verrà lì azionata. Infatti la fattispecie dell'arricchimento senza causa, nel caso di specie, si comporrà di una serie di elementi: la qualifica dell'attore quale creditore sociale dell'ente estinto (e così l'esistenza del suo diritto di credito nei confronti della società); la qualifica del convenuto quale ex socio della società debitrice; l'attribuzione a questi di somme in forza del bilancio finale di liquidazione (elemento della fattispecie nel solo caso in cui la società partecipata fosse società di capitali). Ebbene, nel caso fatto la sentenza di condanna della società al pagamento del debito (e così l'accertamento in essa contenuto dell'esistenza del diritto di credito vantato dal credito), esplicherà effetti nel successivo processo reso pendente con domanda ex art. 2041 c.c. Non certo gli effetti propri del giudicato (e così quelli preclusivi-conformativi), posto che l'ex socio convenuto non era parte del processo conclusosi con la sentenza invocata, né all'efficacia di questa è comunque soggetto quale lo sarebbe – ad esempio – se lo si qualificasse successore universale o avente causa della società estinta (art. 2909 c.c.). Potrà però qui trovare applicazione la giurisprudenza in punto di rilevanza probatoria del giudicato formatosi in altro processo, secondo la quale “la sentenza civile può, oltre a produrre gli effetti propri del giudicato, anche avere la diversa efficacia di prova

⁴⁵² L'accertamento contenuto nella sentenza di condanna del debitore principale (società estinta) non potrà infatti essere opposto agli ex soci (fideiussori), quantomeno nel caso in esame dove questi non hanno preso parte al processo conclusosi, tra l'altro, con l'accertamento del diritto di credito dell'attore. Si v. sul punto G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, 1, diretto da P. Rescigno, Torino, 2007, 305-306, che – in tema di opponibilità al fideiussore degli effetti del giudicato di condanna ottenuto dal creditore nei confronti del debitore principale – sottolinea come “l'orientamento prevalente è nel senso che il giudicato di condanna ottenuto dal creditore nei confronti del solo debitore garantito non abbia effetto contro gli altri condebitori e, quindi, contro il fideiussore, poiché gli effetti del giudicato si producono esclusivamente fra le parti del giudizio, i loro eredi e aventi causa (artt. 1306 e 2909 c.c.)”. Proprio in ragione di ciò si ammette in dottrina (cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, cit., spec. 363) la chiamata in causa ex art. 106, parte prima, c.p.c. del condebitore solidale e così pure del fideiussore, anche senza svolgimento di apposita domanda nei loro confronti, al solo fine di estendere a questi l'accertamento del diritto di credito oggetto della domanda svolta nei confronti dell'altro condebitore o del debitore principale.

documentale in ordine alla situazione giuridica che formi oggetto dell'accertamento giudiziale; tale efficacia indiretta di prova documentale rispetto ai terzi che non furono parti nel giudizio può essere invocata da chi vi abbia interesse, spettando al giudice esaminare la sentenza prodotta a tale scopo e sottoporla alla sua libera valutazione, anche in relazione ad altri elementi di giudizio presenti in causa"⁴⁵³.

Le considerazioni svolte introducono un diverso tema, di cui conviene brevemente dare conto, ossia gli effetti dell'estinzione della società-parte sul processo esecutivo pendente. La questione trova invero già parziale risposta nelle conclusioni cui si è giunti in questo capitolo sia con riguardo alla sorte dei processi di cognizione pendenti al verificarsi dell'evento estintivo, sia – da ultimo – con riguardo all'(in)utilizzabilità del titolo esecutivo ottenuto dal creditore sociale nei confronti della società debitrice, volta che questa si sia estinta. Ancora una volta acquisisce rilievo determinante la tesi accolta in ordine alla posizione sostanziale e così pure a quella processuale degli ex soci. Se si ritiene che l'estinzione dell'ente determini l'operare dell'art. 110 c.p.c. (a prescindere qui sia dal fatto che ciò avvenga per successione universale o a titolo particolare, sia che alla successione nel processo faccia seguito, o meno, l'operare

⁴⁵³ Così Cass. 29 luglio 2003, n. 11682; in tal senso si v. anche Cass. 29 gennaio 2003, n. 1372 e Cass. 18 maggio 1999, n. 4821. In parte più complessa è invece la diversa questione degli effetti che nel procedimento reso pendente con domanda ex art. 2041 c.c. potrà avere la sentenza di rigetto della domanda di condanna all'adempimento della società, svolta dal creditore. In questo caso, infatti, se la società non fosse estinta, una nuova azione nei suoi confronti da parte del creditore sociale fondata sul medesimo diritto di credito già azionato ed accertato come inesistente violerebbe il fondamentale effetto del giudicato, ossia quello preclusivo (del *ne bis in idem*). Vi è però da chiedersi come tale sentenza – che accerta l'inesistenza del diritto di credito vantato (rigettando per ciò la domanda del creditore) – possa essere valorizzata dall'ex socio convenuto per il pagamento di quanto asseritamente senza causa percepito in sede di liquidazione. Escluso che possa qui operare il principio del *ne bis in idem* (che presuppone un'identità tra la nuova domanda e quella già decisa con efficacia di giudicato, e così identità di *petitum*, *causa petendi* e soggetti), deve ammettersi anche in questo caso che la sentenza non potrà che avere l'efficacia probatoria già descritta, e così concorrere per tale via al rigetto della domanda del creditore. Tuttavia una tale soluzione – necessitata, ci pare, dal sistema – mostra profili di criticità (al pari di quella che si deve accogliere con riferimento alla efficacia della sentenza di condanna della società), in ragione dell'esito del vaglio delle prove prodotte da parte del giudice del nuovo processo. Non può infatti escludersi, pur se davvero ci pare evenienza rara, che il giudice nuovamente adito con domanda ex art. 2041 c.c. ritenga insussistente il debito sociale (pur a fronte di una sentenza di condanna ottenuta dal creditore: sentenza che qui avrà mero valore probatorio, e così liberamente valutabile dal giudice), oppure lo ritenga invece sussistente nonostante un precedente giudicato di rigetto della domanda di condanna della società asserita debitrice. Il contrasto tra i giudicati che potrà così crearsi risulta meramente teorico (e non anche direttamente pratico); e tuttavia ci pare evidenziare un ulteriore elemento di problematicità della disciplina dettata dal legislatore della riforma del diritto societario, che si mostra inadeguata tanto alla tutela dei creditori sociali pretermessi dalla fase di liquidazione, quanto a quella degli ex soci della società ormai estintasi.

dell'istituto della interruzione di cui agli artt. 299 e ss. c.p.c.), anche il processo esecutivo potrà proseguire, al pari di quello di cognizione⁴⁵⁴. Diversamente, se si ritiene che non possa qui operare la disciplina della successione nel processo, per mancanza dell'essenziale presupposto della sussistenza di un successore universale, allora anche il processo esecutivo – al pari di quanto si è visto accadere per quello di cognizione – dovrà, preso atto del venir meno del debitore senza alcuna successione⁴⁵⁵, chiudersi in rito (per, anche qui crediamo, quella peculiare improcedibilità che si è vista).

⁴⁵⁴ Sull'operatività della successione nel processo ex art. 110 c.p.c. anche nel processo esecutivo di v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, 1993, 201 e ss.; nonché A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, cit., spec. 310 e ss., la quale peraltro avvisa che vi possono essere delle situazioni in cui l'applicazione dell'art. 110 c.p.c. "parrebbe far sì che il processo, continuando, non realizzi comunque il suo scopo". Ciò, in particolare, quando si tratti di esecuzione in forma specifica, ove gli eredi del *de cuius* non siano, ad esempio, nel possesso o nella detenzione dei beni che formano oggetto di consegna o rilascio.

⁴⁵⁵ In questo caso, infatti, e a prescindere dall'oggetto del processo esecutivo, non vi sarà spazio per l'operare dell'art. 110 c.p.c., non tanto perché una tale operatività risulterebbe comunque inutile (poiché il processo non consentirebbe al creditore procedente di giungere al risultato voluto, come può accadere anche nel caso in cui si ammetta il ricorrere di una ipotesi di successione nel processo: v. *retro* note al testo), quando perché – a monte – non potrà darsi alcuna successione nel processo (per quanto inutile), poiché qui manca un soggetto che possa qualificarsi successore processuale dell'ente estinto.

BIBLIOGRAFIA

PARTE I

CAPITOLO I

- E. BONELLI, *La consolidazione del patrimonio nell'unico azionista di una società anonima*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 609 e ss.;
- A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle Società*, Vol. II, Milano, 1948;
- M. BUSSOLETTI, *Procedimento sanzionatorio e vicende modificative dell'ente nella legge sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 139 e ss.;
- G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004;
- G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2006;
- A. CANDIAN, *Fusione di società commerciali*, in *Studi di diritto commerciali in onore di Cesare Vivante*, Vol. I, Roma, 1931;
- S. CASTAGNOLA, *Fonti e motivi del codice di commercio*, in Castagnola e Gianzana, *Nuovo codice di commercio italiano*, Torino, 1884;
- CASTAGNOLA-CONSOLO-MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, in specie ... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, in *Corr. Giur.*, 2011, 47 e ss.;
- M. CAVANNA, *Fusione e vocatio in ius dell'incorporata*, in *Giur. It.*, 2008, 2374 ss.;
- E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, in *Le Soc.*, 2006, 197 ss.;
- V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie ed interruzione del processo*, in *Banca e Borsa*, 2006, 491 e ss.;
- V. COLESANTI, *Ancora in tema di fusioni societarie ed interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 374 e ss.;
- C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed "estinzione" societaria, (a proposito di gradazioni sull' "immortalità")*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177 e ss.;
- G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987;
- L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1963;
- F. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, 2501 e ss.;
- D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1086 e ss.;
- D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;

- D. DALFINO, *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 91 ss.;
- M. DE NADAI, *La fusione per incorporazione dopo la riforma societaria: ancora effetti estintivi?*, in *Giur. comm.*, 2009, 681 e ss.;
- G. DE SEMO, *Sulla fusione delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1933, I, 1223 e ss.;
- O. DESIATO, *Fusione di società: l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite*, in www.judicium.it;
- G. DI GIOVANE, *Fusione. La natura giuridica e l'ambito di applicazione*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, Milano, 1999;
- F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi*, in *Le Società*, 2006, 464 e ss.;
- F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Corr. Giur.*, 2006, 469 e ss.;
- F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, V Ed., 1995, Torino;
- F. FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell'operazione non determina l'interruzione del processo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 199 e ss.;
- FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001;
- F. FERRARA JR, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962;
- G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936;
- G. FERRI JR e G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori, Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Vol. IV, diretto da P. Abadessa, G.B. Portale, Torino, 2007;
- P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Dir. comm.*, 1991, I, 1065 e ss.;
- A. FIORENTINO, *Sulla fusione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 645 e ss.;
- G. FRÈ, *Sul diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 762 e ss.;
- F. GALGANO, *Recensione a Carlo Santagata, La fusione tra società*, Morano, Napoli, 1964 in *Riv. dir. civ.*, 1967, 99 e ss.;
- F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 e ss.;
- F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969;
- F. GALGANO, *Diritto civile e Commerciale*, Vol. III, Tomo, II, Padova, 1994;
- C. GAMBA, *Fusione di società ed interruzione del processo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, 389 e ss.;
- C. GARUFI, *Natura innovativa e non retroattiva per l'art. 2504-bis c.c., come introdotto dal d. lgs. 6/2003*, in *Dir. e Giustizia*, 2010, 450 e ss.;

- N. GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIV, Milano, 1992;
- M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972;
- C. GIANNATTASIO, commento al *Libro V Tomo II (artt. 2325-2554)*, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da R. Nicolò-M. Stella Richter, Milano, 1969;
- F. GODIO, *L'interruzione da fusione, seppur "postumamente", rischia ancora di nuocere*, in *Corr. Giur.*, 2008, 1413 e ss.;
- P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959;
- F. GUERRERA, in *Diritto delle società di capitali, Manuale Breve*, N. Abriani et alt., Milano, 2003;
- L. LAMBERTINI, commento sub art. 2504-bis, in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, F. Abate et alt., ne *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003;
- S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, *Le Soc.*, 1986, 971 ss.;
- A. MACRÌ PELLIZZERI, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*, in *Vita notarile*, 2006, 133 e ss.;
- F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005;
- G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 1993;
- A. MARGHERI, in *Delle Società e delle Azioni commerciali*, Vol. IV, ne *Il Codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio – C. Vivante, Torino, 1929;
- F. MELONCELLI, *Fusione di società ed interruzione del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 795 e ss.;
- F. MELONCELLI, *La sorte della società fusa: estinzione, continuità o trasformazione? Tre problemi di metodo*, in *Corr. giur.*, 2007, 1257 ss.;
- F. MELONCELLI, *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, in *Corr. giur.* 2010, 1565 e ss.;
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, 558; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, IV ed., Napoli, 1964;
- S. MILANESI, *Fusione societarie e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 787 ss.;
- A. MORA, *Profili civilistici della responsabilità dell'ente dipendente da reato e vicende modificative dell'ente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1493 e ss.;
- U. MORERA, *Riflessioni intorno al procedimento di fusione tra società*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1985, 664 e ss.;
- U. NAVARRINI, in *Delle società e delle associazioni*, ne *Commento al Codice di Commercio*, Biblioteca giuridica contemporanea, Milano, 1924;

- G. OPPO, *La fusione e scissione delle società secondo il d. lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 501 e ss.;
- E. PAOLINI, *Estinzione della società per incorporazione e sorte del mandato "ad altri"*, in *Le Società*, 1994, 611 e ss.;
- M. PERRINO, commento sub art. 2504-bis, in *Società di capitali, commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004;
- B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 373 e ss.;
- RAGAZZONI, in *Giur. It.*, 1920, I, 1, 533 e ss.;
- A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 487 ss.;
- A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 587 e ss.;
- E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177 e ss.;
- R. RORDORF, commento sub art. 2501, in *Nuova Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, diretto da C. Ruperto-V. Sgroi, *Libro V, Tomo IV, artt. 2380-2554*, a cura di A. Ceccherini-R. Rordorf, Milano, 1994;
- C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 123 ss.;
- M.E. SALERNO, commento sub art. 2504-bis, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003.
- F. SANTAGATA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, in *Il giusto processo civile*, 2010, 577 ss.;
- C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Fusione e Scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004;
- C. SANTAGATA, *La fusione di società*, Napoli, 1964;
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto*, Napoli, 1966;
- A. SCIALOJA, nota a Corte di Appello di Napoli, *Foto It.*, 1911, I, 1417 e ss.;
- A. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, 1928;
- A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. XVII, Torino, 1985;
- C. SILVETTI, *Trasformazione e Fusione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Torino, 1973;
- E. SIMONETTO, *Delle Società (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969;
- E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle Società commerciali*, Vol. II, Torino, 1934;
- M. TAMBURINI, commento sub art. 2504-bis, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, IV;

- G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritti pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1985, Vol. VIII;
- E.A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2006, II, 228 e ss.;
- G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, Castellaccio, 1945;
- S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *Giur. Comm.*, 1996, 470 e ss.;
- E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, Milano, 1894;
- B. VISENTINI, *La fusione fra società*, Roma, 1942;
- C. VIVANTE, Commento a Corte di Appello di Genova, in *Foro It.*, 1894, I, 742 e ss.;
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, *Le società commerciali*, Milano, 1923

Capitolo II

- E. BIAMONTI, *Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società*, in *Foro It.*, 1951, I, 323 e ss.;
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951;
- F. CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 6 e ss.;
- F. CARNELUTTI, *In tema di estinzione delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1940, V, 25 e ss.;
- L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1963;
- F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, V Ed., Torino, 1995;
- G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936;
- F. FIMMANÒ-L. TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2003, 1339 e ss.;
- F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile*, A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 2006;
- F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005;
- G. MENOTTO DE FRANCESCO, voce *Estinzione delle persone giuridiche*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XII;
- R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVIII;
- C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 122 e ss.;
- C. SANTAGATA, *La fusione di società*, Napoli, 1964;
- C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Fusione e scissione*, VII, I, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2004;

A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 489 e ss.;

E. SIMONETTO, *Delle Società (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1969;

Capitolo III

V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1943;

G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010;

G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Bari, 2007;

G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, gli artt. 299 ss. c.p.c., Napoli, 2004;

C. CALVOSA, voce *Interruzione del processo civile*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1968;

F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939;

A. CAVALAGLIO, voce *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993;

M. CAVANNA, *Fusione e vocatio in ius dell'incorporata*, in *Giur. It.*, 2008, 2734 e ss.;

V. COLESANTI, *Notarelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 491 e ss.;

V. COLESANTI, *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 375 e ss.;

C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, Torino, 2010;

C. CONSOLO, *La fusione salva i processi: per le Sezioni unite le operazioni straordinarie non bloccano il procedimento*, articolo apparso ne *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2006;

C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed "estinzione" societaria (a proposito di gradazioni dell' "immortalità")*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 189 ss.;

G. COSTANTINO, *Il processo commerciale. Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di F. D'Alessandro, Padova, 2009;

D. CULOT, *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006;

A. D'ALESSIO, voce *Interruzione del processo*, in *Novissimo Dig. It.*, *Appendice*, Torino, 1957-75;

D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1806 e ss.;

D. DALFINO, *Sull'idoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 91 e ss.;

D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;

- O. DESIATO, *Fusione di società e interruzione del processo: gli ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Le Soc.*, 2009, 1426 e ss.,
- O. DESIATO, *Fusione di società: l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite*, in www.judicium.it,
- E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996;
- A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (di diritto processuale civile)*, in *Enc. del diritto*, XXII, Milano, 1972;
- C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953;
- A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983;
- F.P. LUIO, "Venir meno" della parte e successione nel processo, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 204 e ss.;
- F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2009;
- F.P. LUIO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. giuridica*, Vol. XXXV, Roma, 1993;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive*, Torino, 2002;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2009;
- R. MARENGO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. del diritto*, XLIII, Milano, 1990;
- A.M. MARZOCCO, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo: un risvolto processuale della nuova natura giuridica attribuita alla fusione*, www.judicium.it;
- F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 795;
- G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 3 ss.;
- S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 787 ss.;
- L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, Vol. III, Milano, 1905;
- N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964;
- E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939;
- E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 177 e ss.;
- A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 487 ss.;
- A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 587 e ss.;

- A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giuridica*, XIX;
- A SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981;
- L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 492 e ss.;
- F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte I e II, in *Il giusto processo civile*, 2010, 277 e ss. e 577 e ss.;
- S. SATTA, *Nazionalizzazione delle imprese elettriche ed interruzione del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 256 e ss.;
- S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959;
- S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1960;
- E.A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 228 e ss.;
- G. VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale*, Bologna, 2010;
- M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile, II, Del processo di cognizione*, Milano, 1946.

Parte II

Capitolo I

- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956;
- T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 244 e ss.;
- E. BIAMONTI, *Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società commerciali in liquidazione*, in *Foro It.*, 1951, I, 23 e ss.;
- V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003;
- G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007;
- A. CANDIAN, *Ancora sul fallimento di società disciolte*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 498 e ss.;
- F. CARNELUTTI, *In tema d'estinzione della società commerciale*, in *Foro It.*, 1940, V, 25 e ss.;
- M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Il Fall.*, 2010, 1401 e ss.;
- A. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993;
- E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal Registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2005, 765 e ss.;

- V. COSTI, *Estinzione delle società, esigenze del processo economico e politica dei giudici*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 401 e ss.;
- V. COSTI, *Natura giuridica del provvedimento di cancellazione delle società commerciali dal registro delle imprese*, in *Foro It.*, 1951, I, 674 e ss.;
- L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 803 e ss.;
- F. D'ALESSANDRO, *Società: Scioglimento e liquidazione*, in *Giur. di merito*, 1988, 438 e ss.;
- P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvivenze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione*, in *Le Soc.*, 2008, 896 e ss.;
- D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;
- D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1004 e ss.;
- M. DE ACUTIS, *Le Sezioni unite e il comma 2 dell'art. 2945 c.c., ovvero tra obiter dicta e contrasti (forse) soltanto apparenti*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, 260 e ss.;
- C. DE MARTINI, *Sull'estinzione della personalità giuridica delle società commerciali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, 104 e ss.;
- M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 151 e ss.;
- G. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, in *Foro It.*, 1939, I, 1320 e ss.;
- A. FIORENTINO, *Sullo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 368 e ss.;
- G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982;
- F. GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982;
- F. GALGANO, *Società per azioni*, Bologna, 1974;
- C. GLENDI, *Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario*, in *Riv. di giur. trib.*, 2010, 749 e ss.;
- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962;
- E.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984;
- M.C. LUPETTI, *Cancellazione dal Registro delle imprese e momento estintivo delle società di persone*, in *Le Soc.*, 2004, 469 e ss.;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2011;
- A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, 516 e ss.;

- U. NAVARRI, *Sugli effetti della "chiusura" della liquidazione*, in *Giur. It.*, I, 806 e ss.;
- G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004;
- M. PALANDRI, *Effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, 552 e ss.;
- P.P. PAPAEO, *Cancellazione di società dal registro delle imprese e tutela dei creditori sociali*, in *Le Soc.*, 2006, 1108 e ss.;
- A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954;
- M. PORZIO, *La cancellazione, ne Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abadessa – Portale, IV, Torino, 2004;
- C. PUNZI, *Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 274 e ss.;
- C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963;
- G. RACUGNO, *Brevi osservazioni in tema di estinzione delle società per azioni*, in *Giur. It.*, 1969, II, 715 e ss.;
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Una pronuncia della Consulta che completa l'orientamento interpretativo dell'art. 10 l. fall. in precedenza seguito dalla Corte costituzionale*, in *Dir. fall.*, 2001, II, 563 e ss.;
- V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, *Le Soc.*, 2008, 930 e ss.;
- F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo, Parte II*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 592 e ss.;
- A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 937 e ss.;
- M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss.;
- G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002;
- G. VERDE, *Diritto processuale civile, 2 Processo di cognizione*, Bologna, 2010;
- R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1610 e ss.;
- A. ZORZI, *Decorrenza e natura del termine annuale ex art. 10 l. fall. per l'imprenditore individuale*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 563;

Capitolo II

- A. ALBANESE, *Ingustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005;
- G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940;
- G. ARIETA-F. DE SANTIS-L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010;

- T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 244 e ss.;
- T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca e borsa*, 1952, I, 385;
- T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 245 e ss.;
- T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957 981 e ss.;
- F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964;
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990;
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Milano, 1959;
- A. BIAMONTI, *Questioni in tema di cancellazione della personalità giuridica delle società commerciali*, in *Foro It.*, 1951, I, 23 e ss.;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994;
- M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 206 e ss.;
- E.E. BONAVERA, *Sopravvenienze attive di società estinta in seguito alla cancellazione dal Registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2011, 271 e ss.;
- F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985;
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991;
- U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 2008;
- F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979;
- L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Parte I, Napoli, 1976;
- F. CARNELUTTI, *In tema di estinzione della società commerciale*, in *Foro It.*, 1940, V, 26 e ss.;
- A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948;
- A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Milano, 1961;
- E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2005, 765 e ss.;
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili generali*, Torino, 2010;
- V. CONTI, *Natura giuridica del provvedimento di cancellazione delle società commerciali dal registro delle imprese*, in *Foro pad.*, 1951, I, 673 e ss.;

- R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 258 e ss.;
- L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 803 e ss.;
- P. CRISCUOLI-G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, in *Giust. civ.*, 2011, 739 e ss.;
- P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvenienze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione*, *Le Soc.*, 2008, 895 e ss.;
- D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1004 e ss.;
- M. DE ACUTIS, *Solidarietà ed eadem causa in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 370 e ss.;
- F. DIMUNDO, commento sub art. 2495, ne AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003.;
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003;
- M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 151 e ss.;
- G. FERRI, commento sub art. 2280, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981;
- G. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, in *Foro It.*, 1939, I, 1320 e ss.;
- F. FIMMANÒ-L. TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in *Riv. not.*, 2004, I, 698 e ss.;
- G. FRÈ, *Della società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Torino-Roma, 1982;
- A. FUSI, *Estinzione delle società di persone, azioni giudiziarie e legittimazione degli ex soci*, in *Le Soc.*, 2011, 5 e ss.;
- M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965;
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968;
- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962;
- M. LIPARI, *L'eredità giacente*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova 1994;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2011;
- C.M. MAZZONI, *Specie di obbligazioni: solidali ed indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984;
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1946;

- G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1009 e ss.;
- A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 516 e ss.;
- G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado, Le impugnazioni*, Padova, 2009;
- E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti "private" delle obbligazioni*, in *Quaderni romani di diritto privato*, a cura di Angelici-Di Mjo-Ferri-Masi, Padova, 2000;
- U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano 1968;
- G. NICCOLINI, commento sub art. 2495, in *Società di Capitali, Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004;
- G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in AA. VV., *La Riforma delle società – Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003;
- G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 2000, 7, III, 245 e ss.;
- R. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1953;
- G. OPPO, *Forma e pubblicità delle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 168 e ss.;
- M. PALANDRI, *effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 551 e ss.;
- C. PAQUARIELLO, commento sub art. 2495, ne *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005;
- S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 2008;
- M. PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959;
- M. PORZIO, *La cancellazione*, ne *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007, IV;
- C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, Vol. I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010;
- D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1956;
- A. RUOTOLO, *Società cancellata dal registro delle imprese e sopravvenienze attive*, in AA. VV., *Consiglio nazionale del notariato. Studi e materiali*, Milano, 2006 1058 e ss.;
- V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, in *Le Soc.*, 2008, 929 e ss.;
- V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Le Soc.*, 2003, 382 e ss.;

- F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, II, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 597 e ss.;
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962;
- A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 937 e ss.;
- P. SCHELSINGER, voce *Arricchimento (Azione di)*, in *Novissimo Dig. It.*, Torino, 1958;
- P. SIRENA, commento sub art. 2041, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, 2009;
- M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 281 e ss.;
- M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss.;
- M. SPIOTTA, *Prescrizione dell'azione del creditore sociale insoddisfatto contro i soci della società estinta*, in *Giur. comm.*, 2004, 393 e ss.;
- M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2004, 823 e ss.;
- A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1899;
- G. SUCCI-M.M. PRATELLI, *Questioni in tema di riparto dell'attivo nella liquidazione di società di capitali*, in *Le Soc.*, 2004, 1229 e ss.;
- A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958;
- P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962;
- R. WEIGMANN, *Società con un solo socio*, in *Dig. disc. Priv. sez. comm.*, XIV, Torino, 1997;
- R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1618 e ss.;
- G. ZAGRA, *Effetti irreversibili della cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 355 e ss.;
- A. ZORZI, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2002, 91 e ss.;

Capitolo III

- E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935;
- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, *Del processo di cognizione*, Napoli, 1956;
- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957;
- V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979;

- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. I, Napoli, 1954;
- T. ASCARELLI, *Chiusura della liquidazione e diritti dei terzi*, *Foro It.*, 1937, I, 1544 e ss.;
- A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1999;
- G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2008;
- G.B. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2010;
- M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 203 e ss.;
- A. BONSIGNORI, *L'ultimo domicilio di cui all'art. 303, co. 2, c.p.c.*, in *Giur. It.*, 1970, I, 1, 1867 e ss.;
- G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, 1, diretto da P. Rescigno, Torino, 2007;
- M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 313 e ss.;
- P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, II, 1944;
- P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova;
- P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944;
- G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, gli artt. 299 e ss., Napoli, 2004;
- C. CALVOSA, voce *Interruzione del processo civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968;
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939;
- A. CARRATTA, ne *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2007;
- A. CAVALAGIO, voce *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, X, Torino, 1993;
- A. CERINO CANOVA, *Del procedimento davanti al Tribunale*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da A. Allorio, II, Torino, 1960;
- G. CHIOVENDA, *La condanna alle spese*, Roma, 1935, 267 e ss.;
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965;
- G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio jurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1930;
- C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ., e l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 265 e ss.;
- C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008;
- C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991;

- C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985;
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Profili Generali*, Torino, 2010;
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010;
- C. CONSOLO, *Cassazione senza rinvio e cessazione della materia del contendere: prospettive evolutive*, *Giur. It.*, 2001, 24 e ss.;
- C. CONSOLO, *Chiosa sulla natura della cassazione senza rinvio della sentenza che accolse domanda incorsa in cessazione della materia del contendere*, in *Corr. Giur.*, 1997, 899 e ss.;
- F. CORDOPATRI, *La cessazione della materia del contendere e la condanna alla rifusione delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 349 e ss.;
- F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003;
- D. CULOT, *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006;
- D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;
- D. DALFINO, *Le Sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1011 e ss.;
- F. DANOVI, *Il "venir meno" della parte nei giudizi di stato intrasmissibili*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 222 e ss.;
- C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953;
- G. DE LUCA, *Intrasmissibilità del diritto e successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 290 e ss.;
- V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 213 e ss.;
- G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972;
- M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1051, II, 151 e ss.;
- E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1979;
- A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo (di diritto processuale civile)*, in *Enc. del diritto*, XXII, Milano, 1972;
- E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 206 e ss.;
- R. GIORDANO, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Giur. di merito*, 2009, 7 e ss.;
- C. GLENDI, *Cancellazione della società, attività impositiva e processo tributario*, in *Giur. Trib.*, 2010, 749 e ss.;
- G. GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1997, 894 e ss.;

- S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 1991;
- G. LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1978, 1285 ss.;
- E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984;
- A. LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983;
- F.P. LUISO, "Venir meno" della parte e successione nel processo, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 204 e ss.;
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2009;
- F.P. LUISO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. giuridica*, Vol. XXXV, Roma, 1993;
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2009;
- F.P. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2011;
- C. MANDRIOLI, *Pregiudizialità della fattispecie estintiva delle società di capitali rispetto alle controversie debitorie con i terzi*, in *Giur. It.*, 1953, I, 893 e ss.;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2009;
- R. MARENGO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. del diritto*, XLIII, Milano, 1990;
- G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 3 e ss.;
- G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano, 1959;
- G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1009 e ss.;
- A. MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, 516 e ss.;
- L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 63 e ss.;
- F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disciplina giudiziaria: cessazione della materia del contendere e cassazione senza rinvio della sezione disciplinare*, in *Giust. civ.*, 2011, 912 e ss.;
- M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo secundum eventum litis*, in *Corr. Giur.*, 2010, 732 e ss.;
- G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in AA. VV., *La riforma delle società – Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003;
- R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970;
- R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977;

- L. PARRELLA, commento sub art. 2495, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003;
- C. PASQUARIELLO, commento sub art. 2495, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005;
- M. PEDOJA, *Fine della "immortalità": per le sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, in *Corr. Giur.*, 2010, 1013 e ss.;
- N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964;
- A. PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 655 e ss.;
- A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, Libro I, II;
- C. PUNZI, *Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 274 e ss.;
- C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963;
- E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957;
- E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni e regole*, Milano, 1995;
- U. ROMAGNOLI, voce *Successione nel processo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971;
- A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1989;
- A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981;
- V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione delle società*, in *Soc.*, 2003, 382 e ss.;
- L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 492 e ss.;
- F. SANTAGADA, *Fusione e cancellazione di società e vicende del processo*, parte II, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 577 e ss.;
- S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1960;
- S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000;
- A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001;
- A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione delle società*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 937 e ss.;
- M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 514 e ss.;
- M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 281 e ss.;
- M. TOGNARINI, *La nozione di "cessazione della materia del contendere" ed il relativo regime delle spese processuale*, in *Giur. Trib.*, 2010, 1039 e ss.;

R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, 1993, 201 e ss.;

G. VERDE, *Profili del processo civile, Parte generale*, Napoli, 1994;

G. VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale*, Bologna, 2010;

R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. It.*, 2010, 1616 e ss.;

E. ZANELLI, *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1964, 331 e ss.;