

APPELLO MILANO, 18 aprile 2012 (ord.) – Tarantola *Presidente* – Carla Romana Raineri *Relatore* – B spa c. T.D. & C. sas – T.D.

Società – Cancellazione dal registro delle imprese – Cancellazione volontaria – Estinzione – Effetti sui giudizi pendenti tra un grado e l'altro di giudizio – Individuazione del soggetto legittimato alla prosecuzione – Impossibilità – Incostituzionalità – Non manifesta infondatezza.

(Art. 2495 c.c.; art. 328 c.p.c.; artt. 3, 24 e 111 Cost.)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.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. L'impossibilità di identificare un successore nel processo e nella res litigiosa in caso di estinzione della società per intervenuta cancellazione e, dunque, di un soggetto legittimato a stare in giudizio, nei cui confronti poter proseguire il processo, instaurando il giudizio d'impugnazione, viola non soltanto il principio di eguaglianza, di cui all'articolo 3 Cost., anche nelle sue declinazioni in termini di ragionevolezza – intesa come generale esigenza di coerenza dell'ordinamento giuridico – ma viola, altresì, i canoni fondamentali del giusto processo e del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale di cui agli articoli 24 e 111 Cost. (1)

Premessa

Con sentenza n. 2992/07, pubblicata in data 15.3.07, il Tribunale di Milano, in accoglimento della domanda dell'attrice T D & C. sas:

- dichiarava risolto il contratto di associazione in partecipazione intercorso fra B SpA e la T D & C. sas;
- condannava la convenuta B SpA alla restituzione in favore della T D & C. sas della somma di € 25.822,84, oltre interessi legali dalla domanda al saldo;
- dichiarava che nulla era dovuto da parte attrice a parte convenuta;
- respingeva le ulteriori domande dell'attrice;
- respingeva le domande riconvenzionali formulate dalla parte convenuta (aventi ad oggetto le somme versate a titolo di acconti sugli utili ed al conguaglio consuntivo degli anni 2001-2002);
- condannava la parte convenuta alla rifusione delle spese di lite.

Il 23 aprile 2008 B S.p.A. notificava a T S.a.s. citazione in appello denunciando la erroneità della sentenza sotto molteplici profili.

Nell'eseguire la notificazione dell'atto di appello B dava atto che la S.a.s. appellata si era cancellata dal Registro delle imprese a far tempo dall'8 aprile 2008.

L'atto di appello veniva notificato sia alla S.a.s. appellata presso il procuratore domiciliatario in primo grado, sia alla sig.ra D T, quale socia accomandataria e liquidatrice della s.a.s.

T sas si è costituita in giudizio (con mandato conferito al proprio difensore in tempo successivo alla cancellazione della società dal registro delle imprese) eccependo, fra l'altro, inammissibilità dell'appello per intervenuta estinzione della società appellata.

La socia accomandataria, parimenti costituitasi in giudi-

zio, ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione nei suoi confronti, per non essere stata parte del giudizio di primo grado e ritenendo insussistenti i presupposti di cui agli artt. 100 e 111 c.p.c.

Tanto premesso,

1. All'origine del dubbio di costituzionalità – che questa Corte intende sollevare – vi è la nuova formulazione dell'art. 2495 c.c. (*Cancellazione della società*) introdotta da D. Lgs. n. 6/2003, in vigore dall'1/1/2004, ponendosi in questo giudizio il problema delle conseguenze, sul piano processuale, dell'intervenuta estinzione della s.a.s. appellata per effetto della cancellazione dal registro delle imprese intervenuta in tempo precedente alla proposizione dell'appello.

2. È noto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi nel vigore nella normativa previgente, secondo il quale "l'atto formale di cancellazione di una società dal registro delle imprese, così come il suo scioglimento, con l'instaurazione della fase di liquidazione, non determina l'estinzione della società ove non siano esauriti tutti i rapporti giuridici ad essa facenti capo a seguito della procedura di liquidazione, ovvero non siano definite tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi, e non determina, conseguentemente, in relazione a detti rapporti rimasti in sospeso e non definiti la perdita della legittimazione processuale della società e un mutamento della rappresentanza sostanziale e processuale della stessa, che permane in capo ai medesimi organi che la rappresentavano prima della cancellazione" (cfr., *ex multis*, Cass. n. 646/2007 [Impresa, 2007, 4, 635]; id. n. 3221/1999 [Giust. civ. Mass. 1999, 747]).

La nuova formulazione dell'art. 2495 c.c. ha dato luogo

ad alcune pronunce della Corte di legittimità (cfr. Cass. n. 25192/08 e Cass. n. 18618/06 [entrambe citt. in nota 4]) che, in difformità all'orientamento sino a quel momento consolidato, hanno ritenuto che la novella legislativa avesse conferito alla cancellazione dal registro delle imprese l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società, anche in presenza di rapporti non definiti, ed anche laddove intervenuta in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina, con conseguente perdita della sua capacità processuale.

È, poi, altrettanto noto che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenendo a comporre un contrasto giurisprudenziale, hanno sancito il principio per cui il novellato art. 2495, 2° comma, c.c., ancorché dettato per le sole società di capitali nel contesto della riforma di cui al d.lgs. 6/2003, è applicabile anche alle società commerciali di persone: sicché la cancellazione della società dal registro delle imprese determina, con effetto immediato, l'estinzione delle società, indipendentemente dall'esistenza di crediti insoddisfatti o di rapporti ancora non definiti (Cass., sez. un., 22-02-2010, n. 4060). Il contrasto giurisprudenziale, sottoposto alle S.S.UU. della Cassazione, è stato risolto (con le coeve pronunce nn. 4060, 4061 e 4062 del 22/2/2010 [citt. in nota 2]) con l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

a) natura innovativa e ultrattiva dell'art. 2495 comma secondo c.c., che "disciplina gli effetti delle cancellazioni delle iscrizioni di società di capitali e cooperative intervenute anche precedentemente alla sua entrata in vigore (1/1/2004), prevedendo a tale data la loro estinzione in conseguenza dell'indicata pubblicità e quella contestuale alle iscrizioni delle stesse cancellazioni per l'avvenire, riconoscendo, come in passato, le azioni dei creditori sociali nei confronti dei soci dopo l'entrata in vigore della norma, con le novità previste dagli effetti processuali per le notifiche infrannuali della citazione";

b) conseguente incidenza della nuova normativa sul pregresso orientamento giurisprudenziale di legittimità, fondato sulla natura non costitutiva della iscrizione della cancellazione;

c) riaffermazione della efficacia dichiarativa della pubblicità della cancellazione delle società di persone (esclusa, per ragioni logiche e di sistema, l'efficacia costitutiva di questa, "impossibile in difetto di analoga efficacia della loro iscrizione") opponibile dall'1/1/2004 ai creditori che agiscano contro i soci ex artt. 2312 e 2324 c.c., con "presunzione del venir meno della capacità e legittimazione di esse operante negli stessi limiti temporali", anche se perdurino rapporti o azioni in cui le stesse sono parti;

d) necessità, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, di una "soluzione unitaria" del problema degli effetti della iscrizione della cancellazione di tutti i tipi di società o imprese collettive, a garanzia della parità di trattamento dei terzi creditori di entrambi i tipi di società, coerente anche con la Legge fallimentare, art. 10 (ora art. 9), facendosi decorrere dalla data della iscrizione della cancellazione stessa l'anno per la dichiarazione di fallimento ed evitando incertezze sul punto.

3. Alla stregua di tale diritto vivente deve dunque ritenersi realizzato, nel caso di specie, un evento interruttivo, essendosi estinta una parte processuale tra un grado e l'altro del giudizio.

Sul problema dell'estinzione della parte tra un grado e

l'altro del giudizio le Sezioni Unite della Suprema Corte, facendo riferimento all'art. 328 c.p.c., hanno fissato il principio per cui, "in caso di morte della parte vittoriosa, l'impugnazione della sentenza deve essere rivolta e notificata agli eredi, indipendentemente dal momento in cui il decesso è avvenuto e dalla eventuale ignoranza incolpevole del decesso da parte del soccombente, senza che sia possibile applicare l'art. 291 c.p.c. in caso di impugnazione rivolta al defunto" (Cass., sez. un., 16-12-2009, n. 26279 [cit. in nota 22]).

Peraltro, in materia di estinzione di società (e sia pure nel regime anteriore alla riforma organica delle società di capitali, allorché si riteneva che l'incorporazione di una società costituisse evento interruttivo), le stesse Sezioni Unite avevano stabilito che "l'impugnazione notificata presso il procuratore costituito di una società che, successivamente alla chiusura della discussione (o alla scadenza del termine di deposito delle memorie di replica), si sia estinta per incorporazione, deve ritenersi valida se l'impugnante non abbia avuto notizia dell'evento modificatore della capacità della persona giuridica, mediante notificazione di esso" (Cass. sez. un., 14-09-2010, n. 19509 [cit. in nota 23]). Pronuncia questa che, peraltro, contiene in motivazione numerosi passaggi che contraddicono il principio espresso dalle Sezioni Unite nel 2009 per il caso di morte di una parte tra un grado e l'altro del giudizio, ivi inclusa la considerazione per cui, "a parte l'inaccettabilità di una concezione antropomorfa della soggettività giuridica, e delle società in particolare, poiché la disciplina dell'interruzione del processo è diretta a ripristinare l'effettività del contraddittorio, tale esigenza sussiste solo quando si verificano eventi estranei alla volontà dei soggetti che ne sono colpiti, sui quali, per tale ragione, non possono ricadere gli eventuali effetti negativi derivanti da un processo al quale non abbiano avuto la possibilità di prendere parte. Nella modificazione dell'organizzazione societaria, invece, il fenomeno è riconducibile alla volontà del soggetto e pertanto non sussiste l'esigenza garantistica che giustifica il verificarsi dell'effetto interruttivo e del conseguente onere di riassunzione dell'altra parte. La società che «viene meno» (...) non è pregiudicata dalla continuazione di un processo di cui era perfettamente a conoscenza ...".

Senonché, il principio di valida ed efficace prosecuzione del processo in sede di impugnazione nei confronti della società quando l'evento interruttivo non sia stato notificato all'altra parte, quale professato da tale ultima pronuncia a Sezioni Unite (epperò, in evidente contrasto con il precedente e assai severo *arrêt* del 2009 delle stesse Sezioni Unite per l'ipotesi di morte della parte vittoriosa intervenuta prima che l'impugnazione sia stata notificata), non risulta applicabile al caso di specie, in cui l'estinzione della s.a.s. era conosciuta dall'appellante, che ne ha dato espressamente atto nella premessa della sua impugnazione e che, in ragione di ciò, ha ritenuto di notificare l'atto di appello sia al procuratore domiciliario costituito in primo grado per la società, sia alla persona fisica, già socia accomandataria e liquidatrice della società.

4. Nel procedimento in oggetto, la notifica dell'atto di appello effettuata alla società T sas (già estinta), secondo il costante orientamento della Suprema Corte, deve considerarsi inesistente, per inesistenza del soggetto notificando (cfr. Cassazione civile 16 settembre 2011 n. 18983 [cit. in nota 24] e Cass. n. 9504/02 [Arch. civ., 2003, 440]).

Parimenti inesistente deve considerarsi la costituzione in giudizio di tale società a mezzo del procuratore che ha ricevuto il mandato difensivo successivamente alla estinzione della società: infatti, l'assenza dello *ius postulandi* del detto professionista è conseguente al difetto di soggettività giuridica della parte rappresentata al momento del rilascio della procura.

Per quanto concerne la notificazione dell'atto di appello a T D nella sua veste di liquidatore della sas, pur avendosi presente il principio secondo cui per le società di persone, "dalla cancellazione della società i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi" (art. 2312 c.c., applicabile anche agli accomandatari a mente dell'art. 2324 c.c.), va, non di meno, osservato che l'azione dei creditori sociali nei confronti dei liquidatori, presupponendo la deduzione in giudizio di una loro colpevole condotta nel condurre le operazioni liquidatorie, implica, evidentemente, una domanda nuova in appello (di qui l'inevitabile inammissibilità dell'appello proposto nei confronti della sig.ra D T nella sua qualità di liquidatrice).

Resta, dunque, da stabilire la sorte dell'appello proposto nei suoi confronti, in qualità di socia accomandataria.

In altri termini occorre stabilire se la notifica dell'atto di appello effettuata alla socia accomandataria valga a consentire la prosecuzione del giudizio di primo grado in sede di gravame, impedendo il formarsi di un giudicato; ovvero, più correttamente, se il socio accomandatario possa ritenersi "successore" della estinta società, con la conseguenza di assicurare una valida pronuncia in sede di appello sostitutiva, a tutti gli effetti, di quella pronunciata in primo grado nei confronti della società estintasi nelle more fra la sentenza di primo grado e la notificazione dell'atto di appello.

Il problema degli effetti sul processo dell'estinzione di una s.a.s. e di prosecuzione del processo nei confronti dei soggetti legittimati non pare facilmente risolvibile.

5. L'art. 2495 c.c., che è norma sostanziale, contiene un riferimento alla sola proposizione *ex novo* della domanda giudiziale (dei creditori sociali nei confronti dei soci «fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione» e nei confronti dei liquidatori «se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi») prevedendosi che, se essa è proposta entro un anno dalla cancellazione, possa essere «notificata presso l'ultima sede della società».

Nulla invece dispone con riguardo alle liti pendenti.

La legittimazione passiva del socio illimitatamente responsabile (di una sas) non pare riconducibile a un fenomeno di successione universale *in locum et ius* della società estinta (il socio accomandatario ha una responsabilità originaria in quanto socio illimitatamente responsabile delle obbligazioni della società) e neppure sembra ipotizzabile un fenomeno successorio di tipo "necessario" (nell'accezione diversa da quella che rinvia alla successione necessaria dei legittimari e avvicina invece i soci della società estinta allo Stato quale erede "necessario"), sconosciuto al nostro Ordinamento, che consente al successore universale la rinuncia all'eredità e configura tale diritto potestativo come principio di ordine pubblico.

Difetterebbero, dunque, i presupposti di cui all'art. 110 c.p.c.

Neppure appaiono ravvisabili i presupposti di cui all'art. 111 c.p.c. (successione nel processo a titolo particolare nel diritto controverso), mancando qui una fattispecie di trasferimento dei crediti azionati, poiché il socio illimitatamente e solidalmente responsabile non è subentrato nella posizione giuridica della società, essendo invece *ab origine* un condebitore solidale, sia pur beneficiario, ma solo in sede esecutiva, dell'onere di preventiva escussione del patrimonio sociale imposto ai creditori ex art. 2304 c.c.

Un problema, quello dianzi delineato, tanto più grave quando il processo debba proseguire nei gradi di impugnazione e quando la società estintasi sia destinataria dell'atto d'impugnazione, in quanto vittoriosa nel precedente grado di giudizio, faticandosi non poco, per le ragioni dette, a rinvenire un successore legittimato a proseguire il giudizio.

Peraltro, a non dissimili conclusioni, se non addirittura a conclusioni più penalizzanti, si perviene in caso di società di capitali, dove la legittimazione passiva dei soci è circoscritta, per espressa disposizione di legge (art. 2495 c.c.) entro i limiti dell'attivo del bilancio da ciascuno di essi riscosso e la estinzione della società determina, senza dubbio, la necessità di intraprendere un nuovo giudizio, fondata su una diversa *causa petendi*.

6. *Rebus sic stantibus*, l'applicazione della regola d'intermediata estinzione della società per effetto di volontaria cancellazione dal registro delle imprese, quale sancita dalle Sezioni Unite in relazione all'art. 2495 c.c., contrasta con il principio fissato dalle Sezioni Unite 19509/2010, secondo cui occorre operare "un attento bilanciamento tra le esigenze del soggetto che intenda impugnare la decisione sfavorevole e quelle del soggetto protagonista di una vicenda modificatrice della capacità di stare in giudizio, dallo stesso voluta".

Ed invero, se il processo si interrompe sol per effetto di volontaria cancellazione, non rinvenendosi un successore della stessa legittimato a proseguirlo, la società estinta potrebbe agevolmente sottrarsi alle obbligazioni e finanche impedire la valida interposizione di un gravame, provocando in tal modo la formazione del giudicato per inammissibilità dell'impugnazione rivolta ad un soggetto non più esistente.

L'orientamento anteriore alla novella dell'art. 2495 c.c., quale oggi interpretato dalle Sezioni Unite, evitava conseguenze di tal genere, ritenendo che, in pendenza di rapporti di debito o di credito (tanto più se *sub iudice*), la società, sebbene cancellata dal registro delle imprese, non si estinguesse (cfr., *ex plurimis*, Cass. 646/2007), in tal modo assicurando la legittima e naturale prosecuzione dei processi, per non essersi verificato alcun evento interruttivo fino all'esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti.

Tale orientamento, già criticato in dottrina e superato a seguito della modifica dell'art. 2495 c.c. nell'interpretazione datane dalle Sezioni Unite, consentiva, se non altro, che l'estinzione della società non producesse effetti sulle liti in corso, garantendone la pacifica perseguibilità in ogni stato e grado del giudizio.

L'irragionevolezza di un effetto interruttivo sul processo sol per effetto di una volontaria cancellazione dal registro delle imprese appare evidente, tanto più allorché ciò avvenga tra un grado e l'altro del giudizio, quando si debba evitare la formazione del giudicato attraverso la notifica dell'impugnazione alla parte vittoriosa, munita di legittimazione.

7. L'impossibilità di identificare un successore nel processo e nella *res litigiosa* in caso di estinzione della società per intervenuta cancellazione e, dunque, di un soggetto legittimato a stare in giudizio, nei cui confronti poter proseguire il processo, instaurando il giudizio d'impugnazione, viola non soltanto il principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost., anche nelle sue declinazioni in termini di ragionevolezza – intesa come generale esigenza di coerenza dell'ordinamento giuridico – ma viola, altresì, i canoni fondamentali del giusto processo e del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 111 Cost..

Quanto all'art. 3 Cost., è evidente la sperequazione nella gestione delle cause fra persone fisiche e persone giuridiche, potendo il rapporto processuale instauratosi con le persone fisiche trasferirsi in capo agli eredi, al contrario di quanto accade, in virtù del novellato art. 2495 c.c., in riferimento alle persone giuridiche, rispetto alle quali il rapporto processuale si estingue senza la possibilità dell'esame dei crediti in discussione.

Quanto all'art. 24 Cost., si evidenzia che viene concessa la facoltà a una parte di sottrarsi ai propri obblighi con un semplice atto formale di cancellazione dal Registro delle imprese, impedendosi alla parte soccombente, alla stregua dei ricordati principii delle Sezioni Unite, di instaurare un valido rapporto processuale d'impugnazione, adeguando il processo alle modificazioni intervenute nel campo sostanziale, come impone Cass., sez. un., 26279/2009.

Quanto all'art. 111 Cost., si osserva che viene costretta una parte processuale ad instaurare un nuovo giudizio, ripercorrendo gradi già esauriti, così determinandosi un indubbio dispendio di energie nella rivalutazione di fatti già in precedenza vagliati e con l'ulteriore conseguenza dell'inevitabile protrarsi della durata del processo. In base al diritto vivente non pare possibile fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata del plesso di norme sin qui esaminate, stante l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite sia sull'estinzione della società per intervenuta cancellazione ex art. 2495 c.c., sia sugli effetti interruttivi dell'estinzione tra un grado e l'altro del processo, allorché (come nella specie) noti alla parte impugnante.

La mancata possibilità di individuare un successore legittimato a proseguire il giudizio di appello instaurato avanti questa Corte di merito non potrebbe che condurre ad una mera declaratoria di carattere processuale, (*id est*: il sopravvenuto difetto di legittimazione ad causam, nella specie passiva, della società), senza alcuna statuizione nel

merito (cfr. Appello Milano, I sez. civ., sentenza n. 1072/2012, est. Secchi).

Risulta perciò rilevante e non manifestamente infondata, ad avviso di questa Corte, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.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.

P.Q.M.

la Corte d'Appello di Milano, sez. I civile, visti gli artt. 134 Cost. e 23 L. 11.3.53 n. 87; ritenuta non manifestamente infondata e rilevante ai fini del decidere la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. 328 c.p.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

DISPONE

la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, sollevando la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.c. rispetto ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

DISPONE

La sospensione del procedimento in corso sino alla pronuncia della Corte Costituzionale

ORDINA

La notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri e la comunicazione della stessa ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica

ORDINA

La trasmissione dell'ordinanza alla Corte Costituzionale unitamente agli atti del giudizio, con prova delle avvenute notificazioni e delle comunicazioni prescritte.

Milano, addì 1.02.2012

Il Consigliere estensore

Il Presidente

(1) Le irragionevoli conseguenze processuali derivanti dall'equiparazione tra la cancellazione dal registro delle imprese di una società e la sua estinzione portano al rilievo di incostituzionalità dell'art. 2495 c.c.

1. Il caso

B spa, condannata a rifondere una somma di denaro ad una società in accomandita semplice (anche a titolo di spese legali), impugna la sentenza che le è sfavorevole. Pochi giorni prima della notifica del gravame, la società appellata si cancella dal Registro delle imprese. La circostanza è nota all'appellante,

che, pertanto, procede alla notifica, oltre che alla società presso il suo procuratore costituito in primo grado, anche alla socia liquidatrice. Entrambe le convenute eccepiscono l'inammissibilità del gravame.

La Corte d'Appello ritiene che: 1) la società appellata vada considerata irreversibilmente estinta, anche se la controversia giudiziale in oggetto non sia stata definita con sentenza passata in giudicato; 2) la no-

tifica dell'atto di appello si debba considerare inesistente, perché è venuto meno il soggetto notificato; 3) la costituzione in giudizio della società convenuta sia ugualmente inesistente, per difetto di soggettività giuridica della parte e per assenza dello *ius postulandi* in capo al suo procuratore; 4) l'appello nei confronti della liquidatrice sia inammissibile, perché presupporrebbe lo svolgimento di una domanda nuova (mancato pagamento per colpa), ovviamente non consentito in secondo grado; 5) la socia illimitatamente responsabile non possa essere considerata "successore" della società estinta, né a titolo universale, né a titolo particolare, né quale avente causa "necessario"; 6) l'estinzione della società vada considerata come evento interruttivo del processo.

La Corte prosegue affermando che, se queste pretese sono corrette, l'applicazione dei principi di diritto enunciati conduce a conseguenze notevolmente ingiuste ed irragionevoli, in quanto: 1) non è possibile identificare un soggetto legittimato a proseguire il processo; 2) con un semplice atto volontario, la società si sottrae agevolmente alle proprie obbligazioni, impedendo la valida interposizione di un gravame e provocando la formazione del giudicato per inammissibilità dell'impugnazione. Ne consegue l'inevitabile rilievo di incostituzionalità degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.c., per violazione degli artt. 3 (principio di uguaglianza), 24 (diritto di difesa e di tutela giurisdizionale) e 111 Cost. (il giusto processo).

2. Normativa di riferimento

L'art. 2495 c.c., così come novellato dalla riforma societaria¹, stabilisce che, approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori debbano chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. I creditori sociali insoddisfatti, ferma restando l'estinzione della società dopo la cancellazione, possono far valere le loro ragioni solo nei confronti dei soci o dei liquidatori. Nei paragrafi seguenti analizzeremo i limiti sostanziali e processuali a cui è soggetta tale azione. Va anticipato che la disciplina dei rapporti giuridici pendenti, delle sopravvivenze o

¹ Le modifiche hanno interessato il secondo comma dell'art. 2495 c.c., con l'inserimento dell'inciso «ferma restando l'estinzione della società dopo la cancellazione». Si è chiarito, quindi, che: l'estinzione è immediata conseguenza della cancellazione e che la responsabilità dei soci e dei liquidatori non ha (più) valore sussidiario rispetto al proseguire dei rapporti e delle liti nei confronti della società. Essa diviene, così, l'unico strumento a disposizione dei creditori sociali. Nell'ultimo capoverso si è, infine, aggiunto che la domanda, se proposta entro l'anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società. La notifica non avviene «collettivamente e impersonalmente», come, invece, stabilito dall'art. 303, 2° comma, c.p.c.

sopravvenienze attive o passive, delle azioni già svolte o da esercitarsi da o contro una società cancellata non può trarsi esclusivamente dalle scarse previsioni codicistiche che, pertanto, vanno integrate con la più recente giurisprudenza e con l'insegnamento di una dottrina spesso risalente.

3. Orientamenti ormai consolidati in dottrina e giurisprudenza

La Suprema Corte intervenendo, a sezioni unite², per comporre un contrasto giurisprudenziale, ha sancito che:

a) la cancellazione delle società di capitali e delle cooperative dal registro delle imprese ha efficacia costitutiva³ e ne determina l'estinzione, con effetto immediato ed irreversibile, indipendentemente dall'esistenza di creditori non soddisfatti o di rapporti giuridici ancora non definiti⁴. Con l'estinzione viene meno la soggettività e la capacità processuale⁵ della

² Il riferimento è a Cass., 22 febbraio 2010, n. 4060 (in tema di società di persone), *Giur. it.*, 2010, 1610 ss.; n. 4061 (in tema di s.r.l.), *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 541 e n. 4062 (in tema di società cooperativa), *Corr. trib.*, 2010, 390.

³ Identica natura ha la pubblicità della loro nascita (art. 2331 c.c.) e di tutte le successive modifiche statutarie (art. 2436, comma V, c.c.).

⁴ Conformi Cass., 16 maggio 2012, n. 7679; Cass., 12 dicembre 2008, n. 29242; Cass., 20 ottobre 2008, n. 25472 (in tema di legittimazione processuale); Cass., 15 ottobre 2008, n. 25192, *Società*, 2009, 877; Cass., 18 settembre 2007, n. 19347 (in tema di consorzi con attività esterna e legittimazione processuale), *Foro it.*, 2008, I, 2953; Cass., 28 agosto 2006, n. 18618 (in tema di integrazione del contraddittorio nei confronti di società estinta), *Giur. it.*, 2007, 117. In dottrina propendono per l'efficacia costitutiva della cancellazione: CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* (Torino, 2009), II, 546; FERRARA jr.-CORSI, *Gli imprenditori e le società* (Milano, 2009), 1013; SARALE, "Scioglimento e liquidazione delle società di capitali", in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario* (Bologna, 2009), 1225 ss.; TAMPANO, "La cancellazione delle società di persone dal Registro delle Imprese: il revirement della Cassazione", *Riv. not.*, 2010, II, 197; ZANARDO, "Cancellazione di s.r.l. dal registro delle imprese e ruolo del conservatore", *Società*, 2010, 94 ss.; IACCARINO, "Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orientamento della Cassazione", *ivi*, 2009, 547 e 550; SALAFIA, "Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese", *ivi*, 2008, 929. Ricollegano alla cancellazione l'effetto estintivo della società: SPERANZIN, "Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche", *Giur. comm.*, 2000, II, 306 ss.; MIRONE, "Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione", *Riv. soc.*, 1968, 527 ss.; COSTI, "Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 270 ss.; PUNZI, "Interruzione del processo ed estinzione delle società commerciali", *ivi*, 1963, II, 285 ss.

⁵ Il principio vale anche in presenza di crediti vantati dalla

società, che, quindi, non può più essere rappresentata dai propri liquidatori;

b) l'art. 2495 c.c., come modificato dal D.lgs. 6/2003, ha portata innovativa ed ultrattiva⁶: dunque, si applica anche alle cancellazioni iscritte prima della sua entrata in vigore⁷;

c) la cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone⁸, nonostante abbia natura meramente dichiarativa, determina una presunzione, opponibile ai creditori sociali, del venir meno della loro capacità⁹ e legittimazione, negli stessi limiti temporali previsti per quelle di capitali. Il fenomeno opera anche se perdurano rapporti o azioni di cui le società siano parti¹⁰. Vi è, infatti, la necessità di disciplinare in maniera omogenea situazioni sostanzialmente analoghe di dissoluzione della compagine sociale. La cancellazione di una società, in presenza di fatti identici (il mancato pagamento di uno o più creditori da parte del liquidatore) non produce, quindi, effetti diversi a seconda del tipo prescelto per la sua organizzazione¹¹. Le norme che regolano le società di persone vengono, così, interpretate nel rispetto del dettato costituzionale¹², la cui osservanza

società, poi estinta. Esempio è il caso affrontato nella sentenza n. 4062/2010, che dichiara improcedibile l'opposizione all'esecuzione promossa contro una società cancellata dal registro delle imprese ed il suo difetto di legittimazione. Si veda anche la recentissima Cass., 7 febbraio 2012, n. 1677, *Giur. it.*, 2012, 498, secondo cui una società cancellata dal registro delle imprese perde il diritto a promuovere l'azione esecutiva per il recupero dei propri crediti.

⁶ Non si tratta, pertanto, di una norma interpretativa. Cfr. l'art. 223 *bis* disp. att. c.c. e Cass., 5 marzo 2007, n. 5048.

⁷ In tal caso, l'estinzione opera non dall'iscrizione, ma dalla data di entrata in vigore della norma (1 gennaio 2004).

⁸ Il riferimento è alla società in nome collettivo ed in accomandita semplice ed il principio opera anche per la loro iscrizione.

⁹ In dottrina: FERRI, in ANGELICI-FERRI, *Manuale di diritto commerciale* (Torino, 2006), 255; F. GALGANO, "Le società in genere. Le società di persone", in *Trattato Cicu-Messineo* (Milano, 2007), 394 ss.; CAMPOBASSO (*supra*, n. 4), 125.

¹⁰ Conformi: Cass., 8 ottobre 2010, n. 20978 e Trib. Varese, 8 marzo 2010, *Società*, 2010, 775.

¹¹ La regola contenuta nell'attuale art. 2495 c.c. è un punto di riferimento nella lettura ed interpretazione dell'art. 2312 c.c. [SALAFIA (*supra*, n. 4), 569].

¹² Per approfondimenti, Corte cost., 21 luglio 2000, n. 319, *Foro it.*, 2000, I, 2723 e Corte cost., 12 marzo 1999, n. 66, sui limiti temporali di fallibilità (*ex art. 147 legge fall.*) dei soci illimitatamente responsabili, che abbiano perduto detta qualità. Queste pronunce, ricollegando alla data della cancellazione dal registro delle imprese il *dies a quo* di decorrenza del termine annuale per dichiarare il fallimento, trattano in maniera identica tutti i creditori, siano essi di imprese individuali o collettive. Esse, inoltre, hanno dato causa alla riscrittura dell'art. 10 legge fall., norma che ora detta una disciplina comune ad ogni tipo di impresa, prevedendo che la presenza di sopravvenienze attive e passive o la pendenza di processi non hanno più rilevanza ai fini della decorrenza del termine. Sem-

pre in tema fallimentare, il comma II dell'art. 10, fa salva per le imprese individuali la facoltà di dimostrare «il momento dell'effettiva cessazione dell'attività» imprenditoriale, che, pertanto, può essere successivo a quello della cancellazione. Ci si domanda se tale "presunzione" valga anche per regolare gli effetti estintivi della cancellazione di una società di persone e se (ovviamente ai fini non fallimentari) sia possibile dimostrare che la società, pur cancellata, esiste ancora perché ha continuato ad esercitare attività d'impresa.

È, in questo caso, sollecitata dal riconoscimento degli effetti costitutivi alla cancellazione delle società di capitali. Questi principi di diritto, fatti propri dalla corte milanese ed ora pacifici, hanno sovvertito un precedente orientamento¹³ secondo cui lo scioglimento e la cancellazione della società dal registro delle imprese: 1) costituiscono mera pubblicità dichiarativa; 2) non determinano alcuna estinzione sino a quando siano ancora pendenti rapporti giuridici o controversie giudiziali¹⁴; 3) né fanno venir meno la legittimazione processuale della società¹⁵, permanendo, per i rapporti in sospeso e non definiti, una sua soggettività "attenuata"¹⁶ ed una "limitata prosecuzione" della sua capacità processuale¹⁷ a mezzo degli stessi organi (i liquidatori) che la rappresentavano prima della cancellazione¹⁸. Va evidenziato come tale giurisprudenza avesse il pregio di semplificare il recupero dei crediti, il problema delle sopravvenienze attive o passive e la pendenza di processi nei quali la so-

pre in tema fallimentare, il comma II dell'art. 10, fa salva per le imprese individuali la facoltà di dimostrare «il momento dell'effettiva cessazione dell'attività» imprenditoriale, che, pertanto, può essere successivo a quello della cancellazione. Ci si domanda se tale "presunzione" valga anche per regolare gli effetti estintivi della cancellazione di una società di persone e se (ovviamente ai fini non fallimentari) sia possibile dimostrare che la società, pur cancellata, esiste ancora perché ha continuato ad esercitare attività d'impresa.

¹³ Si trattava di una giurisprudenza unanime fino alla riforma organica della disciplina delle società di capitali ed in seguito, comunque, maggioritaria (*ex multis*, Cass., 15 gennaio 2007, n. 646 e Cass., 2 marzo 2006, n. 4652). Tale interpretazione valorizzava l'esigenza di preservare, quanto più possibile, i diritti – o se si vuole le *chances* – di soddisfazione dei creditori sociali, procrastinando l'esito finale della società sino alla cessazione di ogni attività imprenditoriale.

¹⁴ Cass., 24 settembre 2003, n. 14147; Cass., 28 maggio 2004, n. 10314.

¹⁵ Cass., 1 luglio 2000, n. 8842.

¹⁶ Su tale tipo di soggettività cfr., in particolare, Cass., 15 giugno 1999, n. 5941.

¹⁷ Per i rapporti processuali non definiti, la società costituita in giudizio, non perdendo la legittimazione processuale, poteva godere della stessa rappresentanza sostanziale e processuale presente prima della formale cancellazione (Cass., 20 ottobre 1998, n. 10380). Nel caso, invece, di nuovi rapporti processuali la giurisprudenza affermava che il contraddittorio doveva essere instaurato nei confronti dei liquidatori, o in loro mancanza, di un curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c. (Cass., 17 marzo 1998, n. 2869).

¹⁸ Cass., 12 giugno 2000, n. 7972. Per maggior chiarezza si precisa che era sufficiente l'asserita sussistenza di un qualsiasi rapporto (non solo di credito, ma anche di debito) nei confronti della società già cancellata, perché quest'ultima fosse considerata ancora "in vita". Il principio valeva anche con riferimento alle fasi di impugnazione o negli eventuali procedimenti di esecuzione relativi ai medesimi rapporti accertati nel titolo esecutivo.

cietà era parte¹⁹. I creditori conservavano una posizione privilegiata rispetto a quelli particolari dei soci e non erano costretti ad agire contro una pluralità di soci²⁰, spesso difficili da individuare. Questa evenienza accade, invece, con il nuovo *diritto vivente*: dopo la cancellazione della società, i creditori possono far valere le proprie pretese solo nei confronti degli ex soci, illimitatamente nel caso di s.n.c. (ex art. 2312 c.c.) e per gli accomandatari delle s.a.s.²¹, sino alla concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione (ed in proporzione alla rispettiva quota di riparto) nel caso di società di capitali.

4. Il commento. Morte di una parte ed interruzione del processo tra un grado e l'altro del giudizio

La Corte d'appello di Milano, in applicazione dei principi sovra-enunciati, dichiara che l'estinzione di una parte processuale (la s.a.s.) si è verificata tra un grado e l'altro del giudizio; qualifica, seppur in modo non del tutto convinto, l'evento come "interruttivo" e dichiara inesistente (per inesistenza del soggetto destinatario) la notifica del gravame effettuata alla società presso il procuratore costituito. Verifichiamo se la soluzione è corretta.

La Corte d'appello applica, in primo luogo, la disciplina generale in tema di "morte della parte vittoriosa". In forza dell'art. 328 c.p.c., l'impugnazione va rivolta e notificata agli eredi e non al defunto (presso il suo procuratore costituito). Il momento in cui il decesso è avvenuto o l'eventuale ignoranza incolpevole della morte sono del tutto irrilevanti talché, se l'impugnazione è stata rivolta al defunto, non è possibile applicare la disciplina dell'art. 291 c.p.c.²². Quando, infatti, è finito un grado del giudizio e se

apre un altro, le parti tornano nella situazione iniziale in cui si trova l'attore che, prima di proporre la domanda, deve appurare l'esistenza del proprio contraddittore.

L'ordinanza in commento richiama, poi, per analogia, la fattispecie dell'impugnazione svolta contro una società che, dopo la chiusura della discussione, sia stata incorporata in altra.

Prima della riforma delle società di capitali, tale ente si doveva considerare estinto e, secondo la giurisprudenza prevalente, il gravame notificato presso il procuratore della società incorporata era valido solo qualora l'impugnante non fosse stato informato, tramite notifica, dell'evento modificatore della capacità della persona giuridica²³.

Nel caso in esame, però, questa deroga non è applicabile, perché l'estinzione della società in accomandita era nota all'appellante, che ne aveva espressamente dato atto nella premessa dell'impugnazione. La notifica del gravame deve, quindi, considerarsi inesistente²⁴.

A mio parere, inoltre, il riferimento a questa giurisprudenza non è corretto, perché il disposto dell'art. 300 c.p.c. concerne la sola fase processuale in cui il mutamento della situazione soggettiva della parte si è verificato e non è suscettibile di interpretazione estensiva²⁵. Il richiamo non è, inoltre, funzionale alle argomentazioni sostenute nella pronuncia in commento, in quanto sconfessa quella concezione antropomorfa delle società che, invece, pare ispirare la Corte milanese ed esclude il verificarsi dell'evento interruttivo, invece, prospettato dall'ordinanza.

Va aggiunto che, nel caso di estinzione della persona giuridica (e presenza di un suo avente causa) mancano i presupposti per i quali è necessario ripristinare l'effettività del contraddittorio. La morte è fenomeno del tutto diverso dalla fusione e dalla cancellazione delle società. Il decesso della persona fisica è, infatti, un evento estraneo alla volontà dei

¹⁹ In dottrina, MINERVINI, "La fattispecie estintiva della società per azioni e il problema delle cc. dd. sopravvenienze", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 1009 ss.. ID., "In tema di estinzione di società di capitali", *Giur. it.*, 1953, I, 1, 880 ss., secondo cui l'estinzione opera quando l'attivo è stato distribuito e non vi sono debiti noti o processi pendenti. L'estinzione dell'ente costituirebbe, pertanto, una fattispecie complessa, della quale la cancellazione è soltanto uno dei presupposti.

²⁰ Tale facoltà, prevista dalla legge, serviva per far valere (alternativamente o cumulativamente) una sorta di responsabilità sussidiaria rispetto a quella rimasta in capo alla società non estinta.

²¹ I creditori sociali che non sono stati soddisfatti nella liquidazione della società possono far valere i loro crediti anche nei confronti degli accomandanti, limitatamente alla quota di liquidazione (art. 2324 c.c.).

²² Cass., 14 giugno 2011, n. 12956, *Guida al diritto*, 2011, 36, 73; Cass., Sez. Un., 16 novembre 2009, n. 26279, *Foro it.*, 2010, I, I, 56.

²³ Cass., 12 ottobre 2011, n. 20966, *Guida al diritto* 2011, 46, 80 aggiunge che non si può invocare la presunzione di conoscenza da parte dei terzi dei fatti di cui la legge prescrive l'iscrizione, ai sensi dell'art. 2913 c.c., non operando tale previsione nel campo del processo. Ne consegue che il giudizio prosegue fra le parti originarie, senza che la società incorporante sia legittimata a rinnovare il ricorso. Id., Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509, *Giust. civ.*, 2010, I, 2755.

²⁴ Così, Cass., 16 settembre 2011, n. 18983, *Società*, 2011, 1339, secondo cui la fusione per incorporazione di una società per azioni in un'altra determina l'estinzione dell'ente incorporato ed il subingresso nel giudizio, a seguito di riassunzione o di costituzione volontaria, della società incorporante. La conseguenza è che l'eventuale riassunzione del processo deve contenere la *vocatio in ius* della società incorporante ed essere, quindi, a questa notificata. La notifica effettuata alla società estinta deve, invece, ritenersi del tutto inesistente per inesistenza del soggetto notificando.

²⁵ Cfr. Cass., 13 maggio 2011, n. 10649.

soggetti che ne sono colpiti (i successori). Su di loro non possono, quindi, ricadere eventuali effetti negativi derivanti da un processo al quale non hanno avuto modo di partecipare. La fusione e la cancellazione sono, invece, riconducibili alla volontà del soggetto e, pertanto, escludono l'esigenza garantistica che giustifica il verificarsi dell'interruzione e del conseguente onere di riassunzione in capo all'altra parte.

5. La costituzione spontanea della società estinta ed il mandato difensivo conferito al procuratore

La spontanea costituzione in giudizio della società cancellata, a mezzo del suo procuratore, deve considerarsi ugualmente inesistente, sia che il difensore abbia ricevuto il mandato prima²⁶ (della pubblicità) dell'evento, che successivamente. Nella seconda ipotesi, l'inesistenza ed il conseguente difetto di soggettività giuridica²⁷ della parte rappresentata al momento del rilascio della procura determina l'assenza dello *ius postulandi* in capo al difensore. Va aggiunto che il conferimento del mandato al procuratore, da parte di una società di persone, successivamente alla sua cancellazione, non vale a far rivivere l'ente. Se è pur vero che la pubblicità della can-

²⁶ Viene così esclusa la possibilità (altrimenti concreta) che il procuratore prosegua il processo senza dichiarare l'evento estintivo, difendendo, in tal modo, una società non più esistente o una moltitudine di soggetti con i quali difficilmente avrà avuto qualche contatto (App. Napoli, 28 maggio 2008, n. 2057, *Giur. merito*, 2008, 3174, secondo cui l'estinzione produce i suoi effetti anche se l'evento non è stato comunicato dal procuratore). Si veda, inoltre, la giurisprudenza in tema di compimento della maggiore età della parte, secondo cui l'autonomia dei singoli gradi di giudizio comporta che il principio di ultrattività della rappresentanza spieghi efficacia soltanto nell'ambito della relativa fase processuale. Infatti, la situazione soggettiva delle parti non può considerarsi fittiziamente immutata nelle fasi ulteriori, né possono ritenersi invariate le condizioni di validità della loro costituzione, che vanno verificate in ciascuna fase successiva (Cass., 28 maggio 2005, n. 15783). In caso di morte della parte o di estinzione della persona giuridica si applica l'art. 1722, n. 4 c.c., secondo cui la morte del mandante estingue il mandato. Cass., 24 gennaio 2011, n. 1565, statuisce che il giudizio di impugnazione deve essere instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati. Pertanto, in caso di intervenuta morte della parte, non dichiarata, né notificata dal difensore della parte alla quale l'evento si riferisce, avvenuta nel corso del giudizio di primo grado, il giudizio di appello deve essere proposto da e contro gli eredi di quella parte, atteso che la "perpetuatio" del mandato è circoscritta entro il grado nel cui corso l'evento interruttivo, non dichiarato né notificato, si è effettivamente verificato.

²⁷ La procura alle liti perde ogni effetto, venendo meno la legittimazione attiva e passiva della società (F. TEDIOLI, "Riflessi processuali della equiparazione tra la cancellazione della società dal registro delle imprese e la sua estinzione", *Giur. proc. civ.*, 2011, 1243).

cellazione ha natura meramente dichiarativa e determina solo una presunzione del venir meno della capacità e della legittimazione della società, il rilascio della procura alle liti non basta certamente per evitare l'estinzione. Per considerare ancora *in vita* la società occorre, invece, l'esercizio dell'attività d'impresa e cioè lo stesso requisito che potrebbe condurre al suo fallimento²⁸.

6. La legittimazione passiva del liquidatore

Anche la notificazione del gravame ai liquidatori è inammissibile. L'art. 2312 c.c. prevede che, dal momento della cancellazione, i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da loro colpa²⁹. Va, però, osservato che si tratta di un'azione autonoma con presupposti e *causa petendi* diversa³⁰ da quella già promossa nei confronti della società. È, infatti, necessario dedurre in giudizio una colpevole condotta dei convenuti nella conduzione delle operazioni liquidatorie³¹ e svolgere una domanda nuova³², inammissibile in appello.

²⁸ F. TEDIOLI (*supra*, n. 27), 1231.

²⁹ L'azione nei confronti dei soci e quella nei confronti dei liquidatori sono cumulabili.

³⁰ App. Napoli, 28 maggio 2008, n. 2057 (*supra*, n. 26).

³¹ La responsabilità dei liquidatori di società di capitali è professionale (art. 2489 c.c.) e pacificamente extracontrattuale, conseguente a fatto illecito [per approfondimenti, DIMUNDO, *sub* 2495, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario* (Milano, 2003), 211]. Sulla responsabilità del liquidatore quando omette la verifica delle pendenze giudiziarie creditorie, v. Trib. Verona, 19 giugno 2001, *Società*, 2001, 1491, con commento di S. FASOLINO. Peraltro, secondo Trib. Napoli, 3 giugno 2004, 2005, *ivi*, 487, con commento di I. LAURETI, per dimostrare la responsabilità del liquidatore il creditore ha l'onere di provare l'esistenza di una massa attiva nel bilancio finale di liquidazione sufficiente a soddisfare il credito, che sia stata invece distribuita ai soci, oppure l'imputabilità della mancanza di attivo, da destinarsi al pagamento dei debiti, alla condotta colposa (un comportamento non professionale o non diligente) o dolosa del liquidatore. Il caso tipico è quello in cui la vendita dei beni sociali avviene a prezzi troppo bassi rispetto al prezzo di mercato. Un'altra ipotesi di colpa si può avere quando i liquidatori hanno distribuito incautamente acconti ai soci. La distribuzione è possibile solo laddove dai bilanci risulti che la ripartizione non incide sulla disponibilità di somme idonee all'integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali (art. 2491, comma II, c.c.). Il liquidatore che paga incautamente acconti in violazione di questa disposizione si rende responsabile nei confronti dei creditori, in quanto – in sostanza – produce l'effetto di privilegiare i soci a danno dei creditori. La contestazione di avere agito con colpa sarà possibile, in particolare, quando i liquidatori non hanno chiesto garanzie ai soci.

7. La legittimazione passiva dei soci

Il problema centrale da affrontare è quale sia l'effetto dell'estinzione della società sui rapporti in atto (specialmente sull'accertamento/soddisfacimento delle passività non liquidate)³³ e, quindi, su un processo pendente, in cui l'impresa sia parte convenuta o anche, pur se statisticamente più raro, attrice³⁴. È, infatti, tutt'altro che infrequente l'ipotesi in cui i liquidatori provvedano alla cancellazione in presenza di procedimenti giudiziari non ancora esauriti. Nel caso di specie, in particolare, è necessario definire: 1) quale sia la sorte dell'appello proposto nei confronti del socio; 2) se la notifica dell'atto di impugnazione a lui diretta valga a consentire la prosecuzione del giudizio in sede di gravame e 3) se il socio possa ritenersi "successore" della società estinta. Una risposta affermativa consentirebbe di pronunciare una sentenza, che potrebbe riformare quella di primo grado.

Come osservato dalla corte, la questione non è di facile soluzione, anche perché l'art. 2495 c.c. – norma meramente sostanziale – disciplina la sola proposizione *ex novo* della domanda giudiziale dei creditori nei confronti dei soci o dei liquidatori, ma nulla dispone per le liti pendenti.

Anche il ricorso alle altre fonti non è risolutivo, in quanto la giurisprudenza di merito è assai scarna³⁵, mentre la dottrina non ha trattato con sistematicità il problema, limitandosi a dibattere sulla natura della responsabilità³⁶ dei soci per i debiti sociali e sul tito-

lo che li legittima nelle azioni promosse dai creditori.

La prima soluzione che si può ipotizzare è la successione nel processo, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.; ma essa va esclusa perché l'estinzione della società non determina alcuna successione a titolo universale³⁷ nei rapporti giuridici³⁸. Come abbiamo avuto modo di osservare nel paragrafo 4), la cancellazione della società non è equiparabile alla morte della persona fisica o alla fusione della persona giuridica³⁹. Allo scioglimento generalmente segue la liquidazione del patrimonio sociale⁴⁰: un modo alternativo ed

to con la cancellazione della società": il socio non ha un debito, ma una responsabilità [COSTI (*supra*, n. 4), 267-269].

³⁷ SPERANZIN, "L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese", *Riv. soc.*, 2004, 533 e 541 ss., individua una successione a titolo universale per atto tra vivi e ritiene che i soci siano legittimati a proseguire il processo *ex art.* 110 c.p.c.. Più storicamente parlano di successione: SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale* (Bologna, 1949), I, 374 ss.; MINERVINI, "Società per azioni", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 245; CANNADA-BARTOLI, "Note sulla successione degli enti autarchici", *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, 23 e ss.; PORZIO, *L'estinzione della società per azioni* (Napoli, 1959), 202 e ss.. In giurisprudenza, Trib. Milano, 9 maggio 2005, *Giust. a Milano*, 2005, 62; Trib. Como, 24 aprile 2007, *Società*, 2008, 889; Trib. Monza, 12 febbraio 2001, *Giur. comm.*, 2002, II, 93 segg., con nota di ZORZI, "Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori". Sull'inconfigurabilità di una successione a titolo universale dei soci nei confronti della società estinta, F. TEDIOLI (*supra*, n. 27), 1236; MIRONE (*supra*, n. 4), 516; DALFINO, "Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese", *Società*, 2010, 1012.

³⁸ In tale filone possono essere ricondotti anche gli Autori che ipotizzano una situazione di comunione "su ogni singolo elemento patrimoniale attivo *ex sociale*". Secondo SCHERMI, "Momento ed effetti dell'estinzione delle società", *Giust. civ.*, 1965, I, 957, "il diritto di ogni ex socio ha per oggetto una quota ideale di ogni singolo bene". Non dissimile COTTINO, "Diritto societario", in *Trattato Cottino* (Padova, 2006), I, 2, 186 e 544, il quale ritiene che, a seguito della cancellazione viene a delinarsi, per le società di persone, una situazione di comproprietà *pro indiviso* in relazione ai beni o crediti residui e per quelle di capitali, una successione *pro quota* dei soci.

³⁹ COSTI (*supra*, n. 4), 264 ss. correttamente rileva che la successione presuppone la morte del soggetto cui si succede, mentre ai soci la quota perviene per atto *inter vivos*, in seguito ad un trasferimento dalla società ancora esistente.

⁴⁰ La liquidazione è quella fase che segue il verificarsi di una causa di scioglimento, in cui né la società, né la sua personalità giuridica vengono meno. Perduta la possibilità di esercitare l'impresa, si chiudono i conti e il patrimonio viene tradotto in denaro e distribuito, prima per il pagamento dei debiti e poi, per rimborsare i soci del loro conferimento [FERRARA jr.-CORSI (*supra*, n. 4), 1003]. La chiusura della liquidazione, generalmente precede l'estinzione della società che, quindi, avviene a patrimonio già liquidato. Non si ha, quindi, una successione a titolo universale; al momento dell'estinzione la società si è già spogliata del proprio patrimonio. Se, poi, l'opera di depauperamento del patrimonio dai debiti non riesca o non venga del tutto effettuata, l'incompletezza del

³² Secondo Cass., 16 maggio 2012, n. 7679, la posizione del liquidatore non è quella di un successore processuale dell'ente estinto, sebbene quella di un soggetto gravato da responsabilità civile concorrente, subordinata, ai sensi dell'art. 2495, 2° co., c.c., al fatto che il mancato pagamento del debito sociale sia dipeso da colpa (o *a fortiori* da dolo); da una responsabilità, cioè, che rileva a titolo risarcitorio, per l'illecito (anche penalmente rilevante: art. 2633 c.c.) discendente dall'aver chiuso la liquidazione senza aver provveduto al previo soddisfacimento di un creditore sociale.

³³ Per quanto riguarda il problema delle attività non liquidate (cd. "sopravvivenze" attive) e delle "sopravvenienze" attive (e cioè i beni o crediti che sorgono solo dopo l'avvenuta liquidazione e non risultano dal bilancio finale), si rimanda a SANGIOVANNI, "Estinzione delle società di capitali e attività e passività residue", *Notariato*, 2009, 682 e ss.; D'ALESSANDRO, "Cancellazione della società e sopravvivenze: attive opportunità e legittimità della riapertura della liquidazione", *Società*, 2008, 891 ss.; PANDOLFI, "L'estinzione delle società di capitali e il problema delle sopravvivenze e delle sopravvenienze attive", *Giur. comm.*, 2008, II, 704.

³⁴ È l'ipotesi di società soccombente in un giudizio pregresso che ha gravato la decisione sfavorevole ovvero opponente nell'esecuzione forzata.

³⁵ Per la rassegna delle recenti pronunce di merito si rimanda a MIRONE (*supra*, n. 4), 527 e ss.

³⁶ "L'ex socio non è personalmente debitore del credito (già sociale)", visto che "il primitivo rapporto di credito si è estin-

incompatibile, rispetto alla successione universale, per risolvere i problemi derivanti dall'estinzione dell'ente⁴¹.

Come giustamente rilevato nella pronuncia in commento, neppure si può ricorrere all'analogia con un fenomeno successorio di tipo "necessario", in quanto esso è sconosciuto al nostro ordinamento, che consente al successore universale di poter sempre rinunciare all'eredità.

Se difettano i presupposti per applicare l'art. 110 c.p.c., nemmeno si può configurare una successione a titolo particolare nel rapporto sostanziale controverso⁴² e, conseguentemente, nel processo ex art. 111 c.p.c. Secondo gli assertori di questa teoria⁴³ (salva l'isolata posizione di Mirone)⁴⁴, i soci sono

procedimento altro non è che un fatto patologico, che non influisce a modificare la natura del fenomeno liquidatorio della devoluzione.

⁴¹ COSTI (*supra*, n. 4), 264 ss.; MINERVINI, "La fattispecie estintiva" (*supra*, n. 19), 1024-6.

⁴² Nel senso dell'inesistenza di una successione a titolo particolare nel diritto controverso, COSTI (*supra*, n. 4), 266.

⁴³ Vedi PEDOJA, "Fine della immortalità: per le Sezioni Unite la cancellazione della società dal Registro delle imprese determina la sua estinzione", *Corr. giur.*, 2010, 1013, che parla, più precisamente, di successione *ex lege* di soci e liquidatori "nei rapporti debitori che facevano capo alle società", conformemente a Trib. Torino, 5 settembre 2008, *Giur. merito*, 2009, 1578; WEIGMANN, "La difficile estinzione delle società", *Giur. it.*, 2010, 1617; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli, 1954), 31; GRAZIANI, *Diritto delle società* (Napoli, 1963), 557 ss.; BIAMONTI, "Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società in liquidazione", *Foro it.*, 1951, I, 323; SCHERMI (*supra*, n. 38), 956 ss.; PROTO PISANI, *sub* 110 "Dell'esercizio dell'azione", in ALLORIO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile* (Torino, 1973), 1215 ss. e, più recentemente, in *Lezioni di diritto processuale civile* (Napoli, 2002), 387. Questa strada, secondo i suoi assertori, garantirebbe la "salvezza" del processo, che così proseguirebbe nei confronti degli ex soci, successori a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111, comma II, c.p.c. [DALFINO, *La successione tra enti nel processo* (Torino, 2002), 392, limita, invece, tale fenomeno al solo caso di "attività che sopravanzano"].

⁴⁴ Diversa la posizione di MIRONE (*supra*, n. 4), 566 ss., il quale cerca di superare lo stallo derivante dal fatto che gli ex soci non succedono nel diritto controverso (quindi, sono estranei al rapporto sostanziale dedotto in giudizio) e, nonostante tutto, il processo continua con la loro presenza. Come obiettato dal COSTI (*supra*, n. 4), 280, se il debitore scompare e nessuno gli subentra, è inevitabile che anche il rapporto si estingua. E, se quest'ultimo viene meno, neppure ha ragione di proseguire il processo, che ha ad oggetto la condanna all'adempimento della società e non la responsabilità dei soci ex art. 2495, 2° comma, c.c. Mirone, sulle orme di Carnelutti, ha affermato che l'azione dei creditori verso gli ex soci ha natura di azione di ripetizione dell'indebito. Tale azione spetta, prima della cancellazione, alla società e successivamente ai creditori in forza di una sostituzione *ex lege* del soggetto legittimato. Ragionando in questi termini, l'obiezione sollevata da Costi troverebbe una soluzione: i creditori non fanno valere l'originario rapporto giuridico nei confronti della società, ma

tenuti in base allo stesso titolo per cui era obbligata la società estinta⁴⁵; ad essa si sostituiscono "in quella determinata posizione giuridica" quesita⁴⁶ e rispondono, quindi, per i debiti non ancora pagati, nei limiti di quanto ricevuto in sede di riparto se la società è di capitali, o per l'intero se essa è di persone⁴⁷.

Al contrario, soci, liquidatori o amministratori non sono aventi causa della società estinta⁴⁸, perché non si viene a creare alcuna successione nei debiti socia-

un'azione di ripetizione dell'indebito in cui sono subentrati alla società stessa. Accade, così, che il processo prosegue; cambia, tuttavia, il suo oggetto: non più l'originario rapporto giuridico soggettivo (che, comunque, rimane pregiudiziale, perché il creditore può ottenere la condanna dell'ex socio solo se dimostra l'esistenza del debito in capo alla società ormai estinta), ma un'azione di ripetizione dell'indebito (ex art. 2495 c.c.), spettante alla società, in cui sono subentrati i creditori.

⁴⁵ *Idem*, SPERANZIN (*supra*, n. 4), 303, il quale, come anticipato, esclude una successione dei soci a titolo particolare, perché non la ritiene possibile in relazione ad eventuali sopravvenienze attive. Secondo l'Autore, la responsabilità dei soci per i debiti della società estinta e la *vis expansiva* delle attribuzioni ricevute consentono di qualificare l'estinzione della società come fonte di una vicenda successoria a titolo universale.

⁴⁶ NICOLÒ, voce "Successione nei diritti", in *Noviss. Dig. it.* (Torino, 1971), XVIII, 605.

⁴⁷ A fondamento della soluzione viene posto il fatto che il socio è destinatario solo di una parte determinata del patrimonio sociale e non del suo complesso. Non sarebbe, pertanto, possibile dare spiegazione alla responsabilità dei soci verso i creditori. L'applicazione analogica delle norme che disciplinano l'effetto successorio si scontrerebbe in questo caso con la disciplina contenuta nell'art. 2495 c.c. non essendo presente all'interno della normativa in materia di successioni una responsabilità dei legatari per i debiti del *de cuius*. Inoltre, dato che i beni sopravvenuti nel patrimonio dell'erede vanno all'erede universale e non al legatario, non troverebbe soluzione il problema delle sopravvenienze attive, non essendoci un erede universale.

⁴⁸ Del resto, accedendo a tale tesi, si perverrebbe al paradosso di attribuire la titolarità attiva e passiva delle posizioni giuridiche della società, ancora pendenti nonostante l'estinzione, proprio ai soggetti che, nel costituirli, hanno inteso tenere ben distinte dette posizioni da quelle personali. Così, F. TEDIOLI (*supra*, n. 27), 1237-8; GLENDI, "Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario", *GT Riv. giur. trib.*, 2010, 749 ss.; CARNELUTTI, "In tema d'estinzione della società commerciale", *Foro it.*, 1940, IV, 25; FERRARA jr.-CORSI (*supra*, n. 4), 1013; D'ALESSANDRO, nel commento (critico) a Trib. Como 24 aprile 2007 (*supra*, n. 33), 889. In giurisprudenza, nel senso del testo, Trib. Torino 17 maggio 2010, *www.ilcaso.it*, secondo cui "i soci non possono essere considerati successori a titolo universale né successori a titolo particolare della società ... nel vincolo obbligatorio con la conseguenza, sul piano processuale, che non vi sono soggetti cui spetta proseguire il processo di cui la società estinta sia stata parte; ne discende che sulla domanda proposta contro la società che in corso di causa si cancelli dal registro delle imprese, il giudice non può più statuire nel merito" [*id.* App. Napoli 28 maggio 2008, n. 2057 (*supra*, n. 26)].

li⁴⁹. Il socio di una società di persone è illimitatamente e solidalmente responsabile *ab origine* con la medesima, sia pur beneficiando, solo in sede esecutiva, dell'onere di preventiva escussione del patrimonio sociale imposto ai creditori *ex art. 2304 c.c.* Quello di una società di capitali non assume alcuna ulteriore responsabilità con la sua partecipazione sociale⁵⁰, né alcuna garanzia personale nei confronti dei creditori⁵¹.

Per concludere l'esame delle varie posizioni, non si può dimenticare quella esposta *incidenter tantum* dall'unica (e recentissima) pronuncia della Suprema corte⁵² che si è occupata della questione. La cassazione, in forza di argomentazioni alquanto contraddittorie⁵³ ed assolutamente non convincenti, ritiene che: 1) i soci, pur non essendo successori a titolo universale della società, in ogni caso, subentrano nei

⁴⁹ Nessun argomento in favore della tesi successoria può essere dedotto dalla modifica dell'art. 2495, comma II, c.c. nella parte in cui prevede un meccanismo modellato su quello dell'art. 303 c.p.c.: VAIRA, *sub* 2492-2496, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commentario* (Bologna, 2008), 2147; PASQUARIELLO, *sub* 2495, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società* (Padova, 2005), 2292; NICCOLINI, "La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali", in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* (Torino, 2003), 193.

⁵⁰ Riconducono la sua responsabilità allo stato di socio (o meglio alla sua originaria obbligazione contrattuale): NERI, "Chiusura della liquidazione e diritti dei creditori", *Temi emil.*, 1942, I, 1, 219 ss. ed ASCARELLI, "Liquidazione e personalità giudica della società per azioni", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 246. Ma tale tesi, che si fonda sulla negazione della *realtà* della persona giuridica, è ampiamente superata. Non è più sostenibile che la personalità giuridica sia un mero artificio ed il patrimonio della società sia il patrimonio dei soci. In particolare, i debiti della società non sono debiti dei soci, i quali, sino a che la società è in vita, sono obbligati solo al versamento del proprio conferimento.

⁵¹ PALANDRI, "Effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese", *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 553.

⁵² Cass., 16 maggio 2012, n. 7679.

⁵³ La Corte, in motivazione, afferma che: a) l'estinzione della società determina, da un lato, l'insorgenza di una comunione fra i soci in ordine ai beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione e, dall'altro crea una successione dei soci medesimi ai fini dell'esercizio, "nei limiti e alle condizioni stabilite", delle azioni dei creditori insoddisfatti; b) la cancellazione della società sia da equiparare alla morte della persona fisica, con conseguente soggezione dei processi in corso alle regole generali dettate dagli artt. 299 ss. c.p.c.; c) l'applicazione dell'art. 110 c.p.c. prescinda del tutto dall'eventualità di una successione (universale o meno) nei diritti sostanziali controversi; d) l'unica circostanza rilevante sia l'estinzione del soggetto che ha assunto la qualità di parte nel processo pendente; e) in ogni ipotesi in cui viene meno una parte vi sia sempre un successore universale; f) l'art. 110 c.p.c. si occupa solo di stabilire che vi sia un soggetto cui imputare gli effetti degli atti processuali, e – tra questi – della sentenza.

rapporti processuali pendenti, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.; 2) l'art. 2495 c.c., oltre a dettare una regola che disciplina la misura della responsabilità dei soci, individua anche la condizione "della loro legittimazione processuale ai fini della prosecuzione del processo originariamente instaurato contro la società. In senso generale e lato, il socio succede, seppure *intra vires*, nei rapporti giuridici facenti capo alla società", ma solo nella specifica ipotesi – disciplinata dalla legge – in cui abbia riscosso la propria quota in base al bilancio finale di liquidazione.

Come anticipato, si tratta di assunti fondati su forzature logiche e giuridiche. Tra le più evidenti, il socio: a) pur non essendo successore universale, viene trattato come tale; a differenza dell'erede, b) non risponde *ultra vires* in relazione al *petitum* originario dell'azione, ma *intra vires* per un oggetto diverso, neppure corrispondente ad una frazione dell'originario diritto (*rectius* debito) controverso; c) non è litisconsorte necessario di altri aventi causa (che, quindi, potrebbero anche non essere evocati); d) può essere parte del processo originariamente introdotto contro il soggetto estinto, solo se il creditore deduce e prova la sua qualifica e la misura della quota riscossa in base al bilancio finale di liquidazione⁵⁴.

⁵⁴ I soci rispondono dei debiti contratti dalla società, anche con "quanto indebitamente percepito" [App. Napoli, 28 maggio 2008, n. 2057 (*supra*, n. 26)] e, quindi, con gli acconti di liquidazione ricevuti durante il suddetto procedimento [CONEDERA, "La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ. e l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto", *Dir. fall.*, 2008, II, 257; NICCOLINI, *sub* 2495, in NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario* (Napoli, 2004), III, 1843; PASQUARIELLO, *sub* 2495, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società* (Padova, 2007), 1132], con le eventuali plusvalenze realizzate prima e durante la liquidazione e con quanto successivamente percepito in eccedenza rispetto alle attività risultanti dal bilancio. Un altro problema riguarda i conferimenti promessi ma non integralmente eseguiti *durante societate*. Quanto alla s.p.a. si prevede che «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro» (art. 2342, 2° comma, c.c.). Può, pertanto, capitare che la società arrivi alla liquidazione con conferimenti effettuati solo parzialmente dai soci (in ipotesi solo nella misura del 25%). La questione è affrontata espressamente dal legislatore nel contesto della liquidazione, dove si prevede che «se i fondi disponibili risultano insufficienti per il pagamento dei debiti sociali, i liquidatori possono chiedere proporzionalmente ai soci i versamenti ancora dovuti» (art. 2491, 1° comma, c.c.). Questa disposizione si occupa, però, della fase di liquidazione. Diverso è il caso in cui si sia già proceduto alla liquidazione e che, solo dopo l'estinzione della società, emergano crediti di terzi. Secondo parte della dottrina [SANGIOVANNI (*supra*, n. 33), 685; D'ALESSANDRO (*supra*, n. 33), 894], parrebbe impossibile per i creditori sociali pretendere che i soci effettuino i conferimenti che avevano promesso (ma non effettuato). L'art. 2495, 2° comma, c.c. limita espressamente la responsabilità dei soci alle somme da questi

Questa domanda (difficile da suffragare) è inammissibile in fase avanzata del giudizio o, comunque, in sede d'impugnazione. Mi pare, infine, che la soluzione non risponda a molte obiezioni già mosse alla teoria della successione universale e non regga nell'ipotesi di un giudizio che abbia per oggetto una domanda diversa dalla richiesta di pagamento somme (v., ad esempio, quelle di accertamento; condanna al rilascio, alla consegna, ad un *facere* fungibile o infungibile).

Proprio perché non è ravvisabile un fenomeno successorio a titolo universale, manca una successione a titolo particolare (*mortis causa*)⁵⁵ nel diritto controverso e neppure v'è spazio per applicare l'art. 111 c.p.c.⁵⁶ il processo non si deve interrompere, ma estinguere⁵⁷. Difettano, infatti, i soggetti cui spetta

riscosse. Inoltre, l'obbligo di effettuare i conferimenti sussiste, in linea di principio, nei confronti della società (e non dei creditori sociali), e la società si è estinta con la cancellazione. Da preferire, pertanto, la teoria contraria propugnata da GRECO, "Sulla necessità del procedimento legale di liquidazione per le società soggette a registrazione", *Foro pad.*, 1951, III, 97; NERI (*supra*, n. 50), 219 ss.; GRAZIANI, *La società per azioni* (Napoli, 1948), 257; MINERVINI (*supra*, n. 37), 245 e ID., *La fattispecie estintiva delle società per azioni* (*supra*, n. 19), 1018 e ampiamente 1021 (secondo cui il creditore agirebbe, proporzionalmente, contro l'ex socio in forza dell'art. 2041 c.c., per ottenere l'arricchimento "negativo" che il socio avrebbe conseguito per non aver completato il proprio conferimento, con la liberazione da tale obbligo, in seguito all'estinzione della società).

⁵⁵ Il riferimento è al legato c.d. di specie (o *per vindicatio-nem*), con cui il legatario acquista al momento della morte del testatore il diritto (reale o di credito) oggetto del legato stesso (art. 649 c.c.). A norma del II comma dell'art. 111 c.p.c., l'erede quindi, assume la qualità di sostituto processuale del legatario ed il giudizio prosegue con la parte originaria, applicandosi una disciplina del tutto conforme a quella valevole per la successione a titolo particolare *inter vivos*.

⁵⁶ L'art. 111, 2° comma, c.p.c., prevede che, se la successione a titolo particolare avviene a causa di morte, «il processo è seguito dal successore universale o in suo confronto», non nei confronti del successore a titolo particolare (in ipotesi i soci ed il liquidatore). A nulla rileva che il successivo comma III, c.p.c., specifichi: «il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo» giacché, appunto, si tratta di un "intervento" o di una "chiamata" che, come tali, presuppongono la pendenza di un processo già ritualmente riassunto nei confronti del successore a titolo universale. Se la riassunzione è inammissibile per mancanza di un destinatario, alcun intervento o chiamata nel processo riassunto saranno possibili, poiché solo il successore a titolo universale è il legittimato passivo in riassunzione in caso di morte o estinzione della parte originaria del giudizio.

⁵⁷ In giurisprudenza App. Napoli, 6 maggio 2005, *Impresa*, 2006, 1782, secondo cui: 1) la cancellazione della società nel corso del giudizio comporta l'improseguibilità del processo con conseguente caducazione della sentenza eventualmente pronunciata; 2) non è concepibile l'interruzione e della successione del processo per estinzione di una delle parti processuali, in quanto non i soci non sono successori o aventi causa della società. Analogamente App. Napoli, 17 marzo 2008, n.

proseguire il giudizio. La citazione o il ricorso (in riassunzione, in appello o per cassazione) proposto da o contro la società, sono *tamquam non esset*. Non v'erano, o sono venuti meno sia il soggetto che l'oggetto del giudizio. Nel caso di processo introdotto *ex novo*, il Giudice dovrà dichiarare⁵⁸ l'inesistenza della materia del contendere; ove venga proseguito quello originario, ne dovrà pronunciare la cessazione (determinata dalla cancellazione dal registro delle imprese in corso di causa), circostanza che ha natura assolutamente pregiudiziale ed assorbente⁵⁹.

8. Contro i soci è solo possibile intraprendere un nuovo giudizio

Il provvedimento in commento giunge, per rifugiarsi in quanto *troppo penalizzante*, all'ovvia ed inevitabile conclusione che i creditori, dopo l'estinzione della società sono titolari di una nuova ed autonoma azione^{60/61} contro gli ex soci, da esercitare in un nuovo giudizio⁶².

1012 ed App. Genova, 13 dicembre 2007, n. 1316 (inedite). A favore dell'interruzione e della prosecuzione o riassunzione da o nei confronti degli ex soci: SPERANZIN (*supra*, n. 4), 311; MIRONI (*supra*, n. 4), 576; PEDOJA (*supra*, n. 43), 1020; CONEDERA (*supra*, n. 54), 265. In giurisprudenza, v. Trib. Monza, 24 aprile 2007, *Società*, 2010, 1014, secondo cui a seguito della cancellazione della società, il processo deve essere interrotto e può essere riassunto contro i soci anche mediante notificazione in forma collettiva e impersonale. *Contra* GLENDI (*supra*, n. 48), 749 ss.; DALFINO (*supra*, n. 37), 1014, id. (*supra*, n. 43), 219 ss., 391 ss., secondo cui, però, il processo prosegue nei confronti dei soci senza interruzione.

⁵⁸ L'intervenuta cessazione della materia del contendere, derivante dall'intrasmissibilità del diritto controverso, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

⁵⁹ GLENDI (*supra*, n. 48), 749 ss. In giurisprudenza, App. Napoli, 28 maggio 2008, n. 2057 (*supra*, n. 26) secondo cui l'irreversibilità dell'effetto costitutivo-estintivo della cancellazione di una società di capitali, anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti ancora non definiti, determina, sul piano processuale, l'impossibilità per il giudice di pronunciare nel merito sulle domande proposte da o nei confronti della società estinta e la cessazione della materia del contendere. *Contra*, DALFINO (*supra*, n. 37), 1014.

⁶⁰ Quanto alla sua natura giuridica, propendono per l'arricchimento senza causa: FERRI, "Chiusura della liquidazione ed estinzione della società", *Foro it.*, 1939, I, 1320 e 1326; CARNELUTTI (*supra*, n. 48), 26; FRÈ, *sub* 2325-2461, *Società per azioni*, in *Commentario* Scialoja-Branca (Bologna-Roma, 1982), 907; BRUNETTI, "Società per azioni", in *Trattato del diritto delle società* (Milano, 1948), II, 585 ss.; GRAZIANI (*supra*, n. 43), 559; GRECO (*supra*, n. 54), 97; DOSSETTO, "Problemi in tema di liquidazione delle società", *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 158; GUERRA, "In tema di efficacia, nei riguardi del socio, del titolo esecutivo ottenuto contro la società in liquidazione", *Foro it.*, 1952, I, 85; COVIELLO jr., "Osservazioni in tema di estinzione di persone giuridiche", *Riv. trim. proc. civ.*, 1949, 821. A sostegno tale dottrina evidenzia, con un argomento di indole sistematica, che l'art. 31, comma III,

Si tratta di una soluzione corretta, perché l'azione contro i soci presenta: fattispecie costitutiva⁶³, *causa petendi*⁶⁴, obiettivo conseguibile⁶⁵, modalità di atti-

c.c., relativo alle persone giuridiche, in modo non dissimile, prevede, nell'ipotesi di sopravvenienze passive, che i creditori non soddisfatti esercitino l'azione di *arricchimento* contro coloro ai quali sono stati devoluti i beni residuati. In senso critico, e con altre prospettive ricostruttive, COSTI (*supra*, n. 4), 267. In sostanza, l'Autore replica che: a) il limite della responsabilità del socio non è determinato dal suo arricchimento; b) l'azione di arricchimento è azione generale sussidiaria, che trova applicazione solo quando non vi sia diverso titolo in base al quale il soggetto è chiamato a rispondere; c) la teoria dell'illecito arricchimento difficilmente si adatta a spiegare la responsabilità illimitata dei soci di società di persone per i debiti di queste ultime. Secondo CONEDERA (*supra*, n. 54), § 6, l'invocazione della mancata giusta causa è poco plausibile in presenza di crediti non conosciuti al momento della liquidazione, considerato che l'obbligo del liquidatore di soddisfare tutti i creditori prima di eseguire il riparto si riferisce ovviamente ai crediti conosciuti in quel momento. Da ultimo, diffusamente, SPERANZIN (*supra*, n. 37), 541.

⁶¹ Propendono, invece, per l'azione da ripetizione di indebito (art. 2280 c.c.), corrispondente alla quota di liquidazione ricevuta quando ancora vi erano delle passività da saldare: ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, in OLIVIERI, PRESTI E VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Società capitali e cooperative* (Bologna, 2003), 365; F. TEDIOLI (*supra*, n. 27), 1241, ritiene preferibile questa soluzione perché la responsabilità del socio è commisurata a quanto indebitamente percepito e non all'arricchimento conseguito.

⁶² La soluzione suggerita trova conferma nell'ultimo cpv dell'art. 2495 c.c., secondo cui "la domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società". Nonostante si riecheggino un'agevolazione che solitamente accompagna fenomeni successori, il legislatore fa specifico riferimento a "la domanda", cioè ad una nuova domanda proponibile dopo la cancellazione della società, diversa da quella che sia stata o avrebbe potuto essere oggetto della controversia tra società ormai estinta e terzi creditori [GLENDE (*supra*, n. 48), 749 ss.; Trib. Torino, 17 maggio 2010, cit.]. Proprio perché non si tratta di continuare un processo già iniziato, ma di promuoverne uno nuovo e di "formulare nei confronti dei vari soci domande diverse in funzione delle diverse somme da ciascuno di essi apprese", non è possibile riassumere il processo in cui la società estinta era parte, né effettuare una notifica "impersonale e collettiva" agli ex soci.

⁶³ Dopo l'estinzione della società non si è più in presenza di creditori sociali, ma di ex titolari di crediti nei confronti della società, estintisi per causa non soddisfacente, e con conseguente arricchimento dei soci (MINERVINI, *La fattispecie estintiva* (*supra*, n. 19), 1028; App. Napoli, 6 maggio 2005 (*supra*, n. 57), secondo cui la possibilità dei creditori di rivalersi sugli ex soci non troverebbe giustificazione in un evento successorio, in quanto occorrerebbe operare una distinzione fra l'azione verso la società, che diventa inseguibile a causa dell'estinzione e l'azione verso i soci ex art. 2495 c.c., resa operante proprio dall'estinzione stessa).

⁶⁴ FERRARA jr.-CORSI (*supra*, n. 4), 1013, App. Napoli, 6 maggio 2005 (*supra*, n. 57); App. Napoli, 28 maggio 2008, n. 2057 (*supra*, n. 26) secondo cui: "l'azione spettante ai creditori sociali insoddisfatti contro i soci, al pari di quella esperibile contro i liquidatori, è un'azione autonoma, avente pre-

vazione e di gestione profondamente diverse rispetto a quella contro la società. Nella nuova controversia non è indispensabile che siano evocati tutti gli ex soci; non esiste alcun litisconsorzio necessario ed i creditori sociali possono proporre l'azione contro un numero di soci tale da garantire il soddisfacimento del loro credito⁶⁶.

9. Considerazioni sulla questione di costituzionalità

La Corte d'Appello di Milano, partendo da queste premesse (a mio parere corrette), ritiene che l'applicazione della regola dell'immediata estinzione per effetto della volontaria cancellazione dal registro delle imprese e l'impossibilità di proseguire il processo in assenza di un successore nel diritto controverso, contrastino con un altro principio fissato dalle Sezioni Unite. Il riferimento è a Cass. n. 19509/2010, resa in una fattispecie di fusione per incorporazione

supposti e *causa petendi* diversa da quella che gli stessi creditori avrebbero potuto promuovere nei confronti della società".

⁶⁵ L'obbligazione degli ex soci ha un oggetto diverso da quella precedentemente gravante sulla società, essendo limitata nel *quantum* a ciò che gli stessi hanno ricevuto in sede di liquidazione.

⁶⁶ ASCARELLI (*supra*, n. 50), 251, nt. 13; MIRONE (*supra*, n. 4), 565, talché se ne può evocare anche uno solo. In relazione alla possibilità di citare in giudizio alcuni solo dei soci, vi è da comprendere se – dopo l'estinzione della società – ciascun socio, fermo il limite di quanto percepito dalla liquidazione, risponda per tutto il credito vantato dal creditore insoddisfatto (ossia solidalmente con gli altri soci) oppure solo per la quota di sua spettanza [come sostenuto da COSTI (*supra*, n. 4), 282; FERRI (*supra*, n. 60), 1326; FRÈ (*supra*, n. 60), 906; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano* (Torino, 1959), 448. In giurisprudenza, v. Cass., 3 aprile 2003, n. 5113 e Trib. Napoli, 22 febbraio 1991, *Dir. giur.*, 1992, 676]. È prevalente l'opinione secondo cui ciascun socio risponde per tutto il debito nei confronti dei terzi; quindi, in via solidale ex art. 1292 c.c. e non *pro quota* [SPERANZIN (*supra*, n. 37), 541; ASCARELLI (*supra*, n. 50), 251, nt. 13; OPPO, *Diritto delle società* (Padova, 1992), 168, nt. 179]. Questa interpretazione risponde nel modo migliore all'aspettativa dei creditori sociali di ottenere una celere e completa soddisfazione [PASQUARIELLO (*supra*, n. 49), 2288] e non li espone al rischio di sopportare l'insolvenza di qualcuno dei soci [DIMUNDO (*supra*, n. 31), 220; NICCOLINI, "Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni", in *Trattato Colombo-Portale* (Torino, 1997), 7, III, 245, 711]. In tal modo, il socio che ha pagato l'intero ha azione di regresso nei confronti degli altri per le quote di loro spettanza. Pare, però, più corretto e rispettoso dell'art. 31, comma III, c.c. (il quale come abbiamo visto disciplina una fattispecie analoga) che ciascun socio debba rispondere unicamente in proporzione a ciò che ha ricevuto e che i soci non vadano considerati "condebitori", con conseguente impossibilità di applicare la norma di cui all'art. 1294 c.c. [MINERVINI, *La fattispecie estintiva* (*supra*, n. 4), 1020].

e conseguente estinzione del soggetto incorporato⁶⁷. Secondo la Suprema Corte occorre operare “un attento bilanciamento tra le esigenze del soggetto che intenda impugnare la decisione sfavorevole e quelle del soggetto protagonista di una vicenda modificatrice della capacità di stare in giudizio, dallo stesso voluta”. L’affermazione di principio era diretta ad escludere l’onere di una permanente consultazione del registro delle imprese in capo alla parte interessata all’impugnazione. Non credo, pertanto, che sia possibile estrapolarla dal contesto in cui è stata resa ed attribuirle un significato ed una valenza che travalichino tali confini. Ritengo, inoltre, che la massima non sia pertinente, perché per proseguire il processo è indispensabile che esista un successore nel diritto controverso (ad es. l’incorporante, nell’ipotesi della fusione) e, ove manchi, il giudice non può far altro che dichiarare cessata la materia del contendere.

Per lo stesso motivo mi pare inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale dell’art. 328 c.p.c. “nella parte in cui non prevede che il processo prosegua o sia proseguito nei gradi di impugnazione da o nei confronti della società cancellata, sino alla formazione del giudicato”. L’art. 328 c.p.c. presuppone l’esistenza di un avente causa della parte defunta (ad es. gli eredi) o, comunque, di un nuovo soggetto legittimato passivo (il curatore, in caso di fallimento; la società incorporante nella disciplina *ante* riforma)⁶⁸, perché operi l’interruzione del termine breve per l’impugnazione. È, dunque, ovvio che se la corte remittente postula la persistente legittimazione della società nonostante la sua cancellazione, non può invocare il disposto dell’articolo in questione.

Anche il rilievo di incostituzionalità dell’art. 2495 c.c. non può andare esente da critiche. Non condivido, infatti, il richiamo all’art. 3 Cost., violato in ragione della *sperequazione* tra un processo che ha come parte una persona fisica rispetto a quello con una società. Come ho già avuto modo di argomentare, la morte della persona fisica e l’estinzione di quella giuridica sono due fenomeni molto diversi, anche dal punto di vista degli effetti. Non è, inoltre, corretto sostenere che, nel caso di estinzione della società, il rapporto processuale si estingue “senza la possibilità dell’esame dei crediti in discussione”. Gli

⁶⁷ Ricordo che mentre la nuova formulazione dell’art. 2504 *bis* c.c. prevede che la fusione per incorporazione tra società non determini più l’estinzione della società incorporata, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, prima dell’entrata in vigore della riforma, la società incorporata si estingueva.

⁶⁸ L’art. 328 c.p.c., a seguito di intervento della Corte Costituzionale, prevede anche l’ipotesi di minorata difesa processuale per morte o impedimento del procuratore costituito, che quindi, diventano motivi di interruzione dei termini di cui all’art. 325 c.p.c.

(asseriti) crediti sono verificati in un nuovo processo, nei confronti di parti diverse ed, in caso di società a responsabilità limitata, con i limiti quantitativi di cui all’art. 2495 c.c. Nondimeno, la misura della responsabilità dei soci e, quindi, l’ammontare del credito che potrà essere soddisfatto, sono pari al patrimonio che la società avrebbe dovuto accantonare (in caso non si fosse estinta) per il soddisfacimento delle singole posizioni creditorie.

Più manifesta è la violazione dei canoni fondamentali del giusto processo e del diritto alla difesa (tutela giurisdizionale) di cui agli artt. 24 e 111 Cost. La riforma e la recente *ri-lettura* dell’art. 2495 c.c. ingenerano, infatti, “una selva inestricabile di questioni pratiche”⁶⁹. Manovre elusive e fraudolente⁷⁰ dei soci o dei liquidatori possono arrecare pregiudizio agli interessi dei creditori: una loro semplice manifestazione di volontà determina l’estinzione della società, senza necessità di un previo tentativo di soddisfacimento dei debiti contratti. Come evidenziato nel provvedimento in commento, la società può, inoltre, impedire la valida interposizione di un gravame, provocando in tal modo la cessazione della materia del contendere⁷¹ per inammissibilità dell’impugnazione rivolta ad un soggetto non più esistente.

Ai creditori, che non possono servirsi di un eventuale titolo esecutivo vantato contro la società⁷², non rimane che *inseguire* i soci (o, a diverso titolo, i liquidatori) sino a concorrenza della propria pretesa, ripercorrendo gradi già esauriti ed affrontando nuove difficoltà operative. Le più evidenti sono l’identificazione delle loro generalità e del luogo di notifica⁷³, nonché la determinazione della somma ripartita

⁶⁹ Tutto ciò con buona pace della legge di delega della riforma del 2003 che, con involontaria ironia, si proponeva di semplificare il diritto societario (SPOLIDORO, “Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive”, *Riv. soc.*, 2007, 823 ss.).

⁷⁰ PAJARDI, “Sempre sulla estinzione delle società commerciali”, *Mon. trib.*, 1972, 1035, in nota a Cass., 11 febbraio 1972, n. 388.

⁷¹ La corte remittente parla di *formazione del giudicato*, fenomeno che, a mio parere, non sussiste proprio in quanto non esistono aventi causa o successori ai quali applicare la statuzione definitiva e non più impugnabile.

⁷² Diffusamente F. TEDIOLI (*supra*, n. 27), 1252-55, anche con riferimenti alla dottrina e la giurisprudenza contraria. *Idem* BALENA, “Sentenza contro la società di persone ed effetti per il socio”, *Giusto proc. civ.*, 2009, 35 ss., il quale, dopo ampia rassegna in dottrina e giurisprudenza, conclude escludendo che la sentenza di condanna della società possa fare stato, ancorché per la sola efficacia dichiarativa, in danno dei soci (illimitatamente responsabili), che non abbiano assunto la qualità di parte nel relativo giudizio.

⁷³ L’art. 2495, comma II, c.c. è simile, ma non identico, all’art. 303 c.p.c. Questa disposizione generale disciplina la no-

in sede di liquidazione. Ciò comporta un indubbio dispendio di energie nella rivalutazione dei fatti già in precedenza vagliati e l'inevitabile protrarsi dei rapporti processuali controversi⁷⁴. Ove, infine, si scoprono sopravvenienze o sopravvivenze attive, i creditori della società sono posti sullo stesso piano di quelli particolari dei soci⁷⁵.

Tutte queste argomentazioni a sostegno dell'incostruzionalità della norma non devono, però, far dimenticare che la riforma e la recente ri-lettura dell'art. 2495 c.c. nascono dalla scelta di far prevalere l'esigenza di dare certezza ai rapporti giuridi-

tifica in caso di morte, prevedendo che «può essere fatta collettivamente e impersonalmente agli eredi, nell'ultimo domicilio del defunto» (2° comma). Nel caso dei creditori sociali, in occasione dell'estinzione della società, questo beneficio non è accordato espressamente dalla legge e la notifica deve, pertanto, essere fatta ai singoli soci. In altre parole il legislatore identifica e semplifica la "località" della notifica (riducendola a un unico luogo: l'ultima sede della società), ma non identifica i destinatari della notificazione, che rimangono i soci. Il numero dei soci di una certa società dipende ovviamente dalle particolarità del singolo caso, ma talvolta ci si trova di fronte a una compagine sociale numerosa, circostanza che rende più complessa la gestione del recupero dei crediti vantati dai terzi. Ad un unico debitore (la società) se ne sostituisce potenzialmente una molteplicità (anche tutti gli ex-soci della società, se necessario).

⁷⁴ Non minori sono i problemi che attengono alla legittimazione attiva dei singoli soci a far valere in giudizio diritti e azioni (quest'ultime anche già pendenti), la cui titolarità compete alla società prima della sua cancellazione e sui limiti al loro esercizio. Una recentissima sentenza della Suprema Corte (Cass., 16 luglio 2010, n. 16758, con nota di FUSI, "Estinzione delle società di persone, azioni giudiziarie e legittimazione degli ex soci", *Società*, 2011, 5 ss.) ha escluso la legittimazione dei singoli soci in una controversia relativa all'accertamento della simulazione di un negozio risolutivo di cui la società cancellata era parte e volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare che si assumeva solo simulatamente risolto. La fattispecie non riguardava, infatti, sopravvenienze, residui attivi, "beni, crediti, o valori di sicura identificazione", ma una pretesa giudiziaria. In tale ipotesi era assai problematico ipotizzare un meccanismo successorio, una situazione di comunione tra gli ex soci, o comunque una loro contitolarità sui diritti prima spettanti alla società. La Cassazione, adottando una soluzione che appare di comodo, non ha, pertanto, ravvisato una situazione giuridica trasmessa dalla società estinta ai soci, ma ha ritenuto che quest'ultima, con la decisione di porsi in liquidazione e cancellarsi dal registro delle imprese, abbia rinunciato all'azione.

⁷⁵ Sul punto CONEDERA (*supra*, n. 54), 246 a commento di Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, puntualmente evidenzia che "la posizione del creditore viene danneggiata dal nascere di una concorrenza fra creditori sociali e personali dei soci, non potendosi in alcun modo prefigurare un vincolo di destinazione a favore dei creditori sociali sulle somme ricevute in base al bilancio di liquidazione. La confusione delle quote di riparto con il patrimonio personale dell'ex socio compromette definitivamente la possibilità dei creditori sociali di essere soddisfatti prioritariamente a quelli personali, con un'evidente maggior penalizzazione dei creditori più lenti, quali Fisco ed Enti previdenziali".

ci⁷⁶ sulla concorrente necessità di preservare il ceto creditorio. Già Carnelutti⁷⁷ osservava che "se, attraverso questa via" (l'equiparazione tra cancellazione ed estinzione), "il creditore non riuscisse a riavere il suo, un inconveniente, *quoad iustitiam*, vi sarebbe certo, ma sarebbe uno dei minori sacrifici che la giustizia deve fare alla certezza delle situazioni giuridiche".

Va osservato, infine, che il nuovo *diritto vivente* nasce proprio per garantire l'interpretazione "costituzionalmente orientata" del sistema normativo in tema di società ed in tal modo, rispettare la "*lettera della legge*". Quand'anche, quindi, venisse ripristinato il vecchio testo dell'articolo 2495 c.c., con l'eliminazione dell'inciso "*ferma restando l'estinzione della società dopo la cancellazione*", non si giungerebbe automaticamente al risultato sperato. Perché il processo prosegua nei confronti della società cancellata, bisognerebbe prevederlo esplicitamente. La pubblicità camerale, infatti, nel caso di società di capitali, è costitutiva e determina l'irreversibile estinzione della società, mentre, nel caso di società di persone, ingenera una presunzione di estinzione, difficilmente superabile.

FRANCESCO TEDIOLI

⁷⁶ In tema v. anche F. GALGANO, "Società per azioni", in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* (Padova, 1984), VII, 377, il quale rileva che, qualora si ritenesse ancora in vita la società nonostante la cancellazione, i beni sociali sarebbero indefinitamente sottoposti ad un vincolo di destinazione, mentre potrebbero essere utilizzati per nuove iniziative economiche.

⁷⁷ CARNELUTTI (*supra*, n. 48), 30.