

ESTINZIONE FRAUDOLENTA DELLA SOCIETÀ E RICORSO DI FALLIMENTO “SINTOMATICO” DEL PUBBLICO MINISTERO

DI FRANCESCO FIMMANÒ

SOMMARIO: 1. Tutela dei creditori e pubblicità commerciale. – 2. L’efficacia “tombale” della cancellazione nella giurisprudenza della Cassazione del 2013. – 3. I debiti sociali insoddisfatti ed i residui non liquidati. - 4. Gli effetti processuali della cancellazione - 5. Il “rimedio” del fallimento della società cancellata. – 6. L’iniziativa del Pubblico ministero a tutela dei creditori in caso di “*abuso di cancellazione*”.

1. Tutela dei creditori e pubblicità commerciale

La cancellazione della società dal registro delle imprese e la conseguente estinzione “formale”, pone il problema della definizione dei rapporti pendenti, specie con riferimento alla tutela dei terzi che evidentemente non sono in grado di incidere sulla scelta di cancellare “prematuramente”. La delicata problematica, invero, emerge con sfumature diverse per le società di persone e per quelle di capitali, per le quali l’ordinamento attribuisce alla pubblicità commerciale valore costitutivo.

Il tema ripropone, per alcuni versi ed in modo esponenziale, la questione fondamentale dell’abuso di segregazione, specie per i c.d. *creditori involontari*, ossia per quelli che hanno pretese che nascono dai c.d. *torts* subiti e sui quali appare ingiusto *esternalizzare* i costi delle operazioni della società ed il relativo rischio di cui non hanno contezza¹. Le cancellazioni

¹ Nella giurisprudenza statunitense si è sviluppata la tendenza a distinguere la natura della fonte dell’obbligazione i limiti del privilegio della limitazione della responsabilità. E tale tendenza si è manifestata quale ipotesi di superamento della persona giuridica a favore dei titolari di un credito per risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale. Più in generale sul rapporto tra pubblicità commerciale, segregazione, autonomia patrimoniale ed abuso della

abusive, strumentali o addirittura fraudolente vengono poste in essere, difatti, soprattutto in danno dei soggetti che non hanno il monitoraggio della controparte.

Infatti quando il legislatore pone un obbligo informativo, correlativamente attenua «la tutela dell'ignoranza e della buona fede dei terzi. Questo è il significato economico prima e giuridico poi della pubblicità legale commerciale, della disciplina del bilancio» e delle regole *contabili*. D'altra parte lo stesso capitale sociale è innanzitutto una grandezza di natura contabile e dipende inevitabilmente dal modo in cui è redatta la contabilità. L'assunto è che il terzo od il creditore solo se informato assume correttamente il rischio e può intervenire per impedire l'evento dannoso. Nell'ambito del ceto indifferenziato dei creditori esistono soggetti diversi, perché «le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore» sono diverse. Un tipico creditore involontario è l'amministrazione finanziaria (l'Erario) che non sceglie certo i propri debitori, né dispone di specifiche informazioni su di essi e la cui tutela «non può essere per definizione affidata alla loro capacità di scegliersi debitori che offrono sufficienti garanzie di adempimento». Ed infatti nella pratica i casi più frequenti di cancellazione-estinzione fraudolenta è posta in essere a danno di questa tipologia di creditore. I numerosi interventi della Cassazione in tema, specie negli ultimi anni, evidenziano la delicatezza delle questioni, in equilibrio precario tra esigenze di certezza, ultrattività ed abuso delle regole ispirate a questi criteri in danno dei terzi.

La riforma del diritto delle società è, come noto, intervenuta in materia “replicando” in parte il vecchio art. 2456 c.c.² (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

personalità giuridica mi sia consentito il rinvio a F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano 2008, 312 s.

² Cfr. G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1836.

bilancio annuale di liquidazione per tre anni consecutivi, e, quindi, quando manchi la pubblicità di un'attività liquidatoria³.

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 imprese⁴.

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.⁵.

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.

Sembrava così potersi sopire 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 passivi.

³ 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.

⁴ 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 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).

⁵ 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 *monstrum* giuridico inavvertitamente e inutilmente sfuggito al nostro legislatore ...» (A. ZAGARESE, *Sopravvenienze passive e responsabilità del liquidatore ex art. 2456*, in *Giur. comm.*, 2002, 384).

In realtà, il problema è apparso negli ultimi anni tutt'altro che risolto. Se alcun dubbio sorge qualora non vi siano da definire rapporti pendenti o non vi sia continuazione dell'attività, delicate e complesse questioni si pongono 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" ed in caso affermativo quali siano gli strumenti diretti a sanzionare *l'abuso di estinzione formale*.

L'ufficio del registro delle imprese, da parte sua, in caso di richiesta dovrà semplicemente 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 o l'inserimento di fondi rischi 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 vicenda*⁶.

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 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 come visto: *"...ferma restando l'estinzione della società...i creditori insoddisfatti..."*.

Come si vede, allora, estinzione della società ed esistenza di debiti sono fattispecie *ontologicamente* compatibili, sicché la

⁶ 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. (M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 527 s.)

persona giuridica può estinguersi anche in presenza di passività attuali o potenziali⁷.

Del resto se l'ufficio del registro delle imprese 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 dovrà limitarsi al controllo della regolarità formale e cioè di esistenza, veridicità e tipicità dell'atto e non dei fatti e contegni presupposti⁸.

⁷ 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).

⁸ 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 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,

E' chiaro che questa impostazione pone una serie di problemi applicativi sul piano degli effetti dell'estinzione; ed al contempo impone di dare una valenza diversa alla richiesta volontaria di cancellazione della società *ed a quella d'ufficio*, sia ai fini della relativa efficacia, sia ai fini della valutazione dell'eventuale contegno abusivo, che solo nel primo caso evidentemente ha una base "commissiva" e non inerziale-omissiva.

2. L'efficacia "tombale" della cancellazione nella giurisprudenza della Cassazione del 2013

Alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale si può affermare che l'iscrizione della cancellazione, almeno per le società di capitali, produce un effetto estintivo "tombale", anche là dove esistano ancora rapporti pendenti.

La Suprema Corte si è ripetutamente pronunciata in tema negli ultimi anni scegliendo soluzioni, solo apparentemente univoche, e ciò vale anche per i tre pronunciamenti, a sezioni unite, del marzo 2013⁹, che ripercorrono gli orientamenti risultanti dal dibattito degli ultimi anni sugli effetti sostanziali e processuali e cercano di sistemare la materia, in funzione di un difficile equilibrio tra esigenze di certezza del diritto ed esigenze di tutela dei delicatissimi interessi in gioco, a cominciare da quelli del mercato¹⁰. Peraltro i giudici di

Nullità dei bilanci di liquidazione, nullità degli atti da questi derivati e prescrizione dell'azione del creditore insoddisfatto).

⁹ Cass. civ. Sez. Un., 12 marzo 2013, n. 6070, 6071, 6072, *Società*, 2013, 5, 555 con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali*; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione della società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*, *ibidem*, 564; G. LA CROCE, *Gli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese e il fallimento delle società cessate - La Cassazione mette la parola fine alla querelle sugli effetti della cancellazione delle società da registro delle imprese*, in *Fallimento*, 2013.7, 831; G. IACCARINO, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. effettuata dalla Cassazione dal 2008 al 2013*, in *Notariato*, 2013, 3, 261; G. COTTINO, *La difficile estinzione della società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni Unite*, *Giur. it.*, 2013, 4, 858; C. CONSOLO – F. GODIO, *Le Sezioni Unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria "ritrovata" (o quasi)*, *Corriere giur.*, 2013, 5, 697; A. IORIO - L. AMBROSI, *Estinzione della società e obblighi patrimoniali dei soci*, *Corr. trib.*, 2013, 9, 1526.

¹⁰ Ci permettiamo di evidenziare che, nello sviluppo sistemico dei provvedimenti, le soluzioni scelte, avallate in qualche modo da ultimo anche da

legittimità hanno già avuto modo di applicare a stretto giro l'impostazione "nomofilattica", a dimostrazione della rilevanza anche quantitativa della questione, legata spesso a cancellazioni "abusive"¹¹.

La stessa Suprema Corte aveva già evidenziato nel 2010 come la data di entrata in vigore della riforma era lo spartiacque, in quanto le vicende estintive verificatesi nel periodo antecedente vanno assoggettate al precedente "regime" e le cancellazioni successive al nuovo¹². Si era infatti anche rilevato che 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, per cui la

Corte cost., 17 luglio 2013, n. 198, corrispondono a quelle da noi individuate via via nel tempo (al riguardo F. FIMMANÒ, *La fase dell'estinzione*, in F. FIMMANÒ – C. ESPOSITO – L. TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 356; ID., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Giuffrè, Milano 2011, 136 s.; F. FIMMANO – F. ANGIOLINI, *Gli effetti della cancellazione della società alla luce delle pronunce delle sezioni unite della cassazione*, in *Riv. not.*, 2010, 1465 s.; ID., *Cancellazione, estinzione e cancellazione della cancellazione: quando la società di capitali può "risorgere" e fallire*, in www.ilcaso.it).

¹¹ Cass., 30 maggio 2013, n. 13659, inedita; Cass., 11 luglio 2013, n.17208, in *Dir. giust.*, 12 luglio 2013 con nota di V. PAPAGNI, *Solo se avviene entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese*.

¹² Cass. Sez un. 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061, 4062, 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; in *Società*, 2010, 8, 1017 con nota di D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese* (che qualifica la soluzione "salomonica" poiché in grado di contemperare le diverse esigenze). Già secondo Cass., 5 novembre 2010, n. 22548, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1411, «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». Conformi: Cass., 23 maggio 2012 n. 8170, in *Guida al diritto*, 2012, 35, 93; Cass. 13 luglio 2012, n. 11968, in *Vita not.*, 2012, 3, 1423; Cass., 3 novembre 2011, n. 22863, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 11, 1557; Cass., 10 novembre 2010, n. 22830, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1428 App. Roma, 15 marzo 2012, n. 1451, in *Guida al diritto*, 2012, 24, 85; Trib. Cremona, 17 marzo 2012, inedita; Trib. Modena 20 marzo 2012, n. 524, inedita; App. Roma, 18 aprile 2012, n. 2098, in *Guida al diritto*, 2012, 25, 66; Trib. Piacenza 14 aprile 2011, n. 313 in www.ilcaso.it. Diforme: App. Napoli, 25 gennaio 2012, inedita.

novella rappresenterebbe una visione costituzionalmente orientata del precedente sistema¹³.

Nelle sentenze del 2013 si afferma di non voler mettere in discussione i principi sanciti dalle Sezioni Unite precedentemente, ma di voler partire da quelle decisioni per cercare di far *chiarezza* sulle ulteriori ricadute.

In realtà la Suprema Corte nel corso del 2010 ha prima affermato l'efficacia estintiva della cancellazione per le società di capitali¹⁴ (ed il medesimo effetto dissolutivo è stato sancito anche qualora venga cancellata *una società personale*¹⁵ con la fine della capacità e soggettività limitata), ma poi successivamente ha operato un sostanziale *revirement* contenuto in decisioni di difficile lettura e figlie di un tentativo, mal riuscito, di non contraddirsi¹⁶.

Per le società di capitali, invero, era stato ancora prima riconosciuto l'effetto estintivo della cancellazione, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti pendenti, sino ad affermare l'applicazione della norma «anche alle

¹³ 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, induce a ritenere, la irretroattività delle norme». (Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4062, cit.). In tal senso anche Trib. Piacenza, 14 aprile 2011, cit., secondo cui l'art. 2495 «è una norma innovativa e non interpretativa che (...) vale solo per l'avvenire. ».

¹⁴ Cass. Sez Un. 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061, 4062 cit. (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 s.; 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 s.).

¹⁵ Conseguenza 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.; Cass. 23 maggio 2012 n. 8170, in *Guida al diritto*, 2012, 35,93).

¹⁶ Cass. S.U., 9 aprile 2010, nn. 8426 e n. 8427, in *Giust. civ.*, 2011, 3, 735.

cancellazioni già iscritte nel registro delle imprese» rispetto alla sua entrata in vigore¹⁷.

Le ultime Sezioni Unite ricordano che la citata sostanziale difformità tra società di capitali e di persone viene rinvenuta per le società a base personale sotto il mero profilo pubblicitario. Se la cancellazione delle prime *ha natura costitutiva*, al contrario, resta affermata *la natura dichiarativa* della cancellazione delle seconde per simmetria rispetto alla natura dell'iscrizione dell'atto costitutivo. Questa distinzione è confermata dalla responsabilità dei soci di società di persone¹⁸.

La Cassazione, tuttavia, con le due ulteriori pronunce del 2010 (sentenze a sezioni unite nn. 8426 e 8427), cambiò sostanzialmente impostazione, seppure con un ragionamento molto articolato.

Si tratta di sentenze che affrontano il caso di società a responsabilità limitata che, dopo la cancellazione volontaria,

¹⁷ 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 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*; 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*. E' stata rilevata l'incoerenza per il sistema di riconoscere l'effetto estintivo della cancellazione solo per le società di capitali, in quanto non ci sarebbe ragione di ammettere discipline differenti per situazioni analoghe (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; . V. SALAFIA, *Estensione alle società di persone del nuovo art. 2495*, cit., 569).

¹⁸ In tal senso Trib. Napoli, 26 aprile 2010, in www.il caso.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. (...)». *Contra*: Trib. Busto Arsizio, 2 ottobre 2012 (che afferma l'effetto tombale anche per le società personali), in *Notariato*, 2013, 3, 279, con nota critica di F. FIMMANÒ, *Cancellazione ed estinzione delle società di persone*; Trib. Varese, 8 marzo 2010, il caso.it. In tema cfr. pure Cass., 7 febbraio 2012, n. 1677, *Società*, 2013, 1, con nota di L. CORRADI, *Ancora su cancellazione ed estinzione delle società commerciali di persone*; in *Giur. it.*, 2012, 12, 2575 con nota di G. COTTINO, *La difficile estinzione delle società: ancora qualche (libera) divagazione sul punto*; in *Obbl. e contr.*, 2012, 6, 415 con nota di C. BOLOGNESI, *La Cassazione conferma: la cancellazione da registro delle imprese determina l'immediata estinzione anche per le società di persone*.

avevano trasferito la propria sede all'estero. Tali cancellazioni, ex art. 2191 c.c., erano state successivamente cancellate dal 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.

I giudici affermavano in motivazione che la cancellazione disposta ex art. 2191 c.c. è dichiarativa 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. faceva presumere la continuazione dell'attività.

Le precedenti statuizioni sono state poste, insomma, in discussione, nonostante i malcelati tentativi di farle apparire *in continuità logica ed ideologica*¹⁹.

Infatti, da un lato si afferma l'efficacia estintiva della cancellazione²⁰, dall'altro si riconosce che qualora sopraggiunga il decreto di cancellazione della cancellazione, seppur in un caso peculiare, la società deve considerarsi ancora viva, salvo prova contraria. Non appare chiaro allora 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., senza renderlo uno strumento meramente discrezionale ed arbitrario per riportare

¹⁹ Osserva M.S. SPOLIDORO, *La cancellazione delle società davanti alle Sezioni unite*, cit., 648, come le sentenze di febbraio non siano conciliabili con le due pronunciate in aprile.

²⁰ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, nn. 4060 e 4062, cit.

ad libitum in vita società ormai “defunte”, qualora, ad esempio vi siano ancora passività²¹.

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 rilievo²².

L'iscrizione della cancellazione della cancellazione, secondo i giudici, 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 se 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, sarebbe “relativa” ammettendo la prova contraria in sede di modifica del provvedimento ad opera del giudice del registro o di una ordinaria azione di cognizione sulla pretesa esistenza dei requisiti ritenuti indispensabili all'estinzione.

C'è da dire tuttavia che nella fattispecie concreta esaminata dalla Cassazione era emersa la natura “fittizia” del trasferimento all'estero e la continuazione dell'attività in Italia ove sarebbe rimasto il relativo centro di interessi²³. Ma il

²¹ 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 (...)». 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».

²² M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Fallimento*, 2010, 12, 1413.

²³ La peculiarità è nella circostanza che i soci avevano deliberato, nel caso in esame, successivamente alla cancellazione il trasferimento fittizio all'estero della sede sociale, confermandone la permanenza in vita dopo la cancellazione,

ragionamento - seppur riferito a una casistica assai peculiare - ha aperto un rilevante varco al “fronte” della cancellazione della cancellazione²⁴.

La Suprema Corte, successivamente²⁵, è parsa tornare 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 rapporti non definiti, da ciò istituendosi una comunione fra i soci in ordine ai beni residuati dalla liquidazione ovvero sopravvenuti alla cancellazione...”*²⁶.

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 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 se 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 trasferimento all'estero della società è stato considerato motivatamente falso in sentenza, laddove se fosse stato effettivo, avrebbe comportato la giurisdizione del giudice straniero ai sensi dell'art. 3, comma 1 del Regolamento CE del Consiglio del 29 maggio 2000.

²⁴ Si segnala al riguardo Trib. Padova, 2 marzo 2011, in www.ilcaso.it, che afferma che 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. Nello stesso senso già Trib. Padova, 13 agosto 2004, in *Società*, 2005, 6, 765 con nota di E. CIVERRA, *Presupposti ed effetti della cancellazione di società dal Registro delle imprese*; in *Dir. fall.* 2006, 1, II, 246 con nota di C. CARANO, *Il mito della “immortalità” delle società è duro a morire*, secondo cui i creditori sociali possono agire contro la cancellazione ... 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.

²⁵ Cass. 16 maggio 2012, n. 7679 in *Dir. Giust.*, 2012, 22 maggio, con nota di Terlizzi; Cass. n. 22863 del 2 novembre 2011, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1557; Cass., 4 maggio 2011 n. 9744, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 5, 687; Cass., 5 novembre 2010, n. 22548 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1411.

²⁶ Nello stesso senso: Trib. Benevento, in riforma al provvedimento del Giudice del Registro di Benevento del 14 marzo 2012, inediti, (secondo cui la cancellazione può essere cancellata quando avvenuta in mancanza delle condizioni richieste dalla legge e cioè l'effettiva estinzione); Tribunale Modena 20 marzo 2012 n. 524, inedito (secondo cui a cancellazione di una società di

Le tre sentenze del 2013 “glissano” sul contenuto implicito delle sentenze nn. 8426 e 8427, limitandosi a sancire che le stesse hanno previsto la possibilità che si addivenga anche d’ufficio alla “cancellazione della cancellazione” (cioè alla rimozione della cancellazione dal registro in precedenza intervenuta), in forza del disposto dell’art. 2191 c.c., con la conseguente presunzione che la società non abbia mai cessato *medio tempore* di operare e di esistere, *cioè sulla base della prova di un fatto dinamico e non di un dato statico quale è la pendenza dei rapporti non definiti*.

Insomma la Suprema Corte continua a non prendere posizione sul “se” la cancellazione della società di capitali possa essere cancellata nel caso in cui il soggetto continui ad operare e se la persona giuridica possa risorgere, glissando forse, da un lato, per non evidenziare la discontinuità degli orientamenti, dall’altro, per lasciare una porta aperta a interventi repressivi di abusi particolarmente evidenti dell’istituto della cancellazione. Tuttavia il sistema complessivo e gli stessi ragionamenti della Suprema Corte conducono inevitabilmente verso l’effetto “tombale” della cancellazione. La dinamica delle tutele risiede ormai, in positivo ed in negativo, *nella pubblicità commerciale* che assume nell’ordinamento sostanziale e processuale un ruolo centrale.

3. I debiti sociali insoddisfatti ed i residui non liquidati

Le Sezioni Unite del 2013 analizzano anche le conseguenze che possono derivare in ordine ai rapporti originariamente facenti capo alla società estinta, a seguito della cancellazione, che tuttavia non siano stati definiti nella fase della liquidazione, o perché li si è trascurati o perché solo in seguito se è ne

capitali o persone dal registro delle imprese ne determina “ipso facto” l’estinzione, anche in presenza di debiti insoddisfatti o di rapporti non definiti, istituendosi una comunione fra i soci in ordine ai beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione); App. Napoli 25 gennaio 2012, *inedita*; Comm. trib. reg. Potenza 5 gennaio 2012, *inedita*; Tribunale Modena 30 settembre 2011 n. 1521, *inedita*; Trib. Piacenza 14 aprile 2011; n. 313 *inedita*; Trib. Monza 18 gennaio 2011 *inedita*; App. Roma sez. II 16 settembre 2010 n. 3606, *inedita*.

scoperta l'esistenza (i giudici di legittimità li qualificano appunto *residui non liquidati*).

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 liquidazione, ovvero nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. 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 liquidazione che a questi sia stata versata sulla base del bilancio finale di liquidazione. Una specifica ipotesi di responsabilità dei liquidatori verso i creditori sociali è sancita proprio dall'art. 2491 c.c. 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 potenziali. 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 negligenza od inottemperanza ai doveri imposti dalla natura e dalle finalità del procedimento di liquidazione. Nel caso in cui siano state effettuate operazioni fraudolente nella fase della distribuzione dell'attivo sussistono sempre i normali mezzi di conservazione del patrimonio.

La responsabilità dei soci, nei limiti e presupposti detti, trova una precisa ragione nel fatto che il diritto del creditore non può venir meno definitivamente a causa della cancellazione del debitore. Se così fosse infatti – sottolineano le Sezioni Unite - si finirebbe col consentire al debitore di disporre unilateralmente del diritto altrui (magari facendo venir meno, di conseguenza, le garanzie prestate da terzi, che a quei debiti eventualmente accedano). E ciò pare tanto più inammissibile in

un contesto normativo nel quale l'art. 2492 c.c. neppure accorda al creditore la legittimazione a proporre reclamo contro il bilancio finale di liquidazione della società debitrice, il cui deposito prelude alla cancellazione.

Ne consegue che venuta meno la società, i soci diventano gli effettivi titolari dei debiti sociali nei limiti della responsabilità che essi avevano secondo il tipo prescelto. Quindi nelle società di persone la responsabilità illimitata resta tale anche dopo la cancellazione, secondo il dettato dell'art. 2312, c.c. Al contrario, i soci di società di capitali continuano a godere di una limitata responsabilità, rispondendo delle c.d. sopravvenienze passive nei limiti dei conferimenti rimborsati e delle quote di liquidazione oltre che degli eventuali acconti percepiti e dei conferimenti non ancora eseguiti.

In questo senso, secondo la Cassazione, le previsioni di cui all'art. 2495 c.c. implicano, anche se si vogliono rifiutare improprie suggestioni antropomorfiche (tra morte della persona fisica ed estinzione di quella giuridica), un fenomeno di tipo successorio, sia pure *sui generis*, che coinvolge i soci ed è variamente disciplinato dalla legge a seconda del diverso regime di responsabilità da cui, pendente società, erano caratterizzati i pregressi rapporti sociali. Ed a conferma di ciò il legislatore dispone che la domanda proposta dai creditori insoddisfatti nei confronti dei soci possa essere notificata entro un anno dalla cancellazione della società dal registro, presso l'ultima sede legale, ispirandosi palesemente al secondo comma dell'art. 303 c.p.c. che consente, entro l'anno dalla morte della parte, di notificare l'atto di riassunzione agli eredi nell'ultimo domicilio del defunto. D'altra parte il successore che risponde solo *intra vires* dei debiti trasmessi non cessa, solo per questo di essere successore ed i limiti alla responsabilità derivanti dal tipo sociale che dovessero rendere inutili le azioni del creditore si riflettono sull'interesse ad agire e non sulla legittimazione passiva.

Quanto ai residui attivi non liquidati, come detto, è preferibile aderire all'orientamento secondo cui, rimanendo irreversibile l'estinzione della società, nasce una comunione dei beni sopravvenuti alla cancellazione. Più articolata è la soluzione offerta dalle recenti Sezioni Unite, che, qualificando anche in questo caso il fenomeno come successorio ed escludendo l'ipotesi di un patrimonio adesposta assimilabile

alla figura dell'eredità giacente, affermano che “*si trasferiscono del pari ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa, i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, ma non anche le mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto una attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato*”.

La qualificazione atecnica di “mere pretese” accanto a quella di crediti incerti o illiquidi riguarda probabilmente le regole di iscrizione in bilancio, nel senso che in base al principio di prudenza (art. 2423-bis n. 1, c.c.) e alla sua ulteriore declinazione - il principio di dissimmetria (*Imparitätsprinzip*) - le componenti attive devono essere iscritte solo se certe, mentre ogni probabilità - per quanto ridotta - di eventi negativi deve venir considerata in bilancio.

La soluzione non serve a valorizzare la funzione del bilancio finale né conseguentemente la possibilità della cancellazione d'ufficio della cancellazione ex art. 2191 c.c., ma al contrario è frutto del condizionamento dei profili processuali sui profili sostanziale della fattispecie. Anche se come vedremo il trattamento dei valori attivi e passivi nel bilancio finale può rilevare al diverso fine dell'accertamento nelle singole fattispecie del carattere abusivo o fraudolento della cancellazione.

In ogni caso la scelta della Suprema Corte è di mera opportunità, in quanto non convince certo la distinzione sulla presunta o deducibile volontà del liquidatore di rinunciare alle attività (visto che non può essere oggetto di presunzione assoluta rispetto ad una dimenticanza od all'ignoranza) ed ancor meno convince rispetto ai diritti dei soci che non hanno certo contribuito o espresso almeno la volontà di cancellare²⁷.

4. Gli effetti processuali della cancellazione

²⁷ Nel senso espresso dalle Sezioni Unite in commento: Cass. 23 maggio 2012 n. 8170, cit.; Trib. Arezzo, 8 gennaio 2013, inedita; Trib. Torino, 30 aprile 2012, in *Foro it.* 2012, 3060

La giurisprudenza di legittimità ha affrontato soprattutto i risvolti di natura processuale derivanti dalla cancellazione, partendo da una ovvia considerazione e cioè che la società cancellata dal registro delle imprese non può validamente intraprendere una causa né esservi convenuta (salvo quanto si dirà a proposito del fallimento).

In realtà si possono verificare due situazioni diverse: una società viene cancellata prima che venga introdotta un'azione od una impugnazione o, al contrario, nel corso del giudizio.

La Suprema Corte aveva già in passato statuito che 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 inammissibili²⁸. Stesso discorso vale per le impugnazioni proposte dalla società estinta, o viceversa nei suoi confronti²⁹, visto che il giudizio deve essere sempre promosso contro i soggetti effettivamente legittimati, ovvero, come anche si usa dire, della "*giusta parte*"³⁰. Ciò anche in considerazione del fatto che laddove l'evento interruttivo per il venir meno di una parte non si stato fatto constare nei modi di legge l'esigenza di stabilità del processo è limitata al grado di giudizio in cui quell'evento è occorso.

Ulteriori questioni si pongono, tuttavia, sia in relazione ad una nuova azione dei creditori sociali da proporre nei confronti degli *ex* soci e dei liquidatori, sia qualora la società cancellata sia parte di un giudizio precedentemente incardinato.

Riguardo alla prima ipotesi, il legislatore ha stabilito che la pretesa potrà proporsi, nell'anno successivo alla cancellazione

²⁸ Cass. S.U. 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4062, citate. 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*).

²⁹ Le sezioni unite in commento richiamano i precedenti di Cass. 15 aprile 2010, n. 9032; Cass. 8 ottobre 2010, n. 20878 e Cass. 10 novembre 2010 n. 22830.

³⁰ Cass., 3 agosto 2012 n. 14106; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1760; Cass. 13 maggio 2011, n. 10649; Cass. 7 gennaio 2011, n. 259; Cass. sez. un. 18 giugno 2010, n. 14699; Cass. 8 giugno 2007, n. 13395; Cass. sez. un. 28 luglio 2005, n. 15783.

della società, mediante atto di citazione da notificarsi nell'ultima sede della stessa (art. 2495, comma 2, c.c.)³¹.

Con questa norma si è inteso semplificare il compito dei creditori sociali “mitigando” i rigorosi effetti della cancellazione³² sebbene, al contempo, potrebbero essere pregiudicati i diritti dei soci e liquidatori. Sembra preferibile, così, sostenere che la notificazione non possa intendersi come “collettiva ed impersonale” analogamente a quella contemplata dall'art. 303 c.p.c.³³.

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 singolarmente*³⁴; al contrario, l'art. 303 c.p.c. consente una notifica effettuata collettivamente ed impersonalmente agli eredi, ma solo nel caso di un giudizio già incardinato.

³¹ 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).

³² G. NICCOLINI, *sub art. 2495*, cit., 1847.

³³ 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 (V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 12).

³⁴ 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, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, cit., 830, nt. 19).

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 impersonale³⁵. 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 cancellate³⁶.

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 liquidazione. Peraltro, la prosecuzione del giudizio da parte degli *ex* soci va a coincidere con l'effetto estintivo della cancellazione.³⁷

Se la società si estingue, vi sarà una conseguente carenza di legittimazione attiva del liquidatore a far valere crediti della società³⁸. Pertanto, necessariamente saranno i soci ad avere la rappresentanza processuale e nei loro confronti dovrà proseguire il giudizio³⁹. La Suprema Corte ha avuto già modo

³⁵ Trib. Como, 24 aprile 2007, cit.

³⁶ Cfr. anche A. ZORZI, *Sopravvenienze attive*, cit., 1261.

³⁷ 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 cancellazione, potendo anche proporre impugnazione a mezzo dei liquidatori (così, *ex plurimis*, Cass. 20 ottobre, 1998, n. 10380, in *Giur. comm.*, 2000, 4, II, 281).

³⁸ App. Milano, 20 novembre 2007, in *Corr. merito*, 2008, 3, 295.

³⁹ La cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione del soggetto giuridico e la perdita della sua capacità processuale. Ne consegue che, nei processi in corso, anche se essi non siano interrotti per mancata dichiarazione dell'evento interruttivo da parte del difensore, la legittimazione sostanziale e processuale, attiva e passiva, si trasferisce automaticamente, *ex art.* 110 c.p.c., ai soci (così, Cass., 9 aprile 2013, n. 8596, *Dir. giust.*, 2013, 10 aprile; e in *Società*, 2013, 6, 740; Cass., 4 luglio 2013, n. 16751, *Dir. giust.*, 2013, 0, 1016 con nota di I. L. NOCERA, *Il ricorso di fallimento presentato da un creditore società estinta non è idoneo a far iniziare il procedimento*, e in *Fallimento*, 2013, 8. In tema cfr. anche App. Milano, 18 aprile 2012, in *Giur. it.*, 2013, 382, con nota di WEIGMANN secondo cui «è rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 2312, 2315, 2324, 2495 c.c. (...) nella parte in cui non prevedono, in caso di estinzione della società per effetto di volontaria cancellazione dal registro delle imprese, che il processo prosegua o sia proseguito nei gradi di impugnazione da o nei confronti della società cancellata, sino alla formazione del giudicato». D. DALFINO, *Le Sezioni Unite cit.*, 1014, 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

di statuire che è connaturato all'effetto estintivo il venir meno, 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 dolo⁴⁰.

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, preferibile prevedere una notifica presso il liquidatore⁴¹, soggetto certamente più facile da individuare e in grado di notiziare tempestivamente gli *ex* soci.

Dunque alla luce di questi principi, le Sezioni Unite del 2013 hanno affermato che in caso di cancellazione ed estinzione in pendenza di giudizio è applicabile la disposizione dell'art. 110 c.p.c.⁴², che contempla non solo la "morte" ma qualsiasi "altra causa" per la quale la parte venga meno⁴³, viveversa non è invocabile l'art. 111 c.p.c. visto che il fenomeno successorio in esame non è riconducibile né ad un trasferimento tra vivi né *mortis causa* a titolo particolare che postuli l'esistenza di un diverso successore universale⁴⁴. Di conseguenza si applicano

della società; i liquidatori non avranno più alcun potere di rappresentanza e, conseguentemente, nemmeno quello di conferire procura alle liti.

⁴⁰ Cass., Sez. trib, 3 novembre 2011, n. 22863 in *Diritto & Giustizia* 2011, 19 novembre 2011.

⁴¹ G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, cit. 194.

⁴² Nello stesso senso Cass. 15 ottobre 2012, n. 17637, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 16 ottobre 2012, che peraltro sancisce l'applicabilità dell'art. 2495, secondo comma, c.c., anche alle cooperative in virtù del rinvio disposto dall'art. 2519 c.c.

⁴³ Conformi Cass. 6 giugno 2012 n. 9110, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 6, 741; Cass. 23 luglio 2012 n. 12796, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 24 luglio 2012.

⁴⁴ App. Napoli, sez. I, 28 maggio 2008 (inedita), afferma invece che 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

altresì le disposizioni di cui agli artt. 299 ss. c.p.c., visto che “la perdita della capacità di stare in giudizio” cui tali norme alludono, è inevitabile conseguenza della sopravvenuta estinzione, con il contemperamento dei diritti processuali del successore della parte venuta meno e della controparte⁴⁵.

5. Il “rimedio” del fallimento della società cancellata

L'unica eccezione contemplata dal legislatore al venir meno della legittimazione processuale della società cancellata e del suo legale rappresentante è contemplata dall'art. 10 della l. fall. che, è norma speciale rispetto all'art. 2495 c.c., appositamente prevista per fornire tutela ai creditori sociali, specie in relazione a cancellazioni fraudolente.

La norma civilistica trova, cioè, eccezione nella norma fallimentare e la società, benché cancellata, continua a vivere, ma solo ai fini della procedura concorsuale.

Se così è, il ricorso per la dichiarazione di fallimento non va notificato ai soci della società cancellata, continuando ad essere legittimato il liquidatore cui va indirizzato entro l'anno dalla iscrizione della cancellazione⁴⁶, presso l'ultima sede legale della società, come già ha avuto modo di statuire la Cassazione⁴⁷ e di ribadire nelle ultime tre sentenze a sezioni unite⁴⁸.

è autonoma e 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.

⁴⁵ Nel medesimo senso già Cass. 16 maggio 2012, n. 7676, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, 624; Cass. 16 maggio 2012 n. 7679, in *Foro. It.*, 2012, 3059.

⁴⁶ Cass. 20 dicembre 2012 n. 23668, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 21 dicembre; Cass. 21 maggio 2012 n. 8033, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 650; Cass. 03 maggio 2012 n. 6692, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, 555 Il termine di un anno costituisce un limite obiettivo «... 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).

⁴⁷ Cass. 10 aprile 2012 n. 5655, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, 468; Cass., 31 maggio 2011, n. 12018; Cass., 5 novembre 2010, n. 22547, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1410, secondo cui il liquidatore, il quale, anche dopo la cancellazione è altresì legittimato a proporre reclamo avverso 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». Conforme: Cass. 28 maggio 2012, n. 8455, in *Guida al diritto* 2012, 35, 87

Le ultime Sezioni Unite hanno chiarito - una volta e per tutte - i rapporti tra l'art. 10 della l. fall. e l'art. 2495 c.c., evidenziando, appunto, che la cancellazione nel limite temporale di cui all'art. 10, l. fall., non esclude la persistenza degli organi societari ai soli fini della dichiarazione di insolvenza e della conseguente procedura concorsuale, in cui la posizione processuale del fallito è sempre impersonata dalla società e da chi legalmente la rappresentava.

Si tratta di “una *fictio iuris* che postula come esistente ai soli fini del procedimento concorsuale un soggetto ormai estinto (come del resto accade anche per l'imprenditore persona fisica che venga dichiarato fallito entro l'anno dalla morte) e dalla quale non si saprebbero trarre argomenti sistematici da utilizzare in ambiti processuali diversi”.

Tale orientamento, tuttavia, in passato non ha assunto forza “*nomofilattica*”: secondo altre interpretazioni, infatti, la “riviscenza” della società ai fini fallimentari opererebbe 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 sociali⁴⁹.

Questo orientamento, in ogni caso, 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, 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

⁴⁸ Cass., 30 maggio 2013, n. 13659, inedita; Cass., 11 luglio 2013, n.17208, in *Dir. giust.*, 12 luglio 2013 con nota di V. PAPAGNI, *Solo se avviene entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese*.

⁴⁹ App. Napoli, 11 luglio 2011; App. Napoli del 6 ottobre .2011; App. Napoli, 8 febbraio 2012 tutte inedite (in particolare nell'ultima pur consapevole dell'orientamento della Cassazione afferma di non riuscire a comprendere come sia concepibile che un organismo ormai estinto per il mondo giuridico, come deve ritenersi sia il caso della società di capitali cancellata dal registro delle imprese a seguito della chiusura della sua liquidazione, possa stare in giudizio o comunque avere propri rappresentanti organici, volontari o legali, che lo rappresentino in giudizio, così come in qualsiasi rapporto giuridico.

(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.).

Strettamente connesso all'effetto estintivo della cancellazione è l'impatto sistematico dell'art. 10, l.fall., come novellato.

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 passivi⁵⁰. Al contrario, come visto, per le società l'interpretazione giurisprudenziale *ante* riforme era orientata nel senso di affermare la sopravvivenza della società alla cancellazione qualora non fossero state definite tutte le pendenze⁵¹. A fugare ogni dubbio interpretativo è intervenuta la novella della legge fallimentare per cui *“gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se*

⁵⁰ Una prima soluzione al problema veniva offerta dalla 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.

⁵¹ 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». 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”*, ha affermato 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 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»

*l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo*⁵².

La società cancellata può fallire⁵³, ma il nuovo dettato fa sì che la cancellazione della stessa produca non solo un effetto estintivo, ma segni anche il *dies a quo* per calcolare l'anno entro il quale può sopraggiungere la declaratoria di fallimento⁵⁴. Se la cancellazione non avesse efficacia estintiva sarebbe agevole aggirare il termine annuale scaduto, in quanto potrebbe essere sufficiente eliminare la cancellazione⁵⁵.

Il mutamento del principio di valutazione del presupposto di fallibilità «non potrebbe essere più chiaro: da quello, percorso 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)».⁵⁶

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 annuale. 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 fallimento.

⁵² Cfr. F. LAMANNA, *sub art. 10*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 1, 258 ss..

⁵³ 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.

⁵⁴ M. PORZIO, *La cancellazione*, cit. 98.

⁵⁵ C. IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, cit., 955.

⁵⁶ 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*.

E' opportuno osservare, per concludere, il rapporto "effettuale" tra le norme civilistiche e fallimentari. 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 massa⁵⁷.

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"⁵⁸.

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 defunto⁵⁹ ed in particolare dell'eredità giacente o ancora delle fondazioni e delle associazioni non riconosciute che esercitano attività

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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».

⁵⁹ 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.

commerciale là dove si parta dal presupposto che queste ultime siano sformite 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 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*”⁶⁰.

Il fallimento dell'imprenditore defunto deriva dalla preesistente declaratoria di fallimento del soggetto deceduto, imputandosi in capo agli eredi solo alcuni effetti della procedura. 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 fallimentare. In tutte le fattispecie citate a sostegno dell'ammissibilità del *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

⁶⁰ Certo è che la disciplina è nel sistema anche se tali norme vengono rappresentate come un'anomalia (S. SATTÀ, *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).

nostro caso la società) entro un determinato lasso temporale dalla cessazione dell'attività.

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 fallimentare⁶¹. 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.⁶². 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. 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 il soggetto legittimato a rappresentare la società estinta, l'ultimo liquidatore, legale rappresentante, nominato dai soci in qualità di successori, evoca il modello individuato all'art. 12 l.f. ove è prevista la nomina, si pure *ex post*, di un rappresentante comune da parte degli eredi o del giudice⁶³.

⁶¹ 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. (G.P. ALLECA, *Le sezioni Unite e l'estinzione delle società a seguito della cancellazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 648).

⁶² Corte Cost., 17 luglio 1975 n. 223.

⁶³ 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*, 2007, 1, 186).

6. L'iniziativa del Pubblico ministero a tutela dei creditori in caso di "abuso di cancellazione"

Ricapitolando, il quadro che emerge è che la cancellazione dal registro delle imprese ha effetti *tombali*, almeno per le società di capitali, e che *il rimedio della cancellazione della cancellazione* resta precluso, salvo forse che per quella effettuata d'ufficio. Il tutto sulla base di un unico strumento di tutela efficiente rappresentato dalla dichiarazione di fallimento entro un anno dal perfezionamento della formalità pubblicitaria con valore costitutivo.

Questo comporta che la salvaguardia delle ragioni dei creditori è rimessa alla stessa pubblicità commerciale ed all'onere di monitoraggio. Tuttavia nella pratica si verifica spesso che la cancellazione venga effettuata mentre il giudizio, o spesso i numerosi giudizi, di accertamento dei debiti (specie fiscali, previdenziali e lavoristici) non hanno ancora prodotto titoli esecutivi a favore dei creditori (come visto ciò accade soprattutto per i creditori c.d. involontari e *stakeholders* secondari). Quindi nelle more della prosecuzione del giudizio di cognizione, eventualmente dopo una corretta riassunzione nei confronti dei soci, l'anno inevitabilmente decorre.

Tuttavia, in tal caso, il contegno, eventualmente fraudolento può sicuramente rilevare, se è strumentale ad una cancellazione richiesta sulla base di un bilancio finale di liquidazione da cui non risultino i debiti oggetto di contenzioso, i quali neppure siano stati inseriti in un fondo rischi.

Basti pensare che a norma dell'art. 7, comma 2, l.fall., il pubblico ministero può presentare la richiesta di fallimento ex art. 6 comma 1, l. fall., quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero *dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;* quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile

⁶⁴

⁶⁴ La Cassazione ha più volte affermato che in tema di iniziativa del p.m. per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 7 n. 1, l. fall., la doverosità della sua richiesta può fondarsi dalla risultanza dell'insolvenza, alternativamente, sia dalle notizie proprie di un procedimento penale pendente, sia dalle condotte, *del tutto*

Orbene *la chiusura dei locali dell'impresa* evoca sicuramente il fenomeno della cancellazione della società, così come la fuga può evocare tanto la stessa vicenda, quanto il trasferimento della sede all'estero (altra pratica spesso fraudolenta). E peraltro il potere del p.m. di assumere l'iniziativa della richiesta al tribunale della dichiarazione di fallimento non è limitata alle specifiche ipotesi di cui all'art. 7 l. fall. ma ha, invece, *carattere generale*⁶⁵.

D'altra parte la fuga dell'imprenditore in stato di dissesto, nelle antiche legislazioni comunali, ha sempre rappresentato il principale sintomo del fallimento: *il fugitivus* a causa dell'impossibilità di far fronte ai propri debiti, era presumibilmente in stato di decozione. Difatti, per un arco di tempo che va dalla metà del XIII alla metà del XVII secolo, troviamo il costante, e talora esclusivo, riferimento *alla fuga* come presupposto del fallimento⁶⁶. Solo con la promulgazione del codice napoleonico nel 1808, e la sua successiva revisione nel 1838, il presupposto oggettivo dello stato di crisi è stato affinato: il sintomo dominante del dissesto è la cessazione dei pagamenti, ma si precisa, guarda caso, che l'incapacità ad adempiere può "desumersi da manifestazioni esterne indirette (ad esempio, la chiusura dei magazzini)". Recita l'art. 441 del codice napoleonico del 1808: «*L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce: son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur, soit par la cloture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation de paiement ou déclaration du faillie*».

Molto spesso il fenomeno della fuga-trasferimento all'estero si sovrappone a quello della chiusura-cancellazione, tant'è che nelle vicende affrontate dalle Sezioni Unite nn. 8426 e n. 8427 del 2010, si trattava proprio di società a responsabilità limitata

autonome indicate in tal modo dalla congiunzione "ovvero" di cui alla norma che non sono necessariamente esemplificative né di fatti costituenti reato né della pendenza di un procedimento penale, che può anche mancare (Cass, 21 aprile 2011, n. 9260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 4, 649).

⁶⁵ Cass., 5 dicembre 2001, n. 15407, in *Foro it.*, 2002, I, 374; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1032, in *Fallimento*, 2002, 1295.

⁶⁶ Al riguardo: U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 50; C. D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, 25 s.

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 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.

In realtà il *fittizio trasferimento della sede* non dovrebbe determinare alcuno spostamento della giurisdizione⁶⁷, e ciò a prescindere dalla data della cancellazione per trasferimento, vicenda ontologicamente distinta da quella della cancellazione per cessazione dell'attività⁶⁸. L'operazione ha spesso la finalità abusiva di trasformare la persona giuridica in soggetto "irreperibile", ovvero soggetto nei confronti del quale è, di fatto, impossibile effettuare le notificazioni. Le difficoltà appaiono evidenti quando al trasferimento fittizio segua, di fatto, l'impossibilità di trovare presso la sede, risultata essere quella effettiva, il rappresentante legale o altra persona addetta a ricevere le notifiche, come individuate all'art. 145 comma 1 c.p.c., ovvero quando si sveli che, in realtà, con il trasferimento simulato all'estero la società sia sostanzialmente fuggita dai creditori, con la nomina di prestanome (cittadino del paese del

⁶⁷ La disciplina da applicare è quella di cui agli artt. 145 c.p.c. (al riguardo cfr. MONTELLA, *Competenza internazionale del giudice italiano e trasferimento (fuga) del debitore all'estero*, in *Fall.*, 2011, 715). Per le società che hanno trasferito solo formalmente la sede statutaria all'estero, ma che di fatto sono irreperibili e in fuga dai creditori anche attraverso la nomina di amministratore fittizi stranieri, non occorre una doppia notificazione in Italia e all'estero, né alcun doppio esperimento di notifica è peraltro più richiesto dall'art. 145 c.p.c. nuova formulazione (*contra*: App. Roma, 14 novembre 2011, n. 4795, in *Giur. Merito*, 2012, 4, 905, con nota critica di P. FILIPPI, *La notifica del ricorso per la dichiarazione di fallimento a società italiana che ha trasferito, solo formalmente, la sede all'estero*, la quale evidenzia come il Regolamento CE 1393/2007 trova applicazione nei casi in cui, in materia civile e commerciale, un atto giudiziario o extragiudiziale debba essere trasmesso in un altro Stato membro per essere notificato o comunicato al suo destinatario avente sede all'estero, non rientrando in questa casistica il trasferimento della sede sociale all'estero non è mai avvenuto).

⁶⁸ In tal senso già P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, 666; P. FILIPPI, *Cancellazione per trasferimento dell'attività (art. 9 l. fall.) e cancellazione per cessazione dell'attività (art. 10 l. fall.)*, in *Giur. Merito*, 2010, 2435.

trasferimento fittizio ivi residente), in realtà non reperibile presso l'indirizzo risultante dalla visura camerale. Valutando gli effetti di una eventuale inefficacia del trasferimento fittizio potrebbe sostenersi, in analogia con quanto sancito dalla Cassazione per la notifica del ricorso di fallimento della società cancellata, la possibilità di notificare, nelle forme di legge, all'ultimo legale rappresentante «italiano» prima del trasferimento all'estero, ovvero a quello che continua essere l'amministratore od il liquidatore effettivo, ovvero a quello che ha interesse a impugnare la sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso in cui presso la sede statutaria, per abbandono della stessa non sia possibile procedere alla notifica ai sensi dell'art. 145, comma 1, c.p.c., né procedere mediante notifica al legale rappresentante rimane aperta la questione se sia possibile effettuare la notifica ai sensi degli artt. 140 e 143 c.p.c.⁶⁹.

In ogni caso, nelle ipotesi di estinzione fraudolenta, come di fuga o trasferimento fittizio all'estero, il Pubblico ministero (eventualmente compulsato dal titolare della pretesa azionata), potrà esperire ricorso di fallimento tempestivo, proprio sulla base di una cancellazione abusiva, effettuata in virtù di un

⁶⁹ La nuova formulazione dell'art. 145 c.p.c. non risolve la questione del legale rappresentante non risultante dalle visure camerali, sconosciuto o fittizio, e della persona giuridica *irreperibile*. Il problema potrebbe essere risolto notificando ai sensi dell'art. 140 c.p.c. anche nei confronti della persona giuridica, con indicazione generica del legale rappresentante pro-tempore. Al riguardo è stato anche affermato che non avrebbe alcun senso ipotizzare una notificazione *ex art.* 143 c.p.c. nei confronti dell'ente (non potendo mai la sede risultare sconosciuta); la notificazione *ex art.* 140 c.p.c. presso la sede può, al contrario, rivelarsi indispensabile, ogniqualvolta risulti "sguarnita", e il notificante non abbia la possibilità di procurarsi il nominativo del rappresentante legale. Secondo la giurisprudenza la possibilità, di ricorrere al principio sancito dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 110 del 1972, 141 del 1970, 142 del 1970, costituzionale seguita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione prima della riforma, secondo cui il fallimento può essere comunque dichiarato in caso di irreperibilità preordinata, sarebbe precluso dalla nuova formulazione dell'art. 15, comma 2, l. fall. La norma non lascia spazio al rilievo della coordinata irreperibilità in ragione della necessaria sommarietà e celerità del rito, principio affermato dalla Corte costituzionale quando con la sentenza additiva n. 141 del 1970 «introduceva», nel procedimento prefallimentare l'obbligo della previa audizione del fallendo (App. Roma, 14 novembre 2011, n. 4795, cit. 906). Sono state proposte le opzioni interpretative della notifica alla persona giuridica ai sensi dell'art. 140 o dell'art. 143 c.p.c. o la notifica alla persona giuridica in persona, non già del mero ultimo amministratore formale, bensì dell'ultimo amministratore effettivo, sempre provando la fittizietà di quello formale (P. FILIPPI, *La notifica del ricorso cit.*, 908).

bilancio da cui non risultino i crediti del creditore denunciante o comunque risultino rapporti non definiti⁷⁰.

⁷⁰ Ad esempio per la Suprema Corte l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta per distrazione, occultamento e dissipazione di beni, si concreta nel dolo generico, essendo il fine particolare di recare pregiudizio ai creditori richiesto solo per le ipotesi della esposizione e del riconoscimento di passività inesistenti. Tuttavia, poiché l'interesse tutelato è di natura patrimoniale e concerne la conservazione a favore di creditori della garanzia dei loro crediti, l'agente deve rappresentarsi che dalla sua condotta possa derivare danno alle ragioni dei creditori. Nella specie, il rilievo dell'elemento psicologico così individuato è stato considerato nell'analisi della condotta dell'agente che aveva chiuso i locali, fuggito dal luogo dove si svolgeva l'attività di impresa e aveva indicato nuovo domicilio (Cass. penale, 20 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 1542).