

Nota a: Cassazione civile, 30 maggio 2013, n.13659, sez. I

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

Titolo: Questioni in tema di fallimento di società cancellata.

Fonte: Giurisprudenza Commerciale, fasc.6, 2014, pag. 937

Autori: Carlo Salvatore Hamel

Classificazione: FALLIMENTO - Dichiarazione di fallimento - - dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio FALLIMENTO - Dichiarazione di fallimento - - procedimento

Sommario

Sommario: 1. Il Caso. — 2. L'estinzione Della Società Nell'orientamento Pre-Riforma. — 3. L'efficacia Costitutiva-Estintiva Della Cancellazione Della Società Dal Registro Delle Imprese. — 4. Successione Nei Debiti E Tutela Dei Creditori. — 5. L'art. 10 L. Fall. E L'efficacia Estintiva Della Cancellazione. — 6. Dubbi Sulle Conseguenze Dell'estinzione Della Società Sul Piano Fallimentare: Legittimazione Passiva, Legittimazione A Proporre Reclamo Avverso La Sentenza Dichiarativa Del Fallimento. — 7. ...Segue: Chiusura E Riapertura Del Fallimento.

1. Il caso. — I fatti di causa sono di facile ricostruzione: su istanza di alcuni creditori, notificata alla fallenda società in persona dell'ex liquidatore, veniva dichiarato il fallimento di una società per azioni, già cancellata dal registro delle imprese (entro il termine annuale di perdurante fallibilità ex art. 10 l. fall.). Proponevano reclamo il liquidatore ed alcuni soci della s.p.a. fallita, lamentando la mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti dei soci quali successori della società cancellata dal registro delle imprese e, dunque, estinta, piuttosto che nei confronti della stessa s.p.a., venuta meno come soggetto giuridico e dunque asseritamente priva di legittimazione passiva, e del liquidatore, come avvenuto nel giudizio sfociato nella dichiarazione di fallimento. La Corte d'Appello accoglieva il reclamo e revocava il fallimento. Avverso la sentenza veniva proposto ricorso in cassazione.

2. L'estinzione della società nell'orientamento pre-riforma. — La sentenza in commento muove dai recenti arresti in tema di efficacia della cancellazione della società dal registro delle imprese, approdo ultimo di un lungo percorso evolutivo in materia di momento di estinzione delle società, di capitali e di persone. L'orientamento pre-riforma prevalente in giurisprudenza (1), contestato da larga parte della dottrina (2), perché considerato in contrasto con il dato letterale dell'originario art. 2456 c.c., per le società di capitali, e dell'art. 2312 c.c., per le società di persone, riteneva non decisivo il dato formale della cancellazione per il venir meno della società, con argomentazioni indifferenti al tipo societario, avvertendo come a tal fine necessaria l'estinzione di tutti i rapporti attivi e passivi in capo all'ente, per cui il residuo di passività insoddisfatte avrebbe comportato l'assoggettamento a fallimento della società come tuttora esistente, con fattuale disapplicazione dell'art. 10 l. fall.

Di facile intuizione l'esigenza di tutela del ceto creditorio che guidava la giurisprudenza sulla posizione menzionata, a scapito però della certezza dei traffici e delle situazioni giuridiche, fondamento, al contrario, della regola del termine annuale per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore cessato. Non è questa la sede per ricostruire l'iter esegetico che portava, nel vigore del testo precedente alle riforme del diritto societario e fallimentare, all'abbandono della posizione ricordata, con molteplici interventi della Corte costituzionale a minare il consolidato orientamento assunto al rango di diritto vivente: dapprima sul piano del fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile di società fallita, in caso di scioglimento parziale del rapporto sociale, con decorrenza dell'anno di perdurante fallibilità dalla cessazione del rapporto societario limitatamente al socio (3); in seguito, direttamente riguardo alla società (4), con decorrenza del termine annuale di assoggettamento a fallimento dal momento della cancellazione dal registro delle imprese; assunto esteso da ultimo anche all'imprenditore individuale (5), per evitare irragionevoli disparità di trattamento, salva la possibilità di provare la prosecuzione dell'attività di impresa indipendentemente dall'indice formale, presuntivo, della cancellazione.

Le posizioni del Giudice delle leggi venivano accolte dal legislatore, dal che il nuovo tenore letterale degli artt. 2495 c.c. e 10 l. fall., quest'ultimo più volte modificato, sia in sede di riforma della legge fallimentare (d.lgs. n. 5 del 2006) che di decreto correttivo (d.lgs. n. 169 del 2007).

3. L'efficacia costitutiva-estintiva della cancellazione della società dal registro delle imprese. — Il nuovo testo dell'art. 2495 c.c., in riferimento all'inciso iniziale del comma 2 ("Ferma restando l'estinzione della società"), sembrava confermare inequivocabilmente, per le società di capitali, della volontà del legislatore di ricondurre efficacia estintiva alla cancellazione della società dal registro delle imprese, in parallelo col carattere costitutivo dell'iniziale adempimento pubblicitario richiesto ex art. 2331 c.c. (6). Se con l'iscrizione la società acquista la personalità giuridica e viene ad esistere, è coerente che con la cancellazione l'ente venga meno.

Ma il deciso intervento legislativo, nel segnare una radicale rottura con l'interpretazione che da anni la giurisprudenza dava dell'art. 2456 c.c. pre-riforma, non poteva che far sorgere il dubbio circa il carattere, innovativo o interpretativo del precedente testo, da darsi alla nuova norma. Inoltre, se la portata letterale della corrispondente disposizione per le società di persone, art. 2312 c.c., non aveva subito con la riforma variazioni, si avvertiva come la blanda soluzione del "nulla di nuovo" per questo tipo societario, in riferimento all'estinzione, non potesse mantenersi salda a lungo (7).

Si arrivava così ai primi arresti a Sezioni unite (8), che accedevano alla tesi dell'efficacia estintiva tanto per i tipi capitalistici quanto per i personali, sia pure per questi ultimi affermando il carattere solamente dichiarato del dato pubblicitario (9), causa di gravi fraintendimenti successivi. Veniva riconosciuto, comunque, l'apporto di innovazione nell'ordinamento dell'intervento modificativo dell'art. 2495 c.c. (rispetto all'originario tenore dell'art. 2456 c.c.), così risolvendo, con opzione criticata (10), i conseguenti problemi di diritto intertemporale: efficacia estintiva per le cancellazioni successive; per quelle anteriori, non estintiva fino alla riforma, estintiva dalla riforma in poi.

L'effetto estintivo della cancellazione poneva poi il problema della sorte delle eventuali passività o attività residue (o sopravvenute) a seguito dell'estinzione della società. Per i rapporti debitori, la regola monca dell'art. 2495 c.c. costituiva per i tipi capitalistici un punto di partenza, inidoneo però ad assicurare un inquadramento dogmatico sicuro. Nessun appiglio normativo poteva invece orientare l'interprete, togato e no, e, in riguardo al destino delle attività residue o sopravvenute a seguito di liquidazione e cancellazione. Si proponevano, oltre alla tesi, che vedremo poi consolidarsi nella giurisprudenza di legittimità, della comunione dei soci sulle sopravvivenze e sopravvivenze attive (11), l'applicazione analogica delle norme dettate in materia di eredità giacente, con nomina di un curatore speciale che liquidasse le attività residue (12); o ancora la possibilità di applicare alle sopravvivenze attive la disciplina di cui all'art. 2506-bis c.c. in materia di scissione, accostando lo scioglimento della società alle altre operazioni straordinarie (13).

Le incertezze che aveva la temuta "diartita" definitiva dell'ente con la cancellazione, soprattutto nel caso di operazioni volte a ledere le ragioni creditorie con cancellazioni strumentali e abusive, conducevano ad un certo punto ad identificare uno strumento giuridico che consentisse la rinascita societaria, la c.d. "cancellazione della cancellazione" ex art. 2191, per le iscrizioni avvenute in assenza delle condizioni di legge (14): soluzione cui ritenevano potersi ricorrere anche le Sez. unite dell'aprile 2010 (15), peraltro anche per le società di capitali, con posizioni di difficile conciliazione rispetto al decisum di pochi mesi precedente (16). I problemi di corretta identificazione dei presupposti per la cancellazione delle iscrizioni estintiva, tra debiti insoddisfatti, attività non ripartite o momento dinamico di esercizio di attività imprenditoriale si presentavano con vigore.

Il panorama degli interrogativi rimasti inappagati a seguito del duplice intervento a Sezioni unite del 2010 imponeva un'ulteriore decisione della Suprema Corte.

Le Sezioni unite nel 2013 (17) cercavano di dare esaustiva risposta alle seguenti problematiche: (1) sorte delle passività residue a seguito della cancellazione; (2) sorte delle attività residue o sopravvenute; (3) sorte dei rapporti processuali pendenti al momento della cancellazione.

Sulla prima questione, sgomberato il campo da qualunque tentazione soppressiva (18), si chiariva che il debito che l'art. 2495, comma 2 c.c. vede sorgere, a seguito della chiusura della liquidazione in capo ai soci, fino a concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, lungi dall'essere debito "nuovo", è la stessa posizione passiva trasmessa dalla società, sia pur non a titolo particolare, ma in forza di un fenomeno di successione universale, pur rifuggendo ogni tentazione antropomorfa, equiparabile a quella mortis causa per le persone fisiche.

Dunque, l'estinzione della società come persona o soggetto giuridico non determina il venir meno delle obbligazioni che la stessa società aveva assunto, "effetto tombale" intollerabile per il sistema della garanzia patrimoniale e della responsabilità contrattuale nel nostro ordinamento. A sostenere la contraria opinione, si consentirebbe al debitore di disporre unilateralmente del diritto altrui, determinando l'estinzione delle garanzie accessorie all'obbligazione, e necessità di intentare un nuovo giudizio per rifarsi sui soci, e, in caso di responsabilità per mala gestio, sul liquidatore, con grave menomazione del diritto di difesa costituzionalmente tutelato ex art. 24 Cost. Al contrario, si verifica una successione da parte dei soci, nei limiti delle somme riscosse, nelle situazioni debitorie che sussistevano, al momento della cancellazione, ancora insoddisfatte in capo alla società, con emersione del sostrato personale sotteso alla struttura corporativa venuta meno (19).

Una conferma della configurazione della chiamata in responsabilità dei soci ex art. 2495 c.c. quale esito di un fenomeno di successione universale nel debito, si troverebbe anche nella previsione della stessa norma in parola, a mente della quale la domanda proposta dai creditori insoddisfatti nei confronti dei soci potrebbe essere notificata, entro un anno dalla cancellazione della società dal registro, presso l'ultima sede sociale (art. 2495, comma 2, ultima parte c.c.): ispirata all'art. 303, comma 2 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.

Identica soluzione si adottava per le attività, residue o sopravvenute, che ricadono in comunione tra i soci, in proporzione alla quota di liquidazione (20), ad eccezione delle "mere pretese" e dei "diritti di credito ancora incerti e illiquidi", che si sottendono rinunciati (21).

Diversi i corollari del susposto orientamento sul piano processuale: a seguito dell'estinzione viene meno ogni legittimazione processuale del soggetto estinto. La cancellazione della società, parte di un giudizio pendente, integra evento interruttivo del processo ex art. 299 c.p.c., come perdita di capacità di stare in giudizio della parte. Inoltre, si verifica successione nel diritto controverso ex art. 110 c.p.c., con esclusione invece della regola di cui all'art. 111 c.p.c., sulla successione a titolo particolare. Ancora, l'eventuale estinzione della società, intervenuta nella pendenza dei termini di impugnazione, determina la necessità di notifica della sentenza, ai fini del decorso del termine breve per l'impugnazione, ai soci (eventualmente collettivamente nell'ultima sede sociale, con problematiche per il diritto di difesa dei soci onerati dell'impugnazione). Anche la legittimazione a impugnare l'eventuale sentenza spetta ai successori universali, i soci, con esclusione di qualunque legittimazione per l'ex rappresentante della società estinta, il liquidatore.

Da ultimo, riguardo alla c.d. cancellazione della cancellazione, le Sezioni unite limitavano il possibile ricorso a tale procedimento al solo caso di prosecuzione dell'attività di impresa da parte della società dopo l'adempimento pubblicitario (22).

4. Successione nei debiti e tutela dei creditori. — Definito il complesso delle regole circa i "postumi" dell'estinzione, emerge il possibile deficit di tutela dei creditori sociali, al di là delle affermazioni delle Sezioni unite, per cui nessun ingiustificato pregiudizio verrebbe arrecato alle ragioni dei creditori vista la possibile chiamata in responsabilità dei soci, e, sia pur a diverso titolo, del liquidatore colpevole.

I momenti critici della regola di cui all'art. 2495, comma 2 c.c. non devono però essere aggravati tramite interpretazioni scorrette. In primo luogo, come già evidenziato, deve ormai ritenersi abbandonata la tesi dell'effetto tombale della cancellazione sui debiti rimasti insoddisfatti in capo alla società. La chiamata in responsabilità ex art. 2495, comma 2, come corollario di un fenomeno successorio nei confronti dei soci, presuppone identità di debito e azione; il debito gravante sui soci, cioè, a seguito dell'estinzione della società per l'operare dell'art. 2495, comma 2, è la stessa situazione passiva, che, residua a seguito della liquidazione e cancellazione della società, si è trasferita ai successori, i soci appunto, della stessa.

L'identità di debito e azioni per l'adempimento comporta che gli eventuali privilegi che assistevano il credito sociale e le eventuali garanzie prestate a favore della società permangono a seguito dell'estinzione della stessa (perché l'obbligazione principale non viene meno, ma si trasferisce ai soci). Inoltre, il termine di prescrizione del diritto esercitato solo dopo l'estinzione della società non varia, dovendosi escludere l'applicazione dell'art. 2949, comma 1, che prevede l'assoggettamento a prescrizione quinquennale per i "diritti che derivano dal rapporto sociale". Il creditore può poi giovarsi delle agevolazioni probatorie di cui poteva valersi contro la società (si pensi all'efficacia probatoria delle scritture contabili tenute dalla società, a nonostante manchi la qualifica di imprenditore in capo al socio contro cui si agisce) (23). La regola della limitazione della responsabilità dei soci di società di capitali estinta nei confronti dei creditori sociali alle somme ricevute all'esito della liquidazione deve essere interpretata in senso estensivo, come riferito a tutto quanto i soci hanno appreso nella liquidazione. I creditori possono cioè aggredire non soltanto quanto percepito dai soci come quota di liquidazione, ma anche quanto riscosso a titolo di acconto sulla liquidazione, nonché gli utili derivanti da un'eventuale prosecuzione dell'attività di impresa in liquidazione, a ritenerla ammissibile. Infine, i soci rispondono anche per i conferimenti dovuti e non "richiamati" dai liquidatori (24).

Nonostante le precisazioni indicate, la chiamata in responsabilità dei soci e del liquidatore, a seguito della liquidazione, non sembra sufficiente a salvaguardare i creditori della società rimasti insoddisfatti. A seguito dell'estinzione della società e della vicenda successiva conseguente, vista la confusione del patrimonio personale dei soci con la quota di "patrimonio sociale" eventualmente residua e ripartita, i creditori sociali si trovano a concorrere con i creditori personali dei soci, in mancanza di un vincolo di destinazione legale sulla quota di liquidazione ricevuta (25). Possono operare, inoltre, i meccanismi compensativi che pendente societate sono preclusi dall'art. 2271 c.c. (26). Si aggiunge che il creditore sociale deve moltiplicare i propri sforzi per far valere le proprie pretese nei confronti di più debitori, a non voler considerare le difficoltà a reperire gli ex soci, rispetto alle quali la possibilità della notifica nell'ultima sede sociale, seppure in via sussidiaria, stante il limite temporale previsto dal legislatore. Si consideri anche che, se è vero che i debitori rispondono solidalmente per il credito sociale, la limitazione della responsabilità alla quota di liquidazione, nei confronti dei soci pendente societate limitatamente responsabile, frustra le potenzialità rimediali della solidarietà passiva (27). Infine, i creditori sociali sono esposti anche alle eccezioni personali dei singoli soci che si aggiungono alle eccezioni opponibili dalla società, stante l'invariata natura del debito. E, in ben vedere, anche la tesi che assimila la cancellazione in pendenza della situazione creditoria alla rinuncia alla pretesa non azionata dalla società, sostenuta dalle Sezioni Unite (che fa riferimento alle "mere pretese e ai diritti di credito ancora incerti e illiquidi" per escludere che essi si trasferiscano in contitolari ai soci), sacrificando l'interesse dei creditori insoddisfatti, impedendo "il realizzo di valori ad essi primariamente destinati" (28).

Quali i rimedi? Da escludersi il ricorso all'opposizione al bilancio finale di liquidazione (tipicamente attribuita al solo socio: art. 2492 c.c.) (29) o al riparto dell'attivo (30) e, ancora, alla cancellazione, in applicazione analogica dell'art. 2445 c.c. (31); altresì impercibibile la strada della cancellazione della cancellazione (secondo le Sezioni unite, almeno non sul presupposto "statico" del mero residuo di attività non ripartite). Rimangono gli strumenti cautelari di tutela del credito (32), esperibili anche ex art. 700 c.p.c. a riparto del pericolo rappresentato dall'imminente cancellazione della società, o il possibile configurarsi di una responsabilità risarcitoria del socio per lesione del credito, nel caso di concorso nell'operazione di cancellazione fraudolenta (33).

La possibilità di presentare istanza fallimentare entro l'anno di perdurante fallibilità risulta, dunque, lo strumento di maggior tutela per i creditori sociali. Ma alla luce delle considerazioni fatte, si deve indagare il rapporto tra l'efficacia estintiva della cancellazione e la perdurante fallibilità della società.

5. L'art. 10 l. fall. e l'efficacia estintiva della cancellazione. — La disposizione di cui all'art. 10 l. fall., che permette la dichiarazione di fallimento della società pur a seguito della sua cancellazione dal registro delle imprese, sembra difficilmente compatibile con l'estinzione dell'ente a seguito della cancellazione. Come può essere assoggettato a fallimento un soggetto che per l'ordinamento non è più esistente (34)? Per cercare di ricostruire il complesso rapporto tra la norma fallimentare e il nuovo orientamento in tema di estinzione societaria, occorre risalire alla ratio dell'art. 10 l. fall.

La previsione di un termine annuale per la dichiarazione di fallimento non può essere considerata come regola connotata alla normativa fallimentare, ma rappresenta una scelta del legislatore, dettata da necessità di composizione di esigenze diverse: da un lato la tutela dei creditori, dall'altro la certezza dei traffici e delle situazioni giuridiche. In astratto, non sembrano porsi ostacoli all'assoggettamento a fallimento in assenza di termine (35), anche a seguito di cessazione dell'attività d'impresa da parte del fallito. La responsabilità per le obbligazioni contratte nell'esercizio pregresso dell'impresa non viene meno per la cessazione dell'attività medesima. La procedura fallimentare è volta alla regolazione dell'insolvenza, cosicché presupposto per l'applicazione di tale procedura è il medesimo stato di insolvenza, indipendentemente dall'effettivo attuale esercizio dell'impresa cui tali obbligazioni si ricollegano. E, d'altronde, la natura dinamica dell'attività di impresa implica che l'insolvenza possa emergere in epoca successiva alla cessazione dell'attività medesima, pur sussistendo in latenza in epoca anteriore. La necessità di una regolazione concorsuale della crisi di impresa, come strumento di tutela dei creditori, e di attuazione della responsabilità patrimoniale risulta sicuramente ineludibile, e non viene meno per la cessazione dell'attività d'impresa stessa. Come da più parti osservato (36), la previsione di una regola opposta, che condizioni la fallibilità all'attualità dell'esercizio dell'impresa, cui le obbligazioni inadempite si ricolleghino, rimetterebbe a una scelta discrezionale dell'imprenditore la possibilità di un'attuazione concorsuale della responsabilità patrimoniale dello stesso, con grave pregiudizio dei creditori. Il soggetto che abbia sentore di crisi, più o meno palese in un dato momento storico, laddove non prevista l'assoggettabilità a procedura concorsuale all'imprenditore cessato, potrebbe decidere di porre fine all'attività di impresa, o nel caso di ente, procedere allo scioglimento e alla cancellazione volontaria, in modo da sottrarsi alla procedura.

Se, dunque, l'attualità dell'impresa non è presupposto indefettibile per la fallibilità, il venir meno dello stesso imprenditore preclude la possibilità di regolazione concorsuale dell'insolvenza? In dottrina si è negato che l'esistenza attuale dell'imprenditore sia necessaria per il suo fallimento, muovendo dall'art. 11 l. fall. (37), che consente il fallimento dell'imprenditore defunto, e riferendosi al concetto di un fallimento "senza fallito", o "senza soggetto", sia nella direzione di individuare un'ultrattività della qualità di imprenditore che integri una fictio iuris, derogativa al dispo dell'art. 1 l. fall., sia in un'ottica di fallimento di un patrimonio, che acquisti un grado di autonomia, rispetto al soggetto cui tale patrimonio sia imputabile (38) (39).

Si è replicato, da un lato, che a sostenere che la cancellazione della società debba avere effetto estintivo totale non sarebbe neppure possibile individuare un patrimonio autonomo, separato da quello dei soci, non disgregato, a differenza di quanto avviene nel caso di morte della persona fisica (si pensi al fenomeno dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario o di eredità giacente, che determinano forme di segregazione patrimoniale) (40); o ancora, che il ricorso al concetto di fallimento di un patrimonio, separato rispetto ai beni dei soci, implica comunque la sopravvivenza di un centro di imputazioni di situazioni giuridiche, e, dunque, di un "soggetto di diritto" (41).

E, d'altronde, occorre rifuggire da accostamenti impropri tra enti e persone fisiche, per cui l'estinzione di un soggetto di diritto potrebbe non determinarne la sua "non esistenza" ad ogni effetto (42). Questa la posizione accolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che aderiscono ai tesi per cui l'art. 10 l. fall. comporterebbe una fictio iuris di perdurante esistenza della società ai fini della procedura fallimentare. La decisione della suprema Corte, in questo senso, si inserisce nel dibattito circa le conseguenze dell'effetto estintivo della cancellazione della società sulla procedura concorsuale.

6. Dubbi sulle conseguenze dell'estinzione della società sul piano fallimentare: legittimazione passiva, legittimazione a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento. — Si arriva così alle problematiche specifiche affrontate dalla sentenza in commento: quelle delle conseguenze sul piano fallimentare dell'asserita efficacia estintiva irreversibile della cancellazione della società dal registro delle imprese. Nel caso di società estinta, chi è legittimato a partecipare al procedimento prefallimentare (e dunque, a chi va notificato il ricorso di fallimento e la convocazione all'udienza prefallimentare)? Chi è legittimato a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento?

Sembra chiaro che tali interrogativi vadano risolti alla luce del problema della sopravvivenza o meno, ai soli fini del fallimento, della società cancellata. Orbene, ricollegato effetto estintivo alla cancellazione dal registro delle imprese, potrebbe ritenersi, come una parte della giurisprudenza prima dell'arresto a Sezioni unite del 2013 (43), che la società sia non più esistente anche ai fini del fallimento. Rappresenterebbe un'incongruenza logica che un soggetto di diritto possa esistere e non esistere al tempo stesso. Se, dunque, la società fallita si è estinta, ogni potere dell'ex rappresentante della società, ovvero il liquidatore, dovrebbe ritenersi venuto meno. Pertanto, la legittimazione a partecipare alla procedura prefallimentare e a proporre reclamo avverso la sentenza di fallimento non potrebbe che spettare ai soci, quali successori universali della società, alla stregua di quanto avviene per gli eredi nel caso di fallimento dell'imprenditore defunto (44).

È vero che l'ex liquidatore potrebbe avere un interesse a partecipare all'udienza prefallimentare e a impugnare la sentenza, viste le attività residue e passiva che il soggetto che potrebbe derivare dal fallimento della società estinta; ma ciò può valere per riconoscergli la legittimazione a intervenire volontariamente nel procedimento, non necessariamente ad esserne parte come rappresentante della società fallita.

Dunque, l'istanza di fallimento e il decreto ex art. 15 l. fall. dovrebbero essere notificati ai soci come successori della società, individualmente o, secondo diverso orientamento, collettivamente presso l'ultima sede sociale, in applicazione dell'art. 2495, comma 2; o, laddove si ritenga che la domanda ivi contemplata, sia 20 c.p.c. o quella individuale dei creditori, in applicazione analogica di altre norme, quali gli artt. 286 e 303, comma 2 c.p.c., equiparando la posizione dei soci a quella di "eredi" della società (45).

La giurisprudenza (46) e la dottrina maggioritaria (47) si sono, però, già da prima dell'intervento della suprema Corte del 2013, orientate in senso opposto. Si ritiene, infatti, che la norma di cui all'art. 10 l. fall. integri una chiara eccezione alla regola generale dell'estinzione della società a seguito della cancellazione. In caso di fallimento entro l'anno dalla cancellazione, la società deve considerarsi come esistente, sia pur ai soli fini della procedura fallimentare. Da ciò la perdurante legittimazione degli ex organi sociali, e in particolare del liquidatore, come ultimo rappresentante legale della società estinta. È al liquidatore che spetta la legittimazione a essere convocato in udienza prefallimentare ed allo stesso spetta la legittimazione a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento. D'altronde, la tesi viene argomentata muovendo anche dall'interesse del liquidatore ad evitare le conseguenze, pure penali, che potrebbero derivare a suo carico da un'eventuale dichiarazione di fallimento della società estinta.

L'arresto delle Sez. un. del 2013 sembra aver chiuso il dibattito: l'art. 10 l. fall. integra una fictio iuris, che postula come esente un soli fini del procedimento concorsuale un soggetto cui tale patrimonio estinto (come del resto accade anche per l'imprenditore persona fisica, che venga dichiarato fallito entro l'anno dalla morte). Muovendo da tale assunto la Cassazione nella sentenza in commento (48) ribadisce la perdurante legittimazione del liquidatore a partecipare alla procedura fallimentare e ad impugnare la sentenza dichiarativa del fallimento. Si chiarisce, in aggiunta, che la norma di cui all'art. 2495, comma 2 c.c., nel prevedere la notifica nell'ultima sede sociale, è funzionale a instaurare il contraddittorio con i soci nel quadro di una successione nel debito e non risulta applicabile ad una fattispecie, che muove dall'esistenza fictio iuris che non vi sia stata estinzione e dunque successione. Peraltro, il riferimento all'art. 2495, comma 2 c.c., onde fondare una presunta legittimazione passiva dei soci nella procedura fallimentare, sembra altresì scorretto, oltre che per le ragioni individuate dalla Suprema Corte, perché la disposizione, da ricollegarsi al dato normativo del comma 1, va riferita alle sole azioni individuali dei creditori nei confronti dei soci.

7. ...segue: Chiusura e riapertura del fallimento. — La tesi della perdurante esistenza della società cancellata ai fini della procedura fallimentare comporta alcuni problemi ancora non risolti, oltre a quelli presi in considerazione nella sentenza in commento. Uno di questi attiene alla posizione nel registro delle imprese della società cancellata che nel corso della procedura fallimentare deve considerarsi "aperta" (49): dovendosi ammettere iscrizioni ulteriori relative alla medesima, quali l'iscrizione della sentenza dichiarativa del fallimento ex art. 17, co. 2 l. fall. e del decreto di chiusura del fallimento ex art. 119, comma 1 l. fall. (50). Inoltre, in caso di chiusura del fallimento, ex art. 118, comma 1, nn. 3 e 4, l. fall., sorge l'onere in capo al liquidatore di chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese: nel caso in esame probabilmente non si dovrà procedere a tale adempimento, visto che la società era già stata cancellata. Più ardue le problematiche in caso di chiusura del fallimento ex art. 118, comma 1, nn. 1 e 2 l. fall. (mancanza di domande di ammissione al passivo o soddisfacimento integrale dei creditori senza liquidazione integrale del patrimonio). In generale, in questi casi si ritiene che la sentenza sopravviva. L'unico specifico caso in esame, quale sarà la sorte della società, che doveva ritenersi esistente ai soli fini della procedura fallimentare? Che avverrà delle attività residue? Si dovrà procedere a una reinscrizione della società (51) o la società dovrà reputarsi irreversibilmente estinta ad ogni effetto, prendendosi il fenomeno successorio dei soci nelle sopravvivenze attive avverso descritto?

Un ulteriore problema riguarda l'ipotesi di riapertura del fallimento, chiuso per insufficienza dell'attivo o avvenuta ripartizione dello stesso, in mancanza di integrale soddisfazione dei creditori, nel caso in cui si scopra l'esistenza di beni della società non liquidati o di sopravvivenze attive, prevista dall'art. 121 l. fall., per la società cancellata prima della dichiarazione di fallimento o a seguito della chiusura dello stesso. La riapertura è possibile? Se sì, entro che termine (va rispettato anche in questo caso il disposto dell'art. 10 l. fall.)? A chi (52) si sostiene che la riapertura del fallimento debba ritenersi preclusa, vista l'efficacia estintiva della cancellazione delle società dal registro delle imprese, non costituendo la norma di cui all'art. 121 l. fall. eccezione alle regole di diritto societario in materia di estinzione dell'ente, risponde chi (53), al contrario, ritiene contraddittorio sostenere che "la legge fallimentare non possa far rivivere la società ai fini della riapertura del fallimento, se si sostiene che essa possa farlo ai fini dell'apertura del fallimento della società estinta" (54) ex art. 10 l. fall.

Doc. associati: ► Documenti con la stessa classificazione ► Massime correlate ► Documenti stesso autore ► Bibliografia Correlata