

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale
Fascicolo n. 4/2024

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

DIREZIONE SCIENTIFICA

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

COMITATO SCIENTIFICO

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallochio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventoruzzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

Quaderni di **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Guido Doria, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modifica o integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell'opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione, o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l'esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d'interesse che possano influenzare i risultati o l'interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all'Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo" ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell'interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' "embargo" entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo IV

Sommario

Sezione I – Dottrina

Profili del diritto societario della crisi

FABRIZIO GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi* 4

RAFFAELE DEL PORTO, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali nella giurisprudenza di legittimità più recente* 29

EDMONDO TOTA, *La fusione delle società come strumento di corporate rescue e la liquidazione giudiziale della società incorporata* 61

Sezione II – Giurisprudenza

Responsabilità solidale della società risultante da scissione per costi di ripristino ambientale - Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 29 luglio 2024 124

La Corte costituzionale si pronuncia sulla responsabilità dei revisori - Corte costituzionale, 01 luglio 2024 142

<i>Responsabilità degli amministratori di holding e revoca del conferimento di beni in trust - Tribunale di Siracusa, 06 febbraio 2024</i>	<i>157</i>
<i>La violazione dell'obbligo di predisporre adeguati assetti è più grave quando la società non si trova in crisi - Tribunale di Catanzaro, 06 febbraio 2024</i>	<i>181</i>
<i>Calcolo del danno in base al deficit, interruzione della prescrizione e sottrazione di beni - Tribunale di Torino, 29 marzo 2024</i>	<i>190</i>
<i>Gravi irregolarità gestorie: difetto del requisito di attualità, finalità strumentali e limiti della censura di inadeguatezza degli assetti - Tribunale di Brescia, 23 ottobre 2024</i>	<i>199</i>
<i>Socio dominante e direttore o amministratore di fatto? - Tribunale di Catanzaro, 16 ottobre 2024</i>	<i>211</i>

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo IV**

Sezione I - Dottrina

ASSETTI ORGANIZZATIVI DI GRUPPO E PREVENZIONE DELLE CRISI *

FABRIZIO GUERRERA

Sommario: 1. Principi e regole. – 2. Organizzazione e strutture aziendali. – 3. Rapporti infragruppo, esternalizzazione e accentramento di funzioni. – 4. Prevenzione e gestione delle crisi. – 5. Le responsabilità da inadeguatezza organizzativa.

Abstract: a più di vent'anni dalla Riforma del diritto societario, l'autore mette in luce alcuni tra i più importanti passaggi normativi effettuati dal legislatore nel tentativo di disciplinare i doveri e le responsabilità degli amministratori di società. In un secondo tempo, il saggio si presta all'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali in tema di assetti adeguati e di gestione amministrativa della crisi.

Parole Chiave: doveri degli amministratori, assetti adeguati, art. 2086 c.c., codice della crisi e dell'insolvenza, gestione della crisi.

Abstract: more than twenty years after the Italian Reform of corporate law, the author highlights some of the most significant legislative developments enacted by the legislator to define duties and liabilities of company directors. Subsequently, the essay analyzes certain judicial rulings about adequate arrangements and the administrative management of a crisis.

Keywords: directors' duties, adequate arrangements, Article 2086 of the Italian Civil Code, Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), crisis management.

* Lo scritto, sottoposto alla valutazione di un referee, è stato oggetto della Relazione al Convegno di Torino del 24 maggio 2024 «Dal Diritto Fallimentare al Diritto della Crisi - 100 anni della Rivista "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali" (1924-2024)». Il lavoro costituisce parte di un saggio più ampio, intitolato "*Assetti organizzativi di gruppo, forme di eterodirezione e regimi di responsabilità*" e pubblicato su *Riv. dir. soc.*, n. 2/2024, pagg. 205 ss.

1. Principi e regole

La dimensione “auto-regolamentare” e “organizzativa” del gruppo deve considerarsi espressione del profilo *normativo-programmatico* dell’attività di direzione e coordinamento della capogruppo. Essa caratterizza la disciplina dei gruppi di società sin dalla riforma del 2003 – ed anche precedentemente nei settori regolati –, ma ha preso corpo con lo sviluppo dei codici di *corporate governance* delle società quotate e della normativa speciale sui gruppi in materia bancaria, finanziaria e assicurativa¹.

La creazione di una “struttura di gruppo” attraverso l’esercizio effettivo dell’influenza dominante sulle società controllate è una scelta imprenditoriale libera e insindacabile del soggetto controllante. Non così la determinazione delle regole, modalità e contenuti del rapporto di gruppo, cioè del funzionamento di quella struttura, che soggiace a una valutazione di doverosità e di conformità alla legge e, tramite questa, ai principi della organizzazione aziendale. Specialmente nei gruppi a struttura accentrata (e anche prescindendo dalle discipline settoriali) l’eterodirezione assume carattere *sistematico* e quindi *doveroso*, poiché la gestione dell’impresa attraverso le controllate (art. 2428 c.c.) rientra fra i compiti degli amministratori della controllante².

Nelle società quotate, l’organo di amministrazione della controllante, oltre a stabilire le strategie della società e del gruppo ad essa facente capo e a monitorarne l’attuazione, “*definisce il sistema di governo societario della società e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*” (art. 1 Codice di corporate governance).

Autoregolamentazione, organizzazione e gestione del gruppo d’imprese sono facce di una stessa medaglia: la società capogruppo non potrebbe, infatti – o comunque non efficacemente e neanche legittimamente –, perseguire il proprio “disegno imprenditoriale unitario” tramite l’attività di direzione e

¹ Cfr. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 589 ss.; e già TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61; ID., *Poteri e doveri di una s.p.a. “di gruppo”*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 122; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 85 ss.

² GUERRERA, “*Compiti*” e responsabilità del socio di controllo, in questa *Rivista*, 2009, p. 510; SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società, in *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2011, pp. 579, 591; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d’impresa*, Milano, 2010, p. 349 s. E sul tema v. ora MARCHETTI, *Del dovere di direzione e coordinamento: l’approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1412.

coordinamento, là dove non approntasse un “assetto organizzativo adeguato” a livello di gruppo (artt. 2086, 2381, 2403 e 2497 c.c.), che coinvolga sia la controllante, sia le controllate³. L'autoregolamentazione e l'organizzazione costituiscono, in altri termini, espressione del “progetto di governo societario” che la società a vertice del gruppo *deve* adottare – al di là della disciplina speciale, che condiziona con questo strumento l'esplicazione dell'autonomia statutaria nei settori regolati⁴ – allo scopo di *razionalizzare* e di rendere più *trasparente* ed *efficiente* l'esercizio del potere di direzione unitaria nel perseguimento dei suoi obiettivi e dell'interesse di gruppo, che può considerarsi, a sua volta, la proiezione dell'interesse sociale della capogruppo in quanto tale⁵.

Spetta agli organi di governo della controllante definire, con i loro atti decisionali, negoziali e programmatici, l'*indirizzo imprenditoriale* cui gli

³ Cfr. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, cit., pp. 598, 609 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa*, 2010, I, p. 137; MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 737; IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni fra vecchie e nuove clausole generali*, in questa *Rivista*, 2011, p. 358. E sul tema v. più di recente AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016; POLICARO, *Il governo dei gruppi di società*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da Irrera, II ed., Torino, 2020, p. 711; CALLEGARI, *Gli assetti adeguati nei gruppi tra disciplina positiva ed autonomia privata*, in *Corporate governance*, 2022, p. 413; RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pisa, 2023, p. 57 ss.

⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi*, cit., p. 144 ss., 160 ss.; LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche*, in *Banca, borsa*, 2011, I, pp. 705, 710 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sui controlli interni della banche*, in *Banca, borsa*, 2014, I, p. 147; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo della società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa*, 2015, I, p. 707; in MINTO, *Il progetto di governo societario delle banche*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 663; STELLA RICHTER jr, *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 20.

⁵ Esso si identifica, perciò, con la massimizzazione del valore e della redditività delle partecipazioni possedute nelle controllate attraverso la gestione coordinata del gruppo e la direzione unitaria della(e) impresa(e) di gruppo: cfr. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, cit., p. 623 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, a cura di Sacchi, Milano, 2010, p. 125 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *La dialettica degli interessi nella disciplina della società per azioni*, a cura di Paciello, Napoli, 2011, p. 261 ss. Tale obiettivo sarà perseguito, beninteso, dalla capogruppo compatibilmente con il rispetto degli altri interessi coinvolti dall'attività: Il Codice di corporate governance definisce, infatti, il “successo sostenibile” come “l'obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società”.

amministratori e i dirigenti delle società controllate ed eterodirette dovranno uniformarsi e in vista del quale le funzioni aziendali e societarie dovranno svolgersi (aspetto gerarchico-gestorio). Ma agli stessi incombe anche la responsabilità di assicurare che quel disegno imprenditoriale unitario si realizzi ed espliciti con modalità efficienti, efficaci e rispettose degli interessi coinvolti, cioè tramite una *organizzazione appropriata*, in relazione alla strategia adottata a livello aziendale e di mercato (aspetto organizzativo-procedurale)⁶.

La società capogruppo, in quanto soggetto controllante esercente l'attività di direzione e coordinamento, è tenuta quindi a osservare il principio dettato dall'art. 2086 c.c. in materia di gestione dell'impresa, attuando il “*dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale*”⁷. D'altra parte – per così dire, complementariamente – lo stesso dovere incombe alle società controllate, che sono più o meno intensamente *eterodirette* dalla (quando non *integrate* sul piano aziendale con la) società controllante, in relazione alla posizione e al ruolo peculiare da esse ricoperti all'interno del gruppo (o dell'impresa di gruppo).

Il dovere degli organi sociali di istituire, valutare e controllare il funzionamento degli assetti organizzativi adeguati (artt. 2381 e 2403 c.c.) si connota, quindi, di particolari contenuti e declinazioni in funzione dell'appartenenza di *ciascuna* società al gruppo. Se, per un verso, il dovere della società dominante di curare il monitoraggio e la rendicontazione dell'andamento economico e del risultato della gestione operata anche tramite le imprese controllate (artt. 2381 e 2428 c.c.) esige l'implementazione dei flussi informativi e dei controlli sull'attuazione dei programmi, dei piani e delle direttive di gruppo; per altro verso, l'accentramento alla capogruppo o a una società del gruppo di alcune funzioni aziendali (per es., *compliance*, *antiriciclaggio*, *tax and legal*, *data protection*, ecc.) esime le società controllate dai relativi doveri organizzativi che altrimenti incontrerebbero.

In quest'ottica, si comprende il senso in cui la clausola generale di “*adeguatezza*” degli assetti organizzativi societari deve intendersi e applicarsi alla struttura di gruppo: guardando cioè, contemporaneamente, al coordinamento e all'interazione fra *diverse entità*, *figure organiche* e *funzioni aziendali*, e pertanto sostituendo a una visione *unipolare* dell'attività d'impresa

⁶ Cfr. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 3; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, ivi, p. 41.

⁷ Si vedano in tema gli scritti di Nigro, Ferri jr, Vattermoli, Santosuosso e Miola in AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020.

– per l’efficienza e la sicurezza della quale gli “assetti” sono istituiti – una visione *multipolare*, articolata e flessibile e, soprattutto, complessa.

L’autoregolamentazione e l’organizzazione “di gruppo” sono funzionali alla definizione e attuazione delle politiche d’impresa e delle direttive gestionali, nonché alla circolazione delle informazioni fra gli organi delle società del gruppo e i responsabili delle funzioni accentrate, alla pianificazione industriale ed economico-finanziaria, alla costruzione del sistema dei controlli interni, alla designazione dei dirigenti chiave, all’approvazione delle operazioni negoziali e riorganizzative di maggior rilievo, alle verifiche sull’attuazione di programmi e piani, sull’andamento economico e sull’equilibrio finanziario delle società controllate e ai relativi interventi di correzione: cioè, a quelle attività di indirizzo strategico, nonché di controllo, rimedio o risoluzione, in cui, nel gruppo gerarchico o accentrato, *deve* correttamente esplicarsi il potere di direzione e coordinamento.

Da ciò deriva l’*espansione delle competenze* – in una prospettiva di gruppo – degli organi, strutture ed uffici della controllante rispetto alle controllate⁸, con quel che ne consegue in punto di ampliamento dei doveri di direzione, monitoraggio, valutazione e intervento e, se del caso, di responsabilità da concorso qualificato nell’illecito degli organi delle seconde per eterodirezione illegittima (*infra*, § 7); al contempo, l’esigenza di *illustrare* e *comunicare*, nell’ambito dell’organismo imprenditoriale, le ragioni e gli obiettivi della politica di gruppo: in assenza di che, l’organo amministrativo delle controllate non potrebbe correttamente *motivare* o *resocontare* (art. 2497-ter e 2428 c.c.) le decisioni *condizionate* dalle scelte della controllante, né tantomeno concorrere proficuamente alla gestione unitaria della(e) impresa(e) di gruppo e al perseguimento dell’interesse di gruppo⁹.

I “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società controllate imposti dalla legge alla capogruppo (art. 2497 c.c.) non costituiscono, dunque, soltanto un contrappeso al potere di direzione e

⁸ Cfr. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, cit., p. 614 s.; è significativo che, nella dottrina tedesca, la riflessione sul diritto organizzativo dei gruppi si sia incentrato proprio sul contenuto “allargato” degli obblighi degli organi della capogruppo, intesi quale “organi di gruppo”: cfr. WIEDEMANN, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tu:bingen, 1988, p. 50 ss.; ID., *Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts*, in *GmbHR*, 2011, p. 1015; LUTTER, *Das unvollendete Konzernrecht*, in *Festschrift fu:r Karsten Schmidt*, Ko:ln, 2009, p. 1065, 1070 s.; ID., *Der Aufsichtsrat im Konzern*, in *AG*, 2006, p. 517 ss.

⁹ Cfr. ASSONIME, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo* (Circolare n. 44/2006), in *Riv. soc.*, 2006, p. 1097; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317; SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 757; GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo*, cit., p. 602.

coordinamento, ispirato al precetto della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) e finalizzato ad arginare e reprimere gli abusi della direzione unitaria in danno dei centri d'interesse "esterni" al soggetto controllante. Essi conformano e regolano *fisiologicamente* l'esercizio di quel potere, nel senso che traducono a livello di gruppo – e in particolare di relazioni organizzative infragruppo – il rispetto di quei principi di "corretta amministrazione"¹⁰, che si richiede agli amministratori di attuare diligentemente e al collegio sindacale di verificare (artt. 2392 e 2403 c.c.).

2. Organizzazione e strutture aziendali

La corretta osservanza delle regole tecniche dell'amministrazione societaria e aziendale si esplica, quindi, nel dovere degli organi della controllante, di elaborare e realizzare un'idonea "architettura organizzativa di gruppo", di adottare sistemi informativi, gestionali e contabili appropriati, di controllarne l'effettivo funzionamento e di agevolare l'attivazione del potere direttivo per correggere, all'occorrenza, le deviazioni e rimediare le criticità (economiche, finanziarie e non solo) che la gestione di gruppo può presentare. Questo intervento potrà poi, secondo i casi, rivestire carattere episodico o rappresentare l'attuazione di un programma fissato in un apposito atto autonormativo – tipicamente il "regolamento di gruppo"¹¹ – volto ad assicurare la stabilità, l'efficienza e la conformità della struttura di gruppo al disegno organizzativo, rispondendo quindi a criteri e linee d'azione predeterminati.

In questo quadro, la scelta degli strumenti e delle procedure adeguati alla natura, alle caratteristiche e alla dimensione dell'impresa, pur appartenendo alla competenza gestionale dell'organo amministrativo della capogruppo, rientra nell'area della *discrezionalità tecnica*, e non dovrebbe ritenersi perciò "coperta" dalla *Business Judgement Rule*, per lo meno non alla stregua di una qualsiasi

¹⁰ Cfr. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 81 ss.; MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione*, cit., p. 6 ss.

¹¹ Cfr. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa*, 2005, I, p. 86 ss.; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.; TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi d'impresa*, Studio CNN 248-2009/I; GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014, p. 1551 ss., ed ivi ampi riferimenti; CALLEGARI, *Gli assetti societari e i gruppi*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da Irrera, Torino, 2016, p. 585 ss.; RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, cit., 69 ss.; e, anche con riferimento al "contratto di coesione" nel gruppo bancario paritetico, RUGOLO, *La direzione unitaria nel gruppo cooperativo*, Torino, 2021, p. 104 ss.

altra decisione di affari¹². Per quest'aspetto, la decisione organizzativa degli amministratori sembra soggetta, cioè, a una valutazione di "diligenza professionale" e non di semplice "ragionevolezza", tanto più in relazione all'obiettivo di perseguire il "successo sostenibile".

Le scelte in tema di "assetti organizzativi di gruppo" non possono che essere *conseguenti* al disegno strategico della capogruppo, cioè *coerenti* e *proporzionali* rispetto ai piani e agli obiettivi aziendali e di mercato che, tramite l'attività di direzione e coordinamento, essa decide liberamente di perseguire¹³. Le decisioni d'impresa rappresentano, cioè, il *prius* logico e fattuale in relazione a cui valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo concretamente *stabilito* dagli amministratori della controllante e poi *realizzato* nella capogruppo e nelle controllate; e questo vale anche nell'ottica della loro eventuale responsabilità per inosservanza dei compiti organizzativi coessenziali all'istituzione e al funzionamento del gruppo.

Il razionale disegno e l'efficiente funzionamento dell'assetto organizzativo di gruppo implicano la circolazione delle informazioni in tutte le direzioni e l'adozione di strumenti appropriati di pianificazione e rilevazione contabile e di sistemi di prevenzione dei rischi (industriali, commerciali, legali, finanziari ecc.) tipici dell'attività esercitata. Essi assumono, perciò, importanza cruciale per la valutazione sull'*adeguatezza* degli assetti prescelti e, se del caso, sull'osservanza del principio di *corretta gestione societaria e imprenditoriale* della società controllante.

I moderni principi di organizzazione aziendale valorizzano – anche in virtù dell'evoluzione tecnologica dei sistemi informativi – in una prospettiva *forward looking*¹⁴ la pianificazione dell'attività, la previsione sull'andamento economico-finanziario, il monitoraggio degli obiettivi e la previsione di scenari futuri e dell'impatto delle avversità di mercato e dei contesti socio-politici ed economici sulla stabilità e redditività dell'impresa. Potrebbe considerarsi, quindi, *non correttamente* organizzata un'attività di direzione e coordinamento

¹² Cfr. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione*, cit., p. 15 ss.; ID., *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgement rule*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, p. 9 ss.; BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413.

¹³ Sul tema v. in generale DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 26 ss.; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., p. 53 ss.; RANALLI, *La declinazione degli assetti adeguati a prevedere la crisi e le tecniche di valutazione del rischio di crisi nel CCII*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1157; ACCIARO & ASSOCIATI, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, Rimini, 2023.

¹⁴ Cfr. RANALLI, *La declinazione degli assetti adeguati*, cit., p. 1158; BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa*, cit., p. 13 ss.

che prescindesse dall'utilizzo – da valutare secondo un criterio di coerenza e proporzionalità – degli strumenti di previsione, informazione, controllo e prevenzione dei rischi (non soltanto finanziari) incumbenti sul gruppo o sulle articolazioni di esso, che le scienze aziendali e la tecnologia mettono oggi a disposizione dell'impresa.

La gestione profittevole e responsabile, della società e del gruppo rappresenta un criterio ispiratore della direzione imprenditoriale logicamente prioritario rispetto alla prevenzione e tempestiva risoluzione delle situazioni di crisi, che la nuova legislazione proclama ed enfatizza. È evidente, infatti, che la redditività della gestione e l'incremento tendenziale dell'*enterprise value* della società nel lungo periodo, in un quadro di compatibilità con gli interessi di tutti gli *stakeholders*, implicano il suo equilibrio economico-finanziario e rappresentano, di per sé, la migliore garanzia di solvibilità per i creditori.

Il dovere degli organi sociali di istituire, valutare e controllare il funzionamento degli “assetti organizzativi adeguati” sussiste formalmente in relazione a ognuna delle società del gruppo, ma dipende poi, in concreto, dal disegno programmatico della capogruppo e, in particolare, dal *grado* e dalle *modalità di accentramento o di coordinamento delle attività*, dalle concrete esplicitazioni del potere di direzione unitaria, nonché dall'ordine gerarchico e dal sistema funzionale effettivamente istituiti, che caratterizzano l'organismo imprenditoriale.

Nel gruppo di società – come nella grande impresa – per una razionale organizzazione, si rende necessario coordinare, formalizzare e proceduralizzare molteplici decisioni e attività, che si svolgono a più livelli e in più ambiti, coinvolgendo diversi ordini di competenze e funzioni e sottraendosi, d'altra parte, alla possibilità di un controllo diretto e continuo degli organi sociali¹⁵. Ciò impone, appunto, l'adozione di una struttura managerializzata, con idonei organigrammi, funzionigrammi e sistemi informativi, e l'istituzione di processi organizzativi atti a renderla operativa (profilo statico), come pure l'attivazione di meccanismi di vigilanza, controllo e intervento sull'attuazione dell'assetto organizzativo prescelto (profilo dinamico).

Dipende poi dal disegno strategico della capogruppo quale grado di autonomia lasciare alle singole controllate, quali strutture e funzioni attivare

¹⁵ BIANCHI, *Il contenuto. Una visione d'insieme*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 147 ss.; BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi societari*, in *La Magistratura*, 2022, p. 7 ss.; TURCHI-VERNA, *L'assetto amministrativo: il suo concreto funzionamento*, in ACCIARO & ASSOCIATI, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, Rimini, 2023, p. 89 ss.

coerentemente all'interno di esse e quale elasticità assegnare ai rapporti organizzativi di gruppo, essendo possibile optare per diversi livelli e ambiti di accentramento funzionale, e quindi per conseguenti assetti organizzativi, non tutti, pertanto, egualmente razionali, economici ed efficienti: in una parola "adeguati".

In questa prospettiva, si possono trascurare – in quanto, per definizione, espressivi di un assetto inadeguato – i casi di accentramento completo di tutte le attività alla capogruppo, che decampano nell'abuso della struttura di gruppo e dell'autonomia soggettiva delle controllate, oltre che nella totale esautorazione dei loro organi o nella confusione dei patrimoni (dove la configurabilità di fattispecie patologiche come l'amministrazione di fatto, la holding tirannica o la supersocietà di fatto). Nondimeno, la morfologia della struttura organizzativa creata per la "gestione di gruppo" resta molto variegata e complessa, sicché l'applicazione della clausola generale di correttezza non può che rapportarsi alle scelte di volta in volta operate dagli organi sociali, in termini di coerenza, ragionevolezza e rispondenza alle regole tecniche.

Se l'accentramento alla capogruppo investe soltanto talune funzioni strategiche o di coordinamento (per es., finanza, pianificazione, marketing, ricerca e sviluppo, affari legali, ecc.), l'integrazione operativa fra le società risulterà limitata e l'assetto organizzativo di ognuna dovrà provvedere autonomamente – per le aree e funzioni non "coperte" dalle attività della capogruppo – sotto la responsabilità dei rispettivi organi di amministrazione e controllo; mentre i rapporti inter-societari saranno improntati allo schema tradizionale dell'esercizio limitato o episodico del potere di direzione unitaria attraverso direttive, autorizzazioni, raccomandazioni, istruzioni, circolari ecc. Se, invece, si tratta di un gruppo fortemente integrato – perché ciò è imposto dalle regole di settore oppure deriva dalle scelte organizzative della controllante –, si registrerà l'istituzione di vere e proprie funzioni aziendali "di gruppo" (per es., *compliance*, *internal auditing*, *risk management*, antiriciclaggio, approvvigionamenti, logistica, ecc.), connotate da una "operatività estesa" a tutte le società, le quali pertanto non avranno bisogno di provvedervi singolarmente.

Siffatte funzioni, tuttavia, incidono sulla distribuzione dei poteri e modificano la stessa configurazione dei rapporti gerarchici all'interno dell'impresa organizzata in forma societaria, e in particolare, di gruppo, istituendo nuove e diverse linee di riporto, comando e interazione. Pertanto, i compiti e le responsabilità dell'organo amministrativo e del management della capogruppo, come pure quelli delle società controllate, non potranno che essere coerenti con questo assetto, che abbisognerà di una organica (auto)regolamentazione su iniziativa della società esercente la direzione unitaria, onde evitare possibili incongruenze, disfunzionalità e conflitti derivanti

dalla sovrapposizione di ruoli o dalla contemporanea dipendenza dei responsabili da più centri di potere, con ripercussioni sui regimi di responsabilità individuale (v. *infra*, §§ 7-8).

Di qui, appunto, la necessità di adottare un regolamento o codice di governance “di gruppo”, idoneo a disciplinare formalmente l’esercizio del (e la soggezione al) potere di direzione unitaria e lo svolgimento delle relazioni infragruppo, individuando precisamente i centri di potere e di responsabilità, istituendo un sistema informativo condiviso e delineando le procedure decisionali, operative e di controllo, oltre che di intervento e rimedio. In tale contesto, le direttive adottate dalla capogruppo al fine di risolvere deviazioni o criticità di qualsiasi natura nella gestione delle controllate¹⁶, andranno scrutinate, dunque, non soltanto in relazione alle disposizioni di legge e alla clausola generale di correttezza, ma anche al tenore delle previsioni autoregolamentari e alla loro conforme applicazione, nell’eventuale giudizio di responsabilità.

3. Rapporti infragruppo, esternalizzazione e accentramento di funzioni

Oggetto di autoregolamentazione organizzativa della capogruppo saranno anche le procedure decisionali in tema di rapporti infragruppo e di accentramento di servizi, funzioni e segmenti della(e) impresa(e) di gruppo, rappresentando aspetti fortemente interconnessi della direzione unitaria, assolutamente cruciali nel moderno sistema di governo del gruppo di società.

Sul piano generale, deve osservarsi che le operazioni e i trasferimenti di risorse infragruppo, di cui si occupano, in diversa prospettiva, il diritto societario e contabile, la normativa sulle operazioni con parti correlate, il diritto tributario e la disciplina della crisi, sono fenomeni fisiologici dell’attività di direzione e coordinamento, che si realizza *anche* instaurando relazioni contrattuali (a condizioni non sempre “di mercato”) e determinando attribuzioni patrimoniali (prive di diretta contropartita) tra le società del gruppo o attuandone il riassetto organizzativo (a condizioni anche diverse da quelle negoziate fra società “indipendenti”)¹⁷.

Operazioni e trasferimenti di risorse infragruppo sono, infatti, oggetto o

¹⁶ Si pensi ad es. – oltre alla gestione delle crisi finanziarie, su cui v. *infra*, § 4 – alle misure c.d. di *self cleaning* necessarie a risolvere alcune situazioni di non affidabilità e d’incapacità a contrarre con la p.a., su cui v. art. 80 Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e art. 32, d.l. n. 90/2014; sul tema v. DE MURO, *Self cleaning e organizzazione dell’impresa societaria*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 874 ss.

¹⁷ Cfr. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo e “trasferimento di risorse” nei concordati e negli accordi di ristrutturazione e di risanamento di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, p. 92 ss.

risultato degli atti di indirizzo e di pianificazione della controllante, cioè della “politica di gruppo” in materia di allocazione delle risorse e di *risk management*, che danno vita all’*internal capital market* tipico dei gruppi di imprese¹⁸. Da esso deriva la possibilità, per un verso, di fenomeni di *tunneling* a danno dei soci “esterni” (operazioni in conflitto d’interesse o fenomeni di distrazione delle risorse e delle opportunità di affari); per altro verso, di divergenze in ordine alle direttive emanate o alle condizioni proposte dalla capogruppo, deliberando gli organi delle controllate (i quali aspirano a ottimizzare il loro trattamento nel contesto di gruppo) sotto la propria responsabilità, seppure – com’è stato da tempo chiarito – *non in autonomia*¹⁹.

Orbene, soprattutto nella regolazione dei rapporti infragruppo, l’esercizio dei poteri della controllante deve conformarsi al principio di corretta gestione societaria e imprenditoriale – da intendersi qui come principio di correttezza sia *sostanziale*, sia *procedurale* – che esige, appunto, un assetto organizzativo appropriato rispetto alla natura e all’entità dei rischi assunti. Ciò è indispensabile per assicurare il mantenimento dell’equilibrio economico-finanziario e dell’integrità patrimoniale, oltre che dell’autonoma profittabilità, almeno potenziale, delle società dipendenti, conservando ognuna la propria finalità lucrativa²⁰.

Al contempo, la corretta gestione di gruppo deve fare i conti con le esigenze di snellezza e semplificazione e con la discrezionalità spettante a chi esercita la direzione unitaria “nell’interesse imprenditoriale proprio” (art. 2497 c.c.): l’organizzazione di gruppo è, infatti, un sistema complesso, che, come tale,

¹⁸ Cfr. W.H. BEAVER-S. CASCINO-M. CORREIA-M.F. MCNICHOLS, *Bankruptcy in Groups*, Stanford University School of Business Research, Working Paper (2016); D. BUCHUK-B. LARRAIN-F. MUÑOZ-F. URZÚA, *The internal capital markets of business groups: Evidence from intra-group loans*, in 112 *Journal of Financial Economics* (2014), p. 190 ss.; T. KHANNA-Y. YAFEH, *Business groups and risk sharing around the world*, in 78 *The Journal of Business* (2005), p. 301 ss.

¹⁹ Cfr. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 106 ss., ove diffusi riferimenti dottrinali, a partire dal “classico” lavoro di MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 729.

²⁰ Cfr. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 636 ss.; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 830; P. MONTALENTI, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 62 ss.

implica dei “costi” da pagare. Nondimeno, obiettivo irrinunciabile²¹ resta quello di scongiurare abusi e atti illeciti che comportino ingiustificati spostamenti di ricchezza fra la controllante e le controllate (o tra queste “trasversalmente”), con *danno riflesso* per i rispettivi soci di minoranza e creditori, ovvero *ripercussioni lesive esterne*, frutto di una direzione unitaria che pregiudichi gli altri *stakeholders* delle società operative, portatori di interessi giuridicamente protetti (individuali, di categoria o diffusi), esponendo conseguentemente le controllate a misure interdittive, sanzioni amministrative, azioni risarcitorie, ecc.

Restando al tema dei rapporti *intercompany*, giova sottolineare che le società eterodirette non devono essere gravate di costi impropri – tanto più se non “inerenti” fiscalmente – o comunque iniqui e irragionevoli, mediante direttive e atti negoziali idonei a sottrarre ricchezza o liquidità a talune controllate o a instaurare relazioni e compiere operazioni non convenienti o contrarie all’interesse sociale delle stesse, in senso patrimoniale, reddituale o finanziario, tanto più in assenza della ragionevole previsione a loro favore di adeguati “vantaggi compensativi”.

Questo principio vale – com’è ovvio – anche per l’organizzazione, la regolamentazione e la prestazione di attività e servizi infragruppo, che comportano l’impiego di risorse umane, tecniche e finanziarie, meritevoli di essere correttamente remunerate o comunque compensate (profilo gestorio); e che determinano – specialmente quando riguardano segmenti funzionali importanti o essenziali dell’impresa – una peculiare conformazione dell’assetto organizzativo, la cui adeguatezza ed efficienza devono essere dapprima valutate e poi mantenute e assicurate a tutela dei diversi interessi coinvolti (profilo organizzativo).

L’operatività infragruppo è sicuramente la principale “chiave” dell’efficienza e delle sinergie dell’organismo imprenditoriale di gruppo. Entrambi i profili segnalati, tuttavia, richiedono per le società del gruppo – chiamate a prenderne atto e recepirla – un’appropriata autodisciplina, che riguarda, in particolare: (i) le *procedure decisionali* concernenti l’instaurazione del rapporto o il compimento dell’operazione, riguardante “parti correlate”; (ii) le *condizioni economiche* dello “scambio infragruppo”, che potrebbe comportare trasferimenti di risorse occulti o ingiustificati; (iii) le *condizioni normative*, idonee a prevenire gli effetti negativi delle vicende patologiche del rapporto; (iv) le *ricadute organizzative* di queste decisioni sull’assetto del gruppo. L’accentramento delle funzioni inerenti alla struttura di gruppo può realizzarsi, infatti, sia tramite atti unilaterali di regolamentazione della

²¹ V. in tal senso, ora, anche i *G20-OECD Principles of Corporate Governance* (2023), p. 19 ss., 28 ss.

capogruppo, sia tramite contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi e attività²².

L'esternalizzazione infragruppo non è, peraltro, un vero e proprio *outsourcing* – fattispecie considerata, in campo bancario e finanziario, soprattutto nell'ottica del presidio del rischio di affidamento a terzi, della capacità di controllo e della continuità operativa²³ –, ma costituisce (o aspira a essere) un sistema di allocazione razionale ed efficiente delle funzioni aziendali nell'ambito del gruppo. Essa dipende dal “progetto di governo societario” della controllante, la quale sceglierà di realizzare l'accentramento funzionale nella misura e con la modalità reputata congrua a ottimizzare la gestione coordinata del gruppo.

È chiaro dunque che, se pure convenzionalmente regolato, l'accentramento di funzioni aziendali e di segmenti dell'impresa di gruppo tramite *outsourcing* è oggetto non soltanto di un contratto *intercompany*, ma – innanzitutto – di una decisione “organizzativa”. La quale esige un procedimento articolato di valutazione, approvazione, gestione e controllo dell'attività esternalizzata, rispondente a un assetto organizzativo complessivamente “adeguato”, oltre che l'applicazione di un equo e ragionevole trattamento economico alle entità destinatarie del servizio fornito e, per ciò, sgravate dalla relativa funzione.

In questa prospettiva, la valutazione *delle ragioni e della convenienza* del rapporto o dell'operazione infragruppo (cfr. art. 2497-ter c.c. e art. 14 Reg. OPC) dovrà effettuarsi, sulla base delle informazioni e relazioni rese disponibili dalla capogruppo alle società eterodirette, con riguardo sia agli aspetti

²² Sono tuttavia evidenti, sotto il profilo delle condizioni di scambio e dell'adeguatezza organizzativa, le differenze tra: la prestazione in *outsourcing* di servizi “a basso valore aggiunto” (che, secondo la normativa OCSE, hanno natura di “supporto”, non richiedono beni immateriali essenziali e non comportano l'assunzione o il controllo di rischi rilevanti da parte del fornitore); l'affidamento alla capogruppo o a una società del gruppo di “funzioni essenziali o importanti” (richiamando la tassonomia delle Istruzioni di vigilanza di Bankitalia per i gruppi bancari); lo svolgimento di “attività d'indirizzo strategico e generale” che integrano l'esercizio stesso del potere di direzione e coordinamento, ma costituiscono anche attività *d'interesse comune* delle controllate (per es., pianificazione, governo dei rischi, reportistica, monitoraggio andamentale, marketing, relazioni esterne, controllo e prevenzione crisi, ecc.).

²³ Cfr. POLIZZI, *La regolamentazione sull'outsourcing negli intermediari bancari e finanziari*, in *L'Outsourcing nei servizi bancari e finanziari – La disciplina dell'esternalizzazione alla luce dei recenti interventi regolamentari (Linee guida EBA Febbraio 2019 ed aggiornamento Circolare 285 della Banca d'Italia)*, a cura di Casamassima e Nicotra, Padova, 2021; MICHELI-CUNIAL, *I presidi in materia di esternalizzazione nel quadro normativo di Solvency II*, in *dirittobancario.it*, marzo 2016; LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca, borsa*, 2016, I, p. 678; MAUGERI, *Esternalizzazione di funzioni aziendali e “integrità” organizzativa nelle imprese di investimento*, in *Banca, borsa*, 2010, p. 439.

economici (congruità dei compensi richiesti o dei costi ribaltati, entità dei risparmi realizzati e degli eventuali vantaggi compensativi), sia a quelli propriamente *organizzativi* (efficienza dell'accentramento di funzioni, indisponibilità di mezzi e risorse per lo svolgimento dell'attività delegata, conformazione a prescrizioni settoriali ecc.). Ai fini dell'applicazione della disciplina delle operazioni con parti correlate alle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio bisogna considerare, poi, l'ambito delle esenzioni riservate dalla singola procedura adottata alle operazioni, secondo l'art. 14 Reg. OPC, che prevede per questi rapporti infragruppo una speciale disciplina volta a semplificare e agevolare la gestione coordinata; tenendo conto, peraltro, del fatto che le previsioni in materia differiscono sensibilmente di società in società²⁴.

Un ragionamento analogo vale anche per le convenzioni e i rapporti di "tesoreria accentrata" (*cash pooling*) attraverso cui la capogruppo ottimizza la gestione dei flussi finanziari e della liquidità delle società del gruppo, tanto più alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia, che fissa le condizioni di liceità – di natura penale (artt. 2634 c.c. e 322 CCII), ma basate su presupposti civilistici – dei trasferimenti di risorse operati a questo titolo da una controllata a favore della controllante o di altra entità eterodiretta. La Corte di Cassazione, mutando il precedente indirizzo rigidamente negativo, ammette la legittimità dell'accentramento funzionale della "tesoreria di gruppo", ma a condizione che il rapporto finanziario infragruppo sia *regolarmente deliberato* dall'organo amministrativo delle società partecipanti, *organicamente disciplinato* da un contratto tra le medesime, che ne precisi termini e condizioni, e *correttamente eseguito*, anche sul piano dell'organizzazione amministrativa e contabile del gruppo²⁵.

²⁴ Mentre in alcuni casi si adotta un'esenzione generale, purché nelle società controllate o collegate non vi siano "interessi significativi" di altre parti correlate; in altri casi, si sceglie di disattivare l'esenzione e applicare la disciplina OPC quando l'operazione è di "maggiore rilevanza"; oppure si attribuisce all'esenzione portata circoscritta, applicando soltanto alcune "cautele istruttorie" (sicché l'operazione va sempre analizzata nelle sue caratteristiche e condizioni e per i suoi effetti economici e finanziari) e "prescrizioni informative" (per soddisfare l'esigenza di correttezza formale e sostanziale sottesa alla normativa); o ancora si limita l'esenzione ai casi di "accentramento funzionale" prescritto da speciali normative o agli "accordi di servizio infragruppo" già disciplinati in generale da un regolamento di gruppo o da una delibera-quadro e da una convenzione.

²⁵ Cfr. Cass. pen., 5 aprile 2018, n. 34457, che reputa necessaria una "*puntuale regolamentazione contrattuale*"; Cass. pen., 11 maggio 2023, n. 3288, che richiede "*una precostituita e trasparente gestione finanziaria accentrata*" e "*la vocazione funzionale di siffatta modalità di gestione alla massimizzazione della competitività delle società del gruppo*", precisando: "*ciò impone, da un lato, che se i trasferimenti infragruppo di denaro costituiscono modalità esecutive di un contratto, di tale negozio giuridico deve esservi adeguata traccia*".

4. Prevenzione e gestione delle crisi

Il *dovere* della capogruppo di provvedere all'istituzione di assetti organizzativi adeguati alla struttura di gruppo e, all'occorrenza, di attivarli nel *corretto* esercizio dell'attività di direzione e coordinamento riguarda anche la prevenzione e la gestione delle situazioni di crisi²⁶, che possono investire – più o meno diffusamente – le società del gruppo e causare un pregiudizio ai loro *stakeholders* (creditori, collaboratori, subfornitori ecc.). L'art. 3 CCII, nel ribadire la necessità di “*istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*” (comma 2), si cura di individuare con precisione gli obiettivi minimi idonei allo scopo²⁷.

documentale e dall'altro che siffatto accordo si iscriva all'interno della logica dei c.d. vantaggi compensativi, propria dell'operatività di un gruppo di imprese”, in IUS Societario, 29.09.2023, con nota di SANTORIELLO; Cass. pen., 23 giugno 2023, n. 39139, secondo cui “non integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale i pagamenti tra società infragruppo riconducibili all'operatività del contratto di cash pooling, purché i consigli di amministrazione delle società interessate abbiano deliberato il contenuto dell'accordo, definendone l'oggetto, la durata, i limiti di indebitamento, le aliquote relative agli interessi attivi e passivi e le commissioni applicabili”.

²⁶ Cfr. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 829; BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società del gruppo in crisi ricavabili dal sistema dell'allerta*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 715; FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2021, p. 744; PANZANI, *Codice della crisi e gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1330; ASSONIME, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi* (Circolare n. 27/2022), in *Riv. soc.*, 2022, p. 1384; ABRIANI, *La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, novembre 2022; NOSELOTTI-TOLOMEI, *Corporate governance. L'adeguatezza degli assetti aziendali alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. dott. comm.*, 2023, p. 283.

²⁷ Il comma 3 dell'art. 3 CCII stabilisce che “*al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2 ...*”; segue al comma 4 l'indicazione dettagliata dei “segnali” per la previsione della crisi d'impresa, riferiti ai debiti scaduti e diversificati per categorie di creditori. Sul tema v. RANALLI, *La declinazione degli assetti adeguati a prevedere la crisi e le tecniche di valutazione del rischio di crisi nel CCII*, cit.

Nell'ottica della prevenzione delle crisi, la legge pone, dunque, criteri precisi e stringenti ai quali parametrare – per lo svolgimento dei compiti deliberativi e di controllo, ma poi anche per la configurazione di eventuali violazioni e responsabilità²⁸ (*infra*, § 7) – la valutazione di “adeguatezza” degli assetti organizzativi. Non c'è dubbio che queste regole debbano applicarsi alla società capogruppo e alle società eterodirette, innanzitutto, con riguardo alla informazione economica, contabile e finanziaria e alla pianificazione dei flussi di cassa, così da istituire un efficace sistema di monitoraggio e prevenzione delle crisi *a livello consolidato*; in mancanza del quale il soggetto esercente la direzione unitaria non potrebbe, appunto, “*attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*” (art. 2086, comma 2, c.c.).

Questo problema è da tempo avvertito nella disciplina bancaria, che esige l'istituzione di un *Early Warning System*, volto a vigilare sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della banca e imperniato su indicatori di natura quali-quantitativa, selezionati per monitorarne il profilo di rischio in diversi ambiti (patrimonio, liquidità, *governance*, controlli interni, redditività, rischio creditizio ecc.)²⁹ e fornire gli elementi necessari agli interventi e alle misure sanzionatorie o di intervento e sostegno da parte della capogruppo. Ma l'impiego dei sistemi di “allerta precoce” – da realizzarsi con i dovuti adattamenti e nel rispetto dei principi di coerenza e proporzionalità – ha caratterizzato dall'inizio il Codice della crisi d'impresa³⁰, anche prima della

²⁸ V. in giurisprudenza Trib. Catanzaro, 6 febbraio 2024, in *IlCaso.it*; Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Dirittodellacrisi.it*; Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *IlCaso.it*; Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, p. 71.

²⁹ Cfr. EBA, *Guidelines on management of non-performing and forborne exposures – Final Report*, 2018; Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza per le banche* (Circolare Banca d'Italia, 17 dicembre 2013, n. 285 e successive modifiche e integrazioni), Parte I, Titolo III, Cap. 1 (“*Processo di controllo prudenziale*”); Parte I, Titolo IV, Cap. 6, Sezione III (“*Processo di gestione del rischio di liquidità*”) e Parte III, Capitolo 6, Sezione III (“*Gruppo bancario cooperativo – Contratto di coesione*”). In dottrina v. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 623, con particolare attenzione al governo del rischio e all'istituzione del *Risk Appetite Framework* (RAF). Per le società a controllo pubblico v. art. 6, comma 2, TUSP (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), che prevede, o, l'obbligo di predisporre “specifici programmi di valutazione del rischio aziendale” e di informarne l'assemblea attraverso la relazione sul governo societario.

³⁰ Cfr. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati*, cit., il quale sottolinea come “*the detection of crisis symptoms should be anticipated at the stage of the possibility of insolvency (early warning) and not limited to the phase of the probability of insolvency (twilight zone)*”. Nell'ottica dell'assistenza finanziaria delle banche, AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge*, in *Assetti aziendali, crisi d'impresa e*

novella del 2022 con cui si è data attuazione alla direttiva UE 2019/1023, che ha previsto gli *early warning tools* essenzialmente in chiave di segnalazione al debitore (art. 3, par. 2).

L'organizzazione del gruppo non riguarda, quindi, solo la trasmissione e il recepimento delle direttive gestionali, ma si estende ai flussi informativi (ascendenti e discendenti), ai compiti "ampliati" degli organi amministrativi e di controllo della capogruppo e al monitoraggio della situazione patrimoniale e finanziaria di tutte le società del gruppo. Essendo l'organismo imprenditoriale di gruppo caratterizzato da intensi rapporti *intercompany* (commerciali, finanziari, di garanzia) e spesso anche dall'istituzione di un sistema di "tesoreria accentrata" – da ritenersi, come si è detto, legittimo e penalmente lecito³¹, in quanto correttamente deliberato, disciplinato, organizzato ed eseguito – l'integrazione funzionale e operativa delle attività d'impresa e delle risorse liquide accentua il rischio di una propagazione della crisi e dell'insolvenza.

Occorre, pertanto, che nelle società del gruppo e, in primo luogo nella capogruppo, siano istituite procedure idonee a consentire e agevolare la precisa individuazione di funzioni, compiti e responsabilità, l'assunzione delle decisioni da parte dei dirigenti preposti, la circolazione completa, tempestiva e attendibile delle informazioni, la diffusione delle direttive e delle procedure aziendali, la valutazione e gestione dei principali rischi, il coordinamento del sistema di controllo, la redazione di report periodici, la previsione dei fabbisogni di liquidità, ecc.³². In modo tale da assicurare che ogni società si doti di procedure *uniformi* e generi flussi informativi *omogenei*, idonei a monitorarne

responsabilità della banca, a cura di Stefano Ambrosini, Pisa 2023, p. 1 ss.; e con riferimento ai gruppi ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso-Panzani, II, Milano, 2016, p. 3034 ss.;

³¹ V. sul punto la giurisprudenza citata *supra*, § 3, nt. 25, cui *adde* Cass. pen., 1° marzo 2019, n. 22860, la quale, con riferimento al caso in cui la società depauperata dal trasferimento finanziario infragruppo si trovi in stato di crisi, sottolinea la necessità – perché non si configuri una bancarotta per distrazione – di una "garanzia di restituzione dei valori trasferiti" e di un "credibile programma di riassetto del gruppo", precisando altresì – a riprova dell'essenzialità dei profili di organizzazione e pianificazione del rapporto infragruppo – che "non vale ad escludere la natura distrattiva dell'operazione la responsabilità della controllante per i debiti della controllata, delineata dall'art. 2497 c.c., determinandosi comunque una maggiore difficoltà per i creditori della fallita, tenuti a rivalersi nei confronti di un ente diverso da quello con il quale hanno instaurato rapporti commerciali".

³² Cfr. BIANCHI, *Le procedure aziendali*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 181; BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa*, cit., p. 13 ss.; TURCHI-VERNA, *L'assetto amministrativo: il suo concreto funzionamento*, in ACCIARO & ASSOCIATI, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, Rimini, 2023, p. 89 ss.

la situazione per le singole imprese e per il gruppo nel suo complesso, e che la capogruppo sia in grado di adottare o indirizzare gli interventi correttivi o risolutivi appropriati, fermo restando il dovere degli organi della controllata di agire in autonomia, nel caso di sua inerzia.

Il dovere della controllante, in quanto impresa capogruppo, di attivarsi per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale non comprende o implica, beninteso, un incondizionato dovere di intervento, in forma di salvataggio o rifinanziamento o ricapitalizzazione delle imprese in stato di crisi o insolvenza³³.

Deve essere, tuttavia, adeguatamente valutato e fronteggiato il rischio sistemico cui il gruppo può restare esposto in caso di "abbandono" della controllata. Ricorre di norma, infatti, un interesse di gruppo a evitare il "contagio" o anche soltanto le perdite economiche determinate (per la holding e le altre società del gruppo) dalla maggior difficoltà di recupero dei crediti, dall'escussione delle garanzie concesse, dalla svalutazione degli *asset* e delle partecipazioni, ecc., nonché a intervenire per ristorare le controllate danneggiate da atti di direzione e coordinamento, onde evitare successive azioni risarcitorie da abuso della direzione unitaria³⁴.

Ciò comporta che, in caso di crisi di una società controllata, la capogruppo deve ponderare tutte le circostanze rilevanti e, promuoverne, ove possibile, il risanamento o, in caso contrario, disporne e attuarne comunque una "liquidazione ordinata". Essa non potrebbe, viceversa, disinteressarsene, confidando semplicemente nella autonomia soggettiva e patrimoniale delle imprese sottoposte alla sua eterodirezione. In tal senso, depone anche

³³ Cfr. GUERRERA, *La regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 1318. Da segnalare la *Sect. 15.15 dell'EMCA (European Model Companies Act)* che disegna i presupposti della *Parent Liability*: "Whenever a subsidiary company, which has been managed according to instructions issued by its parents in the interest of the group, has no reasonable prospect, by means of its own resources, of avoiding a winding-up (crisis point), the parent company is obliged without delay to effect a fundamental restructuring of the subsidiary or to initiate its winding-up procedure". V. pure ASSONIME, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi*, cit., p. 1401 ss., sulla scia di TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale"*, cit., p. 631.

³⁴ Cfr. ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., p. 3032 s., i quali sottolineano l'importanza di una valutazione complessiva della situazione finanziaria e della continuità dell'impresa di gruppo, richiamando anche gli studi di TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri "corretta gestione e societaria"*, cit., e di SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e "teoria dei vantaggi compensativi"*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 211 ss.; GUERRERA, *La regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, cit., p. 1319; ID., *Atti, contratti, operazioni infragruppo e "trasferimento di risorse"*, cit., p. 106.

l'evoluzione giurisprudenziale circa il modo di intendere, in questa materia, il principio di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società controllate (art. 2497 c.c.)³⁵, la quale dovrebbe propiziare, peraltro, il superamento di una considerazione – finora essenzialmente “atomistica” – dello squilibrio patrimoniale e finanziario della società “dipendente” ai fini dell'accertamento del suo stato d'insolvenza³⁶.

Vista in positivo, d'altra parte, l'attività di direzione e coordinamento della controllante implica l'espletamento di un ruolo decisionale strategico nella gestione “unitaria e coordinata” della crisi del gruppo (o di alcune delle società del gruppo) e nella pianificazione complessiva della sua soluzione, al fine di realizzare, direttamente o indirettamente, sinergie e utilità per alcune o tutte le imprese del gruppo.

V'è, infatti, la possibilità che le soluzioni negoziali regolatorie della crisi di gruppo generino un plusvalore o limitino le perdite, anche nel senso della riduzione delle minusvalenze sui cespiti da liquidare, e producano economie di spese di procedura, assistenza e consulenza; il che risponde senz'altro all'interesse della capogruppo “in quanto tale”, cioè all'interesse di gruppo e, di

³⁵ Cfr. Cass., 11 maggio 2022, n. 14876, in motivazione (§ 2.2): “(...) ‘danno’ per i creditori è il non poter essere pagati, a cagione del pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale, causato dalla capogruppo. All'art. 2497 c.c., laddove menziona il necessario rispetto, ad opera della capogruppo, dei ‘principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società’, può ricondursi il principio onde è imposto ad essa di preservare l'equilibrio finanziario dell'impresa e l'integrità del suo patrimonio, a tutela del ceto dei creditori, volontari ed involontari, dell'impresa stessa, e quello che impone di gestire l'impresa in maniera tale da salvaguardarne la capacità di esistenza autonoma in un contesto di mercato concorrenziale” (enfasi aggiunta).

³⁶ Cfr. Cass., 21 aprile 2011, n. 9260, in motivazione (§ 3.1), là dove richiama: “l'orientamento (Cass. n. 23344/2010), secondo cui, ‘ai fini della dichiarazione di fallimento di una società, che sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società holding, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il patrimonio soltanto dei propri debiti’. La ricorrente, laddove contesta l'apprezzamento sul suo stato d'insolvenza, adducendo la specialità dell'attività esercitata, la sua partecipazione al gruppo controllato da (...) e le specifiche iniziative assunte da quest'ultima, richiamando le operazioni infragruppo che ne attesterebbero il sostegno finanziario fornito, prospetta in jure una semplificazione di questi interventi per sostenere l'unificazione della sua condizione e di quella della holding, secondo una logica infragruppo unitaria, che annullando le manifestazioni della sua autonomia patrimoniale, in quanto controllata o eterodiretta, annullerebbero, per inevitabile corollario, gli effetti sul piano dell'insolvenza patrimoniale, in quanto controllata o eterodiretta, annullerebbero, per inevitabile corollario, gli effetti sul piano dell'insolvenza. Propugna soluzione che, corretta in chiave economica ed aziendalistica, non è tuttavia legittimata in chiave giuridica”.

riflesso, a quello dei creditori delle società in crisi. L'art. 284, comma 5, CCII conforta questa prospettiva, poiché esige – per tutti gli strumenti di regolazione negoziale – l'attestazione delle ragioni di maggior convenienza del piano di gruppo e dei benefici stimati, in che consiste il miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese.

Il ruolo decisionale strategico della controllante è accentuato anche dalla previsione della possibilità di operazioni e trasferimenti di risorse infragruppo a servizio del concordato, del piano di ristrutturazione o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 285, comma 2, CCII). Essa, da un lato, pone un problema di “distribuzione interna” del plusvalore originato dal risanamento del gruppo (di cui occorre definire un ragionevole criterio); dall'altro, prospetta un rischio di trasferimenti ingiustificati o non proporzionati di ricchezza tra le masse patrimoniali “autonome” delle società coinvolte, con conseguente pregiudizio dei creditori e dei soci esterni, che va affrontato nell'ambito di un progetto unitario di ristrutturazione.

Quale che sia la fonte negoziale (garanzia, finanziamento, cessione di beni o servizi, accollo, rinuncia ecc.) o societaria (operazioni sul capitale o straordinarie)³⁷ del trasferimento di risorse infragruppo, ogni problema o rischio si risolve ove esso risulti *pianificato* e, al contempo, *giustificato* dalla partecipazione della singola entità al programma di risanamento del gruppo. In questa ipotesi, infatti, la causa dello spostamento patrimoniale e della conseguenziale variazione della responsabilità patrimoniale della società debitrice risiederà, per il suo più rilevante aspetto, “a monte” dell'atto traslativo (inteso, ovviamente, in senso atecnico), cioè nella partecipazione al progetto di riequilibrio economico-finanziario promosso dalla società esercente l'attività di direzione e coordinamento³⁸.

Deve considerarsi, inoltre, l'opportunità, e talora la necessità del coinvolgimento delle società “sane” del gruppo, propiziato, appunto, dalla “regia” della capogruppo, le quali non accedono formalmente alla procedura di crisi, ma potrebbero dare un sostegno determinante alla sua soluzione e concorrere alla proposta rivolta ai creditori³⁹.

³⁷ In tema v. *Le operazioni sul capitale e straordinarie “con parti correlate”*: aspetti sostanziali e procedurali, in *RDS*, 2022, 13 ss., nonché in *Governance e mercati*, Studi in onore di Paolo Montalenti, a cura di Callegari, Cerrato e Desana, Torino, 2022, II, 1505 ss.

³⁸ Cfr. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo e “trasferimento di risorse”*, cit., 116 s.

³⁹ Cfr. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo e “trasferimento di risorse”*, cit., p. 101; BOGGIO, *Partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo*, in *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, a cura di Rescio-Speranzin, Torino, 2020, p. 295; VANETTI, *Il*

In ogni caso, sia la proposta di “composizione negoziata della crisi” ex art. 25 CCII, sia l’accesso a uno strumento unitario di regolazione della crisi presuppongono l’adozione, a monte, di una decisione della capogruppo condivisa o recepita (e comunque assunta) da ciascuna delle società del gruppo. L’atto potrebbe essere previsto e disciplinato, sotto il profilo delle regole di competenza e del procedimento decisionale dallo statuto o dal regolamento di gruppo, ferma restando la necessità di una distinta deliberazione da parte di ogni società. Non sembra peraltro necessario, al fine di perseguire una soluzione negoziale “unitaria” della crisi del gruppo, il conferimento di un mandato alla *holding*, né tantomeno la stipula di un contratto tra le imprese ad esso appartenenti.

Altro discorso è quello concernente l’eventuale accordo di regolamentazione sostanziale dei rapporti economico-finanziari sottostanti al piano (o ai piani collegati) di gruppo, che potrà e dovrà riguardare la previsione degli eventuali vantaggi compensativi (art. 285, commi 2 e 5, CCII). Per quest’aspetto, un modello di riferimento può rintracciarsi nell’art. 69-*duodecies* t.u.b., che prevede la possibilità di concludere – se pure, in quel contesto, *preventivamente* – accordi di “sostegno finanziario di gruppo”⁴⁰.

5. Le responsabilità da inadeguatezza organizzativa

Da quanto sin qui esposto e argomentato si ricava agevolmente che, in corrispondenza dei doveri e dei compiti “organizzativi” assegnati alla capogruppo⁴¹ e in conseguenza della loro eventuale violazione, incombono alla stessa e agli organi di amministrazione e controllo – oltre che, ricorrendone i presupposti, alle stesse società eterodirette – altrettante responsabilità

concordato di gruppo nel codice della crisi d’impresa, ivi, p. 250; RICCIARDELLO, Il nuovo concordato preventivo di gruppo tra autonomia delle masse e interconnessione finanziaria, in Le crisi d’impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021, a cura di Ambrosini, Bologna, 2021, p. 788; ABRIANI, La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell’insolvenza, cit., p. 28 ss.

⁴⁰ I “piani di risanamento di gruppo” sono previsti dagli artt. 69-*quinquies* e 159-*bis* t.u.b., introdotti dal d.lgs. n. 181/2015 in attuazione della Direttiva *BRR*. Nella disciplina delle crisi (Titolo IV – “Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa”), essi svolgono tuttavia una funzione diversa, cioè “anticipatoria”, collegata agli *stress test*, poiché predispongono presidi e programmi d’azione per la gestione della crisi bancaria *prima* che questa si manifesti: sono cioè *adottati preventivamente* dalle banche interessate, valutati dalla Banca d’Italia e solo dopo, ricorrendone le circostanze, *attuati* sotto la vigilanza o per impulso di essa (artt. 69-*octies* e 69-*noviesdecies* t.u.b.). In tema v. MARRA, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo ex artt. 69-duodecies ss. t.u.b.*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2020, p. 231.

⁴¹ Si vedano i contributi citati *supra*, § 1, nt. 2.

contrattuali ed extracontrattuali, le quali si irradiano in tutte le direzioni e in tutti i campi in cui l'attività d'impresa rischia di entrare in collisione con gli interessi giuridicamente protetti dall'ordinamento, all'interno e all'esterno del gruppo.

È chiaro che, per mettere capo a un'obbligazione risarcitoria, la "colpa organizzativa" della capogruppo (che include, ovviamente, l'ipotesi limite della mancata istituzione di *qualsiasi* sistema o presidio)⁴², oltre a integrare un pericolo, un inadempimento ed eventualmente una "grave irregolarità" degli organi sociali, deve determinare un danno risarcibile, secondo un rapporto di causalità adeguata.

Questo pregiudizio, però, non deriva potenzialmente soltanto dalla violazione dei doveri di prevenzione della crisi, coincidendo allora tendenzialmente con la lesione dei creditori della controllata per effetto del c.d. *wrongful trading*⁴³ o dall'incapienza patrimoniale causata da atti illegittimi, cioè dalle situazioni presidiate dalle norme degli artt. 2394, 2476, comma 6 e 2497 c.c. e dai relativi rimedi risarcitori.

Il danno prodotto dalla "inadeguatezza organizzativa" può consistere anche in perdite o mancati guadagni localizzati in alcune entità del gruppo, privi di ripercussioni esterne, derivanti da mancata *compliance* o dall'assunzione (seppure inconsapevole) di rischi eccessivi o non presidiati idoneamente⁴⁴:

⁴² Per una riflessione generale sul tema v. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, pp. 955, 990 ss. ove diffusi richiami bibliografici cui si rinvia. Sui criteri d'imputazione della responsabilità da inadeguatezza degli assetti si vedano gli scritti di Montalenti e Benedetti, citati *supra*, § 2, nt. 12, nonché PANZANI, *Codice della crisi e gruppi di società*, cit., p. 1348; AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti aziendali, doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della crisi*, in *Governance e mercati, Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di Callegari, Cerrato e Desana, III, Torino, 2022, pp. 1703 ss.

⁴³ V. l'art. 2486 novellato dall'art. 378 CCII. In dottrina sul tema cfr. MACARIO, *Il nuovo art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *Dirittodellacrisi*, 26 maggio 2022, § 5; BARCELLONA, *Business judgement rule e interesse sociale nella "crisi". L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, p. 999; SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, *ivi*, p. 1031.

⁴⁴ Cfr. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 728; LATELLA, *"Sistema" dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Torino, 2018. Si veda anche l'art. 6 Codice di corporate governance ("Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi"): Principi XVIII. *Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è costituito dall'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della*

rischi “da disinformazione”, in assenza di un idoneo sistema di flussi informativi, e, in generale, “da disorganizzazione”, in assenza di un sistema adeguato di governo, direzione e controllo interno.

In questi casi, il ristoro del pregiudizio sarà perseguito con l’azione sociale di responsabilità, esercitata contro gli amministratori e i sindaci della società eterodiretta anche in via derivativa (artt. 2393, 2393-*bis*, 2476 c.c.) e sarà suscettibile di estendersi, in date situazioni, alla capogruppo, quale soggetto concorrente nella violazione degli organi della controllata (artt. 2055 c.c. e 41 c.p.), ove il deficit organizzativo si debba ascrivere in primo luogo a costoro. Al riguardo, giova segnalare come la giurisprudenza penale affermi che, nel gruppo di società – in difetto di adozione dei modelli organizzativi previsti – la sanzione ex d.lgs. n. 231/2001 vada irrogata a carico della società capogruppo, anche se il reato presupposto è stato commesso nell’ambito dell’attività esercitata da una società controllata, quando nella sua consumazione concorra una persona fisica (esponente apicale o dipendente) la quale agisca “per conto” della capogruppo, perseguendo anche l’interesse di quest’ultima⁴⁵.

In linea generale, deve rammentarsi che la controllante è legittimata

società. XIX. L’organo di amministrazione definisce le linee di indirizzo del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in coerenza con le strategie della società e ne valuta annualmente l’adeguatezza e l’efficacia. XX. L’organo di amministrazione definisce i principi che riguardano il coordinamento e i flussi informativi tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi al fine di massimizzare l’efficienza del sistema stesso, ridurre le duplicazioni di attività e garantire un’efficace svolgimento dei compiti propri dell’organo di controllo.

⁴⁵ Cfr. Cass. penale, 27 settembre 2016, n. 52316, in *Ilpenalista.it*, 2017 (nota di Santoriello): “È ammissibile una responsabilità, ai sensi d.lg. 231 del 2001, della società capogruppo per reati commessi nell’ambito dell’attività delle società da essa controllate a condizione che a) il soggetto che agisce per conto della holding concorra con il soggetto che commette il reato per conto della persona giuridica controllata; b) possa ritenersi che la holding abbia ricevuto un concreto vantaggio o perseguito un effettivo interesse a mezzo del reato commesso nell’ambito dell’attività svolta da altra società”; Cass. penale, 19 maggio 2016, n. 31210: “In tema di responsabilità da reato dell’ente in conseguenza della commissione dei reati di omicidio colposo o di lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (...), ricorre il requisito dell’interesse dell’ente quando la persona fisica (...) ha consapevolmente agito allo scopo di far conseguire un’utilità alla persona giuridica; ciò accade, ad esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l’esito, non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d’impresa (...). Ricorre, invece, il requisito del vantaggio per l’ente quando la persona fisica, agendo per conto dell’ente (...), ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica d’impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo una riduzione dei costi e un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto”; analogamente, Cass. penale, sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

passivamente rispetto alle azioni di danno da esercizio scorretto del potere di eterodirezione promosse dalla controllata⁴⁶ e che la condotta lesiva della prima può integrarsi con le violazioni commesse dagli organi delle società dipendenti in danno delle stesse, determinando un “cumulo” di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale, che è riconosciuto in linea generale dalla giurisprudenza⁴⁷ (ammesso che la responsabilità da eterodirezione possa ricondursi ancora al precetto del *neminem laedere*⁴⁸, a fronte dell’evoluzione della disciplina del gruppo e del proliferare di compiti e doveri della capogruppo, anche nel diritto comune). Il ristoro del danno riflesso arrecato al socio “esterno” da tali condotte o situazioni potrà essere perseguito, a sua volta, con l’azione “individuale” *ex art. 2497 c.c.*, che non esclude peraltro la corresponsabilità di quanti, anche operando in posizione organica, abbiano preso parte al fatto lesivo o ne abbiano beneficiato consapevolmente (art. 2497, comma 2, c.c.).

Il danno risarcibile potrà derivare, inoltre, dal pregiudizio direttamente arrecato ad altri *stakeholders* delle imprese del gruppo, per effetto della violazione di leggi e regolamenti riguardanti la materia coinvolta (ambientale, lavoristica, sociale, amministrativa, ecc.). In tal caso, la responsabilità civile verso i terzi della società operativa e – ricorrendo le condizioni del concorso nell’illecito – della controllante dipenderà dalla trasgressione di norme di ordine pubblico a rilievo penale o amministrativo (artt. 2043 c.c. e 185 c.p.); ferma restando, nei rapporti interni, l’azione di regresso verso i soggetti effettivamente responsabili della mancata *compliance* o del deficit organizzativo⁴⁹.

Controversa è, invece, la possibilità di fondare la legittimazione attiva all’esercizio di pretese risarcitorie sull’efficacia diretta (*Drittwirkung*) delle norme costituzionali e dei principi di tutela dei valori ESG enunciati dalle fonti di diritto europeo e internazionale, al di fuori della lesione dei diritti e degli interessi protetti dalle norme imperative, che fondano sicuramente le domande dei soggetti pregiudicati⁵⁰.

⁴⁶ Cfr. Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in questa *Rivista*, 2012, p. 734, con nota di Marsili; Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 362, con nota di Benedetti.

⁴⁷ Cfr. Cass., 12 aprile 2023, n. 9675; Cass., 16 maggio 2022, n. 15512; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2037; Trib. Milano, 10 maggio 2014, in *Dejure*; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27875.

⁴⁸ Cfr. Cass., 11 maggio 2022, n. 14876; Trib. Civitavecchia, 14 giugno 2022, in *Dejure*.

⁴⁹ Cfr. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, p. 388 ss.; ID., *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 391 ss.

⁵⁰ Si vedano in proposito, fra gli altri, VENTORUZZO, *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, in *Riv. soc.*, 2021, 380; ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, in *Riv. soc.*, 2021, 418 ss.; MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, 2021, 343 ss.; ROLLI, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance*, in *Corporate Governance*, 2022, 82.

Prescindendo qui dalla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (“CSDD”), ancora in discussione, va ribadito che l’inottemperanza ai doveri fiduciari “estesi” degli amministratori, allo stato, dovrebbe configurarsi come un inadempimento dei loro obblighi legali e statutari, rilevante all’interno del rapporto di gestione, che spetta alla società, ai soci e agli investitori far valere sul piano endosocietario, secondo la disciplina della legittimazione e dell’interesse ad agire.

E in effetti, dal dovere *di attenzione* degli amministratori (e della controllante) nei confronti dei portatori di interessi individuali o collettivi *esterni* alla società (e al gruppo), ma *coinvolti* dall’attività d’impresa, a una responsabilità basata, più che sulla violazione di doveri fiduciari, sul “contatto sociale” e sui “doveri di protezione” dei gestori dell’impresa⁵¹ – una protezione che si estendesse, cioè, oltre i confini della tutela assicurata dalle norme imperative e dalla contrattazione (individuale e collettiva, privata e pubblica) e si basasse sulla mera considerazione delle esternalità negative dell’esercizio dell’attività – il passo rischia di essere molto, forse troppo breve.

⁵¹ Nella dottrina civilistica v. sul tema CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, 1 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 523; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, *Riv. dir. civ.*, 2011, 850; ID., *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 109. E con specifico riguardo alla responsabilità della capogruppo verso i creditori sociali MAMBRIANI, *Contatto sociale qualificato, responsabilità della holding e degli amministratori*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, 559.

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ PIÙ RECENTE*

RAFFAELE DEL PORTO

Sommario: 1. Questioni preliminari; 2. Legittimazione; 3. Natura dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore; 4. Prescrizione; 5. La natura delle azioni - sociale e dei creditori sociali - di responsabilità; 6. Gli elementi dell'azione; 7. Il danno; 8. Il nesso causale.

Abstract: Il saggio approfondisce il tema delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali, analizzando la giurisprudenza di legittimità più recente. Viene trattata la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, la natura di quella esercitata dal curatore, e i termini di prescrizione. Si esplorano inoltre le differenze tra le azioni "sociali" e quelle dei creditori sociali, nonché gli elementi costitutivi dell'azione, con particolare focus sul danno e sul nesso causale.

Parole chiave: Azione di responsabilità, organi di amministrazione, curatore, prescrizione, danno, nesso causale, società di capitali.

Abstract: This paper examines action for liability against the administrative and control bodies of joint-stock companies, focusing on the most recent case law of the Italian Supreme Court. It discusses who has the standing to bring the action, the nature of the legal action for liability brought by the bankruptcy trustee, and the statute of limitations. The differences between shareholders' actions and those of creditors are also explored, along with the key elements of the action, particularly the damage and causal link.

Keywords: Action for liability, administrative bodies, Bankruptcy trustee, statute of limitations, damage, causal link, joint-stock companies.

* Lo scritto è stato sottoposto alla valutazione di un referee.

1. Questioni preliminari.

1.1. Competenza.

1.1.1. Competenza territoriale.

Per giurisprudenza costante, le azioni di responsabilità nei confronti degli organi di società di capitali sono soggette alle ordinarie regole di competenza.

Come difatti ribadito da Cass. 17197/2016: “L'azione di responsabilità, esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l. fall., cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2392-2393 c.c. e dall'art. 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali. Ne consegue che, trattandosi di causa relativa ad obbligazioni risarcitorie, siano esse di natura contrattuale o extracontrattuale, ai sensi dell'art. 20 c.p.c. la competenza territoriale si determina, facoltativamente, anche in base al luogo in cui è stato posto in essere l'illecito su cui si fonda la domanda”.

Conforme Cass. 19340/2016, che esclude, in particolare, che l'azione sia attratta alla competenza funzionale del tribunale fallimentare ex art 24 l.f.: “L'azione di responsabilità esercitata dal curatore ex art. 146, comma 2, l. fall. cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma - quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali - implicandone una modifica della legittimazione attiva, ma non dei presupposti, sicché, dipendendo da rapporti che si trovano già nel patrimonio dell'impresa al momento dell'apertura della procedura concorsuale a suo carico, e che si pongono con questa in relazione di mera occasionalità, non riguarda la formazione dello stato passivo e non è attratta alla competenza funzionale del tribunale fallimentare ex art. 24 l. fall., restando soggetta a quella del tribunale delle imprese, ex art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 168 del 2003, propria di tutte le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, da chiunque promosse”.

Affermazione questa sicuramente condivisibile, atteso che entrambe le azioni (sociale e dei creditori sociali) preesistono nel patrimonio (della società fallita/liquidata e dei singoli creditori) e risultano quindi solo attribuite, a seguito dell'apertura della procedura concorsuale, al curatore in via esclusiva.

La competenza della sezione specializzata vale poi, come ovvio, anche per l'amministratore di fatto, come precisato da Cass. 20441/2028, secondo cui “Appartengono alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di impresa, le azioni di responsabilità, da chiunque promosse, nei confronti degli

amministratori di fatto di una società di capitali, dal momento che, da un lato, non vi sono ragioni per discriminare il caso della gestione di fatto di una società ai fini della definizione della competenza delle dette sezioni specializzate e, dall'altro, depone in tal senso la formulazione letterale dell'art. 3, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 168 del 2003, che, richiamando tutti i "rapporti societari", va intesa come formula indicativa di una nozione generale e non quale espressione meramente riassuntiva delle peculiari ipotesi citate nel testo della medesima norma”.

1.1.2. Clausola compromissoria.

In linea generale, appare indubbio che l'azione sociale di responsabilità sia affidata alla cognizione arbitrale, qualora il tenore della clausola compromissoria la ricomprenda - come accade di norma - nel suo ambito soggettivo e oggettivo.

Altrettanto indubbio che la competenza arbitrale non si estende alla azione dei creditori sociali, pacificamente terzi rispetto alla clausola statutaria.

Alcuni autori e giudici di merito hanno perciò sostenuto la necessità di mantenere distinta la competenza a conoscere delle due azioni (sociale e dei creditori sociali) anche in caso di esercizio delle stesse da parte del curatore del fallimento.

La Corte di cassazione ha tuttavia optato per la soluzione opposta, affermando la necessaria competenza del giudice ordinario, anche in presenza di clausola compromissoria, nel caso di esercizio congiunto delle due azioni da parte del curatore.

Fra le altre, nella materia a questi fini analoga dei consorzi, Cass. 28533/2018, secondo cui “La clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio dichiarato fallito è applicabile ai giudizi iniziati dal curatore per far valere diritti preesistenti alla procedura concorsuale, a differenza di quanto accade per l'azione di responsabilità proposta dallo stesso curatore verso gli amministratori del consorzio, trattandosi di azione volta alla reintegrazione del patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori per i quali la clausola non può operare trattandosi di soggetti terzi rispetto alla società. (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione del tribunale che aveva declinato la propria competenza in favore dell'arbitro in quanto il curatore aveva fatto valere, nei confronti di alcuni enti consorziati, il diritto al pagamento di una somma di denaro preesistente alla data della dichiarazione di fallimento)”.

Conforme la precedente Cass. 19308/2014, che afferma - in motivazione - che “Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi della L. Fall., art. 146, la quale, assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime - attesa la "ratio" ad essa sottostante, identificabile nella destinazione, impressa all'azione, di strumento di reintegrazione del patrimonio sociale, unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali - implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. Da tale principio, non consegue affatto la vincolatività della clausola arbitrare prevista nello statuto, come sostenuto dai ricorrenti, atteso che rispetto all'azione dei creditori sociali, che il Commissario straordinario ha esercitato, non può essere fatta valere la clausola statutaria, per l'evidente rilievo che i creditori sono terzi rispetto alla società”.

E ciò sulla scorta del principio di diritto costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, che sottolinea la natura “unitaria ed inscindibile” dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento/liquidazione giudiziale: ex multis, Cass. 10378/2012 secondo cui “Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi dell'art. 146 legge fall., la quale, assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime - attesa la "ratio" ad essa sottostante, identificabile nella destinazione, impressa all'azione, di strumento di reintegrazione del patrimonio sociale, unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali - implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. Ne consegue [...]”.

Deve tuttavia ritenersi che, in quelle particolari ipotesi in cui il curatore potrà esercitare solo una delle due azioni (per ragioni, ad esempio, di prescrizione di una di esse), opereranno i criteri di competenza della sola azione concretamente esercitata.

2. Legittimazione.

2.1. Legittimazione attiva.

Nulla quaestio quanto alla legittimazione attiva del curatore del fallimento/liquidazione giudiziale all'esercizio delle azioni di responsabilità – sociale e dei creditori sociali – nei confronti di amministratori, liquidatori, sindaci e direttori generali, sulla scorta del disposto degli artt. 2394 bis c.c., 146 l.f. e 255 c.c.i.i.

Da sottolineare quindi, unicamente, la nuova formulazione – più specifica - dell'art. 255 c.c.i.i., che, a differenza del “vecchio” art. 146 l.f., provvede all'indicazione analitica delle azioni affidate alla curatela – elencate alle lettere da a) a d) dell'articolo in esame - e conclude affidando alla medesima curatela - lettera e) del medesimo articolo - “tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge”, adottando una formula che potrebbe costituire un elemento a sostegno della tesi della tassatività delle ipotesi di legittimazione attiva (sostitutiva) del curatore.

Il recente decreto correttivo ha poi aggiunto all'art. 255 c.c.i.i. il comma 1 bis, che estende espressamente la legittimazione del curatore “nelle ipotesi di cui al comma 1 [...] anche alle azioni nei confronti degli eventuali coobbligati”.

La norma si presta ad una duplice interpretazione: da un lato, le si potrebbe attribuire valore di implicita conferma della necessità di una espressa previsione di legge per il “trasferimento” al curatore della legittimazione all'esercizio di azioni spettanti, in origine, ad altri soggetti.

Dall'altro, potrebbe costituire espressione di un principio generale, che attribuisce al curatore la legittimazione esclusiva all'esercizio delle azioni “di massa”, ossia quelle azioni dirette alla ricostruzione del patrimonio del debitore fallito/liquidato, in funzione di garanzia generica dei creditori (sull'argomento, si vedano, fra le altre, le note ordinanze della Corte di cassazione nn. 18610/2021 e 24725/2021, in tema di concessione abusiva di credito).

Da rimarcare la nuova norma in tema di concordato preventivo per cessione dei beni di cui all'art. 115 c.c.i.i., che reca la disciplina delle “azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni”.

L'articolo prevede, al primo comma, la legittimazione attiva del liquidatore giudiziale con riferimento ad “ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti”.

In coerenza con tale disposizione, il secondo comma dell'articolo in esame affida poi al liquidatore giudiziale l'esercizio (o la prosecuzione) dell'azione sociale di responsabilità, sancendo inoltre l'inopponibilità al liquidatore di "ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano".

La legittimazione del liquidatore giudiziale è, di contro, esclusa con riferimento all'azione dei creditori sociali (il terzo comma dell'art. 115 c.c.i.i. contempla la sola azione di cui all'art. 2394 c.c., ma deve ritenersi che il mancato richiamo all'analoga azione disciplinata, quanto alle s.r.l., dall'art. 2476, 6° comma, c.c. sia frutto di una mera svista del legislatore), azione che è attribuita, espressamente, ai creditori sociali.

Soluzione che desta qualche perplessità, prevedendo, implicitamente, la possibile proposizione contemporanea dell'azione sociale di responsabilità, esercitata dal liquidatore giudiziale, e dei creditori sociali, esercitata da uno - o più - creditori.

Merita infine un breve cenno la peculiare soluzione adottata dal c.c.i.i. quanto alla legittimazione all'esercizio delle azioni contemplate dall'art. 2497 c.c.

I primi tre commi dell'art. 2497 c.c. disciplinano, come noto, la responsabilità, nei confronti dei soci e dei creditori, delle società e degli enti che esercitino attività di direzione e coordinamento, nonché di chi abbia preso parte al fatto lesivo o ne abbia consapevolmente tratto beneficio, accordando l'azione risarcitoria al socio o al creditore che non siano stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Il quarto comma dell'articolo prevede poi che, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, l'azione (già) spettante ai creditori sia affidata al curatore/commissario.

Soluzione che trova conferma nella previsione dell'art. 255, 1° comma, lettera d), c.c.i.i., che espressamente affida al curatore la sola azione prevista dall'art. 2497, 4° comma, c.c.

Diversa la soluzione adottata dall'art. 291 c.c.i.i. per l'ipotesi di azioni di responsabilità (e denuncia di gravi irregolarità di gestione) nei confronti di imprese del gruppo, ove, in caso di apertura di una procedura unitaria o di apertura di una pluralità di procedure, è affidato al curatore (o al commissario) l'esercizio delle "azioni di responsabilità previste dall'articolo 2497 del codice civile", adottando quindi una formula più ampia, che sembra comprendere le azioni sia dei soci, sia dei creditori.

2.2. *Legittimazione passiva.*

L'orientamento del tutto consolidato della giurisprudenza di legittimità afferma la natura solidale della responsabilità dei soggetti che, a vario titolo, sono convenuti nelle azioni di responsabilità.

Ne deriva l'insussistenza, di norma, di situazioni di litisconsorzio necessario, potendo quindi il curatore esercitare la propria azione nei confronti solo di alcuni dei soggetti ritenuti responsabili (di norma i più solvibili).

Principio ribadito, fra le altre, di recente, da Cass. 25593/2023, secondo cui "La proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti di una pluralità di amministratori di società dà luogo ad una fattispecie di litisconsorzio facoltativo e non già necessario, cui consegue comunque l'applicabilità dell'art. 1310 c.c., sicché l'atto interruttivo della prescrizione contro uno di essi ha effetto anche nei confronti degli altri".

Conforme, con particolare riferimento alla responsabilità dei sindaci, Cass. 25178/2015, che afferma che "La responsabilità dei sindaci di una società, prevista dall'art. 2407, comma 2, c.c., per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori, ha carattere solidale tanto nei rapporti con questi ultimi, quanto in quelli fra i primi, sicché l'azione rivolta a farla valere non va proposta necessariamente contro tutti i sindaci e gli amministratori, ma può essere intrapresa contro uno solo od alcuni di essi, senza che insorga l'esigenza di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, in considerazione dell'autonomia e scindibilità dei rapporti con ciascuno dei coobbligati in solido".

Tale principio trova poi applicazione anche in ipotesi di responsabilità di terzi eventualmente concorrenti nell'illecito, quale quella della banca per concessione abusiva di credito, come precisato dalle citate ordinanze della Corte nn. 18610/2021 e 24725/2021, concordi nel ritenere che "La responsabilità della banca, in caso di abusiva concessione del credito all'impresa in stato di difficoltà economico-finanziaria, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l.fall., in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fattori causativi del medesimo danno, senza che, per altro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di litisconsorzio facoltativo".

Sugli effetti della transazione stipulata dal curatore con alcuni dei coobbligati responsabili, vedi *infra*, sub 7.4.

3. Natura dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore.

L'insegnamento tradizionale della Corte di cassazione afferma, come accennato, la natura unitaria e inscindibile dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento, che coniuga le diverse azioni, sociale e dei creditori sociali, come precisato, fra le altre, da Cass. 24715/2015: "L'azione di responsabilità, esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l.fall., cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2392-2393 c.c. e dall'art. 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, tant'è che il curatore può, anche separatamente, formulare domande risarcitorie tanto con riferimento ai presupposti dell'azione sociale, che ha natura contrattuale, quanto con riguardo a quelli della responsabilità verso i creditori, che ha natura extracontrattuale. Tali azioni, peraltro, non perdono la loro originaria identità giuridica, rimanendo tra loro distinte sia nei presupposti di fatto, che nella disciplina applicabile, differenti essendo la distribuzione dell'onere della prova, i criteri di determinazione dei danni risarcibili ed il regime di decorrenza del termine di prescrizione"; conforme Cass. 10378/2012: "Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi dell'art. 146 legge fall., la quale, assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime - attesa la "ratio" ad essa sottostante, identificabile nella destinazione, impressa all'azione, di strumento di reintegrazione del patrimonio sociale, unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali - implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. Ne consegue che i fatti addotti a fondamento della domanda identificano l'azione in concreto esercitata dal curatore, ed, in particolare, la disciplina in materia di prova e di prescrizione, quest'ultima in ogni caso quinquennale, ma, se fondata sulle circostanze idonee ad attivare l'azione sociale, con decorrenza non dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale si è manifestata come rilevante per l'azione esperibile dai creditori, bensì dalla data del fatto dannoso e con applicazione della sospensione prevista dall'art. 2941, n. 7, cod. civ., in ragione del rapporto fiduciario intercorrente tra l'ente ed il suo organo gestorio. (Fattispecie anteriore all'entrata in vigore dei d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, e 9 gennaio 2006, n. 5)".

Le due azioni restano tuttavia, sul piano sostanziale, nettamente distinte, con rilevanti conseguenze in tema di natura della responsabilità (e conseguente diversa distribuzione degli oneri di allegazione e prova), disciplina della

prescrizione, criteri di liquidazione del danno risarcibile, ecc. ..., come si vedrà in seguito.

La natura unitaria e inscindibile dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore potrebbe essere ora messa in dubbio, come accennato sub 2.1., alla luce del disposto dell'art. 255 c.c.i.i., che attribuisce alla legittimazione esclusiva del curatore le azioni di responsabilità, sociale e dei creditori sociali, individuate separatamente, alle lettere a) e b) dell'articolo.

4. Prescrizione.

La disciplina della prescrizione si atteggia diversamente a seconda che si tratti di azione di responsabilità sociale o dei creditori sociali.

In particolare, quanto all'azione sociale, l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità afferma che "L'azione sociale di responsabilità, pur quando sia esercitata dal curatore del fallimento, si prescrive nel termine di cinque anni, con decorrenza dal momento in cui il danno diventa oggettivamente percepibile all'esterno, manifestandosi nella sfera patrimoniale della società; termine il cui decorso rimane, peraltro, sospeso, a norma dell'art. 2941, n. 7, c.c., fino alla cessazione dell'amministratore dalla carica" (Cass. 24715/2015 citata).

Il termine di prescrizione dell'azione sociale decorre pertanto dal momento "in cui il danno diventa oggettivamente percepibile all'esterno, manifestandosi nella sfera patrimoniale della società", senza che assuma rilevanza l'insufficienza del patrimonio sociale; con specifico riferimento alla responsabilità degli amministratori (e non dei sindaci), opera poi, come ricordato dalla sentenza citata, la causa di sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941, n. 7, c.c.

Diverso è il caso dell'azione dei creditori sociali, il cui esercizio presuppone, come noto, l'insufficienza del patrimonio sociale.

Con riferimento a tale ultimo elemento, è principio consolidato che "L'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società ex art. 2394 c.c., pur quando promossa dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 l.fall., è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti (e non anche dall'effettiva conoscenza di tale situazione), che, a sua volta, dipendendo dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), non corrisponde allo stato d'insolvenza di cui all'art. 5 della l.fall., derivante, "in primis", dall'impossibilità di ottenere ulteriore credito. In ragione della onerosità della prova gravante sul

curatore, sussiste una presunzione "iuris tantum" di coincidenza tra il "dies a quo" di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, ricadendo sull'amministratore la prova contraria della diversa data anteriore di insorgenza dello stato di incapacienza patrimoniale, con la deduzione di fatti sintomatici di assoluta evidenza, la cui valutazione spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se non per vizi motivazionali che la rendano del tutto illogica o lacunosa. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto congruamente motivata la sentenza con cui il giudice di merito ha escluso che la prescrizione potesse decorrere dalla pubblicazione, in epoca anteriore al fallimento, di un bilancio di esercizio sul rilievo che l'incapacienza patrimoniale non era oggettivamente percepibile in quanto verosimilmente occultata)" (così, Cass. 24715/2015 citata; conforme, anche di recente, Cass. 3552/2023, secondo cui "L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2394 c.c., esercitata dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 l. fall., è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti; pertanto, in ragione dell'onerosità della prova gravante sul curatore, sussiste una presunzione "iuris tantum" di coincidenza tra il "dies a quo" di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, ricadendo sull'amministratore la prova contraria della diversa data, anteriore, di insorgenza e percepibilità dello stato di incapacienza patrimoniale, con la deduzione di fatti sintomatici di assoluta evidenza, la cui valutazione spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, se non nei limiti di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.").

Dal diverso regime di prescrizione deriva che in talune ipotesi potrà risultare prescritta una delle due azioni astrattamente spettanti al curatore, che potrà quindi esercitare - con possibilità di successo - la sola azione non prescritta.

5. La natura delle azioni - sociale e dei creditori sociali - di responsabilità.

L'opinione del tutto consolidata di dottrina e giurisprudenza afferma la natura contrattuale dell'azione sociale di responsabilità (che trova il suo fondamento nel rapporto, per l'appunto contrattuale, che lega la società al proprio amministratore o sindaco).

Si riconosce, di contro, natura pacificamente extracontrattuale all'azione dei creditori sociali, terzi rispetto al rapporto contrattuale che lega la società ai suoi organi.

Tali principi sono ribaditi di recente dalla già citata Cass. 24715/2015, secondo cui “L’azione di responsabilità, esercitata dal curatore ai sensi dell’art. 146, comma 2, l.fall., cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2392-2393 c.c. e dall’art. 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, tant’è che il curatore può, anche separatamente, formulare domande risarcitorie tanto con riferimento ai presupposti dell’azione sociale, che ha natura contrattuale, quanto con riguardo a quelli della responsabilità verso i creditori, che ha natura extracontrattuale. Tali azioni, peraltro, non perdono la loro originaria identità giuridica, rimanendo tra loro distinte sia nei presupposti di fatto, che nella disciplina applicabile, differenti essendo la distribuzione dell’onere della prova, i criteri di determinazione dei danni risarcibili ed il regime di decorrenza del termine di prescrizione”.

5.1. Conseguenze in tema di distribuzione degli oneri di allegazione e prova.

La natura contrattuale dell’azione sociale di responsabilità è ribadita, fra le altre, da Cass. 17441/2016, secondo cui “La responsabilità degli amministratori di società di capitali per i danni cagionati alla società “amministrata ha natura contrattuale sicché la società (o il curatore nel caso in cui l’azione sia promossa ex art. 146 l. fall.) deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l’osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell’art. 2392 c.c., modificato a seguito della riforma del 2003, con la conseguenza che gli amministratori dotati di deleghe (cd. operativi) – ferma l’applicazione della “business judgement rule”, secondo cui le loro scelte sono insindacabili, a meno che, se valutate “ex ante”, risultino manifestamente avventate ed imprudenti – rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell’art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c.”.

Il principio affermato dalla sentenza in esame costituisce puntuale applicazione del pacifico orientamento giurisprudenziale che, anche al di fuori della materia della responsabilità degli organi sociali, ribadisce che “In tema di prova dell’inadempimento di un’obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto

è gravato dell'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, o dall'eccezione d'inadempimento del creditore ex art. 1460 c.c. [...]” (Cass. 25584/2018, da cui è tratta la massima).

Ulteriori pronunce della Corte di cassazione richiedono poi la necessaria specificità delle allegazioni dell'attore che eserciti un'azione (di adempimento, risoluzione o risarcimento dei danni) fondata sul (lamentato) inadempimento contrattuale della controparte.

Fra le altre, Cass. 6618/2018, secondo cui “Chi agisce in giudizio, non può proporre la sua domanda in modo generico, ma deve consentire che il suo contenuto sia compiutamente identificato e percepito, affinché possa essere oggetto di accertamento, sia in fatto, che in diritto. Ne deriva che, ove l'azione esercitata concerne l'inadempimento contrattuale, l'attore è onerato di allegare non solo l'inadempimento in quanto tale, ma anche le specifiche circostanze che lo integrano, in caso contrario incorrendo nella violazione dell'onere di allegazione”; nello stesso senso, la recente Cass. 10141/2021, secondo cui “Nel caso di proposizione di una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento contrattuale, l'attore ha l'onere di indicare le specifiche circostanze materiali lesive del proprio diritto e di allegare le specifiche circostanze integranti l'inadempimento, in quanto l'allegazione costituisce l'imprescindibile presupposto che circoscrive i fatti cui si correla il diritto di difesa, a presidio del contraddittorio; la deduzione, nel corso del giudizio, di un fatto diverso da quello originario non costituisce una mera "emendatio libelli", ma configura un mutamento della "causa petendi", indipendentemente dal fatto che il comportamento successivamente dedotto costituisca, a sua volta, violazione degli obblighi contrattuali [...]”.

Diverso il caso dell'azione dei creditori sociali, ove la natura (ormai pacificamente) extracontrattuale dell'azione fa sì che gravino, in sostanza, sul solo curatore tutti gli oneri di allegazione e prova sopra menzionati.

6. Gli elementi dell'azione.

6.1. Premessa.

L'azione di responsabilità è un'azione di risarcimento del danno e, come tutte le azioni risarcitorie, si compone di tre elementi: i) condotta illecita; ii) danno; iii) nesso di causalità fra condotta e danno.

L'azione di responsabilità potrà quindi essere esercitata vittoriosamente solo laddove sussistano tutti e tre gli elementi citati e perciò in presenza di una

condotta *contra legem*, idonea a cagionare un danno che ne costituisca conseguenza immediata e diretta.

6.2. *La condotta.*

È necessaria, in primo luogo, una condotta, come accennato, *contra legem*; condotta che, a seconda del tipo di azione esercitata - azione sociale o dei creditori sociali - deve integrare, nel primo caso, un inadempimento contrattuale e, nel secondo, un illecito extracontrattuale.

La condotta censurata deve essere individuata, come ricordato, in modo sufficientemente specifico.

L'insegnamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità rammenta infatti che "Per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è sufficiente invocare genericamente il compimento di atti di "mala gestio" e riservare una più specifica descrizione di tali comportamenti nel corso del giudizio, atteso che per consentire alla controparte l'approntamento di adeguata difesa, nel rispetto del principio processuale del contraddittorio, la "causa petendi" deve sin dall'inizio sostanziarsi nell'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto sociale. Ciò vale tanto che venga esercitata un'azione sociale di responsabilità quanto un'azione dei creditori sociali, perché anche la mancata conservazione del patrimonio sociale può generare responsabilità non già in conseguenza dell'alea insita nell'attività di impresa, ma in relazione alla violazione di doveri legali o statutari che devono essere identificati nella domanda nei loro estremi fattuali" (Cass. 23180/2006).

Costituiscono puntuale applicazione di tale principio le pronunce già richiamate sub 5.1. in tema di necessaria specificità delle censure sollevate nei confronti degli organi sociali.

6.2.1. *L'azione sociale di responsabilità.*

L'azione sociale di responsabilità ha, come più volte ricordato, natura contrattuale; quanto all'elemento della condotta, incombe pertanto all'attore che invochi il risarcimento del danno la mera allegazione, necessariamente specifica, dell'inadempimento fonte di responsabilità e, a fronte di tale allegazione specifica, incombe sul convenuto (preteso responsabile) l'onere di provare di avere adempiuto in modo esatto.

Numerose pronunce della Corte di cassazione fanno puntuale applicazione di tale principio con riferimento a peculiari ipotesi di responsabilità degli amministratori, fra le quali meritano particolare menzione quelle relative a: i) l'uso improprio delle risorse finanziarie della società; ii) la violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 2486 c.c.

Quanto alle prime, si può richiamare la recente ordinanza n. 25631/2023, che afferma che “La responsabilità degli amministratori sociali per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale, sicché la società stessa (o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta ex art. 146 L. Fall.) è tenuta ad allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri, come pure a provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei predetti doveri. In conseguenza, a fronte di disponibilità patrimoniali pacificamente fuoriuscite senza apparente giustificazione dall'attivo della società, questa, nell'agire per il risarcimento del danno nei confronti dell'amministratore, può limitarsi ad allegare l'inadempimento, consistente nella distrazione o dispersione delle dette risorse, mentre compete allo stesso amministratore la prova del suo adempimento, consistente nella destinazione delle attività patrimoniali in questione all'estinzione di debiti sociali o il loro impiego per lo svolgimento dell'attività sociale, in conformità della disciplina normativa e statutaria”, conforme alla precedente ordinanza n. 12567/2021, secondo cui “a fronte di somme fuoriuscite dall'attivo della società, quest'ultima, nell'agire per il risarcimento del danno, può limitarsi ad allegare l'inadempimento consistente nella distrazione di dette risorse, mentre compete all'amministratore la prova del corretto adempimento e dunque della destinazione del patrimonio all'estinzione di debiti sociali oppure allo svolgimento dell'attività sociale”.

Quanto poi alla violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 2486 c.c., merita di essere richiamata la recente sentenza n. 198/2022, secondo cui “colui che agisce in giudizio con azione di risarcimento nei confronti degli amministratori di una società di capitali che abbiano compiuto, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, attività gestoria non avente finalità meramente conservativa del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2486 c.c., ha l'onere di allegare e provare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda, cioè la ricorrenza delle condizioni per lo scioglimento della società e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori, ma non è tenuto a dimostrare che tali atti siano anche espressione della normale attività d'impresa e non abbiano una finalità liquidatoria; spetta, infatti, agli amministratori convenuti di dimostrare che tali

atti, benché effettuati in epoca successiva allo scioglimento, non comportino un nuovo rischio d'impresa (come tale idoneo a pregiudicare il diritto dei creditori e dei soci) e siano giustificati dalla finalità liquidatoria o necessari” (conforme la recente Cass. 8069/2024).

6.2.2. L'azione di responsabilità dei creditori sociali.

Tale azione ha, di contro, natura extracontrattuale; incombe pertanto sul creditore che intenda ottenere il risarcimento del danno l'onere non solo di allegare ma, altresì, di provare la sussistenza di una condotta *contra legem* idonea a cagionare un danno alla società.

Ne deriva, quanto all'elemento della condotta, un onere probatorio decisamente più consistente gravante sulla curatela.

6.3. Censure all'attività gestoria e business judgement rule.

È frequente, nelle difese dei convenuti in azioni di responsabilità, il richiamo al principio di insindacabilità per ragioni di merito (di mera convenienza, opportunità, remuneratività, ecc. ...) delle scelte gestorie (c.d. *business judgement rule*).

In termini generali, l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità ribadisce la piena operatività della regola, evidenziando che la responsabilità dell'amministratore può essere affermata solo quando, in sostanza, il cattivo esito dell'affare sia conseguenza di scelte effettuate in violazione della regola del c.d. "agire informato" o caratterizzate da intrinseca irragionevolezza (fra le altre, Cass. 15470/2017: "In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. "business judgement rule") trova un limite nella valutazione di irragionevolezza delle stesse, da compiersi sia "ex ante", secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c., - nel testo, applicabile "ratione temporis", anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 - sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto l'amministratore di una società per azioni responsabile per la conclusione di taluni contratti, in cui quest'ultima aveva corrisposto integralmente alle controparti i compensi pattuiti nonostante la

mancata esecuzione delle prestazioni)”, conforme a Cass. 12108/2020, che si pone nel solco di Cass. 3409/2013, secondo cui “All'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di sua revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità”).

Nello stesso senso anche la recente Cass. 10742/2024, secondo cui “In tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali, l'insindacabilità del merito delle scelte di gestione trova un limite nella ragionevolezza delle stesse, da valutarsi ex ante secondo i parametri della diligenza del mandatario, tenendo conto dell'eventuale mancata adozione da parte degli amministratori delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per quel tipo di scelta e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, di talché, una volta verificatane l'irragionevolezza, gli amministratori rispondono dei danni conseguenti alla cagionata insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le ragioni del ceto creditorio. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva qualificato, con accertamento in fatto non sindacabile in sede di legittimità, come atto irragionevole e fonte di danno risarcibile, la decisione degli amministratori di ottenere il controllo di altra società, acquisendone un ramo d'azienda gravemente indebitato)”).

Richiamate le (note) regole in tema di distribuzione degli oneri di allegazione e prova già illustrate sub 6.2., nel contesto dell'azione sociale di responsabilità incomberà pertanto: i) sul curatore l'onere di allegare lo specifico profilo di inadempimento oggetto di censura; ii) sull'amministratore convenuto quello di provare di avere adempiuto esattamente e, perciò, di avere agito “in modo informato”, adottando in ogni caso scelte coerenti alle informazioni acquisite.

Incomberà, di contro, sul curatore che eserciti l'azione dei creditori sociali l'onere di allegare e provare le circostanze di fatto idonee ad integrare

l'elemento di illegittimità della condotta, per palese contrasto con le regole di avvedutezza e ragionevolezza.

Resta fermo che il mancato successo delle operazioni intraprese dagli amministratori non comporta la necessaria responsabilità degli stessi (e dei sindaci, quanto all'omesso o inadeguato controllo); responsabilità che sussisterà solo quando l'esito negativo di una iniziativa economica sia conseguenza della sua manifesta inavvedutezza o imprudenza.

6.3.1. Business judgement rule e crisi aziendale irreversibile.

Con particolare riferimento all'entrata in vigore del c.c.i.i., si è molto discusso, a partire dal 2019, della applicabilità del principio in esame con riferimento a: i) l'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili; ii) la scelta degli strumenti con cui affrontare eventuali situazioni di crisi.

Quanto al primo profilo, limitando l'indagine al contesto dell'esercizio dell'azione di responsabilità, va ribadito che non ci può essere esercizio vittorioso di un'azione risarcitoria in difetto del requisito del danno: la mera violazione dell'obbligo di istituire assetti adeguati non può quindi costituire, da sola, fonte di responsabilità; responsabilità che potrà essere ravvisata solo quando sarà accertata, da un lato, la violazione dell'obbligo di istituire assetti adeguati e, dall'altro, la sussistenza di un danno causalmente collegato a tale violazione.

Resta poi fermo il tenore elastico della norma di cui all'art. 2086 c.c., che stabilisce, come noto, che gli assetti devono essere adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, accordando quindi agli amministratori un indubbio margine di discrezionalità.

Quanto alla seconda questione (applicabilità del principio della business judgement rule alla scelta degli strumenti con cui fronteggiare la crisi) la regola deve trovare – a mio avviso - piena applicazione: l'azione di contrasto alla crisi comporta la necessaria adozione di scelte gestorie, insindacabili sotto il profilo della mera convenienza economica.

Ciò non vuol dire, come ovvio, che in presenza di crisi aziendale irreversibile non sia configurabile la responsabilità degli amministratori e dei sindaci della società, ma piuttosto che tale responsabilità potrà essere affermata, sulla scorta dei principi sopra richiamati, solo quando il mancato superamento dello stato di crisi (diventa, come detto, irreversibile) costituisca la conseguenza della

violazione di obblighi – specificamente individuati - gravanti sugli amministratori e sindaci della società in crisi.

Situazione questa che ricorrerà di frequente, poiché il verificarsi della crisi aziendale irreversibile risulterà – nella gran parte dei casi - verosimile conseguenza de: i) la mancata intercettazione tempestiva dei segnali di crisi; ii) l'inadeguata o intempestiva reazione alla situazione di crisi.

Riepilogando:

a) “la mancata conservazione del patrimonio sociale” può costituire naturale conseguenza della “alea insita nell’attività di impresa” e non comporta quindi la necessaria responsabilità degli amministratori (e sindaci) della società;

b) considerazioni di tenore analogo valgono quanto al mancato superamento di situazioni di crisi, che non costituisce quindi - da solo - elemento sufficiente ad affermare la (inevitabile) responsabilità degli amministratori e dei sindaci;

c) in ogni caso, incombe sull’attore (e quindi sul curatore) che invochi la responsabilità degli organi di amministrazione e controllo della società poi assoggettata al fallimento/liquidazione giudiziale l’onere – quantomeno - di allegare gli specifici profili di illiceità della condotta/inadempimento contestati.

Onere quest’ultimo che non potrà ritenersi assolto, allegando, unicamente, la circostanza degli esiti negativi dell’attività gestoria.

6.3.2. La perdita del capitale sociale e l’illegittima prosecuzione dell’attività di impresa.

In tema di azioni di responsabilità proposte dal curatore del fallimento/liquidazione giudiziale, ancora oggi l’ipotesi più frequente di condotta oggetto di censura è, indubbiamente, quella relativa alla mancata tempestiva rilevazione della perdita del capitale sociale, mancata adozione dei rimedi di legge e prosecuzione indebita dell’attività di impresa (caratterizzata da risultati economici negativi) con conseguente aggravio del deficit.

La maggior parte delle azioni di responsabilità promosse dal curatore del fallimento/liquidazione giudiziale ruota infatti attorno a tale contestazione fondamentale, aggiungendosi ad essa, solo eventualmente, ulteriori contestazioni relative a specifici atti di mala gestio.

L’intervenuta perdita del capitale sociale a volte è palese (rivelata dallo stesso bilancio predisposto dagli amministratori e approvato dalla assemblea); più spesso è occultata e le curatele muovono quindi specifiche censure ai bilanci della società poi fallita/liquidata, proponendo la riclassificazione di alcune voci

di essi, onde evidenziare l'effettivo risultato economico – negativo - conseguito dalla società nei vari esercizi, con le conseguenti ricadute anche sul piano patrimoniale.

I contributi di dottrina e giurisprudenza su tale argomento sono davvero numerosi e sicuramente noti; ci si può perciò limitare a segnalare alcune questioni di particolare interesse.

In punto di condotta richiesta agli amministratori e sindaci, è sufficiente il richiamo alle regole dettate dagli artt. 2447 c.c. (per le s.p.a.) e 2482 ter c.c. (per le s.r.l.), che stabiliscono chiaramente gli obblighi gravanti su tali soggetti.

Ricorrendo i presupposti contemplati dalle norme citate, gli amministratori devono, come noto, convocare l'assemblea della società "senza indugio" affinché questa deliberi la "ricapitalizzazione" della società o la sua trasformazione, verificandosi, in caso contrario, la causa di scioglimento della società di cui all'art. 2484, 1° comma, n. 4, c.c.

Importante sottolineare che, in caso di omissione degli amministratori, grava sui sindaci, a norma dell'art. 2406 c.c., l'obbligo di convocare l'assemblea prescritta dalla legge (è questa un'ipotesi di c.d. controllo sostitutivo dei sindaci).

Laddove poi l'assemblea non adotti alcuno dei rimedi contemplati dagli artt. 2447 c.c. e 2482 ter c.c., e gli amministratori omettano di iscrivere al registro delle imprese la dichiarazione di accertamento della causa di scioglimento, i sindaci, fra gli altri, dovranno richiedere l'iscrizione in esame al tribunale ai sensi dell'art. 2485, 2° comma, c.c.

Verificata la causa di scioglimento, gli obblighi a carico degli amministratori sono - essenzialmente - quelli dettati dagli artt. 2485 c.c. e, soprattutto, 2486 c.c.

Venuto meno l'antico divieto di compiere nuove operazioni sancito dall'art. 2449 c.c. vecchio testo (anteriore alla riforma del 2003), gli amministratori conservano ora "il potere di gestire la società" (l'impresa?) "ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale".

Gli amministratori potranno quindi compiere anche nuove operazioni, ed – eventualmente -proseguire in una attività anche caratterizzata da risultati negativi, quando tali operazioni siano comunque utili a salvaguardare l'integrità e il valore del patrimonio sociale.

È da ritenere poi che l'operato degli amministratori (e dei sindaci investiti del relativo controllo) in tale fase assai delicata della vita della società dovrà essere valutato alla stregua del canone – già ricordato - della business judgement

rule; agli amministratori non potrà quindi essere contestato il mero esito negativo delle iniziative adottate e la loro condotta risulterà censurabile solo qualora risulti in contrasto con norme di legge o di statuto, ovvero con le già ricordate regole dell'agire informato o caratterizzata da manifesta imprudenza o irragionevolezza.

Da ricordare, in ogni caso, come l'obbligo di tempestiva adozione dei rimedi di cui agli artt. 2447 c.c. e 2482 ter c.c. risulti in talune ipotesi sospeso, come previsto da alcune norme del c.c.i.i. (fra gli altri, artt. 20 e 89).

La necessità di intervento tempestivo dell'organo amministrativo (o, in sua vece, dei sindaci) caratterizza poi anche quelle ulteriori situazioni di crisi alle quali non si accompagni la perdita del capitale sociale.

Gli amministratori dovranno, anche in questo caso, intervenire "senza indugio" e, verificata – eventualmente - la sussistenza di una situazione di crisi aziendale irreversibile, dovranno accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi di natura "preventiva" - qualora praticabili -, dovendo, in caso negativo, richiedere la liquidazione giudiziale della società (ricorrendone i presupposti).

Sono sempre più numerose le azioni di responsabilità intentate nei confronti di amministratori e sindaci di società di capitali, in cui si contesta a tali soggetti d'aver reagito in modo inappropriato alla situazione di crisi che ha investito la società, contestandosi, in particolare, di aver bruciato inutilmente risorse della società per accedere – senza successo - a strumenti di regolazione della crisi.

Opera tuttavia anche in questo caso, come accennato, la regola della business judgement rule; l'operato degli amministratori andrà difatti valutato in una necessaria prospettiva ex ante e potrà essere oggetto di censura solo quando risulterà, in tale prospettiva, manifestamente inavveduto o irragionevole e senza che, in ogni caso, possa risultare di per sé decisivo l'insuccesso dell'azione intrapresa dagli amministratori.

7. Il danno.

7.1.1 Breve premessa.

Il tema del danno non è, per molto tempo, centrale nella riflessione – dottrina e giurisprudenziale – nell'ambito del nostro diritto civile, verosimilmente anche perché la nozione di danno risarcibile è elaborata, in origine, in termini assai restrittivi.

Esemplare, fra gli altri, è la evoluzione della nozione di danno ingiusto, risarcibile ex art. 2043 c.c.

Sino alla fine degli anni sessanta, difatti, la nozione di danno ingiusto, risarcibile ex art. 2043 c.c., coincideva, in sostanza, con la lesione di un diritto assoluto e solo in casi particolari con la lesione di un diritto di credito, che doveva avere ad oggetto, in sostanza, un fare infungibile.

Lo scenario è poi cambiato negli anni successivi ed è oggi pacifico che possa integrare “danno ingiusto” anche la lesione di un mero diritto di credito avente ad oggetto un bene fungibile (su tutti il denaro).

Sono numerose le applicazioni di tale, più ampia, nozione di danno risarcibile proprio nell’ambito del diritto societario, ove la lesione del mero credito pecuniario costituisce, in sostanza, il presupposto quasi naturale dell’azione di responsabilità dei creditori sociali disciplinata dagli artt. 2394 e 2476, 6° comma, c.c. e di una buona parte delle azioni di c.d. danno diretto (artt. 2395 e 2476, 7° comma, c.c.), esercitate nei confronti degli organi di gestione e controllo delle società di capitali.

L’importante ampliamento dell’area dei danni risarcibili ha sollecitato, come ovvio, una maggiore attenzione al tema del danno, con importanti riflessi anche in tema di azioni di responsabilità.

Oggi, sembra quasi superfluo sottolinearlo, sembrano passati secoli da quando si riteneva che il danno coincidesse, di norma, con il c.d. sbilancio fallimentare in quelle azioni di responsabilità promosse da curatele di fallimenti privi di contabilità dell’impresa e perciò impossibilitate a ricostruire l’andamento degli affari nel periodo di crisi dell’impresa poi sfociata in vera e propria insolvenza.

7.2. Il danno come elemento imprescindibile nelle azioni risarcitorie.

Come già ricordato sub 6.1., l’azione di responsabilità è un’azione di risarcimento del danno e, al pari di tutte le altre azioni risarcitorie, si compone di tre elementi: i) condotta illecita; ii) danno; iii) nesso di causalità fra condotta e danno.

L’azione di responsabilità potrà quindi essere esercitata vittoriosamente solo laddove sussistano tutti i tre elementi e perciò in presenza di una condotta contra legem, idonea a cagionare un danno che ne costituisca conseguenza immediata e diretta.

Il danno consiste, in definitiva, nel depauperamento del patrimonio della società, quale conseguenza della dispersione di elementi dell'attivo patrimoniale o della assunzione ingiustificata di nuovi debiti, come ben evidenziato, anche di recente, da Cass. 21730/2020, secondo cui: "In tema di azione di responsabilità promossa dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l.fall., il danno può essere quantificato avendo riguardo all'accertata colpevole dispersione di elementi dell'attivo patrimoniale da parte degli amministratori, oltre che al colpevole protrarsi di un'attività produttiva implicante l'assunzione di maggiori debiti della società, a nulla rilevando che l'importo oggetto di liquidazione sulla base di tali criteri sia ridotto ad una minor somma (nella specie corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, in ragione del limite quantitativo della pretesa fatta valere)".

Nulla quaestio, quindi, quando la tenuta sostanzialmente corretta delle scritture contabili consenta la puntuale ricostruzione delle conseguenze economiche dell'operato degli amministratori, potendo il curatore quantificare adeguatamente il danno conseguente alla(e) condotta(e) censurata(e); l'indagine diviene, di contro, più complessa quando la mancata o irregolare tenuta delle scritture non consenta la puntuale ricostruzione dell'andamento degli affari dell'impresa poi fallita/liquidata.

Sulla questione, oggetto di vivace dibattito - anche dottrinario - per molti anni, è intervenuta la nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 9100/2015, che, in coerenza ai principi generali operanti in tema di oneri di allegazione e prova in ordine agli elementi del danno e, soprattutto, del nesso causale, ha affermato che "Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, secondo comma, legge fall., la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, sempreché il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo".

Numerose sentenze della corte di legittimità successive si uniformano al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

Fra le più recenti merita di essere segnalata, in primo luogo, Cass. 198/2022 citata, che afferma, in termini generali, che “Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, comma 2, 1. fall., ove la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili renda difficile per la curatela una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita, non trova applicazione il principio dell'inversione dell'onere della prova, ma il curatore può invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art. 1226 c.c. e perciò chiedere al giudice di provvedere alla liquidazione del danno in via equitativa”.

Nello stesso senso, più specificamente, Cass. 13220/2021 osserva che “Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, comma 2, 1. fall., la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, purché l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo.(Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la decisione impugnata che aveva liquidato in via equitativa il danno ascritto all'organo di amministrazione di una società di capitali, poi fallita, pur in presenza di specifici inadempimenti che, ove provati e causalmente collegabili al pregiudizio indotto dalla "mala gestio", avrebbero consentito l'esatta quantificazione del danno patito dalla società, senza necessità di ricorrere alla liquidazione equitativa)”.

Conforme la precedente Cass. 2500/2018, secondo cui “Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, comma 2, 1. fall., il giudice può ricorrere alla liquidazione equitativa del danno, nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, qualora il ricorso a tale parametro si palesi, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile, in quanto l'attore abbia allegato inadempimenti dell'amministratore – nella specie consistiti nella cessione a sé stesso, a prezzo vile, di rami d'azienda e nella pluriennale mancata tenuta delle scritture contabili – astrattamente idonei a porsi quali cause del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento

degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo”.

In termini generali, numerose pronunce della Corte di cassazione hanno chiarito quali siano i presupposti per poter provvedere alla liquidazione del danno mediante ricorso al criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c.

Fra le altre, si può ricordare Cass. 20889/2016, secondo cui “l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., presuppone che sia dimostrata l'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provare il danno nel suo preciso ammontare, ciò che non esime, però, la parte interessata - per consentire al giudice il concreto esercizio di tale potere, la cui sola funzione è di colmare le lacune insuperabili ai fini della precisa determinazione del danno stesso - dall'onere di dimostrare non solo l'"an debeat" del diritto al risarcimento, ove sia stato contestato o non debba ritenersi "in re ipsa", ma anche ogni elemento di fatto utile alla quantificazione del danno e di cui, nonostante la riconosciuta difficoltà, possa ragionevolmente disporre. (Così statuendo, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, reiettiva della domanda risarcitoria per difetto di prova del "quantum", non avendo il danneggiato prodotto in giudizio la documentazione fiscale e contabile, successiva all'evento dannoso, che attestasse la lamentata riduzione dei ricavi conseguenza dello stesso)”.

Conforme la recente Cass. 9744/2023, secondo cui “La liquidazione in via equitativa del danno postula, in primo luogo, il concreto accertamento dell'ontologica esistenza di un pregiudizio risarcibile, il cui onere probatorio ricade sul danneggiato e non può essere assolto dimostrando semplicemente che l'illecito ha soppresso una cosa determinata, se non si provi, altresì, che essa fosse suscettibile di sfruttamento economico, e, in secondo luogo, il preventivo accertamento che l'impossibilità o l'estrema difficoltà di una stima esatta del danno stesso dipenda da fattori oggettivi e non dalla negligenza della parte danneggiata nell'allegarne e dimostrarne gli elementi dai quali desumerne l'entità. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la liquidazione in via equitativa del danno patito dal conduttore di un locale cantinato, ove erano allocati articoli da regalo deteriorati in conseguenza di un allagamento ascrivibile al condominio, in assenza di prova di tale pregiudizio)”.

Ne deriva che, in tema di azioni di responsabilità, il ricorso al criterio equitativo di liquidazione del danno ex art. 1226 c.c. e la liquidazione del danno

in misura pari al c.d. sbilancio fallimentare potranno ritenersi consentiti solo quando, provata la sussistenza di un danno, il curatore abbia anche: i) allegato “un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato”; ii) indicato “le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo”.

Oneri entrambi che si potranno ritenere sicuramente assolti nell'ipotesi in cui, da un lato, risulti perso il capitale sociale e, ciò nonostante, proseguita indebitamente un'attività di impresa caratterizzata da risultati economici negativi; dall'altro, la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili non consenta la ricostruzione puntuale dell'effettivo aggravio del deficit.

7.3. Le nuove regole di liquidazione del danno dettate dall'art. 2486, 3° comma, c.c.

In tale contesto, meritano particolare attenzione le nuove regole di liquidazione del danno dettate dall'art. 2486, 3° comma, c.c.

Sul piano processuale, Cass. 5254/2024 ha, di recente, opportunamente precisato che le nuove regole di liquidazione del danno dettate dall'art. 2486, 3° comma, c.c. trovano applicazione anche con riferimento ad azioni risarcitorie fondate su fatti anteriori alla data di entrata in vigore della norma (come noto, marzo 2019).

E ciò perché “in tema di risarcimento del danno da responsabilità promossa dal curatore fallimentare ex art. 146 l. fall. nei confronti dell'amministratore, il meccanismo di liquidazione del "differenziale dei netti patrimoniali", di cui all'art. 2486, comma 3, c.c., come modificato dall'art. 378, comma 2, del d.lgs. n. 14 del 2019, c.d. codice dell'impresa (CCII), è applicabile, in quanto latamente processuale, anche ai giudizi in corso al momento della entrata in vigore di detta norma, atteso che essa stabilisce non già un nuovo criterio di riparto di oneri probatori, ma un criterio, rivolto al giudice, di valutazione del danno rispetto a fattispecie integrate dall'accertata responsabilità degli amministratori per atti gestori non conservativi dell'integrità e del valore del capitale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, salva la deduzione e individuazione di elementi di fatto legittimanti l'uso di un diverso criterio liquidatorio più aderente alla realtà del caso concreto”

In tema di distribuzione degli oneri di allegazione e prova in caso di esercizio di azioni di responsabilità per violazione degli obblighi di cui all'art. 2486 c.c., ulteriori recenti pronunce hanno poi, come ricordato, precisato che “colui che

agisce in giudizio con azione di risarcimento nei confronti degli amministratori di una società di capitali che abbiano compiuto, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, attività gestoria non avente finalità meramente conservativa del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2486 c.c., ha l'onere di allegare e provare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda, cioè la ricorrenza delle condizioni per lo scioglimento della società e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori, ma non è tenuto a dimostrare che tali atti siano anche espressione della normale attività d'impresa e non abbiano una finalità liquidatoria; spetta, infatti, agli amministratori convenuti di dimostrare che tali atti, benché effettuati in epoca successiva allo scioglimento, non comportino un nuovo rischio d'impresa (come tale idoneo a pregiudicare il diritto dei creditori e dei soci) e siano giustificati dalla finalità liquidatoria o necessari” (cfr. Cass. 198/2022 citata, da cui è tratta la massima; conforme Cass. 8069/2024).

Principio quest'ultimo che riterrei pienamente condivisibile, costituendo corretta applicazione dei - ben consolidati - orientamenti giurisprudenziali più volte richiamati.

È bene poi ricordare che si potrà fare ricorso alle nuove regole di liquidazione del danno solo “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo” e non anche quando la condotta oggetto di censura abbia natura del tutto eterogenea.

In caso di mancanza o irregolarità delle scritture contabili della società non si potrà quindi, in caso di censure eterogenee, ricorrere al criterio residuale – sicuramente favorevole alla curatela - dello “sbilancio fallimentare”.

Sul piano pratico, è poi da segnalare che le azioni di responsabilità promosse dalle curatele cumulano, di frequente, censure all'operato degli amministratori di tenore assai vario.

Si è già ricordato (par. 6.3.2.) che nella maggior parte delle azioni di responsabilità proposte dal curatore del fallimento/liquidazione giudiziale, l'ipotesi più frequente di condotta censurata è quella relativa alla mancata tempestiva rilevazione della perdita del capitale sociale, mancata adozione dei rimedi di legge e prosecuzione indebita dell'attività di impresa (caratterizzata da risultati economici negativi) con conseguente aggravio del deficit.

Si aggiungono tuttavia, di frequente, ulteriori censure di tenore più specifico, aventi ad oggetto singole operazioni poste in essere dagli amministratori.

Tali operazioni potranno poi risultare anteriori o successive alla perdita del capitale sociale.

Il danno conseguente alla prosecuzione indebita dell'attività d'impresa in violazione degli obblighi di cui all'art. 2486 c.c. è liquidato, di norma, ai sensi del terzo comma dell'articolo citato e perciò in misura pari all'aggravio del deficit, al netto dei costi normali di liquidazione.

Concorreranno pertanto alla formazione di tale deficit anche quelle specifiche operazioni oggetto di censura che siano temporalmente successive alla perdita del capitale sociale.

Di qui la necessità di “sterilizzare” le conseguenze lesive di tali operazioni successive ai fini della liquidazione del danno, onde evitare una indebita duplicazione in sede di determinazione del quantum risarcibile.

7.3.1. Questioni particolari in tema d'applicazione dell'art. 2486, 3° comma, c.c.

Le regole dettate dall'art. 2486, 3° comma, c.c., come noto, fanno in ogni caso “salva la prova di un diverso ammontare”; va registrata sul punto una sorta di “pigrizia” delle difese di tutte le parti coinvolte (in veste di attore, di convenuto o di terzo chiamato) nelle azioni di responsabilità, che si avvalgono, ad oggi, assai raramente di tale facoltà di superamento della presunzione - solo relativa - stabilita dalla norma.

Un ultimo cenno merita infine la necessità di detrarre, in sede di calcolo dell'aggravio del deficit, “i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al completamento della liquidazione”.

Operazione che, alla stregua del tenore letterale della norma sembra abbia natura officiosa, ma che deve, a mio avviso, restare circoscritta nell'ambito del perimetro dei fatti – quantomeno - ritualmente allegati dalle parti.

La soluzione opposta accorderebbe difatti al giudice (o più spesso al c.t.u.) un'eccessiva libertà nel ricostruire lo scenario alternativo della liquidazione “virtuosa”, senza tener conto del necessario limite rappresentato dal perimetro dei fatti ritualmente acquisiti al processo.

7.4. La transazione conclusa con uno, o più, coobbligati.

Gli effetti della transazione conclusa dalla curatela con uno o più coobbligati meritano un breve cenno.

Le azioni di responsabilità promosse dalle curatele sono rivolte – nella maggior parte dei casi – nei confronti di più soggetti ed è frequente che alcuni di essi definiscano transattivamente le proprie posizioni.

Tali transazioni non hanno poi ad oggetto - di norma - l'intero debito, ma, unicamente, la posizione del singolo coobbligato, e non possono essere perciò invocate dagli altri coobbligati quale fatto (integralmente) estintivo ai sensi dell'art. 1304, 1° comma, c.c.

Il contenuto economico di tali transazioni è poi fortemente influenzato dalla consistenza patrimoniale del singolo coobbligato, che spesso definisce la propria posizione offrendo una somma assai modesta, commisurata alla scarsa capienza del suo patrimonio.

Numerose pronunce della Corte di cassazione hanno chiarito la portata della transazione con la quale il singolo coobbligato definisce la propria quota di debito, affermando che “L'art. 1304, comma 1, c.c., si riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata, poiché è la comunanza dell'oggetto della transazione che comporta, in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti, la possibilità per il condebitore solidale di avvalersene pur non avendo partecipato alla sua stipulazione. Se, invece, la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali ha avuto ad oggetto la sola quota del condebitore che l'ha stipulata, occorre distinguere: nel caso in cui il condebitore che ha transatto ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato; nel caso in cui, invece, il pagamento è stato inferiore, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto.” (fra le altre, Cass. 23418/2016, da cui è tratta la massima; conformi Cass. 13877/2020 e 20107/2015).

Nello stesso senso, Cass. 16050/2009, che, ribadita la natura solidale della responsabilità degli organi di società di capitali, afferma che “La responsabilità degli amministratori e dei sindaci di società ha natura solidale, ai sensi dell'art. 1292 cod. civ., e tale vincolo sussiste - tanto quando la responsabilità sia contrattuale, quanto ove essa sia extracontrattuale - anche se l'evento dannoso sia collegato da nesso eziologico a più condotte distinte, ciascuna delle quali abbia concorso a determinarlo, restando irrilevante, nel rapporto col danneggiato, la diversa valenza causale. Pertanto, in caso di transazione fra uno dei coobbligati ed il danneggiato, l'art. 1304, primo comma, cod. civ. si applica soltanto se la transazione abbia riguardato l'intero debito solidale, mentre,

laddove l'oggetto del negozio transattivo sia limitato alla sola quota del debitore solidale stipulante, la norma resta inapplicabile, così che, per effetto della transazione, il debito solidale viene ridotto dell'importo corrispondente alla quota transatta, producendosi lo scioglimento del vincolo solidale tra lo stipulante e gli altri condebitori, i quali, di conseguenza, rimangono obbligati nei limiti della loro quota”.

La soluzione giurisprudenziale in esame, che si ispira ai principi enunciati da Cass. SS.UU. 30174/2011, desta, già sul piano teorico, alcune perplessità.

La soluzione comporta poi conseguenze assai rilevanti sul piano pratico, costituendo un serio ostacolo alla stipula di transazioni (di contenuto economico modesto) con quei soggetti che, da un lato, risultino i principali responsabili del dissesto e, dall'altro, rivelino capacità patrimoniale assai limitata.

A fronte della stipula della transazione, gli altri coobbligati potranno infatti opporre alla curatela, non solo l'esiguo pagamento da questa ricevuto in forza della transazione, ma l'intera quota di responsabilità astrattamente imputabile al singolo responsabile che ha definito transattivamente la propria posizione, da portare in detrazione ai fini del calcolo del residuo debito degli altri coobbligati.

Ne deriva, assai di frequente, la sostanziale impossibilità di concludere transazioni che pure presentino contenuto economico adeguato a fronte della modesta capacità patrimoniale del singolo coobbligato, con inevitabili conseguenze negative sulla ragionevole durata del processo promosso dalla curatela (la sollecita definizione transattiva raggiunta con uno, o più, coobbligati garantirebbe difatti un iter processuale sicuramente più snello).

In difetto di una norma espressa (quale quella di cui all'art. 1304, 1° comma, c.c.), sembrerebbe perciò auspicabile un ripensamento della giurisprudenza, diretto ad escludere possibili effetti riflessi della transazione “individuale”, conclusa con uno dei coobbligati, anche sul solo quantum della responsabilità degli altri coobbligati, estranei, come detto, a detta transazione.

8. Il nesso causale.

Il danno risarcibile deve essere infine, come anticipato, conseguenza della condotta illecita e perciò causalmente collegato a quest'ultima.

Chiarissimo, in tal senso, il disposto dell'art. 2407 c.c., in tema di responsabilità dell'organo di controllo, che conferma la necessità, non solo di una condotta illecita di tale organo, ma anche del ricordato nesso causale fra condotta e conseguenza lesiva.

La responsabilità dei sindaci può essere difatti affermata, a norma dell'art. 2407 c.c., solo “quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”.

Dottrina e giurisprudenza che si sono occupate di responsabilità dei sindaci affermano che tale responsabilità può essere affermata solo quando, ipotizzando uno “scenario controfattuale ipotetico” caratterizzato dalla condotta diligente dei sindaci, risulti che quel danno non si sarebbe verificato.

Fra le altre, Cass. 28357/2020 osserva che “L'accertamento della responsabilità del sindaco per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori di società di capitali richiede, non solo la prova dell'inerzia del sindaco rispetto ai propri doveri di controllo e del danno conseguente alla condotta dell'amministratore, ma anche che l'attore dimostri il nesso causale tra inerzia e danno, poiché l'omessa vigilanza rileva solo quando l'attivazione del controllo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato il pregiudizio. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità ex art. 2407 c.c., in un caso in cui, fallita la società, non erano state rinvenute nel conto sociale le somme incassate dal liquidatore e ivi versate, pochi giorni prima delle dimissioni del sindaco)”.

Nello stesso senso Cass. 18770/2019, secondo cui “Ricorre il nesso causale tra la condotta inerte antidoverosa dei sindaci di società e l'illecito perpetrato dagli amministratori, ai fini della responsabilità dei primi - secondo la probabilità e non necessariamente la certezza causale - se, con ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione dei poteri sindacali avrebbe ragionevolmente evitato l'illecito, tenuto conto di tutte le possibili iniziative che il sindaco può assumere esercitando i poteri-doveri propri della carica, quali: la richiesta di informazioni o di ispezione ex art. 2403-bis c.c., la segnalazione all'assemblea delle irregolarità riscontrate, i solleciti alla revoca della deliberazione illegittima, l'impugnazione della deliberazione viziata ex artt. 2377 ss. c.c., la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2406 c.c., il ricorso al tribunale per la riduzione del capitale per perdite ex artt. 2446-2447 c.c., il ricorso al tribunale per la nomina dei liquidatori ai sensi dell'art. 2487 c.c., la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., ed ogni altra attività possibile ed utile”.

Conforme anche Cass. 23233/2013, che afferma che “Sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci, che non abbiano formulato rilievi critici su poste di bilancio palesemente ingiustificate e non abbiano esercitato poteri sostitutivi, che secondo l'“id quod plerumque accidit” avrebbero condotto

ad una più sollecita dichiarazione di fallimento, ed il danno, consistente nell'aggravamento del dissesto, determinato dal ritardo con cui il fallimento è stato dichiarato”.

L'art. 2407 c.c. costituisce quindi espressa conferma dell'insufficienza di una mera condotta illecita a determinare la responsabilità dell'organo di gestione o controllo, potendo tale responsabilità essere affermata, come ricordato, solo quando a detta condotta è conseguito un danno altrimenti evitabile.

Le considerazioni appena svolte in tema di responsabilità dei sindaci (conseguente, di norma, a condotte di tipo omissivo) valgono anche in tema di responsabilità degli amministratori, che dovrà quindi essere ritenuta sussistente solo quando lo “scenario controfattuale” ipotizzato quale condotta diligente dei medesimi condurrà al risultato di ritenere che il danno verificatosi in concreto non si sarebbe, in quello scenario, verificato.

AMBROSINI, La responsabilità degli amministratori, in ABRIANI-AMBROSINI-CA-GNASSO-MONTALENTI, La società per azioni, in Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino, IV.1, Padova, 2009, p. 668 ss.

ID., Doveri degli amministratori di s.p.a., Business Judgement Rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi, in Trattato delle società, diretto da Donativi, III, Milano, 2022, 2060 ss.

ARATO., I doveri degli amministratori per prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 23 luglio 2024.

BARTELENA, Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Fall.*, 2019, pp. 298 e ss.

BENZAZZO, La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a «condizione di esercizio dell'attività d'impresa», in *Fall.*, 2023, pp. 817 e ss.

BORDIGA, Gli obblighi degli amministratori nel contesto del «codice della crisi e dell'insolvenza», in Ambrosini (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, pp. 267 ss.

CALANDRA BUONAURA, Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 18 e ss.

CIAN, Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto, in *Nuove leggi civ.*, 2019, pp. 1160 e ss.

DEL PORTO, Brevi note in tema di legittimazione attiva del curatore: le azioni di massa come regola «di sistema», in ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, 29 novembre 2023.

FABIANI, Le azioni di responsabilità verso gli organi sociali dopo il codice della crisi, in Arato-D'Atorre-Fabiani, *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2020, pp. 124 e ss.

MARRI, L'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo liquidatorio. Spunti di riflessione, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 593 e ss.

A. ROSSI, Dagli assetti adeguati alla responsabilità degli organi sociali nel Codice della crisi (Appunti per una lezione), in Dirittodellacrisi.it, 13 giugno 2023.

LA FUSIONE DELLE SOCIETÀ COME STRUMENTO DI CORPORATE RESCUE E LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE DELLA SOCIETÀ INCORPORATA *

EDMONDO TOTA

Sommario: 1.- Premessa: l'inquadramento della fusione delle società nello schema della successione per causa di morte. Come si confonde nella nostra giurisprudenza la vivacità festosa di un 'matrimonio' con l'atmosfera lugubre di un 'funerale'. 2.- La regola di diritto giurisprudenziale dell'autonoma fallibilità della società incorporata entro un anno dalla cancellazione del registro delle imprese: un nonsense upon stilts. Accade che, confondendo il 'matrimonio' tra la società incorporata e la società incorporante con il 'funerale' dell'incorporata, si presuppone, senza dichiararlo, un diritto dei creditori sociali alla separazione del patrimonio della società 'defunta' da quello della società 'erede' e s'immagina, senza dimostrarla, la vigenza di una norma sulla cancellazione dal registro delle imprese della società 'defunta' la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dalla legge. 3.- Dal Code de commerce di Napoleone al Codice di commercio italiano del 1882: il fallimento del «commerciante che si sia ritirato dal commercio» e il diritto che «venga un momento in cui egli acquisti la certezza di non esser più disturbato». 4.- Interferenze tra diritto dell'impresa e diritto delle società: il problema dell'applicazione dell'art. 690 cod. comm. (del principio di certezza della condizione giuridica del commerciante che si è ritirato dagli affari) alle società commerciali nelle opinioni di Bonelli, Sraffa, Candian e Carnelutti. 5.- L'avvento della legge fallimentare e il successo nella giurisprudenza della teoria della completezza della liquidazione in senso sostanziale di Angelo Sraffa: la (dis)applicazione dell'art. 10 l. fall. nei confronti delle imprese organizzate in forma societaria. 6.- L'avversione della dottrina commercialistica nei riguardi della teoria della liquidazione in senso sostanziale e l'estensione del principio di certezza della condizione giuridica dell'imprenditore individuale (e dei soci illimitatamente responsabili) a favore (degli amministratori, dei managers e dei soci) delle società a rischio limitato: cessazione dell'attività d'impresa

* Il contributo è stato sottoposto alla valutazione di un relatore ed è destinato a un volume collettaneo diretto da Stefano Ambrosini, Sabino Fortunato e Stefania Pacchi.

organizzata in forma societaria e cancellazione dal registro delle imprese. 7.- Varietà e variabilità degli effetti estintivi associati al sintagma «estinzione della società»: l'«estinzione della società in liquidazione» e la fine per esaurimento dell'operazione societaria secondo il diritto nazionale (artt. 2312 e 2495 cod. civ.). 8.- Il divario incolmabile tra la fine dell'operazione societaria governata dal diritto interno e l'«estinzione (cessazione) delle società» partecipanti al merger nel diritto societario europeo: la fusione come «scioglimento senza liquidazione» nella disciplina di armonizzazione e la tradizione giuridica continentale nella dottrina di Umberto Navarrini, Enrico Soprano e Giuseppe Ferri. 9.- Conclusioni: la tesi dell'autonoma fallibilità della società incorporata conduce all'apertura di una liquidazione concorsuale senza accertamento dell'insolvenza attuale del debitore in contrasto con il diritto nazionale della crisi e dell'insolvenza. La tesi criticata comporta altresì una violazione manifesta del diritto societario europeo risolvendosi nell'arbitrario disconoscimento degli effetti giuridici prodotti da un merger che si è validamente perfezionato con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese. Inadeguatezza e naïveté dell'inquadramento della fusione nello schema della successione a causa di morte.

Abstract: Il saggio analizza la fusione delle società come strumento di salvataggio aziendale, con particolare attenzione agli effetti giuridici sulla società incorporata, inclusa la sua liquidazione giudiziale. Viene esaminata la visione della fusione come successione per causa di morte e criticata la teoria della fallibilità autonoma della società incorporata. Il lavoro approfondisce le implicazioni giuridiche, mettendo in evidenza le differenze tra il diritto nazionale e quello europeo, e propone una concezione della fusione come "scioglimento senza liquidazione" per promuovere la continuità aziendale, contestando le teorie che prevedono la liquidazione concorsuale della società incorporata.

Parole chiave: Fusione delle società, corporate rescue, liquidazione giudiziale, successione per causa di morte, fallibilità autonoma, diritto societario europeo, continuità aziendale.

Abstract: The paper analyzes company mergers as a tool for corporate rescue, with particular focus on the legal effects on the absorbed company, including its judicial liquidation. It reviews the concept of mergers as succession by death and critiques the theory of the autonomous bankruptcy of the absorbed company. The paper delves into the legal implications, highlighting the differences between national and European law, and proposes the view of mergers as "dissolution without liquidation" to support

business continuity, challenging theories that foresee the bankruptcy liquidation of the absorbed company.

Keywords: Company mergers, corporate rescue, judicial liquidation, succession by death, autonomous bankruptcy, European corporate law, business continuity.

1.- Accade talora – avvertiva Francesco Ferrara sr. nel suo glorioso Trattato di diritto civile italiano – che «un caso giuridico dimostra sperimentalmente che una teoria è errata o unilaterale, e quindi sgretola al contatto de' fatti l'edificio faticosamente elevato dai teorici per via d'astrazioni»¹. Succede d'altra parte assai spesso – ha notato da par suo Floriano d'Alessandro – che le difficoltà che s'incontrano nel risolvere un problema giuridico e il fatto che per risolverlo siano avanzate le soluzioni più diverse e inconciliabili dipendono dall'imperfetta o ambigua formulazione del problema che s'intende esaminare; dalla circostanza, cioè, che l'apparente identità della sua espressione linguistica «sia solo non più di un'illusione, in quanto appunto quell'unica espressione linguistica sia stata in effetti interpretata da ciascuno in modo diverso»². Può darsi inoltre che qualche volta tali evenienze convergano combinandosi tra loro. Potrà aversi allora che un caso giuridico dimostri sperimentalmente che una teoria – o una sua particolare applicazione – è errata o unilaterale perché ad esser viziata dall'origine è la stessa definizione del problema che con quella teoria si vuole spiegare: è questo, come apparirà più chiaro al termine dell'indagine, il difetto vistoso che affligge quell'orientamento della Corte di Cassazione il quale, muovendo aprioristicamente da certe premesse teoriche riguardanti la “natura” della fusione delle società (i.e. il suo aspetto estintivo), riconosce la possibilità di dichiarare il fallimento (liquidazione giudiziale) di una società che sia stata incorporata in un'altra, malgrado la positiva conclusione del procedimento di incorporazione; là dove un esame un poco più accurato del procedimento di fusione e degli effetti giuridici che all'atto di fusione si ricollegano consentirà di dimostrare che l'opinione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, oltre a porsi in contrasto con il diritto interno dell'insolvenza e violare apertamente il diritto societario europeo, è viziata da un fraintendimento di fondo che risente delle primitive concezioni dottrinali³ che nella seconda

1 F. Ferrara sr., Trattato di diritto civile italiano, Roma, 1920, 249.

2 F. d'Alessandro, Persone giuridiche e analisi del linguaggio, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Milano, 1968, successivamente ripubblicato in Persone giuridiche e analisi del linguaggio, Padova, 1989, 36-37 da cui si cita.

3 Un'eco di quelle tendenze si trova in N. Coviello, Manuale di diritto civile italiano, Milano, 1915, 235-237, il quale a proposito della sorte del patrimonio della persona giuridica estinta

metà del XIX secolo⁴ risolvevano la fusione delle società, intesa come causa di estinzione della persona giuridica, in una vicenda analoga alla successione per causa di morte⁵.

Dalle vecchie costruzioni dottrinali elaborate nel vigore delle legislazioni che, in modo più o meno incerto e lacunoso, avevano per prime regolato in Europa le operazioni di merger e che concepivano «la sostanza della fusione come la successione di una persona giuridica nel patrimonio di una persona giuridica estinta», identificando nell'estinzione della società «il presupposto logico e necessario della successione nel patrimonio, così come la morte della persona fisica costituisce il presupposto logico e necessario della successione ereditaria»⁶, nasce, infatti, la grave confusione ancor'oggi assai diffusa nella nostra giurisprudenza tra gli effetti estintivi prodotti inter alia (ex art. 1321 cod. civ.) dal contratto di fusione, con cui si realizza l'integrazione degli elementi personali e patrimoniali di una pluralità di organismi societari, e che risultano

individuava iure successionis nello Stato, per analogia con la morte della persona fisica priva di altri successibili, l'ultimo successore degli enti di diritto privato, in mancanza di 'eredi' designati dalla legge o di diverse indicazioni nell'atto costitutivo o nell'atto di fondazione. Del problema della capacità di testare delle persone giuridiche e dell'applicazione delle norme in materia di «successione mortis causa» nell'ipotesi di estinzione della persona giuridica discutevano ancora M. Allara, *Il testamento*, Padova, 1936, 73 ss. e L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1955, 278 ss. ove altri riferimenti.

4 Un'esposizione accurata delle diverse ricostruzioni dell'istituto formulate dalla dottrina italiana ed europea tra la fine dell'ottocento e gli anni '30 del novecento si trova in G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, 12 ss. e 32. Per il rilievo che la natura della fusione «era vista sotto un angolo visuale tutto particolare e individuata in base ai principi generali in quanto la legge si occupava scarsamente della disciplina della fusione stessa» e si doveva perciò procedere «per accostamento analogico» «alla successione a titolo universale [per causa di morte] in quanto vi era l'estinzione di un soggetto [...] mentre tutti i rapporti attivi e passivi confluivano in un diverso patrimonio prefissato come patrimonio successore», E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero od operanti all'estero*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1965, 99-100.

5 L'assimilazione della fusione alla successione per causa di morte è stata di recente rivitalizzata da Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970 p. 34-35 dove si legge appunto che la fusione «realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione mortis causa». Nello stesso senso tra le tante, Cass. sez. I civ., 18 maggio 2023, n. 13685, Cass. sez. I civ., 12 novembre 2019, n. 29256, Cass. sez. I civ., 11 novembre 2015, n. 22998, Cass. sez. I civ., 19 maggio 2011, n. 11059, Cass. sez. I civ., 20 settembre 2010, n. 19847, Cass. sez. I civ., 16 febbraio 2007, n. 3695, Cass. sez. I civ., 19 ottobre 2006, n. 22489, Cass. sez. I civ., 25 gennaio 2006, n. 1413, Cass. sez. I civ., 6 maggio 2005, n. 9432, Cass. sez. II civ., 25 novembre 2004 n. 22236, Cass. sez. I civ., 15 giugno 2004 n. 11269, Cass. sez. III civ., 16 gennaio 2004 n. 554, Cass. sez. I civ., 11 aprile 2003 n. 5716, Cass. sez. I civ., 2 aprile 2002 n. 4679, Cass. sez. I civ., 22 giugno 1999 n. 6298, Cass. sez. I civ., 22 settembre 1997 n. 9349.

6 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 12 ss.

pertanto indispensabili ad attuare, con forza vincolante tra le parti, le decisioni di accorpamento delle strutture organizzative delle società partecipanti (i.e. l'accorpamento degli organi, delle competenze e dei relativi processi deliberativi, amministrativi, dichiarativi, di controllo, ecc.) e a rendere operativa, anche nei riguardi dei terzi, la rinuncia delle singole società coinvolte nell'aggregazione all'autonoma capacità giuridica di cui esse godevano prima della fusione, da un lato; e il fenomeno tutt'affatto diverso della 'morte' della società ovvero, fuori dal linguaggio figurato, della «estinzione della società in liquidazione» regolata negli artt. 2132 e 2495 cod. civ., dall'altro⁷. Vicenda, quest'ultima, che a differenza della fusione, governata dal diritto societario europeo, segna per il diritto nazionale la fine sotto ogni aspetto dell'operazione societaria per l'integrale l'esaurimento dei suoi effetti, determinando il venir meno del rapporto tra i soci, la distruzione del vincolo di destinazione del patrimonio sociale e la perdita del diritto di preferenza dei creditori sociali sui beni della società, la cessazione dell'attività economica comune, la fine della condizione di alterità tra il gruppo organizzato e le persone dei soci uti singuli, l'estinzione dei meccanismi di produzione e imputazione dell'azione di gruppo, etc..

Senonché la confusione continuamente operata dalla Corte di Cassazione tra la vivacità festosa di un 'matrimonio' (la fusione delle società) e l'atmosfera lugubre di un 'funerale' (l'estinzione dell'organismo societario al termine della liquidazione)⁸, frutto di una fedeltà inconsapevole alle più ingenuie visioni antropomorfe dell'istituto elaborate nel XIX secolo, pregiudica alla base, come si vedrà, l'intera impostazione del problema riguardante la "natura" della fusione – vale a dire il problema dell'esatta individuazione degli effetti estintivi del merger e del rapporto con gli altri effetti giuridici prodotti dall'operazione di integrazione societaria – e perciò stesso anche le premesse teoriche su cui si fonda la tesi della cosiddetta fallibilità della società incorporata.

7 L'equivoco accostamento tra gli effetti estintivi del negozio di fusione e l'estinzione della società in liquidazione si manifesta ripetutamente in Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit. e nelle sentenze della Corte che saranno indicate in seguito.

8 Per l'affermazione che la fusione è atto di vita e di vitalità e non atto a causa di morte E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero od operanti all'estero*, cit., 105; v. anche nella manualistica più autorevole G. Cottino, *Diritto commerciale*, v. 1, t. 2, Padova, 1994, 753, per il rilievo che la fusione è fenomeno «di concentrazione, di crescita, di vita; e non di morte» che passa «per il momento formale dell'estinzione (ma non, significativamente, della liquidazione) solo perché non può sopravvivere come entità giuridica a sé stante [...] una società la cui azienda ed il cui patrimonio si sono compenetrati con quelli di un'altra, sicché di due o più organismi finanziari, produttivi o di scambio se ne è fatto uno solo».

2.- E così a più di ottant'anni dall'abrogazione del codice di commercio il quale proclamava, nella Sezione V, del Titolo IX del Libro I, lo «scioglimento» delle società commerciali «per la fusione con altre società» (art. 189 n. 7 cod. comm. e anche gli artt. 194 e 196 là dove si discorreva di società che «per effetto della fusione cessano di esistere» e di «società estinte»), e a distanza di quasi un secolo dall'autorevole insegnamento di Cesare Vivante che sotto l'impero di quel codice poteva affermare perentoriamente che vi «è fusione quando una società si scioglie scomparendo in un'altra: senza scioglimento non vi è fusione»⁹, capita ancor'oggi di leggere per la soluzione delle questioni più varie che la nostra giurisprudenza talora aderisca alla veneranda dottrina del diritto commerciale¹⁰ secondo cui la fusione «estingue la società incorporata» (Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970), talora accolga l'altra, più recente dottrina, che, a partire dagli anni '60 del novecento, aggiornando alla luce della nuova regolamentazione dell'istituto contenuta nel codice civile le fondamentali sistemazioni compiute sotto il codice di commercio da Umberto Navarrini, Enrico Soprano e Giuseppe Ferri¹¹, inquadra il fenomeno come «una vicenda meramente evolutiva-modificativa» delle società coinvolte nell'operazione di merger (Cass. sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).

9 C. Vivante, *Le società commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1928, vol. II, 474, il quale nell'illustrare gli effetti della fusione scriveva (p. 480): «Divenuta operativa la fusione, la società che si fonde cessa di esistere, perde la sua personalità giuridica, il suo nome, il suo patrimonio, i suoi amministratori; la nuova società ne piglia il posto come un successore a titolo universale. La proprietà e il possesso di tutti i beni che già appartennero alla società estinta passano nell'altra: mortuus facit vivum possessorem [...]: il trasferimento del patrimonio (universitas juris) produce il trasferimento di tutti i crediti che lo compongono e delle loro garanzie mobiliari e immobiliari. Insieme all'attivo passano nella società superstite i debiti che ne sono l'inseparabile compagnia [...]. La società superstite diviene debitrice in proprio come continuatrice della società estinta, e quindi risponde dei debiti con tutto il suo, anche oltre il valore dell'azienda trasferita nel suo patrimonio».

10 Nel vigore del codice di commercio del 1882 vi fu sostanziale accordo tra gli scrittori sull'efficacia estintiva della fusione, mentre assai incerto fu l'inquadramento complessivo dell'istituto nel quale l'effetto estintivo si collocava: oltre a C. Vivante, *Le società commerciali*, cit.; A. Marghieri, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, a cura di Ascoli, Bolaffio, Caluci, Cuzzi, Marghieri, Mortara, Supino, Tartufari, Vivante, Verona, 1904, vol. III, 405 ss.; U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Commentario al codice di commercio*, a cura di Bensa, Bonelli, Brunetti, D'Amelio, Navarrini, Sraffa e altri, Milano, 1924, vol. II, 737 ss.; T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933, 264-266; E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, Torino, 1934, 898 ss.; G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit..

11 Si allude a U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit. e a G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit.. E sulla traccia di questi scrittori immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice civile, anche V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1949, Vol. 1, 402.

Dell'annosa disputa, nata sotto l'impero del codice di commercio e proseguita con l'avvento del codice civile, attorno alla "natura giuridica" della fusione¹², se questa, cioè, vada costruita come una modificazione degli atti costitutivi delle società che si fondono¹³ oppure si configuri alla stregua di una vicenda estintivo-successoria delle società partecipanti¹⁴, come sembrava ancora emergere dall'art. 2502, comma 4, del codice civile del 1942 e dall'art. 2504-bis, comma 1, introdotto dall'art. 13 d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, prima della sua riformulazione ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003 – il quale ha eliminato ogni riferimento testuale alle «società estinte» –, non sarebbe forse il caso di occuparsi se si condivide l'ammonimento a non sopravvalutare l'importanza delle classificazioni dogmatiche¹⁵ e si sia sufficientemente avvertiti che, in tema di fusioni, l'alternativa tra contrapposte opzioni ricostruttive, malgrado decenni di discussioni, non si è mai rivelata particolarmente produttiva, «nel senso che la soluzione di determinate questioni può risultare in concreto indipendente o

12 Per una rassegna delle posizioni della dottrina nel vigore del codice civile, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Le società*, Torino, 2001, vol. 2, 574 ss., F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 893 ss., G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., 752-754 e F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 760; in forma più estesa, N. Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, Enc. dir., 1992, 1048 ss. e dopo la riforma del diritto societario, M. Perrino sub art. 2501, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Nicolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. 3, Napoli, 2004, 1933-1936; C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, vol. 7, t. 1, 41 ss..

13 Per la qualificazione della fusione come vicenda modificativa delle società partecipanti alla fusione, con accenti diversi, soprattutto C. Santagata, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, id. C. Santagata., *La fattispecie della fusione*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni-Griffi, Roma, 1995, 1 ss.. e più di recente id. *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero od operanti all'estero*, cit., 99 ss. e sulle orme di quegli autori F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, sempre in *Commentario del codice civile*, cit., 1967, 352 ss. e id. *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, Padova, vol. 3, t. 2, 1990, 479 ss; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1985, 282 ss.. Nella manualistica, F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit., G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit.

14 Per la dottrina tradizionale, A. De Gregorio, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori e società*, Roma, 1949, 672, A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1957, 377. Nella dottrina più recente, G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2023, 563 ss. e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Le società*, cit., con ampie indicazioni; per riferimenti della letteratura più recente, D. Vattermoli, *La fusione*, in *Diritto delle operazioni straordinarie*, a cura di A. Nigro, Bologna, 2022, 110-114.

15 G. Ferri jr., *In tema di fallimento di società totalmente scissa*, Riv. dir. comm., 2020, 1 ss.

non essere necessariamente condizionata dalla scelta “di vertice” fra teoria estintivo-costitutiva e teoria modificativa»¹⁶.

Di quella disputa, si diceva, non sarebbe dunque necessario darsi pensiero se non fosse che muovendo dalla premessa teorica secondo cui la fusione per incorporazione provoca l'estinzione della società incorporata, abbracciata recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per ricavarne la condivisibile regola iuris che l'incorporata «non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore», perde, cioè, la capacità di convenire o essere convenuta in giudizio così come la capacità di impugnare o essere destinataria di impugnazioni (Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit.), la stessa Corte ha poi tratto l'ulteriore illazione, manifestamente arbitraria, che «la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'art. 10 l. fall., entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese» (Cass., sez. I civ., 23 maggio 2024 n. 14414 e Cass. sez. I civ., 3 luglio 2024, n. 18261, Cass. sez. I civ., 2 marzo 2023 n. 6324, nonché la stessa Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit., e più indietro nel tempo in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 10 l. fall. già Cass., sez. I civ., 1 febbraio 2007, n. 2210 e Cass., sez. I civ., 19 giugno 1996 n. 5679).

E se non fosse che l'utilizzo poco meditato da parte della nostra giurisprudenza di legittimità di argomenti ricavati deduttivamente da questa o quell'altra ricostruzione dottrinale dell'istituto – ricostruzioni a loro volta per lo più inadatte, per la prospettiva unilaterale con la quale sono adottate dalla stessa giurisprudenza, a tradurre in termini giuridicamente appropriati la complessità del fenomeno che vorrebbero inquadrare –, non presenta soltanto l'inconveniente, tutto sommato trascurabile, di favorire applicazioni della legge formalistiche o piuttosto stravaganti come quella che, muovendo dall'accostamento della fusione di società alla morte della persona fisica, talvolta giustifica l'interruzione del processo di cui sia parte l'incorporata; o come quell'altra che, al contrario, ponendo l'accento sugli effetti meramente modificativi della fusione, afferma la perdurante capacità delle società fuse di

¹⁶ Così G. Scognamiglio, *Le scissioni*, Trattato delle società per azioni, cit., 2004, vol. 7, t. 2, 125. Recentemente anche M.S. Spolidoro, *Fallimento della società scissa nella scissione totale (con uno sguardo alla fusione)*, *Le società*, 2020, 680 e D. Vattermoli, *La fusione*, cit., 111. Nella manualistica, P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2023, 687. Per il rilievo che, in tema di trasformazione, la classificazione dell'istituto come vicenda modificativa o, invece, come vicenda estintiva del soggetto trasformato con creazione di nuovo soggetto, si manifesta, in sé stessa, «non risolutiva per i fini dell'applicazione dell'art. 10 l. fall.» anche Cass. sez. I civ. 22 ottobre 2020 n. 23174, Cass., sez. I civ., 29 maggio 2020, n. 10302 e Cass., sez. I civ., 25 gennaio 2021, n. 1519.

prender parte ai processi¹⁷; ma produce anche il serio pericolo di decisioni inefficienti e, in ultima analisi, dannose qual è appunto quella che, incurante di qualsiasi principio di razionalità economica, predica l'assoggettività al fallimento (liquidazione giudiziale) della società incorporata indipendentemente dal dissesto (e dalla dichiarazione di fallimento) dell'incorporante. Soluzione, quest'ultima, chiaramente assurda e contraria al sistema della legge poiché mette capo ad una pronuncia di liquidazione giudiziale senza il rigoroso accertamento dell'insolvenza attuale del «debitore», cioè dei gruppi sociali integrati nella struttura organizzativa unitaria dell'incorporante (ex art. 2504-bis, comma 1, cod. civ.), da svolgersi tenendo conto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria risultante dalla combinazione dei patrimoni delle società che partecipano all'operazione; e che, come si vedrà meglio in seguito, si pone anche in contrasto con i vincoli che derivano dal diritto societario europeo (art. 2507 cod. civ.) giacché, secondo la disciplina armonizzata dell'istituto, per effetto della fusione, da un canto, si produce «il trasferimento [rilevante] tanto tra la società incorporata e la società incorporante quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante» nonché la partecipazione dei soci dell'incorporata al capitale dell'incorporante; per altro verso, come indispensabile corollario del passaggio dell'intero patrimonio dell'incorporata all'incorporante e dell'unificazione delle collettività sociali, accade che la «società incorporata si estingue» nel senso che sarà precisato più avanti (art. 105, par. 1, lett. a) e c), della direttiva UE 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017).

Si tratta per di più – e qui sta il punto – di una soluzione che, senza procurare alcun apprezzabile beneficio ai creditori delle società coinvolte nella fusione, di fatto, con la minaccia degli effetti disgregativi che la liquidazione forzata è in grado di provocare ex post sul patrimonio dell'incorporante, ostacola senza ragione l'impiego di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento delle crisi e il recupero della continuità aziendale (ex art. 2086 cod. civ.), rendendo più costose le soluzioni stragiudiziali di risanamento delle imprese.

Vero è che quell'opinione giurisprudenziale, fondata sull'idea che l'art. 10 l. fall. «attraverso una fictio iuris (e in perfetta equiparazione al debitore persona

¹⁷ Per l'invito a trattare per quanto possibile i problemi che si annodano al fenomeno degli enti collettivi indipendentemente dalla nozione che si accolga della persona giuridica così da affrontare ciascuna questione «esclusivamente (o almeno principalmente) sulla base delle singole norme che alla sua soluzione concorrono, piuttosto che sulla base di un'automatica deduzione da un precostituito concetto di persona giuridica» G. Pellizzi., *Soggettività giuridica*, Enc. giur., Roma, 1994 e id. *Saggi di diritto commerciale*, 1988, 61 ss. da cui si cita.

fisica), sancisce la fallibilità anche degli imprenditori collettivi, e segnatamente delle società – quand’anche “estinte” a seguito di incorporazione, fusione o scissione totalitaria – entro il termine di un anno dalla loro cancellazione dal registro delle imprese» (così Cass., sez. I civ., 23 maggio 2024 n. 14414 cit. sulle orme di Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970), appare già a prima vista, per usare una celebre formula di Jeremy Bentham, null’altro che un nonsense upon stilts¹⁸, al pari di quella con cui si pretendesse di proclamare l’immortalità dell’incorporata nonostante la fusione in un’altra società – e così la sua esposizione sine die al rischio della liquidazione giudiziale – con l’argomento che la fusione opera esclusivamente una modificazione dell’organismo societario senza toccarne l’esistenza nel traffico giuridico o per il motivo che le società che si fondono sopravvivono al merger conservando ad aeternum la loro individualità giuridica¹⁹.

Che quell’orientamento della giurisprudenza abbia tutta la consistenza di un nonsense lo dimostra, infatti, sin dall’inizio, lo scopo di tutela che la Corte di Cassazione dichiara di voler assegnare all’art. 10 l. fall.: si è detto a tale proposito, riprendendo le conclusioni formulate dall’ufficio della Procura generale, che «la presenza di un soggetto che, a seguito di successione o trasformazione, possa rispondere dei debiti non implica in sé il soddisfacimento dei creditori, [i quali] non possono perdere, per un’iniziativa del debitore, l’ampia tutela che è assicurata dal concorso fallimentare, nella convinzione che, diversamente ragionando, si giungerebbe “al riconoscimento alla società di un efficace strumento -la fusione- per sottrarsi, in caso di dissesto, al fallimento ed alle sue regole”». E si è aggiunto che l’art. 10 l. fall. mira perciò, tra l’altro, «a tutelare il ceto creditorio da eventuali comportamenti potenzialmente in grado di diminuire o affievolire la responsabilità dell’imprenditore ex art. 2740 c.c.», osservando che «la fusione per incorporazione, pur dando continuità ai rapporti giuridici in essere, arreca un potenziale pregiudizio al ceto creditorio della società fusa, che si trova a concorrere sul patrimonio di quest’ultima unitamente ai creditori dell’incorporante» (così sempre Cass., sez. I civ., 23 maggio 2024 n. 14414 cit. e già Cass., sez. I civ., 19 giugno 1996 n. 5679).

18 J. Bentham, *Anarchical fallacies, being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*, London, 1796, 8.

19 Così già E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società*, cit. 115, ove l’osservazione che si rivela «errata per eccesso [...] quella pur perspicua dottrina [P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, 451] per la quale le società sopravvivono alla fusione conservando la loro individualità. Sotto tale teoria sta l’intuizione dell’eccessività inaccettabile della dottrina dell’estinzione-creazione, ma non si dà una spiegazione accettabile del fenomeno in quanto fondersi è assai meno di estinguersi [...] ma è più che conservare inalterata la propria individualità».

Si è però da più parti osservato che l'impostazione così adottata dalla Corte solleva notevoli perplessità. È apparsa, infatti, anzitutto ingiustificata l'opinione, implicita in quell'orientamento, che con la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale possano conseguirsi effetti demolitori o revocatori di una fusione che ha già interamente prodotto, tra le parti e nei riguardi dei terzi, le conseguenze previste dalla legge²⁰. Si è notato inoltre che l'apertura della liquidazione giudiziale della società incorporata dovrebbe determinare la ricostituzione della sua massa attiva e passiva in contrasto con il principio, sancito dall'art. 2504-quater cod. civ., secondo cui gli effetti della fusione diventano irrettrabili una volta che si siano regolarmente prodotti a far data dall'ultima iscrizione dell'atto conclusivo del procedimento; principio da cui dovrebbe derivare il corollario della irrevocabilità del trasferimento dell'universum jus a favore della società incorporante²¹. Si può aggiungere poi

20 A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nelle procedure di composizione e soluzione delle crisi d'impresa*, in *Diritto delle operazioni straordinarie*, cit., 420-421 il quale osserva che contrariamente a quanto mostra di ritenere la Cassazione «il meccanismo disegnato dall'art. 33 non ha e non può avere alcuna portata 'demolitoria' o 'revocatoria' degli effetti determinati dalla vicenda che ha portato alla cancellazione della società». E già G. Bonelli, *Del fallimento*, Commentario al codice di commercio, a cura di E. Bensa, A. Bruschettoni, G. Bonelli, L. Franchi, P. Manfredi, U. Navarrini, C. Pagani, G. Segré, A. Sraffa, Milano, vol. VIII, t. 1, 1923, 252-253.

21 Così G. Scognamiglio, *Le scissioni*, Trattato delle società per azioni, cit., 299. Allo stato, appare piuttosto incerto se la forza del principio di stabilità degli effetti giuridici delle fusioni e delle scissioni, sancito dal diritto societario europeo, sia stata disattesa, in tutto o in parte, o se sia stata implicitamente confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 30 gennaio 2020 nella causa C-384/18, nella parte in cui ha statuito che l'art. 19 della direttiva 82/891, il quale prevede il regime delle nullità della scissione, "deve essere interpretato nel senso che esso non osta all'introduzione, dopo la realizzazione di una scissione, da parte di creditori della società scissa, di un'azione pauliana che non intacchi la validità della scissione, ma soltanto consenta di rendere quest'ultima inopponibile a tali creditori". Qui basterà osservare che la Corte di Giustizia è giunta a questa conclusione sul presupposto che "l'azione pauliana promossa dai convenuti nel procedimento principale, sul fondamento dell'articolo 2901 del codice civile, consente soltanto di rendere inopponibile nei loro confronti la scissione in questione e, in particolare, il trasferimento di taluni beni di cui all'atto di scissione. Tale azione non incide sulla validità della scissione, non comporta la sua scomparsa e non produce effetti nei confronti di tutti". Conseguenze del tutto diverse è invece destinata a produrre potenzialmente la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o l'esercizio vittorioso dell'azione revocatoria ordinaria nella liquidazione giudiziale (art. 165 CCII): qui non si tratta, infatti, di rendere inopponibile ad alcuni creditori (i creditori che hanno promosso la revocatoria) il trasferimento di taluni beni in modo da consentirgli di proporre azioni esecutive o conservative sui beni trasferiti, quanto piuttosto di demolire con effetti reali (arg. ex art. 171, comma 2, CCII) il passaggio dell'universum jus dall'incorporata all'incorporante, negando nel suo complesso uno degli effetti essenziali del merger – il trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo rilevante tanto tra l'incorporata e l'incorporante quanto nei confronti dei terzi (art. 105, par. 1, lett. a) della dir. UE 2017/1132 – a favore della generalità dei creditori della incorporata. Per un

che risulta sfornita di basi positive nel sistema del diritto societario come nel diritto dell'insolvenza l'idea che possa riconoscersi in favore dei creditori della società incorporata un diritto alla separazione del patrimonio dell'incorporata dal patrimonio dell'incorporante, da esercitarsi dopo l'attuazione del merger, analogo al diritto di separazione accordato ai creditori del defunto (ex art. 512 cod. civ.); e, infatti, a differenza di quanto accade per i creditori del defunto e proprio per tutelare i creditori delle società partecipanti alla fusione – si badi tutti i creditori sociali e non solo quelli dell'incorporata – dal pericolo specifico che può derivare dalla confusione dei patrimoni²² delle singole entità societarie coinvolte nell'operazione, la legge predispone l'apposito rimedio ex ante dell'opposizione (art. 2503 cod. civ.)²³, con cui si realizza una «una partecipazione, particolarmente conformata, dei creditori sociali al

rilievo analogo, D. Latella, *La revocatoria della scissione societaria. Una lettura sistematica*, Torino, 2022, 123 ss.

22 D. Latella, *La revocatoria della scissione societaria. Una lettura sistematica*, cit., 89, per l'analogo rilievo che nella scissione «il potenziale pregiudizio [derivante dalla confusione dei patrimoni] riguarda tanto i creditori della società scissa – le cui ragioni di credito siano imputate per effetto della scissione alla beneficiaria –, tanto quelli della beneficiaria preesistente: entrambi i ceti creditori, infatti, possono subire un pregiudizio in ragione del concorso che si viene così ad instaurare a seguito della confusione dei patrimoniali prodottasi».

23 A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nelle procedure di composizione*, cit., e F. Corsi, *Fallimento post-incorporazione? Un abbaglio*, *Giur. comm.* 2018, 296, ove il rilievo che «la tutela dei creditori (tanto dell'incorporante quanto dell'incorporanda) è affidata dall'art. 2503 alla possibilità di opporsi alla fusione (quanto invece va da sé che i creditori sia dell'erede che dell'imprenditore defunto non avrebbero mai avuto la possibilità di opporsi ... al suo decesso)». Nello stesso senso già G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., Cass., n. 23174/2020 e Cass., n. 1519/2021 obiettano che «lo strumento di tutela dei creditori dato dall'opposizione [...] non può in alcun modo considerarsi sostitutivo di quello rappresentato dal fallimento, posto che, per la categoria dei creditori anteriori alla trasformazione, [l'opposizione] appronta una tutela di intensità sensibilmente inferiore». Ora, è certo, come afferma la Cassazione, che lo strumento dell'opposizione dei creditori e quello del fallimento stanno su piani completamente diversi e producono effetti incomparabili; ed è certo altresì l'opposizione non possa considerarsi un rimedio sostitutivo né la mancata opposizione avere un'efficacia preclusiva dell'azione del creditore volta ad ottenere l'apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio del debitore. Ciò che deve radicalmente contestarsi è invece che il principio dell'autonoma fallibilità della società incorporata possa essere giustificato razionalmente con la motivazione che «la fusione per incorporazione [...] arreca un potenziale pregiudizio al ceto creditorio della società fusa, che si trova a concorrere sul patrimonio di quest'ultima unitamente ai creditori dell'incorporante», giacché il tipo di pregiudizio che, nel pensiero della Corte, dovrebbe fondare l'assoggettabilità dell'incorporata alla liquidazione giudiziale (il pericolo del concorso dei creditori dell'incorporante) certamente non rientra tra gli obiettivi di tutela della dichiarazione di apertura della liquidazione concorsuale e tanto meno tra gli scopi della disposizione dell'art. 10 l. fall. o dell'art. 33 CCII, bensì, appunto, costituisce il pregiudizio specifico per il quale sono apprestati il rimedio ex ante dell'opposizione ed eventualmente, laddove se ne riconosca l'ammissibilità, la misura ex post dell'azione revocatoria.

procedimento di fusione»²⁴. L'attribuzione in favore dei creditori sociali di un rimedio preventivo, da esercitarsi entro un termine perentorio, diretto specificamente a scongiurare la confusione dei patrimoni delle società partecipanti al merger impedisce, infatti, di ipotizzare l'esistenza di un rimedio ulteriore suscettibile di essere invocato in via successiva, dopo la scadenza di quel termine, e rivolto al medesimo scopo. Tanto lo spirare del termine previsto per l'esercizio del diritto di opposizione quanto la decisione del tribunale che riconosca infondato il pericolo di pregiudizio temuto dai creditori, d'altro canto, comportano che la fusione «può essere attuata» dalle società partecipanti (artt. 2503 e 2445, ult. comma, cod. civ.), ponendo in essere gli effetti giuridici caratteristici dell'operazione, compresa la successione dell'incorporante nei debiti dell'incorporata (art. 2504-bis cod. civ.), con forza vincolante nei confronti dei terzi (art. 105, par. 1, lett. a), dir. 2017/1132). Attuata la fusione con la pubblicità del relativo atto nel registro delle imprese, ogni pretesa dei creditori deve pertanto essere necessariamente fatta valere nei confronti della società incorporante e divengono inammissibili le azioni di qualunque natura rivolte nei confronti dell'incorporata senza la previa rimozione degli effetti giuridici dell'operazione.

Si è inoltre da tempo spiegato che il convincimento secondo cui, sbarrando la strada al fallimento dell'incorporata, si consegnerebbe ai privati «un efficace strumento [...] per sottrarsi, in caso di dissesto, al fallimento ed alle sue regole», è sicuramente errato e comporta, nonostante le apparenze, un'indebita compressione della tutela dei creditori sociali: infatti, là dove l'insolvenza dell'incorporata finisca per propagarsi alla società incorporante (cioè ai gruppi sociali unificati con la fusione), quest'ultima sarà assoggettata al fallimento e alle sue regole, comprese i) le disposizioni penali, applicabili senz'altro, oltre il termine di un anno dall'iscrizione dell'atto di fusione, anche nei confronti degli amministratori e dei sindaci dell'incorporata che siano cessati in conseguenza della fusione per i fatti di bancarotta commessi nella gestione del patrimonio dell'incorporata (Cass. sez. V pen., 13 novembre 2018, n.1984); e comprese altresì ii) le norme sull'esercizio delle azioni risarcitorie, esperibili senz'altro anch'esse, oltre il termine di un anno, nei confronti degli organi cessati delle società coinvolte nel merger, nonché quelle riguardanti iii) le azioni revocatorie e recuperatorie che si trovavano nel patrimonio dell'incorporata al momento della fusione, poi confluite nel patrimonio dell'incorporante per effetto dell'operazione di aggregazione; mentre, nell'evenienza in cui l'incorporante non sia insolvente, non è ravvisabile alcuna ragione di tutela supplementare dei

24 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 181.

creditori dell'incorporata le cui pretese troveranno garanzia nel patrimonio della incorporante al pari delle pretese dei creditori originari di quest'ultima²⁵.

Al di là di queste ovvie e quasi banali considerazioni, deve osservarsi, peraltro, che laddove la protezione dei creditori dell'incorporata dal concorso con i creditori dell'incorporante rientrasse davvero tra le finalità della disposizione contenuta nell'art. 10 l. fall. (ovvero in quella dell'art. 11 l. fall. e ora degli artt. 33 e 34 CCII), si dovrebbe parimenti ammettere a termini invertiti – per non incorrere in un'ingiustificabile disparità di trattamento tra creditori dell'una e dell'altra società – la possibilità di dichiarare il fallimento separato dell'incorporante, indipendentemente dalla situazione economica, patrimoniale e finanziaria risultante dalla fusione, allo scopo di tutelare i creditori dell'incorporante dal potenziale pregiudizio determinato dal concorso dei creditori dell'incorporata. Senonché tale possibilità si trova sicuramente fuori dal perimetro dell'art. 10 l. fall. (come dell'art. 11 l. fall., ora artt. 33 e 34 CCII), atteso che la società incorporante per definizione non s'estingue. I suoi creditori dovranno dunque provarne (e il tribunale dovrà accertare) l'insolvenza secondo le regole ordinarie alla stregua della situazione che risulta dalla fusione e, in caso di liquidazione forzata, dovranno normalmente concorrere con i creditori dell'incorporata senza poter invocare la separazione dei patrimoni esistenti ante-fusione, a meno che non ricorrano gli estremi per (e sempre che si ritenga ammissibile) la revocabilità dell'operazione di merger.

Per sfuggire alle conseguenze paradossali che derivano dalla bizzarra costruzione giuridica della Corte di Cassazione sarà sufficiente allora congegnare l'operazione di salvataggio in modo che la insolvent company assuma la veste di società incorporante, anziché quella di incorporata, assegnando la veste di incorporata alla società che promuove l'iniziativa del risanamento, giacché – e in ciò si trova una plastica evidenza del divario che corre tra la fusione delle società e la morte dell'imprenditore individuale regolata dall'art. 11 l.fall. – nulla impone che, per realizzare il salvataggio di una società attraverso la sua fusione con un'altra, il ruolo di incorporante sia assunto dalla entità che promuove il risanamento.

Che l'indirizzo giurisprudenziale che si sta esaminando sia completamente inattendibile lo attesta però in termini non equivoci il rilievo decisivo che «presupposto dell'applicazione dell'art. 10 l. fall. altro non è - secondo quanto emerge pianamente dalla lettura del suo testo - che la cancellazione

²⁵ C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 45, nt. 111 e F. Corsi, *Fallimento post-incorporazione? Un abbaglio*, *Giur. comm*, cit., 296; v. pure Nigro, *Le operazioni straordinarie nelle procedure di composizione*, cit. e G. Ferri jr., *In tema di fallimento di società totalmente scissa*, cit..

dell'imprenditore dal registro delle imprese» (così Cass., sez. I civ., 23 maggio 2024 n. 14414 cit. sulle orme di Cass., sez. I civ., 21 febbraio 2020, n. 4737 in tema di fallimento della società totalmente scissa).

Al riguardo è certo, tuttavia, che nella disciplina che governa il procedimento di fusione, da un lato, non vi è alcuna traccia di una norma che prescriva la cancellazione delle società partecipanti al merger, sulla falsariga delle disposizioni dettate per la liquidazione delle società (artt. 2312 e 2495 cod. civ.); dall'altro, risulta positivamente disposta, in luogo della cancellazione, l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione (art. 2504 cod. civ.). Ciò che – come si vedrà – dovrebbe consigliare estrema cautela in chi vada teorizzando che la fusione determina tout court la “morte” delle società partecipanti alla fusione e, soprattutto, dovrebbe indurre chi sostiene quella tesi a precisare quale significato, eventualmente diverso da quello che emerge dalla disciplina generale delineata dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ., attribuisce al sintagma «estinzione della società» quando indica nella vicenda estintiva uno degli effetti essenziali della fusione²⁶.

Ebbene, dalla lettura del 2 comma dell'art. 2504-bis cod. civ., per dirla con la nostra Corte di Cassazione, emerge «pianamente»: i) che gli effetti giuridici dell'operazione di fusione si producono in virtù dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese; ii) che tutti indistintamente gli effetti dell'operazione si annodano a quella iscrizione; iii) che si ricollegano quindi alla pubblicità del contratto di fusione non soltanto i suoi effetti “costitutivi” e “modificativi” ma anche quelli che, per ora, possiamo designare genericamente come effetti “estintivi”; iv) che non residua in conclusione alcuno spazio per un'iscrizione ulteriore – la «cancellazione» della società incorporata – dotata di effetti giuridici autonomi e distinti rispetto a quelli prodotti dall'iscrizione dell'atto con cui si formalizza il merger²⁷. A ciò si aggiunge, sotto il profilo sistematico, che la «cancellazione» dal registro delle imprese delle società partecipanti alla fusione non rientra nel numero chiuso delle «iscrizioni previste dalla legge» (ex artt. 2188 e 2193 cod. civ.)²⁸ e che dovrebbe essere precluso all'interprete anettere analogicamente effetti estintivi a iscrizioni atipiche se si

26 La confusione tra l'estinzione della società regolata dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ. e gli effetti estintivi prodotti dall'iscrizione dell'atto di fusione, basata sul falso presupposto che anche la società incorporata e le società partecipanti alla fusione siano cancellate dal registro delle imprese, è una costante della pronuncia resa da Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970, cit. pp. 9, 19-20.

27 Nello stesso senso in riferimento alla scissione già U. Belviso, *La fattispecie della scissione*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni-Griffi, cit., 62-63.

28 Sul principio di tipicità delle iscrizioni, C. Ibba, *Il registro delle imprese*, nel *Trattato di diritto privato diretto da G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 2021, 60 ss. ove altre citazioni.

riconosce l'autorità del principio tradizionale in base al quale «[e]ccezionalmente, e solo in quanto la legge espressamente lo dichiara [...], l'iscrizione ha efficacia costitutiva» (così la relazione al codice civile n. 903 e v. anche Cass. sez. un. 22 febbraio 2010, n. 4060)²⁹.

Osservato che, secondo quanto emerge “pianamente” dalla lettera della legge, la cancellazione dal registro delle imprese costituisce, nei termini che saranno in seguito meglio precisati, un antecedente imprescindibile per l'applicazione del regime normativo disposto dall'art. 10 l. fall. e ora dell'art. 33 CCII (come affermato da Cass., sez. I civ., 23 maggio 2024 n. 14414 cit. e da Cass., sez. I civ., 21 febbraio 2020, n. 4737) e appurato che, altrettanto “pianamente”, tale indispensabile presupposto, dato frettolosamente per scontato nelle decisioni della giurisprudenza di legittimità, risulta in realtà del tutto estraneo alla disciplina del procedimento di fusione, ogni discorso sul cosiddetto fallimento (liquidazione giudiziale) della società incorporata dovrebbe considerarsi definitivamente chiuso e non resterebbe che relegare l'orientamento della Corte di Cassazione in questa materia tra i casi d'inversione metodologica da tempo denunciati dalla dottrina commercialistica³⁰.

Senonché, da un lato, l'affermazione ripetuta senza alcun tipo di motivazione nella giurisprudenza della Corte, anche nella sua composizione più autorevole, di un dato – la cancellazione dal registro delle imprese delle società fuse – la cui

29 Diversamente, a quanto pare, C. Ibba, *Il registro delle imprese*, cit., 244, il quale, dopo aver premesso che fra gli effetti ricollegati alla fusione «è da annoverare l'effetto estintivo della società incorporata (o fusa in senso stretto [...])», afferma che pur in mancanza di una espressa previsione legislativa sarebbe doveroso provvedere alla cancellazione delle società estinte «onde evitare che l'incorporata continui a risultare esistente come tale – ossia come soggetto distinto dall'incorporante – anche a fusione avvenuta [...]». Senonché, come si è detto sopra, se con tale affermazione si vuole anettere un effetto estintivo alla cancellazione (non prevista dalla legge), l'opinione è inaccettabile perché tutti gli effetti della fusione, costitutivi, modificativi ed estintivi che siano, si producono, per l'art. 2504-bis cod. civ., in virtù dell'iscrizione dell'atto di fusione. Da un lato non potrebbe quindi associarsi alla “cancellazione” delle società fuse alcun effetto giuridico diverso da quello già prodotto dall'iscrizione dell'atto di fusione e dall'altro non sarebbe neppure ravvisabile una lacuna normativa da colmare per via di integrazione analogica. Se invece si vuole intendere che l'iscrizione della cancellazione in questo caso dovrebbe rispondere ad un'istanza di completezza informativa o di pubblicità-notizia, si può replicare che non vi è alcuna esigenza di completezza informativa dei terzi da soddisfare dato che la funzione pubblicitaria del registro delle imprese è pienamente assolta portando a conoscenza del pubblico, appunto, l'avvenuta fusione di una società in un'altra in modo che i terzi sono messi in grado di trarre dall'iscrizione dell'atto di fusione ogni elemento necessario per determinarsi nei rapporti con la società incorporante (o nei rapporti con la società risultante dalla fusione).

30 F. d'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 5-6.

esistenza è incontrastabilmente esclusa dalla legge³¹; dall'altro, la vistosa fragilità degli argomenti che quell'indirizzo giurisprudenziale ha invocato a sostegno del fallimento dell'incorporata, e, tra questi, soprattutto, l'improprio accostamento che traspare costantemente nei ragionamenti della Corte tra la fattispecie (e gli effetti) dell'estinzione della società in liquidazione, per un verso, e la fattispecie (e gli effetti) della fusione³², per altro verso, consigliano di svolgere qualche breve considerazione sul fondamento dell'art. 10 l. fall. e oggi dell'art. 33 CCII, nonché sulle ragioni di ordine storico e sistematico che ne impediscono senz'altro l'estensione alle operazioni di fusione.

3.- Codificato l'istituto del fallimento sul modello della legislazione francese come regime normativo caratteristico di una certa classe di persone formata esclusivamente da «coloro che esercita[va]no atti di commercio per professione abituale, e [dal]le società commerciali» (art. 8 cod. comm. '82 e artt. 1 e 106 cod. comm. '65), si presentò ben presto anche nel nostro ambiente giuridico il problema della perdita della qualità, di commerciante appunto, che di quel regime costituiva il presupposto soggettivo. Problema, quello se e in che limiti potesse dichiararsi il fallimento del commerciante che aveva cessato di esercitare la sua professione, che, all'indomani dell'entrata in vigore del code de commerce francese, si era egualmente agitato nella dottrina e nella giurisprudenza d'oltralpe della prima metà dell'ottocento e che, in mancanza di una regolamentazione espressa, fu inizialmente risolto in quell'esperienza nazionale³³ e poi da noi sotto il codice di commercio del 1865 alla stregua della disciplina dettata per il fallimento del commerciante defunto³⁴: si disse che così

31 Si veda ancora Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit. la quale non soltanto ripetutamente allude alla cancellazione della società incorporata o delle società fuse (pp. 9, 19, 22, 31, 33, 34, 36), ma muove l'intera sua ricostruzione da pag. 9 sull'erroneo presupposto che «occorre pur ragionare se la società originaria - sia essa liquidata, incorporata o fusa - a séguito della cancellazione dal registro delle imprese si estingua come organizzazione e come soggetto dell'ordinamento giuridico, oppure no».

32 L'accostamento con la fattispecie estintiva regolata dall'art. 2495 cod. civ. è costante e non appare limitato alla vicenda della fusione. A titolo solo esemplificativo, oltre Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit., Cass., sez. I civ., 21 febbraio 2020, n. 4737 in tema di fallimento di società scissa che «giudica rilevante [...] la disposizione dell'art. 2506 c.c., comma 3 che avvia la società scissa – che stabilisce di non “continuare la propria attività” – allo “scioglimento” dell'ente: con cancellazione della società ex art. 2495 c.c., che ne viene così a conseguire, e correlata “estinzione” della medesima».

33 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 220, nt. 4.

34 L'art. 437 cod. comm. francese modificato dalla legge del 1838 recitava al secondo e terzo comma: “La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiemens. La déclaration de la faillite ne pourra être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès”. L'art. 543 cod.

come la morte del commerciante non impediva la dichiarazione di fallimento perché è un fatto accidentale che «non può render migliore la condizione degli eredi del debitore né peggiore quella dei suoi creditori», così il commerciante che avesse abbandonato volontariamente il commercio non poteva «difendersi col pretesto di aver cangiato professione, essendo un giuoco che tutti potrebbero fare. Basta dunque che i debiti siano commerciali e contratti quando si eserciva la professione di commerciante, abbenché prima della cessazione dei pagamenti siasi cangiato mestiere»³⁵. Si osservò, peraltro, a quel tempo che, nel silenzio della legge, la giurisprudenza francese aveva bensì desunto “dalla analogia del caso della morte la possibilità d’una dichiarazione di fallimento a carico del commerciante ritirato”, ma aveva poi “arrestato l’applicazione analogica a questo punto, non credendosi autorizzata ad applicare anche il limite d’un anno prefisso (per l’istanza di fallimento) nel caso della morte”³⁶, con la conseguenza, non di poco conto, che il commerciante ritiratosi dalla professione restava esposto alla dichiarazione di fallimento fino alla completa estinzione dei debiti contratti quando esercitava il suo commercio.

La necessità di regolare espressamente «oltre al caso di morte del commerciante, pur quello in cui la cessazione dei pagamenti per debiti commerciali potesse manifestarsi in un commerciante che si è ritirato dal commercio»³⁷ emerse chiaramente durante i lavori preparatori del nuovo codice. In quell’occasione si disse – riprendendo ancora una volta l’argomento formulato originariamente dalla dottrina e della giurisprudenza francesi con riferimento all’ipotesi del commerciante defunto – che la disposizione «in forza della quale il fallimento non può dichiararsi fuorché a carico del commerciante, condurrebbe all’esclusione del caso in cui quegli che cessa i pagamenti abbia, con esterne manifestazioni o con atti, che non lasciano luogo a dubbio, abbandonato completamente la sua professione commerciale»³⁸. «Se ciò fosse», si disse, «la via a sottrarsi alle gravi conseguenze del fallimento sarebbe facilmente accessibile al commerciante di mala fede, od a quello che, scorgendosi prossimo ad una crisi commerciale, vuole però evitarne l’onta ed il

comm. '65 sulla falsariga di quello disponeva: “Il fallimento del commerciante può essere dichiarato dopo la sua morte, se prima di essa ebbe luogo la cessazione dei pagamenti. In tale caso la dichiarazione di fallimento non può essere domandata dai creditori né pronunziata d’ufficio, che entro l’anno dalla morte del fallito”.

35 L. Borsari, Codice di commercio del Regno d’Italia Annotato, Torino, vol. I, 1871, 762-763.

36 G. Bonelli, Del fallimento, cit..

37 A. Marghieri, I motivi del nuovo codice di commercio, Napoli, vol. I, par. 1, 1885, verbale CXXX, tornata del 1° febbraio 1872, n. 765, 689-690.

38 A. Marghieri, I motivi, cit.

danno»³⁹. Di qui l'esigenza di affermare, come era già avvenuto per l'evenienza della morte del commerciante, che «il volontario ritiro dal commercio non può recar pregiudizio ai diritti dei creditori, né migliorare la condizione del debitore, e quindi [che] il fallimento deve poter essere dichiarato anche a carico dell'ex-commerciante»⁴⁰.

Le stesse ragioni di opportunità che presiedevano alla regolamentazione del fallimento del commerciante defunto – contemperare la tutela dei creditori dell'impresa con l'esigenza di evitare che la situazione di incertezza del debitore o dei suoi eredi derivante dall'esposizione al fallimento si protraesse in un orizzonte temporale indefinito – suggerirono, però, «di restringere l'esercizio di questo diritto [dei creditori ad ottenere il fallimento del commerciante cessato] entro un certo limite di tempo» che fu poi stabilito dall'art. 690 cod. comm. in cinque anni dal ritiro «purché la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo, per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo».

Una volta approvato il nuovo codice di commercio, il contenuto precettivo dell'art. 690⁴¹, a quanto sembra, non diede luogo a particolari questioni nella trattatistica e nella giurisprudenza dell'epoca. Si disse che, se per essere dichiarato fallito occorreva normalmente rivestire la condizione di commerciante e cioè compiere atti di commercio per professione abituale, «non è punto necessario, tuttavia, che il fallito sia ancora nell'attuale esercizio del proprio commercio o viva ancora al tempo in cui tale stato è riconosciuto dall'autorità giudiziaria [...] perché se gli effetti di questo esercizio, pur essendosi determinati durante la vita mercantile di lui, non si faranno tuttavia manifesti che più tardi, sarebbe ingiusto ed immorale che egli, riuscendo con abili artifici a tenere in silenzio i creditori, potesse così sottrarsi agli effetti del fallimento, cessando dal proprio commercio prima che quello fosse dichiarato. Tuttavia, per non lasciare troppo a lungo tempo sospesa la sorte di chi non è più commerciante, la legge vuole: 1° che la dichiarazione di fallimento sia chiesta non più tardi di cinque anni dal giorno in cui il commerciante cessò da tale esercizio, allo scopo di turbare il meno possibile lo stato di possesso che deriva dagli affari compiuti [...]; 2° che la cessazione dei pagamenti siasi verificata

39 A. Marghieri, I motivi, cit.

40 A. Marghieri, I motivi, cit..

41 L'art. 690 cod. comm. venne così formulato: «Può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento, e purché la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo. Può anche essere dichiarato il fallimento dopo la morte del commerciante, ma soltanto entro un anno da tale avvenimento».

durante quell'esercizio, od entro un anno dalla cessazione del commercio ma per debiti relativi all'esercizio di quello e derivante da causa commerciale [...]»⁴². Solo si notò che «bene spesso, sarà [...] difficile determinare con precisione e sicurezza il giorno in cui un commerciante cessò dall'esercitare la propria industria, per quindi far decorrere da esso i due termini [...]» e che «[m]olto qui, necessariamente bisognerà lasciare al savio criterio con cui il magistrato apprezzerà tutte le circostanze che possono gettar lume sul fatto»⁴³; incertezza in qualche modo inevitabile, si disse, per il fatto che nel corso dei lavori preparatori del codice dell'82 «fu scartata l'idea di esigere un ritiro pubblicamente annunziato», come avveniva nelle legislazioni adottate da quei paesi che davano «pubblicità legale alla qualità di commerciale mercé iscrizione in pubblico registro» e per le quali «il cessare della qualità coincide colla cancellazione del nome dal registro» e che, appunto, dalla data della cancellazione facevano decorrere il termine utile fissato dalla legge per la dichiarazione del fallimento⁴⁴. Si osservò, d'altro canto, che, pur con l'apprezzabile obiettivo di apprestare una misura di difesa per i creditori, il fallimento del commerciante cessato «non è meno in contrasto col principio fondamentale che solo il commerciante può esser dichiarato in fallimento [...]» e che perciò doveva ravvisarsi in quella norma «una disposizione d'eccezione motivata da ragioni di equità e opportunità»⁴⁵. «Per giustificarla razionalmente nel sistema della legge», scriveva il Bonelli, «bisogna collegarla col concetto della liquidazione. La legge presume che il patrimonio del commerciante che si ritira si conservi (almeno per un certo periodo di tempo) in uno stato di liquidazione durante il quale esso nonostante il mutato indirizzo dell'attività personale [...], mantiene il suo carattere commerciale e la proprietà, che questo importa, di esser suscettibile di fallimento, come strascico dell'antica gestione commerciale»⁴⁶. «Normalmente», annotava l'illustre scrittore, «la legge non conosce la liquidazione come istituto giuridico, fuori che nella sua applicazione alle società; non conosce cioè la liquidazione dei patrimoni individuali. Questo articolo costituisce una eccezione a questa regola, in quanto esso ammette che un patrimonio individuale possa continuare per un certo tempo a presentarsi con carattere commerciale anche senza l'esercizio del commercio, o possa almeno esser dichiarato e messo in fallimento in conseguenza di operazioni fatte durante la sua attività commerciale [...]. Ciò significa che [la legge] prende in

42 E. Vidari, *I fallimenti. Trattazione sistematica secondo il nuovo codice di commercio*, Milano, 1886, 14 ss.

43 E. Vidari, *I fallimenti. Trattazione sistematica*, cit., 15.

44 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 225-226.

45 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 219 ss.

46 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 219 ss.

considerazione lo stato di liquidazione di quel patrimonio [...] all'effetto di tener ferma la tutela collettiva dei creditori; e solo si preoccupa di fissare un limite legale a questo stato [...] varcato il quale esso, se anche effettivamente non cessato, non ha più forza di sottrarre il patrimonio al trattamento ordinario delle norme di diritto comune»⁴⁷.

L'opinione del Bonelli ebbe larga fortuna e fu recepita senza contrasti dai suoi contemporanei. E così dal Ramella che osservò che il patrimonio del commerciante cessato «porta l'impronta del carattere commerciale [...] e soltanto è apposto dalla legge un limite a tale stato, scorso il quale il patrimonio sottostà alle norme dell'esecuzione ordinaria»⁴⁸; dal Navarrini il quale, dopo aver ribadito che con l'art. 690 cod. comm. si introduceva un'eccezione al principio che possono fallire soltanto i commercianti, osservò che così si faceva fallire «chi può non essere più commerciante, ma soltanto quando in istato di fallimento si fosse trovato il suo patrimonio, all'epoca in cui tale patrimonio era indirizzato al commercio, o per quel periodo in cui si può supporre che, benché non indirizzato più al commercio, presumibilmente si procedeva alla sua liquidazione – ma sempre per obbligazioni incontrate durante l'esercizio del commercio»⁴⁹; e ancora dal Brunetti secondo il quale il fallimento del commerciante ritiratosi dal commercio «è ispirato al concetto che, come per le società disciolte havvi una fase di liquidazione, così debba essere anche per il commerciante [persona fisica] messi a riposo. Si presume una liquidazione durante la quale il patrimonio conserva il suo carattere commerciale e dev'essere quindi suscettivo di fallimento per debiti attinenti alla precedente gestione»⁵⁰. Dello stesso tenore il commento del Pipia il quale osservò che nell'art. 690 «la legge presuppone, dopo il ritiro o la morte del commerciante, come uno stato di liquidazione di fatto, durante il quale periodo possono, a tutela dei diritti dei creditori sorti anteriormente al verificarsi di tali eventi, manifestarsi le stesse conseguenze giuridiche, come se l'esercizio del commercio avesse continuato a svolgersi inalterato»⁵¹. Si tratta, notava questo scrittore, di «una continuazione fittizia e ideologica della qualità di commerciante che, in via d'eccezione, viene supposta, per mantener compatta la massa patrimoniale e unito il consorzio dei creditori, allo scopo di evitare i più gravi inconvenienti che sarebbero per derivare dalla libertà di azione che

47 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 220.

48 A. Ramella, *Trattato del fallimento*, Milano, 1915, vol. I, 76-77.

49 U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934, vol. I, 89-90.

50 A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 81.

51 U. Pipia, *Del fallimento*, Torino, 1931, 169.

venisse loro permessa»⁵². Si deve però al Candian la più energica affermazione dell'opinione corrente: «Si comprende», egli scrisse, «come non possa essere ostacolo a una dichiarazione di fallimento il fatto che il commerciante si sia ritirato dal commercio. Sarebbe un incentivo alla malafede e alla frode il consentire che accadesse altrimenti: dacché un commerciante, cui urgesse, nel dissesto del patrimonio, la imminenza della catastrofe, potrebbe agevolmente sottrarre i suoi averi e se stesso alla esecuzione fallimentare e alle conseguenti sanzioni civili e penali, ritirandosi dalla vita commerciale. E' logico adunque che, anche cessata l'attività specifica dello stato di commerciante, il patrimonio di lui rimanga identicamente esposto, per un certo periodo di tempo, ai diritti dei creditori, e che questi possano affermarsi in tutta l'integrità delle sanzioni che il codice di commercio dispone. Si ha in sostanza un periodo durante il quale si protrae la disciplina giuridica del patrimonio come patrimonio di un commerciante; un periodo durante il quale esso presenta qualche analogia col patrimonio di un ente in liquidazione»⁵³.

4.- Se il fondamento e il contenuto precettivo dell'art. 690 cod. comm., a quanto pare, non diedero luogo a contrasti significativi, assai discusso fu invece, nella dottrina e nella giurisprudenza, il perimetro soggettivo di quella disposizione: molto controversa, in particolare, fu a tale proposito la questione se la disciplina dettata dall'art. 690 per l'ipotesi del «commerciante che si sia ritirato dal commercio» riguardasse esclusivamente il commerciante singolo, come era stato storicamente per il riferimento alla persona fisica del commerciante defunto contenuto nell'art. 437 del code de commerce e nell'art. 543 cod. comm. '65, oppure dovesse trovare applicazione e in che limiti anche alle «società commerciali» che pure erano senz'altro considerate «commercianti» ed anzi lo erano istituzionalmente, per il loro oggetto statutario, alla stregua della definizione contenuta nell'art. 8 cod. comm., insieme alle persone fisiche e alle altre persone giuridiche «che esercita[va]no atti di commercio per professione abituale»⁵⁴. Se per un verso il «principio che le società commerciali sono fornite di individualità giuridica» aveva «portato come conseguenza la possibilità che di esse [fosse] dichiarato il fallimento», per altro verso, la «particolare fisionomia che acquista il fallimento quanto da esso è colpita una società commerciale» rendeva, infatti, «necessaria una serie di

52 U. Pipia, *Del fallimento*, cit.

53 A. Candian, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, 104.

54 Sulla portata dell'art. 8 cod. comm., C. Vivante, *I commercianti*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, 132 ss., L. Bolaffio, *Disposizioni generali*, in *Il codice di commercio commentato*, a cura di Ascoli, Bolaffio, e altri, cit., 1902, vol. I, 341 ss., e T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 53 ss. e 152 ss.

disposizioni speciali», dovendosi «applicare a questa, ormai nettamente affermatasi come ente distinto dalle persone che ne fanno parte», un istituto che si era venuto formando, dopo una lunga elaborazione storica, al di fuori e indipendentemente dalla figura delle società commerciali; e che doveva ora adattarsi «di fronte all'ente società, a nuovi e vari atteggiamenti, quali richiedeva la giuridica conformazione di questa»⁵⁵. In particolare, si osservò che il codice di commercio non disciplinava il fallimento delle società commerciali in modo autonomo rispetto al fallimento del commerciante persona fisica, onde si potesse dire che le norme dedicate a quest'ultimo non erano dettate anche per quelle; ma che vi era invece un nucleo di norme generali sul fallimento di tutti i commercianti, cui faceva seguito un gruppo di norme speciali sul fallimento di quella particolare categoria di commercianti che erano le società commerciali, con la conseguenza che le norme generali avrebbero dovuto trovare applicazione anche alle società, fatte salve le singole deroghe di volta in volta disposte dalle norme speciali⁵⁶.

Di qui appunto il problema se il regime dettato per il «commerciante» che aveva abbandonato il commercio avesse effettivamente o meno una portata generale (anziché limitata alla fattispecie del commerciante singolo come era senz'altro la disciplina disposta per il commerciante defunto) e, quindi, se fossero applicabili anche alle società i termini per la dichiarazione di fallimento previsti dall'art. 690 cod. comm.; problema la cui soluzione dipendeva, tra l'altro, anche dalle interferenze che venivano a crearsi tra quella disposizione e la disciplina della liquidazione delle società e, quindi, dalla possibilità di intravedere nelle norme sulla liquidazione del patrimonio sociale una deroga alla disposizione dell'art. 690. Se era sostanzialmente indiscusso, infatti, per espressa previsione della legge, che «lo stato di liquidazione [...] non [era] d'ostacolo alla dichiarazione di fallimento» (artt. 207 e 853 cod. comm.) e che non poteva «considerarsi menomamente come un fatto di ritiro dal commercio il mero fatto di mettersi in liquidazione» perché «la società commerciale in liquidazione continua ad essere una società commerciale, cioè un commerciante» e può «sempre esser dichiarata in fallimento, al pari d'una società normale»⁵⁷, i dubbi affioravano quando «esaurito che sia il processo

55 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897, 1 ss.

56 F. Carnelutti, *Sul fallimento della società commerciale disciolta*, Riv. dir. comm, 1913, 6 ss.

57 Così, tra gli altri, G. Bonelli, *Del Fallimento*, cit., 227 ss. e U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 91-92 sulle orme di C. Vivante, *Le società commerciali*, cit., 490 ss.. Rimase, invece, isolata la posizione di F. Carnelutti, *Sul fallimento della società commerciale disciolta*, cit., il quale, muovendo dalla premessa che «lo scioglimento operi l'estinzione del rapporto di società e la sostituzione a questo di un rapporto di comunione», faceva decorrere dallo

liquidatorio, approvato il conto ed effettuata la divisione [tra i soci] dell'avanzo attivo [...] qualche creditore rimanga insoddisfatto»⁵⁸. E le difficoltà erano accentuate dalla circostanza che durante i lavori preparatori del codice di commercio era emersa la proposta di inserire una norma che «per le società il termine di un anno prescritto pel commerciante cessato cominciasse a decorrere quando fossero ultimate le operazioni della liquidazione», ma prevalse in senso contrario l'idea che, «chiuse le operazioni della liquidazione, non è più possibile il fallimento, perché l'ente sociale è sparito, e non vi è più né attivo né passivo» e che nel caso di creditori lasciati insoddisfatti avrebbero risposto personalmente i liquidatori sociali, fermo restando che la società, «non avendo più esistenza giuridica, non potrà essere dichiarata fallita»⁵⁹.

Il problema del fallimento delle società commerciali dopo avvenuta la ripartizione dell'attivo coinvolse, tra la fine dell'ottocento e gli anni '20 del 900, alcuni dei più autorevoli studiosi del tempo e vide contrapposti, anche nella giurisprudenza, tre diversi schieramenti: i) secondo una prima tesi la società continuava ad esistere per tutta la durata del procedimento di liquidazione e non oltre la chiusura delle relative operazioni, cosicché esaurita la liquidazione, il patrimonio sociale doveva considerarsi estinto e la persona giuridica finita, con la conseguenza che al termine di quel procedimento venivano a mancare i presupposti indispensabili – il patrimonio e il soggetto giuridico – per la dichiarazione di fallimento⁶⁰; ii) secondo una diversa opinione la società e il patrimonio responsabile invece continuavano ad esistere anche dopo ultimate le operazioni di liquidazione là dove qualche creditore fosse rimasto insoddisfatto, con la conseguenza che il fallimento avrebbe potuto essere dichiarato senza limiti di tempo⁶¹; iii) secondo una tesi intermedia che rimase minoritaria (e fu però recepita, dopo quasi un secolo dalla sua formulazione, dal nostro diritto dell'insolvenza) la società continuava invece ad esistere fino al completamento delle operazioni liquidatorie e quando la liquidazione fosse chiusa poteva

scioglimento (anziché dalla chiusura della liquidazione) i termini stabiliti dall'art. 690 per il fallimento del commerciante che si era ritirato dalla professione.

58 A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 90 ss.

59 I termini della discussione che si era svolta durante i lavori preparatori sono riferiti da E. Cuzzi, *Del fallimento*, in *Il codice di commercio commentato*, cit. vol. VIII, 1901, 73, nt. 4.

60 Così, soprattutto, G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 227 ss. e A. Candian, *Fallimento di società commerciale dopo la ripartizione dell'attivo*, *Riv. dir. comm.*, 1916, 648 ss. e Ancora sul fallimento di società disciolte, *ivi*, 1917, 498 ss.. Nello stesso senso anche E. Cuzzi, *Del fallimento*, cit. e A. Ramella, *Trattato del fallimento*, cit., vol. II, 425-427.

61 E' la nota tesi di A. Saffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit. 85 ss. seguita da A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 90 ss. e da U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, cit. vol. I, 91-92 e vol. II, 231-234.

ricorrersi alla disposizione dell'art. 690 cod. comm.; si poteva considerare, perciò, la società estinta al termine della liquidazione alla stregua del commerciante ritirato dal commercio e dichiararne il fallimento alle stesse condizioni e negli stessi limiti di tempo applicabili al commerciante singolo⁶².

Il Bonelli, tra i più autorevoli fautori del primo schieramento insieme al Candian, ritenne che «il concetto del ritiro dal commercio è radicalmente incompatibile nelle società commerciali, poiché esso implica l'abbandono d'un patrimonio commerciale, la cui personificazione costituisce appunto l'elemento subiettivo dell'ente società, e che è ad ogni modo da questo logicamente inseparabile», là dove nel «commerciante individuo c'è da considerare che cessando dall'esser commerciante [...] egli ha dato alla sua attività e alla perdurante potenzialità patrimoniale un altro indirizzo, e che ad ogni modo l'essere esposto al fallimento dopo tale mutamento può nuocere ai suoi interessi attuali, colpire in ritardo la sua personalità, e bisogna bene che venga un momento in cui egli acquisti la certezza di non esser più disturbato»⁶³. Aggiunse, inoltre, il Bonelli che «non si [poteva] più ammettere il fallimento quando tutto l'attivo è stato ripartito, poiché allora la liquidazione è finita, e per conseguenza la società non ha più veruna esistenza» e aggiunse che la liquidazione compiuta con l'attribuzione ai soci della quota di liquidazione «è, sì, la morte del patrimonio sociale; ma questa morte differisce da quella dell'individuo fisico, proprio perché questa lascia dietro di sé un patrimonio da liquidare (se altri non l'assorbe nel suo), mentre quella non lascia più alcun substrato di personalità giuridica; nulla più esiste che possa esser dichiarato in fallimento, poiché in sostanza il fallimento non è che una forma di liquidazione. Ed è ciò che impedisce di invocare per la società qualunque applicazione analogica dell'articolo 690».

Altri rispose che in principio l'unica equiparazione possibile agli effetti dell'art. 690 cod. comm. «si è quella della società liquidata al commerciante che si sia ritirato dal commercio; infatti, liquidandosi una società che altro fa se non ritirarsi dal commercio? Se per render più efficace il discorso si dice comunemente che una società liquidata è una società morta, come è possibile insistere nel paragone quando con esso si pone una distinzione fra società morta e società che siasi ritirata dal commercio? Se si immagina facilmente una differenza fra un commerciante morto ed un commerciante che siasi ritirato dal commercio, come si potrà immaginare una simile distinzione trattandosi di una

62 F. Carnelutti, Sul fallimento della società commerciale disciolta, cit., 6 ss. che, come si è detto, tuttavia faceva decorrere il termine dell'art. 690 dalla data di scioglimento (anziché dal completamento della liquidazione) e per un cenno anche A. Sraffa, Il fallimento delle società commerciali, cit. 90.

63 G. Bonelli, Del fallimento, cit., 227 ss.

società, la quale muore appunto ed unicamente ritirandosi dal commercio? Questo ultimo è il fatto reale; il morire della società non è che una espressione figurata con la quale si indica quel fatto. Di necessità adunque, quando debbasi applicare [...] il disposto dell'art. 690 ad una società commerciale liquidata, questa dovrà considerarsi come ritiratasi dal commercio e quindi non potrà dichiararsi in fallimento mai, scorsi che siano cinque anni dalla chiusura della liquidazione»⁶⁴.

D'altro canto, insegnò Angelo Sraffa che «la società [poteva] considerarsi esistente fino al momento in cui siano definiti i rapporti della società con i suoi creditori, sino a questo momento durando la liquidazione»⁶⁵ e che «se anche i soci sono addivenuti alla divisione del patrimonio sociale la società esiste sempre e [...] può dichiararsene il fallimento, di fronte alla nostra legge»⁶⁶. «La personalità giuridica della società», si osservò, «perdura anche durante la liquidazione; questo principio non è altro che il riconoscimento d'un fatto, del fatto cioè che fino al momento in cui i debiti sociali non siano pagati la società continua a vivere perché si addivenga alla definizione dei suoi rapporti con i terzi: questo principio non deve considerarsi qualcosa di fondato sull'arbitrio – cioè la esistenza della società durante la liquidazione non ha da considerarsi una esistenza formale, ma un'esistenza reale, tale a malgrado che i soci e gli amministratori della società reputino questa finita e intendano che tale si consideri dai terzi. Orbene, se questo è vero, se la società esiste durante la liquidazione perché non può cessare di esistere finché non ha regolato i suoi rapporti con i terzi e perché cessando il diritto di preferenza che sopra i suoi beni hanno i creditori sociali sparirebbe, ne viene che è al fatto se i rapporti con i terzi furono definiti, se le obbligazioni sociali furono soddisfatte che devesi avere riguardo per stabilire se una società esiste ancora, e quindi se può dichiararsene il fallimento»⁶⁷. Quanto ai rapporti con la disciplina della liquidazione delle società lo Sraffa osservò che se «la volontà dei soci [poteva] mettere in liquidazione una società [...] perché la liquidazione non pregiudica i diritti dei terzi»⁶⁸ era inconcepibile che «il volere dei soci [potesse] distruggere l'esistenza della società [...] perché l'esistenza della società è un fatto che interessa specialmente i terzi, [e] perché distruggendo la società come ente giuridico, i soci toglierebbero ai terzi, creditori della società, dei diritti

64 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

65 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit. e con lui Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, cit. e U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, cit.

66 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

67 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

68 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

acquisiti»⁶⁹. Si notò inoltre che «il fatto dei soci, la divisione cioè fra loro dell'attivo sociale, che produrrebbe la fine della società sarebbe un fatto illegittimo e, quasi necessariamente, in mala fede, preordinato cioè allo scopo di togliere ai creditori sociali quel diritto di preferenza sui beni sociali che loro accorda la legge [...]»⁷⁰. In conclusione, si disse, «escluso il concetto che sia una finzione la esistenza della società durante la liquidazione, e cotesta esistenza ammessa e riconosciuta, perché rispondente ad una realtà effettiva, il bisogno di soddisfare il passivo sociale, ne viene che una società continua ad esistere come entità giuridica e perciò può essere dichiarata fallita fino a che il suo passivo non estinto»⁷¹. A coloro che sostenevano «che, come per la creazione della società è necessario un patrimonio [...], la sua esistenza deve spegnersi quando questa unità patrimoniale – abbia o non abbia servito al soddisfacimento delle obbligazioni assunte dalla società – sia cessata, sia sciolta, sia oramai irrevocabilmente frammentata negli elementi primi che valsero a costituirla», si opponeva che «la questione sta appunto nel vedere se sia proprio irrevocabile quella divisione prima del pagamento dei creditori; e se possa proprio corrispondere alla mente della legge che i soci possano liberamente far sparire dal mondo la società da loro creata [...]»⁷²; e si aggiungeva che non vi è «nulla di strano e di antiggiuridico né di antitetico al concetto di patrimonio, inteso in senso giuridico, nel ritenere che la scomparsa dei beni materiali [della società], quando esistano ancora rapporti giuridici sorti intorno all'ente sociale, ed esista ancora, soprattutto, la possibilità della riformazione di nuovi beni (con azioni varie ma convergenti allo stesso risultato: azione contro i liquidatori [...], azioni revocatorie, etc.), [non abbia l'effetto ineluttabile di provocare] immediatamente ed irrevocabilmente la scomparsa della persona giuridica»⁷³. Ne risultava, secondo quest'orientamento, che era inutile per le società commerciali far capo alla disposizione dell'art. 690 cod. comm. e che il perimetro di applicazione di quella norma doveva arrestarsi alla figura del commerciante singolo: per un verso, infatti, la società in liquidazione conservava la qualità di commerciante per tutta la durata della liquidazione, mantenendo inalterati il proprio patrimonio e la propria responsabilità, e, per altro verso, la liquidazione non poteva considerarsi chiusa fino all'integrale estinzione delle obbligazioni sociali⁷⁴, restando così esposta la società al

69 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

70 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

71 A. Sraffa, *Il fallimento delle società commerciali*, cit.

72 U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 233-234

73 U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 233-234

74 Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 93-94.

fallimento, appunto, fino alla completa definizione dei rapporti con i creditori sociali.

5.- Con l'avvento del codice civile, il concetto materiale (o sostanziale) di liquidazione propugnato dallo Sraffa, pur vivacemente avversato dalla dottrina commercialistica, ebbe la sorte di prevalere nella nostra giurisprudenza al punto da diventare diritto vivente⁷⁵.

L'idea della sopravvivenza della società, dopo la chiusura formale del procedimento di liquidazione, fino alla integrale estinzione dei debiti sociali prevalse malgrado i redattori del codice civile, per porre fine alle incertezze risalenti al codice di commercio in ordine al momento estintivo delle società – incertezze dovute alla mancanza di una formalità pubblicitaria a cui potesse attribuirsi l'effetto della perdita della qualifica di commerciante – avessero «ritenuto indispensabile regolare la cancellazione della società dal registro delle imprese, traendo dalla pubblicità, che in tal modo 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 da questi riscosse, e nei confronti dei liquidatori se il mancato pagamento è dipeso da colpa di essi (art. 2456)» (così la relazione al codice civile n. 997).

All'uniformità del diritto giurisprudenziale, si contrappose, dopo l'avvento del codice civile, il quadro ancora frastagliato delle opinioni dottrinali.

Sul rapporto tra il regime dell'imprenditore che aveva cessato l'esercizio dell'impresa – ora contenuto nell'art. 10 l. fall. che aveva sostituito nel frattempo l'art. 690 cod. comm. – e la disciplina del procedimento di liquidazione delle società, continuarono, infatti, a confrontarsi sostanzialmente le medesime tesi che erano emerse nel vigore del codice di commercio. Da un lato, e si trattava di una posizione ormai minoritaria, vi fu nella dottrina chi ripropose, la tesi dello Sraffa. Scriveva il Provinciale: le «società in liquidazione possono esser dichiarate fallite sin che dura la liquidazione, anche oltre l'anno dalla cessazione del commercio; per esse quest'ultimo termine decorre dalla chiusura della liquidazione, che segna l'estinguersi della società. Ma per conseguire tale effetto, la chiusura della liquidazione, secondo una giurisprudenza ormai pacifica, deve corrispondere alla realtà: cioè deve essersi

⁷⁵ In questi termini si esprime la sentenza della Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319 e molti anni prima già F. Galgano, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1972, 330, il quale pur giudicandolo non sorretto dal dettato legislativo indicava l'orientamento della giurisprudenza a tal punto consolidato presso i tribunali da potersi ormai considerare «diritto positivo».

effettivamente liquidato; id est: pagati tutti i creditori, ché, altrimenti, nonostante la chiusura della liquidazione (apparente), fin che vi siano creditori insoddisfatti, il fallimento può esser dichiarato senza limite di tempo. Sarebbe troppo comodo che bastasse chiudere comunque la liquidazione per mandare i creditori ad agire in confronto dei soci. Per aversi gli effetti propri derivanti dalla chiusura della liquidazione, questa deve essere effettiva: devesi cioè aver effettivamente liquidato, in modo che la situazione apparente dal bilancio di chiusura corrisponda realmente alla compiuta definizione dei rapporti pendenti all'atto dello scioglimento: diversamente ad onta della chiusura formale e apparente, la liquidazione come stato del patrimonio sociale rimane sostanzialmente aperta, con i suoi rapporti e problemi insoluti; donde la possibilità fino a che si perpetua tale stato di cose, del fallimento, con una liquidazione (esecutiva) che si sostituisce all'altra (volontaria)»⁷⁶.

Altri aderirono, aggiornandola per tener conto dell'istituzione del registro delle imprese, all'opinione del Bonelli e del Candian secondo cui, chiusa la liquidazione, sarebbero venute meno la personalità giuridica della società con il suo patrimonio, e con quelli anche l'oggetto della liquidazione fallimentare: scrisse il De Semo che una volta operata la cancellazione della società dal registro delle imprese i creditori sociali rimasti insoddisfatti potevano far valere i loro crediti soltanto nei confronti dei soci e dei liquidatori sociali (artt. 2312, 2324, 2456, 2464, 2471 e 2497 cod. civ.), giacché la cancellazione assumeva nel nuovo codice civile «effetto nettamente estintivo, coerentemente del resto al sistema che le società [...] non acquistano la personalità giuridica [...] se non mediante l'iscrizione»⁷⁷. Alla stessa posizione si associò l'Azzolina che riprese dalla relazione al codice civile l'idea che, una volta ultimata la liquidazione, ai creditori spettava soltanto l'azione nei confronti dei soci, fino a concorrenza delle somme da questi riscosse, e, in caso di colpa, nei confronti dei liquidatori, dovendosi escludere invece ogni altra azione verso la società ormai estinta⁷⁸. E

76 R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, 348 ss.. In realtà la posizione di questo scrittore non appare limpida poiché in altro passo egli afferma la possibilità di applicare l'art. 10 l.fall. nell'ipotesi di passività ignorate dai liquidatori ammettendo, quindi, che la liquidazione 'effettiva' della società poteva chiudersi nonostante la mancata definizione dei rapporti con i creditori.

77 G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, 75-76.

78 U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, vol. I, 1961, 75 ss. il quale peraltro riteneva che chiusa la liquidazione e distribuito il patrimonio sociale nessuna azione, anche esecutiva, fosse più possibile nei confronti della società, dato che, con il completamento delle operazioni liquidatorie, questa era ormai sciolta e aveva cessato di esistere anche indipendentemente dalla effettiva cancellazione dal registro delle imprese. Questo scrittore in altri termini negava carattere costitutivo alla iscrizione della cancellazione e ne

così anche Ferrara jr., il quale, alla fine degli anni '50, dopo aver osservato che le società e gli altri enti aventi per oggetto statutario esclusivo o principale l'esercizio di un'impresa commerciale dovevano considerarsi istituzionalmente imprenditori commerciali per tutta la loro esistenza cosicché il loro scioglimento o la messa in liquidazione erano irrilevanti, giudicò applicabile alle società l'art. 10 «nella sola ipotesi in cui intervenga una modifica statutaria che sopprima dallo scopo esclusivo o principale dell'ente l'esercizio di un'impresa commerciale e questa venga in fatto cessata»⁷⁹. «D'altro canto», osservò il Ferrara jr ricordando il pensiero del Bonelli, «a questi enti non sembra possibile applicare l'art. 11 l.fall. che concerne l'imprenditore defunto [...] perché mentre la morte della persona fisica lascia intatto il suo patrimonio che si trasferisce ad altro od altri soggetti, l'estinzione di questi enti suppone la dissoluzione del patrimonio, per essere stati i beni distribuiti ai creditori ed il residuo ai membri»⁸⁰. Una volta avvenuta l'estinzione a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, scriveva Ferrara jr., «il fallimento non è più possibile, non solo perché manca un soggetto od un gruppo, ma soprattutto perché manca un patrimonio»⁸¹. Per i debiti eventualmente rimasti insoddisfatti si profilava allora a tutela dei creditori, ancora una volta, soltanto la responsabilità, limitata o illimitata, a seconda dei casi, dei soci e l'azione nei confronti dei liquidatori sociali.

Alcuni, infine, ripresero, adattandola al nuovo sistema, la tesi avanzata dal Carnelutti, sostenendo che il regime dell'art. 10 l. fall. era senz'altro applicabile, oltre che all'imprenditore individuale, anche alle società. E così il Satta, dopo aver respinto come concettualistica la posizione di quegli autori che negavano l'assoggettabilità al fallimento delle società estinte una volta chiusa la liquidazione, scrisse che la tutela apprestata dagli artt. 2312 e 2456 cod. civ. per i creditori sociali pretermessi dalla liquidazione doveva considerarsi insufficiente, aggiungendo che «dal momento che la liquidazione è compiuta [...] l'impresa individuale e la collettiva possono considerarsi cessanti, e da quel momento decorre il termine di cui all'art. 10». «Non vi è infatti ragione», diceva il Maestro, «se i creditori non sono stati soddisfatti o se i liquidatori non hanno tenuto conto di attività che solo col fallimento potranno essere riportate nel patrimonio del debitore (azioni di revoca ecc.), perché l'imprenditore non

traeva la conseguenza che l'eventuale omissione della cancellazione non faceva venir meno il fatto oggettivo dell'estinzione della società.

79 F. Ferrara jr., *Il fallimento*, Milano, 1959, 103-105.

80 F. Ferrara jr., *Il fallimento*, cit..

81 F. Ferrara jr., *Il fallimento*, cit..

debba, successivamente alla liquidazione ed entro l'anno dalla medesima, fallire»⁸².

Caduta nell'oblio la tesi del Bonelli e del Candian, negli anni '90 del secolo scorso l'opinione assolutamente dominante nella dottrina era ormai nel senso dell'applicabilità del termine stabilito dall'art. 10 l. fall. anche alle imprese esercitate in forma societaria⁸³: le stesse ragioni che conducono a ritenere che l'acquisto della qualità di imprenditore da parte della società coincide con la sua costituzione – si scrive – inducono a concludere che la società resti in vita per tutto il tempo in cui si protrae il procedimento di liquidazione e che potrà essere dichiarato il fallimento a carico della società che sia stata liquidata e cancellata dal registro delle imprese solo entro l'anno dalla cancellazione a norma dell'art. 10 l. fall.⁸⁴. La tesi che l'estinzione della società avviene soltanto con la definizione di tutti i rapporti che ad essa fanno capo e che l'esistenza di uno o più debiti non soddisfatti preclude l'estinzione si pone, secondo la dottrina, «in contrasto con la legge la quale ammette l'estinzione [...] ad onta della esistenza di debiti sociali (artt. 2312 c.c., 2456 c.c. cfr. anche art. 31 c.c.)»⁸⁵. È certo, si dice, «che la presenza di sopravvenienze passive non impedisce il decorso dell'anno dalla cessazione dell'attività, oltre il quale viene meno l'esposizione al fallimento della società e dei soci»⁸⁶. Si afferma, prima che la riforma del diritto societario intervenga a confermarlo definitivamente, l'argomento, già ripetuto all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, che «l'estinzione avviene dopo compiuta la liquidazione, a seguito della cancellazione della società dal registro delle imprese (cancellazione dunque costitutiva dell'effetto estintivo), e [che] la liquidazione deve considerarsi avvenuta col riparto di tutte le attività sociali, salvo le eventuali responsabilità a carico dei liquidatori o dei soci»⁸⁷. E si conclude, per fondare dal punto di vista degli interessi in gioco l'applicazione del termine annuale per la dichiarazione di fallimento, che non vi

82 S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, 70-71.

83 A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., vol. 9, t. 2, 1993, 238 ss. ove altre citazioni, G. Campobasso, *Diritto commerciale, Le società*, cit., 124-126, F. Ferrara jr.- A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 136-139, F. Galgano-A. Bonsignori, *Fallimento delle società*, cit., 21-23, A. Jorio, *Le crisi d'impresa, Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, cit., 2000, 194 ss.

84 A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 238.

85 F. Ferrara jr.- A. Borgioli, *Il fallimento*, cit. 138 e G. Ferri, *Le società*, *Trattato di diritto civile*, cit., 977. Alla fine degli anni '90 accoglieva ancora favorevolmente le tendenze della giurisprudenza, G. Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., vol. 7, t. 3., 1997, 703 ss.

86 G. Campobasso, *Diritto commerciale, Le società*, cit., 126.

87 F. Ferrara jr.- A. Borgioli, *Il fallimento*, cit. 138.

sono ragioni «perché i creditori sociali dovrebbero avere una tutela inferiore a quella di cui godono i creditori dell'imprenditore individuale, come del resto [non vi è] ragione per cui, in mancanza di una disposizione di legge, dovrebbero godere di una tutela più ampia»⁸⁸.

Le riflessioni della dottrina prepararono sul terreno culturale e ideologico i noti interventi della Corte costituzionale⁸⁹ sull'art. 10 l. fall. e poco dopo le riforme del diritto societario e della legge fallimentare approvate nella prima parte del secolo corrente. Arrivò dapprima, sull'onda delle idee assolutamente dominanti nella dottrina commercialistica, la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 10 l. fall. «nella parte in cui non prevede[va] che il termine di un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa collettiva per la dichiarazione di fallimento della società decorra dalla cancellazione della stessa società dal registro delle imprese»⁹⁰. Di lì iniziò la lunga stagione delle riforme che portarono inizialmente alla riformulazione dell'art. 10 l. fall. e poi alla sua riscrittura, con l'emanazione del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ad opera dell'art. 33 CCII.

6.- Al termine di questa lunga digressione sugli antecedenti dell'art. 10 l. fall. e dell'art. 33 CCII e sulle interferenze che, nell'evoluzione dell'istituto fallimentare, vennero creandosi – come riflesso dell'evoluzione del rapporto società-impresa⁹¹ – tra la fattispecie del «commerciante ritiratosi dal commercio» e quella dell'estinzione delle società, possono fermarsi alcuni punti.

i) Così l'art. 690 cod. comm. – e prima ancora gli artt. 437 del Code de commerce e 543 cod. comm. '65 – come l'art. 10 l. fall. e oggi l'art. 33 CCII, esprimono storicamente il disegno del legislatore di armonizzare due principi in costante tensione tra loro: da un lato, la libertà dell'imprenditore d'imprimere un diverso indirizzo «alla sua attività» e alla sua «perdurante potenzialità patrimoniale», tenendo conto che «l'essere esposto al fallimento dopo tale mutamento può nuocere ai suoi interessi attuali, colpire in ritardo la sua personalità», onde può essere opportuno «che venga un momento in cui egli acquisti la certezza di non esser più disturbato»⁹²; dall'altro, il principio cardine

88 F. Ferrara jr.- A. Borgioli, *Il fallimento*, cit. 138.

89 Corte Cost. 12 marzo 1999, n. 66 e Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319.

90 Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319.

91 G. Ferri, *Società*, art. 2247-2324, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1981, 15-17.

92 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 227 ss.

di ogni ordinamento che «il regime della responsabilità connesso alla produzione di un'azione (per ciò) giuridica, si realizza non solo senza, ma anche contro la volontà del produttore [dell'azione], sia esso individuo o gruppo»⁹³.

ii) Come attestato dalla giurisprudenza francese della prima metà dell'ottocento – la quale, nel silenzio del Code de commerce, ammetteva il fallimento del commerciante che si era ritirato dagli affari sulla base dell'analogia con il caso del commerciante defunto, ma si rifiutava di applicare il termine di un anno stabilito per l'apertura della procedura fallimentare a carico del defunto perché quel termine era ritenuto espressione di una norma singolare –, la soggezione al fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'attività non rappresenta «una disposizione d'eccezione motivata da ragioni di equità e opportunità» al «principio fondamentale che solo il commerciante può esser dichiarato in fallimento [...]»⁹⁴; è piuttosto il termine finale di quella soggezione, al contrario, un'eccezione, pur sempre fondata su legittime scelte di opportunità, al principio che il debitore non può sottrarsi alla responsabilità patrimoniale nei confronti dei suoi creditori (art. 2740 cod. civ.); e in particolare costituisce un'eccezione al principio che l'imprenditore commerciale non può sottrarsi, finché non sono estinti i debiti contratti nell'esercizio dell'impresa, a quella forma speciale di attuazione della responsabilità patrimoniale che si realizza attraverso il fallimento. L'imprenditore non può, in altri termini, ritirandosi dalla vita commerciale, «sottrarre i suoi averi e sé stesso all'esecuzione fallimentare e alle conseguenti sanzioni civili e penali»⁹⁵, disposte (non nel suo interesse disponibile ma) nell'interesse della collettività dei creditori.

iii) Squarciato il velo della personalità giuridica delle società, la tensione – e la corrispondente necessità di trovare un equilibrio – tra la libertà dell'imprenditore di dare un diverso indirizzo alla propria attività, da un lato, e il principio d'indisponibilità del regime della responsabilità connesso alla produzione dell'azione, non riguarda soltanto il commerciante singolo e poi, per estensione, le persone fisiche che rivestono la qualità di soci a responsabilità illimitata di società di persone, gli uni e gli altri personalmente esposti al rischio della liquidazione concorsuale del loro intero patrimonio; dal punto di vista delle possibili scelte di politica legislativa, si pone altresì, in termini più attenuati ma non troppo dissimili, anche per gli amministratori, i managers e i soci a rischio limitato delle società di capitali, potenzialmente assoggettabili alle

93 P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 59 ss.

94 Così invece G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 219 ss. e in termini più o meno espliciti la dottrina a lui contemporanea.

95 A. Candian, *Il processo di fallimento*, cit.

sanzioni civili e penali conseguenti all'apertura del fallimento. Anche per questi ultimi, può infatti, ripetersi che «l'essere espost[i] al fallimento dopo tale mutamento [di attività] può nuocere ai [loro] interessi attuali, colpire in ritardo la [loro] personalità»; anche per l'amministratore, per il manager e per il socio a rischio limitato di società di capitali, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, può dunque ritenere meritevole «che venga un momento in cui egli acquisti la certezza di non esser più disturbato»⁹⁶.

Le diverse tesi avanzate nel vigore del codice di commercio – e riproposte dopo l'emanazione del codice civile con gli adattamenti resi necessari dalla istituzione del registro delle imprese e dalle novità introdotte nella disciplina della liquidazione delle società – in riferimento alla questione se l'art. 690 cod. comm. dovesse trovare applicazione anche a quella particolare categoria di commercianti che, per l'art. 8 cod. comm., erano le «società commerciali», furono dunque una manifestazione eloquente delle tensioni che, nel particolare settore del diritto dell'insolvenza, storicamente si registrarono nel coordinamento tra il principio che assicurava all'imprenditore (e dietro il velo del soggetto giuridico-società: agli amministratori, ai managers e ai soci) piena libertà di uscita dal mercato⁹⁷ e il principio d'indisponibilità del regime della responsabilità connesso all'esercizio dell'attività d'impresa.

Ricostruita la ratio dell'art. 690 cod. comm. e delle sue successive evoluzioni nella composizione del conflitto tra la libertà di imprimere un diverso indirizzo alla propria attività, riconosciuta al «commerciante» e poi, con l'avvento del codice civile, all'«imprenditore commerciale», sia esso imprenditore individuale o collettivo, da un lato; e la regola di indisponibilità del regime della responsabilità, dall'altro; e individuato storicamente il criterio di soluzione di quel conflitto nella previsione di un termine dalla cessazione dell'attività, decorso il quale, resta definitivamente preclusa la tutela concorsuale dei creditori, rimane da chiarire come si realizza, ai particolari fini del diritto dell'insolvenza, l'uscita dal mercato dell'imprenditore commerciale.

Posto che «rientra sicuramente nella discrezionalità del legislatore individuare diversamente, per l'impresa individuale e per quella collettiva, il dies a quo del termine entro il quale il fallimento dev'essere dichiarato dopo la cessazione dell'impresa, così come prevedere eventualmente, in riferimento alle due fattispecie, termini diversi»⁹⁸, si danno idealmente una pluralità di possibili

96 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit.

97 G. Niccolini, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990, 410.

98 Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319.

alternative⁹⁹. Tra queste alternative due sono le principali: identificare la fine dell'impresa commerciale, come avveniva sotto il codice di commercio¹⁰⁰ e poi in sostanziale continuità con quel codice nell'art. 10 l. fall. nella sua formulazione originaria, secondo il principio di effettività, ricollegando, così, il termine finale per la dichiarazione del fallimento al fatto della effettiva cessazione dell'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, cioè alla cessazione del comportamento conforme al modello legale prefigurato dall'art. 2082 cod. civ., secondo lo stesso principio che tradizionalmente consente di accertare, con l'inizio dell'impresa, l'acquisto della qualità di imprenditore individuale¹⁰¹; oppure, ed era la soluzione accreditata sin dal XIX secolo nelle legislazioni dei paesi che davano «pubblicità legale alla qualità di commerciante mercé iscrizione in pubblico registro», identificare la fine dell'impresa «colla cancellazione del nome dal registro» e far decorrere dalla data della cancellazione il termine fissato dalla legge per la dichiarazione del fallimento¹⁰².

Il nostro diritto dell'insolvenza, come noto, nelle sue versioni aggiornate ha in un certo modo combinato le due soluzioni. Non rientra negli obiettivi di questo lavoro esaminare i numerosi problemi sollevati dalla formulazione più recente dell'art. 10 l. fall. e oggi dal testo dell'art. 33 CCII¹⁰³; basterà qui annotare due dati essenziali per condurre avanti il nostro discorso.

Anzitutto nel tentativo di dare attuazione al «generale principio di certezza delle situazione giuridiche» enunciato dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰⁴, il legislatore ha tendenzialmente «accomuna[to] gli imprenditori individuali e collettivi [che siano iscritti nel registro delle imprese] nella determinazione del termine annuale per la dichiarazione di fallimento: termine che, in entrambi i

99 A. Auletta, *Attività*, Enc. dir., 1958, 987, ove il rilievo che l'esistenza di una normativa, che si ricollega all'attività come a sua fattispecie, pone il problema della cessazione degli effetti della fattispecie per il quale si prospettano una pluralità di soluzioni: «cessazione degli effetti della fattispecie col venir meno della fattispecie ovvero colla pubblicità della cessazione della fattispecie ovvero col decorso di un certo periodo di tempo dalla cessazione della fattispecie o dalla pubblicità di tale cessazione ovvero colla estinzione dei rapporti giuridici [...] sorti dagli atti costitutivi dell'attività; [a cui si aggiungono] le soluzioni composite, che possono essere derivate dalla combinazione tra due o più tra le soluzioni prospettate»

100 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 225-226.

101 Per tutti T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 152 ss. e 188 ss.

102 G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 225-226.

103 Per un esame dei quali si rinvia all'approfondita indagine di G. Marasà, *L'imprenditore*, artt. 2082-2083, cit., 111 ss. e 230 ss. ove ampi riferimenti.

104 Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319.

casi, decorre dalla cancellazione dal registro delle imprese [...]» (così la relazione al d.lgs. n. 5 del 2006).

A tale proposito occorre, tuttavia, tener conto che la scelta di unificare in nome del «generale principio di certezza delle situazioni giuridiche» il regime di decorrenza del termine entro il quale può essere aperta la liquidazione giudiziale dell'imprenditore cessato, identificando il relativo dies a quo con il momento della cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese, non deve far dimenticare che «applicare alle società lo statuto dell'impresa commerciale è altro che applicarlo all'individuo»¹⁰⁵.

Per gli individui, infatti, tanto l'acquisto quanto la perdita della qualifica di imprenditore, secondo un'opinione comune risalente al codice di commercio¹⁰⁶, come si è detto, sono governati, dal «principio di effettività»¹⁰⁷; principio basato sul rilievo che l'accertamento dell'esercizio effettivo dell'attività economica o della sua effettiva cessazione si rende indispensabile in considerazione della pluralità di attività e di scopi che gli individui possono perseguire nel corso della loro vita¹⁰⁸: identificare l'inizio e la fine dell'impresa significa quindi per gli individui singoli accertare rispettivamente la realizzazione o la cessazione di un comportamento contrassegnato dalle note distintive (produttività, economicità, organizzazione, professionalità) delineate dall'art. 2082 cod. civ.¹⁰⁹.

Per la figura soggettiva dell'imprenditore individuale – si afferma – la cancellazione dal registro delle imprese ha dunque un valore esclusivamente presuntivo in ordine al fatto della cessazione dell'attività¹¹⁰ e si spiega così che dal legislatore sia «fatta salva in caso di impresa individuale [...] la possibilità

105 P. Spada, *Diritto commerciale, Parte generale*, Padova, 2009, 83.

106 T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 55-57.

107 Per tutti T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, cit. 152 ss.; R. Franceschelli, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1972, 129 ss. 281 ss.; F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit. 71-72; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, Padova, vol. 3, t. 1, 1994, 118 ss.; G. Bonfante-G. Cottino, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2001, 553 ss., Spada, *Diritto commerciale*, cit. 47 ss., G. Marasà, *L'imprenditore*, artt. 2082-2083, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, 100 ss.; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 72 ss. e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, vol. 1, 2022, 95 ss., A. Jorio, *Le crisi d'impresa, Il fallimento*, cit., 184 ss., P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 48-52.

108 A. Rocco, *Diritto commerciale*, Milano, 1936, 259; U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 50 ss.; A. Candian, *Il processo di fallimento*, cit. 65.

109 P. Spada, *Diritto commerciale*, cit., 47 ss. e G. Marasà, *L'imprenditore*, artt. 2082-2083, cit. 100 ss.,

110 G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 76.

di dimostrare che la effettiva cessazione dell'attività non corrisponde alla data della cancellazione dal registro delle imprese, facendo così decorrere il termine annuale dalla data di effettiva cessazione dell'attività commerciale [...]» (così ancora la relazione al d.lgs. n. 5 del 2006).

La situazione è invece piuttosto diversa per quanto riguarda le società: malgrado significative voci contrarie¹¹¹, è, infatti, opinione prevalente nella nostra più autorevole letteratura giuridica¹¹² che l'aveva ricevuta dall'art. 8 del codice di commercio¹¹³ ed è opinione da tempo accolta univocamente anche dalla nostra giurisprudenza¹¹⁴, che l'esercizio effettivo dell'attività economica necessario per l'acquisto della qualità di imprenditore individuale non è necessario per le persone giuridiche e per le altre formazioni dotate di soggettività giuridica che si costituiscono con lo scopo fin dall'origine determinato e individuabile di esercitare un'impresa commerciale¹¹⁵: «mentre l'uomo ha nella vita molteplici scopi, che può realizzare in molti modi e in tutte le possibili forme di attività», si diceva sotto l'impero del codice di commercio, «la persona giuridica nasce per uno scopo determinato e la sua attività è segnata e limitata da questo scopo. Lo scopo, in altri termini, è la legge fondamentale e immutabile della vita della persona giuridica. Si comprende quindi come la persona giuridica sia commerciante, per il solo fatto che si è costituita allo scopo di esercitare il commercio»¹¹⁶. Per le società un «criterio meramente formale (la costituzione in società) governa l'attribuzione, all'ente o al gruppo unificato che

111 R. Franceschelli, *Imprese e imprenditori*, cit., 44 ss., 133; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, 247 ss.; G. Bonfante-G. Cottino, *L'imprenditore*, cit. 553 ss., G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, cit., 95 ss., Spada, *Diritto commerciale*, cit. 68 ss., A. Jorio, *Le crisi d'impresa, Il fallimento*, cit., 150 ss. e 184 ss., P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 48-52.

112 M. Casanova, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, 1974, 167; T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 152 ss e 188 ss.; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 72 ss.; F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit. 71-73; e più di recente, A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 238 ss.

113 T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 55-57 e A. Auletta, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, 71.

114 Cass. sez. I civ., 11 marzo 2019, n. 6968; Cass. sez. I civ. 26 settembre 2018, n. 23157; Cass. sez. I civ., 14 dicembre 2016 n. 25730; Cass. sez. I civ., 16 dicembre 2013, n. 28015; Cass. sez. 6 civ., 30 luglio 2014, n. 17357; Cass. sez. I civ., 6 dicembre 2012, n. 21991; Cass. sez. I civ., 28 aprile 2005, n. 8849; Cass. sez. I civ., 26 giugno 2001, n. 8694; Cass. sez. I civ., 4 novembre 1994, n. 9084; Cass. sez. I civ., 22 giugno 1972, n. 2067; Cass. sez. I civ., 10 agosto 1965, n. 1921.

115 G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 73.

116 A. Rocco, *Diritto commerciale*, cit..

dalla società scaturisce, della veste giuridica di imprenditore (collettivo)»¹¹⁷; «nel semplice fatto della costituzione d'una società commerciale il legislatore vede sempre un'organizzazione di durata, e cioè un'impresa; o, quanto meno, applica sempre tutte le regole dettate per le imprese commerciali (dall'obbligo di registrazione a quello della tenuta delle scritture contabili fino all'assoggettamento alle procedure concorsuali)»¹¹⁸. Le società di tipo commerciale, si dice, sono istituzionalmente imprenditori commerciali in virtù del loro oggetto statutario in quanto mentre per l'individuo l'esercizio di un'impresa commerciale è una semplice eventualità, per le società che hanno per oggetto un'attività commerciale quell'attività costituisce «la loro ragion d'essere» ed esse «fin dalla nascita sono imprenditori commerciali e tali rimangono per tutta la loro esistenza»¹¹⁹.

Ne deriva, secondo quest'ordine di idee, che come “l'inizio” dell'impresa esercitata in forma societaria coincide con la stessa costituzione della società senza che sia necessario l'accertamento in concreto di un'attività dotata dei requisiti previsti dall'art. 2082 cod. civ. e per le società di tipo commerciale (capi III ss., Titolo V, Libro V cod. civ.) coincide con l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo che indichi per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale, così parallelamente la cessazione dell'impresa organizzata in forma societaria coincide con la fine dell'esistenza della società cioè con la sua estinzione¹²⁰ che pone termine al programma d'attività stabilito nell'atto costitutivo e, più in generale, al complesso degli effetti giuridici che si annodano al contratto sociale (art. 2247 cod. civ.); estinzione che nel sistema della legge, per quanto riguarda le società iscritte, si determina con il completamento del procedimento di liquidazione, appunto. al momento della cancellazione dal registro delle imprese (ex artt. 2312 e 2495 cod. civ.)¹²¹.

Di qui, il valore tendenzialmente assoluto e irreversibile, non meramente presuntivo, che il legislatore mostra di voler assegnare appunto alla cancellazione della società dal registro delle imprese con l'art. 33 CCII (e già l'art. 10 l. fall.)¹²² e l'indicazione che per le società il termine annuale per l'apertura della liquidazione giudiziale decorre dalla data della cancellazione

117 M. Casanova, *Impresa e azienda*, cit..

118 W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 19.

119 F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit. 72-73.

120 G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 76;

121 A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 238.

122 Per una critica di questo intento e delle modalità con cui è stato realizzato dal legislatore Spada, *Diritto commerciale*, cit. 68-70 e G. Marasà, *L'imprenditore*, artt. 2082-2083, cit., 249 ss.

senza che sia accordata ai terzi la facoltà di fornire la prova di un diverso dies a quo: una volta che alla cancellazione dal registro delle imprese si riconduce, per volontà della legge, sia la distruzione del vincolo sociale sia la fine della soggettività giuridica della società appare tutto sommato coerente far coincidere con quell'evento anche la cessazione dell'impresa che fu dapprima iniziata con la creazione di quel vincolo e con l'istituzione dell'ente sociale.

La necessità di adattamento della disciplina dell'impresa alla figura soggettiva dell'imprenditore collettivo e alle diverse modalità con le quali avvengono l'acquisto e la perdita della qualità di imprenditore in capo alle società si presenta peraltro anche sotto un altro aspetto.

Per quanto riguarda le società che hanno per «oggetto» l'esercizio di una attività commerciale (art. 2249, comma 1, cod. civ.), va infatti osservato che la cessazione dell'attività non si verifica esclusivamente con l'estinzione della società a seguito della sua cancellazione dal registro delle imprese, ma può costituire anche l'esito – o uno degli esiti nel più ampio contesto di operazioni di trasformazione, fusione e scissione societaria – di una modificazione dell'«oggetto» sociale, cioè del tipo di attività economica che con il contratto sociale i soci mettono in programma di svolgere. È infatti senz'altro consentito alle società costituite in forma commerciale di modificare l'originario atto costitutivo volgendosi all'esercizio di una «attività diversa» (art. 2249, comma 2, cod. civ.) e così di determinare, dopo la costituzione, il ritiro dalla vita commerciale, senza che ciò implichi necessariamente la cessazione di ogni attività economica e lo scioglimento del contratto sociale. Con la modifica dell'oggetto indicato nell'atto costitutivo i soci danno quindi un diverso indirizzo alla loro attività comune e imprimono una diversa destinazione al patrimonio sociale ponendo le condizioni per la cessazione dell'impresa inizialmente stabilita con il contratto di società. La formula restrittiva dell'art. 33, comma 2, CCII secondo cui «la cessazione dell'attività coincide con la cancellazione dal registro delle imprese» deve dunque essere integrata con quella più ampia del primo comma che abilita l'apertura della liquidazione giudiziale «entro un anno dalla cessazione dell'attività del debitore», per tale dovendosi intendere anche la cessazione dell'impresa commerciale che sia conseguenza di una modificazione dell'oggetto sociale iscritta nel registro delle imprese e della sua sostituzione con un'attività non commerciale. E, infatti, al pari della iscrizione della cancellazione l'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione modificativa della clausola dell'atto costitutivo relativa all'oggetto sociale (art. 2300 e 2436 cod. civ.) fissa in modo rilevante per i terzi e con piena garanzia del principio di certezza delle situazioni giuridiche il mutato orientamento dell'attività. La società che abbia modificato il proprio oggetto, sopprimendo l'esercizio di un'impresa commerciale, e sempre che

«questa venga in fatto cessata»¹²³, potrà perciò essere dichiarata fallita – deve ritenersi – entro un anno dalla iscrizione della delibera di modificazione dell’atto costitutivo nel registro delle imprese¹²⁴.

7.- Ciò detto e chiarito, anche sulla base dei suoi antecedenti storici, che l’applicazione della disciplina dettata dall’art. 33 CCII presuppone il ritiro dell’imprenditore dalla vita commerciale e cioè la fine dell’impresa commerciale (allo stesso modo del precedente art. 10 l. fall. significativamente intitolato appunto “fallimento dell’imprenditore che ha cessato l’esercizio dell’impresa”); e chiarito altresì che, nell’evenienza di un’impresa esercitata in forma societaria, la fine dell’impresa può conseguire alternativamente i) all’estinzione della società provocata dalla cancellazione dal registro delle imprese richiesta dai liquidatori al termine delle operazioni di liquidazione, (ex artt. 2312 e 2495 cod. civ.) oppure ii) alla modificazione del suo oggetto sociale, si tratta di esaminare più da vicino se attraverso la fusione si realizzi, in un modo o nell’altro, la «cessazione dell’attività» delle società che si fondono.

In disparte l’ipotesi della modificazione dell’oggetto sociale attuata in occasione della fusione, in ordine alla quale non dovrebbero sussistere particolari incertezze¹²⁵, per procedere nella direzione appena indicata appare indispensabile confrontare in termini analitici gli effetti (anche) «estintivi» che, come si è anticipato, senz’altro si riconnettono (ex art. 1321 cod. civ.) al contratto di fusione con quelli che, una volta terminato il procedimento di liquidazione e a seguito della cancellazione del registro delle imprese, si producono con l’«estinzione della società» nel significato che traspare dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ.. E, infatti, considerato che la vicenda estintiva governata da queste disposizioni normative è l’unica a cui possa riferirsi con sicurezza, nella disciplina generale del fenomeno societario, l’espressione «estinzione della società» e che, d’altro canto, non v’è dubbio che proprio quella vicenda estintiva – sulla scorta della giurisprudenza costituzionale – il legislatore ha

123 F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit., 73.

124 F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit..

125 Si può segnalare come l’unica questione problematica nell’evenienza in cui l’incorporante o la società risultante dalla fusione abbia un oggetto statutario non commerciale è quella se l’apertura della liquidazione giudiziale debba colpire l’incorporante (o la società risultante dalla fusione), come sembra preferibile, o l’incorporata. Nel senso che il fallimento vada dichiarato nei confronti della società a responsabilità limitata con oggetto commerciale che abbia deliberato la trasformazione in società semplice e in associazione sportiva, anziché nei confronti del soggetto che risulta dalla trasformazione, Cass. sez. I civ., 25 gennaio 2021 n. 1519 e Cass. sez. I civ., 29 maggio 2020, n. 10302. Per una critica a questa impostazione però M. Mozzarelli, *Trasformazione e fallimento: una prospettiva evolutiva*, Riv. soc., 2021, 1287-1323.

tenuto presente nella formulazione (dell'art. 10 l. fall. e poi) dell'art. 33 CCII, intanto può legittimamente accostarsi la fusione al fatto dell'estinzione della società in liquidazione rilevante ai sensi dell'art. 33 CCII – e potrà quindi propriamente dirsi che la fusione determina la estinzione della società incorporate o delle società partecipanti alla fusione sicché dalla data dell'estinzione conseguente all'iscrizione dell'atto di fusione decorra l'anno per l'apertura della liquidazione giudiziale – in quanto gli effetti estintivi della fusione siano i medesimi o comunque siano nel loro nucleo essenziale equivalenti a quelli che si producono in conseguenza della situazione prevista dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ..

A tal proposito, malgrado la fattispecie e gli effetti dell'estinzione delle società in liquidazione, come è stato autorevolmente notato anche di recente, siano in parte tuttora controversi¹²⁶, può affermarsi con un buon grado di approssimazione che la conseguenza della cancellazione della società dal registro delle imprese consiste nel completo esaurimento degli effetti dell'operazione societaria ossia nell'integrale venir meno, al termine dell'operazione, delle situazioni giuridiche¹²⁷ create con la costituzione della società. Poiché d'altro canto il termine «società» è usato nel linguaggio legislativo in una pluralità di accezioni per designare di volta in volta «il negozio posto in essere [...] per l'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (art. 2247 cod. civ.), il correlativo rapporto e l'organizzazione che si costituisce onde realizzare lo scopo sociale e rendere i soci partecipi degli utili e delle perdite»¹²⁸, l'espressione «estinzione della società» nel contesto degli artt. 2312 e 2495 cod. civ. si presta ad indicare riassuntivamente una pluralità di effetti estintivi diretti a incidere sul complesso di situazioni giuridiche che si annodano alla costituzione della società. In particolare, il sintagma «estinzione della società» designa, nel diritto nazionale, quella vicenda che determina nel contempo l'eliminazione del contratto sociale, la cessazione di ogni rapporto tra i soci e tra i soci e la società, il dissolvimento dell'organizzazione e del patrimonio sociale; la scomparsa, infine, dell'ente sociale, inteso come persona giuridica o soggetto di diritto o, se si vuole, come gruppo unificato dei soci¹²⁹: estinzione della società, si è detto in questa prospettiva, significa «il venir meno del rapporto che lega gli azionisti cioè del

126 G.B. Portale, Dalla «società di capitali in formazione» (Vorgesellschaft) alla «società di capitali in estinzione» (Nachgesellschaft), Riv. soc., 2017, 889 ss.

127 S. Pugliatti, I fatti giuridici, con revisione e aggiornamento di A. Falzea, Milano, 1945 (rist. 1996), 50 ss. per la definizione che sono «estintivi quei fatti il cui effetto consiste nel venir meno di una determinata situazione giuridica».

128 A. Maisano, Lo scioglimento delle società, Milano, 1974, 9 ss..

129 A. Maisano, Lo scioglimento delle società, cit..

vincolo al loro investimento, [del vincolo] alla loro volontà subordinata [...] alla volontà sociale; significa venir meno dell'organizzazione della società, della sua personalità giuridica»¹³⁰; vuol dire cessazione «[de]i poteri di rappresentanza e di gestione dei suoi organi»¹³¹; «disintegrazione del gruppo sociale come collettività organizzata» che vien meno con la «sua capacità giuridica sostanziale e processuale, con i suoi apparati amministrativi e con la sua autonomia patrimoniale»¹³².

Con l'estinzione della società in liquidazione dunque vengono meno anzitutto gli effetti del negozio costitutivo: i soci sono liberati dall'obbligo di eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale (artt. 2253 e 2342 ss. cod. civ.) e viene meno il potere dei liquidatori di chiedere a ciascun socio i versamenti ancora dovuti sulle rispettive quote (artt. 2280 e 2491 cod. civ.); cessa l'obbligo dei soci di svolgere l'attività economica comune stabilita nell'atto costitutivo e di conseguenza vien meno il divieto di esercitare un'attività concorrente con quella della società (art. 2301 cod. civ.); correlativamente vien meno in modo irreversibile lo scopo comune di conseguire un utile da dividere tra i partecipanti all'iniziativa (2247 cod. civ.); in una parola si estinguono il contratto di società e le partecipazioni sociali intese come complesso di diritti, obblighi, poteri e facoltà che il contratto attribuisce a ciascun socio.

Con l'estinzione della società in liquidazione viene meno poi anche l'organizzazione sociale: nelle società di persone si estinguono i diritti di amministrazione e di controllo dei soci (artt. 2257 e 2261 cod. civ.) e cessano gli obblighi dei liquidatori sociali (artt. 2260, 2278, 2302 cod. civ.); cessano la rappresentanza (art. 2298 cod. civ.) e la ragione sociale (artt. 2292 e 2314 cod. civ.); nelle società di capitali, si dissolve l'organizzazione corporativa basata sulla ripartizione di competenze tra l'assemblea generale, l'organo di gestione e, ove presente, del collegio sindacale; vengono meno gli obblighi che ineriscono alle cariche sociali (artt. 2392, 2407 e 2489 cod. civ.); cessano i poteri di rappresentanza (artt. 2384 e 2475-bis cod. civ.) e vien meno la denominazione sociale (art. 2326 cod. civ.).

Con l'estinzione determinata dalla cancellazione dal registro delle imprese, infine, scompare «la società come persona giuridica, cioè come soggetto capace di diritti ed obblighi, titolare di un [...] patrimonio»¹³³; viene meno

130 M. Porzio, *L'estinzione della società per azioni*, Milano, 1959, 206.

131 C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, Enc. dir., 1990, 1041.

132 G. Ferri, *Le società*, Trattato di diritto civile, cit. 319 e 977.

133 M. Porzio, *L'estinzione della società per azioni*, cit..

«l'autonomia del patrimonio sociale rispetto ai patrimoni personali dei singoli soci»¹³⁴ e cessa quindi il diritto di preferenza riconosciuto ai creditori della società rispetto ai creditori particolari del socio¹³⁵. Scomparso il soggetto di diritto, in caso di sopravvenienze, i soci sono considerati successori a titolo universale della società e si forma una situazione di contitolarità sui beni già dell'ente con la conseguente responsabilità dei soci, limitata o illimitata a seconda dei casi, per i debiti sociali¹³⁶. Estinta la soggettività del gruppo, i creditori sociali rimasti insoddisfatti non possono, quindi, più rivolgersi alla società in persona dei liquidatori e devono far valere i loro diritti nei confronti dei soci: fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, nelle società a rischio limitato, o per intero nei confronti dei soci illimitatamente responsabili nei tipi sociali che prevedono la responsabilità illimitata di tutti o alcuni soci; potranno inoltre agire nei confronti dei liquidatori personalmente se il mancato pagamento è imputabile a colpa o dolo di questi ultimi (artt. 2312 e 2495 cod. civ.)¹³⁷.

8.- Sin dall'inizio di questo lavoro si è affermato con tono perentorio che il negozio di fusione si caratterizza anche per la produzione di effetti che possono designarsi come “estintivi” (ex art. 1321 cod. civ.) delle situazioni giuridiche derivanti dalla costituzione della società; occorre adesso precisare quell'affermazione.

Che il negozio di fusione sia dotato anche di efficacia estintiva è un dato certo poiché, nonostante le esitazioni talora emerse nella giurisprudenza italiana, la presenza di effetti di tipo estintivo costituisce un connotato comune dell'istituto nella tradizione giuridica continentale risalente alle legislazioni dell'ottocento¹³⁸; ed è un dato confermato espressamente dal diritto societario

134 F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, L'impresa e le società*, vol. 3, t. 2, cit. 366.

135 F. Galgano, *Le società di persone*, cit., 330.

136 M. Porzio, *L'estinzione della società per azioni*, cit. 207 ss. e nella giurisprudenza Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060 e Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070, 6071, 6072.

137 G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, cit., 124 e 500.

138 Si possono vedere i riferimenti comparatistici alle legislazioni del XIX secolo in C. Vivante, *Le società commerciali*, cit.; U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, vol. II, cit. 737 ss.; E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., 898 ss. e G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 11 ss. Dagli atti della commissione di riforma del codice di commercio del 1865, tornata del 23 ottobre 1869, in Castagnola, *Fonti e motivi del Codice di commercio*, par. 383, emergono le incertezze che all'epoca circondavano gli effetti delle operazioni di merger: «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

europeo sin dagli anni '70 del secolo scorso là dove la relativa disciplina di armonizzazione, a partire dalla Terza Direttiva¹³⁹, invariabilmente indica, nel novero degli effetti essenziali della fusione (artt. 105 e 109 dir. UE 2017/1132), che le società incorporate nel merger by acquisition e le società partecipanti nel merger by the formation of a new company, si «estinguono» (così nelle traduzioni italiana e tedesca) o «cessano di esistere» (così, tra l'altro, nelle traduzioni inglese, francese, spagnola).

Si tratta peraltro di un punto di vista che gli esponenti più illustri della nostra letteratura giuridica, già sotto l'impero del codice di commercio¹⁴⁰, non hanno mai messo in discussione. Ricordava, infatti, Giuseppe Ferri nel 1936 che a questo riguardo «tutti gli autori sono d'accordo: la fusione importa l'estinzione di alcune o tutte le società che vi partecipano e la modificazione della società incorporante o la costituzione di una nuova società che si sostituisce alle preesistenti, importa la partecipazione dei soci delle società estinte alla società che risulta dalla fusione o alla società incorporante ed una successione nel patrimonio delle società che si fondono»¹⁴¹. Ed è un'opinione che, a ben vedere, nonostante l'artificiosa contrapposizione alimentata da una lettura superficiale delle diverse teorie che si contendono il campo, dopo l'avvento del codice civile, fu senz'altro condivisa, con accenti diversi, anche dai più accreditati fautori della dottrina modificativa-evolutiva¹⁴². Solo si puntualizza da parte di questi ultimi, per ridimensionare la rilevanza dell'effetto estintivo nell'inquadramento complessivo della vicenda, che quello che dalla dottrina tradizionale della

vita ad un ente affatto nuovo. Altri ammettono la continuazione di entrambe le società che si fondono e considerano la 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, sopravvivono fino alla liquidazione compiuta. Contemporaneamente vogliono nata la nuova società la quale comincia una vita affatto nuova da quella delle società dalle quali è nata».

139 Si allude soprattutto agli artt. 3, 19, 23 della direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, agli artt. 2, 3, 19, 23 della direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 e, da ultimo, al restatement operato con la direttiva UE 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 artt. 88, 89, 105 e 109.

140 Oltre a C. Vivante, *Le società commerciali*, cit.; A. Marghieri, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit. vol. III, 405 ss.; U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., vol. II, 737 ss.; T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit. 264-266; E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit. 898 ss.; G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit. 11.

141 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit. 11.

142 Per il corretto rilievo che la preferenza per una lettura in chiave modificativa, anziché estintivo-successoria, della fusione, non impone affatto di negare l'estinzione delle società coinvolte nel merger, v. M. Perrino sub art. 2501, in *Società di capitali*, Commentario, cit., 1936.

fusione «è scambiato per estinzione delle società e ricreazione di un'altra società, diversa dalle precedenti, è invece un unico mutamento, ossia quello della perdita dell'individualità delle singole società, perdita di individualità che è conseguenza necessaria e voluta della fusione»¹⁴³ (E. Simonetto); mentre da altri si precisa che l'estinzione delle società incorporate (o delle società partecipanti nella fusione per unione) è un effetto che pur ineludibile, in quanto «la programmata unificazione [degli organismi societari] 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 [...]», opera soltanto «sul piano formale dei soggetti di diritto», giacché la fusione «comporta l'inutilità dei plurimi centri d'imputazione e, quindi, la disattivazione dei meccanismi funzionali di taluna (o di tutte) le società partecipanti alla fusione»¹⁴⁴ (C. Santagata).

Se l'efficacia estintiva della fusione appare un elemento costante della tradizione legislativa continentale sin dal XIX secolo ed è sempre stata riconosciuta senza esitazioni nella letteratura giuridica europea¹⁴⁵, più incerta risulta la questione della esatta portata dell'effetto estintivo del negozio di fusione e della sua collocazione in relazione agli altri effetti giuridici del negozio.

L'esistenza di una disciplina di armonizzazione delle operazioni di merger e i vincoli che derivano dall'obbligo di puntuale attuazione del diritto dell'Unione europea impongono peraltro di ricercare anzitutto in quella disciplina e non nel diritto nazionale, come avviene usualmente nei discorsi della dottrina e della

143 E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società*, cit. 115 e già V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405 il quale sulle orme di E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit. osservava che effetto giuridico essenziale della fusione è «la cessazione della esistenza delle società che si estinguono come gruppi sociali giuridicamente autonomi e il loro conglobarsi nella società incorporante o risultante dalla fusione».

144 Così C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit. 46-47.

145 La dottrina europea ripete senza incertezze che la cessazione della società incorporata costituisce un effetto essenziale del merger insieme al trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo della incorporata e alla assegnazione delle azioni della società incorporante ai soci della società estinta. Per il diritto francese Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, Parigi, 1998, 652 ss. e G. Ripert-R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, 1998, 1436 ss. Per il diritto tedesco, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2002, 390 ss. F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1998, 339. Per il diritto austriaco, R. Holzhammer-M. Roth, *Gesellschaftsrecht*, Vienna, 1997, 197 e H.G. Koppensteiner, *GmbH-Gesetz Kommentar*, Vienna, 1999, 758. Per il diritto inglese L.C.B. Gower, *Principles of modern company law*, Londra, 1997, 761 ss., J.H. Farrar, *Company law*, Londra, 1998, 31 e 603 ss. ss. e Charlesworth & Morse, *Company law*, Londra, 1999, 598 ss.. Per il diritto spagnolo, M. Broseta Pont-F. Martinez Sanz, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, 2023, 630.

giurisprudenza italiane¹⁴⁶, le basi per la soluzione del problema, con l'ovvia avvertenza che il sintagma «estinzione della società» impiegato nel diritto armonizzato (o meglio nella traduzione italiana di quella normativa) non può essere inteso aprioristicamente nel significato che gli viene comunemente riconosciuto nell'ordinamento interno (ad es. nel significato desumibile dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ. o da altre disposizioni legislative nazionali), giacché si tratta di un'espressione linguistica che, per definizione, essendo adoperata in una fonte normativa extra-statuale, è destinata a valere in una pluralità di ordinamenti e che perciò non presenta alcun diretto collegamento con il diritto di questo o quell'altro Stato membro dell'Unione.

Ciò posto, è agevole rilevare che proprio dalla disciplina complessiva degli effetti della fusione qual è prefigurata dal diritto societario europeo possono trarsi argomenti di importanza decisiva per l'indagine che andiamo conducendo.

Un'indicazione decisiva può essere desunta in particolare dalla definizione con cui nella disciplina di armonizzazione si descrive la fusione come «l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione [nelle diverse traduzioni: im Wege der Auflösung ohne Abwicklung, par suite de dissolution sans liquidation, como consecuencia de una disolución sin liquidación, whereby one or more companies are wound up without going into liquidation], trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società o delle società incorporate di azioni della società incorporante» (artt. 89 e 90 dir. 2017/1132); definizione che illustra il modo di prodursi degli effetti della fusione, successivamente enunciati dall'art. 105 dir. 2017/1132, sostituendo, come subito si avverte confrontando le diverse disposizioni rilevanti, il termine «estinzione» con l'espressione «scioglimento senza liquidazione».

La particolare rilevanza esplicativa del sintagma «scioglimento senza liquidazione» deriva da ciò che esso, lungi dal costituire un «residuo logico di una concezione scarsamente evoluta, propria di quegli ordinamenti (Francia, Belgio, Olanda e Lussemburgo) che non prevedevano come istituto tipico la fusione»¹⁴⁷, risente al contrario del modo più maturo – rispetto alle concezioni antropomorfe della fine del XIX secolo che inquadravano l'istituto nella successione mortis causa di una persona giuridica nel patrimonio di un'altra che si estingueva – di concepire la fusione nella dottrina europea della prima metà

146 Così, ad esempio, è sorprendentemente impostato l'itinerario argomentativo di Cass., sez. un., 30 luglio 2021, cit. che ricerca essenzialmente nelle norme di diritto nazionale e soprattutto nell'accostamento con l'estinzione della società in liquidazione il significato dell'aspetto estintivo della fusione; laddove il diritto societario europeo appare richiamato in funzione sostanzialmente confermativa di un risultato interpretativo raggiunto aliunde.

147 Così invece C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit. 20.

del novecento, a cui occorre pertanto risalire per intendere il significato originario di quell'espressione¹⁴⁸.

E così, manifestando le tendenze più avanzate di quella cultura giuridica, nel 1924 Umberto Navarrini scriveva che nella fusione «si ha il passaggio dell'universum jus da una società nell'altra o la creazione di una società nuova col patrimonio delle singole. Per il codice, infatti, [...] non si può parlare di fusione se non quando delle società che si fondono ne rimanga una sola [...]; o sorga da esse tutte una nuova società [...]. Dal punto di vista giuridico, dunque, e questo è il punto di vista principale, la fusione porta con sé necessariamente lo scioglimento [...]. Scioglimento, si noti, ma non liquidazione; la liquidazione toglierebbe, di regola, l'utilità della fusione, che si alimenta di patrimoni vivi ed operanti, non di patrimoni liquidati. 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 a codesta legittima intenzione. Si tratta, insomma, del compenetramento dell'organismo giuridico ed economico di più società in uno solo, che continua ad esistere, o in uno nuovo che tutte le abbraccia e le comprende; organismo giuridico ed economico che verrebbe, colla liquidazione, ad essere distrutto»¹⁴⁹.

A chiarire ulteriormente quell'intuizione intervenne un decennio più tardi Enrico Soprano il quale, muovendo dal commento della previsione dell'art. 189 n. 7 cod. comm., con cui si stabiliva lo «scioglimento» delle società commerciali «per la fusione con altre società», scriveva: «può tuttavia domandarsi se la fusione sia proprio da considerare come causa di scioglimento [al pari delle altre cause di scioglimento delle società previste dal codice di commercio] o se piuttosto si determini un altro modo di estinzione della società, e in tal caso, quale esso sia e quali siano i suoi effetti [...]; è necessario [infatti] intendersi sul significato del termine scioglimento»¹⁵⁰. «Se per esso si intende la liberazione dei soci dal vincolo [sociale] assunto, sia pure differita all'esaurimento della liquidazione», diceva il Soprano, «si deve nettamente escludere che la fusione importi lo scioglimento per alcune delle società partecipanti all'operazione. L'effetto della liberazione infatti mancherà del tutto; e i soci, anziché riprendere ciascuno la sua via, si vedranno legati ad un più ampio centro di 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 uno solo»¹⁵¹. Da questa considerazione, secondo l'autorevole

148 V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405-406.

149 U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., 727-728.

150 E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., 900.

151 E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., 900.

scrittore, derivavano rispetto alla figura dell'estinzione delle società una notevole quantità di differenze: «1° che il contratto sociale, lungi dal risolversi, continuerà ad esistere, ed anzi si estenderà ad una più larga cerchia di soci, unificando le comunioni sociali degli enti fusi e riannodando i vincoli contrattuali dei soci alla più vasta comunione sociale che ne deriverà; 2° che in conseguenza, nessuno dei soci potrà chiedere il rimborso della sua quota [...] tranne nei casi e nei modi in cui sia ammissibile il diritto di recesso; 3° che la liquidazione dell'attivo sociale sarebbe un non senso, mancando il fine di disintegrazione del patrimonio sociale e di distribuzione dell'attivo netto fra i soci; 4° che i creditori i cui crediti non siano ancor scaduti, non potranno chiedere di essere soddisfatti prima della fusione; 5° che non si determina nemmeno a favore dei terzi il sorgere di diritti la cui nascita deve seguire alla messa in liquidazione della società [...]; 6° che, non dovendo sciogliersi il vincolo sociale ma riannodarsi ad un nuovo sistema sociale, non occorrerà arrestare le operazioni sociali, ma occorrerà normalmente [...] tenere invece vivo l'avviamento dell'azienda sociale per compiere la fusione fra organismi in piena vitalità non in istato di disintegrazione e disfacimento; 7° che persisterà il divieto dell'illiceità di concorrenza per i soci in nome collettivo ed accomandatari [...] e permarranno in genere tutti quegli obblighi positivi o negativi che i soci per contratto o per legge si sono assunti nel periodo di funzionamento della società; 8° che i creditori pregiudicati nei loro legittimi interessi potranno impedirne l'attuazione mercé l'esercizio del loro diritto di opposizione»¹⁵². «Esclusa la liberazione dei soci dal vincolo sociale», scriveva il Soprano, «lo scioglimento può intendersi come estinzione dell'ente che va a fondersi»¹⁵³. «Ma», aggiungeva, «anche su questo punto bisogna intendersi. L'estinzione dell'ente sociale come disintegrazione del suo patrimonio e distribuzione del ricavato netto tra i soci è in contrasto con le finalità della fusione [...]. Distrutto l'organismo sociale nulla più vi sarebbe da fondere. Ma allora in che senso dovrà intendersi che la società incorporata e le società fuse cessano di esistere? Sarà allora da ritenere che è la soggettività giuridica della società incorporata o fusa che si spegne? [...]»¹⁵⁴. «Gli effetti del venir meno dell'ordinamento delle società cessanti», diceva Enrico Soprano a conclusione del suo discorso, «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 trasferisce nell'altro ente che ne diverrà titolare di fronte ai terzi, debitori e creditori. Cesserà il mandato agli organi sociali (amministratori, sindaci, liquidatori); la ditta non potrà più formare oggetto di

152 E. Soprano, Trattato teorico-pratico delle società commerciali, cit., 901.

153 E. Soprano, Trattato teorico-pratico delle società commerciali, cit., 902.

154 E. Soprano, Trattato teorico-pratico delle società commerciali, cit., 902.

tutela legale; i diritti degli azionisti nella società venuta meno cesseranno per dar luogo ai nuovi diritti nella società risultante [...]»¹⁵⁵.

La più raffinata sistemazione concettuale degli effetti della fusione si deve però all'opera di Giuseppe Ferri. È all'illustre Maestro che si deve l'affermazione più chiara nell'ambito della nostra esperienza giuridica – costruzione poi recepita anche dal diritto societario europeo (art. 105, par. 1, lett. c), dir. UE 2017/1132) – che lo scioglimento delle società partecipanti alla fusione, diversamente da quanto accade nella successione mortis causa, dove la morte naturale dell'individuo costituisce l'antecedente logico necessario (=fattispecie) della successione ereditaria¹⁵⁶, non può considerarsi un presupposto della fusione e tantomeno si configura come presupposto della trasmissione del patrimonio delle società partecipanti, ma costituisce un effetto giuridico del negozio di fusione posto sullo stesso piano degli altri effetti dell'operazione¹⁵⁷; nonché l'idea che la fusione «non è operazione di liquidazione, ma una modifica statutaria [in quanto] non mira alla realizzazione dei rapporti sociali, ma alla trasformazione di tali rapporti»¹⁵⁸, con la precisazione che 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» e che «il vincolo sociale continua ma continua in un organismo sociale diverso» senza dissoluzione delle singole collettività organizzate¹⁵⁹. Sempre al Ferri si deve poi l'intuizione che la «trasmissione del patrimonio [delle società partecipanti], da un lato, apprestando il contenuto patrimoniale alla partecipazione [del gruppo dei soci] ad altra società [...], rende operativa la compenetrazione dei gruppi sociali; d'altra parte, [...] svuotando la società trasmittente del suo contenuto patrimoniale, opera l'estinzione di questa»¹⁶⁰ «come distinto soggetto di diritto»¹⁶¹.

Alla stregua dell'illustre tradizione dottrinale della prima metà del novecento, nata dal confronto tra le esperienze dei principali paesi di cultura giuridica continentale, il valore esplicativo dell'espressione «scioglimento senza liquidazione» contenuta nel moderno diritto societario europeo può dunque essere colto in ciò che la fusione delle società – al contrario della

155 E. Soprano, Trattato teorico-pratico delle società commerciali, cit. 903.

156 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 32.

157 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 22.

158 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 23.

159 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 50-51.

160 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 53.

161 G. Ferri, La fusione delle società commerciali, cit. 49.

vicenda estintiva governata dal diritto nazionale la quale s'incentra sulla liquidazione e sulla divisione tra i soci del patrimonio sociale – non importa la definizione (=estinzione) dei rapporti sociali: la fusione in altri termini non è diretta e non presuppone in alcun modo né la definizione dei rapporti che le società partecipanti avevano posto in essere coi terzi, né la definizione dei rapporti che il contratto sociale aveva indotto tra i soci, cosicché – deve inferirsene – gli uni e gli altri sono destinati a proseguire nella struttura organizzativa risultante dall'operazione di integrazione¹⁶².

La fusione non è diretta alla definizione (=estinzione) dei rapporti con i terzi poiché, come avvertiva il Navarrini, è da sempre apparso in contraddizione con la funzione economica della fusione (=l'integrazione in un organismo giuridico unitario di una pluralità di imprese giuridicamente indipendenti in vista del rafforzamento delle rispettive basi patrimoniali e della crescita del loro potere di mercato) lo svolgimento delle operazioni necessarie a raggiungere la conclusione degli affari pendenti, alla conversione in denaro del patrimonio sociale e al pagamento dei creditori sociali. La fusione non determina, inoltre, la definizione (=estinzione) dei rapporti di partecipazione dei soci per il motivo che non è concepibile, senza pregiudicare il diritto di preferenza dei creditori sul patrimonio sociale, che, per il tramite dell'operazione di merger, i soci siano liberati dall'obbligo di eseguire i conferimenti o siano abilitati a sopprimere il vincolo di destinazione impresso al patrimonio della società dividendosi i beni sociali. Accettata la premessa che dopo la fusione i soci delle società fuse restano obbligati ad eseguire i conferimenti promessi e a mantenere ferma la destinazione dei beni sociali all'esercizio dell'impresa, ne segue d'altro canto che va individuato il titolo su cui si basano gli obblighi dei soci. Escluso il potere del gruppo organizzato di imporre l'obbligo di nuovi conferimenti per la partecipazione alla società incorporante o risultante dalla fusione, tale titolo – come indicavano Enrico Soprano e Giuseppe Ferri negli anni '30 del novecento – non può che rintracciarsi nella permanenza del vincolo creato al riguardo con l'atto costitutivo delle società partecipanti¹⁶³.

162 C. Santagata., *La fattispecie della fusione*, in *Fusioni e scissioni di società*, cit., 2 ss..

163 E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit. e G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit.. E nel vigore del codice civile V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405-406 e C. Santagata., *La fattispecie della fusione*, in *Fusioni e scissioni di società*, cit., 4 ss. il quale, premesso il duplice dato che il titolo esclusivo per la partecipazione ad una società è il conferimento ad essa effettuato e che in sede di fusione alcun ulteriore apporto viene effettuato, osserva che il titolo della partecipazione dei soci delle società che si fondono alla società incorporante o risultante dalla fusione non si costituisce ex novo in dipendenza della stipulazione in favore del socio nel negozio di fusione ma risiede nel contratto sociale originario in forza del quale essi hanno inizialmente effettuato il proprio apporto.

Tradotta in termini più espliciti la formula «scioglimento senza liquidazione» deve allora essere letta nel senso che con la fusione non si estingue ma resta pienamente vincolante, sia pure modificato con gli adattamenti resi necessari dall'integrazione con gli altri gruppi sociali coinvolti nel merger, l'atto costitutivo della società, cioè il programma avente per oggetto l'esercizio in comune di un'attività di impresa per dividerne gli utili; che con la fusione non cessano di esistere ma proseguono, modificati per soddisfare le esigenze collegate all'allargamento della compagine dei soci, i rapporti creati con il contratto sociale e che nel negozio costitutivo hanno il loro titolo; non vengono meno, ma continuano a sussistere, adattati per consentire l'adesione ad una collettività allargata, i diritti e gli obblighi delle parti, cioè le situazioni giuridiche amministrative e patrimoniali che costituiscono il contenuto delle partecipazioni sociali; non si estingue ma permane, nel più ampio contesto dell'organizzazione risultante dalla combinazione societaria, la posizione di alterità in cui è posto il gruppo organizzato rispetto ai singoli soci; non vengono meno ma permangono l'autonomia patrimoniale che era propria delle società partecipanti (i.e. la reciproca separazione del patrimonio del gruppo da quello dei soci uti singuli nonché il diritto di preferenza dei creditori sociali rispetto ai creditori personali dei soci) e la destinazione dei loro beni allo svolgimento dell'attività economica comune.

Appurato che «scioglimento senza liquidazione» delle società partecipanti alla fusione non vuol dire affatto nella tradizione giuridica continentale dissoluzione dell'atto costitutivo delle società e fine dei rapporti sociali, concorre poi a illuminare in termini positivi il fondamento e l'estensione degli effetti estintivi della fusione la considerazione degli ulteriori effetti giuridici – e delle reciproche relazioni – che il diritto societario europeo ricollega ipso jure all'operazione di merger; effetti che si compendiano a) nel trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante (o dalle società partecipanti alla società risultante dalla fusione); e b) nell'unificazione delle compagini sociali delle singole società coinvolte («gli azionisti della società incorporata divengono azionisti della società incorporante»).

Riflesso logico inevitabile del passaggio a favore dell'incorporante (o alla società risultante dalla fusione) dell'universum jus, cioè del complesso dei rapporti e delle situazioni giuridiche che facevano capo alle società partecipanti, e della contestuale unificazione delle compagini sociali è, infatti, a ben vedere, la perdita per i singoli gruppi sociali dell'autonoma capacità giuridica di cui disponevano prima dell'integrazione. Per un verso, infatti, la trasmissione dell'intero patrimonio dall'incorporata all'incorporante o dalle società partecipanti alla società nuova (o, se si preferisce, l'assorbimento del patrimonio delle società che si fondono) comporta, come scriveva Umberto Navarrini, la

rinuncia dei soci delle società partecipanti al merger a dirigere per il futuro in modo indipendente il patrimonio sociale alla speculazione commerciale¹⁶⁴; sottende, cioè, la rinuncia di ciascun gruppo sociale, in vista dell'integrazione del substrato personale e patrimoniale delle società partecipanti, a porre in essere autonomamente atti giuridici e a provocare la costituzione di effetti giuridici imputabili al patrimonio del gruppo; implica, detto in altri termini, la rinuncia a rivelare nel mondo giuridico e fare in esso valere gli interessi autonomi della singola collettività sociale¹⁶⁵. Per altro verso, l'integrazione dei gruppi sociali e l'accorpamento delle strutture organizzative delle società partecipanti (i.e. degli uffici e dei relativi processi deliberativi, amministrativi, dichiarativi, di controllo, ecc.) rende inutile un'autonoma organizzazione di gruppo deputata alla produzione di nuovi atti giuridici sia a rilievo interno (fra i soci) sia a rilievo esterno (nei confronti dei terzi)¹⁶⁶: determina perciò l'estinzione degli organi delle società partecipanti che rivestono la forma di società di capitali, e più in generale la cessazione dei meccanismi di produzione e imputazione metaindividuale di atti ed effetti giuridici che sono caratteristici di tutti i tipi di società¹⁶⁷.

Nella perdita di un'autonoma capacità, sostanziale e processuale, delle singole società partecipanti e, di riflesso, nell'estinzione dei meccanismi di produzione e imputazione di atti ed effetti giuridici dei singoli gruppi organizzati, può identificarsi in conclusione l'effetto estintivo proprio della fusione¹⁶⁸, come confermato dall'art. 105, par. 3, dir. 2017/1132, il quale, disponendo per l'eventualità che gli Stati membri richiedano «formalità particolari ai fini dell'opponibilità ai terzi del trasferimento di taluni beni, diritti e obblighi apportati dalla società incorporata», per un verso, indica che competente a provvedere a tali formalità è la stessa società incorporante; dall'altro, autorizza gli Stati membri a permettere «alla società incorporata di continuare a procedere a tali formalità durante un periodo limitato che non può essere fissato, salvo casi eccezionali, a più di sei mesi dopo la data in cui la fusione ha efficacia». E allo stesso modo va interpretata la norma di diritto nazionale che, al termine del procedimento di fusione, pone in capo alla società che risulta dalla fusione o alla società incorporante, che li assume, tutti i diritti,

164 U. Navarrini, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., 727-728.

165 A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, Enc. dir., 1960, 14 ss..

166 G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 4 per la definizione del contratto di società come contratto di organizzazione di una futura attività che presuppone lo svolgimento di un'attività comune e la conseguente creazione di un'organizzazione di gruppo.

167 V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405-406.

168 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit. 209.

gli obblighi e i rapporti, anche processuali, delle società partecipanti (art. 2504-bis, comma 1, cod. civ.), perciò stesso svuotandone la capacità giuridica. Mentre ha valore puramente descrittivo, una volta chiarito che l'aspetto estintivo della fusione non ha alcuna incidenza sull'alterità soggettiva tra il gruppo organizzato e i soci uti singoli né sull'autonomia patrimoniale del gruppo e sulla destinazione dei beni all'esercizio dell'impresa, dire che la fusione estingue la società come soggetto di diritto¹⁶⁹, oppure ne estingue la soggettività giuridica¹⁷⁰; così come ha valore soltanto descrittivo l'affermazione che la fusione comporta la perdita dell'individualità delle singole società¹⁷¹, o quella secondo cui la fusione determina la cessazione della veste giuridica originaria dei gruppi sociali che assumono una veste giuridica diversa¹⁷²; o, ancora, l'idea che dopo la fusione non esiste più la personalità giuridica della società fusa nella sua individualità, ma esiste come parte integrante della persona giuridica con cui si fonde¹⁷³.

Ora, quale che sia il modo preferito per descrivere la vicenda, se si raffronta il complesso degli effetti estintivi che si ricollegano alla cancellazione della società dal registro delle imprese al termine delle operazioni di liquidazione (artt. 2312 e 2495 cod. civ.) – se si guarda cioè alla situazione finale che nel nostro sistema si qualifica con sicurezza come «estinzione della società» – con la situazione finale prodotta dall'iscrizione dell'atto di fusione balza subito evidente agli occhi questa conclusione: il divario tra le due situazioni appare incolumabile e il loro accostamento, operato comunemente dalla nostra giurisprudenza di legittimità, suscita l'impressione di un'operazione intellettuale completamente arbitraria.

La fusione, infatti, diversamente dall'estinzione della società in liquidazione, non è diretta all'eliminazione del contratto sociale, non determina la cessazione dei rapporti tra i soci e tra i soci e il gruppo organizzato; non importa lo scioglimento del vincolo di destinazione del patrimonio sociale.

Può affermarsi che effetti parzialmente comuni all'estinzione delle società e alla fusione sono il dissolvimento dell'organizzazione di gruppo e la fine della soggettività giuridica: è però bene precisare, per evitare fraintendimenti al

169 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 49.

170 E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., 902.

171 E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società*, cit. 115 e già V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405-406 e già G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit. 205.

172 E. Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, cit., 902.

173 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 49, nt. 1 e 218, ove il richiamo ad una parte della dottrina tedesca.

riguardo, che la fusione comporta il venir meno dell'organizzazione autonoma delle società partecipanti per via dell'accorpamento degli organi, delle competenze e dei relativi processi decisionali e dichiarativi, ma non implica affatto la fine dell'organizzazione di gruppo¹⁷⁴: i soci delle società partecipanti restano infatti vincolati ai meccanismi di produzione dell'attività comune propri dell'entità risultante dal merger (ad es. restano assoggettati al principio di maggioranza, al metodo collegiale, alla diverse modalità di partecipazione alla gestione dell'impresa che caratterizzano i singoli tipi di società, ecc.); così come deve precisarsi che la fusione pone fine all'autonoma soggettività giuridica dei singoli gruppi sociali, intesa come capacità del singolo gruppo di esprimere e far valere nel traffico giuridico i propri interessi in modo autonomo dalle altre società coinvolte nel merger¹⁷⁵; non determina però la fine di ogni capacità del gruppo sociale né la fine della condizione di alterità del gruppo organizzato rispetto ai soci uti singuli.

Se tutto ciò è vero risulta allora dimostrato che la fusione, diversamente dall'estinzione delle società in liquidazione regolata dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ., non implica affatto il ritiro dalla vita commerciale delle società partecipanti poiché nell'integrazione giuridica delle collettività organizzate e dei patrimoni delle singole società partecipanti al merger resta fermo lo scopo dell'esercizio in comune dell'attività economica con i conferimenti promessi dai soci nei rispettivi atti di costituzione e prosegue senza mai interrompersi, con la continuazione di tutti i rapporti giuridici interni ed esterni delle società partecipanti (art. 2504-bis cod. civ.), l'attività d'impresa che del complesso di quei rapporti è formata¹⁷⁶: con la fusione i soci non attuano un mutamento d'indirizzo delle loro attività, non realizzano un'operazione di disinvestimento né attribuiscono al patrimonio sociale una destinazione diversa dall'esercizio di un'impresa commerciale. Ne deriva che ogni accostamento tra la fusione e il fatto dell'estinzione della società risulta illegittimo e che la fusione non vale a configurare i presupposti per l'applicazione dell'art. 33 CCII in quanto gli «effetti estintivi» della fusione non presentano alcuna equivalenza con quelli

174 V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 405-406 e già . Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 205.

175 F. Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit. 29, ove il rilievo che personalità giuridica non significa altro che soggettività, capacità giuridica. Per l'identificazione della soggettività giuridica con la capacità giuridica v. A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, *Enc. dir.*, 1960, 14, il quale affermava che «la soggettività giuridica viene a coincidere puntualmente e senza residui con la capacità giuridica, la quale, essa pure, consiste in questa posizione generale del soggetto, di destinatario degli effetti giuridici».

176 A. Auletta, *Attività*, *Enc. dir.*, 1958, 987.

che si producono in conseguenza della situazione finale prevista dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ..

Ne consegue altresì che in modo pienamente coerente con l'impostazione del diritto societario europeo il legislatore nazionale ha eliminato ogni riferimento al concetto di "estinzione della società" nell'ambito del procedimento di fusione, scongiurando così ogni possibile confusione concettuale e terminologica tra l'evento che, per il diritto interno, segna la fine dell'operazione societaria per l'integrale esaurimento dei suoi effetti – l'estinzione della società determinata dalla cancellazione dal registro delle imprese qual è regolata per il diritto nazionale dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ. – e il fenomeno completamente diverso della fusione; e che in maniera altrettanto coerente il legislatore nazionale ha evitato di prescrivere la cancellazione delle società partecipanti dal registro delle imprese, considerando la pubblicità dell'atto di fusione nell'ufficio del registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti, della società incorporante o della società che risulta dalla fusione, adempimento necessario e sufficiente alla produzione di tutti gli effetti del merger e all'informazione dei terzi che entrano in contatto con i gruppi sociali unificati.

Va da sé, infine, che gli Stati membri non sono abilitati a regolare discrezionalmente le conseguenze giuridiche della cessazione (della capacità giuridica) delle società partecipanti negando o ignorando a proprio piacimento gli effetti essenziali prodotti dalla fusione secondo il diritto societario europeo. Risulta pertanto in manifesto contrasto con la disciplina di armonizzazione l'indirizzo della Corte di Cassazione che assoggetta al fallimento (liquidazione giudiziale) la società incorporata dopo l'attuazione della pubblicità della fusione: tale indirizzo, infatti, da un lato, presupponendo la permanenza della qualità di «debitore» in capo alla società incorporata nonostante la pubblicità dell'incorporazione, finisce per disconoscere che attraverso la fusione si realizza, con rilevanza anche nei riguardi dei terzi, il trasferimento in favore dell'incorporante dell'intero patrimonio attivo e passivo dell'incorporata, la quale, dunque, cessa senz'altro di essere autonomamente obbligata all'adempimento nei confronti dei creditori; e, dall'altro, presupponendo l'attuale capacità sostanziale e processuale della incorporata, finisce per disconoscere che con l'integrazione dei patrimoni e dei gruppi sociali dell'incorporata e dell'incorporante, l'incorporata cessa di essere autonoma destinataria di imputazioni di atti ed effetti giuridici sostanziali e processuali.

9.- Accade talvolta – come si ricordava all'inizio di questo lavoro citando le parole di F. Ferrara sr. – che un caso giuridico dimostri sperimentalmente che

una certa prospettiva teorica è errata o unilaterale, sgretolando l'edificio concettuale costruito per via d'astrazioni.

Al termine dell'indagine può senz'altro confermarsi che la regola iuris del fallimento (liquidazione giudiziale) della società incorporata costruita dalla nostra giurisprudenza appartiene alla categoria dei nonsense upon stilts: essa, infatti, risulta completamente sfornita di basi nel diritto interno dell'insolvenza e viola scopertamente il diritto societario europeo.

L'opinione che la «società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'art. 10 l. fall., entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese» si pone anzitutto in grave contraddizione con il diritto nazionale in quanto autorizza l'apertura della liquidazione giudiziale senza l'accertamento dell'insolvenza attuale del «debitore», cioè, dopo l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese, della società incorporante (i.e. dei gruppi sociali unificati per effetto della fusione), ormai succeduta nell'universum jus dell'incorporata, da valutarsi tenendo conto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria risultante dalla integrazione delle società coinvolte nel merger.

Gli antecedenti storici dell'art. 10 l. fall. e oggi dell'art. 33 CCII dimostrano inoltre in modo inequivocabile che presupposto dell'applicazione di quelle norme è la cessazione dell'attività d'impresa (=il ritiro dell'imprenditore dalla vita commerciale); evento che, per quanto riguarda le imprese organizzate in forma societaria, può realizzarsi alternativamente con la modificazione dell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo – anche all'esito di operazioni di trasformazione, fusione o scissione – e con l'estinzione della società provocata dalla cancellazione della società dal registro delle imprese al termine del procedimento di liquidazione: così come le società di tipo commerciale acquistano la qualità di imprenditore per il fatto dell'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo con cui si programma l'esercizio di un'attività commerciale così esse perdono la qualifica di imprenditore al momento della cancellazione o come conseguenza dell'iscrizione di una modifica statutaria che importi il venir meno dell'oggetto commerciale.

La vicenda della fusione – salvo che sia disposta la contestuale modificazione dell'oggetto sociale delle società partecipanti con il programma di svolgere un'attività non commerciale come consentito dall'art. 2249 cod. civ. – non appare tuttavia riconducibile al concetto di diritto interno della «estinzione della società» nel significato desumibile dagli artt. 2312 e 2495 cod. civ.. Da un lato, infatti, diversamente dalla fattispecie dell'estinzione della società in liquidazione – che produce la 'morte' dell'organismo societario e la sua uscita dal mercato – la fusione si configura, per il diritto societario europeo, alla stregua di uno «scioglimento senza liquidazione»: con la fusione si realizza,

invero, una strategia di integrazione delle società partecipanti al merger che non postula la dissoluzione del patrimonio destinato all'esercizio dell'impresa e il ritiro dalla vita commerciale della società (cioè del gruppo sociale). La fusione presuppone al contrario la piena vitalità del vincolo di destinazione dei conferimenti all'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili; l'integrazione di due o più società – come si è cercato di dimostrare – comporta esclusivamente la perdita dell'autonoma capacità giuridica (e di riflesso la cessazione degli organi sociali) delle società che si fondono: come scriveva Ernesto Simonetto sessant'anni or sono «fondersi è [dunque] assai meno di estinguersi»¹⁷⁷. Dall'altro lato, coerentemente con l'inquadramento della fusione tra le vicende evolutive (e non dissolutive) delle forme di esercizio dell'impresa è incontrastabilmente esclusa dalla legge la cancellazione dal registro delle imprese delle società partecipanti alla fusione, cioè la formalità pubblicitaria che pone irreversibilmente fine all'esistenza della società che ha esaurito la fase della liquidazione: ponendo fine anzitutto alla esistenza del contratto sociale e del rapporto sociale e, quindi, anche alla serie di effetti rappresentati dall'organizzazione di gruppo, dalla soggettività di gruppo e dall'autonomia patrimoniale di gruppo.

La regola di matrice giurisprudenziale che la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile al fallimento, ai sensi dell'art. 10 l. fall. e oggi alla liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 33 CCII, entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese, si pone poi apertamente in contrasto anche con il diritto societario europeo (art. 105 dir. 2017/1132) poiché finisce per negare, senza alcun fondamento normativo, gli effetti essenziali di una fusione che si è validamente perfezionata secondo la disciplina di armonizzazione dell'Unione: per un verso, infatti, l'applicazione di quella regola sottintende il disconoscimento del passaggio dell'universum jus dall'incorporata all'incorporata e presuppone illegittimamente che l'incorporata conservi nei confronti dei propri creditori la qualità di «debitore» tenuto all'adempimento; per altro verso, la soggezione al fallimento dell'incorporata equivale ad affermare l'esistenza di un'autonoma capacità giuridica della società dopo l'incorporazione, là dove la fusione comporta senz'altro, secondo la disciplina europea, la perdita di autonomia delle società partecipanti. (v. art. 105, par. 3, dir. 2017/1032).

La prova dell'inconsistenza della regola iuris sulla liquidazione giudiziale della società incorporata finisce peraltro per sgretolare dalle fondamenta l'intera costruzione giuridica della fusione edificata «per via d'astrazioni» dalla nostra giurisprudenza: alla base di quella costruzione sta, infatti, più o meno

177 E. Simonetto, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società*, cit. 115.

consapevolmente, l'idea di fondo – comune alle più antiche concezioni elaborate nel XIX secolo allorché furono adottate in Europa le prime leggi dedicate al nostro istituto – che la fusione si risolva in una vicenda corrispondente alla successione mortis causa¹⁷⁸. Si continua così da decenni a scambiare per 'funerale' quello che invece è un 'matrimonio' tra le società partecipanti, un atto della loro vita attiva¹⁷⁹, travisando completamente la realtà del fenomeno¹⁸⁰, identificabile nella prosecuzione di tutti i rapporti giuridici anteriori alla fusione, inclusi i rapporti di partecipazione dei soci all'attività economica comune (ex art. 2504-bis cod. civ.). Senonché, come si è da tempo chiarito il porre al centro del fenomeno la vicenda estintiva determina «una completa inversione dei principi legislativi e signific[a] precludersi ogni possibilità di cogliere il concetto esatto di fusione»¹⁸¹. Il disegno degli effetti della fusione contenuto nell'art. 105 dir. 2017/1132, attesta che la cosiddetta «estinzione» (cessazione) delle società che si fondono, infatti, non costituisce, diversamente da quel che accade rispetto alla morte della persona fisica nella successione ereditaria, il presupposto del passaggio dell'universum jus, ma rappresenta un effetto giuridico (o, meglio, un complesso di effetti giuridici) del contratto di fusione, rispondente all'intento pratico delle società partecipanti di integrare le rispettive organizzazioni; effetto che si pone accanto alla successione universale nei rapporti giuridici delle società partecipanti e all'unificazione delle compagini sociali: la 'cessazione' della società incorporata in altre parole non è causa della successione dell'incorporante nel patrimonio della incorporata; non può dirsi che l'avvenimento della cessazione della incorporata produce la successione dell'incorporante; o che in conseguenza della cessazione dell'incorporata si ha la successione; tanto meno può sostenersi che la cessazione dell'incorporata funziona rispetto all'effetto del succedere come il suo fondamento e la sua ragion d'essere¹⁸². Inoltre, l'effetto della successione universale dell'incorporante nel patrimonio dell'incorporata non risponde, come accade nella successione ereditaria, alla «necessità di

178 In questi termini di recente Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970 p. 34-35 ove, con sorpresa, si legge ancora la massima stereotipa che la fusione «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».

179 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 49. 219.

180 G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., 753.

181 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 39.

182 Per la caratterizzazione in questi termini della successione mortis causa, L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*. cit., 60 ss..

provvedere alla sistemazione della posizione giuridica di un soggetto [...] defunto»¹⁸³ ma ha la funzione di apprestare il contenuto patrimoniale (apporto) della partecipazione alla società incorporante del gruppo sociale dell'incorporata¹⁸⁴: essenza dell'operazione di fusione è infatti la successione della società incorporante nell'intero patrimonio di una o più società incorporate con «attribuzione agli azionisti della società o delle società incorporate di azioni della società incorporante» (artt. 89 e 90 dir. 2017/1132)¹⁸⁵.

Se la 'estinzione' (i.e. la cessazione della autonoma capacità giuridica) della società incorporata, come si è da tempo dimostrato, diversamente dalla morte della persona fisica nella successione ereditaria, non è causa della successione della incorporante nell'universum jus, non ne costituisce, cioè, il presupposto né la ragion d'essere, risulta allora una vera e propria contraddizione in termini parlare, come fa ancora la nostra giurisprudenza¹⁸⁶, della successione che si realizza nella fusione delle società alla stregua di una vicenda corrispondente alla successione per causa di morte¹⁸⁷: si confonde così, a ben guardare, la speciale figura della successione fondata sull'avvenimento della morte dell'individuo con il concetto di successione in genere¹⁸⁸, con cui si indica il subentrare di un soggetto giuridico in luogo di un altro soggetto in uno o più rapporti giuridici particolari o anche nella universalità dei suoi rapporti giuridici¹⁸⁹; non ci si avvede però, così facendo, che, a differenza di quanto accade per la universalità della successione da fusione regolata espressamente dalla legge (ex art. 2504-bis, comma 1, cod. civ.), la universalità della successione per causa di morte, il passaggio, cioè, di tutti i rapporti, attivi e passivi, del defunto in capo all'erede e la conseguente compenetrazione del patrimonio del defunto e di quello dell'erede, con l'unificazione della titolarità dei rapporti in testa a quest'ultimo (c.d. confusione dei patrimoni) e la continuazione dei rapporti giuridici del defunto, salvo estinzione di quelli che sono intrasmissibili, non è descritta direttamente dalla legge ma si trae per astrazione dal concetto dottrinale di successione nei diritti e negli obblighi e solo indirettamente dalla disciplina legislativa dell'eredità¹⁹⁰. Non si avverte poi che,

183 D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Milano, 1992, 1127.

184 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 39..

185 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 217

186 Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970 p. 34-35 e più in generale la costante giurisprudenza di legittimità citata alla nota 5.

187 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 203 ss.

188 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 216 ss.

189 S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, cit., 32 ss..

190 L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*. cit.. 568-569.

in presenza di una specifica disciplina legislativa della successione universale da fusione (ex art. 2504-bis), solo con molta cautela possono ricavarsi analogicamente argomenti dalla speciale disciplina della successione universale per causa di morte e che in ogni caso occorre distinguere tra regole della successione ereditaria che possono essere considerate espressive dei principi del fenomeno successorio in genere, suscettibili di impiego analogico, e regole che hanno per presupposto la ‘morte’ dell’individuo, a loro volta senz’altro inapplicabili alla successione da fusione per mancanza di quell’antecedente¹⁹¹.

Si finisce per trascurare che il contratto di fusione tra società non è un negozio mortis causa: la sua funzione non sta nell’attuare la disposizione dei beni e dei rapporti delle società partecipanti al momento della ‘morte’ e per la ‘morte’ delle società; la successione universale disposta dal contratto di fusione non è una successione che, fondandosi sull’estinzione ed avvenendo all’estinzione e per l’estinzione della società, può considerarsi un succedere mortis causa¹⁹². La fusione, come si è troppe volte ripetuto, non importa la dissoluzione del vincolo sociale, ma presuppone la prosecuzione del rapporto e la continuazione dell’attività economica dei gruppi sociali partecipanti entro una struttura organizzativa unitaria; essa opera perciò, come è stato chiarito da tempo, una successione universale tra vivi¹⁹³ con conseguente inapplicabilità delle norme che presuppongono la morte della persona fisica o la morte dell’imprenditore individuale (ad es. artt. 979, comma 1, 1330, 1674 e 1722 cod. civ., 300 c.p.c.)¹⁹⁴.

191 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 223 ss.

192 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 217.

193 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 220 e T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit. 265.

194 G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, cit., 228 ss. con alcune puntualizzazioni. Per l’opinione che negava in generale l’applicabilità delle norme relative alla successione a causa di morte delle persone fisiche nel campo degli enti collettivi, F. Ferrara sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1938, 286 ss. Diversamente, F. Galgano, *Diritto commerciale, L’impresa e le società*, vol. 3, t. 2, cit., 482, il quale, pur aderendo all’opinione del Simonetto e del Santagata secondo cui la fusione integra «una vicenda modificativa degli originari contratti di società» che, «lungi dall’estinguersi, subiscono null’altro che un fenomeno di “integrazione reciproca”» riconosce che l’idea della successione a titolo universale mortis causa «può, con la precisazione che si tratta di un fenomeno solo analogo, essere utilmente impiegata, giacché permette di argomentare per analogia e di attingere dai principi sulle successioni i criteri in base ai quali distinguere fra rapporti che si trasmettono e rapporti che non si trasmettono dalla incorporata all’incorporante o dalle società fuse alla società risultante dalla fusione». Più correttamente, v. però R. Santagata, *La fattispecie della fusione*, cit., 14 il quale osserva che, diversamente dalla successione universale mortis causa della persona fisica, la successione universale da fusione si caratterizza per la conservazione dell’organizzazione di persone, di mezzi e di conoscenze (know how)

dell'impresa con la conseguenza che la continuità in capo alla società superstite dei rapporti giuridici delle società che si fondono è destinata ad assumere la massima ampiezza senza che possa predicarsi ad es. lo scioglimento dei rapporti caratterizzati intuitu personae.

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo IV**

Sezione II - Giurisprudenza

Responsabilità solidale della società risultante da scissione per costi di ripristino ambientale

Corte di Giustizia dell'Unione Europea - Causa C-713/22, 29 luglio 2024. Pres. K. Lenaerts. L. Bay Larsen, vicepresidente.

Dopo la Corte d'Appello di Milano (sentenze nn. 973/2019 e 3294/2021) e la Cassazione (ordinanza di rinvio n. 32365/2022), anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla controversia insorta tra LivaNova plc, il Ministero dell'Economia, il Ministero dell'Ambiente e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, vertente sulla "constatazione della responsabilità solidale di LivaNova per i debiti derivanti dai costi di bonifica e dai danni ambientali riconducibili alla SNIA s.p.a., risultanti da comportamenti antecedenti e successivi alla scissione di quest'ultima società, dalla quale è nata la Sorin s.p.a. (poi LivaNova plc)".

Il giudizio è nato dall'esigenza di interpretazione pregiudiziale degli artt. 3 e 22 Dir. 82/891/CEE, manifestata dalla Cassazione in sede di rinvio con la formulazione del seguente quesito: "Se l'art. 3 della VI direttiva, applicabile (art. 22) pure alla scissione mediante costituzione di nuove società, - nella parte in cui stabilisce che (a) "se un elemento del patrimonio passivo non è attribuito nel progetto di scissione e l'interpretazione di quest'ultimo non permette di deciderne la ripartizione, ciascuna delle società beneficiarie ne è solidalmente responsabile", e che (b) "gli Stati membri possono prevedere che questa responsabilità solidale sia limitata all'attivo netto attribuito a ciascuna società beneficiaria" - osti a un'interpretazione della norma di diritto interno costituita dall'art. 2506 bis c.c., comma 3, che intenda la responsabilità solidale della beneficiaria riferibile, quale "elemento del passivo" non attribuito dal progetto, oltre alle passività di natura già determinata, anche (i) a quelle identificabili nelle conseguenze dannose, prodottesi dopo la scissione, di condotte (commissive o omissive) venute in essere prima della scissione stessa o (ii) delle condotte successive che ne siano sviluppo, aventi natura di illecito permanente, generative di un danno ambientale, i cui effetti, al momento della scissione, non siano ancora compiutamente determinabili".

Anche ad avviso della Corte di Giustizia, la nozione di "elementi del patrimonio passivo" esige che i debiti siano, di principio, esistenti, con la precisazione che, nel caso di costi di bonifica e per danni ambientali, tale requisito implica solamente che "l'illecito o il fatto generatore di tali danni si sia verificato anteriormente alla scissione, ma non che, a questa data, tali danni siano stati constatati o valutati, o anche che siano stati definiti".

È stato pertanto delineato il seguente principio di diritto: “l’articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull’articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato [CEE] e relativa alle scissioni delle società per azioni, deve essere interpretato nel senso che: la regola della responsabilità solidale delle società beneficiarie enunciata da tale disposizione si applica non soltanto agli elementi di natura determinata del patrimonio passivo non attribuiti in un progetto di scissione, ma anche a quelli di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, purché essi derivino da comportamenti della società scissa antecedenti all’operazione di scissione”.

* * *

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull’articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato [CEE] e relativa alle scissioni delle società per azioni (GU 1982, L 378, pag. 47).

Tale domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia che oppone LivaNova plc al Ministero dell’Economia e delle Finanze (Italia), al Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (Italia) (in prosieguo: il «Ministero dell’Ambiente») e alla Presidenza del Consiglio dei ministri (Italia), vertente sulla constatazione della responsabilità solidale di LivaNova per i debiti derivanti dai costi di bonifica e dai danni ambientali causati dalla SNIA SpA, risultanti da comportamenti antecedenti e successivi alla scissione di quest’ultima società, dalla quale è nata la Sorin SpA, divenuta LivaNova.

Contesto giuridico

Diritto dell’Unione

Terza direttiva 78/855/CEE

La terza direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, basata sull’articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato [CEE] e relativa alle fusioni delle società per azioni (GU 1978, L 295, pag. 36), è stata abrogata dalla direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni (GU 2011, L 110, pag. 1), a partire dal 1o luglio 2011.

L’articolo 1 della terza direttiva 78/855, intitolato «Campo d’applicazione», prevedeva, al paragrafo 1, quanto segue:

«Le misure di coordinamento prescritte dalla presente direttiva si applicano alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti i seguenti tipi di società:

(...)

– per l'Italia:

la società per azioni,

(...))».

Sesta direttiva 82/891/CEE

La sesta direttiva 82/891 è stata abrogata dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario (GU 2017, L 169, pag. 46), a partire dal 20 luglio 2017. I fatti di cui al procedimento principale sono antecedenti a quest'ultima data.

Il quinto considerando della sesta direttiva 82/891 enunciava quanto segue:

«(...) la tutela degli interessi dei soci e dei terzi richiede un coordinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardanti le scissioni di società per azioni, nella misura in cui gli Stati membri autorizzano tale operazione».

I considerando dall'ottavo all'undicesimo della medesima sesta direttiva erano così formulati:

«(...) i creditori, obbligazionisti o no, ed i portatori di altri titoli delle società partecipanti alla scissione devono essere tutelati onde evitare che la realizzazione della [scissione] li leda;

(...) la pubblicità prevista dalla [prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU 1968, L 65, pag. 8),] deve essere estesa alle operazioni relative alla scissione affinché i terzi ne siano sufficientemente informati;

(...) è necessario estendere le garanzie previste in favore dei soci e dei terzi, nel quadro della procedura di scissione, a talune operazioni giuridiche che, in certi settori essenziali, hanno delle caratteristiche analoghe a quelle della scissione affinché questa tutela non possa essere elusa;

(...) in vista di garantire la sicurezza giuridica nelle relazioni sia fra le società partecipanti alla scissione che fra queste ed i terzi nonché fra gli azionisti, bisogna limitare i casi di nullità e stabilire da una parte il principio della sanatoria ogni volta che essa è possibile e, dall'altra, un termine breve per l'esercizio dell'azione di nullità».

L'articolo 1 della sesta direttiva 82/891 disponeva quanto segue:

«1. Se gli Stati membri permettono per le società di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della [terza direttiva 78/855], soggette alla loro legislazione, l'operazione di scissione mediante incorporazione, definita all'articolo 2 della presente direttiva, essi sottopongono tale operazione al capitolo I della presente direttiva.

2. Se gli Stati membri permettono per le società di cui al paragrafo 1 l'operazione di scissione tramite costituzione di nuove società, definita all'articolo 21, paragrafo 1, essi sottopongono tale operazione al capitolo II.

(...)

Gli articoli da 2 a 20 della sesta direttiva 82/891 erano contenuti nel capitolo I di quest'ultima, intitolato «Scissione mediante incorporazione».

L'articolo 2, paragrafo 1, di tale sesta direttiva prevedeva quanto segue:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per scissione mediante incorporazione l'operazione con la quale una società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie dei conferimenti risultanti dalla scissione, in seguito denominate "società beneficiarie", e eventualmente di un conguaglio in denaro non superiore al 10% del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, del loro equivalente contabile».

L'articolo 3 della citata sesta direttiva enunciava quanto segue:

«1. Gli organi di amministrazione o di direzione delle società partecipanti alla scissione redigono per iscritto un progetto di scissione.

2. Il progetto di scissione indica almeno:

(...)

h) la descrizione e la ripartizione esatte degli elementi del patrimonio attivo e passivo da trasferire a ciascuna delle società beneficiarie;

i) la ripartizione tra gli azionisti della società scissa delle azioni delle società beneficiarie nonché il criterio sul quale si basa tale ripartizione.

3. a) Se un elemento del patrimonio attivo non è attribuito nel progetto di scissione e l'interpretazione di quest'ultimo non permette di deciderne la ripartizione, questo elemento o il suo controvalore è ripartito tra tutte le società beneficiarie proporzionalmente all'attivo netto attribuito a ciascuna di dette società nel progetto di scissione.

b) Se un elemento del patrimonio passivo non è attribuito nel progetto di scissione e l'interpretazione di quest'ultimo non permette di deciderne la ripartizione, ciascuna delle società beneficiarie ne è solidalmente responsabile. Gli Stati membri possono

prevedere che questa responsabilità solidale sia limitata all'attivo netto attribuito a ciascuna società beneficiaria».

L'articolo 12 della medesima sesta direttiva era formulato nei seguenti termini:

«1. Le legislazioni degli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione.

2. A tal fine le legislazioni degli Stati membri prevedono, quanto meno, che tali creditori abbiano il diritto di ottenere adeguate garanzie, qualora le situazioni finanziarie della società scissa e della società cui sarà trasferito l'obbligo conformemente al progetto di scissione rendano necessaria tale tutela e qualora detti creditori non dispongano già di tali garanzie.

3. Nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo. Gli Stati membri possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l'obbligo è stato trasferito. Gli Stati membri possono non applicare il presente paragrafo, qualora conformemente all'articolo 23 l'operazione di scissione sia sottoposta al controllo di un'autorità giudiziaria e qualora la maggioranza dei creditori, rappresentativa dei tre quarti dell'importo dei crediti, o una maggioranza di una categoria di creditori della società scissa, rappresentativa dei tre quarti dell'importo dei crediti, abbia rinunciato, in un'assemblea tenuta conformemente all'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), ad invocare la responsabilità solidale.

(...))».

Così recitava l'articolo 13 della sesta direttiva 82/891:

«I portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, devono beneficiare, nelle società beneficiarie contro le quali tali titoli possono essere opposti conformemente al progetto di scissione, di diritti almeno equivalenti a quelli di cui beneficiavano nella società scissa, a meno che la modifica dei loro diritti sia stata approvata da una assemblea dei portatori di detti titoli, se la legislazione nazionale prevede questa assemblea, oppure dai singoli portatori di detti titoli, o anche a meno che tali portatori abbiano il diritto di ottenere il riscatto dei loro titoli».

L'articolo 17, paragrafo 1, della sesta direttiva in parola aveva il seguente tenore:

«La scissione produce ipso jure e simultaneamente i seguenti effetti:

a) il trasferimento, tanto tra la società scissa e le società beneficiarie, quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società scissa alle società beneficiarie; questo trasferimento è fatto per parti conformemente alla ripartizione prevista dal progetto di scissione o dall'articolo 3, paragrafo 3;

b) gli azionisti della società scissa divengono azionisti di una o delle società beneficiarie conformemente alla ripartizione prevista dal progetto di scissione;

c) la società scissa si estingue».

Nel capitolo II della citata sesta direttiva, intitolato «Scissione mediante costituzione di nuove società», l'articolo 21, paragrafo 1, prevedeva:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per scissione mediante costituzione di nuove società l'operazione con la quale una società, tramite il suo scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società di nuova costituzione l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie e, eventualmente, di un conguaglio in danaro non superiore al 10% del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, del loro equivalente contabile».

L'articolo 22, paragrafo 1, della medesima sesta direttiva, anch'esso contenuto nel capitolo II di quest'ultima, recitava:

«Alla scissione mediante costituzione di nuove società sono applicabili gli articoli 3, 4, 5 e 7, l'articolo 8, paragrafi 1 e 2, gli articoli da 9 a 19 della presente direttiva, fatti salvi gli articoli 11 e 12 della direttiva 68/151/CEE. A tal fine l'espressione "società partecipanti alla scissione" designa la società scissa e l'espressione "società beneficiaria" designa ciascuna delle nuove società».

L'articolo 25 della sesta direttiva 82/891, collocato nel capitolo IV di quest'ultima, dal titolo «Altre operazioni assimilate alla scissione», così disponeva:

«Quando la legislazione di uno Stato membro permette una delle operazioni di cui all'articolo 1, senza che la società scissa si estingua, sono applicabili i capitoli I, II e III, salvo l'articolo 17, paragrafo 1, lettera c)».

Diritto italiano

L'articolo 2506 del codice civile, intitolato «Forme di scissione», dispone quanto segue:

«Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci.

(...)

La società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività.

(...))».

L'articolo 2506-bis di detto codice, intitolato «Progetto di scissione», recita:

«L'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige un progetto dal quale devono risultare i dati indicati nel primo comma dell'articolo 2501-ter ed inoltre l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in danaro.

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 della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; se l'assegnazione del patrimonio della società è solo parziale, tale elemento rimane in capo alla società trasferente.

Degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, nel primo caso, le società beneficiarie, nel secondo la società scissa e le società beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria.

Dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto».

L'articolo 2506-quater di detto codice, intitolato «Effetti della scissione», dispone, nell'ultimo comma, quanto segue:

«Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

Il 13 maggio 2003, la SNIA ha realizzato un'operazione di scissione, conformemente alla normativa italiana, con effetti dal 2 gennaio 2004, mediante la quale essa ha trasferito una parte del suo patrimonio, vale a dire tutte le partecipazioni da essa detenute nel settore biomedicale, ad una società di nuova costituzione, la Sorin.

Il Ministero dell'Ambiente ha proposto delle domande di risarcimento nei confronti della SNIA, per i danni ambientali che quest'ultima avrebbe causato, nell'ambito delle sue attività nel settore dei prodotti chimici, svolte per il tramite delle sue controllate, Caffaro e Caffaro Chimica, in tre siti industriali ubicati, rispettivamente, a Brescia (Italia), a Torviscosa (Italia) e a Colferro (Italia).

La SNIA, che è stata posta in amministrazione straordinaria nel 2010, ha convenuto la Sorin, nonché il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dell'Ambiente

e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dinanzi al Tribunale di Milano (Italia), al fine dell'accertamento della responsabilità solidale della Sorin, anche nei confronti delle suddette amministrazioni pubbliche, per tutti i debiti risultanti dagli oneri di bonifica e dai danni ambientali, ascrivibili alle responsabilità di SNIA anteriori alla scissione societaria.

Le amministrazioni pubbliche convenute hanno, a loro volta, chiesto la condanna della Sorin, in solido con la SNIA.

Nel 2015 la Sorin è divenuta LivaNova.

Il 1° aprile 2016, il Tribunale di Milano ha respinto tutte le domande proposte dalle amministrazioni pubbliche convenute. Tali amministrazioni hanno interposto appello contro la sentenza di detto tribunale.

Con sentenza non definitiva del 5 marzo 2019, la Corte d'appello di Milano (Italia) ha riconosciuto l'esistenza di un nesso di causalità tra le attività esercitate dalla SNIA e dalle sue controllate, da un lato, e l'inquinamento dei terreni in questione, dall'altro. Essa ha poi constatato che, in quanto proprietaria di tali aree e dei relativi stabilimenti, nonché gestore diretto e capogruppo delle imprese che operavano sulle aree stesse, la SNIA era responsabile di un'intensa attività di sfruttamento ambientale che si è protratta, sui tre siti industriali in questione, per quasi un secolo, con conseguenze estremamente gravi sotto il profilo dell'inquinamento. Come risulta dalla sentenza del giudice di cui sopra, la SNIA ha ammesso la propria responsabilità per questi fatti.

I fatti che hanno ingenerato la responsabilità della SNIA erano cronologicamente anteriori al 13 maggio 2003, data alla quale l'operazione di scissione in discussione nel procedimento principale è stata realizzata. La Corte d'appello di Milano ha dunque riconosciuto la responsabilità solidale di LivaNova, limitatamente all'attivo trasferito, conformemente all'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile, a motivo del fatto che i debiti risultanti dai costi di bonifica e dai danni ambientali costituivano elementi del passivo della SNIA, noti ma la cui destinazione non era desumibile dal progetto di scissione in questione.

La Corte d'appello di Milano ha inoltre ordinato la prosecuzione del procedimento al fine di determinare, mediante una consulenza tecnica, l'esatta portata dell'inquinamento sui tre siti industriali in questione, le necessarie misure di riparazione ambientale e l'importo esatto dei costi di bonifica e dei corrispondenti danni ambientali.

Con sentenza definitiva del 12 novembre 2021, la Corte d'appello di Milano, in applicazione dell'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile, ha condannato LivaNova, entro i limiti dell'attivo trasferito, a rimborsare i costi di bonifica e per i danni ambientali causati dalle attività delle controllate della SNIA nei tre siti industriali in questione, quantificandoli in EUR 453 587 327,48 complessivi.

LivaNova ha proposto ricorso per cassazione contro tale sentenza definitiva dinanzi alla Corte suprema di cassazione (Italia), giudice del rinvio.

Con il suo secondo motivo di ricorso, il cui esame da parte del giudice del rinvio è all'origine della questione pregiudiziale sollevata, LivaNova contesta alla Corte d'appello di Milano di non aver tenuto conto della differenza tra la nozione di «elementi del passivo», ai sensi dell'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile, e quella di «debiti», ai sensi dell'articolo 2506 quater del codice civile, il quale sarebbe inteso a trasporre l'articolo 12, paragrafo 3, della sesta direttiva 82/891. Secondo LivaNova, la distinzione tra queste due nozioni avrebbe dovuto condurre il giudice summenzionato ad includere nella nozione di «debiti» solo le passività di natura determinata ed esistenza certa, con scadenza e ammontare determinato, non confondibile con i «fondi» per rischi e con gli «impegni», visto che questi ultimi, costituenti «elementi del passivo», sarebbero rilevanti solo ai fini dell'applicazione dell'articolo 2506 bis del codice civile. LivaNova aggiunge che detto giudice le ha imputato, ingiustamente, danni generati da condotte (omissive o commissive) tenute successivamente alla scissione in parola, in violazione del limite temporale posto dalla normativa in rapporto agli «elementi del passivo» o ai «debiti» già esistenti al tempo della scissione medesima.

Al fine di statuire su questo motivo, il giudice del rinvio ritiene che occorrerebbe verificare la compatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'interpretazione effettuata dalla Corte d'appello di Milano della nozione di «elementi del passivo la cui destinazione non è desumibile dal progetto [di scissione]», di cui all'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile.

Il giudice del rinvio sottolinea che tale responsabilità verte sulle conseguenze dannose di un «illecito permanente», suscettibili di aggravamento nel tempo e tali da risultare per loro stessa natura refrattarie «a rigide linee di demarcazione rispetto alla risultante di un'operazione societaria come quella in esame». Esso precisa che, dopo la scissione di cui al procedimento principale, i livelli di inquinamento dei siti industriali di Torviscosa e di Colleferro non sono aumentati, ma quelli del sito industriale di Brescia hanno conosciuto un incremento e tale incremento presenta un nesso di causalità con il comportamento della SNIA, antecedente a tale scissione.

Alla luce del diritto nazionale, l'elemento determinante, nel caso di specie, sarebbe che il giudice di merito, ossia la Corte d'appello di Milano, ha constatato la responsabilità della SNIA in ragione dell'antiorità del fatto generatore dei danni ambientali di cui trattasi. Tale antiorità permetterebbe di constatare l'esistenza anteriore di un debito ai fini dell'insorgere della responsabilità solidale per l'«illecito permanente» corrispondente.

Il giudice del rinvio aggiunge che, a suo avviso, l'espressione «elementi del passivo», contemplata dall'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile, non implica alcuna predeterminata caratteristica qualitativa. Tali elementi potrebbero dunque consistere in debiti, e perfino in debiti autonomi rispetto agli attivi che vengono scissi. Tale interpretazione sarebbe suffragata dall'obiettivo della sesta direttiva 82/891, che è la tutela dei creditori, come risulterebbe dalla sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56, punti 44 e 51).

Il giudice del rinvio ritiene che sia tuttavia necessario sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in quanto l'interpretazione della nozione di «elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto [di scissione]», che figura all'articolo 2506 bis del codice civile, deve essere compatibile con quella della corrispondente nozione di «elemento del patrimonio passivo non (...) attribuito nel progetto di scissione», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891.

È in tale contesto che la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 3, [paragrafo 3, lettera b),] della [sesta direttiva 82/891], applicabile (articolo 22) pure alla scissione mediante costituzione di nuove società, – nella parte in cui stabilisce che (a) “se un elemento del patrimonio passivo non è attribuito nel progetto di scissione e l'interpretazione di quest'ultimo non permette di deciderne la ripartizione, ciascuna delle società beneficiarie ne è solidalmente responsabile”, e che b) “[g]li Stati membri possono prevedere che questa responsabilità solidale sia limitata all'attivo netto attribuito a ciascuna società beneficiaria” – osti a un'interpretazione della norma di diritto interno costituita dall'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile che intenda la responsabilità solidale della beneficiaria riferibile, quale “elemento del passivo” non attribuito dal progetto [di scissione], oltre alle passività di natura già determinata, anche (i) a quelle identificabili nelle conseguenze dannose, prodottesi dopo la scissione, di condotte (commissive o omissive) venute in essere prima della scissione stessa o (ii) [alle passività identificabili nelle conseguenze dannose] delle condotte successive che ne siano sviluppo, aventi natura di illecito permanente, generative di un danno ambientale, i cui effetti, al momento della scissione, non siano ancora compiutamente determinabili».

Sulla competenza della Corte

A norma dell'articolo 21 della sesta direttiva 82/891, si intende per scissione mediante costituzione di nuove società l'operazione con la quale una società, tramite il suo scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società di nuova costituzione il suo intero patrimonio.

Tuttavia, la SNIA non ha trasferito il suo intero patrimonio a più società, bensì soltanto una parte del suo patrimonio a una società di nuova costituzione, la Sorin, divenuta LivaNova.

Di conseguenza l'operazione di scissione di cui al procedimento principale non rientra direttamente nell'ambito di applicazione della sesta direttiva 82/891.

Conformemente all'articolo 267 TFUE, la Corte è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione dei Trattati nonché degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione europea.

Nel contesto della cooperazione fra la Corte e i giudici nazionali, istituita dall'articolo suddetto, spetta al solo giudice nazionale valutare, tenendo conto delle specificità di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter rendere la propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dai giudici nazionali riguardano l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, la Corte è, in linea di principio, tenuta a statuire (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 44 nonché la giurisprudenza ivi citata).

In applicazione di tale giurisprudenza, la Corte si è ripetutamente dichiarata competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocavano al di fuori della sfera di applicazione diretta del diritto dell'Unione, ma nelle quali dette disposizioni erano state rese applicabili dal diritto nazionale in ragione di un rinvio operato da quest'ultimo al loro contenuto.

In quei casi, anche se i fatti del procedimento principale non rientravano direttamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni erano state rese applicabili dalla normativa nazionale, la quale, per le soluzioni apportate a situazioni puramente interne, si era conformata a quelle adottate dal legislatore dell'Unione (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata).

Infatti, quando una normativa nazionale si conforma per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne a quelle adottate dal diritto dell'Unione, al fine, ad esempio, di evitare che si producano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni della concorrenza, oppure di assicurare una procedura unica in situazioni paragonabili, esiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate. Pertanto, un'interpretazione, da parte della Corte, delle disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni puramente interne si giustifica per il fatto che dette disposizioni sono state rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto ed incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 46 e la giurisprudenza ivi citata).

Qualora la Corte venga adita da un giudice nazionale nel contesto di una situazione che non rientra direttamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, essa non può, senza nessun'altra indicazione da parte del giudice del rinvio se non quella che la normativa nazionale controversa nel procedimento principale è indistintamente applicabile alle situazioni disciplinate dalle disposizioni del diritto dell'Unione di cui trattasi e alle situazioni puramente interne, ritenere che la domanda di interpretazione pregiudiziale vertente sulle disposizioni di tale diritto sia necessaria a detto giudice per la soluzione della controversia pendente dinanzi ad esso (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 47 e la giurisprudenza ivi citata).

Gli elementi concreti che permettano di stabilire che le disposizioni del diritto dell'Unione sono state rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione, devono risultare dalla decisione di rinvio (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 48 e la giurisprudenza ivi citata).

A tal fine, incombe al giudice del rinvio indicare, conformemente all'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, in che modo, nonostante il suo carattere puramente interno, la controversia pendente dinanzi ad esso presenta un elemento di collegamento con le disposizioni del diritto dell'Unione che rende l'interpretazione pregiudiziale richiesta necessaria alla soluzione di tale controversia. Tali requisiti trovano peraltro riconoscimento nelle raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2019, C 380, pag. 1) (sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punto 49 e la giurisprudenza ivi citata).

Nel caso di specie, il giudice del rinvio, competente in via esclusiva ad interpretare il diritto nazionale nell'ambito del sistema di cooperazione giudiziaria istituito dall'articolo 267 TFUE, ha precisato che l'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile, la cui applicazione costituisce l'oggetto del procedimento principale, ha trasposto, nell'ordinamento nazionale, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891.

Nella decisione di rinvio, il giudice del rinvio mette altresì in rilievo la sostanziale equivalenza del tenore letterale di tali disposizioni.

Pertanto, trasponendo in questo modo la sesta direttiva 82/891, il legislatore italiano ha deciso di applicare l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), di tale direttiva in modo diretto e incondizionato anche alle operazioni mediante le quali una società per azioni attribuisce soltanto una parte del proprio patrimonio ad un'altra società.

Date tali circostanze, occorre considerare che la Corte è competente a rispondere alla questione deferita dal giudice del rinvio.

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

Il governo austriaco nutre dubbi riguardo alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale in quanto gli elementi di fatto e di diritto necessari affinché la Corte risponda in maniera utile alla questione che le viene sottoposta non risulterebbero in modo inequivoco dalla decisione di rinvio. Infatti, il giudice del rinvio non avrebbe chiaramente illustrato i fatti, né esposto il pertinente quadro normativo nazionale, soprattutto l'articolo 2506 bis del codice civile.

Esso non preciserebbe neppure le ragioni per le quali ritiene che un'interpretazione della sesta direttiva 82/891 sia necessaria.

Secondo costante giurisprudenza, il procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione di cui questi necessitano per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (sentenza del 27 aprile 2023, *Castorama Polska e Knor*, C-628/21, EU:C:2023:342, punto 25 nonché la giurisprudenza ivi citata).

A questo proposito, occorre ricordare che, nell'ambito di tale procedimento, spetta soltanto al giudice nazionale, che è investito della controversia oggetto del procedimento principale e che deve assumere la responsabilità della futura decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascun causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in linea di principio, tenuta a statuire. Ne consegue che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione beneficiano di una presunzione di rilevanza. Il rigetto da parte della Corte di una domanda presentata da un giudice nazionale è dunque possibile solo qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza del 27 aprile 2023, *Castorama Polska e Knor*, C-628/21, EU:C:2023:342, punto 26 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Risulta parimenti da una costante giurisprudenza, la quale trova ormai riconoscimento nell'articolo 94 del regolamento di procedura, che la necessità di giungere ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale esige che quest'ultimo definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni da lui sollevate o che esso, quanto meno, spieghi le ipotesi di fatto sulle quali tali questioni sono fondate. La decisione di rinvio deve, inoltre, indicare le ragioni precise che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione e a ritenere necessario sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale (v., in tal senso, sentenza del 27 aprile 2023, *Castorama Polska e Knor*, C-628/21, EU:C:2023:342, punto 27 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostiene il governo austriaco, la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene un'illustrazione dell'oggetto della controversia di cui al procedimento principale e dei fatti pertinenti, nonché il tenore delle disposizioni nazionali pertinenti, tra cui quello dell'articolo 2506 bis del codice civile.

Inoltre, la decisione di rinvio indica le ragioni precise che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi in merito all'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891 e a ritenere necessario sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale al riguardo.

Infatti, risulta da detta decisione che il giudice del rinvio reputa necessario sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale in quanto la nozione di «elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto», che figura all'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile e che deve essere interpretata per stabilire se LivaNova possa essere considerata solidalmente responsabile dei costi di bonifica e dei danni ambientali causati dalla SNIA, deve essere interpretata allo stesso modo della corrispondente nozione di «elemento del patrimonio passivo non (...) attribuito nel progetto di scissione», contenuta all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891, che l'articolo 2506 bis, terzo comma, del codice civile ha trasposto.

Pertanto, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Sulla questione pregiudiziale

Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891 debba essere interpretato nel senso che la regola della responsabilità solidale delle società beneficiarie enunciata da tale disposizione si applica non soltanto agli elementi di natura determinata del patrimonio passivo non attribuiti in un progetto di scissione, ma anche a quelli di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, risultanti da comportamenti della società scissa antecedenti all'operazione di scissione o da comportamenti successivi a tale operazione che siano essi stessi lo sviluppo di comportamenti antecedenti di detta società scissa.

Risulta dall'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva summenzionata, il quale è applicabile ad una scissione mediante costituzione di nuove società ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, della medesima direttiva, che, se un elemento del patrimonio passivo non è attribuito nel progetto di scissione di cui trattasi e l'interpretazione di tale progetto non permette di decidere la ripartizione dell'elemento suddetto, ciascuna delle società beneficiarie ne è solidalmente responsabile. Risulta dalla seconda frase del medesimo articolo 3, paragrafo 3, lettera b), di detta direttiva che gli Stati membri possono prevedere che questa responsabilità solidale sia limitata all'attivo netto attribuito a ciascuna società beneficiaria.

La nozione di «elemento del patrimonio passivo», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, non viene definita da tale direttiva. Inoltre, tale disposizione non contiene alcun rinvio al diritto degli Stati membri per quanto riguarda tale definizione.

Secondo costante giurisprudenza, i termini di una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo significato e della sua portata devono di norma essere oggetto, in tutta l'Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi conformemente al loro significato abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto in cui essi sono utilizzati e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essi

fanno parte (sentenza del 7 settembre 2023, KRI, C-323/22, EU:C:2023:641, punto 46 e la giurisprudenza ivi citata).

In primo luogo, nel suo significato abituale, il termine «passivo» designa l'insieme dei debiti che gravano su una persona giuridica o fisica. Pertanto, la nozione di «elemento del patrimonio passivo», contenuta nell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, mira, in senso ampio, a ricomprendere qualsiasi debito della società scissa, sia esso certo o incerto, determinato o indeterminato, indipendentemente dalla sua origine e dalla sua natura.

In secondo luogo, per quanto riguarda il contesto dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, occorre rilevare che, a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera h), della medesima direttiva, un progetto di scissione deve contenere, segnatamente, la descrizione e la ripartizione esatte degli elementi del patrimonio attivo e passivo da trasferire a ciascuna delle società beneficiarie.

Ne consegue che la nozione di «elementi del patrimonio passivo», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, esige che i debiti in questione siano, di principio, esistenti. Infatti, poiché un progetto di scissione deve contenere la descrizione e la ripartizione esatte degli elementi del patrimonio passivo da trasferire, tali elementi devono essere venuti ad esistenza anteriormente alla scissione in questione. Nel caso di costi di bonifica e per danni ambientali, tale requisito implica dunque che l'illecito o il fatto generatore di tali danni si sia verificato anteriormente alla scissione, ma non che, a questa data, tali danni siano stati constatati o valutati, o anche che siano stati definiti.

In terzo luogo, per quanto riguarda gli obiettivi della sesta direttiva 82/891, occorre ricordare che il quinto considerando di quest'ultima menziona, tra tali obiettivi, la tutela degli interessi dei soci e dei terzi. Risulta inoltre dall'ottavo considerando della citata sesta direttiva che quest'ultima mira altresì a tutelare i creditori e i portatori di altri titoli e precisa che questi devono essere tutelati onde evitare che la realizzazione della scissione in questione li leda. Discende, infine, dall'undicesimo considerando della medesima sesta direttiva che quest'ultima mira ad assicurare la certezza del diritto sia nei rapporti fra le società partecipanti alla scissione, sia nei rapporti fra queste ed i terzi nonché tra gli azionisti di tali società.

Orbene, la nozione di «terzi» utilizzata segnatamente nei considerando quinto e undicesimo della sesta direttiva 82/891 è più ampia di quella, utilizzata nell'ottavo considerando della medesima direttiva, di «creditori, obbligazionisti o no, ed i portatori di altri titoli delle società partecipanti alla scissione», tenendo presente che tali creditori e tali portatori di altri titoli costituiscono l'oggetto di talune misure specifiche di tutela previste, segnatamente, agli articoli 12 e 13 della sesta direttiva sopra citata (v., per analogia, sentenza del 5 marzo 2015, Modelo Continente Hipermercados, C-343/13, EU:C:2015:146, punto 31).

Occorre dunque considerare che tra i terzi dei quali la sesta direttiva 82/891 mira a tutelare gli interessi rientrano persone che, alla data della scissione di cui trattasi, non sono ancora qualificabili come creditori o portatori di altri titoli, ma che possono essere

così qualificate dopo tale scissione in virtù di situazioni sorte prima di quest'ultima, come la commissione di violazioni del diritto dell'ambiente che vengano constatate tramite decisione soltanto dopo la scissione in parola (v., per analogia, sentenza del 5 marzo 2015, *Modelo Continente Hipermercados*, C-343/13, EU:C:2015:146, punto 32).

Tale interpretazione della nozione di «terzi», ai sensi della sesta direttiva 82/891, corrobora quella della nozione di «elementi del patrimonio passivo», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della medesima direttiva, nel senso che essa ricomprende anche le passività di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione in questione, ma che derivino da comportamenti antecedenti a tale scissione.

Qualora non si accogliesse tale interpretazione della nozione di «elementi del patrimonio passivo», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, una scissione potrebbe costituire un mezzo per un'impresa per sottrarsi alle conseguenze degli illeciti da essa eventualmente commessi, a discapito dello Stato membro interessato o di altri eventuali interessati (v., per analogia, sentenza del 5 marzo 2015, *Modelo Continente Hipermercados*, C-343/13, EU:C:2015:146, punto 33). Infatti, sarebbe sufficiente a tal fine che tale impresa procedesse ad un'operazione di scissione prima che siano stati valutati i costi di bonifica e per danni ambientali risultanti da comportamenti antecedenti a tale scissione. Orbene, dai considerando menzionati al punto 65 della presente sentenza risulta altresì che la sesta direttiva 82/891 mira per l'appunto ad evitare che un'impresa si sottragga ai propri obblighi nei confronti dei soggetti cointeressati, come i suoi soci, i suoi azionisti, i suoi creditori od anche i terzi riguardati, per effetto della scissione di una società per azioni ricadente sotto il suo controllo.

Inoltre, occorre rilevare che tale interpretazione non conferisce ai terzi una tutela eccessiva a discapito delle società di nuova costituzione, dato che la seconda frase dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891 permette agli Stati membri di limitare la responsabilità solidale di dette società all'importo dell'attivo che è stato ad esse attribuito nel progetto di scissione di cui trattasi.

Del resto, occorre osservare che tale interpretazione della nozione di «elementi del patrimonio passivo», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, è conforme all'articolo 11 TFUE, in quanto essa mira ad evitare che l'impresa che è all'origine dell'attività inquinante possa sottrarsi ai propri obblighi nei confronti dei soggetti cointeressati per effetto della scissione di una società per azioni ricadente sotto il suo controllo.

Da quanto sopra esposto risulta che la nozione di «elementi del patrimonio passivo», di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), prima frase, della sesta direttiva 82/891, ricomprende non soltanto le passività di natura determinata, ma anche quelle di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, risultanti da comportamenti antecedenti a tale scissione.

Per contro, per quanto riguarda i comportamenti successivi all'operazione di scissione che sono lo sviluppo di comportamenti della società scissa antecedenti a tale operazione, risulta dal punto 64 della presente sentenza che la nozione di «elemento del patrimonio passivo», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891, ricomprende soltanto i costi di bonifica e per danni ambientali risultanti da comportamenti della società scissa già realizzati alla data di tale scissione.

La sesta direttiva 82/891 prevede soltanto un sistema minimo di tutela degli interessi dei terzi, menzionati al punto 67 della presente sentenza, per gli elementi del patrimonio passivo che scaturiscono da comportamenti antecedenti alla scissione in questione (v., per analogia, sentenza del 30 gennaio 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punti 67 e 74). Pertanto, la questione se dei comportamenti successivi a tale scissione, che siano però lo sviluppo di comportamenti antecedenti della società scissa, possano essere imputati a tale società, con la conseguenza che l'obbligo di risarcire i danni così cagionati, in quanto elementi del patrimonio passivo, verrà trasferito alle società beneficiarie secondo le modalità definite dalla sesta direttiva 82/891, deve essere risolta sulla base del diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 2017, *Túrkevei Tejtermelő Kft.*, C-129/16, EU:C:2017:547, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata).

Dall'insieme delle considerazioni sopra esposte risulta che occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891 deve essere interpretato nel senso che la regola della responsabilità solidale delle società beneficiarie enunciata da tale disposizione si applica non soltanto agli elementi di natura determinata del patrimonio passivo non attribuiti in un progetto di scissione, ma anche a quelli di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, purché essi derivino da comportamenti della società scissa antecedenti all'operazione di scissione.

Sulle spese

Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 3, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato [CEE] e relativa alle scissioni delle società per azioni, deve essere interpretato nel senso che:

la regola della responsabilità solidale delle società beneficiarie enunciata da tale disposizione si applica non soltanto agli elementi di natura determinata del patrimonio passivo non attribuiti in un progetto di scissione, ma anche a quelli di

natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, purché essi derivino da comportamenti della società scissa antecedenti all'operazione di scissione.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 29 luglio 2024.

Il cancelliere
A. Calot Escobar

Il presidente
K. Lenaerts

La Corte costituzionale si pronuncia sulla responsabilità dei revisori

Corte costituzionale, Sentenza n. 115, 01 luglio 2024. Pres. Prosperetti. Red. Navarretta.

Con questa importante pronuncia, la Consulta ha dichiarato infondate:

1) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 (Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento, dal Tribunale ordinario di Milano, sezione quindicesima civile, con il ricorso indicato in epigrafe;

2) nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, sollevate, in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della intrinseca irragionevolezza, e all'art. 24 Cost., dal Tribunale ordinario di Milano, sezione quindicesima civile, con il ricorso indicato in epigrafe.

* * *

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 6 settembre 2023, iscritta al n. 133 del registro ordinanze 2023, il Tribunale ordinario di Milano, sezione quindicesima civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 (Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE), nella parte in cui fa decorrere il termine di prescrizione delle azioni di responsabilità, nei confronti dei revisori legali dei conti e delle società di revisione, dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.

2.– Il rimettente riferisce che il Fallimento di T. e t. spa (d'ora in avanti: Fallimento) ha convenuto in giudizio alcuni soggetti per sentirli condannare, a diverso titolo, al risarcimento dei danni derivati dall'insufficienza patrimoniale di T. e t. spa, che aveva condotto al suo fallimento.

Tra gli originari convenuti rientravano l'ex presidente della società, gli ex componenti del consiglio di amministrazione, l'ex amministratore delegato, gli ex componenti del comitato per il controllo sulla gestione, gli ex sindaci, l'ex revisore contabile, R. L. T. G., e un istituto di credito.

Il giudice *a quo* espone che, nell'ambito dell'originario giudizio, il Tribunale di Milano ha emesso una sentenza non definitiva, ai sensi dell'art. 279, secondo comma, numero 5), del codice di procedura civile, con cui sono state rigettate alcune eccezioni preliminari di merito sollevate dalla difesa di taluni convenuti ed è stata disposta la separazione del processo relativo alla domanda risarcitoria proposta dal Fallimento nei confronti del revisore e, con distinta ordinanza, ne ha ordinato la prosecuzione per l'ulteriore istruzione della causa.

Nell'ambito di tale giudizio, ha sollevato l'odierno incidente di costituzionalità.

3.– Nei confronti dell'ex revisore, il Fallimento ha proposto una domanda di risarcimento del danno, per avere omesso ogni doveroso controllo sulla regolare tenuta della contabilità sociale e sulla corretta redazione dei bilanci, nonché per violazione dei doveri di diligenza e professionalità imposti dalla legge e connessi all'incarico e, in ogni caso, per aver concorso con i membri del consiglio di amministrazione e del comitato per il controllo sulla gestione nell'aggravamento del dissesto della società.

All'atto della costituzione in giudizio, la convenuta ha eccepito, tra l'altro, la prescrizione del credito risarcitorio dedotto dal Fallimento, sostenendo che l'ultima relazione di revisione depositata, relativa al bilancio 2012, è datata 14 giugno 2013, mentre l'atto di citazione le è stato notificato il 17 ottobre 2018, quando doveva ritenersi spirato il termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, decorrente dalla data di deposito della relazione.

4.– Il rimettente conferma la sequenza temporale indicata dalla convenuta e condivide la lettura dalla stessa proposta dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010.

Nondimeno, sospetta che la norma in questione sia costituzionalmente illegittima.

4.1.– In punto di rilevanza, il rimettente osserva che, alla luce dell'insuperabile dato testuale e dei presupposti di fatto emergenti dagli atti di causa, le domande proposte dal Fallimento nei confronti del revisore dovrebbero essere rigettate, essendo ormai intervenuta la prescrizione dell'azione intrapresa dal Fallimento stesso. Dalla decisione dell'incidente di costituzionalità dipende dunque l'esito della causa.

4.2.– In ordine alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* ravvisa un contrasto dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010 con l'art. 3, primo comma, Cost., sotto un duplice profilo: da un lato, comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina del decorso del termine prescrizione previsto per le azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci; da un altro lato, paleserebbe una irragionevolezza intrinseca, nel far decorrere il termine prescrizione anche «quando il danneggiato non è ancora titolare del diritto risarcitorio o quando non può essere solerte nell'esercizio di quel diritto, perché il diritto non è ancora sorto o perché non può essere a conoscenza del danno che ha subito».

Inoltre, la norma contrasterebbe con l'art. 24, primo comma, Cost., in quanto la decorrenza così fissata finirebbe per contribuire significativamente a ostacolare l'esercizio effettivo in giudizio del diritto risarcitorio da parte del danneggiato.

5.– Si è costituita nel giudizio la parte privata, che ha eccepito la non fondatezza nel merito della questione sollevata.

5.1.– Rispetto alla denunciata violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., per ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci, la difesa della parte osserva che il diverso regime è «giustificato (e anzi richiesto) dalla diversità delle situazioni prese in considerazione».

Gli amministratori svolgono una funzione di carattere gestionale, che sarebbe lontana da quella di mero controllo, riservata ai revisori.

Quanto ai sindaci, i loro compiti di controllo hanno un'estensione molto più ampia di quella dei revisori; per questi ultimi, la revisione si esaurisce nel controllo sul bilancio e nella verifica di corretta e regolare tenuta delle scritture, mentre i sindaci hanno molteplici compiti, non meramente tecnici, cui corrispondono specifici e incisivi poteri di intervento dall'interno della compagine societaria.

Né potrebbe avere un significato decisivo il vincolo di responsabilità solidale che pure la legge instaura tra i revisori e gli amministratori, giacché si tratta di una scelta non obbligata: «nulla impedisce di prevedere una responsabilità di tipo proporzionale, che è anzi addirittura stata raccomandata a livello europeo». La responsabilità solidale non potrebbe dunque nell'ottica della difesa assurgere a indice della pretesa omogeneità di situazioni, necessaria per operare la comparazione prevista dall'art. 3 Cost.

5.2.– Su queste basi, la difesa della parte contesta anche la supposta irragionevolezza intrinseca della norma censurata, che sarebbe, viceversa, coerente con lo spirito delle fonti sovranazionali, realizzando un equilibrio tra l'esigenza di garantire il danneggiato e quella di contenere l'eccessiva esposizione a responsabilità del revisore.

5.3.– Infine, quanto alla asserita violazione dell'art. 24, primo comma, Cost., la difesa della parte osserva che l'art. 2935 del codice civile non occupa una posizione sovraordinata nel sistema, sicché esiste sempre per il legislatore la possibilità di derogarvi, collegando il *dies a quo* della prescrizione a circostanze e a eventi determinati (è citata al riguardo la sentenza di questa Corte n. 78 del 2012).

Un esempio sarebbe costituito, proprio in materia di azioni risarcitorie in ambito societario, dall'art. 2393, quarto comma, cod. civ., che fa decorrere il termine per l'azione della società contro gli amministratori dalla data di cessazione del loro incarico.

A ciò si aggiunge secondo la difesa della parte che «il diritto alla tutela giurisdizionale è modulabile, fermo il divieto di norme che rendano impossibile o estremamente difficile l'esercizio della difesa».

Una simile evenienza non ricorrerebbe nel caso della norma censurata, posto che l'inadempimento imputabile ai revisori è istantaneo e i danni eventualmente da loro cagionati non sarebbero lungolatenti. La decorrenza individuata dal d.lgs. n. 39 del

2010 non potrebbe, dunque, ritenersi eccessivamente limitativa dei diritti dei danneggiati.

6.– In data 31 ottobre 2023, la Associazione italiana delle società di revisione legale (ASSIREVI) ha depositato un'opinione, in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. L'opinione è stata ammessa con decreto presidenziale del 22 gennaio 2024.

L'ASSIREVI, dopo aver illustrato le proprie finalità statutarie e il cuore delle attività svolte a sostegno dei professionisti della revisione legale, tali da giustificare la presentazione dell'opinione, auspica che la Corte dichiari inammissibile o non fondata la questione sollevata.

Osserva l'*amicus curiae* che la posizione dei revisori legali non può essere assimilata né a quella degli amministratori, né a quella dei sindaci.

Rispetto ai primi, i revisori sarebbero privi di qualsiasi potere di incidenza sulle scelte gestionali degli amministratori, intervenendo sempre e senza avere il potere di impedire il prodursi dei pregiudizi ex post derivanti dagli atti gestori.

Rispetto ai sindaci, i revisori sarebbero privi di comparabili poteri e canali informativi, sicché il controllo da loro esercitato sull'attività sociale sarebbe ben diverso da quello sindacale. Il revisore, «rimanendo sempre soggetto esterno alla società, è chiamato a pronunciarsi esclusivamente sulla conformità del bilancio nel suo complesso rispetto al quadro delle regole di riferimento».

Le differenze tra le diverse figure giustificerebbero, dunque, anche l'autonoma disciplina dedicata dal legislatore all'attività di revisione e il diverso regime di prescrizione dell'azione di responsabilità.

L'ASSIREVI sottolinea inoltre come l'Unione europea, pur non avendo dettato una disciplina specifica della prescrizione dell'azione contro i revisori, abbia raccomandato nel 2008 l'introduzione di limiti alla responsabilità del revisore, lasciando libero ciascuno Stato membro di scegliere il metodo di limitazione che meglio si adatti al suo sistema di responsabilità civile.

7.– Successivamente, la difesa della parte ha depositato una memoria integrativa, con cui ha ribadito le proprie eccezioni e difese.

8.– All'udienza del 17 aprile 2024, la difesa della parte ha insistito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate negli scritti difensivi.

Considerato in diritto

1.– Con ordinanza del 6 settembre 2023, iscritta al n. 133 del registro ordinanze 2023, il Tribunale di Milano, sezione quindicesima civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, nella parte in cui fa decorrere il termine di prescrizione delle azioni di responsabilità, nei confronti

dei revisori legali dei conti e delle società di revisione, dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.

2.– Il rimettente è chiamato a decidere sulla domanda di risarcimento del danno che il curatore fallimentare di una società per azioni ha proposto, tra gli altri, nei confronti dell'ex revisore legale dei conti della società, per avere omesso ogni doveroso controllo sulla regolare tenuta della contabilità sociale e sulla corretta redazione dei bilanci, nonché per violazione dei doveri di diligenza e professionalità imposti dalla legge o connessi all'incarico e, in ogni caso, per aver concorso con i membri del consiglio di amministrazione e del comitato per il controllo sulla gestione nell'aggravamento del dissesto della società.

All'atto della costituzione in giudizio, la convenuta ha eccepito, tra l'altro, la prescrizione del credito risarcitorio dedotto dal Fallimento, osservando che l'ultima relazione di revisione depositata, relativa al bilancio 2012, è datata 14 giugno 2013, mentre l'atto di citazione le è stato notificato il 17 ottobre 2018, quando doveva ritenersi ormai spirato il termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, decorrente dalla data di deposito della relazione.

3.– Il rimettente, pur confermando la sequenza temporale indicata dalla convenuta e condividendo la lettura che la stessa ha fornito dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, ritiene che la norma in questione sia costituzionalmente illegittima, per violazione di diversi parametri costituzionali.

Anzitutto, vi sarebbe un contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost.: da un lato, per la irragionevole disparità di trattamento che essa determina rispetto alla disciplina del decorso del termine prescrizione previsto per le azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci; da un altro lato, per la sua intrinseca irragionevolezza, facendo decorrere il termine prescrizione anche «quando il danneggiato non è ancora titolare del diritto risarcitorio o quando non può essere solerte nell'esercizio di quel diritto, perché il diritto non è ancora sorto o perché non può essere a conoscenza del danno che ha subito».

Inoltre, la norma contrasterebbe con l'art. 24, primo comma, Cost., in quanto la decorrenza così fissata finirebbe per contribuire significativamente a ostacolare l'esercizio effettivo in giudizio del diritto risarcitorio da parte del danneggiato.

4.– Prima di passare all'esame nel merito delle questioni, occorre soffermarsi, per un verso, sulla portata normativa dell'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010, nel quale si colloca la disposizione censurata (il comma 3), e, per un altro verso, sul presupposto interpretativo dal quale muovono i dubbi che solleva il rimettente.

4.1.– L'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010 si compone di tre commi.

Il comma 1 prevede che «[i] revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti

dall'inadempimento ai loro doveri», specificando che nei rapporti interni i debitori solidali «sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato».

Il comma 2 stabilisce che di tali danni rispondono, in solido fra di loro e con la società di revisione legale, anche il responsabile dell'incarico di revisione e i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione, precisando che essi «sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato».

Infine, il censurato comma 3 stabilisce che l'«azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento».

Dal comma 1 dell'art. 15 si evince che i revisori rispondono non soltanto dei danni cagionati dal loro inadempimento alla società che ha conferito l'incarico, ma anche dei danni che la loro attività può aver prodotto direttamente in capo a soci o a terzi (per effetto, ad esempio, del compimento di atti, quali l'acquisto di azioni o di obbligazioni della società o l'erogazione di finanziamenti a quest'ultima, causalmente indotti dall'affidamento ingenerato dall'attività di revisione).

I revisori non sono invece responsabili dei danni che indirettamente possono derivare a soci o terzi dal pregiudizio della società. La responsabilità dei revisori non può essere, infatti, più estesa di quella degli amministratori che, ai sensi dell'art. 2395, primo comma, cod. civ., rispondono solo «del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori» (anche la Corte di cassazione, in diverse pronunce – sezione prima civile, ordinanza 28 aprile 2021, n. 11223; sezione terza civile, sentenza 22 marzo 2012, n. 4548; sezioni unite civili, sentenza 24 dicembre 2009, n. 27346 –, precisa che gli amministratori non rispondono dell'eventuale pregiudizio indiretto che i soci subiscono per effetto del danno arrecato alla società e alla consistenza del suo patrimonio sociale).

Tale azione risarcitoria, che possono far valere nei confronti dei revisori i soci e i terzi per i loro danni diretti, ha natura aquiliana. Non basta, infatti, a fondare una responsabilità contrattuale la sussistenza di un dovere legale di attestare che il bilancio della società rappresenti in maniera veritiera e corretta la situazione patrimoniale e finanziaria, nonché il risultato economico della società medesima. A fronte della violazione di simile dovere, i soci e i terzi risultano danneggiati solo allorché, per effetto dell'affidamento ingenerato dalla revisione, si realizzi un concreto sviamento della loro autonomia negoziale, produttivo di danni.

La citata azione dei soci e dei terzi presenta, pertanto, una natura distinta rispetto a quella, contrattuale, di cui può avvalersi la società che ha conferito l'incarico, attesa la eterogeneità dei rispettivi presupposti costitutivi.

Infine, quanto alle azioni esperibili nei confronti dei soggetti di cui al comma 2, esse riguardano la responsabilità solidale di coloro che in concreto hanno eseguito l'attività di revisione e che rispondono dei danni derivanti o dall'inadempimento posto in essere

dalla società di revisione o dal fatto illecito della medesima società di revisione nei confronti dei soci e dei terzi.

A fronte di tale complesso di azioni, la disposizione recante la norma censurata – l'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010 – fa riferimento a una «azione di risarcimento» verso una pluralità di responsabili, azione il cui termine di prescrizione è unico e viene fatto decorrere dal deposito della relazione di revisione.

4.2.– Nel dubitare della legittimità costituzionale di tale previsione, il rimettente assume che, secondo il diritto vivente, formatosi sulle disposizioni che regolano in generale il *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno (artt. 2935 e 2947 cod. civ.), e riferibile – a suo dire – anche alle norme che disciplinano le azioni di responsabilità di amministratori e di sindaci, il momento di decorrenza del termine di prescrizione del diritto debba identificarsi sempre in quello in cui il danno diviene oggettivamente conoscibile.

Il giudice *a quo* ritiene, in particolare, che l'interpretazione degli artt. 2935 e 2947 cod. civ., come elaborata dalla Corte di cassazione con riferimento a specifiche vicende risarcitorie, sia costituzionalmente obbligata per qualsiasi diritto al risarcimento del danno. Solo nel momento in cui il danno diviene conoscibile, il danneggiato potrebbe, infatti, far valere il proprio diritto e, dunque, solo a partire da quel momento l'inerzia potrebbe rilevare ai fini preclusivi propri della prescrizione.

Pertanto, nel sostenere che il medesimo diritto vivente supporti anche l'interpretazione del *dies a quo* relativo alle azioni di risarcimento del danno, di cui rispondono amministratori e sindaci delle società, il rimettente lamenta, anzitutto, che la disciplina censurata determini una irragionevole disparità di trattamento dell'avente diritto al risarcimento del danno rispetto a quanto previsto sempre per i danneggiati dalle citate azioni.

5.– Tanto premesso, non è fondata la questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento fra i danneggiati che soggiacciono alla regola prevista dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010 per le azioni risarcitorie nei confronti dei revisori e quelli che si avvalgono delle azioni risarcitorie nei confronti di amministratori e sindaci.

Anche a prescindere dal diverso ruolo che compete agli amministratori e ai sindaci rispetto ai revisori, è erroneo il presupposto interpretativo da cui muove il rimettente.

5.1.– Se si considera, anzitutto, il dato testuale delle disposizioni codicistiche, che – a seguito delle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario introdotta con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366) – regolano la prescrizione delle varie azioni risarcitorie nei confronti di amministratori e sindaci, emerge un quadro normativo nel quale non viene indicato un unico termine di decorrenza della prescrizione riferito espressamente al momento in cui il danno diviene oggettivamente conoscibile.

L'art. 2393, quarto comma, cod. civ. prevede che l'azione sociale nei confronti degli amministratori «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

Quanto, invece, alla pretesa risarcitoria che i creditori sociali possono far valere verso gli amministratori, per «l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale» – diritto al risarcimento del danno, che l'art. 15, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 39 del 2010 non evoca, almeno testualmente, con riguardo ai revisori – il momento di decorrenza del termine di prescrizione è individuato in quello in cui «il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei [...] crediti» (art. 2394, secondo comma, cod. civ.).

Infine, con riferimento all'azione del socio e del terzo nei confronti degli amministratori, l'art. 2395, secondo comma, cod. civ. stabilisce che essa «può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo».

Le stesse previsioni trovano poi applicazione anche alle azioni di responsabilità nei confronti dei sindaci, in virtù del rinvio che l'art. 2407, terzo comma, cod. civ. opera agli artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395 cod. civ.

5.2.– Già questa eterogeneità di disciplina, dipendente dalla diversa natura delle varie azioni di responsabilità che possono venire in considerazione, preclude l'individuazione di un preciso *tertium comparationis*, ai fini del giudizio di disparità di trattamento, rispetto all'unico *dies a quo* indicato per le azioni risarcitorie nei confronti dei revisori.

Né risulta formatosi, sulla portata di tali disposizioni, un diritto vivente, che riconduca in via ermeneutica il *dies a quo* al paradigma della oggettiva conoscibilità del danno.

In ordine alla stessa azione sociale di responsabilità degli amministratori, da un lato, vi sono pronunce di merito che, sul presupposto che il legislatore abbia inteso perseguire con la riforma del 2003 esigenze di certezza del diritto, interpretano alla lettera il *dies a quo* previsto dall'art. 2393, quarto comma, cod. civ., identificandolo nel momento della cessazione dell'incarico dell'amministratore (Tribunale ordinario di Bologna, sezione speciale impresa, sentenza 30 marzo 2023, n. 732; Tribunale ordinario di Trieste, sezione specializzata in materia di impresa, sentenza 14 novembre 2022, n. 559; Tribunale ordinario di Napoli, sezione speciale impresa, sentenza 7 marzo 2022, n. 2267). Da un altro lato, vi sono interpreti che fanno riferimento al momento in cui il danno diventa oggettivamente percepibile all'esterno; fra questi vi è lo stesso rimettente, secondo cui, là dove l'art. 2393, quarto comma, cod. civ. prevede che l'azione dell'amministratore «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica», l'uso della «formulazione concessiva del disposto dell'art. 2393 comma 3 c.c.» favorirebbe «il rifiuto di una sua meccanica interpretazione *a contrario* ed invece la riconduzione alle norme generali, segnatamente al disposto dell'art. 2935 c.c., del regime di decorrenza, identificando,

secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione [...], il *dies a quo* in quello in cui la società può rappresentarsi il danno ricevuto».

E, tuttavia, a sostegno del presupposto interpretativo che assume, l'ordinanza menziona pronunce della Corte di cassazione sulla decorrenza del termine di prescrizione dalla oggettiva conoscibilità del danno, che, a ben vedere, riguardano fattispecie estranee al contesto delle azioni societarie (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 5 aprile 2012, n. 5504; sezione lavoro, sentenza 11 settembre 2007, n. 19022; sezione terza civile, sentenza 8 maggio 2006, n. 10493, sezione lavoro, sentenza 29 agosto 2003, n. 12666).

Inoltre, è meramente assertiva la constatazione del rimettente secondo cui «[n]essuna particolare difficoltà interpretativa ha poi riguardato l'individuazione del regime prescizionale della responsabilità extracontrattuale degli amministratori e dei sindaci (artt. 2395, comma 2, 2407, comma 3, c.c.), posto che l'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo» cui la norma si riferisce per individuare il *dies a quo* di decorrenza del termine prescizionale, non poteva che essere ricondotto al "fatto illecito" di cui all'art. 2947 comma 1 c.c., necessariamente inclusivo di nesso di causalità e danno, dalla cui conoscenza il termine inizia a decorrere».

Infatti, se non può porsi in dubbio che vi sia corrispondenza tra l'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo e il fatto illecito produttivo del danno, non è altrettanto automatico che ciò conduca – nel contesto in esame – all'esito di far decorrere il termine di prescrizione dalla «conoscenza del danno».

In altre parole, il presupposto interpretativo da cui muovono le censure del rimettente, secondo cui il *dies a quo* delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci si identificerebbe con la conoscibilità o con la conoscenza del danno – e questo grazie «alle norme generali, segnatamente al disposto dell'art. 2935 c.c.» –, dà per acquisita un'opzione ermeneutica che, nell'ambito degli illeciti societari, non è assurda al rango di diritto vivente.

In una simile situazione di incertezza, la disciplina della decorrenza della prescrizione per le azioni di responsabilità del revisore trova nelle norme sulla prescrizione delle corrispondenti azioni di responsabilità di amministratori e sindaci un termine di comparazione del tutto precario e non adeguato a uno scrutinio incentrato sulla irragionevole disparità di trattamento.

6.– Venendo, ora, all'esame delle questioni sollevate in riferimento sia all'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza intrinseca, sia all'art. 24 Cost., per violazione del diritto di difesa, esse non sono fondate nei termini di seguito illustrati.

7.– Il giudice *a quo* incentra gli argomenti relativi alla lamentata violazione degli artt. 3 e 24 Cost. sul presupposto che una previsione normativa, che faccia decorrere il termine di prescrizione prima che si produca il danno risarcibile e prima che esso diventi conoscibile, violi il principio di ragionevolezza e il diritto di difesa del danneggiato.

Il legislatore non potrebbe, dunque, derogare a quanto stabilito dagli artt. 2935 e 2947 cod. civ., secondo l'interpretazione che ne ha dato il diritto vivente, nell'ambito di talune vicende risarcitorie, che hanno visto identificare il *dies a quo*, relativo al termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, nel momento in cui questo si manifesta e diviene oggettivamente conoscibile (si vedano, *infra*, le sentenze citate al punto 8).

Ebbene, a prescindere dalla portata dell'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione agli artt. 2935 e 2947 cod. civ., le questioni che vengono sottoposte a questa Corte attengono unicamente alla ritenuta illegittimità costituzionale di una norma di settore che individua nel momento del deposito della relazione di revisione il *dies a quo* per far valere le pretese creditorie relative alle specifiche azioni di responsabilità nei confronti dei revisori.

8.– Per operare simile valutazione occorre procedere dalla considerazione che la disciplina concernente il giorno da cui decorre il termine di prescrizione per far valere il diritto al risarcimento del danno pone un problema di bilanciamento fra due contrapposti interessi.

Da un lato, si rinviene l'interesse del danneggiante a far valere una eccezione (quella di prescrizione) che, con il decorso del tempo unito all'inerzia della controparte, lo libera dall'eventuale vincolo obbligatorio, sollevandolo dall'onere di una difesa che, altrimenti, andrebbe a vertere *in primis* sulla insussistenza dei presupposti della responsabilità, da cui scaturisce l'obbligazione risarcitoria. E questo, a distanza di tempo, può dimostrarsi non agevole. Simile interesse, di natura privatistica, correlato a una esigenza di difesa, spinge verso un *dies a quo* oggettivo e certo, e si collega, al contempo, all'esigenza pubblicistica di assicurare la certezza del diritto.

Da un altro lato, emerge l'interesse del danneggiato a far valere il proprio diritto al risarcimento del danno, senza subire l'effetto preclusivo della prescrizione, se non a fronte di una propria inerzia: simile esigenza invoca, viceversa, un *dies a quo* correlato alla possibilità “di fatto” di far valere il diritto, e cioè alla conoscibilità del danno e del nesso di causalità.

I contrapposti interessi non si compongono agevolmente, tant'è che nell'esperienza giuridica di altri ordinamenti (fra i quali quello tedesco con i paragrafi 195 e 199 del *Bürgerliches Gesetzbuch* – applicabili anche alle azioni di responsabilità nei confronti dei revisori a seguito della riforma del 1° dicembre 2003 – e il diritto francese con gli artt. 2224 e 2232, primo comma, del *Code civil*), nonché in alcune soluzioni adottate anche dal legislatore nazionale si prospetta la combinazione di due termini: uno, più breve, che risponde alle ragioni del danneggiato e che decorre dal momento in cui questi può “di fatto” esercitare la pretesa risarcitoria, essendo in condizione di conoscere tutti i danni risarcibili e la loro connessione causale con l'illecito; e un termine, più lungo, che inibisce definitivamente l'esercizio del diritto, rispondente alle ragioni del danneggiante e a quella della certezza del diritto, e che decorre dall'evento lesivo produttivo di danni, in quanto *dies a quo* oggettivo e certo.

Si pensi, nel diritto interno, alla disciplina dettata in materia di responsabilità del produttore (artt. 125 e 126 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante «Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229»), secondo cui «[i]l diritto al risarcimento si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile» (o, in caso di aggravamento del danno, dal giorno in cui il danneggiato «ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria»: rispettivamente, art. 125, commi 1 e 2), fermo restando che «[i]l diritto al risarcimento si estingue alla scadenza di dieci anni dal giorno in cui il produttore o l'importatore nella Unione europea ha messo in circolazione il prodotto che ha cagionato il danno» (art. 126, comma 1, cod. consumo). Analoga disciplina si rinviene, in materia di illeciti nucleari, con l'art. 23 della legge 31 dicembre 1962, n. 1860 (Impiego pacifico dell'energia nucleare).

Si limita, invece, a giustapporre i due interessi la normativa in materia di responsabilità derivante dalle informazioni fornite in un prospetto, prevista dall'art. 94, comma 9, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), secondo cui «[l]e azioni risarcitorie sono esercitate entro cinque anni dalla pubblicazione del prospetto, salvo che l'investitore provi di avere scoperto le falsità delle informazioni o le omissioni nei due anni precedenti l'esercizio dell'azione».

Ebbene, al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore riesce a comporre (e non a giustapporre) i due diversi interessi, facendo ricorso alla combinazione di due termini (spesso variamente qualificati, l'uno quale termine di decadenza, l'altro quale termine di prescrizione), è, viceversa, inevitabile che, con la previsione di un unico termine, l'individuazione del *dies a quo* si sposti, a seconda dei casi, maggiormente a favore dell'uno o dell'altro interesse.

In tale prospettiva, l'interpretazione che il diritto vivente ha dato dell'art. 2947 cod. civ., in raccordo con l'art. 2935 cod. civ. – con riguardo a talune vicende risarcitorie, che hanno tratto la loro origine soprattutto dai danni alla persona lungolatenti (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione terza civile, ordinanza 29 gennaio 2024, n. 2725; sentenza 17 febbraio 2023, n. 5119; sentenza 2 settembre 2022, n. 25887), ma che hanno toccato anche altri ambiti (per un'estensione agli illeciti anticoncorrenziali, Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 19 ottobre 2022, n. 30783; sentenza 3 aprile 2020, n. 7677; per l'allargamento alla responsabilità contrattuale, Corte di cassazione, sezione seconda civile, n. 5504 del 2012, sezione terza civile, sentenze 5 dicembre 2011, n. 26020 e n. 10493 del 2006, sezione prima civile, sentenza 29 agosto 1995, n. 9060) – deriva proprio dall'esigenza di potenziare, in quei contesti, la tutela del danneggiato. Questo ha indotto a ritenere che l'inerzia computabile ai fini della prescrizione sia solo quella correlata alla possibilità “di fatto” per il danneggiato di far valere il suo diritto al risarcimento del danno (con conseguente rivisitazione ermeneutica dell'art. 2935 cod. civ., nel suo coordinamento sistematico con l'art. 2947 cod. civ.).

9.– Ciò chiarito, a fronte dell'ampia discrezionalità che compete al legislatore con riguardo alla fissazione di termini per l'esercizio di singoli diritti (*ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2024, n. 54 del 2019, n. 216 del 2015 e n. 234 del 2008), spetta a questa Corte unicamente giudicare se la scelta del *dies a quo*, effettuata dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, con riguardo alle azioni di responsabilità del revisore, determini un irragionevole sacrificio dell'avente diritto al risarcimento del danno, realizzando un bilanciamento manifestamente squilibrato, in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.

A tal fine, non si può prescindere dalla distinzione fra l'azione risarcitoria che può far valere la società, che ha conferito l'incarico di revisione, e le pretese creditorie che possono avanzare, quali danneggiati, i soci o i terzi.

Nel primo caso, l'illecito nei confronti della società si compie con l'inadempimento da parte del revisore, vale a dire con la relazione di revisione che sia erronea o scorretta, sicché il momento del suo deposito integra l'illecito contrattuale, che è già – come si dirà – produttivo di danni nei confronti della società.

Nell'ipotesi, viceversa, dei danni a soci o a terzi, il deposito di una relazione di revisione erronea o scorretta configura unicamente una condotta che ingenera un affidamento potenzialmente idoneo a sviare la loro libertà negoziale. Pertanto, sino a quando non risulti che siano state compiute scelte direttamente condizionate dalla relazione, i soci e i terzi non hanno alcun interesse a far valere una pretesa, non avendo ancora subito qualsivoglia danno.

10.– Va allora preso in considerazione dapprima l'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, in quanto certamente applicabile all'azione risarcitoria da inadempimento della società che ha conferito l'incarico al revisore legale o alla società di revisione.

Proprio con riguardo a tale azione, la norma censurata realizza, infatti, uno dei suoi principali obiettivi: la riduzione del termine di prescrizione da quello ordinario decennale, di regola operante nella responsabilità contrattuale, a quello di cinque anni, che si allinea alla durata del termine di prescrizione delle azioni derivanti dai rapporti sociali (art. 2949, primo comma, cod. civ.).

Ebbene, rispetto alla decorrenza del termine di prescrizione delle azioni che può far valere la società che ha conferito l'incarico di revisione, non si ravvisa un contrasto della norma censurata con gli artt. 3 e 24 Cost.

10.1.– Le ragioni della non manifesta irragionevolezza della disciplina emergono tenendo conto, per un verso, del tipo di responsabilità che grava sul revisore e, per un altro verso, delle esigenze di tutela del danneggiato.

Sotto il primo profilo, deve constatarsi che il revisore, in ragione della sua obbligazione di controllare, quale soggetto esterno alla società, l'esatta e corretta tenuta dei bilanci e delle loro risultanze, è esposto, in base allo stesso art. 15, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 39 del 2010, a una responsabilità solidale con gli amministratori per i danni da questi cagionati alla società, anche là dove sia stato minimo il suo contributo effettivo alla produzione del danno subito dalla società medesima.

In particolare, il revisore, ove non riesca a provare che il danno si sarebbe comunque prodotto o che era impossibile accorgersi delle irregolarità sottese a quanto attestato dai bilanci, pur essendosi attenuto alle regole di diligenza professionale, risponde in solido dell'integralità del danno, salva l'azione di regresso verso gli amministratori.

Un simile assetto rende, evidentemente, meritevole di particolare attenzione l'interesse del revisore a non doversi difendere da una tale responsabilità, quando oramai sono decorsi diversi anni dall'esecuzione della prestazione, nell'inerzia del danneggiato.

Con quest'ultimo riferimento si delinea, nondimeno, il secondo profilo da considerare nel bilanciamento di interessi. L'istituto della prescrizione presuppone, infatti, l'inerzia di chi è titolare della pretesa risarcitoria, il che implica la sussistenza di un interesse attuale dell'avente diritto a far valere la pretesa creditoria. Senonché, il riferimento alla nozione di interesse attuale, suscettibile di dare rilievo all'inerzia dell'avente diritto al risarcimento del danno, può, a ben vedere, oscillare fra una maggiore tutela del danneggiato – che si lega alla sua possibilità “di fatto” di far valere la pretesa creditoria, correlata alla conoscibilità di tutti i danni risarcibili e della loro derivazione causale dall'illecito – e una tutela minima, che presuppone il verificarsi di una condotta lesiva già produttiva di danni e, dunque, idonea a far sorgere un credito risarcitorio.

Ebbene, il deposito della relazione, quale momento da cui inizia a decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno che vanta, nei confronti del revisore, la società che ha conferito l'incarico, integra proprio tale ipotesi di tutela minima del danneggiato.

Nel caso, infatti, della responsabilità contrattuale, l'inadempimento genera immediatamente un danno costituito dalla perdita economica correlata al valore (minore o nullo) della prestazione inesattamente eseguita, qual è la revisione inesatta e scorretta. Sin dall'inadempimento del debitore (ossia dal deposito della relazione), il creditore vanta, dunque, un interesse attuale a far valere – anche in via stragiudiziale – una pretesa risarcitoria.

Di conseguenza, benché la posizione del danneggiato risulti certamente meno protetta di quanto lo sarebbe se la prescrizione decorresse dalla oggettiva conoscibilità di tutti i danni cagionati, nonché della loro derivazione causale dall'inadempimento, nondimeno, nel bilanciamento di interessi con la posizione particolarmente svantaggiata del revisore e con le esigenze di certezza del diritto, non è manifestamente irragionevole che il legislatore abbia adottato un termine che si colloca a un livello di tutela minima del danneggiato, essendo quest'ultimo favorito dalla responsabilità solidale del revisore.

Per le medesime ragioni, non è manifestamente irragionevole che la decorrenza della prescrizione dal deposito della relazione operi anche rispetto ai danni conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione assunta dalla società di revisione, di cui rispondono in solido il responsabile dell'incarico e i dipendenti della stessa società di

revisione che hanno concretamente posto in essere l'attività di revisione stessa (art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 39 del 2010).

10.2.– Quanto al rischio che una condotta dolosa del revisore renda occulti i danni cagionati alla società, va precisato che, in tal caso, può trovare applicazione una delle cause di sospensione della decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno spettante alla società, che ha conferito l'incarico, nei confronti del revisore.

In particolare, l'art. 2941, primo comma, numero 8), cod. civ., stabilisce che «la prescrizione rimane sospesa [...] tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto».

Ebbene, avendo il revisore assunto, nei confronti della società, l'impegno a controllare che il bilancio rappresenti in maniera veritiera e corretta la situazione patrimoniale e finanziaria, nonché il risultato economico della società, l'eventuale dolosa omessa segnalazione del carattere non veritiero e non corretto di tale rappresentazione – mancata segnalazione da cui deriva l'obbligazione risarcitoria – può ritenersi equivalente all'aver dolosamente celato il proprio stesso debito.

11.– Passando ora a considerare, invece, l'azione risarcitoria che possono far valere i soci e i terzi, ai sensi dell'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 2010, emerge come, nei loro confronti, il deposito della relazione da parte del revisore identifichi una condotta che non è ancora di per sé produttiva di danni.

11.1.– In base all'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 2010 (*supra* punto 4.1.), i soci e i terzi, in tanto possono agire nei confronti del revisore, coobbligato in solido con l'amministratore, in quanto dimostrino: che sia stata effettuata, dolosamente o colposamente, una revisione erronea o incompleta; che la revisione abbia ingenerato un affidamento sulla attendibilità di quanto da essa erroneamente attestato, dando un contributo causale al compimento da parte di soci e di terzi di scelte per loro stessi pregiudizievoli (il che delimita necessariamente nel tempo le revisioni suscettibili di aver concorso al pregiudizio); che da ciò derivino i danni di cui soci e terzi domandano il ristoro.

A fronte di tale fatto illecito, il *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria di soci o di terzi non può essere quello del deposito della relazione, che è antecedente al momento in cui si possono produrre danni e sono, dunque, identificabili i soggetti danneggiati.

In altri termini, il *dies a quo* della prescrizione di un'azione risarcitoria non può retrocedere a un momento che precede lo stesso perfezionamento del fatto illecito produttivo di danni, cui testualmente fa riferimento l'art. 2947 cod. civ.

11.2.– Ciò posto, per ricondurre l'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010 a una portata normativa che non contrasti in maniera manifesta con il principio di ragionevolezza e con la tutela del danneggiato, è sufficiente limitare il raggio applicativo della medesima disposizione alle sole azioni con cui la società, che ha

conferito l'incarico di revisione, fa valere il danno conseguente all'erronea o inesatta revisione.

Del resto, come già anticipato, è proprio nel caso della responsabilità contrattuale del revisore o della società di revisione nei confronti della società, che ha conferito l'incarico, che si giustifica la riduzione della durata della prescrizione dal termine ordinario di dieci anni a quello di cinque.

Rispetto, invece, all'illecito nei confronti dei soci e dei terzi – sia che venga in considerazione la responsabilità dei revisori legali o della società di revisione, sia che sia implicata quella del responsabile dell'incarico o dei dipendenti della società di revisione – in ogni caso, la responsabilità è sempre di natura aquiliana e, dunque, opera l'ordinaria durata quinquennale della prescrizione, di cui all'art. 2947 cod. civ.

Quanto al *dies a quo*, trova parimenti applicazione l'art. 2947 cod. civ., il cui dato testuale assicura che il termine di prescrizione non possa iniziare a decorrere prima che si sia compiuto il fatto illecito e prima che si siano prodotti danni.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 (Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento, dal Tribunale ordinario di Milano, sezione quindicesima civile, con il ricorso indicato in epigrafe;

2) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 39 del 2010, sollevate, in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della intrinseca irragionevolezza, e all'art. 24 Cost., dal Tribunale ordinario di Milano, sezione quindicesima civile, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 maggio 2024.

F.to:

Giulio PROSPERETTI, Presidente
Emanuela NAVARRETTA, Redattrice

Depositata in Cancelleria l'1 luglio 2024

Responsabilità degli amministratori di holding e revoca del conferimento di beni in trust

Tribunale di Siracusa, 06 febbraio 2024. Giudice Patti.

Trust – Atto a titolo gratuito – Revocabilità ex art. 2901 c.c. – Sussistenza - Atto di etero direzione abusiva compiuto da amministratore della controllante – Responsabilità – Conferimento in trust di partecipazione in società in nome collettivo – Revocabilità

Ove ricorra l'ipotesi di abuso di etero direzione, gli amministratori della controllante, sia di diritto sia di fatto, sono responsabili in solido dei danni arrecati ai creditori della controllata e, se sussistono i presupposti dell'art. 2901 c.c., va revocato, quale atto a titolo gratuito, il conferimento dei loro beni in trust, anche se si tratta di quote di società in nome collettivo.

* * *

1. Con la citazione introduttiva del presente giudizio * ha esposto:

- di aver stipulato, nelle vesti di subappaltatrice, contratto di subappalto in data 10.12.2010 con R.G.D. s.r.l., nelle vesti di subcommittente, in relazione alla fornitura ed alla posa in opera a secco di strutture prefabbricate in cemento armato e precompresso per la costruzione del centro commerciale "Fiera del Sud", per il corrispettivo di €. 1.400.000,00 oltre IVA, poi rettificato in €. 1.706.121,00;

- che, in seguito a pagamenti effettuati dalla subcommittente, era residuo in proprio favore il credito di €. 564.593,67 per sorte capitale ed interessi maturati ex decr. lgs. n. 231/2002;

- che il superiore credito era rimasto insoddisfatto, nonostante fosse stato ottenuto in data 17.5.2012 — in seguito a molteplici inviti al pagamento — decreto ingiuntivo nei confronti della R.G.D. s.r.l. e nonostante quest'ultima, per il tramite di *, avesse stipulato il 10.9.2012 scrittura ricognitiva del debito di €. 564.593,67;

- che i lavori oggetto del contratto di subappalto erano stati correttamente ultimati, come emerso dai sopralluoghi eseguiti da * in contraddittorio con tecnici di R.G.D. s.r.l. in data 18.10.2012 e in data 22.10.2012;

- che, sotto il governo della famiglia * e in particolare di *, doveva ritenersi esistente un gruppo societario, nell'ambito del quale il ruolo di società capogruppo era stato assunto dalla * s.r.l.;

- che, nelle società del gruppo, * avevano rivestito la qualità di amministratrici di diritto o di fatto;

- che anche la R.G.D. s.r.l. avrebbe dovuto reputarsi assoggettata ad attività di direzione e coordinamento all'interno del predetto gruppo, avendo la famiglia * compiuto numerosi atti di ingerenza nella sua gestione imprenditoriale, dispiegatisi sia

in fase di stipula del menzionato contratto di subappalto del 10.12.2010 — sottoscritto a seguito di trattative intercorse in particolare con *, all'interno degli uffici di * — sia in occasione della sottoscrizione del citato accordo ricognitivo sia nel corso dell'intera vicenda contrattuale;

- che, con decisioni adottate nell'ambito della sopra descritta attività di direzione e coordinamento del gruppo societario, la R.G.D. s.r.l. era stata resa inadempiente, in quanto le relative quote erano state cedute dapprima in data 17.12.2010 alla Immobiliare Augusta s.r.l. e successivamente in data 22.12.2012 a Aidara Oumar, il quale, divenuto in precedenza già amministratore unico della subappaltatrice, aveva provveduto il 24.5.2013 a cancellare la società dal registro delle imprese, per poi trasferire ogni attività in Costa d'Avorio;

- che, conseguentemente, ai sensi dell'art. 2497 c.c., il debito di €. 564.593,67, già incombente su R.G.D. s.r.l. in virtù del contratto stipulato il 10.12.2010, avrebbe dovuto reputarsi gravante — oltre che sulla capogruppo * — anche su * quali amministratrici delle società del gruppo o quali soggetti che avevano comunque beneficiato della condotta lesiva;

- che *, con atto del notaio dott. Pensavalle Emanuele del 16.4.2013 (n. rep. 93753 e n. racc. 16181), avevano costituito il trust denominato "*Trust **", conferendo nello stesso le loro quote di partecipazione in svariate società e nominando quale trustee il dott. * e quale protector il dott. *;

- che, infine, *, con ulteriore atto del notaio dott. Pensavalle Emanuele del 28.12.2013, avevano provveduto alla sostituzione del trustee, nominando in luogo del dott. * la società svizzera International Trust T *" , da quest'ultimo amministrata, e disponendo contestualmente il trasferimento in favore del predetto ente societario di tutte le quote già rientranti nella loro titolarità.

Tanto premesso, l'attrice ha chiesto dichiararsi nullo e simulato il predetto trust denominato "*Trust **", poiché idoneo ad ostacolare la protezione dei creditori.

In alternativa, * s.p.a. ha chiesto la revoca ex art. 2901c.c. del medesimo atto istitutivo, nonché di tutti i conseguenti trasferimenti di quote.

Radicatosi il contraddittorio, si sono anzitutto costituite — con separati atti del 24.10.2018 — *, le quali, rilevando come fosse stata già avviata da parte attrice controversia volta alla declaratoria di inefficacia del trust con la citazione introduttiva del giudizio n. R.G. 792/2016, hanno in primo luogo chiesto dichiararsi l'estinzione del procedimento in epigrafe per litispendenza ai sensi dell'art. 39 c.p.c.

Le menzionate convenute hanno poi eccepito il difetto di integrità del contraddittorio, lamentando la omessa evocazione della debitrice R.G.D. s.r.l.

Nel merito, * hanno contestato il credito posto da controparte a sostegno della domanda di revoca ed hanno censurato la revocabilità sia dell'atto istitutivo del trust sia dei conseguenti trasferimenti di quote, anche tenuto conto del principio di inespugnabilità delle partecipazioni relative alle società di persone.

Con comparso di costituzione e risposta del 25.10.2018 si è costituito in giudizio il trustee del trust denominato "Trust * ", associandosi a tutte le difese delle tre predette convenute.

Con ulteriore comparso di costituzione e risposta del 26.10.2018 si è infine costituito il dott. * , il quale ha eccepito — in ragione del suo ruolo di mero protector — il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto alle azioni proposte da parte attrice e rimettendosi alle determinazioni del Giudice in ordine alle valutazioni sul merito della controversia.

All'esito della prima udienza tenutasi davanti allo scrivente magistrato — al quale il fascicolo è pervenuto in seguito a svariate riassegnazioni —, con ordinanza del 7.9.2021 è stata esclusa la riunione del procedimento in epigrafe al più risalente giudizio n. R.G. 792/2016 — sospeso con provvedimento del 26.9.2019 — ed è stata disattesa la richiesta di sospensione avanzata da * s.p.a. nel presupposto della natura pregiudiziale della causa penale recante n. R.G.N.R. 3816/2016 e pendente davanti al Tribunale di Siracusa.

Espletato l'interrogatorio formale delle convenute * è stata successivamente rigettata l'istanza con cui il difensore di queste ultime ha domandato di essere autorizzato alla produzione di ulteriore documentazione.

Indi, all'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni, il procedimento è stato trattenuto in decisione, con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

2. Va anzitutto ribadito che nel presente giudizio parte attrice ha chiesto "*dichiarare nulli ed inefficaci nei confronti della * il Trust denominato *, costituito dalle signore * con atto in notar Pensavalle in data 16/4/2013 (Rep. n. 93753 — Racc. 16181) e successivo atto, con modifica del Trustee, in notar Pensavalle del 28/12/2013 (Rep. 94541 — Racc. 16675), nonché tutti i trasferimenti delle società e quote societarie indicate in narrativa, conferite in tale Trust e trasferite in favore del Trustee, denominato International Trust * con ogni consequenziale statuizione di legge*" (v. pag. 9 della citazione).

Orbene, nel giudizio n. R.G. 792/2016 pendente davanti al Tribunale di Siracusa — di antecedente iscrizione ed attualmente in stato di sospensione giusta ordinanza del 27.9.2019 (v. all. alla memoria ex art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c. di parte attrice) —, la * s.p.a. ha, tra le varie domande, chiesto di "*ritenere e dichiarare che il conferimento delle quote sociali di cui le signore * sono titolari nel trust denominato International Trust * costituisce lo strumento per eludere il credito della * s.p.a. e quindi revocare e dichiarare la inefficacia ex art. 2901 e ss. c. c. del Trust suddetto nei confronti dell'attrice, con ogni consequenziale statuizione di legge*" (v. pag. 25 della citazione introduttiva del giudizio n. R.G. 792/2016, contenuta nell'all. 2 della citazione introduttiva dell'odierno procedimento e nell'all. 4 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 1 c.p.c. di parte attrice).

La citazione introduttiva del giudizio n. R.G. 792/2016 è stata rivolta e notificata anche nei confronti del dott. * nella qualità di trustee, sebbene in quella sede sia stata semplicemente riportata erronea denominazione del trust (v. pag. 42 dell'all. 2 della

citazione introduttiva del presente giudizio e dell'all. 4 della memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 1 c.p.c. di parte attrice).

Il citato dott. * ha assunto — prima di essere sostituito da * — il ruolo di amministratore unico della International Trust *, trustee del "Trust *"

Come già osservato nella precedente ordinanza del 7.9.2021, la stessa parte attrice ha ammesso di aver semplicemente errato nella indicazione della denominazione del trust nel giudizio n. R.G. 792/2016, precisando che "la *, nel suddetto giudizio n. R.G. 792/2016], ebbe a citare anche il trust della * erroneamente indicato International Trust *. Pertanto, la * s.p.a. ha dovuto promuovere il presente giudizio, con il quale ha citato il Trust della Famiglia *, correttamente denominato Trust * e il Trustee, costituito dalla società International Trust *, di cui amministratore unico è il commercialista dr. *, ed ha chiesto la declaratoria di nullità ed inefficacia del Trust sopramenzionato, che è suscettibile di revocatoria non integrando nella specie l'adempimento di un dovere giuridico" (v. pagg. 2-3 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c. di parte attrice).

Qualora dovesse ritenersi che il richiamato procedimento n. R.G. 792/2016 abbia incluso anche la domanda di revoca del trust denominato "Trust *" — sebbene in esso sia stata erroneamente riportata altra denominazione per mero refuso —, esso si presenterebbe parzialmente *coincidente per soggetti ed oggetto* — e non semplicemente *connesso* — con la presente causa recante n. R.G. 2047/2018.

Precisato quanto sopra, i due giudizi sono stati incardinati entrambi davanti al Tribunale di Siracusa. Deve conseguentemente escludersi che essi pendano davanti a giudici diversi secondo l'accezione di cui all'art. 39 c.p.c.

Sul punto, il Supremo Collegio ha inequivocabilmente chiarito che, "secondo quanto reso evidente dal tenore testuale dell'art. 39 c.p. c., gli istituti della *litispendenza e della continenza (che regolano la competenza per territorio)* operano soltanto fra cause pendenti dinanzi a uffici giudiziari diversi. Se le cause identiche o connesse pendono, come nel caso di specie, dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, trovano invece applicazione gli artt. 273 e 274 c.p.c., ovvero (quando ragioni di ordine processuale impediscano la riunione ed una causa sia pregiudiziale rispetto all'altra o sia già giunta a sentenza) gli istituti della sospensione di cui agli artt. 295 e 337 c.p.c." (Cass. Civ. Sez. VI-I 23.9.2013, n. 21761).

Nel caso di specie, pertanto, avrebbe potuto — al più — essere considerata la opportunità di procedere alla riunione del presente procedimento n. R.G. 2047/2018 al più risalente giudizio recante n. R.G. 792/2016.

La pronuncia del provvedimento di cui all'art. 273 c.p.c. deve tuttavia ritenersi nella vicenda in esame preclusa in ragione del differente stato in cui si trovano le due cause sopra menzionate.

Ed infatti, diversamente dal presente giudizio — giunto a sentenza —, il procedimento n. R.G. 792/2016 risulta attualmente sospeso a far data dalla ordinanza emessa il 26.9.2019 dal relativo giudice istruttore.

La impossibilità di procedere a riunione allorché una delle due cause coincidenti sia in fase di sospensione — unitamente alla conseguente necessità di proseguire la trattazione dell'altra — è stata specificamente confermata dalla Corte regolatrice che, in una similare controversia, ha osservato che *"la sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. presuppone la pendenza davanti allo stesso o ad altro giudice di una controversia avente ad oggetto questioni pregiudiziali rispetto a quelle dibattute nel giudizio da sospendere, ma oggettivamente diverse da tali ultime questioni; sicché, ove si verta in ipotesi di identità di questioni in discussione innanzi al giudice del processo del quale si chiede la sospensione ed in altra, diversa sede, detto giudice conserva il potere di pronunciare sul thema decidendum devoluto alla sua cognizione, potendo solo configurarsi gli estremi per far luogo o alla riunione dei procedimenti (art. 273 c.p.c.)"* — ove, come nella specie, i procedimenti pendano davanti allo stesso Tribunale —, *"o ad una declaratoria di litispendenza o di continenza di cause (art. 39 c.p.c.)"* — ove, diversamente dalla presente vicenda, i procedimenti pendano davanti a diversi Tribunali; *"ciò posto, la circostanza che il primo giudizio fosse stato sospeso [...], lungi dal giustificare la sospensione del secondo giudizio, ne imponeva la prosecuzione, potendosi e dovendosi semmai, il problema del raccordo tra i due giudizi, porre e risolvere (nei modi predetti, giammai comunque con la sospensione) davanti al giudice del primo, una volta riassunto"* (Cass. Civ. Sez. VI 31.8.2020, n. 18082, che ha cassato il provvedimento di sospensione del giudice di merito, il quale aveva *"osservato che ... sussiste effettivamente la dedotta identità delle domande ... proposte nei due giudizi"*, che *"l'identità delle domande e la loro contestuale pendenza comporta la sussistenza di un vincolo di litispendenza interna, ossia di connessione fra cause pendenti avanti il medesimo ufficio, con conseguente necessità della loro riunione da effettuarsi a vantaggio della causa preventivamente instaurata"*, che, *"trovandosi però tale primo giudizio in fase di sospensione ex art. 295 c.p.c., deve considerarsi preclusa tale riunione, con l'effetto che il prevalente interesse a evitare possibili conflitti di giudicati impone di disporre la sospensione del secondo giudizio"*).

Deve oltretutto ricordarsi che l'omessa riunione — invero, non specificamente lamentata da alcuna delle parti — non costituisce ragione di invalidità della sentenza.

A tal riguardo, ribadendo i principi sopra richiamati, la Suprema Corte ha ricordato che *"nella fattispecie le domande introdotte non potevano dar luogo a litispendenza, perché incardinate davanti al medesimo ufficio giudiziario (cfr., solo ad esempio, Cass., 21/04/2010, n. 9510, Cass., 23/09/2013, n. 21761); logicamente, la litispendenza non può realizzarsi, a seconda dell'evento della lite, solo perché, non operata la riunione, una delle cause penda in appello, potendo essere dichiarata, invece, qualora "la medesima causa venga introdotta davanti a giudice diversi" e una risulti pendente in sede d'impugnazione (Cass., Sez. U., 12/12/2013, n. 27846, pag. 11); in tali casi, non essendo l'omessa riunione ragione d'invalidità [...], sarà dunque opponibile il giudicato prima intervenuto ovvero, qualora non dedotto o rilevato, opererà la regola della prevalenza del successivo, salvo l'utilizzo dell'art. 337, secondo comma, cod. proc. civ."* (così Cass. Civ. Sez. III 17.4.2023, n. 10183).

Ancora, come già evidenziato nella ordinanza del 7.9.2021, non sussistono i presupposti per disporre la sospensione del giudizio in epigrafe in attesa della

definizione con pronuncia passata in giudicato del processo penale n. R.G.N.R. 3816/2016.

In conformità al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la sospensione necessaria del processo civile per pregiudizialità penale, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., va infatti disposta nell'ipotesi in cui alla commissione del reato oggetto dell'imputazione penale una norma di diritto sostanziale ricollegghi un effetto sul diritto oggetto del giudizio civile, non bastando che nei processi rilevino gli stessi fatti ma occorrendo che l'effetto giuridico dedotto nel processo civile sia collegato normativamente alla commissione del reato che è oggetto di imputazione nel giudizio penale (v. Cass. Civ. Sez. III 3.7.2009, n. 15641).

Ebbene, nel caso di specie, il giudizio civile in epigrafe ha ad oggetto domande di nullità e di revoca ex art. 2901 c.c. mentre il processo penale R.G.N.R. 3816/2016, per quanto interessa in questa sede, ha ad oggetto la fattispecie incriminatrice di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di cui all'art. 11, comma 1, del decr. lgs. 74/2000.

3. Nel merito, rivolgendosi tutte le doglianze attoree contro il trust denominato "Trust * ", appare opportuno riportare le principali disposizioni negoziali contenute negli atti redatti dal notaio dott. Pensavalle Emanuele in data 16.4.2013 (n. rep. 93753 e n. racc. 16181) e in data 28.12.2013 (n. rep. 94541 e n. racc. 16675).

Nel primo di essi, per quanto interessa, si legge:

- che " * e * ", *rispettivamente individuate come "disponente 1" e "disponente 2", intendono costituire un "Trust" al quale si applicheranno le disposizioni della legge di Jersey in quanto applicabile in seguito alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, salvo disposizioni di maggior favore, e che ogni trascrizione del vincolo nascente da questo Trust avrà quanto meno gli effetti di cui all'art. 2645-ter cod. civ.; [...] che lo scopo che i Disponenti si prefiggono con la costituzione del trust è di far fronte ai bisogni economici, patrimoniali e sanitari della famiglia*" (v. pagg. 1-2 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 1, che *"le disponenti, signore * e * istituiscono un trust denominato "Trust * " la cui durata è determinata in 25 anni. La sede dell'amministrazione del trust è presso la sede del trustee ed ivi sarà tenuta tutta la documentazione relativa al trust"* (v. pag. 2 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 2, che *"le disponenti nominano trustee il dr. *, che accetta tale nomina e le condizioni relative. Il Trustee elegge quale luogo dell'amministrazione del Trust nonché quale sede dello stesso, dove ogni comunicazione deve essergli diretta presso la sede del suo studio professionale"* (v. pag. 2 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 3, che *"le disponenti nominano quale Protector il Dr. * che presente accetta tale nomina e le condizioni relative. Il domicilio del protector è presso la sede del trustee"* (v. pag. 2 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 4, che *"i beneficiari del trust sono i discendenti delle disponenti in linea retta anche futuri ed eventuali"* (v. pag. 2 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 5, che i beni conferiti in trust sono costituiti dalle "intere proprie quote di partecipazione" detenute da * nelle seguenti società " * pari ad 1/3 del Capitale Sociale per un importo di Euro 38.000,00", " * " di [...] pari al 39,473% del Capitale Sociale per un importo di Euro 7.500,00" e * [...] pari al 42% del Capitale Sociale per un importo di Euro 21.336,00", nonché dalle "intere proprie quote di partecipazione" detenute da * nelle seguenti società " * pari ad 1/3 del Capitale Sociale per un importo di Euro 38.000,00", " * " [...] pari al 39,473% del Capitale Sociale per un importo di Euro 7.500,00" e " * " [...] pari al 42% del Capitale Sociale per un importo di Euro 21.336,00", potendo peraltro "entrare nel patrimonio del Trust altri beni, mobili e immobili e diritti di qualsiasi natura e genere, in Italia o all'Estero, che i disponenti stessi o altri, con il consenso dei disponenti, vogliono conferire al trust. I beni del Trust sono separati dal patrimonio personale del Trustee e non sono in alcun modo aggredibili dai suoi creditori personali. I beni del Trust sono vincolati dai Disponenti per gli scopi del Trust ed intestati a nome del Trustee, costituiscono una massa distinta e non fanno parte del suo patrimonio, non fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio, da convenzioni matrimoniali o altre convenzioni di sorta, non formano oggetto della sua successione ereditaria e non fanno parte del suo eventuale fallimento" (v. pagg. 2-3 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 6, che "scopo che i Disponenti 1 e 2 si prefiggono con la costituzione del Trust è di far fronte ai bisogni della famiglia nel suo complesso, regolare i rapporti tra conviventi. Scopo del Trust è la protezione del patrimonio familiare per la destinazione dello stesso ai bisogni dei beneficiari allo scopo di garantire agli stessi in egual misura una vita serena [...] In ogni caso, alla scadenza del Trust o quando il Trustee riterrà che il Trust abbia esaurito il suo scopo, i beni del Trust saranno devoluti, eventualmente tenendo conto anche di precedenti attribuzioni, a ciascun beneficiario e/o erede in linea retta in parti uguali o, comunque, uguali per valore; il Trustee, acquisito l'indispensabile parere positivo e preventivo del Protector, potrà utilizzare il metodo di ripartizione più adatto alle specifiche e contingenti necessità individuali" (v. pag. 3 e pag. 4 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 7, che "il Trust è regolato dalla legge di Jersey, non è ammessa nessuna modifica alla legge di riferimento senza il consenso dei disponenti congiuntamente con disposizione propria" (v. pag. 4 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013);

- all'art. 8, che "il Trustee gode e gestisce i beni del Trust senza alcuna limitazione e senza dover mai giustificare i poteri che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario dei beni del Trust. Il Trustee ha capacità processuale attiva e passiva in relazione ai beni del Trust. Egli può comparire dinanzi a Notai e a qualunque Pubblica Autorità senza che mai gli si possa eccepire mancanza o indeterminazione di poteri. Il Trustee è tenuto a tenere i beni del Trust separati dai propri. In particolare: - tutte le volte che si tratti di diritti o di beni iscritti o iscrivibili in registri, pubblici o privati il Trustee è tenuto a richiedere l'iscrizione o nella sua qualità di Trustee, o al nome del Trust, o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del Trust; - i rapporti bancari istituiti dal Trustee e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati o al Trust

o al Trustee nella sua qualità. Il trustee dovrà amministrare con obbligo di riservatezza proprio dei rapporti professionali. Al trustee è obbligo di chiedere, ottenere e seguire il parere vincolante del protector in relazione a quanto statuito all'art. 13 del presente atto" (v. pag. 4 dell'all. 3 della citazione contenente il rogitto del 16.4.2013);

- all'art. 12, che "il Trustee consegnerà semestralmente, al Protector l'inventario dei beni del Trust unitamente ad un elenco delle spese incrementative effettuate. Ove il Protector lo richieda, il Trustee dovrà sottoporsi a una verifica contabile e amministrativa condotta da un professionista nominato dal Protector e compensato dal Trust entro giorni 5 dalla comunicazione" (v. pagg. 5-6 dell'all. 3 della citazione contenente il rogitto del 16.4.2013);

- all'art. 17, che "il reddito del Trust, assolto ogni onere relativo alla gestione dei beni del trust quali, a mero titolo di esempio, oneri fiscali, oneri amministrativi, remunerazione del trustee, sarà dal Trustee reinvestito a nome del Trust o, a sua discrezione utilizzato per raggiungere esclusivamente gli scopi del "Trust *" (v. pagg. 6-7 dell'all. 3 della citazione contenente il rogitto del 16.4.2013);

- all'art. 19, che "nell'esercizio della propria discrezionalità il Trustee terrà conto delle finalità impresse dai disponenti nelle premesse del presente atto ovvero nella eventuale lettera dei desideri che disponenti e trustee abbiano a concordare. Salvo le disposizioni e le limitazioni espresse in quest'atto, la discrezionalità del Trustee rimane tuttavia piena. In nessun caso il Trustee è tenuto a motivare le ragioni che l'hanno guidato nel suo esercizio" (v. pag. 7 dell'all. 3 della citazione contenente il rogitto del 16.4.2013);

- all'art. 21, che "le disponenti si riservano la facoltà di variare ogni clausola del presente negozio giuridico che non ne snaturi lo scopo ed i poteri conferiti. Non potranno in ogni caso essere adottate clausole che: determinano la possibilità per le disponenti di far cessare liberamente ed anticipatamente il trust; prevedano la possibilità che le disponenti possano assumere la qualifica di beneficiarie; pongano limitazioni ulteriori al potere discrezionale del trustee o che lo sottopongano al gradimento nelle scelte o comunque lo condizionino fortemente; determinano attribuzioni preventive di patrimonio ai beneficiari ovvero prestiti" (v. pagg. 7-8 dell'all. 3 della citazione contenente il rogitto del 16.4.2013).

Nel secondo atto sopra richiamato, invece, si legge che * "intervengono anche in rappresentanza della signora *, quest'ultima in qualità di socio accomandatario delle società in trust, convengono di sostituire, dopo averlo ringraziato per l'opera fin qui svolta, per la quale è già stato reso integrale e definitivo resoconto contabile ed amministrativo a mani delle disponenti, il trustee del trust * dott. * con la società "International *" per la quale accetta il dr. * Conseguentemente si chiede che le quote delle società infra citate oggi intestate a * quale Trustee del trust * vengano da oggi in poi intestate al trust " * " del quale è trustee la società "International * ". Società oggetto di variazione: a) "G.F.G. s.a.s. di * [...] capitale sociale euro 19.000 e codice fiscale 12275661002; quota euro 15000; 2) * s.a.s. di * [...] capitale sociale euro 114.000 numero di iscrizione Registro delle Imprese di Roma e codice fiscale 12275651003, quota euro 76000; 3) * s.a.s. di * [...] capitale sociale euro 50800

numero di iscrizione Registro delle Imprese di Roma e codice fiscale e P. iva * quota euro 42672; 4) * s.a.s. di * [...] capitale sociale euro 19.000 numero di iscrizione Registro delle Imprese di Roma e codice fiscale * quota euro 15.000; 5) * s.a.s. di * [...] capitale sociale euro 52.000 numero di iscrizione Registro delle Imprese di Roma e codice fiscale * quota euro 46800" (v. pagg. 1-2-3 del rogito notarile del 28.12.2013 di cui all'all. 4 della citazione).

Da quanto sopra esposto emerge dunque che inizialmente il trust oggetto di causa ha presentato quale unico elemento di internazionalità la legge applicabile, individuata in quella di Jersey.

Successivamente, con l'atto notarile del 28.12.2013, si è aggiunto un ulteriore fattore di transnazionalità della fattispecie, essendo stata nominata quale trustee la società elvetica International Trust U.K. SA.

Sul punto, occorre ricordare che con legge n. 364/1989 l'Italia — così come anche la Svizzera — ha ratificato la Convenzione dell'Aja dell'1.7.1985, che:

- all'art. 10 dispone che "*la legge applicabile alla validità del trust stabilisce la possibilità di sostituire detta legge, o la legge applicabile ad un elemento del trust che può essere trattato a parte, con un'altra legge*";

- all'art. 11, comma 1, dispone che "*un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di trustee davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica*".

Alla luce di tali previsioni, vigenti nel nostro ordinamento, la dottrina specialistica dominante — occupatasi di tale materia — ha sostenuto che il trust trovi piena cittadinanza nel sistema giuridico italiano, potendo dunque ammettersi anche il c.d. trust interno propriamente detto, costituito da soggetti italiani in relazione a beni siti in Italia, sebbene regolato da legge straniera.

Ancora, si rileva che, ai sensi dell'art. 13 della citata Convenzione dell'Aja dell'1.7.1985, "*nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione*".

Come è stato segnalato dai più attenti studiosi, la superiore previsione — la cui formulazione costituisce il frutto di evidente compromesso — non *obbliga* gli Stati aderenti alla Convenzione a disconoscere il trust ivi specificamente contemplato, limitandosi a precisare che essi *non sono tenuti* a riconoscerlo.

Ebbene, come ancora si è osservato, in seguito al menzionato art. 13, il legislatore italiano non ha introdotto norme che escludano espressamente il trust interno, dovendosi pertanto concludere per la sua ammissibilità (v., in questo senso, nella giurisprudenza di merito, Trib. Reggio Emilia 14.5.2007; Trib. Bologna decreto 18.4.2000; Trib. Chieti ordinanza 10.3.2000; Trib. Pisa 22.12.2001).

In tale ultima direzione deve oltretutto leggersi la disciplina recentemente introdotta nell'ordinamento dalla legge n. 112/2016 (c.d. legge sul "*Dopo di noi*").

Gli articoli I e 6 di tale corpo normativo, infatti, testualmente contemplanò il ricorso al trust al fine di realizzare i progetti di vita in favore di disabili gravi privi dell'aiuto della famiglia.

L'espressa previsione di siffatto istituto sia nella legge n. 112/2016 sia nella Convenzione dell'Aja dell'1.7.1985 — ratificata in Italia con legge n. 364/1989 — consente di superare le resistenze all'ammissibilità di esso correlate alla necessità di rispettare il principio di tipicità dei diritti reali e la regola della responsabilità patrimoniale imposta dall'art. 2740 c.c.

4. Operate le superiori premesse, va dunque esaminata la prima domanda proposta da * s.p.a.

Quest'ultima ha anzitutto chiesto dichiararsi la nullità del trust denominato "*Trust **", sostenendo che le disponenti * avrebbero mantenuto ogni potere sui beni conferiti, da reputarsi al più solo simulatamente trasferiti al trustee, in tal modo pregiudicando le ragioni creditorie.

Dovendosi applicare la legge di Jersey (v. ancora l'art. 7 dell'atto del 16.4.2013 a pag. 4 dell'all. 3 della citazione contenente il rogito del 16.4.2013), si rileva che nell'ordinamento di quest'ultimo, a partire dal precedente *Rahman vs. Chase Bank Trust Co. Ltd.* del 1991 — non superato dalla legge sui trust emanata nel 2006 —, si è affermato il principio per il quale, ove il settlor si riserva "*una mole eccessiva di poteri*", deve considerarsi violata la regola propria del trust ("*donner et retenir ne vaut*"), da reputarsi conseguentemente illegittimo ("*void*"); per il richiamo ai superiori principi, nella giurisprudenza italiana, Trib. Lucca 10.4.2020, n. 325, che ha esaminato un trust sottoposto — come nella specie — alla legge di Jersey).

Nella vicenda in esame, tuttavia, non può in alcun modo sostenersi che le disponenti si siano riservate eccessivi poteri di ingerenza nell'operato del trustee.

Come si è infatti segnalato al paragrafo che precede, le signore * non si identificano con i beneficiari del trust, individuati nei loro discendenti (v. art. 6 del rogito del 16.4.2013 di cui all'all. 3 della citazione).

Le medesime disponenti non sono abilitate né a modificare tale profilo né a far cessare anticipatamente il trust né ad introdurre ulteriori limitazioni al potere (qualificato) "*discrezionale*" del trustee (v. art. 21 del rogito del 16.4.2013 di cui all'all. 3 della citazione).

Ancora, quest'ultimo, come si è del pari visto, gode e gestisce i beni del trust senza alcuna limitazione e senza dover mai giustificare i poteri, che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario dei beni del trust, essendo altresì tenuto a reinvestire i proventi per finalità conformi a quelle stabilite e dovendo al più sottostare ai pareri del solo protector (v. ancora gli artt. 8, 17 e 19 del rogito del 16.4.2013 di cui all'all. 3 della citazione).

Da altro angolo visuale, è vero che secondo l'ordinamento di Jersey il trust è considerato fittizio ("*sham*"), allorché o in via di mero fatto o in virtù di un accordo non emergente dal testo istitutivo del trust il trustee segua le direttive del disponente rinunciando ad esercitare i propri poteri.

Tuttavia, affinché possa in ragione di quanto sopra predicarsi la inefficacia del trust, è necessario fornire l'effettiva prova della sua natura simulata.

Nel presente giudizio, peraltro, parte attrice non ha adeguatamente dimostrato — né, a monte, allegato — la sussistenza di indici idonei a far ritenere che solo fittiziamente * abbiano inteso trasferire al dott. * e poi alla società International * le quote societarie sopra meglio individuate.

Conseguentemente, la domanda di nullità e di simulazione proposta da * s.p.a. non può essere accolta.

Solo incidentalmente, deve rilevarsi che l'invalidità dell'atto istitutivo del trust non potrebbe affermarsi neppure applicando la legge italiana, dal momento che, in presenza della fattispecie — specialmente tratteggiata dalla dottrina — del c.d. contratto in frode ai creditori, il più pertinente rimedio deve essere individuato — come meglio si vedrà infra al paragrafo che segue — nell'istituto di cui all'art. 2901 c.c.

5. Va invece accolta l'azione revocatoria proposta da * s.p.a. in alternativa alla domanda di nullità e di simulazione.

In punto di diritto, si osserva che, ai sensi dell'art. 2901 c.c., il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni.

Ai sensi della medesima norma, è necessario che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento; qualora l'atto sia a titolo oneroso, invece, è necessario che il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

5.1. Tanto premesso, quanto al credito oggetto della presente controversia, * s.p.a. ha sostenuto — come si è visto — che, ravvisandosi sotto l'egida della famiglia * l'esistenza di un gruppo societario, il debito già incombente in virtù del contratto del 10.12.2010 sulla propria diretta controparte R.G.D. s.r.l. graverebbe, ai sensi dell'art. 2497 c.c., anche sulla società esercente attività di direzione e coordinamento su quest'ultima — ossia la capogruppo Open Land s.r.l. — nonché su * quali amministratrici della *holding* e quali soggetti partecipanti al fatto lesivo o comunque traenti vantaggio dallo stesso.

Com'è noto, la ragione creditoria tutelabile con l'azione revocatoria non deve necessariamente essere certa, liquida ed esigibile.

Al contrario, il rimedio di cui all'art. 2901 c.c. è esperibile anche a tutela di credito illiquido o litigioso, senza che occorra un previo accertamento giudiziale di esso o la previa formazione di titolo esecutivo.

I superiori principi appaiono recepiti dalla giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione ha infatti sul punto chiarito che "*anche il credito litigioso è un credito eventuale idoneo a determinare l'insorgenza della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria* (Cass. S. U. n. 9440 e Cass. n. 5246/06), ed anche per esso, per stabilire se sia o meno sorto anteriormente all'atto di disposizione del patrimonio, è necessario fare riferimento alla data del contratto se di fonte contrattuale o alla data dell'illecito se si tratti di credito risarcitorio" (così Cass. Civ. Sez. 27.1.2009, n. 1968; v., più di recente, Cass. Civ. Sez. III 10.6.2020, n. 11121; in passato v. già Cass. Civ. Sez. III 13.3.1978, n. 1242, per cui, per l'esercizio dell'azione revocatoria, non è prescritto che il creditore rivesta la qualità di creditore pignorante o di creditore intervenuto in un'esecuzione forzata, essendo sufficiente la esistenza di una ragione di credito, ancorché non accertata giudizialmente, né sorretta da titolo esecutivo né fatta valere in via esecutiva).

La superiore impostazione, ampiamente consolidata, trova il sostegno della più qualificata dottrina, che ha sul punto evidenziato come il vaglio sulla sussistenza del credito debba essere condotto in termini corrispondenti a quelli propri della verifica del *fumus boni juris* in sede di sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c., risultando dunque il rimedio di cui all'art. 2901 c.c. precluso *solo ove la pretesa contestata appaia manifestamente priva di fondamento*.

Operate le superiori fondamentali premesse, *pur dovendosi rinviare ogni determinazione definitiva in proposito all'apposito giudizio risarcitorio — nella specie già avviato e recante n. R.G. 792/2016 —*, sussistono adeguati indici di verosimiglianza della fattispecie di responsabilità prospettata da parte attrice per le seguenti ragioni.

Com'è noto, neppure con l'introduzione degli artt. 2497 e ss., il legislatore ha fornito una definizione del fenomeno dei gruppi societari.

La riforma del diritto societario del 2003, infatti, ha diversamente disciplinato la fattispecie della "*attività di direzione e coordinamento*", così manifestando l'intenzione di andare oltre il semplice controllo societario — regolato già dall'art. 2359 c.c. — e richiedendo per l'applicazione delle nuove norme una più incisiva attività, da un lato, di direzione unitaria, consistente nella gestione accentrata da parte della capogruppo di funzioni amministrative di varie società e, dall'altro, di coordinamento, da intendersi come unità globale degli indirizzi gestori perseguiti.

Sebbene la distanza sia netta sul piano teorico, si è preso atto delle possibili interferenze tra i due fenomeni esaminati e si è conseguentemente stabilito, all'art. 2497 *-sexies* c.p.c., che l'attività di direzione e coordinamento può ritenersi presuntivamente esercitata, salva prova contraria, dalla società controllante o obbligata alla redazione del bilancio consolidato.

In relazione alla disposizione da ultimo richiamata, contrariamente a quanto sostenuto dalle convenute* (v. pag. 18 della comparsa conclusionale), la più autorevole dottrina — poi unanimemente condivisa — ha segnalato che la presunzione tracciata non esclude in alcun modo che, al di fuori dell'area della sua operatività, possa

dimostrarsi l'effettivo esercizio di attività di direzione e coordinamento, gravando in tal caso il relativo onere su chi abbia interesse a farne valere l'esistenza.

A tal proposito, nella citazione che ha dato origine al giudizio n. R.G. 792/2016 — integralmente richiamata dall'atto introduttivo del presente procedimento ed allegata in atti — * s.p.a., al fine di giustificare l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 2497 c.c. e ss., ha evidenziato che *"la * s.r.l. capogruppo storica delle società facenti parte della "Famiglia *", con atto del 6/9/2010 (rep. 5704/4196) in notar Coltraro di Augusta, trascritto in data 21/9/2010 [...], ebbe a trasferire alla * s.r.l., altra società del Gruppo *, la proprietà del terreno, avente una estensione complessiva di circa 40.000 mq., sito in Siracusa, viale Epipoli 250, foglio 26, particella 3.655. La Emmea s.r.l., di cui la Open Land s.r.l. è socio unico, con contratto del 10/11/2010, ebbe a concedere in appalto alla R.G.D. s.r.l., altra società del Gruppo *, la esecuzione dei lavori per la costruzione di un Centro Commerciale nel complesso immobiliare denominato "Fiera del Sud" o "Open Land" da realizzare nel terreno suddetto. La R.G.D. s.r.l., a sua volta, ebbe a concedere in sub-appalto alla * s.p.a., con contratto stipulato in data 10/12/2010 [...], la fornitura e la posa in opera a secco di strutture prefabbricate in cemento armato e precompresso, per la costruzione del Centro Commerciale su indicato, per il corrispettivo di €. 1.400.000,00, oltre Iva. Tale contratto fu stipulato a seguito delle trattative intercorse direttamente tra l'Ing. Civello Claudio, legale rappresentante della * s.p.a., e la signora *; e ciò per come risulta provato dalle varie riunioni svoltesi tra le parti negli uffici della Open Land s.r.l. e documentalmente dalla e-mail trasmessa dalla signora *, sua firma, in data 10/12/2010, al Geom. Lembo della * s.p.a. [...], del seguente contenuto: " ... come concordato le invio il contratto nella sua stesura definitiva. Non vi sono cambiamenti rilevanti o degni di nota. La rag. Cimino, amministratore della società, sarà presente alla riunione di domani e si è resa disponibile alla sottoscrizione del contratto. Mi raccomando di controllare gli allegati ed in special modo il cronoprogramma. La prego di inviarmi i dati evidenziati. Spero di essere a Siracusa e poter incontrare sia lei che l'Ing. Civello; nel caso non fosse possibile mi raccomando ... il centro dovrà aprire l'8 dicembre del 2011. So che lavoreremo bene insieme, grazie di tutto, buona giornata e cordiali saluti. *". La signora *, invero, curò personalmente tutte le fasi del contratto di appalto suddetto e della scrittura privata integrativa di esso del 31/3/2011 [...], con cui furono modificate consensualmente alcune condizioni e clausole riguardanti variazioni del progetto, del corrispettivo lievitato e convenuto in €. 1.706.121,00, nonché i termini di esecuzione dei lavori e le modalità di pagamento. * s.p.a., eseguiti i lavori, che furono ultimati in data 20/9/2011, consegnati ed accettati senza riserve, ricevette in diverse soluzioni il corrispettivo dell'appalto, ma rimase creditrice per tale titolo della residua somma di €. 564.593,67 per sorte capitale ed interessi maturati ai sensi del D. Lgs. 231/2002. La * s.p.a., pertanto, invitò, più volte, la signora * e la R.G.D. s.r.l. ad effettuare il pagamento della superiore somma e degli interessi maturati, ma le varie sollecitazioni rimasero prive di riscontro, per cui chiese ed ottenne, in data 17/5/2012, nei confronti della R.G.D. s.r.l., il decreto ingiuntivo, provvisoriamente esecutivo, di €. 482.904,48 (per sorte capitale), oltre agli interessi ed alle spese legali liquidate [...], ma la R.G.D. s.r.l. non provvide al pagamento della somma ingiuntale. In data 10/9/2012, dopo alcune riunioni intercorse tra l'Ing. * per*

la * s.p.a. e la signora * per la R.G.D. s.r.l., assistiti dai rispettivi legali di fiducia, fu sottoscritta una scrittura privata [...] , dalla quale risulta testualmente che quest'ultima società riconosceva il debito in misura pari ad €. 564.593,67 e si obbligava a corrispondere, nei tempi convenuti, quanto dovuto, ottenendo una congrua dilazione nei pagamenti. La R.G.D. s.r.l., però, non provvide ad adempiere la obbligazione di pagamento alle scadenze concordate, adducendo asseriti fenomeni di condensa e/o infiltrazioni nel piano di copertura del fabbricato, all'interno del Centro Commerciale, relativi ai lavori effettuati dalla * s.p.a., che quest'ultima ebbe a contestare, essendo tali doglianze insussistenti ed infondate e comunque ad essa non imputabili, per come risulta dalle lettere dell'8/10/2012 e del 18/10/2012, trasmesse alla Dott.ssa * ed alla R.G.D. s.r.l. [...]. Al riguardo, va precisato che i tecnici della * s.p.a. ebbero ad effettuare, in data 18/10/2012 e 22/10/2012, in contraddittorio con i tecnici della R.G.D. s.r.l., alcuni sopralluoghi e verifiche dell'estradosso della intera copertura del fabbricato, che escludono la presenza di vizi e difetti di costruzione. Né da allora fu denunciata dalla signora * o dalla R.G.D. s.r.l. alcuna ulteriore contestazione o doglianza alla * s.p.a., né fu intrapresa contro quest'ultima alcuna iniziativa giudiziaria, per cui qualsiasi pretesa risarcitoria, nel senso sopra prospettato, oltre che infondata è incorsa in prescrizione; tanto più se si pensi che il Centro Commerciale *, a partire dal dicembre 2013, è operativo nei 45 punti vendita che sono stati concessi in affitto dalla Commerciali Hub s.r.l., altra società della Famiglia *, a numerosi imprenditori commerciali [...]. Purtroppo i vari tentativi effettuati dalla * s.p.a., al fine di ottenere il soddisfacimento del suo credito, non hanno sortito l'effetto sperato; tant'è che: - non sono state adempiute le promesse di pagamento effettuate (anche con s.m.s.) dalla signora *, la quale aveva condotto con l'Ing. * le trattative relative alla stipula del contratto di appalto, sia quelle successive riguardanti la scrittura di integrazione e modifica di esso e la scrittura transattiva sopra indicata; - sono rimaste senza riscontro le varie richieste di pagamento effettuate, sia verbalmente, sia con lettera raccomandata a.r. del 16/1/2013 [...]; - non è stata concretizzata la cessione di un credito derivante da rimborso Iva, vantato dalla * s.r.l. nei confronti della Riscossione Sicilia s.p. a. per la provincia di Catania, proposta dalla signora * alla * s.p.a. per soddisfare la pretesa creditoria di questa, atteso che le riunioni svoltesi tra le parti non sono andate a buon fine. Per di più i soci della R.G.D. s.r.l. hanno trasferito le quote sociali al signor Aidara Oumar, cittadino della Costa D'Avorio; quest'ultimo ha chiesto la cancellazione della società dal registro delle imprese e il trasferimento di essa in Costa d'Avorio (di cui la signora * è Console in Italia), che è stato formalizzato in data 24/5/2013, come risulta dalla visura [...], rendendo così inattuabile ed insoddisfatto definitivamente il credito certo, liquido ed esigibile della * s.p.a. risultante dal contratto di appalto, dal decreto ingiuntivo e dalla scrittura privata del 10/9/2012" (v. pagg. 1-6 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente procedimento).

Ebbene, premesso che formalmente il potere gestorio proprio dell'impresa esercitata in forma societaria spetta in via esclusiva agli amministratori, parte attrice ha enucleato elementi significativamente idonei a denotare una forte ingerenza nell'operato dell'amministratrice di R.G.D. s.r.l. * da parte di soggetti diversi dalla stessa, da individuarsi in esponenti della famiglia * .

Questi ultimi — e, in particolare, * —, per l'esercizio di tale potere, risultano essersi avvalsi essenzialmente della capogruppo * s.r.l.

Ciò emerge specialmente dal fatto che proprio "*negli uffici*" di essa si siano svolte le trattative che hanno condotto alla stipula del contratto di subappalto tra R.G.D. s.r.l. e * s.p.a.

La pervasiva intromissione della società madre nell'amministrazione della subappaltante unica controparte contrattuale dell'odierna attrice appare poi ad un sommario vaglio confermata in quanto, come risulta dalla sopra menzionata e-mail del 10.12.2010 spedita da *, l'amministratrice formale Cimino Maria avrebbe dichiarato di essere "*disponibile*" a sottoscrivere un testo negoziale da altri predisposto, in tal modo abdicando alla propria funzione amministrativa.

La sostanziale assunzione da parte della famiglia * delle concrete scelte gestorie relative alla R.G.D. s.r.l. si evince poi dall'impiego nel citato messaggio di posta elettronica della prima persona plurale da parte della autrice dello stesso, che, secondo quanto ancora prospettato da * s.p.a., avrebbe diretto anche la fase di rinegoziazione dell'accordo contrattuale di subappalto, avrebbe indotto, assistendola, la società eterodiretta a stipulare una scrittura ricognitiva del debito maturato nei confronti della subappaltatrice e, infine, avrebbe trattato per soddisfare quest'ultima attraverso la cessione di un credito spettante ad altro ente del gruppo, ossia la Emmea s.r.l.

Non può poi non rilevarsi come — pur a prescindere dalla configurabilità della fattispecie del controllo contrattuale di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c. — l'esistenza della R.G.D. s.r.l. sia stata in prevalenza (se non esclusivamente) concepita in funzione di una vicenda contrattuale interamente decisa e gestita nell'ambito delle politiche di gruppo, essendosi — in base a quanto emerge dagli atti — la sua attività risolta nell'affidamento in subappalto di opere già alla stessa commissionate da altra persona giuridica facente parte del medesimo aggregato (ossia la * s.r.l.: v. sul punto pag. 1 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio).

Ritenuti *prima facie* — e salva, sempre, ogni più approfondita valutazione nel giudizio appositamente destinato all'accertamento del credito — sussistenti i presupposti della direzione e del coordinamento, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., la società o gli enti che, esercitando tale attività, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Con particolare riguardo a tale ultimo profilo, il danno subito dalla odierna attrice * s.p.a., titolare di ragione di credito nei confronti della R.G.D. s.r.l., pare ad un primo esame doversi ricercare nella compromissione delle possibilità di ottenere l'adempimento da parte di quest'ultima, conseguente alla condotta messa in atto dagli esponenti della capogruppo * s.r.l.

Le quote di partecipazione della eterodiretta, infatti, un tempo appartenenti alla famiglia * (v. pag. 8 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio), sono state dapprima cedute alla Immobiliare * s.r.l. il 17.12.2010 — ossia in data di poco successiva alla stipula del subappalto del 10.12.2010 — e in seguito a Aidara Oumar.

Quest'ultimo, già nominato in precedenza amministratore unico della R.G.D. s.r.l., ha provveduto alla cancellazione della società amministrata dal registro delle imprese italiano.

Essendosi verificata la estinzione della società eterodiretta, senza che sia stata fornita traccia del corretto espletamento del procedimento di liquidazione e della destinazione dell'eventuale residuo attivo al socio — di cui, oltretutto, non è nota la solvibilità -, non appare manifestamente infondato sostenere che la ragione creditoria vantata da * s.p.a. nei confronti della propria diretta controparte contrattuale sia stata consistentemente pregiudicata.

Del resto, anche ove si dovesse reputare ammissibile la produzione documentale offerta dalle convenute * e * in data 25.5.2022 — invero irrimediabilmente tardiva, poiché gli allegati potenzialmente rilevanti al riguardo risalgono tutti a periodo non successivo al mese di maggio 2013 ed appaiono dunque precedenti alla instaurazione della stessa lite, senza che sia stato anche solo allegato alcun fatto idoneo a giustificare la rimessione in termini —, non può sottacersi come si presenti senz'altro più difficoltoso l'avvio di iniziative di recupero del credito in Stato non facente parte dell'Unione Europea e come, ad ogni modo, nessuna adeguata prova possa dirsi raggiunta in ordine al fatto che R.G.D. s.r.l., ormai non più censita nel registro delle imprese italiano, sia tuttora effettivamente operante anche all'estero e — soprattutto — abbia mantenuto la patrimonializzazione che la caratterizzava prima della sua cancellazione.

Ancora, ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., com'è noto, risponde in solido — con chi esercita attività di direzione e coordinamento — chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Sotto tale profilo, la più qualificata dottrina occupatasi della materia ha evidenziato che la predetta norma consente senz'altro di estendere la responsabilità in discorso — ove abbiano materialmente contribuito alla causazione del pregiudizio del creditore — agli amministratori della capogruppo, da individuarsi nel caso di specie nella * s.r.l.

Quest'ultima, come risulta dagli atti, è stata formalmente amministrata dal 4.10.2011 al 15.10.2014 da * (v. pag. 7 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio), che ha rivestito la carica di amministratore unico.

Secondo quanto sopra si è rilevato e secondo le deduzioni di parte attrice, tuttavia, nella amministrazione della capogruppo Open Land s.r.l. appare essersi ripetutamente ingerita *di fatto* anche *, intervenuta in termini significativi sia nelle trattative condotte all'interno degli "uffici" della società madre al fine di stipulare contratti strumentali all'attuazione dell'interesse di gruppo, sia in occasione di negoziazioni intercorse con controparti contrattuali delle società affiliate, anche in chiave transattiva ed anche

attraverso il compimento di atti dispositivi di crediti facenti capo ad altri soggetti dell'agglomerato (v. ancora il contenuto della email del 10.12.2010 e la proposta di cessione del credito vantato da * s.r.l. nei confronti di Riscossione Sicilia, rispettivamente a pag. 2 e a pag. 5 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio).

Non sembra pertanto ultroneo il richiamo, in relazione alla posizione di * , alla figura dell'amministratore di fatto (v., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. Civ. Sez. I 31.7.2023, n. 23151, per cui, ai fini dell'attribuzione di tale qualifica, è necessaria la presenza di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti o in qualunque settore gestionale dell'attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare).

Anche a prescindere da ciò, oltretutto, la condotta assunta dalle tre convenute appartenenti alla famiglia * pare ad un sommario vaglio essersi inserita causalmente — per gli effetti di cui all'art. 2497, comma 2, c.c. — nel processo di dissoluzione della R.G.D. s.r.l., nella misura in cui le medesime hanno provveduto, dopo la stipula con * s.p.a. del contratto del 10.12.2010, a far confluire le quote della eterodiretta dapprima alla Immobiliare * s.r.l. in data 17.12.2010 e successivamente in data 22.11.2012 a Aidara Oumar, responsabile della cancellazione della società dal registro delle imprese italiano.

Tutti gli elementi sopra illustrati rendono in definitiva quantomeno non manifestamente pretestuosa la tesi di parte attrice per cui la pretesa creditoria di €. 564.593,67 da quest'ultima vantata *in virtù del rapporto di subappalto* nei confronti della propria controparte contrattuale, in seguito alla compromissione delle possibilità di ottenere l'adempimento dalla diretta obbligata, risulterebbe azionabile *a titolo risarcitorio* — in applicazione *diretta* della norma sopra ampiamente esaminata ed a prescindere dalla sua problematica estensione alla *holding* persona fisica - anche nei confronti della capogruppo * s.r.l. e soprattutto — per quanto interessa nel presente giudizio — nei confronti dei suoi più rilevanti esponenti * (v., per la chiara prospettazione di tale domanda nel giudizio n. R.G. 792/2016, pag. 23 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio, ove si chiede ai punti 1, 4 e 5 di dichiarare che è rimasto insoddisfatto il credito di €. 564.593,67 vantato da * s.p.a. nei confronti di R.G.D. s.r.l. e che quest'ultima è parte del gruppo della famiglia *, nonché di condannare in solido le signore * anche quali amministratrici di fatto, e la società madre Open Land s.r.l., in virtù — tra gli altri — dell'art. 2497 c.c., al risarcimento del danno pari al medesimo importo di €. 564.593,67).

Quanto ai rilievi di parte convenuta, non essendo necessario ai fini dell'esperimento della revocatoria il previo accertamento giudiziale del credito o il previo ottenimento di titolo esecutivo, non si mostra dirimente la circostanza che il decreto ingiuntivo richiamato da * s.p.a. non sia mai stato notificato alla debitrice (v. ancora le già citate Cass. Civ. Sez. 27.1.2009, n. 1968; Cass. Civ. Sez. III 10.6.2020, n. 11121; Cass. Civ. Sez. III 13.3.1978, n. 1242).

Del resto, nessuna contestazione è stata mossa in questa sede da * né in ordine alla esatta esecuzione delle prestazioni di cui al subappalto del 10.12.2010 né in ordine alla intervenuta stipula di scritture ricognitive del debito né in ordine alla sequenza di fatti posta da parte attrice a fondamento della invocata sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., con particolare riguardo agli atti di ingerenza compiuti da membri della famiglia Frontino nell'amministrazione della R.G.D. s.r.l.

Quanto alla previsione di cui all'art. 2497, comma 3, c.c., per cui il creditore può agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento solo se non sia stato soddisfatto dalla società eterodiretta, si rileva che colui che vanta ragioni creditorie verso quest'ultima rimaste compromesse — ad avviso della più autorevole dottrina — non deve considerarsi tenuto a provare l'insufficienza del patrimonio sociale della sua diretta debitrice, essendo sufficiente che egli dimostri di aver preventivamente chiesto invano il pagamento del proprio credito.

Nel caso di specie, parte attrice ha dato atto di aver inutilmente chiesto a R.G.D. s.r.l. la corresponsione di quanto dovuto (v. pag. 5 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio), senza che sul punto parte convenuta abbia osservato alcunché.

5.2. In merito al requisito del c.d. *eventus damni*, l'accoglimento della azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. è subordinato alla circostanza che l'atto da revocare abbia determinato o aggravato il pericolo di incapienza del debitore, che cioè abbia determinato o aggravato il pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante.

Come è stato evidenziato in dottrina, il fatto che il debitore abbia conseguito corrispettivo per il compimento dell'atto dispositivo non esclude che lo stesso sia pregiudizievole, dal momento che anche la conversione di un bene autonomamente identificabile come oggetto di esecuzione in denaro o in altri beni non attualmente identificabili è idonea a produrre una variazione peggiorativa, sotto il profilo qualitativo, del patrimonio del debitore.

Siffatta prospettiva ha trovato conferma anche nella giurisprudenza di legittimità, per la quale ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria non è richiesta la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso, come accade a fronte del denaro derivante dalla compravendita (v., in tal senso, la pressoché pacifica giurisprudenza di legittimità: Cass. Civ. Sez. VI-III 18.6.2019, n. 16221; Cass. Civ. Sez. I 5.3.2019, n. 6384; Cass. Civ. Sez. III 19.7.2018, ord. n. 19207; Cass. Civ. Sez. III 9.2.2012, n. 1896).

Come ancora è stato illustrato, l'incapienza del patrimonio del debitore dev'essere valutata nel momento in cui viene compiuto l'atto dispositivo e deve sussistere al momento dell'esercizio dell'azione.

In tal senso appare orientata la costante giurisprudenza del Supremo Collegio, per il quale, in tema di revocatoria ordinaria, il momento storico in cui deve essere verificata

la sussistenza del c.d. *eventus damni*, inteso come pregiudizio alle ragioni del creditore, tale da determinare l'insufficienza dei beni del debitore ad offrire la necessaria garanzia patrimoniale, è quello in cui viene compiuto l'atto dispositivo dedotto in giudizio ed in cui può apprezzarsi se il patrimonio residuo del debitore sia tale da soddisfare le ragioni del creditore, restando, invece, assolutamente irrilevanti, al fine anzidetto, le successive vicende patrimoniali del debitore, non collegate direttamente all'atto di disposizione (v. Cass. Civ. Sez. VI 6.2.2019, n. 3538; Cass. Civ. Sez. III 14.11.2011, n. 23743).

Va infine precisato che, secondo l'indirizzo certamente prevalente della Corte regolatrice, incombe sul debitore, e non sul creditore, l'onere di dimostrare che il patrimonio residuo sia sufficiente a soddisfare ampiamente le ragioni del creditore (v., in questi termini, Cass. Civ. Sez. VI-III 18.6.2019, n. 16221 cit.; Cass. Civ. Sez. III 19.7.2018, ord. n. 19207 cit.; Cass. Civ. Sez. III 27.3.2007, n. 7507).

Fermo quanto sopra, nel caso di specie l'atto istitutivo del trust denominato "*Trust ** " ed i conseguenti atti traslativi hanno ridotto *senza alcuna contropartita* la garanzia patrimoniale sulla quale, in precedenza, * s.p.a. avrebbe potuto fare affidamento per il soddisfacimento della ragione creditoria — non manifestamente pretestuosa, come si è visto al paragrafo che precede — vantata nei confronti di * ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Non può pertanto dubitarsi della natura pregiudizievole per l'attrice di ciascuno dei superiori negozi dispositivi.

Le superiori conclusioni risultano in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che ha di recente sottolineato che, in caso di costituzione di trust, "*la segregazione del patrimonio del debitore e la costituzione di un vincolo di destinazione su un patrimonio che si rende autonomo rispetto a quello del debitore non risultano atti confacenti all'obbligo di mantenimento della garanzia patrimoniale generica che grava sul debitore ex art. 2740 cod. civ. Pertanto, la lesione della garanzia patrimoniale dei creditori — id est: l'eventus damni — risulta evidente sin dalla costituzione del Trust, non rendendo percorribile per i creditori, per di più senza alcun opportuno bilanciamento, l'esecuzione sui beni del debitore ex art. 2910, comma 1, cod. civ.*" (così Cass. Civ. Sez. III 9.11.2020, n. 24986).

5.3. In merito all'elemento soggettivo della azione revocatoria ordinaria, si rileva che nel caso di specie l'atto dispositivo è stato compiuto a titolo gratuito ed è successivo al sorgere del credito.

Sotto tale profilo, si osserva che, secondo il più autorevole indirizzo della dottrina, condiviso dalla maggioritaria giurisprudenza di legittimità, al fine di stabilire se il negozio revocando sia o meno anteriore rispetto al credito da tutelare occorre avere riguardo al momento in cui si perfezionano le fattispecie costitutive, rispettivamente del credito e dell'atto di disposizione (v. in tal senso Cass. Civ. Sez. III 18.8.2011, n. 17356).

Con particolare riguardo al trust, occorre evidenziare che il momento propriamente dispositivo si realizza con l'atto di intestazione al trustee dei beni conferiti in trust (così Cass. Civ. Sez. III 15.10.2019, n. 25926, in cui si legge che, "*nel trust, dispositivo è*

l'atto col quale viene intestato al trustee il bene conferito in trust"; in senso analogo v. Cass. Civ. Sez. III 29.5.2018, n. 13388).

Nel caso di specie, per quanto esposto *supra* al paragrafo 5.1 la genesi del credito *avente natura risarcitoria* invocato da parte attrice può ricondursi al momento in cui la società R.G.D. s.r.l. ha cessato in data 24.5.2013 di essere censita nel registro delle imprese italiano (v. ancora la citata Cass. Civ. Sez. 27.1.2009, n. 1968, per cui, in caso di credito risarcitorio, "*per stabilire se sia o meno sorto anteriormente all'atto di disposizione del patrimonio, è necessario fare riferimento ... alla data dell'illecito se si tratti di credito risarcitorio*").

I trasferimenti volti a dotare il trust dei beni necessari per l'attuazione del suo scopo sono invece stati ultimati il 28.12.2013, con la intestazione delle quote al trustee International Trust * (v. all. 4 della citazione), come si è visto al superiore punto 3.

Acclarato che i negozi a titolo gratuito da revocare vennero compiuti successivamente al momento di insorgenza del credito da tutelare, è dunque necessario esclusivamente dimostrare che il disponente abbia avuto la consapevolezza di pregiudicare il soddisfacimento delle ragioni dell'attore in revocatoria, il che, secondo il consolidato indirizzo del Supremo Collegio, è insito nella coscienza da parte dell'obbligato della riduzione, attraverso l'atto dispositivo, della consistenza del proprio patrimonio in termini tali da danneggiare i creditori complessivamente considerati (così Cass. Civ. Sez. III 23.11.1985, n. 5824).

Nel caso di specie, la istituzione del trust ed i conseguenti atti traslativi sono intervenuti tra l'aprile del 2013 ed il dicembre del 2013, ossia in epoca in cui, da un lato, alle sorelle * ed alla madre di queste ultime * — operanti per il tramite della capogruppo * s.r.l. — era certamente già nota l'esposizione debitoria delle società del gruppo e in particolar modo della R.G.D. s.r.l. — alla luce delle molteplici richieste di pagamento provenienti da * s.p.a. e della sottoscrizione della richiamata *scrittura ricognitiva del debito* di €. 564.593,67 del 10.9.2012 (v. ancora pag. 5 e pag. 3 dell'all. 2 della citazione introduttiva del presente giudizio) — e, da un altro lato, si erano già verificati tutti i fatti idonei a radicare la loro corresponsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. (meglio individuati *supra* al paragrafo 5.1).

Anche ove dovesse ritenersi — *contrariamente a quanto invero emerge dagli atti di causa* — che i negozi pregiudizievoli per le ragioni creditorie si siano perfezionati prima della insorgenza del credito da tutelarsi, dovrebbero del pari dirsi sussistenti i presupposti per l'accoglimento della revocatoria.

Ed infatti, secondo quanto precisato dal Supremo Collegio, quando l'atto dispositivo è anteriore al sorgere della pretesa creditoria, ad integrare il requisito soggettivo previsto dall'art. 2901, comma 1, n. 1, c.c. è sufficiente il mero dolo generico e cioè la mera previsione da parte del debitore, del pregiudizio dei creditori, e non è, quindi, necessaria la ricorrenza del dolo specifico, ossia della consapevole *volontà* di pregiudicare le ragioni del creditore (così Cass. Civ. Sez. III 15.10.2010, n. 21338; v. anche Cass. Civ. Sez. III 7.10.2008, n. 24757).

Nel caso di specie, gli elementi sopra evidenziati non consentono di dubitare che, al momento della istituzione del trust e dei successivi trasferimenti di quote, le sorelle * e * e la relativa madre * abbiano quantomeno previsto la prospettazione da parte di * s.p.a. di pretese creditorie risarcitorie nei propri confronti.

5.4. Sussistendo tutte le condizioni di cui all'art. 2901 c.c., vanno dunque revocati gli atti rogati dal notaio dott. Pensavalle Emanuele in data 16.4.2013 (n. rep. 93753 e n. racc. 16181) e in data 28.12.2013 (n. rep. 94541 e n. racc. 16675).

A conferma della revocabilità di entrambi i negozi — ossia di quello istitutivo e di quello traslativo delle quote —, si rileva che la Corte di Cassazione ha anche recentemente ricordato che, *"pur essendo teoricamente individuabile la distinzione giuridica tra atto istitutivo del trust ed atto di trasferimento dei beni al trustee, l'azione revocatoria può essere proposta non solo nei confronti dell'atto di trasferimento dei beni al trustee ma anche nei confronti dell'atto istitutivo del trust in ragione del fatto che, pur trattandosi di atti distinti, essi sono strettamente connessi ed entrambi finalizzati alla segregazione patrimoniale dei beni conferiti (Cass., 1 n. 10498 del 15/4/2019; Cass., 3, n. 13883 del 6/7/2020 e altri precedenti ivi richiamati"* (così testualmente, di recente, Cass. Civ. Sez. III 6.9.2023, n. 25964).

Ancora, nessun ostacolo all'applicazione dell'art. 2901 c.c. si rinviene nel fatto che i negozi del 16.4.2013 e del 28.12.2013 abbiano investito quote di società di persone.

A tal proposito, il Supremo Collegio ha di recente affermato in termini pienamente condivisibili — poiché coerenti con i basilari principi del diritto societario —, in un caso di revoca di atto avente ad oggetto partecipazioni in s.n.c., che *"non è in discussione la non espropriabilità della quota della società in nome collettivo del socio debitore da parte del creditore prima dello scioglimento della società (salvo che l'atto costitutivo preveda la libera trasferibilità con il solo consenso di cedente e cessionario — Cass. 7 novembre 2002, n. 15605). Ne consegue che la quota è espropriabile se sia stato deliberato lo scioglimento della società e compiuta la liquidazione o comunque una volta che sia stata liquidata la quota del socio debitore per lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a costui. L'azione revocatoria, il cui effetto è la possibilità di promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive o conservative sul bene oggetto dell'atto impugnato (art. 2902, comma 2, c.c.), è funzionale al compimento degli atti esecutivi una volta che la quota sia diventata espropriabile per effetto della liquidazione. Analogamente al creditore particolare del socio, che può chiedere la liquidazione della quota del socio debitore soltanto alla scadenza della società (cfr. art. 2305 c. c., che esclude così l'operatività nella s. n. c. dell'art. 2270, comma 2), il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota, una volta che abbia ottenuto la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti della dell'atto di disposizione ai sensi dell'art. 2901, ove risulti perfezionata la liquidazione della quota può compiere le azioni esecutive, se munito di titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito corrispondente alla somma di denaro rappresentante il valore della quota. La conservazione della garanzia patrimoniale si realizza qui come reintegrazione del valore del bene uscito dal patrimonio del debitore. Il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota non può però far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al debitore finché dura la società, o compiere gli atti conservativi sulla quota*

spettante nella liquidazione, ai sensi dell'art. 2270, comma 1, perché trattasi di facoltà estranea agli effetti dell'azione revocatoria previsti dall'art. 2902 e che presuppone la qualità di creditore particolare di colui che è attualmente socio. Per la stessa ragione non può fare opposizione alla proroga della società ai sensi dell'art. 2307 [...]. Va in conclusione enunciato il seguente principio di diritto: "il creditore, che abbia ottenuta la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di cessione della quota di società in nome collettivo compiuto dal suo debitore, può promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive, se munito titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito risultante dalla liquidazione della quota" (così testualmente Cass. Civ. Sez. III 17.1.2023, n. 1228).

5.5. Deve infine essere disposta la annotazione della revoca ai sensi dell'art. 2655 c.c.

5.6. Solo per completezza, deve escludersi il difetto di integrità del contraddittorio lamentato da * e dalla società International Trust *, in ragione della mancata partecipazione al giudizio di R.G.D. s.r.l.

Ed infatti, devono considerarsi litisconsorti necessari rispetto all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. il debitore *che abbia compiuto il negozio dispositivo ed il terzo beneficiario di quest'ultimo*.

Allorché l'attore vanti crediti nei confronti di vari soggetti, non occorre invece estendere necessariamente il contraddittorio ai coobbligati che non abbiano preso parte all'atto pregiudizievole (cfr. Cass. Civ. Sez. III 13.3.1987, n. 2623, per cui, in ipotesi di più condebitori solidali verso un unico creditore, si configura una pluralità di rapporti giuridici di credito-debito tra loro distinti ed autonomi, correnti tra il creditore ed ogni singolo debitore solidale ed aventi in comune solo l'oggetto della prestazione, di tal che il creditore ha la facoltà, ex art. 1292 c.c., di scegliere il condebitore solidale a cui chiedere l'integrale adempimento, con la conseguenza che la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. grava sul patrimonio di ciascun coobbligato, separatamente e per l'intero suo credito; pertanto, qualora un condebitore solidale compia atti di disposizione patrimoniale che diminuiscano la detta garanzia generica gravante sul suo patrimonio sì da renderla insufficiente in relazione all'entità del credito, il creditore può esercitare, nei confronti suoi e dell'acquirente, in presenza degli altri requisiti, l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., ancorché i rispettivi patrimoni degli altri coobbligati, siano sufficienti a fornire — ciascuno di essi — la garanzia ex art. 2740 c.c.; v. più di recente in senso analogo Cass. Civ. Sez. III 31.3.2017, n. 8315, nonché Cass. Civ. Sez. 11.11.2022, n. 33391).

Nel caso di specie, come si è visto, sebbene il debito *contrattuale* gravasse in origine soltanto su R.G.D. s.r.l., la * s.p.a. ha invocato una pretesa creditoria autonoma di natura *risarcitoria* nei confronti di * ; solo a queste ultime, poi, è imputabile la costituzione del trust ed il conseguente conferimento in esso delle quote societarie.

6. Va infine disattesa la domanda formulata da parte attrice ex art. 89 c.p.c.

Ai sensi del comma 2 della disposizione da ultimo citata, il giudice può disporre che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive e può assegnare, con la sentenza

che decide la causa, alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

A tal riguardo, la Corte regolatrice ha precisato che, in tema di cancellazione delle espressioni offensive o sconvenienti contenute in scritti difensivi, l'apprezzamento circa l'effettivo rapporto tra queste e l'oggetto della causa è rimesso alla valutazione del giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità e che deve reputarsi corretta la motivazione con cui il giudice a quo ritenga che le espressioni contestate non giustifichino l'applicazione dei provvedimenti di cui all'art. 89 c.p.c. allorché esse non siano dettate da un passionale e scomposto intento dispregiativo meramente offensivo nei confronti della controparte ma evidenzino un rapporto anche indiretto con la materia controversa, preordinato a dimostrare, attraverso una valutazione negativa del comportamento dell'avversario, la scarsa attendibilità delle sue deduzioni (v., *ex multis*, Cass. Civ. Sez. II 6.8.2019, n. 21019).

Nel caso di specie, le proposizioni censurate da parte attrice (per cui v. pag. 8 e pag. 25 della comparsa conclusionale di * ove si fa menzione di "*sgrammaticati errori procedurali*" commessi da * s.p.a. e della "*scorrettezza processuale della difesa avversaria*"), per quanto connotate da toni aspri, appaiono volte esclusivamente a sostenere —a prescindere dalla condivisibilità giuridica di tali rilievi —la non conformità della condotta avversaria alle regole che governano il processo civile, con particolare riguardo ai profili dell'assolvimento dell'onere probatorio e del rispetto delle preclusioni previste per il deposito di nuova documentazione, con il che tali dichiarazioni si mostrano funzionali a conferire ulteriore supporto argomentativo alle tesi difensive propuginate (cfr. Cons. Stato Sez. VI 15.7.2019, n. 4979, per cui negli atti processuali di parte le espressioni quali "*malafede*" o "*scorrettezza*" non sono considerate a tal punto offensive e sconvenienti da travalicare gli ordinari limiti di critica ammessi in sede giudiziaria, non rientrando nel novero di quelle di cui all'art. 89 c.p.c.).

7. Nei rapporti tra * s.p.a., da un lato, e * e International *, da un altro lato, questi ultimi vanno reputati soccombenti e vanno pertanto condannati in solido ex art. 97 c.p.c. a pagare le spese di lite in favore della prima.

La liquidazione viene effettuata come da dispositivo, in misura corrispondente alla somma di €. 17.376,00 richiesta dalla attrice con la nota spese di cui alla memoria di replica, in quanto non superiore a quanto risultante dall'applicazione dei parametri del D.M. n. 55/2014, per come modificati dal D.M. n. 147/2022, avuto riguardo all'entità del credito da tutelarsi ex art. 2901 c.c.

In merito ai rapporti tra * s.p.a. e il dott. * Giuseppe, quest'ultimo ha diritto al pagamento delle spese da parte della prima.

Ed infatti, il protector nominato nell'atto istitutivo del trust, come rilevato dalla più condivisibile giurisprudenza di merito, non è litisconsorte necessario rispetto all'azione revocatoria, in quanto ha l'esclusivo compito di garantire l'effettivo perseguimento dell'interesse cui è finalizzata l'istituzione del trust ed a sorvegliare la correttezza del trustee nei compiti a lui deputati, non ha potere dispositivo sui beni e nei suoi confronti

non deve eseguirsi la pronuncia di nullità o che dichiarare l'inefficacia del trasferimento, non incidendo né la previsione di un suo compenso né la facoltà di scioglimento (così Trib. Milano Sez. II ord. 28.7.2019; Trib. Trani 3.9.2018; Trib. Genova Sez. I 7.11.2017; nella giurisprudenza di legittimità, per un caso simile, Cass. Civ. Sez. III 10.7.2023, n. 19559, da cui emerge — senza che il punto sia ulteriormente discusso — che la Corte d'Appello aveva ritenuto il protector sprovvisto di legittimazione passiva).

La liquidazione viene effettuata in misura pari ad €. 6.948,76, sì come chiesto dal dott. * Giuseppe (v. pag. 2 della memoria di replica), in quanto non superiore all'importo risultante dall'applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 55/2014 — per come modificati dal D.M. n. 147/2022 —, avuto riguardo all'entità del credito da revocare ex art. 2901 c.c. e tenuto conto dell'attività difensiva svolta e del mancato espletamento di concreta attività istruttoria ad opera della parte sul punto vittoriosa.

P.Q.M.

Il Giudice, dott. Gabriele Patti, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n. R.G. 2047/2018, ogni altra istanza ed eccezione disattese:

- rigetta le domande di nullità e di simulazione proposte da * s.p.a. avverso gli atti rogati dal notaio dott. Pensavalle Emanuele in data 16.4.2013 (n. rep. 93753 e n. racc. 16181) e in data 28.12.2013 (n. rep. 94541 e n. racc. 16675), per le ragioni di cui in motivazione;

- in accoglimento della domanda di cui all'art. 2901 c.c., revoca gli atti rogati dal notaio dott. Pensavalle Emanuele in data 16.4.2013 (n. rep. 93753 e n. racc. 16181) e in data 28.12.2013 (n. rep. 94541 e n. racc. 16675) nei confronti di * s.p.a., secondo quanto esposto in motivazione;

- dispone l'annotazione della superiore revoca ai sensi dell'art. 2655 c.c.;

- rigetta ogni domanda di * s.p.a. nei confronti del dott. * per le ragioni di cui in motivazione;

- condanna in solido ex art. 97 c.p.c. * e International * a pagare in favore di * s.p.a. le spese di lite, che liquida in €. 17.376,00 per compensi, oltre spese generali al 15%, CPA e IVA, come per legge;

- condanna * s.p.a. a pagare in favore del dott. * le spese di lite, che liquida in €. 6.948,76 per compensi, oltre spese generali al 15%, CPA e IVA, come per legge.

Così deciso in Siracusa, il 6.2.2024

Il Giudice
dott. Gabriele Patti

La violazione dell'obbligo di predisporre adeguati assetti è più grave quando la società non si trova in crisi

Tribunale di Catanzaro, 06 febbraio 2024. Pres. Belcastro. Rel. Ranieli.

Adeguati assetti organizzativi - Denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. - Situazione di equilibrio economico finanziario - Violazione dell'obbligo di predisporre adeguati assetti

In materia di denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. deve affermarsi che l'assenza di un adeguato assetto organizzativo, contabile ed amministrativo rappresenti una grave irregolarità, anche - anzi, soprattutto - in una impresa in situazione di equilibrio economico finanziario. La violazione dell'obbligo di predisporre adeguati assetti appare, infatti, più grave quando la società non si trova in crisi anche perché, del resto, proprio in tale fase, essa ha le risorse anche economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili, amministrative ex art. 2086 c.c..

* * *

1. Con ricorso ex art. 2409 c.c. depositato in data 5.07.2023, * in qualità di socio titolare di una quota pari al 20% del capitale sociale della Società Agricola * S.r.l. (di seguito, "Agricola * ") ha denunciato il compimento da parte dell'amministratore di gravi irregolarità nella gestione idonee ad arrecare danno alla società, chiedendo all'intestata Sezione Specializzata di voler "ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società nominando all'uopo adeguato professionista ed adottare gli opportuni provvedimenti provvisori, compresa la revoca dell'amministratore, la nomina di un amministratore giudiziario e la convocazione dell'assemblea."

A sostegno dell'iniziativa giudiziale, il ricorrente ha dedotto quali gravi irregolarità addebitabili all'amministratore * (nominato in data 20.02.2023 in sostituzione del precedente amministratore * padre del ricorrente):

A) la questione relativa ad un contratto di "comodato oneroso" stipulato in data 1.9.2021 fra la Agricola * (in qualità di concedente) e la * s.r.l. (in qualità di utilizzatrice), amministrata dal padre e dal fratello del ricorrente, avente ad oggetto la concessione dello "spazio attrezzato dell'immobile sito in c/da * Montalto Uffugo (CS), in catasto foglio 39 part. destinato allo svolgimento di attività vivaistica", a fronte di un corrispettivo ritenuto vile pari a € 5.000,00 al mese (anziché almeno € 20.000,00), oltre iva e rimborso dei costi delle utenze.

Ad avviso del ricorrente, il citato contratto violerebbe la disciplina delle imposte di registro e sarebbe stato sottoscritto in aperto conflitto di interessi (dal sig. * all'atto

della stipula l.r.p.t. di entrambi i contraenti), avendo la Agricola * affittato a prezzo vile il più grande *asset* societario, ciò che avrebbe generato una perdita per la società ad oggi stimata in 300.000,00 euro circa, anche alla luce dei dati evincibili dal bilancio della * S.r.l al 31.12.2021. Il ricorrente si duole, altresì, dell'inerzia del nuovo amministratore rispetto alle richieste di cessazione delle suddette irregolarità, inerzia che ha determinato il rinnovo tacito del contratto per l'anno 2023 per mancata disdetta, con conseguenti ingenti perdite economiche per canoni non incamerati nella giusta misura e possibile esposizione alle sanzioni dell'erario.

B) l'accollo di tutti i costi connessi ai lavori imposti dai Vigili del Fuoco all'esito dell'accesso eseguito in data 6.6.2022 nei locali gestiti dalla * S.r.l. in forza del soprarichiamato contratto, a fronte delle riscontrate violazioni della "*vigente normativa in materia di prevenzione incendi e salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, D. Lgs. 09.04.2008 n. 81 e s.m.i.*".

Secondo il ricorrente, essendo le contestazioni dei Vigili del Fuoco dirette alla * S.r.l. trattandosi di prescrizioni collegate all'attività da essa svolta all'interno dei locali nei confronti del pubblico, essa stessa avrebbe dovuto sostenere i costi e le relative responsabilità per mettere a norma i locali gestiti, anche ai sensi dell'art. 5 del citato contratto di comodato che prevede che essa utilizzi gli spazi, le attrezzature e i servizi forniti nel rispetto della legge, della morale, dell'igiene e della sicurezza, manlevando la Agricola * da ogni responsabilità diretta o indiretta per danni o controversie di ogni genere che dovessero insorgere verso i partecipanti alle attività organizzate dall'utilizzatore o verso i terzi. Senonché, l'assunzione di tali opere e dei relativi costi e responsabilità in capo alla Agricola * integrerebbe una condotta grave di dispersione patrimoniale, cui il nuovo amministratore non avrebbe posto rimedio (nonostante le diffide trasmesse in tal senso dal ricorrente), non provvedendo ad avviare azioni tese a recuperare le somme di denaro impiegate per conto e nell'interesse esclusivo della * S.r.l.

C) l'impiego di dipendenti della società in mansioni estranee all'attività sociale: in particolare, il ricorrente lamenta che suo fratello, * e * seppur regolarmente assunti con mansioni di braccianti agricoli, non svolgono (o non hanno mai svolto) alcuna prestazione lavorativa in favore della Agricola * ciò che attesterebbe una dispersione del patrimonio sociale e una disorganizzazione societaria.

D) l'esistenza di movimenti finanziari tra società e soci sotto forma di "distribuzione di riserve" e l'utilizzo di risorse sociali per finalità estranee all'attività sociale.

In particolare, il ricorrente lamenta che la società sarebbe utilizzata come "*cassa continua al contrario nella quale, ovviamente, non vengono immesse risorse ma, per qualsiasi bisogno, prelevate*" da parte di soggetti terzi (parenti dei soci), mediante l'utilizzo di tre carte di credito appoggiate sui conti sociali per effettuare pagamenti relativi a utenze estranee all'attività sociale, spese voluttuarie, rimborsi di viaggi e cene, rate di mutuo e prelievi in denaro, articoli sanitari, generi alimentari, etc. Sostiene il ricorrente che i predetti atti di dispersione patrimoniale sono stati riconosciuti anche dall'attuale amministratore, che avrebbe sostenuto che con la sua nomina sarebbero cessati, senza tuttavia fornire prova dell'asserita cessazione di tali atti depauperativi e

senza neanche avviare azioni di recupero nei confronti dei soggetti che, negli anni, hanno beneficiato di somme della Agricola né tantomeno provvedere a rettifiche contabili. Quanto alla “prassi” della distribuzione di riserve ai soci, essa sarebbe avvenuta in assenza di deliberati assembleari e, almeno fino al 2022, in modo non proporzionale alle partecipazioni detenute dai soci. Infine, dai partitari contabili della società risultano numerosi versamenti effettuati in favore della Agrem S.r.l. (detenuta al 100% da * moglie di * e di quest’ultima personalmente per importi ingenti e causali “discutibili”, “risibili” o “imprecisate”).

E) l’esistenza di somme di denaro (almeno) contabilmente sparite: il ricorrente lamenta che ingenti somme di denaro (oltre euro 255.000,00) parrebbero essere uscite contabilmente senza, però, che esse siano fuoriuscite anche finanziariamente, ciò che attesterebbe l’inattendibilità della contabilità sociale.

F) l’assenza di un assetto organizzativo/amministrativo/contabile adeguato alle dimensioni e alle caratteristiche dell’azienda, che fa sì che la società sia tuttora gestita “a vista”, senza una seria programmazione, dopo essere stata gestita per anni come un “affare di famiglia” senza alcuna seria e rigida logica imprenditoriale, “utilizzata come un bancomat anche da soggetti estranei alla compagine sociale”.

Secondo il ricorrente, la situazione di totale disarticolazione organizzativa e contabile sarebbe dimostrata anche dal ritardo con cui l’assemblea societaria ha approvato, a febbraio 2023, il bilancio 2021, senza alcun cenno, neppure nella relazione al bilancio, ai plurimi crediti che si devono invece ritenere sussistenti nei confronti dei soggetti succitati per l’appropriazione di risorse aziendali senza titolo, nonché dal ritardo con cui è stato approvato ad ottobre 2023 il bilancio 2022 (di competenza dell’attuale amministratore).

Ordinata l’integrazione del contraddittorio nei confronti dell’amministratore non convenuto in giudizio e nominato un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. per la rappresentanza e assistenza in giudizio della società, che si era costituita in giudizio in persona dell’amministratore unico, si sono costituiti entrambi.

L’amministratore, * sostenendo l’inattualità delle condotte denunciate, che sarebbero state assunte dal precedente amministratore, e la sua operosità nell’essersi prontamente attivato per risolvere tutte le questioni sollevate pur nel breve arco di tempo trascorso dall’assunzione dell’incarico, ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o rigettato. In particolare, ha evidenziato:

- di aver dato incarico fin dal 20.7.2023 ad un tecnico di procedere alla valutazione del probabile canone locativo della struttura in cui la * esercita l’attività e di essere in procinto di stipulare un nuovo contratto di locazione ad un canone di € 15.000,00 mensili;

- che, riguardo ai “*dipendenti adibiti a mansioni estranee all’attività sociale*”, si tratta di fatti ormai non più in essere, considerato che * ha rassegnato in data 27.4.2023 le dimissioni come dipendente della Società e il contratto con * è cessato in data 8.7.2023;

- che, per quanto concerne le opere realizzate in ossequio alle prescrizioni dei Vigili del Fuoco, è evidente che, contrariamente all'avverso assunto, le stesse non possono che far carico alla Agricola * in quanto proprietaria della struttura, trattandosi di lavori connessi alle caratteristiche stesse dell'immobile ed essendo altrettanto palese l'aumento di valore che le dette opere arrecheranno all'immobile di proprietà della predetta;

- che, dalla data della propria nomina, erano cessati gli utilizzi delle carte di credito aziendali in possesso dei sigg.ri * e non risultava alcun addebito sui conti aziendali, né pagamenti di utenze non riferibili ad attività aziendali;

- che, prima di intraprendere eventuali azioni di recupero che potrebbero rivelarsi del tutto infondate egli avrebbe dovuto rivedere tutta la contabilità degli ultimi dieci anni e, soltanto all'esito dell'accertamento di eventuali crediti della Società, agire di conseguenza.

Il Curatore speciale, costituitosi nell'interesse della Società, ha dedotto che:

- sul contratto di comodato oneroso stipulato tra la Agricola * e la * *“a fronte di una operazione negoziale condotta e perfezionata dal precedente organo gestorio, il nuovo amministratore – verosimilmente anche a seguito delle contestazioni stragiudiziali mosse dal ricorrente – si è attivato per compiere una valutazione più approfondita dell'immobile; tuttavia ad oggi non è stato prodotto in atti l'esito della suddetta valutazione né sono state documentate trattative volte alla stipula di un nuovo contratto e/o eventuale adeguamento del canone locatizio”*;

- sui costi connessi alle prescrizioni/lavori/opere imposti dai Vigili del Fuoco, *“occorre vagliare attentamente la sussistenza dei presupposti ex art. 2409 c.c., anche se tali questioni non paiono formalmente e rigidamente legate all'oppugnabilità o meno delle deliberazioni, quanto all'incidenza delle suddette operazioni sul patrimonio sociale (non essendo ad oggi chiarito se tale adeguamento alle prescrizioni dei Vigili del Fuoco sia ancora in corso ovvero sia concluso e quali responsabilità sarebbero emerse o potrebbero emergere)”*;

- sull'impiego di dipendenti della società in mansioni estranee all'attività sociale, *“A parere dello scrivente, risulta documentato in atti che trattasi di circostanze non più attuali (...) Ad ogni modo, ci si rimette alla valutazione dell'Ill.mo Tribunale in ordine alla possibile ispezione amministrativa della società relativamente alle possibili azioni che il nuovo amministratore ha intrapreso/potrebbe intraprendere, qualora venissero appurate delle irregolarità (comunque relative al precedente organo gestorio) al fine di eventualmente recuperare al patrimonio della società eventuali somme di denaro non correttamente impiegate.”*;

- sull'esistenza di movimenti finanziari tra società e soci e l'utilizzo di risorse sociali per finalità estranee all'attività sociale e sull'esistenza di somme di denaro (almeno) contabilmente sparite, *“A parere dello scrivente, risulta documentato in atti che il nuovo amministratore si sia attivato rispetto al precedente organo gestorio, in quanto a decorrere dalla sua nomina risulterebbero sospesi i versamenti mensili dai conti societari di somme per premi assicurativi, così come gli utilizzi delle carte di credito*

*aziendali in possesso dei sigg.ri * trattandosi pertanto di circostanze che difetterebbero del requisito dell'attualità. Ad ogni modo, ci si rimette alla valutazione dell'Ill.mo Tribunale in ordine alla possibile ispezione amministrativa volta ad esaminare tutta la documentazione contabile e bancaria della società, ad appurare eventuali irregolarità (comunque relative al precedente organo gestorio ed al netto di scelte discrezionali da ritenere insindacabili in questa Sede) onde verificare l'effettiva portata di tali operazioni (anche relativamente alla lamentata "distribuzione di riserve" in favore di taluni soci in assenza di qualsivoglia deliberato assembleare nonché previa valutazione circa l'attendibilità della contabilità sociale) e se esse abbiano inciso negativamente sul patrimonio sociale, al fine di eventualmente recuperare somme di denaro non correttamente impiegate."*

Alla luce di quanto precede, il Curatore speciale ha rimesso al Tribunale la valutazione in ordine alla opportunità di disporre una ispezione al fine di verificare la sussistenza e l'attualità delle denunciate violazioni, concludendo per sollecitare all'esito, in caso di vaglio positivo, *"una possibile soluzione endosocietaria ex art. 2409 co. 3, c.c. ovvero adottare gli opportuni provvedimenti provvisori ovvero disporre la sostituzione dell'organo amministrativo con nomina di un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata in carica"*.

2. Tanto premesso, in punto di diritto si osserva che, ai sensi dell'art. 2409 c.c., il fondato sospetto di gravi irregolarità gestionali compiute dagli amministratori è il requisito necessario affinché il Tribunale intervenga nell'attività delle società di capitali.

Il procedimento è volto a realizzare il riassetto amministrativo, economico e contabile della società e, dunque, la ripresa della normale e corretta gestione sociale, nell'interesse dell'economia, della fede pubblica, dell'ordine economico, della collettività in genere e del regolare funzionamento delle società commerciali.

L'accertamento circa la sussistenza della gravità delle irregolarità è rimessa al prudente apprezzamento del Tribunale che in sede di volontaria giurisdizione, ove falliscano i rimedi endosocietari di cui al comma 3 della citata disposizione - sostituzione da parte dell'assemblea degli amministratori e sindaci con soggetti di adeguata professionalità, i quali si attivino senza indugio per accertare l'esistenza di violazioni per eliminarle - deve emettere tutti i provvedimenti precauzionali necessari per tutelare il patrimonio sociale, e ciò indipendentemente dai fatti espressamente denunciati che non vincolano il controllo del giudice, il quale può validamente estendere le sue indagini a qualsiasi irregolarità emersa successivamente alla denuncia medesima.

L'indizio di irregolarità deve essere serio, preciso e grave in quanto non è ammissibile un procedimento fondato su generici sospetti o su indimostrati rilievi critici di eventuali irregolarità, dovendo queste essere basate su specifici ed obiettivi riscontri da cui si possa desumere l'elevata probabilità che siano stati commessi atti irregolari.

L'adozione dei provvedimenti ex art. 2409 c.c. non può essere giustificata unicamente sulla base di valutazioni concernenti l'andamento economico dell'impresa

sociale, poiché le gravi irregolarità non attengono a valutazioni di merito o di opportunità.

Gravi irregolarità gestionali, in violazione dei doveri, sono costituite da tutti quei comportamenti degli amministratori che nel caso specifico concretizzano un adempimento degli obblighi di legge e di statuto effettuato in modo inesatto ed inadeguato, ovvero da una grave inosservanza con un comportamento attivo o anche omissivo di uno o più doveri che gli amministratori avrebbero dovuto ottemperare, tale da arrecare (o anche solo poter arrecare) grave pregiudizio alla società, e sempre che l'impossibilità della condotta esatta e adeguata non sia determinata da un'impossibilità non imputabile, ex art.1218 c.c., agli organi societari.

È opinione pacifica che le gravi irregolarità possano integrare la violazione di obblighi e doveri a contenuto specifico previsti da norme civili, penali, tributarie e amministrative, ovvero riguardare anche violazioni di generici obblighi di gestione diligente, nell'interesse della società e senza conflitto di interessi.

Inoltre, le gravi irregolarità rilevanti ai fini del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c. debbono essere attuali ed ancora in grado di produrre i loro effetti pregiudizievoli per la società.

Ritiene il Tribunale che il ricorrente, nei limiti seguenti, ha assolto l'onere di segnalare indizi idonei a manifestare il sospetto dell'esistenza di irregolarità e che per accertare gli elementi di fatto posti a base della denuncia sia necessario far ricorso allo strumento dell'ispezione previsto dall'art. 2409 c.c., non potendo il Tribunale, allo stato e sulla base delle sole difese della società, escludere il fondamento totale o parziale delle censure avanzate dal ricorrente e la loro idoneità attuale a recare danno alla società.

3. Va senz'altro considerato che la nomina dell'attuale amministratore in sostituzione del dimissionario * ha avuto decorrenza dal 20.02.2023, elemento sicuramente significativo in quanto numerose doglianze agitate dal ricorrente involgono il precedente organo gestorio, nonché da valutare in relazione al tempo trascorso fino alla data di introduzione del presente giudizio (05.07.2023).

Che sotto la "vecchia gestione" siano state compiute, avallate o autorizzate irregolarità anche gravi è fatto per certi versi incontrovertibile, dal momento che lo stesso nuovo amministratore ha riconosciuto alcune di esse e le ha fatte cessare, mentre per altre si è attivato per superarle.

In pendenza del giudizio, è intervenuta l'approvazione del bilancio al 31.12.2022 (senza la partecipazione del ricorrente), che costituisce un ulteriore elemento rilevante ai fini della decisione sul ricorso.

Ritiene il Tribunale che, dall'esame della documentazione in atti, non appaiono suscettibili di ulteriore approfondimento le seguenti questioni:

- quella relativa all'accollo dei costi per l'adeguamento dell'immobile concesso in comodato alla * alle prescrizioni imposte dai Vigili del Fuoco: ad avviso del Tribunale, è una scelta di merito quella compiuta dal precedente organo gestorio di sostenere detti costi (apparendo, pertanto, incensurabile la deroga all'art. 5 del contratto); tanto più lo

è quella del neoamministratore di non ripetere le suddette somme dalla * anche perché basata su valutazioni che non appaiono del tutto irragionevoli;

- la questione relativa all'impiego di dipendenti in mansioni estranee all'attività sociale: la contestazione non possiede il requisito dell'attualità, posto che è stato documentato che i due rapporti di lavoro in discussione non sono più in essere, né pare che la condotta possa essere apprezzata sotto il diverso profilo dell'inerzia nel recupero degli emolumenti inutilmente corrisposti perché, in un caso (*) si sarebbe trattato di lavoratore adibito a mansioni diverse (che semmai espone il datore di lavoro a sanzioni ove risulti che le mansioni effettivamente svolte non fossero riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento); nell'altro caso (*) è contestato che si sia trattato di assunzione fittizia e la circostanza non può essere oggetto di accertamento in questa sede.

Per quanto riguarda invece la vicenda legata al contratto di "comodato oneroso" concluso con la * si osserva che allo stato la condotta imputata all'attuale amministratore di non aver cessato quel rapporto di concessione in uso di beni sociali a prezzo vile non appare connotata dalla necessaria gravità, tenuto conto dell'operato dello stesso amministratore, che si è fatto carico della problematica, sia pure non con la massima solerzia, ma in un arco temporale dal suo insediamento (cinque mesi fino alla richiesta di stima dell'equo canone di locazione ad un tecnico) comunque ritenuto congruo (tenuto conto della necessità di acquisire informazioni su tutto l'apparato gestionale della società, di gestire l'ordinaria amministrazione e di porre in essere le opportune attività di riorganizzazione complessiva) e da quel momento sta continuando a gestire la vicenda sollecitando (comprensibilmente, vista la pendenza del presente giudizio) anche il massimo (seppur non necessario) coinvolgimento dell'assemblea societaria.

Tuttavia, la vicenda merita di essere ancora attenzionata per verificare se l'impegno finora profuso dall'amministratore si traduca in concreti atti di gestione, fermo restando che il sindacato del Tribunale non può spingersi fino ad un esame del contenuto delle singole clausole del contratto di locazione che l'amministratore si propone di sottoporre alla firma della controparte negoziale.

Per il resto, reputa il Tribunale che le restanti condotte denunciate dal ricorrente, seppur almeno in parte cessate (vedi restituzione delle carte aziendali), siano ciononostante ancora gravi e attuali, perché in realtà esse appaiono la conseguenza dell'assenza di un adeguato assetto organizzativo, contabile ed amministrativo, compatibile con le dimensioni e le caratteristiche proprie dell'impresa e finalizzato alla rilevazione tempestiva di eventuali sintomi di squilibrio economico-finanziario e della salvaguardia della continuità aziendale.

In particolare, sotto il profilo contabile, le condotte denunciate (le maggior parte delle quali sono pacificamente vere) rivelano come la società non possieda un efficace sistema di gestione dei crediti commerciali.

Invero, proprio dall'esame del bilancio 2022 emergono delle anomalie che non possono essere trascurate nel contesto delle valutazioni da compiere ai sensi dell'art. 2409 c.c.

In particolare, non pare si sia proceduto a nessuna operazione di rettifica contabile alla luce dei costi pacificamente sostenuti per finalità extrasociali da taluni soggetti che hanno gestito o che erano e sono vicini a chi ha gestito la Società prima dell'ultimo avvicendamento, senza la benché minima rappresentazione della non necessità di procedere a storni in nota integrativa; appare singolare, inoltre, a fronte di quanto emerso in giudizio (quantomeno in relazione ai rapporti con la * che la nota integrativa al bilancio riporta che *“la società non ha posto in essere operazioni con parti correlate”*.

Già tali elementi inducono il sospetto che non sia adottata una adeguata analisi di bilancio, necessaria per verificare la situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società.

Ritiene il Tribunale che l'assenza di un adeguato assetto organizzativo, contabile e amministrativo rappresenti una grave irregolarità, anche - anzi, soprattutto - in una impresa in situazione di equilibrio economico finanziario: *“Gli adeguati assetti, infatti, sono funzionali proprio ad evitare che la impresa scivoli inconsapevolmente verso una situazione di crisi o di perdita della continuità, consentendo all'organo amministrativo di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi, consentendogli in tal modo di assumere le iniziative opportune”* (Trib. Cagliari, SSI, decr. 2 marzo 2022).

In altri termini, la violazione della obbligazione di predisporre adeguati assetti è più grave quando la società non si trova in crisi, come (apparentemente) nel caso della Società Agricola * anche perché, del resto, proprio in tale fase essa ha le risorse anche economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili, amministrative.

Sotto questo profilo, peraltro, non si può mancare di osservare come la situazione fotografata dal bilancio 2022 non appaia così rosea, posto che il fatturato è passato da euro 2.139.166 nel 2021 a euro 1.268.651 nel 2022 e l'esercizio si è chiuso con un utile di € 14.524,00, ma in virtù della scelta di avvalersi della facoltà *“di sospendere le quote di ammortamento relative all'esercizio 2022 prevista dall'articolo 60, commi dal 7-bis al 7-quinquies del Decreto Legge 104/2020 (convertito dalla Legge 126/2020)”* che, secondo quanto riportato in nota integrativa, ha comportato minori oneri per euro 139.333,00.

In conclusione, ritiene il Tribunale che la domanda del ricorrente sia fondata limitatamente agli aspetti appena evidenziati, trattandosi di condotte che, in astratto, costituiscono fatti di mala gestio compiuti dall'organo amministrativo, di cui devono essere accertati in concreto i presupposti.

Allo stato, pertanto, è necessario procedere alla nomina di un professionista che proceda senza indugio alla ispezione della amministrazione della società con i seguenti compiti:

- verifica dell'esistenza di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ex art. 2086 c.c., valutando a tal fine ed a titolo meramente esemplificativo:

- *l'esistenza di un organigramma aggiornato;*
- *l'esistenza di un mansionario;*

- *l'esistenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi aziendali;*
- *l'adozione di un budget e di strumenti di natura previsionale;*
- *la presenza di strumenti di reporting e la redazione di un piano industriale;*
- *la predisposizione di una contabilità generale che consenta di rispettare i termini per la formazione del progetto di bilancio e di compiere una adeguata analisi di bilancio;*
- *la previsione di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare.*

- verifica degli atti posti in essere dall'amministratore per il superamento del contratto di comodato oneroso con la * S.r.l.;

- verifica dell'esistenza di irregolarità contabili o amministrative indicando, in caso positivo, gli interventi correttivi necessari.

L'organo ispettivo nel procedere agli accertamenti potrà acquisire dalla società qualsiasi elemento utile ed accedere a qualsiasi dato o atto in possesso di soggetti pubblici o privati, per cui è sin d'ora autorizzato.

Le spese dell'ispezione dovranno essere poste a carico della società ai sensi dell'art. 2409 c.c., nella misura che sarà liquidata dal Tribunale all'esito del deposito della relazione dell'organo ispettivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, Sezione Specializzata in materia di Impresa, sul ricorso di cui in epigrafe, visti gli artt. 2409 c.c. e 737 ss. c.p.c., così provvede:

- riservata all'esito della ispezione ogni ulteriore determinazione, dispone procedersi ad ispezione dell'amministrazione della Società Agricola * S.r.l., nominando all'uopo il dott. * per l'espletamento dell'incarico ed il deposito della relazione;

- assegna termine alle parti per formulare proprie osservazioni alla predetta relazione fino al 25.07.2024;

- ordina la comparizione delle parti, dinanzi al Tribunale in camera di consiglio, per l'udienza del 25 settembre 2024 ore 11.30, per l'adozione degli opportuni provvedimenti conseguenti.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza e le comunicazioni di rito.

Così deciso in Catanzaro, nella camera di consiglio del 31 gennaio 2024

Il Giudice relatore
dott.ssa Carmen Ranieli

Il Presidente
dott.ssa Maria Concetta Belcastro

Calcolo del danno in base al deficit, interruzione della prescrizione e sottrazione di beni

Tribunale di Torino, 29 marzo 2024. Est. Astuni.

Azione di responsabilità – Prescrizione – Criterio del deficit – Distrazioni di beni – Accertamento incidentale della rilevanza penale della condotta

I termini di prescrizione dell'azione di responsabilità si interrompono anche a fronte della ricezione di una diffida stragiudiziale e l'effetto interruttivo si estende anche agli altri coobbligati in solido ai sensi dell'art. 1310 c.c.

La totale mancanza di contabilità sociale (o la sua tenuta in modo sommario e non intelligibile) giustifica l'applicazione del criterio del deficit, come previsto dall'art. 2486 comma 3 c.c.

Provata la disponibilità di determinati beni da parte dell'imprenditore in epoca anteriore e prossima al fallimento ed accertata la loro ingiustificata mancanza, può presumersi che il fallito li abbia distratti, specie se, non tenendo una regolare registrazione contabile, abbia reso impossibile la ricostruzione del movimento degli affari.

Il giudice civile può accertare in via incidentale la rilevanza penale della condotta ai fini della registrazione a debito della sentenza ex art. 59, comma 1, lett. d), D.P.R. 131/1986.

* * *

1. La società * è stata costituita nel 2003, con oggetto sociale "costruzione, manutenzione e riparazione di impianti distributori carburanti, impianti elettrici, impianti di riscaldamento, impianti idrosanitari, impianti per l'utilizzazione di gas, impianti di protezione antincendio nonché le costruzioni edili in genere" e ha esercitato la propria attività caratteristica sino alla dichiarazione di fallimento, intervenuta in data 7 aprile 2017 su istanza di alcuni ex dipendenti.

Come si legge nella visura camerale e nel prospetto di pag. 8 della citazione amministratori di diritto della Società e non è smentito da contrarie risultanze istruttorie, nel periodo in cui s'è manifestato il dissesto, sono stati: - dall'11.6.2012 al 22.3.2016 i convenuti * , entrambi amministratori con deleghe, il primo anche presidente del c.d.a.: - dal 22.3.2016 al 10.1.2017 il convenuto * come A. U.; dal 10.1.2017 al 7.4.2017, data del fallimento, il convenuto * .

La compagine sociale, prima allargata a terzi estranei al presente giudizio, s'è gradualmente ristretta ai soli * titolari esclusivi dell'intero capitale sociale per intervenute cessioni di quote, l'ultima delle quali per scrittura privata autenticata Notaio * giugno 2012, (rep. 68086 racc. 19253).

Ad aprile 2016, per atto rogito Notaio * hanno ceduto il 95% del capitale sociale a * e il 5% a * , società di cui * è socio (come da visura camerale doc. 19 att.).

2. È tesi dell'attore che * e * anche dopo il 22.3.2016 e * anche dopo il 10.1.2017 abbiano avuto la veste di amministratori di fatto fino all'apertura del fallimento.

Gli elementi da cui il Fallimento ricava la qualifica di amministratori di fatto sono i seguenti: (1) conservazione del potere di firma e operatività sui c/c sociali, accessi presso * (doc. 8 att.) e * (doc. 9 att.), ancora utilizzati, come delegati del neo-amministratore * ; (2) conservazione della disponibilità delle auto di proprietà della società, comprovata dalla trasmissione al Curatore (doc. 10 att.) delle contravvenzioni per violazione del codice della strada elevate alla Società, da parte del Comune di * , dove * e * gestivano l'impresa di società di cui * erano soci e amministratori (cfr. verbale di assemblea 6.2.2017, doc. 11 att.); (3) a febbraio 2017, solo due mesi prima del fallimento, * ha sottoscritto un singolare aumento di capitale della * di nominali 22.000 euro, con un sovrapprezzo di euro 337.426,00, che ha liberato "mediante compensazione con il controcredito di uguale importo, omogeneo, liquido ed esigibile, dalla stessa vantato nei confronti della società conferitaria a titolo di finanziamenti", liberando la società * dal debito di contro all'acquisto di una partecipazione di valore irrisorio (€ 3.000,00 secondo la perizia fatta redigere dal Fallimento - doc. 15 att.); (4) infine, * ha conservato, anche dopo la cessione, la qualità di "responsabile tecnico" di * .

* contestano di aver conservato l'amministrazione della Società, deducono di aver convenuto con * e altro un affiancamento di dodici mesi, tuttavia interrotto per scelta di * nel mese di maggio 2016, ma non sono in grado di smentire il rilascio delle deleghe a operare sui c/c, mai revocate, la conservazione della disponibilità delle auto aziendali (le contravvenzioni di cui al doc. 10 si riferiscono ai mesi di giugno e luglio 2016) e il loro personale coinvolgimento in un'operazione importante come la sottoscrizione da parte di * dell'aumento di capitale in * con finalità palesemente distrattiva, rivoltasi a loro esclusivo vantaggio.

3. Il Fallimento deduce che l'avvicendamento di * a far data dal gennaio 2017, deve ritenersi solo apparente e che, pertanto, avrebbero conservato l'amministrazione di fatto * a lo stesso * . La circostanza è confermata dal fatto che * non ha mai depositato uno specimen di firma per operare sui c/c, sui quali continuavano a operare i soli * e, come delegati, * e che lo stesso * ha ammesso di essere divenuto "amministratore delegato da gennaio 2017 prima mi occupavo di ristorazione. Sono amico del sig. * che mi ha offerto questo ruolo" (doc. 26 att.) e ha dimostrato sostanziale ignoranza del funzionamento della Società. La ricostruzione offerta dal Fallimento, logica e convincente, non è smentita da contrarie risultanze istruttorie, stante il fatto che sia * sono rimasti contumaci.

4. I convenuti * e * hanno eccepito la prescrizione dell'azione, ma l'eccezione è infondata perché il Fallimento ha interrotto efficacemente la prescrizione nei confronti di * con racc. (doc. 51 att.) ricevuta il 16.7.2020, pertanto non oltre cinque anni dopo la manifestazione dello stato d'insolvenza (aprile 2017) o la cessazione dalla carica (marzo 2016). Per la solidarietà nell'obbligazione, l'effetto interruttivo si comunica ex art. 1310 comma 1 c.c. anche al corresponsabile * (in disparte la notifica per compiuta giacenza al suo indirizzo);

5. Il Fallimento attribuisce a * e * Prima Condotta di prosecuzione dell'attività in presenza di una causa riconoscibile di scioglimento della società, senza convocare i soci per lo scioglimento o la ricapitalizzazione, in violazione dell'art. 2486 c.c. e la commissione, che il giudice civile può verificare incidentalmente, della bancarotta semplice ex artt. 217 e 224 n. 2) l.f., per avere gli amministratori (di fatto o di diritto) aggravato il dissesto con inosservanza degli obblighi previsti dalla legge.

Il Fallimento ha argomentato in modo adeguato la non affidabilità dei dati di bilancio, per l'esistenza di importanti debiti tributari, risalenti al solo 2011 e di ammontare (oltre 415.000 euro, doc. 27 att., pag. 10 del file) superiore al totale dell'esposizione debitoria nei confronti dell'Erario iscritta a bilancio. Ad esempio, nel bilancio c.d. di verifica dell'anno 2013 (doc. 5 att., pag. 5-6 del file) i debiti nei confronti dell'Agenzia delle Entrate per IVA, IRAP, ritenute ecc. risultano pari a soli € 74.590, con conseguenti maggiori debiti erariali non rappresentati a bilancio per € 341.076. Questo rilievo non è stato efficacemente contrastato dai convenuti ed è per sé sufficiente ad affermare la perdita integrale del capitale sociale alla data del 31.12.2013, considerando che la Società aveva all'epoca un patrimonio netto di soli € 95.939 (doc. 5, pag. 4), e la riconoscibilità dell'avveramento della causa di scioglimento a partire dall'esercizio chiuso al 31.11.2014 (se non prima).

Pertanto, in osservanza degli obblighi ex art. 2486 c.c., gli amministratori in carica * avrebbero dovuto provvedere alla convocazione dell'assemblea dei soci per la ricapitalizzazione e in difetto messa in liquidazione della società, a iscrivere nel R.I. la causa di scioglimento della società, per perdita del capitale sociale, e ad attenersi a una gestione conservativa dell'integrità patrimoniale, mentre è evidente che tali provvedimenti non sono stati adottati, né peraltro i convenuti sostengono di aver provveduto, visto che anzi rivendicano (comparsa di risposta pag. 3) di aver mantenuto "l'ottica imprenditoriale e di prosecuzione dell'attività" fino alla cessione delle partecipazioni a terzi (nel 2016). L'attività è evidentemente proseguita, senza carattere conservativo, sostanzialmente fino alla fine, visto che la Società ha sottoscritto un aumento di capitale in * due mesi prima del fallimento (sopra § 2), rinunciando ai finanziamenti erogati nel tempo.

Il Fallimento non ha ricevuto la contabilità societaria, come risulta dal verbale di interpellato di * ultimo amministratore di diritto (doc. 26 att.). La deduzione del Fallimento, oltre a essere confermata dal documento, non è stata efficacemente contrastata dai convenuti, i quali sostengono bensì di aver consegnato la contabilità al nuovo * ma non sono in grado di documentare la consegna né di offrire alla Curatela una copia di quel che hanno consegnato. Sono palesemente insufficienti e non servono a ricostruire la situazione patrimoniale e l'andamento economico della Società la "prima

nota banca", per gli anni 2014-2016 (sub doc. 6 conv.) e gli estratti conto degli anni 2014-2016 (doc. 47 a 50 att.) che documentano soltanto entrate e uscite di c/c, ma non crediti, rimanenze ecc. e debiti, né ricavi e costi.

Ai fini della liquidazione del danno da prosecuzione dell'attività, nonostante la causa di scioglimento, secondo la stabile e condivisa giur. di legittimità "la totale mancanza di contabilità sociale (o la sua tenuta in modo sommario e non intelligibile) è, di per sé, giustificativa della condanna dell'amministratore al risarcimento del danno, in sede di azione di responsabilità promossa dalla società a norma dell'art. 2392 c.c., vertendosi in tema di violazione da parte dell'amministratore medesimo di specifici obblighi di legge, idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale; al di fuori di tale ipotesi, che giustifica l'inversione dell'onere della prova, resta a carico del curatore l'onere di provare il rapporto di causalità tra la condotta illecita degli amministratori ed il pregiudizio per il patrimonio sociale" (Cass. 29.10.2019, n. 27610; Cass. 4.4.2011, n. 7606; Cass. 11.3.2011, n. 5876).

Ai fini della condanna, il danno deve liquidarsi anche equitativamente in misura pari al deficit fallimentare, pari alla differenza tra passivo accertato e attivo realizzato. Cfr. Cass. 5.1.2022 n. 198: "ove la mancanza (o irregolare tenuta) delle scritture contabili renda difficile per il curatore una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia di volta in volta riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita, lo stesso curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art 1226 cod. civ. e chiedere al giudice di provvedere ad una liquidazione del danno in via equitativa" (conforme da ultimo Cass. 6.2.2023 n. 3500).

Il criterio giurisprudenziale è stato recepito e dotato di forza legislativa dall'art. 378 d.lgs. 14/2019, che ha introdotto all'art. 2486 c.c. (comma 3) una presunzione relativa di danno risarcibile "pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione" e una semplificazione per le procedure concorsuali, "se [...] mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati", che consente la liquidazione del danno in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura. Il criterio opera obiettivamente nei confronti degli amministratori responsabili dell'aggravio del dissesto per la prosecuzione dell'attività in pendenza della causa di scioglimento, pertanto è applicabile agli odierni convenuti.

Il Fallimento ha ricostruito il deficit fallimentare per il tramite delle insinuazioni al passivo e dello stato passivo dichiarato esecutivo (doc 22 a 25 att.) ed esposto i dati di sintesi alle pagine 20-22, nel testo e in nota. In particolare, di complessivi debiti insinuati al passivo per € 2.369.528,02 (relazione art. 33 ult. comma doc, 63, pag. 2), a fronte di un attivo realizzato di circa 58 mila euro (ibidem).

Le passività sorte a partire dal gennaio 2015 (allorquando la condizione d'insolvenza, di perdita del capitale e/o della continuità aziendale della * poteva dirsi manifesta agli occhi degli amministratori) sino alla data di dichiarazione di fallimento ammontano a € 1.770.988,45, mentre quelle sorte a partire dalla nomina di * (marzo 2016) ammontano alla minor somma di € 1.065.316,82.

Oltre al capitale compete la rivalutazione monetaria, secondo le variazioni dell'indice ISTAT per le famiglie di impiegati e operai, dalla data della dichiarazione di fallimento (7.4.2017) fino alla presente sentenza e interessi al tasso legale ex art. 1284 comma 1 c.c. sul capitale originario e su quello rivalutato anno per anno a compenso della temporanea indisponibilità del capitale.

Dallo sviluppo del conteggio risulta che l'obbligo risarcitorio di * è incrementato di € 315,235,94 per rivalutazione e € 160.157,53 per interessi. Sul capitale rivalutato di € 2.086,224,39 decorrono ulteriori interessi legali dalla sentenza fino al saldo.

L'obbligo risarcitorio di * è incrementato di € 189.626,39 per rivalutazione e € 96.340,82 per interessi. Sul capitale rivalutato di € 1,254,943,21 decorrono ulteriori interessi legali dalla sentenza fino al saldo.

La domanda relativa alla Prima condotta può essere dunque accolta per il nuovo passivo rispettivamente riferibile a ciascuna gestione, solidarietà tra * e di entrambi con * fino a concorrenza della minor somma di cui quest'ultimo deve rispondere nei confronti della Procedura.

L'accoglimento di questa domanda assorbe, per valore e *causa petendi*, gli altri addebiti nei confronti di * come rilevato nell'ordinanza istruttoria del 3.4.2023: "il danno risarcibile, per la Prima Condotta, deve essere determinato ai sensi dell'art. 2486 comma 3 c.c. in ragione del deficit fallimentare e che i convenuti non hanno specificamente contestato la ricostruzione del deficit operata dal Fallimento (citazione pag. 20-22 nel testo e in nota), con assorbimento delle altre condotte attribuite ai convenuti * e delle deduzioni istruttorie dei convenuti in punto C.T.U. e prove orali", a cui il Fallimento ha espressamente aderito in conclusionale (pag. 31), chiedendo di prendere in considerazione esclusivamente le responsabilità degli altri convenuti *, i quali rispondono per le condotte dalla Quarta alla Settima delle conclusioni in epigrafe.

6. La Quarta condotta riguarda le distrazioni operate da * tra il 2014 e il 2016, mediante rimesse dai conti correnti della Società alla * di cui essi erano all'epoca (tra il 2011 e il 2019: vedi visura camerale doc. 3 att., pag. 9-10 del file) rispettivamente presidente e consigliere d'amministrazione, oltre che soci, per complessivi € 164.900,00 come da prospetto riepilogativo di pag. 23 della conclusionale.

I convenuti * si sono difesi, deducendo in comparsa di risposta che tali versamenti trarrebbero origine e, di conseguenza, sarebbero giustificati "dalle scelte aziendali poste in essere nell'anno 2014, con l'acquisto quota della * (cfr. Allegato 6 prima nota * ed acquisto quota *) nonché dal pagamento delle fatture della * da parte della * (cfr. allegato 7 fatture *).

La difesa è infondata. In punto di fatto, i movimenti di denaro recano causali differenti ("pagamento fattura", "trasferimento fondi", "prestito per acquisto attività")

o nessuna indicazione specifica. Le fatture emesse (doc. 6-7) sono scopertamente generiche o indicano una causale improbabile ("prestazioni contabili, registrazione prima nota, cassa/banca, consulenze") e non sono in alcun modo assistite da data certa opponibile alla massa dei creditori, né giustificate nella spesa, al di là dell'aspetto formale della documentazione, in ragione della genericità del contenuto e della eterogeneità dei settori di attività (costruzione, manutenzione e riparazione di impianti distributori carburanti, impianti elettrici ecc.; attività alberghiera).

Eguale a dirsi per i trasferimenti di denaro che i convenuti pretendono di ricondurre all'acquisto di una quota in * che non sono assistiti da alcuna preventiva analisi, di competenza degli amministratori e necessaria affinché essi possano invocare la *business judgement rule*, circa l'interesse di * ad assumere una partecipazione in * anche in considerazione dell'eterogeneità dei rispettivi oggetti sociali, della conseguente estraneità dell'acquisto all'oggetto sociale di * e non ultimo della pendenza di una causa di scioglimento per perdita integrale del capitale sociale, seppure taciuta.

Soltanto nel 2017, poco prima del fallimento, * ha sottoscritto una partecipazione di nominali € 22.000,00 al capitale di * corrispondendo contestualmente all'adesione all'aumento di capitale un sovrapprezzo spropositato e inverosimile di € 337.426,00, che è servito a chiudere contabilmente i versamenti (qualificati "finanziamenti") precedentemente fatti in assenza di un'apparente pezza di appoggio contrattuale ed evitare la ripetizione delle somme da parte dei creditori e del curatore, consolidando lo *status quo* e la distrazione già consumata.

Che infatti il sovrapprezzo sia del tutto ingiustificato dai valori patrimoniali e prospettive reddituali in gioco risulta bene dalla perizia commissionata dal Fallimento a tale dott. * doc. 15 att.), ove si legge che "la Società * mostra un basso livello di patrimonializzazione e una totale assenza di quali fabbricati e terreni, che rendono non opportuno l'utilizzo di metodi di valutazione di tipo patrimoniale", "la Società non presenta un Know-how spendibile e che possa assicurare maggiori ricavi rispetto ad altre imprese che operano nello stesso settore e con caratteristiche simili", "i sistematici risultati fortemente negativi conseguiti e gli indici di bilancio e le prospettive future rendono impossibile l'utilizzo di metodi di valutazione economici e finanziari" e che pertanto il valore stimato in € 3.000,00. Perizia che i convenuti, benché addentro agli affari di * non hanno smentito.

Nel 2014 la causa di scioglimento era già verificata e doveva ritenersi nota a * amministratori al contempo della Società e di * , pertanto l'incasso di tali somme sui conti della beneficiaria ha implicato un volontario concorso di * nella bancarotta per distrazione, con conseguente obbligo ex art. 2043 c.c., 216 n. 1 e 223 l.f. * di risarcire al Fallimento * danno arrecato.

Oltre al capitale compete la rivalutazione monetaria, secondo le variazioni dell'indice ISTAT per le famiglie di impiegati e operai, dalla data della dichiarazione di fallimento (7.4.2017) fino alla presente sentenza e interessi al tasso legale ex art. 1284 comma 1 c.c. sul capitale originario e su quello rivalutato anno per anno a compenso della temporanea indisponibilità del capitale.

Dallo sviluppo del conteggio risulta che l'obbligo risarcitorio di * è incrementato di € 29.352,20 per capitale e € 14.912,55 per interessi. Sul capitale rivalutato di € 194.252,20 decorrono ulteriori interessi legali dalla sentenza fino al saldo.

7. Il convenuto * è interessato alla Quinta e Sesta condotta. Il Fallimento in sintesi deduce e prova che * è intestataria al * (doc. 28 att.) di numerosi veicoli, meglio descritti a pag. 33 della citazione, che tuttavia il Curatore non ha rinvenuto e non è stato in grado di inventariare (Quinta condotta).

Gli stessi veicoli sono stati oggetto di procedura esecutiva mobiliare iniziata da * creditore di *, e conclusasi con ordinanza di assegnazione in pagamento del credito a valore di stima di € 32.500,00 (doc. 29 att.), rimasta tuttavia non eseguita per l'irreperibilità dei mezzi.

Considerazione analoga vale (Sesta condotta) con riguardo alla distrazione dei due autoveicoli concessi in leasing da * ammessa al passivo per € 48.184,57 per il caso di mancata acquisizione del bene in natura (vedi insinuazione doc. 17 att.). Complessivamente si tratta dunque di € 80.684,57.

Assorbita dal danno liquidato in relazione alla Prima condotta la responsabilità di *, è interessato al capo in esame il solo * ultimo amministratore, che interrogato dal curatore ha dimostrato di essere al corrente (doc. 26 att., punto 8, pag. 3) dell'esistenza degli automezzi, senza peraltro agire o dare al curatore indicazioni utili per il recupero, pertanto agevolando la distrazione degli automezzi.

Come osserva la difesa del Fallimento, "provata la disponibilità di determinate merci da parte dell'imprenditore in epoca anteriore e prossima al fallimento ed accertata la loro ingiustificata mancanza, deve presumersi che il fallito le abbia dolosamente distratte, specie se, non tenendo una regolare registrazione contabile, abbia reso impossibile la ricostruzione del movimento dei suoi affari" (Cass. 10.8.2016 n. 16952).

Oltre al capitale di € 80.684,57 competono rivalutazione e interessi, liquidati la prima in € 14.361,85 e gli altri in € 7.296,64, Sul capitale rivalutato di € 95.046,42 decorrono ulteriori interessi legali dalla sentenza fino al saldo,

8. Il medesimo addebito della Quarta condotta può essere mosso (Settima condotta) a * per i trasferimenti di denaro dai conti correnti della Società verso la società * di cui è socio ed era, all'epoca, amministratore unico (visura camerale, doc. 19 pag. 8 di 10 del file). I trasferimenti in questione risultano dal prospetto di pag. 39 della conclusionale attorea e sono provati dai documenti richiamati.

Anche questi pagamenti si risolvono in atti di distrazione patrimoniale eseguiti in favore di una società riconducibile all'amministratore e in assenza di giustificativi documentali e di giustificazione sostanziale.

Poiché nel 2016 la causa di scioglimento era già verificata e doveva ritenersi nota a amministratori di ambedue le società, l'incasso di tali somme sui conti della beneficiaria ha implicato un volontario concorso di * nella bancarotta per distrazione, con conseguente obbligo ex art. 2043 c.c., 216 n. 1 e 223 l.f. di * di risarcire al Fallimento * il danno arrecato,

Oltre al capitale di € 46.852,50 competono rivalutazione e interessi, liquidati la prima in € 8.339,75 e gli altri in € 4.237,07, Sul capitale rivalutato di € 55.192,25 decorrono ulteriori interessi legali dalla sentenza fino al saldo.

9. Come rileva il Fallimento, ciascuna delle condotte contestate e fonte dell'obbligo di risarcimento del danno accertato in sentenza implica la commissione di un reato, o di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (Prima condotta, § 5) o di bancarotta fraudolenta per distrazione (condotte dalla Quarta alla Settima, § 6 a 8).

È indiscusso il potere del giudice civile di accertare *incidenter tantum* l'esistenza di un reato. Nella specie, la qualificazione è rilevante agli effetti della registrazione della sentenza, visto che ai sensi dell'art. 59 D.P.R. 131/1986 "si registrano a debito, cioè senza contemporaneo pagamento delle imposte dovute: [...] d) le sentenze e gli altri atti degli organi giurisdizionali che condannano al risarcimento del danno prodotto da fatti costituenti reato" e l'art. 60 richiede che in sentenza sia "indicata la parte obbligata al risarcimento del danno, nei cui confronti deve essere recuperata l'imposta prenotata a debito".

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate a carico dei convenuti in solido tra loro.

Ai fini della liquidazione in dispositivo, d'ufficio in mancanza di nota, si riducono gli onorari per la fase di trattazione/istruzione perché non è stata svolta attività istruttoria.

PQM

Il Tribunale di Torino, sez. specializzata per l'impresa, respinta ogni contraria domanda istanza eccezione:

dichiara tenuti e condanna * e * a risarcire al Fallimento * il capitale di € 1.770.988,45, oltre interessi e rivalutazione, liquidati come in motivazione, in solido tra loro e con * fino a concorrenza della minor somma rispettivamente dovuta al Fallimento;

dichiara tenuto e condanna * a risarcire al * il capitale di € 1.065.316,82 oltre interessi e rivalutazione, liquidati come in motivazione, in solido con * e * , fino a concorrenza della minor somma rispettivamente dovuta al Fallimento;

dichiara tenuta e condanna * a risarcire al * il capitale di € 164.900,00 oltre interessi e rivalutazione, liquidati come in motivazione, in solido con * e * fino a concorrenza di tale somma;

dichiara tenuto e condanna * a risarcire al Fallimento * il capitale di € 80.684,57 oltre interessi e rivalutazione, liquidati come in motivazione, in solido con * e * fino a concorrenza di tale somma;

dichiara tenuta e condanna * a risarcire al Fallimento * il capitale di € 46.852,50 oltre interessi e rivalutazione, liquidati come in motivazione, in solido con * fino a concorrenza di tale somma;

condanna i convenuti in solido tra loro a risarcire al Fallimento * le spese di lite che liquida in * per esborsi, * per onorari, oltre rimborso spese generali, CPA come per legge e Iva se indetraibile;

dichiara la sussistenza dei presupposti per la registrazione a debito della sentenza ai sensi dell'art. 59 lett. d) D.P.R. 131/1986 e indica nei convenuti in ragione dei rispettivi obblighi risarcitori i soggetti nei cui confronti deve essere recuperata l'imposta prenotata a debito.

Così deciso in Torino, nella camera di consiglio del 22.3.2024

Il Giudice est.
(dott. Enrico Astuni)

La Presidente
(dott.sa Gabriella Ratti)

Gravi irregolarità gestorie: difetto del requisito di attualità, finalità strumentali e limiti della censura di inadeguatezza degli assetti

Tribunale di Brescia, 23 ottobre 2024. Pres. Del Porto. Rel. Castellani.

Il Tribunale di Brescia ha affermato che nel caso di specie “la censura risulta, in primo luogo, carente del requisito dell’attualità, essendo pacifico, in quanto allegato dalla stessa ricorrente, che ciò che viene imputato all’attuale organo gestorio è di aver protratto una struttura deficitaria sul piano organizzativo, amministrativo e contabile. Come, tuttavia, legittimamente eccepito dal resistente, la notifica del ricorso è pervenuta a soli due mesi dall’assunzione della carica di a.u., tempo all’evidenza incompatibile con la realistica possibilità di mutare assetti consolidati da oltre un trentennio e mai prima d’ora censurati dalla ricorrente, controllata, lo si ricorda, dallo stesso ricorrente, che con il fratello e il padre ha condiviso, quantomeno dal 2012, la funzione gestoria quale consigliere delegato. L’intempestività della denuncia pare, ancora una volta, svelare le reali motivazioni alla base dell’iniziativa giudiziale, che, appigliandosi a pretese carenze gestorie (significativamente emerse solo a seguito dell’esclusione dall’organo amministrativo), appaiono strumentali a rivendicazioni del tutto avulse dalla funzione che l’ordinamento riconosce all’art. 2409 c.c.”.

Secondo il Tribunale, poi, “è fondamentale rilevare, da un lato, che la formula adottata dal legislatore è volutamente elastica, la nozione di adeguatezza dovendo adattarsi alla specifica natura della realtà aziendale oggetto di valutazione, d’altro lato che giammai la censura di inadeguatezza può spingersi sino a sindacare scelte di merito che non si appalesino tali da impedire l’agire razionale e informato da parte dell’amministratore”.

* * *

1.1- La * , in qualità di proprietaria di 980 azioni rappresentative del 49% del capitale sociale di * , ha promosso ricorso ex art. 2409 c.c. denunciando il difetto “di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni della * attività d’impresa” che investirebbe sia l’attuale vertice (a.u. *) sia le principali aree di attività, palesando la “urgente necessità di intervento di questo Tribunale ai sensi dell’art. 2409 cod. civ.” (cfr. ricorso, pagg. 30-32), a cui ha chiesto, previa nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., sentiti in camera di consiglio l’a.u. e il collegio sindacale, disposta eventuale ispezione dell’amministrazione della società, di emettere “tutti quei provvedimenti ritenuti opportuni e necessari per far sì che la * adotti un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa e quindi, tra gli altri, disponga la convocazione dell’assemblea della medesima * per la revoca di * quale Amministratore Unico e la

*nomina di un nuovo organo amministrativo, monocratico o collegiale, dotato di idonee competenze e professionalità gestorie; con riserva di nomina di un amministratore giudiziale ai sensi dell'art. 2409, comma 4, c. c. nel caso in cui entro un idoneo termine non fosse nominato un nuovo organo amministrativo della * .” (ibidem pag. 33).*

Nella narrativa del ricorso, La * ha, altresì, allegato l'assunzione, da parte dell'a.u. * di “*dissennate decisioni ... manifestamente contrarie all'interesse sociale e che ... disvelano l'incapacità strutturale*” dello stesso a.u. “*di assumere*” il ruolo gestorio, rappresentando, infine, che l'organo amministrativo della società avrebbe intrapreso una “*vera e propria campagna persecutoria nei confronti*” di * e dei figli di quest'ultimo (che si sarebbe estrinsecata in una serie di atti elencati alle pagine 15-17 del ricorso¹), decisioni e condotte che ulteriormente conforterebbero la necessità dei provvedimenti richiesti.

1.2.- A seguito di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti con contestuale nomina del curatore speciale per la società e della notifica di ricorso e decreto ai controinteressati, si sono costituiti in giudizio l'amministratore unico, il collegio sindacale unitariamente difeso e la società, i quali hanno tutti richiesto il rigetto del ricorso per carenza dei presupposti di legge².

1.3.- All'udienza di discussione le parti si sono riportate alle rispettive deduzioni e difese, insistendo nelle relative conclusioni; il collegio si è riservato di decidere.

2.1.- * (di seguito anche solo *) attiva nel settore della “*progettazione e costruzione di macchine transfer a controllo numerico, presse a tavola rotante e macchine utensili speciali*” (cfr. visura *sub* doc. 2 di parte ricorrente), è stata costituita nella sua attuale conformazione in data 30.1.1998, pur avendo genesi nei primi anni '80, allorché Oscar Porta, padre di * e * , fondò, insieme al fratello, “ * ” poi scissa in “ * s.r.l. ”

¹ Si tratterebbe dei seguenti atti:

i.- diffida del 18.6.2024 inviata a * dall'aver rapporti/contatti con i propri genitori in ragione della condotta aggressiva e minacciosa che avrebbe assunto nei loro confronti, condotte non chiarite neanche a seguito di esplicito invito in tal senso (cfr. docc. 8-10);

ii. lettere del 19.6.2024 con cui la società * ha contestato ai dipendenti * e * (figli di * e nipoti di *) “*illegittime condotte*” e successivo licenziamento di entrambi in data 27.6.2024 (cfr. docc. 11-16);

iii. lettera del 19.7.2024, per conto di * (società immobiliare di famiglia), con cui è stato contestato a * , nella sua qualità di amministratore di tale società, di aver addebitato a * costi “*non inerenti*” all'attività d'impresa, ma relativi a prestazioni professionali del dott. * (cfr. doc. 17);

iv. riunione del c.d.a. di * del 23.7.2024 all'esito della quale, con voto favorevole dei consiglieri Oscar Porta e * , sono state revocate le deleghe fino a quel momento conferite a * (cfr. docc. 18 e 9);

v. lettera del 7.8.2024 con la quale * ha contestato a * gli aumenti salariali concessi ai figli * nell'allora qualità di datore di lavoro, negli ultimi mesi del 2023 e 2024 (cfr. doc. 20).

² Il curatore speciale e i sindaci rimettendosi comunque alle determinazioni del tribunale.

(odierna * , che ha mantenuto oggetto sociale e attività originari) e * (società immobiliare).

La compagine sociale è costituita da * che detiene azioni rappresentative del 2% del capitale sociale, dalla ricorrente * (controllata da * che detiene il 90% del relativo capitale sociale) e da * (controllata da * entrambe proprietarie di azioni rappresentative di quote pari al 49% del capitale sociale).

Dal 2012 al giugno di quest'anno, la società è stata retta da un consiglio di amministrazione composto da * , in qualità di presidente, e dai figli * e * , in qualità di consiglieri delegati con ruoli operativi specifici, * , quello di responsabile c.d. *operations*, * quello di responsabile della parte commerciale e di sviluppo del *marketing*.

Tale configurazione dell'organo amministrativo è durata sino all'assemblea dell'11.6.2024, in occasione della quale è stato nominato a.u. * con il voto favorevole di * controllata, come detto, dallo stesso * , e del socio di minoranza.

La società occupa complessivamente 77 dipendenti.

2.2.- Dopo aver allegato che il fatturato di * nell'anno 2023 è stato di € 17.572.000,00, in calo rispetto a quello dell'anno 2022, pari a € 21.749.000,00, la ricorrente ha sostenuto che la crescita dimensionale conseguita dalla società nel corso degli anni, anche grazie agli incentivi concessi dallo Stato a favore di imprese che investivano in settori quale quello in cui opera * non sarebbe stata accompagnata da una adeguata modifica della *governance*, situazione che avrebbe “*negativamente influito sui suoi assetti organizzativi che oggi non sono più adeguati alle dimensioni dell'impresa*” e che, “*cessati i benefici effetti degli incentivi*”, avrebbe “*penalizzato la * tanto che nell'anno 2023 le vendite dei macchinari hanno subito un notevole decremento...*”.

Tale inadeguatezza sarebbe, in particolare, riscontrabile:

a.- nella mancanza di un *budget* previsionale delle vendite e di un piano industriale, che non consentirebbe l'organizzazione delle diverse aree dell'impresa, produttiva, tecnica e commerciale;

b.- nella mancanza di una rete commerciale strutturata e organizzata: infatti, non vi sarebbero agenti e/o distributori dei prodotti della società con conseguente impossibilità di definire adeguate strategie di *marketing* e avere *feedback* sulla soddisfazione dei clienti;

c.- nella inesistenza di un responsabile commerciale dedito a sviluppare professionalmente le vendite e di figure professionali dedicate a sviluppare le vendite all'estero;

d.- nell'inadeguato controllo di gestione, essendo qualitativamente carente l'attività contabile di pianificazione e di predisposizione dei preventivi e dei consuntivi relativi

alla produzione degli impianti: ciò in quanto tale attività sarebbe affidata a persone che non hanno le necessarie competenze;

e.- nell'assenza di un sistema informativo interno all'azienda per coordinare le diverse fasi di raccolta degli ordini, attività produttiva e attività commerciale;

f.- nell'inattendibilità dei dati del *budget* di tesoreria, stante l'inefficienza del processo di registrazione e di controllo di cassa.

Sul piano organizzativo * ha, altresì, lamentato “*un'eccessiva concentrazione di mansioni in capo a singole persone*”, in tesi idonea a creare rimarchevoli inefficienze operative e rischi sulla continuità e sulla regolarità dell'attività d'impresa. Ciò si verificherebbe oltre che in capo allo stesso a.u. * e all'attuale responsabile di produzione *, altresì con riferimento ai dipendenti *³ e *⁴ .

L'assunzione dell' “*assoluto governo*” della società da parte di * gli avrebbe, poi, consentito di porre in essere “*dissennate decisioni*”, quali:

a.- l'aumento del proprio compenso da € 40.000,00 a € 300.000,00 annui, senza specifica motivazione e in una situazione di mancanza di nuovi ordini;

b.- la sospensione della cassa integrazione a cui la società era ricorsa a partire dal mese di febbraio 2024 a causa della diminuzione di nuovi ordini, con l'avvio della produzione di nuovi macchinari nonostante la presenza in magazzino di un numero tale da soddisfare eventuali ordinativi;

c.- la sostituzione degli arredi degli uffici con l'acquisto di nuovi, costosi e superflui.

A contrasti e rivalità personali da tempo esistenti tra i fratelli * e * sarebbe dovuta l'estromissione di * dall'amministrazione di * nonché la campagna “*persecutoria*” attuata dall'odierno a.u. nei confronti del fratello e dei nipoti, di cui si legge, come visto, alle pagine da 15 a 17 del ricorso, a chiusura delle quali la ricorrente afferma che gli episodi narrati costituirebbero “*ulteriore elemento di valutazione dei reali motivi che hanno condotto * ad assumere la carica di amministratore unico della Porta Solutions e cioè la 'resa dei conti ' con il fratello * e la sua famiglia*” cosa che “*non ha nulla a che fare con un progetto di radicale ristrutturazione dell'organizzazione aziendale*”.

3.- In tal modo riassunti i fatti posti a fondamento della denuncia presentata da * deve escludersi che gli stessi giustificano i provvedimenti richiesti.

³ Addetto all'ufficio commerciale, che svolgerebbe anche le attività di: 1) addetto al mercato italiano, 2) addetto al mercato europeo (nonostante non parli correntemente la lingua inglese), 3) supervisore dei collaudi degli impianti in presenza del cliente, 4) addetto ai corsi di istruzione per i clienti e 5) gestore del servizio reclami dei clienti.

⁴ Il quale sarebbe: i) responsabile del sistema digitale dell'azienda, 2) progettista dei software degli impianti e 3) addetto agli interventi di assistenza presso i clienti; con la conseguenza che, mancando dalla sede per giorni o settimane, ed essendo l'unica persona della società che conosce i sistemi degli impianti, vi sarebbero rilevanti inefficienze operative.

3.1.- È opportuno ricordare che il procedimento *ex art.* 2409 c.c. ha la finalità di consentire, tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria, il ripristino della legalità e della regolarità nella gestione, violate da condotte degli amministratori gravemente contrastanti con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Oggetto di denuncia è il “*fondato sospetto*” di “*gravi irregolarità nella gestione*”, purché attuali e idonee a porre in pericolo il patrimonio sociale o a procurare grave turbamento all'attività della società nel cui interesse il ricorso è presentato.

L'istituto è privo di carattere sanzionatorio e allo stesso non si addicono valutazioni a posteriori tipiche delle azioni di responsabilità. Proprio il presupposto della potenzialità del danno comporta che l'intervento giudiziario non possa ritenersi ammissibile allorquando l'azione lesiva abbia esaurito i propri effetti in assenza di elementi tali da far ipotizzare una verosimile reiterazione delle violazioni.

Come più volte ricordato da questo tribunale (cfr. tra gli altri, i decreti del 21.1.2020 e 19.6.2020), l'espressa introduzione del requisito in esame, ponendo fine al dibattito sul punto sviluppatosi sotto il vigore della disciplina previgente, ha trasformato il procedimento in oggetto da presidio finalizzato a perseguire la regolarità e la correttezza della gestione sociale a strumento volto a interrompere comportamenti di *mala gestio* in atto, idonei a costituire, se non disattivati, fonte di danno per la società. Così facendo - si è detto - il legislatore ha inteso spostare l'interesse protetto da quello generale (corretto funzionamento della società) a quello, proprio dell'ente e dei suoi soci (non vedere compiuti dall'organo gestorio comportamenti idonei ad esporre ad un pregiudizio il patrimonio e l'attività sociale).

Tale natura - *latu sensu* cautelare - dello strumento *ex art.* 2409 c.c. (apprestato per una pronta reazione a gravi irregolarità idonee ad arrecare al patrimonio sociale un concreto pregiudizio) impedisce che il rimedio sia fondatamente diretto a censurare fatti remoti e/o comunque radicalmente privi di potenzialità lesiva (cfr. tra i precedenti più recenti di questo tribunale, il decreto del 24.11.2023).

3.2.- Alla luce di tali principi, lo stesso contesto da cui prende le mosse il presente procedimento appare distante dalla fattispecie legale e dai suoi presupposti.

È pacifico, in quanto allegato dalla stessa ricorrente⁵, che in seno a * si stia consumando un contrasto tra soci, che riflette rivalità esistenti in ambito familiare e

⁵ Si legge a pagg. 5-6 del ricorso: “*La narrativa che segue è dedicata ad una sintetica ricostruzione dei contrasti insorti tra * e * ed ai negativi effetti che tali contrasti hanno provocato, e tutt'oggi provocano, all'attività ed agli assetti organizzativi della * che, ad avviso della ricorrente, richiedono l'intervento di questo Tribunale affinché adottati ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. i provvedimenti idonei a rimediare alle denunciate gravi irregolarità. 2.2. Orbene, non è infrequente che i rapporti familiari tra fratelli non siano improntati al reciproco rispetto e non di rado sorgono contrasti che influiscono negativamente anche al di fuori dell'ambito familiare e che vengono portati avanti il Giudice. 2.3. Questo è il caso dei fratelli * e * i cui rapporti sono stati, e tutt'oggi sono, inquinati da rivalità personali e da una volontà prevaricatrice di * nei confronti del fratello. Ovviamente tale rivalità non giustifica di per sé il presente ricorso se non per le rilevanti conseguenze che, come già accennato, hanno provocato,*

concerne anche il tema del passaggio generazionale (oltre a una sfumata trattativa per la cessione della quota di *), particolarmente pregnante in una realtà, come quella di * interamente a base familiare, in cui lo stallo decisionale è evitato unicamente grazie alla decisiva partecipazione di minoranza del padre * , fondatore della società. È la stessa ricorrente a imputare ai “*contrasti tra * e **” i “*negativi effetti ... sull'assetto organizzativo della * e sulla sua corretta gestione*” (*ibidem*).

È, nondimeno, evidente che la denuncia *ex art. 2409 c.c.* non è strumento mediante il quale dirimere le controversie tra soci o tra soci e amministratori, con la conseguenza che nessuna rilevanza può essere attribuita, ai fini della presente decisione, agli accadimenti e alle vicende, personali e non, agitate tra * e * .

3.3.- Volendo, quindi, restare nel perimetro delle condotte almeno astrattamente sussumibili nella fattispecie in esame, la principale censura mossa all'attuale organo gestorio della società è quella di aver mantenuto una struttura amministrativa, organizzativa e contabile gravemente deficitaria, aggravando il pericolo di perdite economiche in tesi idonee a riflettersi sulla stessa “*continuità aziendale*” (cfr. ricorso, pag. 13). È quanto conseguirebbe alla decisione di riavviare la produzione di nuovi macchinari pur a fronte di un nutrito magazzino e della probabile mancanza di nuovi ordini, in asserita assenza di “*alcun documento previsionale sulle vendite del 2024 e del 2025*” (*ibidem*).

3.4.- Così come proposta, la censura risulta, in primo luogo, carente del requisito dell'attualità, essendo pacifico, in quanto allegato dalla stessa ricorrente, che ciò che viene imputato all'attuale organo gestorio è di aver protratto una struttura deficitaria sul piano organizzativo, amministrativo e contabile. Come, tuttavia, legittimamente eccepito dal resistente, la notifica del ricorso è pervenuta a soli due mesi dall'assunzione della carica di a.u., tempo all'evidenza incompatibile con la realistica possibilità di mutare assetti consolidati da oltre un trentennio e mai prima d'ora censurati dalla ricorrente, controllata, lo si ricorda, dallo stesso * , che con il fratello e il padre ha condiviso, quantomeno dal 2012, la funzione gestoria quale consigliere delegato di * .

L'intempestività della denuncia pare, ancora una volta, svelare le reali motivazioni alla base dell'iniziativa giudiziale, che, appigliandosi a pretese carenze gestorie (significativamente emerse solo a seguito dell'esclusione di * dall'organo amministrativo di *), appaiono strumentali a rivendicazioni del tutto avulse dalla funzione che l'ordinamento riconosce all'art. 2409 c.c.

3.5.- Escluso, in ogni caso, che la “*prova*” dell'inadeguatezza degli assetti possa essere integrata dalla natura asseritamente “*confessoria*” della lettera inviata il

*e ancora provocano, alla * la cui gestione operativa è gravemente deficitaria ed inefficiente per la mancanza di un adeguato assetto organizzativo che, come già detto, proprio di recente si è ulteriormente aggravato per un "colpo di mano" di * che, grazie al sopravvenuto venir meno del ruolo di "tutore" dell'interesse sociale della * da parte del padre * , è oggi amministratore unico di * con ampi poteri (che come si vedrà, ha già esercitato in modo dissennato) senza avere le competenze, la professionalità e l'esperienza per assumere un simile ruolo di vertice manageriale (v, infra)”.*

19.8.2023 da * al padre e al fratello, per l'assorbente ragione che oggetto di confessione sono unicamente “fatti” sfavorevoli al confitente, non giudizi o valutazioni, quand'anche formulati in senso contrario alle ragioni dalla parte contro cui tali giudizi vogliono essere spesi⁶, è fondamentale rilevare, da un lato, che la formula adottata dal legislatore è volutamente elastica, la nozione di adeguatezza dovendo adattarsi alla specifica natura della realtà aziendale oggetto di valutazione, d'altro lato che giammai la censura di inadeguatezza può spingersi sino a sindacare scelte di merito che non si appalesino tali da impedire l'agire razionale e informato da parte dell'amministratore.

3.6.- Sotto il primo profilo, va richiamata la descrizione dell'attività di Porta Solutions svolta dalla difesa resistente e dal curatore speciale, che non ha formato oggetto di contestazione o replica da parte della difesa ricorrente.

Si legge alle pagg. 22 e ss. della comparsa di * : *“Invero, * costruisce macchinari cosiddetti "utensili a controllo numerico" ossia macchinari di notevolissime dimensioni che ... servono a realizzare determinati manufatti su commessa: in sostanza il cliente che deve produrre determinati pezzi, chiede alla * la costruzione di un macchinario idoneo alla loro realizzazione. ... si tratta di macchine del tutto particolari che nella misura del 70% sono tra le stesse simili (per struttura, concezione, e sistemi di funzionamento); il 30% delle restanti componenti del macchinario è invece personalizzato a seconda del tipo di prodotto che il cliente richiede. ... l'intero fatturato annuo di PS (che altro non fa che tale attività oltre alla fornitura di assistenza e manutenzione ai suoi prodotti) viene conseguito con la realizzazione di non di più di 10/20 macchinari all'anno in un'oscillazione, quindi, fisiologica, legata alla contingenza degli ordini. È sufficiente che in un anno vengano commissionati e realizzati anche solo due macchinari (in più od in meno rispetto all'annualità precedente) per mutare sensibilmente il fatturato e il risultato di esercizio. All'incirca, un macchinario viene venduto ad un corrispettivo di € 1.000.000 naturalmente variabile in funzione della tipologia del macchinario e delle esigenze del cliente (...). Quanto alle strategie produttive, ... in considerazione delle dimensioni e della particolare attività svolta, la * è strutturata per produrre, appunto, da 10 a 20 macchinari che vengono realizzati internamente per le componenti più delicate della progettazione, della personalizzazione e del montaggio esternalizzando la produzione di molti componenti che costituiscono la parte generica dei macchinari. In marginalità vengono svolte anche attività di cosiddetto "revamping" di macchinari già forniti a clienti oltre all'assistenza agli stessi”*.

Proprio nel “fattore tempo” di consegna risiederebbe il tratto peculiare della strategia aziendale concepita da * , la cui “forza ... è dunque stata - ed è - quella di poter fornire al cliente una macchina personalizzata in tre/quattro mesi, contro i dieci/dodici mesi di un competitor che dovesse iniziare a costruirla da zero; con gli

⁶ Si veda, tra le molte, Cass. n. 21509/2011, secondo cui: *“La confessione deve avere ad oggetto fatti obiettivi - la cui qualificazione giuridica spetta al giudice del merito - e non già opinioni o giudizi”*; conf. Cass. n. 16260/2005, Cass. n. 5725/2019 e Cass. n. 656/2024.

evidenti maggiori margini determinati dalla forza contrattuale conseguente” (cfr. comparsa * pagg. 7-8; in termini analoghi, cfr. comparsa *, pag. 25-26).

Da tali connotati dell'attività produttiva di derivano tre conseguenze.

In primo luogo, la doglianza inerente la presunta carenza di strumenti previsionali delle vendite e dell'attività industriale appare inconferente rispetto alla peculiare realtà produttiva di * la quale costruisce un numero contenuto di macchinari (dai 15 ai 20 l'anno) e su ordini specifici anche provenienti dall'estero. In ogni caso, tanto l'a.u. quanto il curatore speciale hanno segnalato che il piano triennale redatto per gli esercizi 2024, 2025 e 2026 e il *budget* per l'anno 2024 esistono, sicché il requisito sarebbe comunque in concreto rispettato, producendo, rispettivamente, i documenti da 42 a 44 (quanto all'a.u.) e da 9 a 11 (quanto al curatore speciale). Sebbene la valenza probatoria di tali produzioni sia stata contestata in udienza dalla difesa ricorrente, appare dirimente che l'effettiva esistenza dei piani prospettici riversati nei file stampati e prodotti dalle suddette difese sia stata appurata dal curatore mediante interviste *in loco* al responsabile amministrativo e finanziario e al responsabile I.T. di * e mediante estrazione dei dati dal gestionale in uso alla società, come dal curatore stesso confermato in udienza e non smentito *ex adverso*.

In secondo luogo, la predisposizione di ulteriori e, in tesi, più efficaci strumenti previsionali, ferma la ragionevolezza di quelli sopra esaminati, inerendo la *business judgement rule*, appare strettamente connotata da discrezionalità e, quindi, estranea all'area del sindacato giudiziale. A ciò si aggiunga che, secondo autorevoli opinioni dottrinali, in tema di adeguati assetti, la sindacabilità delle scelte andrebbe circoscritta alle strutture e ai sintemi di c.d. allerta interna, aventi la funzione di monitorare la continuità aziendale e rilevare tempestivamente eventuali segnali di crisi (sull'inesistenza nel contesto attuale della * di segnali d'allerta si tornerà *infra*).

In terzo luogo, dalla presunta carenza di un “*documento previsionale sulle vendite del 2024 e del 2025*” la ricorrente ha - può ora ritenersi, infondatamente - desunto l'irrazionalità della scelta dell'a.u. di sospendere la Cassa Integrazione e riattivare la costruzione parziale di alcuni macchinari. Anche in questo caso trattasi di decisione attinente il merito gestorio che, lungi dall'integrare condotta “*dissennata*” o “*illegittima*”, appare conforme alla consolidata strategia aziendale sopra tratteggiata che, oltre ad aver finora ripagato la società in termini di competitività, risulta aver favorito la recente acquisizione di ordini di nuovi macchinari per circa € 4.000.000,00 (si veda l'ordine di quattro macchinari del complessivo valore di € 4.080.000,00 da parte della società * prodotto dall'a.u. *sub doc.* 16), a fronte di un risparmio ottenuto con la CIG di soli € 100.000,00 (cfr. comparsa dell'a.u., pag. 26, *in parte qua* non contestata).

È chiaro che, per poter operare in anticipo sugli ordinativi, la società deve avere adeguata forza lavoro.

La difesa dei sindaci ha, al riguardo, descritto un quadro della situazione economico-finanziaria di * tale da attestare il pieno equilibrio finanziario e l'insussistenza di rischi di esposizione, avendo l'organo di controllo, all'esito delle

puntuali verifiche trimestrali e della verifica integrativa compiuta successivamente alla notifica del ricorso *ex art.* 2409 c.c., certificato che la società dispone di liquidità sufficiente a coprire gli impegni nel breve-medio periodo⁷.

4.- Attenuato per quanto sia l'onere della prova gravante su parte ricorrente, deve escludersi che siano stati offerti elementi anche minimi idonei a far sospettare di gravi irregolarità gestorie in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, tali da suggerire l'opportunità di un'ispezione che, allo stato degli atti, apparirebbe del tutto esplorativa.

Alla luce dei positivi e documentati riscontri offerti dal collegio sindacale e dal curatore speciale, nonché dallo stesso a.u., deve piuttosto constatarsi l'esistenza di assetti societari della cui adeguatezza non si ha motivo di dubitare sotto tutti i profili sollevati dalla ricorrente.

4.1.- Sul piano organizzativo, l'organigramma aggiornato, prodotto *sub doc.* 17 dall'amministratore unico e *sub doc.* 14 dal curatore speciale, dà atto dell'esistenza di figure che ricoprono specifici compiti strategici per l'azienda, in tutti i settori, compreso quello commerciale, sia italiano sia estero⁸, con indicazione delle competenze che ciascuno di tali soggetti possiede, nonché dei rapporti interni ed esterni all'azienda.

Del pari il mansionario, versato in atti dall'a.u. *sub doc.* 19 e dal curatore speciale *sub doc.* 15, oltre a descrivere la struttura organizzativa di * indica le mansioni affidate ciascuno dei responsabili.

Relativamente alle strategie di *marketing*, come chiarito al Collegio Sindacale, oltre al *budget gestionale ed economico* sono stati definiti gli obiettivi di vendita,

⁷ A pagina 7 della comparsa del collegio sindacale, si legge: *“I Sindaci prendono visione della situazione finanziaria al 30/06/2024 dalla quale emerge come nel periodo 1.1.2024-30.06.2024 la società abbia generato cassa per complessivi Euro 2,7 milioni e che la liquidità disponibile sui conti correnti al 30.06 è pari ad Euro 5 milioni. Ai Sindaci viene inoltre mostrata la situazione economica al 30/06/2024 dalla quale si evince che sono contabilizzati ricavi delle vendite per Euro 9 milioni circa ed un utile lordo del periodo di oltre 1 milione di Euro. Viene inoltre esposta la previsione di fatturato per il 2024, che considerando esclusivamente gli ordini già acquisiti e da consegnare entro il 31.12 è pari ad Euro 14,9 milioni mentre gli ordini già acquisiti con consegna nel 2025 sono pari ad Euro 5,6 milioni. L'Organo amministrativo rappresenta inoltre che sono in corso importanti trattative ancora non concretizzare alla data odierna che ragionevolmente si tradurranno a breve in ulteriori ordini. L'amministratore Unico comunica pertanto che ha ritenuto opportuno revocare la cassa integrazione. La Società dispone di liquidità sufficiente a coprire gli impegni nel breve-medio periodo. Si ritiene pertanto non sussistano rischi di natura finanziaria”*.

⁸ Tra le tali figure - che risultano seguire regolarmente corsi di aggiornamento così come si evince dal *“programma annuale formazione”* prodotto *sub doc.* n. 18 dall'a.u. - si evidenziano: un responsabile *marketing*, un responsabile commerciale estero, un responsabile commerciale Italia, un responsabile applicazione prodotto, un responsabile ricerca e sviluppo, un responsabile produzione, un responsabile clienti, un responsabile finanza, un responsabile servizio protezione e prevenzione del rischio, un addetto al settore qualità, un responsabile delle risorse umane e un responsabile del sistema IT.

realizzazione e produzione, con espressa menzione della strategia aziendale che prevede il consolidamento di una posizione di mercato che consenta la produzione e la vendita di 15/20 macchine.

I suddetti documenti smentiscono altresì la presunta inesistenza di un responsabile commerciale dedito a sviluppare professionalmente le vendite e di figure professionali dedicate a sviluppare le vendite all'estero.

In merito, poi, al dedotto accentramento in capo a * di ruoli, allo stato risulta che l'unica posizione operativa che l'amministratore unico ha mantenuto è quella, da sempre ricoperta in azienda, di responsabile commerciale con l'estero, concentrazione di per sé inidonea a costituire grave *vulnus* per gli assetti organizzativi.

4.2.- Sotto il profilo del controllo di gestione e dell'attività contabile di pianificazione e di predisposizione di preventivi e consuntivi relativi alla produzione degli impianti, con copiosa documentazione versata in atti (cfr. docc. 20-41), l'a.u. ha eccepito la presenza di diversi sistemi di gestione all'interno della società, in particolare, del sistema di gestione dei rischi e delle opportunità, del sistema di gestione per la qualità, evidenziando altresì l'esistenza di un settore dedicato alla gestione delle risorse umane e di uno dedicato alle infrastrutture e all'ambiente; ha inoltre documentato l'esistenza di procedure di gestione delle informazioni documentate, del processo commerciale e marketing, del sistema di progettazione e sviluppo, degli approvvigionamenti, delle lavorazioni meccaniche e di gestione commessa per commessa, oltre a processi di assemblaggio, collaudo interno, collaudo con il cliente, installazione e gestione dei servizi post-vendita e dei reclami.

In merito, ai preventivi e consuntivi della produzione, ha richiamato i *budget* previsionali allegati.

Il curatore speciale ha, invece, dato atto di aver verificato a campione che l'attuale *software* gestionale "SPI" consente di estrapolare i dati economico-finanziari per un corretto controllo aziendale, oltre che pianificare e controllare le diverse aree aziendali e i flussi in entrata e in uscita, con conseguente infondatezza anche dell'ulteriore doglianza della ricorrente circa la presunta inadeguatezza del sistema informativo interno all'azienda a coordinare le diverse fasi di raccolta degli ordini, attività produttiva e attività commerciale: sul punto l'a.u. ha ricordato l'esistenza del responsabile del sistema IT e precisato che il sistema "SPI", in via di sostituzione con un sistema integrato più evoluto, è comunque funzionale e idoneo alla raccolta dei dati e alla sia gestione degli ordini e dell'attività produttiva e commerciale, oltre a essere sottoposto a controlli di sicurezza affidati a società esterna specializzata (come a certificazione prodotta *sub doc.* 51).

4.3.- Del tutto generica e carente di riscontri è, infine, la lamentata "*inattendibilità dei dati del budget di tesoreria*": al riguardo il curatore speciale ha riferito di aver verificato, in apposito colloquio con il responsabile dell'area *finance* della società, signor * e con visione dei relativi *file* prodotti dal *software* in uso, che i flussi finanziari risultano controllati, le banche vengono aggiornate quotidianamente, i *report*

all'amministrazione sono a cadenza settimanale, così come settimanali sono i controlli dei flussi e che esiste una previsione sui dodici mesi.

Anche le verifiche periodiche del collegio sindacale (e l'ulteriore verifica effettuata successivamente alla notifica del ricorso), svolte sulla base della documentazione contabile e dei relativi prospetti economici, finanziari e patrimoniali, nonché dei riscontri emersi in sede di svolgimento delle attività di revisione legale dei conti, hanno riscontrato la funzionalità del sistema amministrativo-contabile della società⁹.

5.- Un ultimo cenno merita la situazione economico-finanziaria di * come risultante dalla lettura dei bilanci e rendiconti finanziari (ai riguardo si richiamano la comparazione degli ultimi sette esercizi svolta dal curatore a pagg. 23-24 della comparsa e l'ultimo verbale dei controlli del collegio sindacale *sub* doc. 8), dai quali emerge la fotografia di un'impresa solida, con patrimonio netto in costante crescita e fatturato che, escludendo l'anno 2020, colpito dall'emergenza sanitaria, si attesta in media sui 18 milioni di euro, da cui derivano utili netti medi di oltre 2 milioni di euro, con disponibilità liquide in media pari a 5,8 milioni (nonostante la distribuzione media di utili per € 1 milione), cui fa eccezione il solo anno 2022, chiuso con disponibilità liquide di quasi 9 milioni, in conseguenza degli incentivi statali di settore.

Significativo anche il dato dell'utile ante imposte al 31.8.2024. in un quadro generale di flessione degli ordini nel settore di riferimento a seguito delle condizioni di instabilità a livello mondiale (come emerge dalla lettura dell'estratto di giornale prodotto da * *sub* doc. 30).

Il bilancio comparato 31.8.2023 - 31.8.2024 consente, infine, di smentire la principale critica della ricorrente, ossia la scelta di produrre nuove macchine nonostante la presenza di prodotti in magazzino in tesi sufficienti a coprire eventuali nuovi ordinativi: come verificato dal curatore anche mediante ispezione *in loco*, “*le rimanenze di macchine in lavorazione al 31.08.2023 risultavano ... essere 24 maggiori di quelle al 31.08.2024 (€ 6.643.996 contro € 5.497.505); la riduzione delle rimanenze di macchine al 31.08.2024 per € 2.738.049 (magazzino all'01.01.2024 di € 10.748.223 e al 31.08.2024 di € 8.010.174) consente di ritenere giustificato il lancio di nuove commesse*” (cfr. comparsa * pagg. 23-24).

⁹ Che, sulla base delle risultanze delle verifiche svolte ha comunicato che:

- i versamenti tributari relativi ai contributi e alle ritenute risultano effettuati e contabilizzati correttamente nei termini;
- non sono stati segnalati rilievi nelle riconciliazioni bancarie effettuate periodicamente dal personale amministrativo incaricato;
- gli adempimenti fiscali e civilistici periodici risultano regolarmente effettuati e inviati telematicamente nei termini, anche a mezzo di intermediari abilitati;
- non sono state rilevate anomalie o rilievi in merito alla corretta tenuta e registrazione delle scritture contabili.

In sintesi, la flessione dei risultati produttivi registrata dalla società nell'esercizio chiuso al 31.12.2023¹⁰ - unico elemento concreto offerto dalla ricorrente a sostegno delle proprie richieste - e la permanenza di rallentamenti nell'acquisizione di nuovi ordini nei primi mesi del 2024¹¹ non paiono, alla luce delle ulteriori emergenze sopra sintetizzate, rivelare un fondato rischio di perdita della continuità aziendale o anche solo di prospettive negative future derivanti da gravi irregolarità gestorie insite nella carenza di adeguati assetti societari, a conferma di un'iniziativa giudiziale strumentale a fini eterogenei rispetto a quelli previsti dal legislatore, assunta all'indomani della scelta della maggioranza dei soci di sostituire il c.d.a. in scadenza con l'amministratore unico resistente e a fronte di una organizzazione aziendale risalente e strutturata, divenuta solo ora a tal punto inadeguata da costituire, secondo la ricorrente, grave irregolarità denunciabile *ex art. 2409 c.c.*

La conclusione, all'evidenza, non imita considerando l'aumento del compenso dell'organo amministrativo deliberato dall'assemblea dei soci (in misura comunque non tale da integrare un pericolo per i conti della società) o la spesa assunta per il rinnovo di arredi e uffici risalenti agli anni '80.

6.- Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo facendo applicazione dei parametri medi previsti dal d.m. n. 55/2014 (e s.m.i.) per i procedimenti di volontaria giurisdizione, ultimo scaglione.

p.q.m.

Il tribunale, visto l'art. 2409 c.c., respinge il ricorso proposto da * per la denuncia di gravi irregolarità nella gestione della *

condanna parte ricorrente a rifondere alle altre parti le spese di lite che liquida in € 4.536,00 in favore di ciascuna controparte, oltre al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15%, Iva e Cpa come per legge.

Brescia, 22.10.2024

Il presidente
dott. Raffaele Del Porto

¹⁰ Con il mantenimento però di una marginalità coerente agli esercizi passati tramite la gestione dei costi, come si apprende dalla lettura dei verbali delle riunioni periodiche del collegio sindacale.

¹¹ Verbalizzata nella riunione del collegio sindacale del 3.6.2024.

Socio dominante e direttore o amministratore di fatto?

Tribunale di Catanzaro, 16 ottobre 2024. Pres. Garofalo. Rel. Rinaldi.

Opposizione allo stato passivo – Prova del rapporto di subordinazione – Amministratore di fatto

Nell'opposizione allo stato passivo, in applicazione dei principi in materia di ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., spetta all'opponente che voglia far valere in giudizio diritti connessi all'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato provare la sussistenza della subordinazione, circostanza che integra un fatto costitutivo della pretesa, salva l'operatività del principio di non contestazione.

Nel caso in cui il curatore eccepisca la qualifica di amministratore di fatto della società fallita in capo al creditore che propone domanda di ammissione al passivo spetta, dunque, a quest'ultimo la prova del rapporto di subordinazione e l'effettiva soggezione del lavoratore al potere datoriale dell'amministratrice di diritto.

[Nel caso di specie le stesse deleghe attribuite formalmente all'opponente nonché la peculiare struttura della società, nella quale l'opponente rivestiva il ruolo di socio dominante, ed i rapporti familiari con l'amministratore (figlia dell'amministratrice) hanno indotto il Tribunale a ritenere meramente formale l'affermata qualifica di direttore attribuita alla ricorrente dovendosi, di contro, affermare l'insussistenza di un qualsivoglia rapporto di subordinazione in capo alla stessa rispetto alla madre-amministratrice.]

* * *

Con ricorso ex art. 98 l. fall., ritualmente depositato, * ha proposto opposizione avverso il decreto che ha reso esecutivo lo stato passivo del fallimento della * s.p.a., chiedendo al Tribunale “Voglia il Tribunale in via principale, ammettere al passivo del fallimento n. 31/2022 R.G. Fall. il credito per € 64.772,61 in via privilegiata ex art. 2751 bis, n. 1, c.c.; 3) Sempre nel merito, in via gradata, ammettere il credito con riserva ex art. 96 L.F. n. 1.. Con condanna alle spese ed alle competenze, da distrarsi ex art. 93 c.p.c. in favore dei procuratori costituiti”.

Nel ricorso in opposizione * ha contestato le determinazioni dei curatori, i quali hanno proposto di escludere il credito di €. 64.772,61 – asseritamente maturato per retribuzioni, t.f.r., tredicesima e quattordicesima mensilità dovute in ragione del rapporto di lavoro subordinato intercorso con la società dal 5 febbraio 2018 all'1 ottobre 2022 - preteso dall'opponente, poiché nei confronti della stessa “è stata

*adottata una misura di prevenzione e pende giudizio penale nel quale alla stessa viene contestato di essere amministratore di fatto della società fallita, per cui, nel caso di specie, il rapporto di lavoro dedotto dalla ricorrente può, allo stato, ritenersi nullo per simulazione assoluta con conseguente rigetto della domanda di ammissione. Alle considerazioni che precedono, si aggiunge che l'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Catanzaro, con verbale allegato agli atti della procedura, ha annullato il rapporto di lavoro subordinato tra la sig.ra * e la società Fallita in quanto non ricorrono i presupposti normativi richiesti per la sua sussistenza. I Curatori, inoltre, si riservano di effettuare ogni verifica al fine di presentare, eventualmente, specifica istanza all'INPS onde ottenere il pagamento in favore della Curatela delle suddette somme.”* ed hanno dunque contestato lo stato passivo dichiarato esecutivo del giudice delegato.

Con comparsa di costituzione, si è costituito in giudizio il fallimento * s.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Con memoria difensiva, inoltre, si è costituito in giudizio l'Istituto Nazionale Previdenza Sociale, eccependo, in via preliminare, l'incompetenza del giudice in favore del giudice del lavoro; mentre, nel merito, ha chiesto di “*rigettare l'opposizione proposta in quanto inammissibile, infondata e, comunque, non provata. Con condanna di controparte al pagamento delle spese di lite*”.

All'udienza del 18 settembre 2024, le parti hanno chiesto la decisione della causa e, all'esito, il Tribunale ha riservato la decisione.

* * * *

Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione di incompetenza sollevata dall'Istituto Nazionale Previdenza Sociale.

È, infatti, pacifico in giurisprudenza che, qualora sia domandato un accertamento del diritto di credito del lavoratore, in via strumentale alla partecipazione al concorso nella procedura, la cognizione spetti al giudice fallimentare (Cass. 28 ottobre 2021, n. 30512).

Ed infatti, nel riparto di cognizione tra il giudice del lavoro e quello del fallimento, il discrimine va individuato nelle rispettive prerogative speciali, spettando: a) al primo, quale giudice del rapporto, le controversie riguardanti lo *status* del lavoratore, in riferimento ai diritti riguardanti la corretta instaurazione, vigenza e cessazione del rapporto, la sua qualificazione e qualità, volte ad ottenere pronunce di mero accertamento oppure costitutive, come quelle di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro; b) alla cognizione del giudice fallimentare, invece, le controversie relative all'accertamento ed alla qualificazione dei diritti di credito dipendenti dal rapporto di lavoro, in funzione della partecipazione al concorso, secondo il regime di garanzia della *par condicio creditorum* e con effetti esclusivamente endoconcorsuali, ovvero destinate comunque ad incidere nella procedura concorsuale (cfr. Cass. civ., sez. lav., 3 gennaio 2024, n. 94).

Ebbene, nel caso di specie, da un esame della domanda di ammissione al passivo – nonché da un esame del ricorso introduttivo del presente giudizio - emerge che la pretesa avanzata da * attiene all'accertamento ed alla qualificazione dei diritti di credito

dipendenti dal rapporto di lavoro dalla stessa allegato, in funzione di partecipazione alla procedura di liquidazione fallimentare, con la conseguenza che spetta al giudice fallimentare la cognizione della domanda avanzata nel presente giudizio. E ciò tanto più se si considera che, trattandosi di opposizione allo stato passivo, la competenza spetta inderogabilmente al Tribunale fallimentare in composizione collegiale.

Venendo al merito, la domanda dell'opponente è infondata e deve, pertanto, essere respinta per la ragione assorbente della mancata prova del rapporto subordinato asseritamente intercorso con la società fallita.

Come già evidenziato, l'opponente allega di essere creditrice dell'importo di €. 64.772,61, a titolo di retribuzioni, t.f.r., tredicesima e quattordicesima mensilità non pagate e dovute in ragione del rapporto di lavoro subordinato intercorso con la società fallita dal 5 febbraio 2018 all'1 ottobre 2022.

Il fallimento, di contro, sostiene che * era amministratrice di fatto della società, poiché *“pur essendo * da ultimo organizzata in S.p.A., si tratta comunque di società a ristretta base personale di carattere familiare [...]”: l'Avv. * è oggi direttamente titolare del 63% circa del capitale (con cui controlla anche il 16% di azioni proprie della * la compagine restante è composta da un 16% in comproprietà ai familiari nucleari (coniuge e figli) eredi di Annamaria * (purtroppo prematuramente deceduta) germana dell'Avv. * (cfr. verbale di trasferimento quote mortis causa del 13 agosto 2013, con allegata dichiarazione eredi, [...]) e per il restante circa 5% da quel coniuge superstite (in piena proprietà). L'Avv. * era ed è cioè socio dominante della * E la società a propria volta era sotto il governo di amministratore unico, nominato formalmente nella persona della Sig.ra * classe 1931, madre dell'Avv. * di atto esautorata dall'Avv. * stessa”* (pag. 5 della comparsa di risposta).

In punto di diritto, si osserva che la giurisprudenza ha individuato da tempo gli elementi essenziali che consentono di qualificare come subordinato un rapporto di lavoro, a prescindere dal nomen iuris attribuito dalle parti. Questi elementi si compendiano nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro (Cass. sez. lav., 14/06/2018, n. 15631: *“L'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, da ricercare in base ad un accertamento esclusivamente compiuto sulle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa”*).

Costituisce elemento essenziale, come tale indefettibile, del rapporto di lavoro subordinato, e criterio discrezionale, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo, la soggezione personale del prestatore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e non già soltanto al suo risultato.

Tale assoggettamento non costituisce un dato di fatto elementare quanto piuttosto una modalità di essere del rapporto potenzialmente desumibile da un complesso di circostanze; sicché, ove esso non sia agevolmente apprezzabile, è possibile fare riferimento, ai fini qualificatori, ad altri elementi (come, ad esempio, la continuità della prestazione, il rispetto di un orario predeterminato, la percezione a scadenze fisse di un

compenso prestabilito, l'assenza in capo al lavoratore di rischio e di una seppure minima struttura imprenditoriale), che hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria. Tali elementi, lungi dall'assumere valore decisivo ai fini della qualificazione giuridica del rapporto, costituiscono indizi idonei ad integrare una prova presuntiva della subordinazione, a condizione che essi siano fatto oggetto di una valutazione complessiva e globale (cfr. Cass. civ., sez. lav., 16 gennaio 2023, n. 1095).

In applicazione dei principi in materia di ripartizione dell'onere della prova *ex art.* 2697 c.c., spetta all'attore che voglia far valere in giudizio diritti connessi all'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato provare la sussistenza della subordinazione, circostanza che integra un fatto costitutivo della pretesa, salva l'operatività del principio di non contestazione.

Nel caso di specie, dal fascicolo storico della società di capitale relativo alla società fallita – prodotto in giudizio dalla stessa opponente – emerge che * è stata nominata procuratore speciale della società, con attribuzione di poteri datoriali quali *“assumere e licenziare operai e impiegati fissandone le retribuzioni e gli incarichi, fare trattative sindacali concludendo i relativi accordi e procedere alle modifiche contrattuali”*.

Inoltre, dal documento su indicato, risulta smentito l'assunto dell'opponente secondo cui la stessa *“non aveva deleghe in fondamentali settori dell'attività d'impresa, né aveva deleghe per operare sui conti correnti; [...] non aveva procura generale “ad negotia”; [...] l'amministratore di diritto ha sempre curato in prima persona i rapporti con le Banche, col collegio sindacale ed i Consulenti”* (pagg. 5 e 6 del ricorso).

Tra i poteri attribuiti all'opponente, infatti, vi rientrano anche quelli di *“conferire incarichi di consulenze; stipulare contratti di affitto di locali purché di durata non superiore al novennio e risolverli provvedendo all'incasso dei canoni e degli incombenti di legge; acquistare, permutare e vendere automezzi e formalizzare i relativi passaggi di proprietà; addivenire a sistemazione dei conti; esigere qualunque somma o credito in capitali ed accessori e darne quietanza, acconsentire a iscrizioni, cancellazioni, restrizioni, postergazioni e surroghe ipotecarie; contrarre mutui e relative erogazioni anche in più soluzioni, pegni ed anticresi, assumere altre obbligazioni ed acconsentire alle relative operazioni ipotecarie, obbligarsi a rendersi fidejussore per altri; procedere all'apertura di conto corrente; compiere operazioni in genere su ogni tipo di conto corrente intestato alla società mandante, senza limiti di versamento e con un limite di prelievo – per ogni singola operazione – pari ad euro 10.000,00 (diecimila virgola zero zero), oltre i quali è necessaria anche la firma dell'amministratore unico, anche mediante assegni bancari all'ordine di terzi a valere sulle disponibilità liquide e su concessioni di credito o comunque allo scoperto; girare cambiali, assegni, vaglia cambiari e documenti allo sconto ed all'incasso; procedere all'apertura di credito in conto corrente e richiesta di crediti in genere anche sotto forma di prestiti di titoli; anticipazioni e crediti di garanzia reale su titoli, valori, merci, effetti cambiari e documenti, costituzione di pegno, di titoli, valori e merci; costituzione di depositi cauzionali; cessione di crediti; rilasciare pagherò diretti e cambiali tratte; ordini ed operazioni in cambi e di titoli, con facoltà di trasferire i titoli d'esigere il ricavo; esigere rilasciandone quietanza, somme, interessi, importi di vaglia, buoni,*

mandati, assegni sia da privati che da banche, enti, pubbliche amministrazioni, uffici postali; fare impieghi ed investimenti di capitale; fare novazioni e compensazioni; accettare dilazioni di pagamento e consentire a tutte le relative operazioni ipotecarie; esigere buoni, cheque, assegni di qualunque banca od istituto di credito e darne quietanza; firmare per girata le bolle doganali e compiere tutte le operazioni inerenti alla richiesta di rimborsi diritti i.v.a., imposta di fabbricazione per merce esportata, nonché firmare tutti gli atti relativi; fare qualunque operazione presso l'amministrazione del debito pubblico per vincoli, svincoli e tramutamenti e presso la cassa depositi e prestiti, firmare le occorrenti dichiarazioni; ritirare titoli tanto al portatore che nominativi, dandone valido scarico; ritirare anche somme e titoli depositati presso la cassa depositi e prestiti; esigere buoni ed interessi; stare in giudizio attivamente e passivamente avanti giudici conciliatori, giudici di pace, tribunali e corti, le commissioni tributarie ed i tribunali regionali amministrativi, nonché le giurisdizioni speciali, nominando all'uopo procuratori ed avvocati, e revocarli; promuovere qualunque atto conservativo ed esecutivo; fare pratiche in via amministrativa presso le autorità governative, regionali, provinciali, comunali e fiscali e presentare ricorsi e reclami; stipulare, risolvere e modificare contratti di assicurazione anche contro i danni di responsabilità civile e contro incendi nonché contratti di assicurazione sulla vita dei dipendenti contro gli infortuni sul lavoro e contratti relativi alle indennità di licenziamento agli stessi spettanti; stipulare polizze fidejussorie; transigere qualunque contestazione; partecipare a gare di appalto. la procuratrice potrà, inoltre, presentare a enti pubblici e/o privati proposte di contratti a trattativa privata, prestare cauzioni, svincolarle, rilasciandone quietanza con esonero per i funzionari e gli uffici addetti al rimborso da ogni responsabilità, stipulare i contratti preliminari e definitivi di appalto e subappalto inerenti ai lavori di competenza della società mandante; esperire in conclusione tutte le formalità inerenti alle operazioni predette anche se non espressamente precisate, in modo che da nessuno, persona fisica, ente pubblico o privato, possa eccepirsi difetto di poteri nei confronti della nominata procuratrice. la nominata procuratrice potrà sostituire a sé altri procuratori per determinati atti o categorie di atti. il tutto con promessa di rato e valido”.

Dalla lettura degli atti di causa emerge dunque che all'odierna opponente erano attribuiti poteri gestionali tipici dell'attività amministrativa e direzionale dell'impresa.

L'opponente, inoltre, a parere del Tribunale, non ha provato né, tanto meno, allegato fatti dai quali evincere l'effettiva soggezione della stessa al potere datoriale dell'amministratrice di diritto (Antonietta Farenza, classe 1931, anni 91, madre di * essendosi limitata a rappresentare genericamente che “l'amministratore di diritto, la Sig.ra Antonietta Faenza, ha sempre presenziato sin dalla sua nomina (2011) presso gli uffici amministrativi della società (fatta eccezione che per il periodo di emergenza legato alla pandemia da Covid-19), assumendo in prima persona la gestione della vita societaria, esercitando tutti i poteri decisionali richiesti dalle dinamiche aziendali, anche considerate le sue effettive capacità, ancor oggi lucide, salde e robuste, a dispetto dell'età anagrafica della stessa; [...] i dipendenti avevano conoscenza diretta dell'amministratore di diritto; [...] l'amministratore di diritto ha sempre curato in

prima persona i rapporti con le Banche, col Collegio sindacale ed i Consulenti, provvedendo a sottoscrivere i contratti di assunzione, le contestazioni disciplinari, i licenziamenti etc” (pag. 6 del ricorso).

L’opponente, quindi, ha allegato fatti dai quali potrebbe eventualmente emergere la soggezione di terzi – ma non dell’opponente – al potere datoriale dell’amministratrice di diritto.

Allo stato degli atti ritiene, dunque, il Tribunale che manchi la prova del rapporto subordinato come allegato dall’opponente.

Inoltre, è bene evidenziare, con riguardo all’assunto dell’opponente secondo cui vi è *“piena compatibilità tra la carica amministrativa e la qualifica di lavoratore dipendente di società di capitali” (pag. 10 del ricorso), che, effettivamente, sono “cumulabili la carica di amministratore e l’attività di lavoratore subordinato di una stessa società di capitali, purché sia accertata, in base ad una prova di cui è necessariamente onerata la parte che intenda far valere il rapporto di lavoro subordinato, l’attribuzione di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale e il vincolo di subordinazione, ossia l’assoggettamento, nonostante la carica sociale, al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell’organo di amministrazione della società (Cass. 6 novembre 2013, n. 24972; Cass. 30 settembre 2016, n. 19596); e questa circostanza ricorre, qualora sia individuabile (mediante una valutazione delle risultanze istruttorie riservata al giudice di merito e incensurabile in cassazione) la formazione di una volontà imprenditoriale distinta, tale da determinare la soggezione del dipendente - amministratore ad un potere disciplinare e direttivo esterno, sì che la qualifica di amministratore costituisca uno “schermo” per coprire un’attività costituente, in realtà, un normale lavoro subordinato (Cass. 14 gennaio 2000, n. 381; Cass. 3 marzo 2004, n. 4334): così risultandone provata la soggezione al potere direttivo e disciplinare di altri organi della società e l’assenza di autonomi poteri decisionali (Cass. 17 febbraio 2000, n. 1791)” (Cass. civ., sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 2487).*

Nel caso di specie, tuttavia, l’opponente non ha allegato fatti dai quali evincere la soggezione della stessa al potere datoriale dell’amministratrice di diritto (Antonietta Farenza), non potendosi evincere tale elemento dal fatto che le mansioni svolte da * fossero *“consulenze in materia di appalti, redazione dei progetti di gara, trattative per rateizzazioni di posizioni debitorie, contrattualistica, trattative sindacali, etc” (pag. 7 del ricorso), trattandosi di attività riconducibili anche alla direzione ed alla gestione tipiche dell’amministrazione dell’impresa.*

In definitiva, a parere del Collegio, le stesse deleghe attribuite formalmente alla nonché la peculiare struttura della società, nella quale l’odierna opponente rivestiva il ruolo di socio dominante, ed i rapporti familiari con l’amministratore (figlia dell’amministratrice classe 1931), inducono a ritenere meramente formale l’affermata qualifica di direttore attribuita alla ricorrente dovendosi, di contro, affermare l’insussistenza di un qualsivoglia rapporto di subordinazione in capo alla stessa rispetto alla madre-amministratrice.

È infatti necessario evidenziare che sono proprio le concrete modalità della prestazione nel contesto aziendale ad escludere la sussistenza dell'elemento della subordinazione essendo pacifico che, anche in caso di attività svolta da una lavoratrice legata da vincolo di coniugio e di affinità ai titolari della società datrice di lavoro, può essere ravvisata la subordinazione ma ciò a condizione che sia ravvisata l'irrelevanza del vincolo di familiarità rispetto alle concrete modalità della prestazione nel contesto aziendale (Cassazione civile sez. VI, 16/11/2022, n.33759); circostanza quest'ultima che, nel caso di specie, non può considerarsi provata.

In merito poi al fatto che, con sentenza n. 365/2023 del 14.12.2023, il Tribunale di Catanzaro – Ufficio GIP-GUP, nella persona del Giudice Gabriella Pede, ai sensi degli artt. 438 e 530 c.p.p., ha assolto * dai reati ad ella ascritti perchè il fatto non sussiste non può che evidenziarsi che dalle motivazioni della sentenza – non prodotti dall'opponente ma dalla Curatela – emerge chiaramente la qualifica di amministratore di fatto della società in capo alla essendo del tutto irrilevanti ai fini del decidere sulla presente opposizione la circostanza che, in quel procedimento penale, la * sia stata poi assolta.

È bene, infatti, osservare, in conformità alla consolidata giurisprudenza di legittimità, che gli atti acquisiti da un procedimento penale quali le sentenze, gli atti istruttori e le prove raccolte in altri giudizi, fra le stesse parti o fra diverse parti, costituiscono documenti dai quali il giudice può acquisire elementi di prova liberamente apprezzabili, rappresentando delle “prove atipiche” valutabili dal giudice civile con il meccanismo previsto dall'art. 116, co 2° c.p.c.

Secondo la concorde giurisprudenza di legittimità, il giudice civile può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale. È certo, pertanto, che il giudice può pervenire all'accertamento del fatto anche unicamente fondandosi sugli atti del procedimento penale prodotti da una o da entrambe le parti, naturalmente procedendo alla relativa valutazione critica (cfr. Cass. 19.10.2007, n. 22020; Cass. 29.10.2010, n. 22200 e, da ultimo, cfr. anche Cass. civ. Sez. L, Sent. n. 8603 del 03/04/2017 “Nei poteri del giudice in tema di disponibilità e valutazione delle prove rientra quello di fondare il proprio convincimento su accertamenti compiuti in altri giudizi fra le stesse od anche fra altre parti, quando i risultati siano acquisiti nel giudizio della cui cognizione egli è investito, potendo chi vi abbia interesse contestare quelle risultanze ovvero allegare prove contrarie.”).

Ebbene, nel caso di specie, la qualifica di amministratore di fatto emerge anche dagli accertamenti e dalle valutazioni svolte dal giudice penale nella menzionata sentenza n. 365/2023 del 14.12.2023 (le cui motivazioni sul punto sono interamente condivise da questo giudicante) non potendosi, di contro, ritenere – come sembra voler affermare la difesa dell'opponente – che l'assoluzione dell'opponente in quella sede comporterebbe in questo giudizio l'automatico riconoscimento dell'opponente quale lavoratore subordinato della * s.p.a..

Infine è necessario evidenziare l'impossibilità in questa sede di riconoscere – come, invece ritenuto dalla difesa attorea – la compatibilità fra la qualifica di amministratore

di fatto della società ed un rapporto di dipendenza proprio perché, nel caso di specie, come detto, manca la prova della subordinazione della * alle direttive ed agli ordini del datore di lavoro, ovvero della madre dell'opponente (classe 1931).

Tutte le considerazioni sopra esposte inducono, dunque, il Collegio a ritenere del tutto irrilevanti ai fini del decidere richieste di prove orali formulate dalla difesa attorea poiché generiche e tese a confermare il contenuto della documentazione in atti; documentazione dalla quale, come ampiamente esposto, emerge, invece, il ruolo gestorio e non il ruolo di lavoratore subordinato di In ragione di tutto quanto sopra esposto, mancando la prova del rapporto subordinato, l'opposizione svolta deve, pertanto, essere integralmente respinta.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, come in dispositivo, in applicazione del D.M. n. 55/2014, come da ultimo aggiornato dal D.M. 13 agosto 2022, n. 147, con riferimento ai valori minimi, attesa la scarsa complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate (art. 4, comma 1), dello scaglione tariffario relativo al valore indicato da parte attrice (art. 5, comma 1, e 14 c.p.c.).

p.q.m.

Il Tribunale di Catanzaro, ogni diversa istanza disattesa, definitivamente pronunciando sull'opposizione in epigrafe:

- rigetta l'opposizione;
- condanna * alla refusione in favore del Fallimento * s.p.a. e dell'Istituto Nazionale Previdenza Sociale delle spese di lite del presente giudizio, che si liquidano, per ciascuno, in complessivi € 5.641,00 oltre rimborso forfettario spese generali, iva e c.p.a. come per legge.

Si comunichi.

Così deciso a Catanzaro, nella camera di consiglio del 8.10.2024, svoltasi da remoto su piattaforma teams.

Il Giudice estensore
Dott.ssa Francesca Rinaldi

Il Presidente
Dott.ssa Francesca Garofalo

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)