

CANCELLAZIONE, ESTINZIONE E CANCELLAZIONE DELLA CANCELLAZIONE: QUANDO LA SOCIETÀ DI CAPITALI PUÒ “RISORGERE” E FALLIRE[®]

DI FRANCESCO FIMMANÒ E FRANCESCA ANGIOLINI

SOMMARIO: 1. La cancellazione della società : l’assetto normativo originario. - 2. La novella all’art. 2495 c.c.. - 3. La richiesta di cancellazione. - 4. Le passività *sopravvissute* alla cancellazione. - 5. Il problema delle *sopravvivenze* attive. - 6. L’effetto estintivo nella interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione. - 7. Le contraddizioni emerse nelle sentenze nn. 8426 e 8427 del 2010 delle Sezioni Unite e la conferma dell’effetto tombale della cancellazione nella sentenza n. 22863 del 2011. - 8. Il fallimento della società cancellata. - 9. I risvolti processuali della cancellazione.

1. La cancellazione della società: l’assetto normativo originario

L’atto finale della liquidazione delle società è l’iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese, che ha acquisito nel tempo e nell’evoluzione normativa e giurisprudenziale significati ed effetti differenti a seconda del tipo di ente.

A norma dell’art. 2312 c.c., rimasto immutato, per le società personali è la cancellazione a segnarne il momento estintivo ed alla stessa va riconosciuta, così come all’iscrizione, efficacia dichiarativa, avendo lo scopo di rendere ai terzi opponibile un determinato fatto, che, tuttavia, si deve essere concretamente verificato. Per l’effetto, si ritiene che una società di persone non possa considerarsi definitivamente estinta in presenza di rapporti giuridici pendenti¹ in quanto la cancellazione non è da sola sufficiente.

[®] Lo scritto costituisce l’aggiornamento del Capitolo IX del Volume “Scioglimento e Liquidazione delle società di capitali, a cura di Francesco Fimmanò, Giuffrè editore, Milano 2011.

¹ Cfr. G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO - M. SARALE - G. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi, Trattato di diritto commerciale* a cura di G. Cottino, Padova, 2004, III, 339. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., 11 maggio 2005, n. 9917, in *Società*,

La norma prevede inoltre che i creditori sociali insoddisfatti possano agire nei confronti dei soci e dei liquidatori se l'insolvenza sia imputabile ad un contegno colposo di questi ultimi anche se, in realtà, tale assunto sembrerebbe collidere con la natura dichiarativa della cancellazione. Infatti, se la società non si estingue per la presenza di debiti, le disposizioni di cui al 2312 c.c. non potrebbero allora mai trovare applicazione.

Al contrario, per le società di capitali, nella vigenza della vecchia disciplina, la questione non era affatto pacifica. La dottrina prevalente riteneva che la cancellazione, disciplinata dall'art. 2456 c.c., avesse effetto costitutivo dell'estinzione della società². In giurisprudenza, al contrario, si sosteneva che l'effettiva estinzione della società non conseguisse all'esito meramente formale e contabile del procedimento di liquidazione, bensì alla completa definizione dei rapporti giuridici pendenti e soprattutto di tutte le passività sociali.

In altri termini si riteneva che la chiusura della liquidazione dovesse essere reale ed effettiva, poiché la permanenza di rapporti non definiti, o non esauriti, e di passività non soddisfatte fosse epifanica della sostanziale sopravvivenza della persona giuridica, anche se formalmente cancellata dal registro delle imprese³.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale trovava origine nell'esigenza di tutelare i creditori che potevano altrimenti vedersi pregiudicati da liquidazioni fraudolente. In questo modo si ottenevano tre risultati: la società

2006, 6, 710 con nota di M. FUMAGALLI, *Società di persone e cancellazione dal registro delle imprese*.

² In tal senso G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 533; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, 575. M. DELL'OLIO, *Società, scioglimento e liquidazione*, in *Dir. lav.*, 1987, I, 572.; F. D'ALESSANDRO, *Le Società: scioglimento e liquidazione*, in *Giur. merito*, 1988, 437; A. CAIAFA, *Le Società – scioglimento e liquidazione*, Padova, 1987; G. MILLOZZA, *La liquidazione del patrimonio sociale*, in *Società*, 1983, 459; G. FERRI, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile* (fondato da Vassalli), 1985, 904 ss.; G. FRÈ, *Le Società per azioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, 1982, 835 e ss.; R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 280.

³ Cfr. Cass. 20 ottobre 1998, n. 10380, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, 281; Cass. 4 ottobre 1999 n. 11021, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2064; Cass. 5 settembre 1996 n. 8099 e 27 maggio 1996 n. 4884, in *Società*, 1996, 889; cass. 5 settembre 1996 n. 8099, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1258; Trib. Napoli 7 novembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, 268; Cass. sez. lav. 2 maggio 1994 n. 4214, in *Mass.*, 1994; Cass. 28 dicembre 1989 n. 5803, in *Società*, 1990, 471; Cass. 11 febbraio 1988 n. 1473; Trib. Roma 21 febbraio 1986, in *Società*, 1986, 857; Cass. 6 gennaio 1981 n. 52, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 1, in *Riv. not.*, 1981, 155; App. Bari 2 settembre 1976, in *Giur. comm.*, 1978, II, 299, con nota di C. PAOLILLO; Cass. 20 novembre 1975 n. 3879, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 289, con nota di FERRI. Cfr. sul tema G. VOLPE PUTZOLU, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione di società di capitali (panorami di giurisprudenza)*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 227.

rimaneva assoggettabile a fallimento anche dopo un anno dalla cancellazione prevista dall'art. 2456 c.c.; il compito dei creditori era più agevole in quanto potevano proporre le loro azioni nei confronti di un unico soggetto e non verso la pluralità dei soci; infine, restavano privilegiati i creditori sociali rispetto ai creditori particolari⁴.

Sempre nella vigenza dell'articolo 2456 c.c., vecchio conio, intervenuta l'effettiva estinzione, gli eventuali creditori rimasti insoddisfatti potevano far valere i loro diritti nei confronti di ciascun socio, nei limiti della somma riscossa in base al bilancio finale di liquidazione ed anche nei confronti dei liquidatori, qualora il mancato pagamento fosse dipeso da loro colpa. In quest'ultimo caso si offriva ai creditori la possibilità di esperire un'azione di responsabilità di natura extracontrattuale per lesione del diritto di credito.

2. La novella all'2495 c.c.

La riforma del diritto delle società è, come noto, intervenuta sul tema "replicando" in parte il vecchio art. 2456 c.c.⁵ (la norma continua ad investire i liquidatori dell'onere della cancellazione) e sancendo, altresì, che la stessa possa avvenire anche d'ufficio, secondo il dettato dell'art. 2490, comma 6, c.c. qualora la società non abbia provveduto al deposito del bilancio annuale di liquidazione per tre anni consecutivi, e, quindi, quando manchi la pubblicità di un'attività liquidatoria⁶.

Alla luce del pregresso dibattito, il legislatore ha poi recepito le complesse problematiche afferenti l'individuazione del momento dell'estinzione della società, con particolare riferimento all'efficacia costitutiva dell'adempimento pubblicitario della cancellazione della persona giuridica dal registro delle imprese⁷.

⁴ Al riguardo M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, 290.

⁵ Cfr. G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1836.

⁶ In tema G. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 191.

⁷ Si è osservato come convenga, alla fine, esaminare in sé la cancellazione rinunciando ad ogni inquadramento e limitandosi a prendere atto che siamo dinanzi ad una di quelle ipotesi in cui la legge *particolare* attribuisce all'iscrizione una efficacia maggiore di quella dichiarativa, perché ha

Ed, infatti, ha previsto che una volta cancellata la società, questa si estingue *ipso facto*, come desumibile chiaramente dall'espressione “.. *ferma restando la estinzione della società...*” utilizzata nel corpo dell'art. 2495 c.c.⁸

La novella ha voluto, in questo modo, rimarcare l'efficacia estintiva della cancellazione rispetto alle precedenti interpretazioni che esigevano, al contrario l'effettivo “esaurimento” di tutti i rapporti pendenti.

Secondo i primi commentatori doveva ritenersi così sopito il contrasto emerso in dottrina ed in giurisprudenza tra *liquidazione formale*, rappresentata dalla cancellazione dal registro e *liquidazione sostanziale*, coincidente con la definizione di tutti i rapporti pendenti, attivi e passivi⁹. Il

come effetto di modificare una situazione giuridica preesistente (M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007, 4, 82).

⁸ Già prima della riforma, parte della dottrina negava che l'adempimento di tutti i debiti sociali fosse condizione per ottenere l'estinzione della società, la quale al contrario doveva conseguire alla semplice iscrizione nel registro delle imprese della domanda di cancellazione. A tale conclusione si arrivava sulla base della considerazione che «se si dovesse considerare il soddisfacimento di tutte le pretese creditorie esistenti verso la società condizione necessaria perché questa possa estinguersi, non potrebbero, per definizione, sopravvivere alla sua estinzione creditori sociali insoddisfatti e, in quanto tali, legittimati ad agire nei modi e nei limiti di cui all'art. 2456, II comma c.c., il che porterebbe necessariamente alla tacita abrogazione della norma con l'ulteriore conseguenza che anche l'azione a carico dei liquidatori, prevista in questa norma, sarebbe un nostrum giuridico inavvertitamente e inutilmente sfuggito al nostro legislatore ...» (A. ZAGARESE, *Sopravvenienze passive e responsabilità del liquidatore ex art. 2456*, in *Giur. comm.*, 2002, 384).

⁹ Al riguardo L. PARRELLA, *sub art. 2495*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, 305. Sembra così superato l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui «l'atto formale di cancellazione di una società commerciale dal registro delle imprese non ne determina l'estinzione ove non siano ancora esauriti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e da questa intrattenuti con i terzi. Ne consegue, allora, che qualora, nel corso delle operazioni di liquidazione, sia stata omessa la definizione di un determinato rapporto, il creditore, oltre che agire in via sussidiaria nei confronti dei soci pro quota può anche esperire azione autonoma e diretta contro la società, in persona del liquidatore, allo scopo di far valere nei confronti della medesima il proprio credito rimasto insoddisfatto» (Cass. 18 agosto 2003, n.12078, *Mass. giur. it.*, 2003; nello stesso senso cfr. App. Milano, 12 marzo 2003, *Società*, 2004, 469, nota di M.C. LUPETTI, *Cancellazione dal registro delle imprese e momento estintivo delle società di persone*; Cass., 22 novembre 2002, n.16486, *Guida al Diritto*, 2003, 1, 86; Trib. Verona, 10 luglio 2001, *Dir. fall.*, 2001, II, 1277, nota di A. DE MAIO, *Cancellazione della società dal registro delle imprese e sussistenza di rapporti giuridici*; Cass. 4 ottobre 1999, n.11021, *Mass. giur. it.*, 1999). Tuttavia, va osservato che anche prima della riforma una certa giurisprudenza di merito riteneva che “... per ottenere la cancellazione dal registro delle imprese di una società in liquidazione è necessario e sufficiente che si sia provveduto all'approvazione del bilancio finale di liquidazione, mentre invece non occorre che risulti l'effettiva definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti...” (Trib. Vercelli, 5 luglio 2002, *Società*, 2003, 221). Secondo altra impostazione anche in presenza di debiti sociali non ancora estinti, la cancellazione della società è legittima a condizione che “...a richiederla siano stati i liquidatori, nel caso in cui si sia proceduto alla liquidazione o gli amministratori nell'ipotesi in cui lo scioglimento non sia stato seguito da tale adempimento...”

dettato normativo, infatti, parrebbe indicare in modo inequivocabile che la cancellazione determini anche l'estinzione della società¹⁰.

In realtà, il problema è apparso negli ultimi anni tutt'altro che risolto. Se nessun dubbio sorge qualora non vi siano da definire rapporti pendenti o non vi sia continuazione dell'attività, si continua a discutere delle questioni che si presentano nel caso in cui rapporti o attività sopravvivano o sopravvengano alla cancellazione. Ci si chiede in particolare se in questi casi gli effetti dell'estinzione siano "tombali" o se trovino accessi soluzioni differenti.

Per delineare i possibili *macroscenari* è opportuno procedere per gradi ed analizzare le varie ipotesi, tentando di comprendere quali soluzioni siano più conformi all'ordinamento.

3. La richiesta di cancellazione.

Innanzitutto sul piano della legittimazione (e dell'onere) alla richiesta di cancellazione, la legge non fissa il termine entro il quale i liquidatori – una volta approvato il bilancio finale di liquidazione – debbano provvedere a tale adempimento.

Si deve tuttavia ritenere che l'obbligo di diligenza professionale imponga ai liquidatori di presentare *senza indugio* la domanda, dopo l'approvazione del bilancio, e tenendo conto esclusivamente dei tempi tecnici necessari a tal fine.

Secondo una certa impostazione, legittimati a richiedere la cancellazione della società sarebbero anche i sindaci, in caso di inerzia dei liquidatori, ovvero il notaio che abbia redatto il verbale della riunione dei soci

(Trib. Parma, 06 dicembre 2001, *Società*, 2002, 565, con nota di D. FINARDI, *Requisiti di legittimità per la cancellazione di società dal registro delle imprese*; Trib. Verona, 23 luglio 2001, in *Nuovo dir.*, 2001, 919). Si veda in tema G. NICCOLINI, *sub art. 2495,c.c.*, op.cit., 1838 s.(secondo cui l'ufficio del registro delle imprese ha titolo per riscontrare l'attuazione formale del procedimento di liquidazione, l'iscrizione della cancellazione dovrà essere rifiutata quando siano state omesse le formalità di detto procedimento - apertura e conduzione di esso, deposito e approvazione del bilancio finale - così come quando *per tabulas* risulti che vi siano creditori insoddisfatti).

¹⁰ In tal senso già F. FIMMANÒ, *La fase dell'estinzione*, in F. FIMMANÒ – C. ESPOSITO – L. TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 356. A. SANTUS - G. DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 3, 631.

nell'ipotesi in cui l'approvazione del bilancio finale di liquidazione fosse “..demandata all'approvazione dell'assemblea straordinaria”¹¹.

L'ufficio del registro delle imprese, da parte sua, dovrà eseguire la cancellazione, limitandosi ad un controllo meramente formale della documentazione, in modo da verificare l'avvenuta approvazione del bilancio finale, senza spingersi a sindacare l'iscrizione in ragione dell'esistenza o meno di passività esposte nel bilancio stesso.

In altri termini, laddove sia stato approvato il documento contabile finale e, sebbene da questo emergano ancora delle passività, l'ufficio del registro deve provvedere alla cancellazione, senza poter in alcun modo valutare il merito o la legalità sostanziale della vicenda¹².

La tutela dei creditori è infatti rimessa alla specifica capacità di monitoraggio ed azione degli stessi, indirizzandosi tanto nei confronti dei soci, laddove questi abbiano ricevuto riparti, quanto dei liquidatori in ipotesi di loro inottemperanze o violazioni.

D'altra parte, poi, come facilmente desumibile dall'art. 2495 c.c., l'estinzione della società non è inibita dall'esistenza di debiti visto che il legislatore prende in considerazione l'ipotesi che la società si estingua, nonostante il mancato pagamento dei creditori sociali, sancendo

¹¹ Cfr. V. DE CASTELLO, *Intervento dell'autorità giudiziaria in materia di cancellazione di società di capitali dal registro delle imprese*, Riv. not., 1988, 173 e 175, nt. 27. Nello stesso senso G. NICCOLINI, *sub art. 2495 c.c.*, cit., 1837, nt. 3, (per il quale la legittimazione del notaio si potrebbe ipotizzare soltanto laddove questi abbia redatto il verbale dell'assemblea straordinaria che abbia approvato all'unanimità e non a maggioranza il bilancio finale di liquidazione. Questo in virtù dell'osservazione che una clausola statutaria che attribuisse all'assemblea straordinaria il potere di approvare a maggioranza, e non all'unanimità, il bilancio finale di liquidazione dovrebbe considerarsi nulla).

¹² Secondo una certa dottrina, invece, la tutela (indiretta) dei creditori sociali nella fattispecie dell'estinzione della società è attribuita, oltre che dal procedimento di liquidazione, dal controllo svolto da parte del registro delle imprese al momento dell'iscrizione della cancellazione (artt. 2189, comma 2°, c.c. e 11, comma 6°, d.p.r. 581 del 1995): tale controllo dovrebbe infatti «ritenersi più ampio di quello effettuato nei confronti degli atti soggetti a controllo notarile. La tutela (indiretta) dei creditori è inoltre garantita dall'eventuale esame successivo compiuto dal giudice del registro delle imprese, che può disporre la cancellazione d'ufficio (art. 2191 c.c.) della iscrizione (in questo caso: della cancellazione), anche sulla base di un'eventuale richiesta in questo senso del liquidatore. La cancellazione d'ufficio può essere infatti ordinata nel caso in cui l'iscrizione (della cancellazione della società) sia avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge; in tal caso il giudice del registro provvede con decreto dopo aver sentito «l'interessato» (non chiunque vi abbia interesse!), ossia il liquidatore o, come si vedrà, uno dei soci; non, invece, i creditori sociali» (così M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in Riv. soc., 2004, 527 s.).

espressamente “...ferma restando l'estinzione della società...i creditori insoddisfatti...”¹³.

Come si vede, allora, estinzione della società ed esistenza di debiti sono fattispecie *ontologicamente* compatibili, sicché la persona giuridica può estinguersi anche in presenza di passività attuali o potenziali¹⁴.

Del resto se l'ufficio avesse il potere-dovere di controllare l'esistenza di tali passività prima di procedere alla cancellazione, almeno *ex actis*, non si spiegherebbe la disposizione di cui all'art. 2490, comma 6, c.c., a tenore della quale la cancellazione della società è disposta d'ufficio laddove per oltre tre anni consecutivi non sia stato presentato il bilancio di esercizio. In questa, ipotesi, infatti, la cancellazione avviene a prescindere dalla disamina della posizione debitoria della società stessa, in ossequio ad una mera esigenza di efficienza del traffico giuridico-economico.

Per questo, l'ufficio del registro delle imprese dovrà limitarsi al controllo della regolarità formale e cioè di esistenza, veridicità e tipicità dell'atto e non dei fatti e contegni presupposti¹⁵.

¹³ Si è osservato che «la scelta legislativa esclude, appunto, che dopo la cancellazione i creditori insoddisfatti possano chiedere il pagamento a soggetti diversi dai soci e dai liquidatori, nei limiti e nei modi previsti dalla norma, e che possano invocare il mancato pagamento per ottenere la “reiscrizione” della società, o, comunque, affermarne la sopravvivenza» (M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 90).

¹⁴ Il legislatore ha dunque scelto di privilegiare, tra i vari interessi, la certezza dei rapporti giuridici che sarebbe compromessa ammettendo la permanenza in vita della società senza limite temporale nonostante la cancellazione, sebbene tale scelta lasci molti dubbi perché non è idonea a tutelare adeguatamente i creditori sociali. (così, D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese*, in *Le Società*, 2010, 8, 1015).

¹⁵ Il conservatore del registro può verificare solo se ciò che viene affermato dal richiedente nella domanda di iscrizione corrisponda alla verità. Il controllo di esistenza e veridicità sugli atti di natura negoziale, si concretizza nella identificazione del negozio (c.d. controllo di tipicità) ovvero nella verifica della corrispondenza dell'atto ad un tipo per il quale il legislatore ha previsto l'iscrizione, nell'accertamento in base alla documentazione prodotta della sua reale esistenza ed autenticità e della corrispondenza tra contenuto dell'atto e contenuto della domanda. Si deve escludere invece che il controllo possa estendersi alla verità sostanziale di ciò che è riportato nell'atto, a differenza di quanto accade in caso di richiesta di iscrizione di fatti o comportamenti. Nell'ambito del controllo di esistenza rientra anche la verifica dell'avvenuta previsione nell'atto da iscrivere di tutti gli elementi ed i dati richiesti dalla legge ai fini pubblicitari. Al riguardo va rilevato che le eventuali omissioni precludono l'iscrizione soltanto quanto non esistono specifiche norme suppletive. Va escluso che l'ufficio del registro possa esercitare sugli atti negoziali anche un controllo concernente la loro legittimità sostanziale o comunque validità vista la natura eminentemente amministrativa dell'attività svolta dall'ufficio del registro che evidentemente preclude l'estensione del controllo a profili che rientrano nella competenza del giudice ordinario in sede contenziosa (cfr. in tema F. FIMMANÒ, *Il procedimento di iscrizione nel registro delle Imprese su domanda*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, 900 s.). Una certa giurisprudenza di merito a causa dell'omessa indicazione di un debito della società in un bilancio intermedio di liquidazione e nel bilancio finale di liquidazione ha dichiarato la nullità dei due bilanci e

E' chiaro che l'impostazione scelta pone una serie di problemi applicativi sul piano degli effetti dell'estinzione.

4. Le passività sopravvissute alla cancellazione.

Il mancato riferimento, nell'art. 2495 comma 2 c.c., alla società come soggetto destinatario della pretesa dei creditori sociali non soddisfatti agli esiti del procedimento di liquidazione, conferma che non esiste più, dopo la cancellazione, un patrimonio sociale distinto da quello personale dei soci.

I creditori sociali non soddisfatti, infatti, possono far valere i loro crediti soltanto nei confronti dei soci e, ciò fino a concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione¹⁶, ovvero nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi¹⁷. Sicché saranno costretti a concorrere con i creditori particolari del socio per ottenere quanto loro dovuto dalla società estinta, nei limiti tuttavia della quota di

conseguentemente la nullità (derivata) degli atti di liquidazione del patrimonio sociale che sulla loro base erano stati assunti (Trib. Gorizia, 31 maggio 2006, in *Dir. fall.*, 2008, 2, II, 215 con nota di P. BUTTURINI, *Nullità dei bilanci di liquidazione, nullità degli atti da questi derivati e prescrizione dell'azione del creditore insoddisfatto*).

¹⁶ Il creditore sociale insoddisfatto può dunque soddisfarsi sul patrimonio del debitore e secondo la valutazione che di questo fu legalmente stabilita al momento dell'estinzione. D'altra parte i soci non sono tenuti a soddisfare i creditori sociali in quanto loro debitori, ma soltanto in quanto titolari di un bene destinato al soddisfacimento del loro credito. Non potendo dunque considerare, anche dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese, gli ex soci, debitori dei creditori sociali insoddisfatti, la loro responsabilità non può essere solidale, sicché ciascuno di essi è tenuto a soddisfare le pretese dei creditori sociali soltanto fino a concorrenza del valore della quota da questi ricevuta, come risultante dal bilancio finale di liquidazione. Sul tema si veda R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 280. In termini diversi M. VAIRA, *sub art. 2484 ss.*, in *Il nuovo diritto societario*, Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 2147, nota 34, (secondo cui lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché agli altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione)».

¹⁷ Cfr. Trib. Rovereto, 16 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 2, II, 443 con nota di F. MOIETTA, *Responsabilità del liquidatore e tutela risarcitoria del terzo direttamente danneggiato*. Questa giurisprudenza afferma che compito del liquidatore è quello di accertare la vera situazione patrimoniale della società in liquidazione tenendo conto delle effettive attività e passività (Cass. 19 dicembre 1963, n. 3193, proprio in tema di mancata soddisfazione di un creditore sociale) e che il liquidatore deve agire con la diligenza del mandatario (Cass. 9 agosto 1977, n. 3652).

liquidazione che a questi sia stata versata sulla base del bilancio finale di liquidazione¹⁸.

Una specifica ipotesi di responsabilità dei liquidatori verso i creditori sociali è sancita proprio dall'art. 2491 c.c.¹⁹. La loro responsabilità rappresenta una ipotesi di lesione del diritto di credito che si ravvisa laddove gli stessi abbiano effettuato il riparto pur essendo consapevoli - ovvero dovendolo essere sulla base della diligenza professionale - dell'esistenza di passività anche solo potenziali²⁰. Così, il liquidatore di una società cancellata dal registro delle imprese può essere chiamato a rispondere nei confronti dei creditori sociali insoddisfatti laddove questi dimostrino l'esistenza, nel bilancio finale di liquidazione, di una massa attiva dallo stesso distribuita ai soci, oppure che la mancanza di tale massa attiva sia imputabile alla sua negligenza²¹ od inottemperanza ai doveri imposti dalla natura e dalle finalità del procedimento di liquidazione²². Nel caso in cui siano state effettuate

¹⁸ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2004, 455; V. BUONOCORE, *La fine dell'impresa societaria a base capitalistica*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, (per il quale dopo la cancellazione non esiste più una società in quanto viene meno la sua più tangibile manifestazione e cioè l'esistenza di un patrimonio sociale autonomo, distinto da quello personale dei soci, sul quale i creditori sociali possono soddisfarsi. Questa efficacia costitutiva della cancellazione presuppone ovviamente che il procedimento di liquidazione si sia regolarmente svolto). Nel medesimo senso Trib. Monza, 12 febbraio 2001, *Giur. comm.*, 2002, II, 91, con nota di A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*.

¹⁹ Si è osservato che l'art. 2491 c.c. prevede una specifica responsabilità verso i creditori sociali per non aver richiesto ai soci i versamenti ancora dovuti e per aver distribuito acconti senza che si verificassero le condizioni di cui allo stesso articolo. È evidente la necessità di coordinare questa norma con l'art. 2394 c.c. che regola la responsabilità degli amministratori (e dei liquidatori) verso i creditori sociali (M. PORZIO, *La cancellazione*, cit., 95). In ogni caso, «il codice non fissa alcun limite quantitativo all'ammontare degli acconti di liquidazione che i liquidatori possono distribuire. Anche questo è un segno della scelta di fondo del legislatore di riconoscere ai liquidatori un potere maggiore di quello di cui essi godevano nel passato regime, valorizzando le loro competenze e la loro professionalità» (così E. SCIMEMI, *I poteri dei liquidatori di società di capitali nella distribuzione dell'attivo*, in *Società*, 2008, 3, 299).

²⁰ Cfr. Trib. Milano, 14 novembre 2007, in *Società*, 2009, 8, 1045 con nota di M.P. FERRARI, *Responsabilità del liquidatore per omessa considerazione di un debito*. La citata sentenza ha escluso, tuttavia, la responsabilità del liquidatore verso i creditori della società, in quanto il mancato pagamento del debito sociale era riconducibile all'assenza di qualsiasi risorsa economica necessaria per potervi provvedere.

²¹ Cfr. Trib. Roma, 19 maggio 1995, *Foro It.*, 1996, I, 2258.

²² L'azione di responsabilità verso i liquidatori deve essere esercitata dai creditori insoddisfatti entro il termine perentorio di cinque anni decorrenti dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società. Tale conclusione si impone in quanto la responsabilità dei liquidatori è disciplinata - in virtù del rinvio operato dal II comma dell'art. 2489 c.c. - mediante l'applicazione delle stesse disposizioni - e nei limiti di quanto non sia espressamente previsto dalle norme speciali dettate dal legislatore in materia di liquidazione - che regolamentano la responsabilità degli amministratori. Ciò consente di applicare anche nei confronti dei liquidatori

operazioni fraudolente nella fase della distribuzione dell'attivo, a tutela dei creditori danneggiati sussistono sempre i normali mezzi di conservazione del patrimonio a partire dall'azione revocatoria²³.

La responsabilità dei soci, sussistente a certe condizioni e sulla base di specifici presupposti, trova una precisa ragione nel fatto che il diritto del creditore non può venir meno definitivamente a causa della cancellazione del debitore²⁴. Appare quindi condivisibile l'orientamento secondo cui, venuta meno la società, i soci diventino gli effettivi titolari dei debiti sociali nei limiti della responsabilità che essi avevano secondo il tipo prescelto²⁵. Quindi nelle società di persone la responsabilità illimitata resta tale anche dopo la cancellazione, secondo il dettato dell'art. 2312, venendo anzi a mancare il beneficio della preventiva escussione²⁶. Al contrario, i soci di società di capitali continuano a godere di una limitata responsabilità anche dopo l'estinzione della persona giuridica, rispondendo delle c.d. sopravvenienze passive nei limiti dei conferimenti rimborsati²⁷ e delle quote

l'art. 2949, II comma, c.c. che estende espressamente all'azione di responsabilità dei creditori sociali il termine breve prescrizione quinquennale operante in materia di rapporti sociali, previsto dal primo comma dello stesso articolo (Trib. Verona, 19 giugno 2001, *Giur. comm.*, 2002, II, 376).

²³ M. SPERANZIN, *L'estinzione della società di capitali*, cit., 528.

²⁴ G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, cit., 1842, il quale evidenzia che «ogni socio risponde fino a concorrenza di quanto percepito in sede di liquidazione perché, limitata essendo la sua responsabilità, egli non è tenuto a sopportare a società estinta un sacrificio economico maggiore (ossia a partecipare al rischio di impresa in misura più intensa) di quello che era tenuto a sostenere *manente societate*». Sul tema cfr. M. SPIOTTA, *Prescrizione dell'azione del creditore sociale insoddisfatto contro i soci della società estinta*, in *Giur. comm.*, 2004, 4, 393.

²⁵ In tal senso, tra gli altri, B. QUATRARO, *Lo scioglimento e la Liquidazione delle società di capitali*, in Atti del Convegno *Forum Riforma Diritto Societario*, Milano, 10-11-12-13-14 Febbraio 2002, 44- 45. Secondo Trib. Roma 19 maggio 1995, in *Foro it.*, 1986, I, 2258, il liquidatore può essere chiamato a rispondere nei confronti di un creditore insoddisfatto, solo a condizione che questi dimostri l'esistenza nel bilancio finale di liquidazione, di una massa attiva che sarebbe stata sufficiente a soddisfare il suo credito ed è stata invece distribuita ai soci oppure di una condotta colposa e dolosa del liquidatore cui sia imputabile la mancanza di tale massa attiva. Secondo Trib. Firenze, 7 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 562, i liquidatori devono osservare la *par condicio* nel pagamento dei debiti sociali, allorché l'entità dell'attivo non consenta di soddisfare integralmente le ragioni dei creditori; con la conseguenza che, contravvenendo a tale organo, essi rispondono personalmente della differenza tra quanto i singoli creditori avrebbero potuto percepire in applicazione di un corretto criterio di ripartizione proporzionale e quanto hanno ricevuto in concreto.

²⁶ G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 338 ove si rileva come «la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali non è un fatto contingente, eliminabile con un colpo di spugna dal socio».

²⁷ F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 503.

di liquidazione²⁸ oltre che degli eventuali acconti percepiti²⁹ e dei conferimenti non ancora eseguiti³⁰.

Si può osservare come la dottrina, nel tempo, non sia stata concorde nell'individuare il titolo in forza del quale i soci sono responsabili nei confronti dei creditori sociali. Secondo una prima ricostruzione non vi sarebbe successione a titolo universale o particolare nei debiti sociali, poichè l'obbligazione degli *ex* soci ha un oggetto diverso da quello preesistente in capo alla società, in quanto circoscritta alla quota di liquidazione. Se vi fosse successione nel debito il soggetto che subentra si troverebbe nella medesima posizione del debitore precedente³¹.

Se ai soci si riconoscesse la natura di successori universali, inoltre, dovrebbe essere applicata la disposizione contemplata dall'art. 754 c.c. che prevede una deroga al principio generale in tema di solidarietà passiva. Dunque i creditori sarebbero costretti ad agire nei confronti di tutti i soci correndo il rischio dell'eventuale insolvenza di alcuni di essi³².

La successione a titolo universale non sarebbe, tuttavia, in contrasto con l'attribuzione di singoli beni, nel caso in cui questi vengano assegnati come quota del patrimonio. L'attribuzione di determinati beni a titolo universale ha una funzione rappresentativa della quota del patrimonio in cui si subentra così da determinare l'acquisto *pro quota* da parte del successore³³. Sarebbe

²⁸ Il Tribunale di Milano ha affermato che il nuovo testo dell'art. 2495 c.c. stabilisce in modo inequivoco che la cancellazione della società (nella specie una s.r.l.) dal registro delle imprese ne comporta l'estinzione. È quindi superato il precedente orientamento secondo cui l'effetto estintivo della società si verificava soltanto con la definizione di tutti i rapporti pendenti. Di conseguenza, i creditori insoddisfatti possono agire nei confronti degli *ex* soci nei limiti di quanto da essi ottenuto a seguito della liquidazione, o contro i liquidatori se il mancato adempimento dipende da colpa di costoro (Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2007, 6, 763, con nota di M. LUBRANO DI SCORPANELLO, *Cancellazione dal registro delle imprese ed estinzione della società dopo la riforma*).

²⁹ C. PASQUARIELLO, *sub art. 2495*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, III, 2288. Contro le "estinzioni frodatorie" e quindi «le distribuzioni dell'attivo di liquidazione che non rispettino la previa soddisfazione dei creditori sociali, quest'ultimi possono del resto far valere preventivamente i normali strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale (sequestro conservativo, pignoramento, azione revocatoria, nonché richiedere un provvedimento ex art. 700 c.p.c. per bloccare la divisione del patrimonio effettuata senza il preventivo pagamento dei creditori, oltre alla possibilità di agire successivamente nei confronti dei soggetti responsabili ex art. 2495 c.c.». (così, M. SPERANZIN, *L'estinzione*, cit., 528)

³⁰ G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, cit., 1844.

³¹ P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvivenze attive: opportunità e legittima riapertura della liquidazione*, in *Società*, 2008, 7, 893.

³² L. PARRELLA, *sub art. 2495*, cit., 307.

³³ M. SPERANZIN, *L'estinzione*, cit., 535. che osserva come «la ricostruzione del fenomeno in esame alla stregua di una successione universale a seguito del piano di riparto è conforme del resto alla ricostruzione più approfondita della divisione e degli atti divisionali».

comunque preferibile parlare di successione *tout court*, piuttosto che di successione a titolo universale, in quanto il soggetto estinto è una persona giuridica e non fisica e quindi si potrebbe rischiare di dover giustificare la mancata applicazione del diritto successorio³⁴.

A fronte di tali argomentazioni, è stato tuttavia osservato come il socio sia responsabile più esattamente, in forza del contratto di società e non tanto per le ragioni sopra descritte. Infatti, anche se la società viene cancellata, non può per questo motivo restare incompiuto il programma relativo all'esercizio di un'attività di impresa attraverso la destinazione di un patrimonio. Tale ipotesi si verificherebbe, a danno dei terzi, qualora i soci venissero liberati dei conferimenti ancora dovuti. Così, la fonte della responsabilità del socio nei confronti del terzo creditore sarebbe da individuare proprio nell'impegno assunto nei suoi confronti³⁵.

Se si osservano infine le norme dettate in materia tributaria³⁶, si evince che in caso di crediti nei confronti del fisco vi è una più ampia responsabilità. I liquidatori saranno infatti responsabili anche in relazione ai periodi antecedenti alla liquidazione qualora abbiano soddisfatto creditori di ordine inferiore rispetto a quelli tributari. I soci, dal canto loro, saranno responsabili per quanto ricevuto non soltanto nel periodo della liquidazione, ma anche nei due periodi di imposta antecedenti alla liquidazione. La responsabilità prevista per i liquidatori è poi estesa anche agli amministratori che abbiano occultato attività o compiuto operazioni liquidatorie sempre nei due periodi di imposta precedenti³⁷. Si tratta poi di stabilire nelle diverse fattispecie concrete quali operazioni gestionali abbiano avuto natura dissolutiva e quali no³⁸.

³⁴ A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., 110.

³⁵ Si è affermato che il diritto del creditore soggiace allo stesso regime di prescrizione cui sarebbe soggetto se fosse stato azionato, anziché verso il socio, nei confronti della società (G. NICCOLINI, *sub art. 2495 c.c.*, cit., 1845). In linea con questa posizione sembra quella di M. PORZIO, *La cancellazione*, cit., 94, secondo il quale questa responsabilità non è altro che la prosecuzione della responsabilità per le obbligazioni sociali assunta dai soci con la creazione della società.

³⁶ Al riguardo appare opportuno segnalare l'art. 36 del D.P.R. 602/73 che recita: «i liquidatori dei soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche che non adempiono all'obbligo di pagare, con le attività della liquidazione, le imposte dovute per il periodo della liquidazione medesima e per quelle anteriori rispondono in proprio del pagamento delle imposte se soddisfano crediti in ordine inferiore a quelli tributari o assegnano beni ai soci o associati senza avere prima soddisfatto i creditori tributari. Tale responsabilità è commisurata all'importo dei crediti di imposta che avrebbero trovato capienza in sede di graduazione dei crediti (...)».

³⁷ C. PESSINA, *La responsabilità per le imposte non versate da società estinte e dai soci dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2010, 5, 69.

³⁸ Si pensi al caso di dismissioni di talune attività sociali in pendenza di continuazione dell'attività, magari rese opportune al fine di tagliare rami improduttivi oppure in previsione di un possibile

5. Il problema delle sopravvivenze attive.

L'ipotesi di *sopravvivenze o sopravvenienze* attive, esistenti alla data della cancellazione o rinvenute in un momento temporale successivo, non viene espressamente disciplinata dal legislatore³⁹. L'art. 2495 dopo aver affermato che "resta ferma l'estinzione" fa riferimento solo ai creditori e quindi alle sopravvenienze passive e non a quelle attive.

Rispetto al definitivo effetto estintivo potrebbe emergere l'opportunità di *far tornare in vita* la società al fine di poter gestire in maniera ottimale il patrimonio sopravvenuto e garantire anche una migliore tutela agli eventuali creditori e comunque limitare il c.d. effetto tombale della cancellazione rispetto solo ai creditori sociali.

Vanno allora preliminarmente distinte due ipotesi: le *sopravvivenze* sono le attività emerse dal bilancio di liquidazione che non sono state ripartite tra i soci; viceversa, le *sopravvenienze* sono le attività non compiutamente venute ad esistenza e che non emergono dal bilancio, rappresentando nuovi elementi patrimoniali attivi⁴⁰. Tutt'altro che remoti, infatti, sono i casi in cui, ad esempio, crediti potenziali emergano solo a seguito di un'azione giudiziaria⁴¹.

In relazione alle società di persone, acclarato che la presenza di attività non compromette la cancellazione della società, si è orientati ad affermare, da un lato, la successione dei soci, e, dall'altro, una contitolarità degli stessi rispetto al bene sopravvenuto⁴².

Al contrario, nelle società di capitali, parte della dottrina ritiene che, qualora dopo la cancellazione vi siano ancora posizioni attive, si dovrebbe procedere a revocare la cancellazione della società ai sensi dell'art. 2191 c.c.⁴³ in quanto avvenuta prima della conclusione della liquidazione. A

recupero dell'economicità aziendale, poi verificatasi impossibile e quindi inesorabilmente si è giunti alla deliberazione di scioglimento della società (così C. PESSINA, *op. cit.*, 69).

³⁹ G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, cit., 1841.

⁴⁰ M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, 4, 824, nt. 1.

⁴¹ In tal caso sembra preferibile mettere in liquidazione la società, anche se sussiste un eventuale credito, in quanto l'esito del giudizio si potrebbe conoscere dopo molto tempo e sarebbe oneroso mantenere comunque attiva la società in tale periodo (V. SANGIOVANNI, *Estinzione delle società di capitali e attività e passività residue*, in *Notariato*, 2009, 6, 683).

⁴² G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 341.

⁴³ M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit., 837, il quale afferma «che

sostegno di tale impostazione c'è la considerazione che i creditori sarebbero notevolmente gravati di ulteriori oneri qualora costretti ad agire nei confronti dei soci e dei liquidatori, in particolare nel caso in cui la società presenti sopravvenienze o sopravvivenze attive. Al contrario, evidentemente, sarà più agevole agire proprio nei loro confronti nel caso in cui la società sia priva di attività.

Tuttavia, la possibilità di revocare la cancellazione in presenza di attività sembra collidere con la previsione legislativa dell'art. 2490, comma 6, c.c., ove è previsto che sono cancellate d'ufficio le società che non hanno depositato per tre anni consecutivi il bilancio⁴⁴. In tal caso, infatti è ammessa, implicitamente, la possibilità di una cancellazione anche in presenza di attivo⁴⁵. Anche se è arduo sostenere che una cancellazione effettuata al solo fine di eliminare società non più attive possa pregiudicare, con una estinzione definitiva, in maniera così incisiva i diritti dei creditori⁴⁶.

Parte della giurisprudenza ha fatto propria la soluzione interpretativa appena descritta affermando che nel caso di sopravvivenze (o sopravvenienze) la cancellazione della società non sarebbe avvenuta nel rispetto delle condizioni previste dalla legge in quanto compiuta prima della conclusione del procedimento di liquidazione. Per l'effetto, secondo tale

la liquidazione non sia completata (e che quindi non si possa cancellare legittimamente la società) fino a che vi siano sopravvivenze attive, note o ignote che esse siano. Quando vi siano tali sopravvivenze o sopravvenienze *attive* la cancellazione della società potrebbe dunque essere cancellata d'ufficio, col meccanismo dell'art. 2191 c.c.». Recita l'art. 2191 c.c. che «se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione».

⁴⁴ «Il termine di cui all'art. 2490 c.c. (...) deve ritenersi maturato quando sia superato di un giorno il termine per il deposito del terzo bilancio di liquidazione senza che siano stati depositati i due bilanci immediatamente precedenti» (così Trib. Brindisi, 21 luglio 2010, in www.ilcaso.it, con massima di F. BENASSI). Si osserva, peraltro, come non spetta al Conservatore, ma al Giudice del registro stabilire se il mancato deposito per un triennio costituisca una presunzione *iuris et de jure* o una presunzione *iuris tantum* di inattività della società ed anche se la cancellazione sia il provvedimento conseguente alla inattività della società e, quindi, conseguenza di un atto volontario del liquidatore, anche se omissivo, o, al contrario, costituisce un fatto giuridico di per sé produttivo degli effetti estintivi che la legge prevede (in tal senso, Trib. Lodi, 23 novembre 2010, in www.ilcaso.it con massima di L. DE SIMONE).

⁴⁵ Ma, in realtà, la cancellazione d'ufficio potrebbe avvenire nell'ipotesi in cui non vi sono né attività né passività, e in questo caso, dunque il problema non si porrebbe. Nel caso poi di disinteresse o contrasto tra i soci, o inerzia del liquidatore la cancellazione della cancellazione potrebbe servire per sostituire il liquidatore o per porre in essere altre operazioni in grado di definire effettivamente la liquidazione.

⁴⁶ Così C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. soc.*, 2008, 5, 955, il quale osserva altresì «che lo stesso art. 10 l. fall. (...) in un certo senso disconosce quell'effetto, ammettendo la prova della prosecuzione dell'attività e confermando che quella cancellazione non può essere messa sullo stesso piano di una cancellazione collocata in chiusura del procedimento di liquidazione».

impostazione dovrebbe ordinarsi la cancellazione di tale iscrizione così da far venire a mancare, *ex tunc*, l'effetto costitutivo⁴⁷ e ciò in particolare a seguito di cancellazione d'ufficio a norma dell'art. 2490 c.c. per mancato deposito del bilancio per tre anni consecutivi⁴⁸.

In realtà appare difficile negare l'effetto estintivo e immaginare di poterlo eliminare attraverso la cancellazione della cancellazione in forza, come visto, delle disposizioni di cui all'art. 2191 c.c.⁴⁹, anche se il riferimento dell'effetto estintivo alla disciplina delle sole azioni dei creditori, potrebbe effettivamente lasciare un varco alla "resurrezione" della società in caso di sopravvenienze attive ed in particolare a seguito di cancellazione d'ufficio.

Peraltro, se si aderisse a tale impostazione, si dovrebbe affermare che la definitiva estinzione della società si verificherebbe – *in modo del tutto asimmetrico* - soltanto in presenza di sopravvenienze passive e, al contrario, non sarebbe irreversibile nel caso di emersione di attività patrimoniali dopo l'approvazione del bilancio finale di liquidazione⁵⁰.

Dunque, appare preferibile aderire all'orientamento secondo cui, in tal caso, rimanendo irreversibile l'estinzione della società⁵¹, nasce una comunione dei beni sopravvenuti alla cancellazione⁵².

⁴⁷ Trib. Como, 24 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 700 con nota di A. PANDOLFI, *L'estinzione della società di capitali e il problema delle sopravvivenze e delle sopravvenienze attive*; in *Società*, 2008, 7, 889 con nota di P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvenienze attive: opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione*, cit. ed in *Giur. comm.*, 2008, 6, II, 1247 con nota di A. ZORZI, *Sopravvenienze attive e cancellazione ex art. 2191 c.c. della cancellazione della società*.

⁴⁸ Tribunale Milano, 26 maggio 2010, in www.ilcaso.it secondo cui *Può essere disposta ex art. 2191 c.c. la cancellazione della cancellazione di una società a responsabilità limitata dal Registro Imprese, effettuata ai sensi dell'art. 2490, c.c., qualora emerga che la liquidazione non è terminata sussistendo ancora un patrimonio da liquidare, non ostandovi il disposto dell'art. 2495 c.c., trattandosi di cancellazione della società iscritta in assenza delle condizioni di legge*.

⁴⁹ Così C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., 955.

⁵⁰ V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, in *Società*, 2008, 8, 931.

⁵¹ Si è rilevato che «l'irreversibile estinzione della società, per effetto della sua cancellazione, non può che avere valore assoluto in quanto conseguente alla formalmente regolare conclusione del procedimento di liquidazione» (così V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, cit., 931). Nello stesso senso M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 90, secondo il quale «anche per le sopravvenienze attive, come per quelle passive, vale la regola che la loro scoperta non consente la reviviscenza o la persistenza della società. (...) estinta la struttura sociale, sui beni residui riappare la comunione tra i soci». Si è altresì osservato che in caso di sopravvenienze «il fatto che scompaia il soggetto titolare del credito (la società) non estingue il credito. Vi è mutazione "soggettiva" del rapporto (dalla società ai soci), ma non vi è mutazione "oggettiva" dello stesso. È ragionevole affermare che i crediti di cui è titolare la società si trasferiscano, con la sua cancellazione ed estinzione, in capo ai soci» (V. SANGIOVANNI, *Estinzione delle società*, cit. 687)

Occorre poi fare una distinzione a seconda del bene oggetto della sopravvenienza: se si tratta di un diritto reale si applicherà la norma dei cui all'art. 1100 c.c., al contrario nel caso in cui si tratti di crediti sussisterà una solidarietà attiva tra gli *ex soci*⁵³.

Non sembra, tuttavia, che gli *ex liquidatori* abbiano ulteriori obblighi nei confronti dei soci in relazione alle predette attività: dunque questi ultimi potranno agire per chiedere la nomina di un amministratore o di un curatore o chiedere la divisione del bene⁵⁴.

In ogni caso è necessario procedere ad un accertamento giudiziale volto a verificare l'effettivo valore dei beni sopravvissuti o sopravvenuti al fine di garantire una adeguata tutela per i creditori⁵⁵. Infatti il limite della responsabilità potrebbe essere calcolato non al valore assegnato, ma al valore dei beni trasferiti, anche non compresi nel bilancio di liquidazione in quanto ignoti o sopravvenuti⁵⁶.

Tuttavia, anche la soluzione appena offerta, in alcuni casi, non è priva di difficoltà applicative. Se non sussistono particolari problemi in relazione alla possibilità che venga ad esistenza una comunione tra i soci maggiori difficoltà possono invece sorgere nel caso in cui la società ormai estinta

⁵² G. NICCOLINI, *sub. art.2495, c.c., 1841*; M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 516. In senso contrario è stato osservato come sia «l'assenza di una disposizione di legge ad hoc che regoli la sorte delle sopravvivenze attive, nonché la difficoltà di individuare con precisione un titolo idoneo a determinare l'acquisto della proprietà di queste in capo agli *ex soci*, a far ritenere che la titolarità dei beni sopravvissuti sia ancora della società che non può, pertanto, dirsi compiutamente liquidata» (così P. D'ALESSANDRO, *Cancellazione della società e sopravvivenze attive*, cit. 896).

⁵³ M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 93.

⁵⁴ M. SPERANZIN, *L'estinzione*, cit., 540. In tal senso si segnala altresì la soluzione di V. SALAFIA, *Sopraavvenienza di attività*, cit., 931, che ritiene possibile «una soluzione simile a quella dell'eredità giacente, nella quale un complesso di beni e di rapporti, appartenuti ad una persona deceduta sono privi di titolare perché i chiamati alla successione non l'hanno ancora accettata. Su istanza degli interessati o anche d'ufficio il tribunale nomina un curatore speciale (...) La somiglianza di questa situazione a quella, oggetto del presente esame (...) consente di utilizzarne la relativa disciplina giuridica per analogia. Solo in tal modo si potrebbe rispettare la volontà della legge di non far risorgere la società ormai estinta e nello stesso tempo soddisfare il credito dei soci alla ripartizione del residuo patrimonio sociale (...)».

⁵⁵ Si pensi al caso di una società i cui creditori non siano stati «integralmente soddisfatti per l'insufficienza del residuo attivo. Se la società è soggetta a fallimento, e questo viene tempestivamente dichiarato, la successiva sopravvenienza attiva verrà appresa dal fallimento o, se questo si era chiuso per mancanza di attivo, ne determinerà la riapertura ...». (A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, cit., 116).

⁵⁶ A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., 117 ove raggiunge tale osservazione attraverso una applicazione analogica dell'art. 2504-*decies* c.c. che stabilisce regola analoga sulla responsabilità delle società in caso di scissioni.

debba prestare il proprio consenso per la cancellazione di un'ipoteca iscritta a garanzia di un credito sociale soddisfatto. In tale ipotesi, infatti, il problema appare di difficile soluzione in quanto è arduo immaginare in capo ai soci una comunione della titolarità del dovere di prestare tale assenso. La soluzione preferibile, pertanto, sarebbe quella di attribuire non soltanto alla società, ma anche all'ultimo liquidatore tale dovere⁵⁷.

6. L'effetto estintivo nelle recenti interpretazioni delle Sezioni Unite e le contraddizioni emerse nelle ultime due sentenze.

A nostro avviso comunque l'iscrizione della cancellazione delle società di capitali produce un effetto estintivo "tombale", anche là dove esistano ancora rapporti pendenti, attività o passività. La Suprema Corte si è ripetutamente pronunciata in tema negli ultimi anni scegliendo soluzioni, solo apparentemente univoche.

Per le società di persone si è in una prima fase continuato ad affermare che anche dopo l'iscrizione della cancellazione le stesse non si estinguono sino a quando non siano stati definiti tutti i rapporti ed i giudizi pendenti e, conseguentemente, non perdono la legittimazione processuale a seguito dell'avvenuta cancellazione⁵⁸ (peraltro non sono mancate pronunce orientate in tal senso anche per le società di capitali⁵⁹).

⁵⁷ Si è osservato come «anche se, in tal caso, si finirebbe forse per dover far comparire in atto solo il liquidatore, vista la difficoltà di identificare in atto la società, cui ormai non spetta un numero di registro delle imprese in quanto cancellata» (A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 632).

⁵⁸ Cass., 15 gennaio 2007, n. 646, in *Rep Foro it.*, 2007, 2168; Cass., 25 maggio 2006, n. 12114, in *Dir. e prat. soc.*, 5, 66, con nota di M. C. LUPETTI, *Conseguenze della cancellazione di società di persone dal Registro delle imprese*; Trib. Prato, ord. 6 agosto 2009, in *Società*, 2010, 5, 565 con nota di V. SALAFIA, *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495*. Afferma il Tribunale toscano che alla «cancellazione della società dal registro delle imprese e ai relativi adempimenti previsti dall'art. 2312 c.c. non consegua anche la sua estinzione, che è determinata, invece, soltanto, dall'effettiva liquidazione dei rapporti giuridici pendenti che alla stessa facevano capo, e dalla definizione di tutte le controversie giudiziarie in corso coi terzi per ragioni di dare-avere».

⁵⁹ Cass. 28 maggio 2004, n. 10314, in *Notariato*, 2005, 3, 244 con nota di N. TOSCANO, *Cancellazione dal registro delle imprese e riforma societaria* ove rileva che «la conclusione si giustifica, tuttavia, tenendo conto dell'art. 218 disp. trans. c.c. secondo cui le società poste in liquidazione alla data del 1 gennaio 2004 sono liquidate secondo le leggi anteriori. Qualora una norma simile non vi fosse stata, il sostenere ancora che la società continua ad esistere, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, non avrebbe avuto un proprio significato giuridico, perché contrastante con il dato normativo di segno opposto risultante dall'avvento della riforma societaria» (ivi, 248).

Questa posizione era però destinata a mutare. Un primo segnale è giunto infatti da una sentenza dei giudici di legittimità che, in linea con pronunce di merito⁶⁰, ha affermato l'efficacia estintiva della cancellazione, anche per le società personali⁶¹.

⁶⁰ In tema di cancellazione ed estinzione della società il nuovo testo dell'art. 2495 c.c. ha introdotto il principio per cui l'estinzione della società si produce in seguito alla formale cancellazione dell'ente dal registro delle imprese, con il conseguente superamento del principio giurisprudenziale consolidato nel passato secondo il quale la cancellazione della società dal registro delle imprese non ne determina l'automatica estinzione, che si verificava solo nel momento della completa definizione di tutti i rapporti giuridici che ad essa facevano capo (così Trib. Torino, 5 settembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 6, 1578 con nota critica di A. MIRENDA, *Verso l'eutanasia surrettizia della società di persone?* che osserva come «gravi appaiono, dunque, le conseguenze dell'applicazione analogica dell'art. 2495 c.c. alle società commerciali di persone. Ad essa si accompagnerebbe, una volta estinta la società (magari per volontà della sola maggioranza) (...) l'esposizione di tutti i soci, dissenzienti compresi, alla diretta azione recuperatoria del ceto creditorio, con sostanziale confisca del ricordato *beneficium excussionis* anche laddove residuasse ancora un patrimonio sociale. La lesione della garanzia interna appare, così, tanto evidente quanto ingiustificata».

⁶¹ Cass., 12 novembre 2008, n. 25192, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, 1485; in *Società*, 2009, 7, 877 con nota di S. RONCO, *Cancellazione dal Registro ed estinzione della società di persone*; in *Notariato*, 2009, 3, 268 con nota di G. BALDASSARRE, *La cancellazione dal registro delle imprese e le società di persone: un nuovo indirizzo giurisprudenziale*; in *Riv. not.*, 2010, 1, 191, con nota critica di E. TIMPANO, *La cancellazione delle società di persone dal Registro delle Imprese: il revirement della Cassazione*. Afferma la Corte che «la modifica apportata all'art. 2495 c.c. dal d. Lgs. n. 6 del 2003 evidenzia la vigenza nell'ordinamento del principio generale che la cancellazione dal registro delle imprese comporta l'estinzione della società. Tale principio è applicabile retroattivamente in relazione ad ogni forma societaria, con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti e degli effetti già verificatisi definitivamente». (*ivi*, 190) È stato inoltre osservato come «la sentenza sorprende soprattutto per due motivi. Con essa, infatti, la giurisprudenza non solo ha effettuato un cambiamento di rotta abbandonando una posizione sostenuta per oltre mezzo secolo, in modo pressoché costante, ma è andata oltre estendendo il campo operativo della pubblicità costitutiva della cancellazione anche alle società personali ... appare evidente che tale orientamento, lungi dall'essere condivisibile, non si è ispirato a quella saggezza che per tanti anni ha caratterizzato l'indirizzo della giurisprudenza...» (così, G. IACCARINO, *Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orientamento della Cassazione*, in *Società*, 2009, 5, 549). «In tema d'interpretazione del nuovo diritto societario, la modifica dell'art. 2495 c.c., ex art. 4 d. lg. N. 6 del 2003, secondo la quale la cancellazione dal registro delle imprese determina, contrariamente al passato, l'estinzione della società, si applica anche alle società di persone, nonostante la prescrizione normativa indichi esclusivamente quelle di capitali e quelle cooperative ed, inoltre la norma, per la sua funzione ricognitiva, è retroattiva e trova applicazione anche in ordine alle cancellazioni avvenute anteriormente al 1 gennaio 2004 (...) con la sola esclusione dei rapporti esauriti e degli effetti già irreversibilmente verificatisi» (così, Cass. 25192/2008, in *Giust. civ. mass.*, *cit.*). In realtà, si è osservato, tale conclusione si poteva prospettare già in precedenza in quanto parte della giurisprudenza aveva aperto un fronte in tale direzione (C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ. a l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 251).

Per le società di capitali era stato già riconosciuto l'effetto estintivo della cancellazione, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti pendenti, sino ad affermare l'applicazione della norma «anche alle cancellazioni già iscritte nel registro delle imprese» rispetto alla sua entrata in vigore⁶².

Peraltro attenta dottrina ha rilevato come sia incoerente per il sistema riconoscere l'effetto estintivo della cancellazione solo per le società di capitali, in quanto non c'è ragione di ammettere discipline differenti per situazioni analoghe⁶³. Ciò andrebbe in contrasto anche con il disegno del legislatore del 1942, volto ad una visione unitaria degli interessi e delle finalità da perseguire. Sebbene sussista un regime pubblicitario differente - che per le società personali è quello dichiarativo mentre per le società di capitali è costitutivo - la finalità della cancellazione sarebbe la medesima in quanto porta, in entrambi i casi, alla eliminazione della società⁶⁴.

Le Sezioni Unite della Cassazione, nelle numerose pronunce del 2010, prima hanno fatto propria l'interpretazione sopra descritta⁶⁵, salvo poi dar luogo ad un sostanziale *revirement*.

In particolare è stata riconosciuta l'efficacia estintiva della cancellazione per le società di capitali ed il medesimo effetto dissolutivo è stato sancito

⁶² Cass. 28 agosto 2007, n. 18618, in *Fall.*, 2007, 3, 294 con nota di V. ZANICHELLI, *Società irregolari, cessazione dell'attività e dichiarazione di fallimento* ed in *Dir. fall.*, 2008, II, 246 con nota di C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione*, cit. La Corte ha rilevato come « (...) il legislatore della riforma ha chiaramente manifestato la volontà di stabilire che la cancellazione produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti *insoddisfatti* e di rapporti di altro tipo non definiti» (ivi, 251).

⁶³ G. NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Le liquidazioni aziendali*, a cura di S. Adamo e G. Niccolini, Torino, 2010, 38.

⁶⁴ V. SALAFIA, *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495*, cit., 569 (secondo cui, pertanto, non si può affermare che la cancellazione di una società produce effetti diversi secondo il tipo della sua organizzazione, in presenza di fatti identici costituiti dal mancato pagamento di uno o più creditori da parte del liquidatore). Cfr. altresì l'orientamento conforme di Cass., 13 novembre 2009, n. 24037, in *Riv. not.*, 2010, 5, 1395, con nota di D. BOGGIALI – A. RUOTOLO, *Efficacia estintiva della cancellazione delle società di capitali e di persone dal registro delle imprese*.

⁶⁵ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4060, n. 4061 (in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 242; in *Vita not.*, 2010, 2, 801, in *Giust. civ.* 2010, 7-8, I, 1648; in *Foro it.*, 2011, 5, I, 1498) n. 4062 (in *Giur. comm.* 2010, 4, II, 698). Per un primo commento cfr. C. SGOBBO, *L'efficacia costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese delle società alla luce delle modifiche societarie del 2003*, in *Fonti del diritto italiano - Codice civile* – di Pietro Rescigno, 2010, 00, 4; C. MAZZÙ, *Variazioni sul tema della soggettività giuridica: il principio di uguaglianza e il fenomeno dell'estinzione delle società*, in *Notariato*, 2010, 4, 368 ss; R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Giur. it.*, 2010, 2010, 7, 1610 e più ampiamente M.S. SPOLIDORO, *La cancellazione delle società davanti alle Sezioni Unite*, in *Notariato*, 2010, 6, 643 ss.

anche qualora venga cancellata una società personale⁶⁶. Dalla cancellazione dell'iscrizione di una società di persone consegue la fine della capacità e soggettività limitata, allo stesso modo in cui si verifica per le società di capitali.

La natura degli effetti della cancellazione - proseguono le Sezioni Unite - fa sì che, al fine di garantire la parità di trattamento per i terzi creditori sia delle società di capitali che di quelle di persone, anche per queste ultime si abbia la medesima vicenda estintiva⁶⁷.

La sostanziale difformità viene rinvenuta, tuttavia, sotto il profilo pubblicitario. Se la cancellazione di società di capitali *ha natura costitutiva*, al contrario, resta affermata *la natura dichiarativa* della cancellazione degli enti a base personale per simmetria rispetto alla natura dell'iscrizione dell'atto costitutivo. Questa distinzione è confermata dalla responsabilità dei soci di società di persone⁶⁸.

Infatti, la natura dichiarativa della cancellazione fa sì che questi ultimi potranno opporre ai creditori della società l'avvenuta cancellazione e risponderanno illimitatamente dopo l'escussione del capitale sociale in forza dell'art. 2312 e 2324; in particolare dall'effetto estintivo consegue che i creditori della società non potranno più ritenersi preferiti ai creditori particolari dell'ente, ma andranno a concorrere con gli stessi⁶⁹.

Al contrario, nelle società di capitali la natura costitutiva della cancellazione, simmetrica alla iscrizione della genesi, comporta una

⁶⁶ Consegue quindi che «l'inciso “ferma restando l'estinzione della società”, che la novella ha inserito con riferimento espresso alle società di capitali e alle cooperative, integra comunque il presupposto logico, nel sistema, per una lettura della cancellazione delle iscrizioni di società di persone dichiarativa della cessazione della loro attività dal momento di entrata in vigore della legge anche per le cancellazioni precedenti e dalla data della cancellazione dell'iscrizione per quelle successive al 1° gennaio 2004 (...)». (Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4062, cit.).

⁶⁷ Conforme Trib. Novara, 27 aprile 2010, n. 432, in www.dejure.it secondo cui «l'art. 2495 c.c., come modificato dal d. lg. N. 6 del 2003, prevede che la cancellazione dal registro delle imprese della società determina l'estinzione della società stessa. Tale effetto si ritiene applicabile anche alle società di persone».

⁶⁸ Si segnala la posizione del Trib. Napoli, 26 aprile 2010, in www.ilcaso.it ove si afferma, in relazione a società di persone, che «in caso di scioglimento della società, i beni sociali vengono trasferiti a titolo particolare ai soci per effetto del bilancio finale di liquidazione, ragion per cui la scoperta o l'insorgenza di sopravvivenze o sopravvenienze attive rende ineludibile la cancellazione (...) dell'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società, onde consentire il completamento delle operazioni di liquidazione. (...)». La statuizione sembra trovare conferma proprio nell'efficacia dichiarativa della cancellazione nelle società personali da cui discende, in ogni caso, la possibilità di superare la presunzione di estinzione.

⁶⁹ L. ROSSANO, *La cancellazione dal registro delle imprese e la società di persone*, in *Giur. comm.*, 2010, 4, 707.

responsabilità limitata dei soci nei confronti dei creditori sociali, circoscritta a quanto percepito come quota di liquidazione *ex art. 2495*⁷⁰.

Così, sebbene l'effetto estintivo della cancellazione coincida, resta differente la responsabilità dei soci che risponderanno nei limiti descritti dall'art. 2495 c.c. nel primo caso e illimitatamente, anche a seguito dell'estinzione, nelle società di persone⁷¹.

Dunque mentre l'efficacia costitutiva comporta un evento estintivo irreversibile che non permette di far tornare in vita la società, al contrario nelle società personali l'efficacia dichiarativa della cancellazione consente a coloro i quali ne hanno interesse di fornire una prova volta a superare la presunzione di estinzione⁷². In buona sostanza la società si presume estinta in quanto cancellata, salvo riuscire a dimostrare l'esistenza di rapporti pendenti e, conseguentemente, il perdurarne dell'esistenza⁷³.

I giudici osservano poi in motivazione che, riconosciuta l'efficacia estintiva della cancellazione, l'art. 2495 c.c. non contiene una norma interpretativa della precedente disciplina nè retroattiva ma è espressione di una lettura in contrasto con l'orientamento che negava la natura costitutiva della cancellazione dal registro delle imprese, (come afferma la

⁷⁰ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4062, cit.. Dunque afferma la Corte che per le società di persone «come la loro iscrizione nel registro delle imprese ha natura dichiarativa, anche la fine della loro legittimazione e capacità è soggetta a pubblicità della stessa natura, desumendosi l'estinzione di esse dagli effetti della novella dell'art. 2495 sull'intero titolo V del libro quinto del codice civile dopo la riforma parziale di esso, ed è evento sostanziale che la cancellazione rende opponibile ai terzi (art. 2193 c.c.) negli stessi limiti temporali indicati per la perdita della personalità delle società oggetto di riforma».

⁷¹ La giurisprudenza di merito ha affermato che «in seguito all'intervento delle Sez. Unite della Corte di Cassazione (...) è possibile affermare che la regola contenuta nell'art. 2495 codice civile, secondo la quale la cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese, determina, in conseguenza della pubblicità legale ritualmente coltivata, l'estinzione della società, è applicabile anche alle società di persone. Le azioni dei creditori sociali, dopo la cancellazione della società di persone, vanno rivolte nei confronti dei soci» (così, Trib. Varese, 8 marzo 2010, in www.ilcaso.it).

⁷² Dunque anche se la cancellazione di una società personale non ha una efficacia tale da estinguere l'ente, consente di rendere opponibile ai terzi la cessazione dell'attività di impresa, la capacità e legittimazione dell'ente. Si produce così un effetto analogo alla estinzione delle società di capitali (così, L. ROSSANO, *La cancellazione dal registro delle imprese e la società di persone*, cit., 711).

⁷³ In realtà è stato osservato come la contrapposizione tra pubblicità "dichiarativa" e pubblicità "costitutiva" non sembra il criterio migliore per stabilire un "fondamento logico-sistematico" stabile alla materia, lasciando aperti ancora numerosi dubbi. In particolare ci si è chiesti se sia appropriato identificare con l'estinzione la cessazione del soggetto o, al contrario sia preferibile piuttosto identificare la "cessazione di un regime legale dell'attività d'impresa" in forza del quale gli atti sarebbero, dopo la cancellazione imputati ai soggetti che li hanno posti in essere. (così, M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Fallimento*, 2010, 12, 1413).

giurisprudenza citata⁷⁴, secondo cui la novella rappresenterebbe solo una lettura costituzionalmente orientata del precedente sistema⁷⁵).

Così l'entrata in vigore della riforma deve essere preso come punto di riferimento in quanto le vicende estintive verificatesi nel periodo antecedente saranno assoggettate al precedente "regime" giurisprudenziale; le cancellazioni successive, al contrario, produrranno l'effetto estintivo⁷⁶.

7. Le contraddizioni emerse nelle sentenze nn. 8426 e 8427 del 2010 delle Sezioni Unite e la conferma dell'effetto tombale della cancellazione nella sentenza n. 22863 del 2011

Alla luce delle tre sentenze citate, dunque, pareva così definitivamente sancito che la cancellazione produce un effetto estintivo "tombale" per le società di capitali, tuttavia le stesse Sezioni Unite con due ulteriori pronunce⁷⁷, hanno aperto un varco che, a nostro avviso, mette in discussione tale principio.

Si tratta di sentenze che affrontano il caso di società a responsabilità limitata che, dopo la cancellazione volontaria, avevano trasferito la propria sede all'estero (rispettivamente in Romania ed in Lituania). Tali cancellazioni, ex art. 2191 c.c. venivano successivamente cancellate dal

⁷⁴ Cass., 12 novembre 2008, n. 25192, cit.

⁷⁵ La Suprema Corte osserva che «anche la tutela dell'affidamento dei cittadini in rapporto agli effetti della loro conoscenza dell'iscrizione della cancellazione che all'epoca in cui la stessa avvenne non escludeva la continuazione dell'esistenza in vita della società e l'effetto estintivo di cui alla novella, indice a ritenere, la irretroattività delle norme, non prevista testualmente dalla legge nei sensi indicati». (Così, Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4062, cit.). In tal senso anche Trib. Piacenza, 14 aprile 2011, in www.ilcaso.it con massima di G. Morlini. Si osserva in motivazione come l'art. 2495 "è una norma innovativa e non interpretativa che (...) vale solo per l'avvenire. Tuttavia, con riferimento alle cancellazioni avvenute prima del 1.01.2004, è da tale data che deve comunque ritenersi avvenuta l'estinzione della società».

⁷⁶ D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., 1017. Osserva l'Autore come la soluzione sia "salomonica" poiché in grado di contemperare le diverse esigenze. Conforme in giurisprudenza, Cass., 5 novembre 2010, n. 22548, in www.dejure.it secondo cui «la cancellazione dal registro delle imprese di una società di capitali, avvenuta in data anteriore all'entrata in vigore del nuovo art. 2495 c.c. determina l'estinzione della società dal 1° gennaio 2004, data in cui è entrata in vigore la nuova disposizione, la quale non ha inciso sui presupposti della cancellazione in precedenza effettuata, ma ne ha regolato gli effetti, comportando, perciò, l'operare dell'effetto estintivo da tale data».

⁷⁷ Cass. S.U., 9 aprile 2010, nn. 8426 e n. 8427 (in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, 518, *Giust. civ.* 2011, 3, 735).

giudice del registro, con il conseguente assoggettamento a fallimento delle società in quanto nuovamente iscritte e “ridotate” di personalità giuridica.

In buona sostanza, il trasferimento della sede veniva considerato un evento tale da far presumere la prosecuzione implicita dell’attività così da legittimare il provvedimento del giudice.

Dichiarato così il fallimento, il motivo di ricorso sottoposto al vaglio dei giudici era volto ad individuare il momento temporale cui dare rilievo ai fini della dichiarazione dell’insolvenza dello stesso, secondo il dettato dell’art. 10 l.f.: in pratica si chiedeva se prevalesse il dato pubblicitario relativo alla cancellazione della cancellazione o, al contrario, se rilevasse la cancellazione pregressa.

Le Sezioni Unite affermano in motivazione che la cancellazione disposta ex art. 2191 c.c. è dichiarativa⁷⁸ e pertanto comporta solo l’opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni in forza delle quali è precedentemente avvenuta. Per l’effetto, si presumerebbe il perdurare dell’esistenza della società, ricadendo sugli interessati l’onere di provare che l’effettiva cessazione dell’attività d’impresa sia avvenuta da oltre un anno rispetto alla istanza di fallimento. Tale prova, nel caso preso in esame, non sarebbe stata offerta e, pertanto, la natura dichiarativa della cancellazione ex art. 2191 c.c. farebbe presumere la continuazione dell’impresa e la conseguente assoggettabilità a fallimento.

Ma se così è, le precedenti statuizioni delle S.U. sono poste in forte discussione in quanto la cancellazione ex art. 2495 c.c. sembra non avere più quella portata tale per poter affermare, sempre e comunque, l’estinzione tombale della società, anche qualora l’attività d’impresa concretamente prosegue⁷⁹. In pratica, la norma sembra trovare un’eccezione nel caso in cui venga applicato l’art. 2191 c.c.

Infatti, per le società di capitali, seppure in un caso abbastanza peculiare, da un lato si afferma l’efficacia estintiva della cancellazione⁸⁰, dall’altro si riconosce che qualora sopraggiunga il decreto di cancellazione della

⁷⁸ «In tal caso il provvedimento del giudice non ha natura decisoria, né definitiva ed è inidoneo a divenire giudicato, per cui non è ricorribile in cassazione (...) con la conseguenza che è comunque possibile ottenere una modifica dallo stesso giudice ovvero proporre una ordinaria azione di cognizione sulla esistenza dei requisiti ritenuti insussistenti dal giudice del registro per cui si è disposta la cancellazione della pregressa cancellazione già iscritta (...)» (così Cass. S.U. 8426/10, cit.).

⁷⁹ Osserva M.S. SPOLIDORO, *La cancellazione delle società davanti alle Sezioni unite*, cit., 648, come le sentenze di febbraio non siano veramente conciliabili con le due pronunciate in aprile.

⁸⁰ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4060, Cass. 22 febbraio 2010 n. 4062, cit.

cancellazione, in ogni caso la società deve considerarsi ancora attiva, salvo prova contraria⁸¹.

Non appare chiaro quale dovrebbe essere il criterio positivo, ispirato al fondamentale principio di certezza del diritto, col quale stabilire i casi in cui possa essere applicato l'art. 2191 c.c., e non renderlo uno strumento meramente "discrezionale" e perciò arbitrario per riportare *ad libitum* in vita società ormai "defunte"⁸², qualora, ad esempio vi siano ancora passività⁸³.

Peraltro, la *cancellazione della cancellazione* potrebbe intervenire, sulla base di questi principi, non soltanto quando effettuata abusivamente, ma anche nelle ipotesi in cui sono stati posti in essere in buona fede (ed inconsapevolmente) atti di prosecuzione dell'impresa, con conseguenze di non poco rilievo⁸⁴.

Per la Cassazione, nelle due ultime sentenze in esame, l'iscrizione della cancellazione della cancellazione configurerebbe una forma di pubblicità «dichiarativa del mancato esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti facenti capo alla s.r.l., la cui personalità deve negarsi si sia estinta, retroagendo l'accertamento a base del decreto della mancanza dei requisiti per la cancellazione dell'iscrizione e la sua estinzione, che deve quindi presumersi mai avvenuta, per essere continuata l'attività d'impresa di detto soggetto». Tale presunzione che l'estinzione non sia avvenuta, in quanto è continuata l'attività o non risultano definiti i rapporti giuridici pendenti, sarebbe "relativa" ammettendo la prova contraria in sede di modifica del provvedimento di cancellazione della cancellazione ad opera del giudice del

⁸¹ Cass. S.U., 9 aprile 2010, 8426/10 e 8427/10, cit. In buona sostanza le due sentenze introducono un relevantissimo limite al principio introdotto dalle precedenti tre, per cui la cancellazione non impedisce che la cancellazione stessa sia a sua volta cancellata, laddove si accerti la prosecuzione dell'attività di impresa.

⁸² A riguardo osserva G. NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Le liquidazioni aziendali*, a cura di S. Adamo e G. Niccolini, Torino, 2010, 52 come «se l'estinzione della società deve "restare ferma" in conseguenza della cancellazione, questa dovrebbe avere un effetto irreversibile, senza che sia dato distinguere fra sopravvenienze (...) e sopravvivenze (...) vuoi attive vuoi passive (...)».

⁸³ In tal senso si segnala la posizione concorde del Trib. Catania, decr. 9 aprile 2009, in *Società*, 2010, 1, 88 con nota di A. ZANARDO, *Cancellazione di s.r.l. dal registro delle imprese: presupposti e ruolo del conservatore*. Il provvedimento afferma che «l'esistenza di situazioni debitorie della società non costituisce elemento che possa essere valutato dal conservatore del registro all'atto della cancellazione della società, al fine di impedirla, proprio alla luce della considerazione che l'esistenza di creditori insoddisfatti è contemplata dalla citata norma dell'art. 2495 c.c., facendone scaturire il legislatore non già un impedimento alla cancellazione, bensì una responsabilità dei soci e/o del liquidatore».

⁸⁴ M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Fallimento*, 2010, 12, 1413.

registro o di una ordinaria azione di cognizione sulla pretesa esistenza dei requisiti ritenuti indispensabili all'estinzione⁸⁵.

C'è da dire tuttavia che nelle fattispecie concrete esaminate dalla Cassazione (nelle sentenze n. 8426 e n. 8427 del 2010) è emersa la natura "fittizia" del trasferimento all'estero e l'attività delle imprese è continuato in Italia ove è rimasto il relativo centro di interessi⁸⁶. Quindi la peculiarità è nella circostanza che i soci hanno deliberato successivamente alla cancellazione il trasferimento fittizio all'estero della sede sociale, confermandone la permanenza in vita dopo la cancellazione, decisa per potere continuare l'attività d'impresa senza adempiere ai gravosi oneri fiscali connessi all'applicazione della legislazione tributaria italiana. E' in tale contesto particolare che il giudice del registro ha ritenuto insussistenti le condizioni di legge per la estinzione della società di cui alla cancellazione iscritta su istanza degli amministratori e ha ordinato quindi che la iscrizione di tale vicenda fosse a sua volta cancellata con pubblicità dichiarativa dell'inesistenza della estinzione, che rende presunto relativamente tale evento negativo, salvo prova contraria data dall'interessato della vicenda estintiva o un'eventuale azione di cognizione che nel caso nessuno degli interessati ha proposto. Il decreto del giudice del registro, secondo i giudici di legittimità, avrebbe determinato una pubblicità dichiarativa del mancato esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti facenti capo alla società, la cui personalità deve negarsi si sia estinta retroagendo l'accertamento a base del decreto della mancanza dei requisiti per la cancellazione dell'iscrizione della società e la sua estinzione.

Il ragionamento della Cassazione - seppur riferito ad una fattispecie concreta molto peculiare - dove peraltro la delibera di trasferimento all'estero, rivelatasi fittizia, ha una specifica valenza, pecca sicuramente di linearità ed apre un varco di non poco momento.

Tuttavia la Suprema Corte con la recente pronuncia n. 22863 del 2 novembre 2011 è tornata sulla linea precedente sancendo che : *“in esito alla riforma del diritto delle società, non è più dubitabile che la cancellazione dal registro delle imprese produca l'effetto (costitutivo) della estinzione irreversibile della società anche in presenza di debiti insoddisfatti o di*

⁸⁵ Si segnala altresì la posizione del Trib. Padova, 2 marzo 2011, in www.ilcaso.it che afferma che presupposto della cancellazione è l'effettivo compimento della liquidazione. Qualora il liquidatore dimostri che in realtà la liquidazione non è terminata è possibile provvedere alla cancellazione dal registro delle imprese della iscrizione della cancellazione.

⁸⁶ Essendo mancato il trasferimento all'estero della società, considerato motivatamente falso in sentenza, è ovvio che, ove esso fosse stato effettivo, avrebbe comportato la giurisdizione del giudice rumeno, ai sensi dell'art. 3, comma 1 del Regolamento CE del Consiglio del 29 maggio 2000,

rapporti non definiti, da ciò istituendosi una comunione fra i soci in ordine ai beni residuati dalla liquidazione ovvero sopravvenuti alla cancellazione...”.

8. Il fallimento della società cancellata.

Strettamente connesso all'effetto estintivo della cancellazione, in presenza di debiti, è l'impatto sistematico dell'art. 10 l.fall. come novellato dalla riforma fallimentare.

Nel sistema previgente si affermava che per l'imprenditore individuale la fase liquidatoria cessava solo con la definitiva disgregazione dell'azienda, non occorrendo la definizione di tutti i rapporti attivi e passivi⁸⁷. Al contrario, come già detto, per le società l'interpretazione giurisprudenziale *ante* riforma era orientata nel senso di affermare la sopravvivenza della società alla cancellazione qualora non fossero state definite tutte le pendenze. In pratica se sussistevano ancora debiti la società continuava ad esistere e, conseguentemente, poteva essere dichiarata fallita⁸⁸.

Una prima soluzione al problema veniva offerta dalla Corte Costituzionale⁸⁹ che, intervenuta sul tema, statuì, come noto, che i creditori insoddisfatti potevano chiedere il fallimento della società entro un anno dalla cancellazione della stessa dal registro delle imprese⁹⁰. Tuttavia, non sono

⁸⁷ Al riguardo pare opportuno richiamare le considerazioni di G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, (a cura di M. CAMPOBASSO), Torino, 2008, 46, secondo cui «se l'impresa dovesse ritenersi ancora in vita fin quando sopravvivono o passività l'art. 10 l. fall. sarebbe stata una norma pressoché priva di significato: l'anno per la dichiarazione di fallimento avrebbe cominciato a decorrere da quando l'insolvenza in pratica non era più possibile essendo stati soddisfatti quanto meno tutti i creditori di impresa. Risultato questo evidentemente inaccettabile o meglio, inaccettabile fin quando si trattava di un imprenditore individuale».

⁸⁸ M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 97.

⁸⁹ Cfr. Corte Costituzionale 21 luglio 2000 n. 319, in *Giur. it.*, 2000, 1857, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 10 l. fall. nella parte in cui non prevede che il termine di un anno per la dichiarazione di fallimento delle società decorre dalla cancellazione delle stesse dal registro delle imprese. In tal modo, si è posto fine al precedente orientamento che riteneva la società ancora in vita e passibile di fallimento, fino a quando non fosse stato pagato l'ultimo debito sociale, noto od ignoto, e benché la società fosse stata cancellata dal registro delle imprese. M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 514.

⁹⁰ Conforme Trib. Milano, 28 maggio 2004, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2006, 3, 380 con nota di M. LUBRANO, *L'art. 10 l. fall. e la responsabilità da "prolungata esposizione al fallimento"*. Si osserva in motivazione (*ivi*, 381) che «l'unico evento idoneo a sottrarre a fallimento un'impresa gestita in forma collettiva è la sua effettiva cancellazione dal registro delle imprese, quale unica formalità in grado di porre i terzi in grado di conoscere la cancellazione, individuata dalla Corte

mancate pronunce di merito successive che, ancorate al consolidato pregresso orientamento, ribadivano che almeno per le società di persone la cancellazione fosse condizione *necessaria*, ma non *sufficiente* ai fini dell'estinzione e, pertanto, in presenza di pendenze attive o passive, l'iscrizione dovesse essere cancellata⁹¹.

A fugare ogni dubbio interpretativo è intervenuta la novella della legge fallimentare sancendo, all'art. 10 l.f., che “*gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo*”⁹².

La società cancellata può fallire⁹³, ma il nuovo dettato fa sì che la cancellazione della stessa produca non solo un effetto estintivo, ma segni

Costituzionale come termine quale inizia a decorrere l'anno previsto dall'art. 10 l. fall. (...) Per il ritardo ascrivibile unicamente al conservatore del registro la società può esercitare un'azione risarcitoria nei confronti del conservatore stesso, ma nulla può opporre ai terzi che legittimamente abbiano fatto affidamento in ordine al perdurare della soggezione a fallimento della società»

⁹¹ Ci si riferisce a Trib. Padova, 13 agosto 2004, edita in *Società*, 2005, 6, 765 con nota di E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal Registro delle imprese* ed in *Dir. fall.* 2006, 1, II, 246 con nota di C. CARANO, *Il mito della “immortalità” delle società è duro a morire*. Il provvedimento rileva che «la cancellazione della società, che ne comporta l'estinzione, può essere legittimamente chiesta solo quando tutti i rapporti sono definiti ... la formale cancellazione di una società dal Registro delle Imprese non osta a che i creditori sociali insoddisfatti possano agire contro di essa ... perché non si sono potute produrre *ex lege* le conseguenze sostanziali (estinzione) della cancellazione». Cfr altresì sul tema M. SPIOTTA, *Cancellazione della ... cancellazione*, in *Giur. comm.*, 2006, 5, I, 706.

⁹² Cfr. F. LAMANNA, *sub art. 10*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 1, 258 ss. che rileva (ivi, 271) come «l'attuale testo dell'art.10 fa decorrere il termine annuale solo dalla data di cancellazione dal Registro, senza differenza alcuna tra imprese individuali e collettive e, quanto a queste ultime, senza distinzione alcuna tra società di capitali, società di persone, o enti collettivi diversi dalle società che abbiano esercitato comunque attività commerciale e siano quindi assoggettabili per ciò stesso a fallimento. Siccome la regola è che il *dies a quo* debba essere individuato nella cancellazione dal Registro delle imprese, ne risulta con ciò confermato il recepimento delle regole generali che disciplinano gli effetti della pubblicità nel Registro delle imprese».

⁹³ Cfr. M. LUBRANO DI SCORPANIELLO, *Il crepuscolo del “vecchio” art. 10 l. fall. tra “eterni ritorni”, lacune di disciplina e timide riforme*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2007, 5, 681. Trib. Napoli, 1 ottobre 2008, in *Corr. merito*, 2009, 1, 29, con nota di F. BRUNO, *Società in liquidazione e requisiti dimensionali di fallibilità*. Il Tribunale partenopeo dichiara il fallimento di una società in liquidazione e fa proprio il principio secondo il quale quando la società è in liquidazione è necessario accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, poiché non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse necessarie per soddisfare le obbligazioni contratte. (Infatti l'impresa in liquidazione non si propone di restare sul mercato, ma ha come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci).

anche il *dies a quo* per calcolare l'anno entro il quale può sopraggiungere la declaratoria di fallimento⁹⁴.

Se la cancellazione non avesse efficacia estintiva sarebbe agevole aggirare il termine annuale scaduto, in quanto potrebbe essere sufficiente eliminare la cancellazione, come è accaduto nella vicenda affrontata dall'ultima delle sentenze citate delle sezioni unite⁹⁵.

Il mutamento del principio di valutazione del presupposto di fallibilità «non potrebbe essere più chiaro: da quello, precorso di *effettività* (con richiamo forte, per ben due volte, alla concreta cessazione), a quello di *pubblicità* (dell'iscrizione, presso il registro delle imprese, della cancellazione)».⁹⁶

Quest'ultima è, dunque, condizione necessaria affinché possa essere dichiarato il fallimento entro il termine annuale, sebbene non sia, da sola sufficiente per le società cancellate d'ufficio, così come per l'imprenditore individuale. In questa ipotesi, infatti, accanto alla cancellazione deve sussistere anche l'effettiva cessazione dell'attività al fine di far decorrere il termine annuale⁹⁷. La norma è evidentemente volta a favore non del debitore, ma dei creditori i quali sono gli unici, accanto al pubblico ministero, a poter fornire la prova volta a dimostrare che, nonostante la cancellazione, l'attività di impresa non sia cessata e conseguentemente, l'imprenditore sia ancora esposto al fallimento⁹⁸.

Ulteriore problema applicativo si pone, inoltre, per le società che non hanno provveduto all'iscrizione e ci si chiede se anche per le stesse possa

⁹⁴ M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 98.

⁹⁵ C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., 955.

⁹⁶ App. Torino, sez. I, 19 febbraio 2008, edita in *Fallimento*, 2008, 7, 808 con nota di G. BETTAZZI, *L'art. 10 tra passato e presente*. Osserva C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., 949 come «ai fini del decorso dell'anno la cancellazione si atteggia come una pubblicità di tipo costitutivo, tale dunque da non poter essere surrogata dalla prova della conoscenza effettiva, come avverrebbe se si trattasse di una pubblicità dichiarativa».

⁹⁷ G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit. 47 ove si afferma che «per ragioni di certezza del diritto, si presume infatti che al momento della cancellazione l'attività di impresa sia già terminata, ma il creditore o il pubblico ministero sono ammessi a provare il contrario per ottenere la dichiarazione di fallimento del debitore dopo l'anno dalla cancellazione stessa».

⁹⁸ In senso contrario in giurisprudenza Trib. Udine, 22 febbraio 2008, in www.unijuris.it secondo cui «la norma di cui all'art. 10, 2° comma l. fall. va interpretata nel senso che, poiché per le imprese individuali l'iscrizione nel registro delle imprese non ha efficacia costitutiva, ma solo dichiarativa, il debitore è sempre ammesso a provare di aver cessato di fatto l'attività in epoca anteriore al provvedimento di formale cancellazione ex art. 2193, primo comma cod. civ., sempre che i terzi ne abbiano avuto conoscenza, rimanendo invece legittimati i creditori e il P. M., in deroga a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2913 cod. civ. a provare, che anche dopo la formale cancellazione, l'imprenditore ha continuato di fatto a svolgere attività di impresa commerciale».

trovare applicazione la norma di cui all'art. 10 l.f. Sembra preferibile propendere per una soluzione negativa in quanto l'imprenditore irregolare, anche se non attivo, deve considerarsi esposto al fallimento senza limiti temporali potendo fornire la prova della cessata attività soltanto con l'iscrizione della cancellazione⁹⁹.

Dunque per le società non iscritte sembra non possa essere applicata la medesima regola dettata dell'art. 10 l.f. per le società regolari, in quanto, se così fosse si verrebbe a creare una ingiusta disparità di trattamento tra società regolari ed irregolari¹⁰⁰.

In realtà, parte della giurisprudenza ha ammesso l'applicabilità del termine annuale anche alle società non iscritte riconoscendo che il *dies a quo* può essere individuato nel momento in cui la cessazione dell'attività venga portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, o comunque sia dagli stessi conosciuta¹⁰¹.

Riteniamo di non poter condividere questa impostazione. Sembra logico, infatti, che chi non ha effettuato l'iscrizione non possa godere degli effetti favorevoli sanciti dall'art. 10 secondo il principio generale in tema di

⁹⁹ G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA E L. PANZANI, Torino, 2009, 1, 52. In senso conforme F. LAMANNA, *sub art. 10*, cit., 276 ove afferma come «deve escludersi, a maggior ragione, che una società di persone non iscritta possa provare l'intervenuto decorso dell'anno».

¹⁰⁰ In tal senso C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 273 (secondo al quale «se quindi non è legittimo il comportamento dell'imprenditore regolarmente iscritto che voglia far prevalere il dato sostanziale rispetto a quello formale, non si vede come, vista la necessaria tutela del ceto creditorio su cui si fonda la modifica legislativa, si possa sostenere un'ampia libertà dell'imprenditore irregolare di provare la data effettiva della cessazione. Diversamente si finirebbe per creare un sistema che avvantaggia il soggetto che non rispetta le regole, il quale avrebbe la possibilità di dimostrare in ogni momento il decorso del termine, penalizzando invece quello che alle stesse si sottopone, rimanendone poi vincolato»).

¹⁰¹ Cass. 28 agosto 2006, n. 18618, in *Fallimento*, 2007, 3, 294. Il provvedimento afferma che « in tema di fallimento, il principio, emergente dalla sentenza 21 luglio 2000 n. 319 e dalle ordinanze 7 novembre 2001, n. 361 ed 11 aprile 2002, n. 131 della Corte Costituzionale, secondo cui il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 della legge fallimentare ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese, anziché dalla definizione dei rapporti passivi, non esclude l'applicabilità del predetto termine anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, nei confronti delle quali il necessario bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche impone di individuare il *dies a quo* nel momento in cui la cessazione dell'attività sia portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, o comunque sia stata dagli stessi conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si è manifestata».

rapporti tra informazione e responsabilità o che sia costretto preventivamente a chiedere l'iscrizione prima di poterne beneficiare¹⁰².

In relazione all'ipotesi del socio occulto, inoltre, la mancata iscrizione comporta l'impossibilità di far decorrere il termine annuale, anche nel caso di cessazione effettiva dell'attività. Tuttavia, è possibile ricorrere all'art. 2290, comma 2, al fine di individuare il giorno da cui decorre il termine annuale. In base a tale norma lo scioglimento del rapporto sociale deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei ed in caso contrario resta inopponibile a coloro che lo hanno ignorato senza colpa. Conseguentemente, il termine annuale si dovrebbe far decorrere dal momento in cui è stato comunicato formalmente ai creditori lo scioglimento del rapporto, a meno che non si riesca a dimostrare che i creditori stessi erano a conoscenza dell'avvenuto scioglimento¹⁰³. In linea con questa interpretazione, l'accomandante che ha violato il divieto di immistione, ponendo in essere atti gestori, può essere dichiarato fallito anche oltre il termine annuale se non fornisce la prova che tutti i creditori erano a conoscenza della sua qualità di socio illimitatamente responsabile nel momento in cui veniva dichiarato il fallimento o del suo recesso come socio accomandante¹⁰⁴.

È dunque equiparata dalla riforma la pubblicità di diritto rispetto a quella di fatto in quanto sia la pubblicità attraverso il registro delle imprese, sia la reale conoscenza di un determinato evento producono, sostanzialmente i medesimi effetti¹⁰⁵.

¹⁰² Secondo una certa impostazione sembrerebbe, infatti, anomalo che chi non ha ottemperato agli obblighi pubblicitari possa trarne vantaggio facendo decorrere l'anno dalla effettiva cessazione, cosa che non è consentita a coloro che quegli obblighi hanno regolarmente adempiuto (C. IBBA, *op. cit.*, 951). È stato rilevato tuttavia che «l'intendimento di sanzionare in tal modo la violazione delle norme che impongono l'iscrizione nel registro delle imprese – e dopo il decreto correttivo anche di quelle che impongono la cancellazione, sia per l'imprenditore collettivo che per l'imprenditore individuale – finisce con il far resuscitare una funzione sanzionatoria del fallimento che per altri versi con la riforma si è dichiaratamente inteso superare» (L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 33).

¹⁰³ A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 10*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 47. In senso conforme V. ZANICHELLI, *Società irregolari: cessazione dell'attività e dichiarazione di fallimento*, cit., 300 (che evidenzia come sia principio acquisito che l'omessa iscrizione di vicende, societarie o personali (e più in generale dei fatti relativi all'attività dell'imprenditore), impedisca che il fatto possa essere opposto ai terzi (cosiddetta efficacia negativa), salvo che si dia la prova che i terzi, nonostante l'omessa registrazione, ne hanno avuto conoscenza, e come non vi sia ragione di non applicarlo anche alle imprese occulte).

¹⁰⁴ Trib. Padova, 8 febbraio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 1103 con nota di R. OCCHILUPO, *Applicabilità del termine di fallibilità ex art. 10 l. fall. al caso del socio accomandante che ha violato il divieto di immistione*.

¹⁰⁵ R. OCCHILUPO, *Applicabilità del termine di fallibilità ex art. 10 l. fall.*, cit., 1116.

Per concludere va affrontato il tema centrale nel rapporto "effettuale" tra le norme civilistiche sulla cancellazione e la disciplina fallimentare sull'insolvenza di una società di capitali dichiarata nell'anno.

Se infatti si applicasse alla lettera il dettato dell'art. 2495 c.c. i creditori di una società cancellata, e poi dichiarata insolvente, non potrebbero insinuarsi nel passivo fallimentare in quanto potrebbero rivalersi solo nei confronti dei soci e dei creditori. Ma il fallimento viene dichiarato, ex art. 10 l.f., proprio per consentire il concorso dei creditori sul patrimonio sociale, eventualmente ricostruito anche con azioni di pertinenza della massa.

Se non risultasse praticabile la strada della cancellazione della cancellazione, in quanto resta fermo l'effetto estintivo, ci si è chiesto se non sarebbe stato preferibile sancire forme di opposizione dei creditori alla liquidazione che, in tal modo, avrebbe avuto almeno uno strumento di difesa, tanto più che i loro diritti risultano ancor più limitati dal rigido limite annuale entro il quale può sopraggiungere la declaratoria di fallimento¹⁰⁶.

In buona sostanza non appare chiaro, dal combinato disposto, se dopo la cancellazione si possa ancora parlare di debiti della persona giuridica. In caso affermativo, si dovrebbe ammettere che l'estinzione non coincide con il concetto di "non esistenza" e quindi anche dopo l'estinzione il soggetto giuridico potrebbe ancora esistere o quanto meno "resuscitare"¹⁰⁷.

Ma in quest'ultimo caso si dovrebbe affermare che la norma civilistica trova eccezione nella norma fallimentare per cui l'effetto estintivo della cancellazione viene meno solo in caso di fallimento. Ciò a meno di non voler ritenere possibile un fallimento senza soggetto e che riguardi un centro di imputazione degli interessi dei creditori sociali rappresentato dal curatore.

Tuttavia, sul piano sistematico, l'art. 1, l. fall., contempla il fallimento di un imprenditore e non di un'impresa o di un patrimonio; ed il centro di imputazione di interessi in esame non è un nuovo soggetto diverso od autonomo rispetto alla società cancellata.

Vero è che la stessa legge fallimentare contempla ipotesi di fallimento di impresa senza imprenditore, si pensi all'insolvenza dell'incapace o del defunto¹⁰⁸ ed in particolare dell'eredità giacente¹⁰⁹ o ancora delle fondazioni

¹⁰⁶ G. NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, cit., 54, critico nei confronti del legislatore laddove non prevede una forma di opposizione del creditore sociale alla liquidazione in questo delicato momento della vita della società, nella quale i soci si riappropriano del conferimento e si dividono l'utile derivato dall'operazione imprenditoriale.

¹⁰⁷ C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., 957, che osserva come «potrebbe farsi ricorso alle formule antiche del fallimento senza fallito o del fallimento di un patrimonio senza soggetto».

¹⁰⁸ Al riguardo cfr. tra gli altri C. VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Padova 1991; N. SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1974.

e delle associazioni non riconosciute che esercitano attività commerciale¹¹⁰ là dove si parta dal presupposto che queste ultime siano sfornite di personalità, tuttavia è altrettanto vero che all'origine v'è sempre la *dichiarazione di insolvenza dell'imprenditore*. E le norme di cui agli artt. 11 e 12 della legge fallimentare vengono ad esempio considerate, da una parte della dottrina, come la più energica affermazione del soggetto che sopravvive, come centro di imputazione alla propria morte: se, comunque, in

¹⁰⁹ Per L. GUGLIELMUCCI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in www.fallimento.ipsoa.it, 3, è essenziale nel nostro ordinamento non che ad essere assoggettato a fallimento sia un imprenditore ma che il fallimento investa un patrimonio coinvolto nell'esercizio dell'impresa e, come nel caso di decesso dell'imprenditore il fallimento ha ad oggetto l'asse ereditario separato dal restante patrimonio dei suoi titolari, che sono gli eredi, così in caso di costituzione di un patrimonio destinato ad un determinato affare, e quindi all'esercizio di impresa distinta rispetto a quella direttamente esercitata dalla società costituente, il fallimento ha ad oggetto il patrimonio separato, appartenente alla società, ma dei cui debiti la società non risponde. Alla fallibilità dell'eredità giacente si tende a dare risposta affermativa specie quando l'attività d'impresa viene esercitata dal curatore con imputazione al patrimonio. Peraltro l'eredità giacente rappresenta il massimo grado di separazione in quanto opera non solo riguardo alla responsabilità ma anche alla titolarità e alla imputazione.

¹¹⁰ Per le associazioni non riconosciute la giurisprudenza ha ritenuto possibile un assoggettamento a fallimento nel caso in cui esercitino attività commerciale o almeno abbiano tale attività come oggetto esclusivo o secondario (Cass. 7 novembre 1979 n. 5770 in *Dir. fall.*, 1980, II, 279, con nota di L. FARENGA, *Enti di diritto privato e impresa commerciale*; Cass. 18.9.1993 n. 9589, *ivi*, 1994, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento*, in *Fallimento*, 1994, 151, in *Giust. civ.*, 1994, I, 65, con nota di G. LO CASCIO, *La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati*; Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, in *Arch. civ.*, 2001, 985). Per una rassegna delle posizioni cfr. A. SILVESTRINI, *Associazione non riconosciuta e fallimento*, in *Fallimento*, 2004, 699 s.. L'associazione può esercitare un'attività imprenditoriale al fine di procurarsi, mediante il corrispettivo dei beni o servizi prodotti, i mezzi patrimoniali necessari per il perseguimento degli scopi statutari di natura ideale (F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna Roma, 1976, sub art. 36-38, 87, che cita come esempio il caso dell'associazione benefica che gestisce una tenuta agricola con il proposito di ricavare utili da destinare ai propri fini caritativi). Altresì è possibile che l'attività d'impresa, anziché essere strumentale rispetto ad attività non economiche, sia direttamente idonea a realizzare lo scopo istituzionale dell'ente ed, in tal caso, può sia accadere che essa abbia carattere accessorio rispetto ad altre attività di natura non economica, ovvero che costituisca l'oggetto esclusivo o comunque principale dell'associazione. In relazione a quest'ultima ipotesi è unanimemente riconosciuto che l'ente assuma la qualità d'imprenditore commerciale e sia conseguentemente esposto a tutte le relative conseguenze, *ivi* compreso il fallimento. Sul tema dell'assoggettabilità a procedura concorsuale di figure soggettive private diverse dalle società nello svolgimento di attività economiche di significativo rilievo cfr. Trib. pure Milano 16 luglio 1998, in *Fallimento*, 1999, 445 che si riferisce al fallimento di una fondazione che esercita anche attività d'impresa; Trib. Palermo 24 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 440; Trib. Roma 6 aprile 1995, in *Dir. fall.*, 1995, 719; Trib. Milano 17 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 283). S. PUGLIATTI, *Fallimento dell'imprenditore o dell'impresa?*, in *Dir. fall.*, 1943, I, 8, evidenziò la centralità del soggetto anche nelle società di persone, prospettando la tesi che in questa ipotesi l'esercizio economico fosse da riferire ai soci come gruppo.

tali fattispecie “non v’è preminenza della soggettività dell’imprenditore rispetto all’oggettività dell’attività commerciale, purtuttavia permane sempre un centro d’imputazione e la riferibilità soggettiva con il *de cuius*”¹¹¹.

Il fallimento dell’imprenditore defunto deriva dalla preesistente declaratoria di fallimento del soggetto deceduto, imputandosi in capo agli eredi solo alcuni effetti della procedura¹¹². Analogamente nel caso dell’imprenditore incapace e delle associazioni o delle fondazioni che esercitano attività commerciale, gli effetti di natura sostanziale del fallimento seguono alla imputazione formale della dichiarazione di insolvenza in capo all’associazione o alla fondazione, che vengono riconosciuti come imprenditori in virtù della natura dell’attività dagli stessi concretamente esercitata. In queste ipotesi, dunque, l’identificazione dell’attività di soggetti formalmente non imprenditori serve a qualificarli tali ed a rendere possibile l’imputazione del requisito soggettivo richiesto dall’art. 1 della legge fallimentare¹¹³. In tutte le fattispecie citate a sostegno dell’ammissibilità del

¹¹¹ Certo è che la disciplina è nel sistema anche se tali norme vengono rappresentate come un’anomalia (S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 29; cfr. pure V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 212; A. JORIO, *Gli articoli 10 e 11 della legge fallimentare e le società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1969, 342; G. RAGUSA MAGGIORE, *La morte dell’imprenditore e il fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 12; F. DI SABATO, *Il fallimento dell’imprenditore defunto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, II, 375).

¹¹² La morte dell’imprenditore commerciale non produce l’effetto immediato della sottrazione dello stesso al fallimento, non potendosi ammettere che il caso determini la fine della tutela dei creditori che la procedura fallimentare è diretta ad assicurare. Il patrimonio del soggetto conserva ancora la qualità di patrimonio dell’imprenditore commerciale e, conseguentemente, persiste la soggezione al fallimento entro l’anno dalla morte. La declaratoria di fallimento successiva alla morte dell’imprenditore rappresenta la più energica affermazione del soggetto che sopravvive, come centro d’imputazione, alla propria morte; nel senso che il fallimento dell’imprenditore defunto costituisca fallimento senza soggetto (S. SATTA, *Il fallimento dell’imprenditore defunto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 128), Cfr. anche G. P. SAVI, *Il Fallimento dell’imprenditore defunto*, Milano, 1976. Per F. FERRARA, *Il fallimento*, cit., 107, si tratta di “rilievo indiretto” della figura dell’imprenditore, e ciò in relazione ad un duplice profilo: in quanto, innanzitutto, serve a determinare il patrimonio; in secondo luogo perché serve a qualificare il patrimonio e, precisamente, la natura delle obbligazioni che ad esso afferiscono. Questo spiega come possa darsi il fallimento dell’imprenditore defunto: la morte del titolare non fa scomparire la qualifica del suo patrimonio come patrimonio di un imprenditore commerciale e perché è sempre possibile, con riferimento al defunto, determinare il patrimonio che ad esso faceva capo.

¹¹³ Soggetto passivo del fallimento è l’imprenditore, cioè una persona fisica o un gruppo dotato di autonomia o personificato. Ciò risulterebbe con assoluta chiarezza sia dall’art. 2082 c.c., che qualifica l’imprenditore come soggetto esercente “professionalmente” un’attività economica, sia dal successivo art. 2221, il quale dispone l’assoggettamento alle procedure concorsuali degli “imprenditori che esercitano attività commerciale... in caso d’insolvenza”. In queste norme s’incentra la precisa saldatura tra il presupposto soggettivo e quello oggettivo del fallimento, imputandosi l’insolvenza del soggetto (G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Fallimento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2). Di diverso parere i primi commenti alla legge fallimentare, quali quello di A. SEGNI, *Impressioni sulla nuova legge sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1942, I, 87 che aderisce

fallimento meramente oggettivo l'attività d'impresa costituisce presupposto servente rispetto alla qualificazione del soggetto quale imprenditore commerciale ed alla sua successiva dichiarazione di fallimento.

Quindi, al di là delle eccezioni temporali legate alla possibilità di dichiarare il fallimento, anche le ipotesi citate non derogano all'imprescindibile presupposto della preventiva dichiarazione di fallimento di un soggetto imprenditore (nel nostro caso la società) entro un determinato lasso temporale dalla cessazione dell'attività¹¹⁴.

Secondo una ricostruzione offerta in dottrina, le società cancellatesi spontaneamente cessano di essere centri di imputazione di nuove attività, ma non perdono la responsabilità per le obbligazioni poste in essere alla data della cancellazione sino all'anno successivo. E così entro il predetto periodo la società deve considerarsi titolare sia di beni presenti nel patrimonio che di beni eventualmente sopravvenuti con la procedura fallimentare¹¹⁵.

Peraltro la Consulta aveva già, in epoca ormai risalente, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 10 l.f.¹¹⁶.

Infatti i rapporti posti in essere dall'imprenditore sono in grado di generare i propri effetti anche in un momento successivo alla cessazione dell'attività e, conseguentemente, se l'insolvenza si manifesta entro l'anno può essere logicamente ricondotta al precedente esercizio dell'attività d'impresa.

all'impostazione della personalità giuridica del patrimonio fallimentare. Tali impostazioni, invero, si giustificavano in base alla confusa terminologia sino ad allora utilizzata nella letteratura giuridica in cui non era chiara la distinzione tra impresa - attività e impresa - organizzazione. Ma la stessa idea dell'impresa - attività non coglie, il momento soggettivo dell'impresa che si collega sempre ad una persona fisica o giuridica.

¹¹⁴ Il termine di un anno costituisce un limite obiettivo «per la dichiarazione di fallimento di chi non è più imprenditore; non basta che entro quel termine sia presentata l'istanza per la dichiarazione di fallimento; occorre che sia tempestivamente depositata in cancelleria la sentenza del tribunale competente» (così S. BONFATTI-P. F.CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009,41).

¹¹⁵ G.P. ALLECA, *Iscrizione della cancellazione, estinzione e fallimento*, in *Riv. soc.*, 2010, 4, 720. L'estinzione potrebbe così intendersi come la disapplicazione *ex nunc* delle regole che governerebbero altrimenti l'imputazione dell'attività in capo all'ente senza per questo negare alla società quella limitata soggettività e capacità giuridica, come società semplice o di fatto, che le consente di mantenere la titolarità dei propri rapporti pregressi e la necessaria legittimazione sostanziale e processuale. (Così, ID., *Le sezioni Unite e l'estinzione delle società a seguito della cancellazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 648).

¹¹⁶ Corte Cost., 17.07.1975 n. 223, in www.dejure.it che osserva come «il giudice a quo dubita (...) della legittimità di tale norma e ne ipotizza il contrasto con il precetto costituzionale dell'eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione: in quanto, invero, il legislatore (...) parificherebbe, arbitrariamente ed irrazionalmente la situazione di questo con quella dell'esercente l'impresa commerciale, supponendo, in base ad una mera finzione contraria alla realtà, la persistenza della qualità imprenditoriale entro l'anno dalla cessazione dell'impresa».

Dunque, osserva la Corte, è corretta l'equiparazione compiuta dall'art. 10 tra colui il quale non è più imprenditore e chi, al contrario, continua ad esercitare l'attività.

E allora dal fallimento di una società ormai cessata derivano, al più, deroghe solo relative alle modalità di esecuzione e di applicazione della procedura concorsuale: in particolare, al fine di individuare i soggetti legittimati a rappresentare la società estinta sembra di poter fare ricorso all'art. 12 l.f. ove è prevista la nomina di un rappresentante da parte degli eredi o del giudice; nel caso di società, dunque, legittimati sarebbero i soci, in qualità di successori¹¹⁷

8. I risvolti processuali della cancellazione.

Rilevanti sono anche i risvolti di natura processuale che emergono a seguito dell'avvenuta cancellazione. In realtà si possono verificare due situazioni diverse: la società viene cancellata prima che venga intrapresa l'azione o, al contrario, nel corso del giudizio.

Nel primo caso le Sezioni Unite sopra richiamate¹¹⁸, nel sancire gli effetti estintivi della cancellazione, hanno contribuito a chiarirne le conseguenze processuali. Infatti, l'impresa collettiva si estingue con la cancellazione e, conseguentemente, perde anche la legittimazione processuale e sostanziale: le azioni proposte da un soggetto già cancellato divengono inammissibili¹¹⁹.

Ulteriori difficoltà si pongono, tuttavia, sia in relazione all'azione dei creditori sociali nei confronti degli *ex* soci e dei liquidatori, sia qualora la società cancellata sia parte di un giudizio già incardinato.

In relazione alla prima ipotesi, il legislatore ha stabilito che la pretesa potrà proporsi, nell'anno successivo alla cancellazione della società, mediante atto

¹¹⁷ M. SPERANZIN, *Il fallimento della società estinta*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. PALMIERI, Torino, 2009, 139. Così come si dovrà ritenere preclusa la possibilità di riaprire la procedura fallimentare, *ex art.* 121 l.f., in quanto a seguito della estinzione è venuto meno il soggetto fallito (così, A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, 1, 186).

¹¹⁸ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4060, Cass. 22 febbraio 2010 n. 4062, in *www.ilcaso.it*.

¹¹⁹ «In caso di cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese i singoli soci non sono legittimati all'esercizio di azioni giudiziarie la cui titolarità sarebbe spettata alla società, ma che questa ha scelto di non esperire sciogliendosi e facendosi cancellare dal registro». (in tal senso Cass. 16 luglio 2010, n. 16758, in *Le società*, 2011, 1, 5, con nota di A. FUSI, *Estinzione delle società di persone, azioni giudiziarie e legittimazione degli ex soci*).

di citazione da notificarsi nell'ultima sede della società (art. 2495, comma 2, c.c.)¹²⁰.

Con questa norma si è inteso semplificare il compito dei creditori sociali “mitigando” i rigorosi effetti della cancellazione¹²¹ sebbene, al contempo, potrebbero essere pregiudicati i diritti dei soci e liquidatori¹²². Sembra preferibile, così, sostenere che la notificazione non possa intendersi come “collettiva ed impersonale” analogamente a quella contemplata dall'art. 303 c.p.c.¹²³.

In realtà è opportuno distinguere tra le due ipotesi.

Nel caso previsto dall'art. 2495, comma 2, la notifica ha ad oggetto una domanda nuova, verosimilmente quella dei creditori nei confronti dei soci o del liquidatore e per questo l'attore ha il compito di individuarli singolarmente¹²⁴; al contrario, l'art. 303 c.p.c. consente una notifica effettuata

¹²⁰ È stato osservato come «tale domanda comprende sia quella nei confronti dei liquidatori almeno in colpa, che quella nei confronti dei soci, in quanto sia gli uni che gli altri rispondono solidalmente del soddisfacimento del credito». (così, M. SPERANZIN, *L'estinzione*, cit., 549, s.). La norma individua, peraltro, solo la sede ma non anche il destinatario dell'atto. Sembra così difficile estendere tale disposizione alle società personali in considerazione della disciplina relativa alla notificazione degli atti processuali: infatti la sua disapplicazione rappresenterebbe una violazione del diritto di difesa poiché i destinatari potrebbero non averne conoscenza (così, F. GUERRERA, *Problemi topici in materia di pubblicità degli atti societari “al confine” fra la s.r.l. e le società di persone*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, I, 708).

¹²¹ G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, cit., 1847.

¹²² La novità introdotta dall'art. 2495, ult. comma, c.c. è stata criticata da parte della dottrina in quanto la sua applicazione potrebbe provocare una potenziale lesione del diritto alla difesa dei soci e dei liquidatori. Ed infatti, considerato che nella pratica è assai probabile che presso l'ultima sede della società estinta non vi siano persone che possono ricevere la notifica per conto dei soci o dei liquidatori, ne consegue che la notifica dell'atto di citazione potrà avvenire con le formalità previste dall'art. 140 cpc, col rischio che gli stessi soci o liquidatori possano ignorare l'azione proposta nei loro confronti. In questi termini si esprime, A. DE VIVO, *Lo scioglimento e la liquidazione*, in AA. VV., *La nuova spa e la nuova srl*, Milano, 2004, 519.

¹²³ G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, cit. 193. Secondo parte della dottrina la notifica presso la società potrebbe essere effettuata collettivamente ed impersonalmente in quanto si sarebbe inteso superare il tradizionale insegnamento giurisprudenziale secondo il quale, fino alla sopravvivenza di rapporti obbligatori insoddisfatti, la cancellazione della società non avrebbe potuto avere effetto, con la conseguenza che solo contro di essa le residue domande dei creditori dovevano essere rivolte (in tal senso V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 12).

¹²⁴ Al riguardo afferma G. NICCOLINI, *op. ult. cit.*, 193 che «qui non si tratta di proseguire un processo già incardinato, di coltivare una domanda già proposta estendendola *telle quelle* ai successori a titolo universale, ma di introdurre ex novo un giudizio, di formulare nei confronti dei vari soci domande diverse in funzione delle diverse somme da ciascuno di essi apprese». Si è altresì osservato come «l'applicazione alla società cancellata del comma 2 dell'art. 303 c.p.c. è però assai incerta, prima di tutto perché è dubbio che gli ex soci siano successori universali della società ed in secondo luogo perché, anche se lo fossero, la disposizione in questione è derogatoria di una regola generale e non suscettibile di estensione analogica» (M.S. SPOLIDORO,

collettivamente ed impersonalmente agli eredi, ma solo nel caso di un giudizio già incardinato.

Secondo un certo orientamento giurisprudenziale nel caso di processi pendenti al momento della cancellazione, il giudizio si interrompe e la riassunzione può avvenire nei confronti dei soci anche attraverso una notificazione collettiva e impersonale¹²⁵.

In questo caso, tuttavia, la norma applicabile sembra essere proprio quella generale di cui all'art. 303 c.p.c. e non quella espressamente prevista dal codice civile per le società cancellate¹²⁶.

Nel caso in cui la società liquidata sia parte in un giudizio in corso, dunque, si verificherà la successione dei soci, ex art. 110 c.p.c., potendo individuare come “*altra causa*”, secondo il dettato normativo, la vicenda della liquidazione¹²⁷.

Peraltro, si evidenzia come la prosecuzione del giudizio da parte degli ex soci vada a coincidere con l'effetto estintivo della cancellazione. Al contrario secondo il precedente orientamento, la società non si estingueva sino a quando non venivano definiti tutti i rapporti, la stessa manteneva ancora la rappresentanza processuale e quindi, quand'anche cancellata, il giudizio proseguiva nei confronti dei medesimi soggetti che la rappresentavano prima della cancellazione¹²⁸.

Se la società si estingue, inoltre, vi sarà una conseguente carenza di legittimazione attiva del liquidatore a far valere crediti della società¹²⁹.

Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive, cit., 830, nt. 19).

¹²⁵ Trib. Como, 24 aprile 2007, cit.

¹²⁶ Cfr. anche A. ZORZI, *Sopravvenienze attive e cancellazione ex art. 2191 c.c. della cancellazione della società*, cit., 1261.

¹²⁷ In tal senso M. PORZIO, *La cancellazione*, cit., 92; C. CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, cit., 264 (che osserva come «l'applicazione della disciplina processualistica alla cancellazione della società comporta in definitiva, secondo la tesi che appare preferibile, l'interruzione del processo e la sostituzione nel rapporto processuale degli ex soci in quanto successori a titolo universale della società ai sensi dell'art. 110 c.p.c.»); V. SANGIOVANNI, *Estinzione delle società* cit., 688, (secondo cui «in alternativa si può pensare che i soci rappresentino dei successori a titolo particolare della società, con applicazione dell'art. 111, co. 2, c.p.c.: se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto»).

¹²⁸ La Suprema Corte affermava che la conclusione delle operazioni di liquidazione e la formale cancellazione di una società dal registro delle imprese non implicassero l'estinzione della società in presenza di rapporti giuridici pendenti. Sotto il profilo processuale la società non perdeva quindi la legittimazione processuale in conseguenza della sopravvenuta cancellazione, potendo proporre impugnazione a mezzo dei liquidatori (così, *ex plurimis*, Cass. civ., 20 ottobre, 1998, n. 10380, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, 281).

¹²⁹ App. Milano, 20 novembre 2007, in *Corr. merito*, 2008, 3, 295.

Pertanto, necessariamente saranno i soci ad avere la rappresentanza processuale e nei loro confronti dovrà proseguire il giudizio¹³⁰.

Tale conclusione tuttavia non è pacifica: infatti, è stato affermato che se la società viene cancellata nel corso di un giudizio, non si verifica una successione dei soci o dei liquidatori a proseguire un giudizio già incardinato, in quanto potrebbe essere promossa solo una nuova ed autonoma domanda nei confronti dei predetti soggetti ex art. 2495 c.c. In tal caso, evidentemente, ben più gravi saranno le conseguenze negative cui andranno incontro i creditori, ancora più evidenti se si considera che la cancellazione può avvenire anche d'ufficio¹³¹.

Con una recente sentenza la Suprema Corte ha statuito che è connaturato all'effetto estintivo il venir meno, altresì, del potere di rappresentanza dell'ente estinto in capo al liquidatore, come pure la successione dei soci alla società ai fini dell'esercizio, nei limiti e alle condizioni dalla legge stabilite (art. 2495 c.c., comma 2), delle azioni dei creditori insoddisfatti (nella specie l'amministrazione erariale), e ferma restando l'eventuale responsabilità del liquidatore ove il mancato pagamento sia dipeso da colpa o, *a fortiori*, da dolo¹³².

Ragionevoli e condivisibili dubbi, inoltre, sono stati sollevati in relazione alla effettiva conoscenza dell'atto da parte dei destinatari. Non si comprende come possa avere esito certo la notifica effettuata presso la sede di una società che non esiste più ed, inoltre, quale possa essere il soggetto che, una volta ricevuto l'atto, sia in grado di informare i soci. Sarebbe stato, pertanto,

¹³⁰ In tal senso D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese*, cit., 1014 ove rileva altresì che se la cancellazione avviene nel corso di un giudizio di appello, sarà inammissibile il ricorso in cassazione proposto da o nei confronti della società; il liquidatori non avranno più alcun potere di rappresentanza e, conseguentemente, nemmeno quello di conferire procura alle liti.

¹³¹ Cfr. App. Napoli, sez. I, 28 maggio 2008, in www.dejure.it secondo cui è inammissibile che la cancellazione possa dar luogo alla interruzione del giudizio in quanto istituto connesso agli artt. 110 e 111 c.p.c. che non opera qualora non vi siano soggetti legittimati a costituirsi in sostituzione della parte defunta. Dunque l'azione dei creditori verso i soci ed i liquidatori è un'azione autonoma rispetto a quella che avrebbero potuto proporre nei confronti della società. Cfr. altresì Trib. Prato, 18 novembre 2010, in www.ilcaso.it che afferma che l'azione nei confronti del liquidatore ex art. 2495 c.c. ha natura di responsabilità aquiliana ed è autonoma rispetto a quella esperibile nei confronti dei soci. Dunque detta azione non può essere introdotta nelle forme della riassunzione del processo instaurato nei confronti della società e poi interrotto a seguito della cancellazione, non essendovi alcuna successione del liquidatore nel rapporto originariamente dedotto in giudizio.

¹³² Cassazione civile, sez. trib, 3 novembre 2011, n. 22863 in *Diritto & Giustizia* 2011, 19 novembre 2011.

preferibile prevedere una notifica presso il liquidatore¹³³, soggetto certamente più facile da individuare e in grado di notiziare tempestivamente gli *ex soci*.

Un ultimo peculiare problema processuale si pone in relazione al rapporto tra cancellazione e fallimento.

Ci si chiede se la proposizione del ricorso di fallimento durante la vigenza del periodo di cui all'art. 10 L.F., debba essere fatta valere in contraddittorio con i soci, essendo venuta meno in capo all'ultimo legale rappresentante la legittimazione e la rappresentanza della società, o al contrario, legittimato sia ancora il liquidatore, in qualità di legale rappresentante della società.

Come già evidenziato, la società, una volta cancellata, non può più essere convenuta in giudizio avendo perduto la personalità giuridica e, conseguentemente, qualsivoglia legittimazione processuale passiva. L'unica eccezione concessa dal legislatore è contemplata proprio dall'art. 10 della l. fall. che, come osservato, è norma speciale rispetto all'art. 2495 c.c., appositamente prevista per fornire una maggiore tutela ai creditori sociali ai fini della dichiarazione di fallimento.

La norma civilistica trova, cioè, eccezione nella norma fallimentare, per cui l'effetto estintivo della cancellazione viene meno solo in caso di fallimento, con le specificità evidenziate nel paragrafo precedente.

Ciò significa che la società, benché cancellata dal R.I., continua a vivere, ma solo ai fini della dichiarazione di fallimento nel limite temporale di un anno, con i conseguenti profili processuali "speciali" rispetto a quanto abbiamo visto.

Ma se così è, la questione che si pone è se il ricorso per la dichiarazione di fallimento debba essere notificato ai soci della società cancellata, essendo ormai estinto l'ente o al contrario continui ad essere legittimato il liquidatore per questa singola specifica situazione.

Secondo la Cassazione la notifica del ricorso per la dichiarazione di fallimento della società cancellata risulterà correttamente espletata se, e solo se, verrà indirizzata entro l'anno dalla cancellazione, al liquidatore (in rappresentanza della società), presso l'ultima sede legale della società¹³⁴.

¹³³ G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, cit. 194.

¹³⁴ Cass., 5 novembre 2010, n. 22547, cit. che ha riconosciuto come «In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento di una società di capitali cancellata dal registro delle imprese, la legittimazione al contraddittorio spetta al liquidatore sociale, poiché, pur implicando detta cancellazione l'estinzione della società, ai sensi dell'art. 2495 c.c. (novellato dal d.lg. n. 6 del 2003), nondimeno entro il termine di un anno da tale evento è ancora possibile, ai sensi dell'art. 10 l. fall., che la società sia dichiarata fallita se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla cancellazione o nell'anno successivo, con procedimento che deve svolgersi in contraddittorio con il liquidatore, il quale, anche dopo la cancellazione è altresì legittimato a proporre reclamo avverso

È, infatti, il liquidatore - in quanto ultimo legale rappresentante – l'unico soggetto realmente legittimato al contraddittorio nell'ipotesi di procedimento per la dichiarazione di fallimento di una società di capitali.

La Suprema Corte ha dunque chiarito, una volta e per tutte - ed in maniera condivisibile - la problematica inerente ai rapporti tra l'art. 10 della l. fall. e l'art. 2495 c.c., con particolare riguardo proprio all'aspetto relativo alla legittimazione al contraddittorio nell'ipotesi di ricorso per la dichiarazione di fallimento, evidenziando, appunto, che la cancellazione della società nel limite temporale di cui all'art. 10 l. fall. non esclude la persistenza degli organi societari "ai soli fini della dichiarazione di fallimento".

Tale orientamento, tuttavia, non ha assunto forza "*nomofilattica*": secondo altra interpretazione successiva, infatti, la "riviscenza" della società ai fini fallimentari opera solo dal momento della dichiarazione di fallimento e non anche nella fase prefallimentare. Prima della dichiarazione di fallimento dovrebbero valere le regole poste dall'art. 2495 c.c. e, conseguentemente, essendo la società estinta, sarebbero legittimati passivi solo gli *ex* soci e non più gli organi sociali¹³⁵.

Tuttavia questo orientamento non può essere condiviso dovendosi ritenere applicabile il medesimo criterio tanto nella fase fallimentare, quanto in quella prodromica, con conseguente legittimazione del liquidatore e non dei soci. Il fallimento è ormai processo a cognizione piena e con tutte le relative garanzie, in fase istruttoria, del contraddittorio. Tale contraddittorio di conseguenza va instaurato nei confronti del soggetto che a seguito della dichiarazione di insolvenza rimane l'organo amministrativo sospeso dalle funzioni gestionali, ma dotato di specifici poteri riguardanti la persona giuridica fallita (quale ad esempio il potere di sottoscrivere la proposta di concordato fallimentare ed anche quello di deliberarlo nelle società di capitali a norma dell'art. 152, l. fall.).

la sentenza di fallimento, tenuto conto che, in generale, tale mezzo di impugnazione è esperibile, *ex art.* 18 l. fall., da parte di chiunque vi abbia interesse».

¹³⁵ C. Appello Napoli, 11 luglio 2011, e n.112 del 06.10.2011 inedite.