

La revocatoria di destinazioni

(dell'assegnazione "dimensionata" della partecipazione sociale, della fusione e della scissione) (*)

SOMMARIO: SEZIONE I. Il "caso" dell'assegnazione "dimensionata" della partecipazione sociale. — 1. Confini dell'indagine. — 2. Un'ipotesi ricostruttiva. — 2.1. Partecipazioni sociali "dimensionate" e partecipazione alle perdite. — 2.2. La causa del "dimensionamento". — 3. Conseguenze sull'azione revocatoria. — 4. Due (ulteriori) questioni: sull'aumento di capitale sociale e sulle società c.d. di persone. — SEZIONE II. Azione revocatoria, scissione e fusione di società — 1. Come tutto ebbe inizio ("se una notte d'inverno un viaggiatore ..."). — 2. Azione revocatoria e scissione di società: *pars destruens*. — 3. (Segue) *pars construens*. — 4. Conseguenze. Come rendere effettiva la tutela dei creditori nelle fusioni e nelle scissioni: A) a quali fatti si applicano le opposizioni e quali effetti producono. — 5. (Segue) B) a quali fatti si applicano le azioni revocatorie e quali effetti producono in via generale. — 6. (Segue) revocatoria di scissione. — 7. Tutela dei creditori e fusione di società.

Sezione I

Il "caso" dell'assegnazione "dimensionata" della partecipazione sociale

1. *Confini dell'indagine*. — In via preliminare, è opportuno tracciare i confini dell'indagine che si intende proporre.

In effetti:

a) non ci si soffermerà sui *presupposti* e *sull'atteggiarsi* dell'azione revocatoria (ordinaria, regolata, per gli aspetti essenziali e sostanziali, nel codice civile; o disciplinata nelle procedure di insolvenza, di crisi o di amministrazione straordinaria); pure

b) non ci si soffermerà su *come l'azione revocatoria si sviluppi rispetto alle destinazioni patrimoniali* e, segnatamente, rispetto al *conferimento* ⁽¹⁾ in società ⁽²⁾; piuttosto

(*) Questo lavoro, benché concordemente pianificato e svolto nella condivisione delle opinioni e nella stabile consultazione tra gli autori, è da attribuirsi — rispettivamente — a Maurizio Onza, per la Sezione I, ed a Luigi Salamone, per la Sezione II. Il lavoro è destinato altresì agli studi in onore di Paolo Montalenti.

⁽¹⁾ V., anche, *ultra*, nt. 8.

⁽²⁾ Su cui, v. F.S. MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*. E, traendo spunto dai provvedimenti giudiziari centrati sullo stato soggettivo, v. Id., *L'individuazione degli stati soggettivi nella revocatoria del conferimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, 593 ss.; nonché ZETTERA, *Rilevanza della "scientia damni" in capo ai soci fondatori diversi dal conferente, nella revocatoria di un conferimento in sede di costituzione di una società di capitali, e compatibilità della stessa con la ratio dell'azione revocatoria*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, II, 556 ss. Cfr., da ultimo, SALAMONE, *Il capitale e i conferimenti*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di Ibba, Marasà, vol. I, Milano, Giuffrè, 2020, 412 ss.

c) si concentrerà l'attenzione sugli (eventuali) *problemi* che l'azione revocatoria pone nel contesto del dimensionamento pattizio della partecipazione sociale nelle, ed al momento della costituzione delle, società cc.dd. di capitali, proponendo, in chiusura, due battute su quei problemi nell'aumento del capitale sociale e nelle società cc.dd. personali; peraltro

d) l'analisi si svolgerà limitando il discorso, essenzialmente, all'azione revocatoria ordinaria, giacché non sembra vi siano differenze significative, sul punto, con quella disciplinata nelle procedure di insolvenza, di crisi o di amministrazione straordinaria.

2. *Un'ipotesi ricostruttiva.* — Ciò posto, conviene muovere fissando i profili essenziali del contesto che è stato designato come “dimensionamento pattizio della partecipazione sociale” (3). Al riguardo, affinando una linea di pensiero già collaudata (4), può così declinarsi una (tra le) ipotesi ricostruttiva(e) (5).

A. Si tratta, in linea generale, di una tecnica che si appunta sulla *derogabilità convenzionale del rapporto proporzionale* tra il valore del conferimento, delle utilità conferite, e il *quantum* di (valore di) partecipazione sociale (6) positivamente ammessa, dal 2003, nelle società azionarie (art. 2346, comma 4, c.c.) e nella società a responsabilità limitata (art. 2468, comma 2, c.c.).

B. Deroga che si fonda sulla *dissociazione*, nella conformazione del rapporto contrattuale, di un *profilo interno* da un *profilo esterno*: quello, rimettendo alla volontà delle parti del contratto sociale (7) *la misura della partecipazione sociale di ciascuno*; questo, assicurando, imperativamente, la *corrispondenza del valore complessivo* delle utilità conferite al *valore* indicato nella clausola dell'atto costitutivo siccome *capitale sociale c.d. nominale* (artt. 2346, comma 5, e 2464, comma 1, c.c.) (8), il cui minimo, come noto, è fissato dall'ordinamento

(3) V., se si vuole, ONZA, *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 709 ss. Locuzione successivamente accolta da BRIOLINI, *Appunti in tema di revocatoria dei conferimenti in società e garanzia patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, 844 s.; cfr. pure STAGNO D'ALCONTRES, DE LUCA, *Le società*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2017, 350, nt. 34.

(4) In ONZA, (nt. 3), *loc. cit.* Per le diverse prospettive, v. *ultra*, nt. 5.

(5) Tra i vari, cfr. ACCIETELLA, *L'assegnazione non proporzionale delle azioni*, Milano, Giuffrè, 2018, *passim*; e, nella s.p.a., VALZER, *sub art. 2346 comma 4 e 5*, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa, Portale, vol. I, Milano, Giuffrè, 2016, 473 ss.; nella s.r.l., XERRI, *Conferimenti e capitale*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a G.B. Portale*, Milano, Giuffrè, 2011, 138 ss. e SCIUTO, *Le quote di partecipazione*, in *Le società a responsabilità limitata*, (nt. 2), 421 ss. Cfr., in fine, MARCHISIO, *L'assegnazione non proporzionale delle azioni e la partecipazione al rapporto (ma non al capitale) sociale*, in *Riv. soc.*, 2020, 1425 ss. Cfr., pure, NOTARI, *La proporzionalità tra rischio e potere nelle società di capitali: un «canone fondamentale» o una regola suppletiva?*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2/2016, 379 ss.

(6) In qualunque modo espresso: esemplarmente, moneta (avente corso legale), percentuale o frazione.

(7) Contratto e non atto unilaterale, al dimensionamento pattizio della partecipazione sociale essendo co-essenziale, ovviamente, la pluralità di parti.

(8) Un angolo visuale, questo, in cui v'è una *correlazione tra valori*, quello del capitale sociale c.d. nominale, espresso in moneta avente corso legale, e quello delle (complessive) utilità conferite (da esprimere, specularmente, in moneta avente corso legale), che consente, anzi impone, una dotazione patrimoniale iniziale (vincolata, appunto, nel minimo) di “utilità” alla società. Dotazione, poi, che viene fornita attraverso un atto, specifico, denominato conferimento, apprezzabile, socio-economicamente, siccome investimento e, giuridicamente, quale destinazione, giacché le utilità sono

(c.d. minimo legale), consentendone, tra l'altro, la funzione di condizionare la persistenza dell'iniziativa intrapresa ⁽⁹⁾.

C. Una tecnica, scrutando la legge di delegazione della riforma del 2003 e la relazione al conseguente decreto legislativo, introdotta per *due obiettivi: consentire*, da un lato, *ai soci* di « regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali »; e *consentire*, dall'altro, *all'ente* di acquisire « ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'attività sociale » e, dunque, utilità da coinvolgere nell'attività sociale quantunque « non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale » ⁽¹⁰⁾.

D. Esempiarmente: fatto 100 il capitale sociale c.d. nominale, il socio Paolo conferisce utilità (di valore) per 80 e riceve un *quantum* di (valore di) partecipazione sociale per 20; ed il socio Francesca conferisce utilità (di valore) per 20 e riceve un *quantum* di (valore di) partecipazione sociale per 80; oppure ancora Paolo conferisce utilità (di valore) per 50 e riceve un *quantum* di (valore di) partecipazione sociale per 40 e Francesca conferisce utilità (di valore) per 50 e riceve un *quantum* di (valore di) partecipazione sociale per 60, conferendo, in relazione al *quantum* di (valore di) partecipazione sociale ottenuto, Paolo, “10 in più” e, Francesca, “10 in meno”; ciò quantunque entrambi “formalmente” conferiscano utilità (di valore) per 50.

D'onde, in tali ipotesi, per un verso, i conferimenti a “copertura” del capitale sociale c.d. nominale sono complessivamente (di valore) pari a 100, il valore delle utilità ottenute da quelli “raggiungendo” il valore di questo, dotando, conseguentemente, la società di un patrimonio iniziale (di “stabili” utilità) pari a (il valore di) 100; e dall'altro, le partecipazioni sociali sono “assegnate in modo non proporzionale” al (valore del)le utilità conferite da ciascuno.

E. Ebbene, *due sono a prima vista i problemi* da affrontare, allora partitamente, centrati: l'uno, sulla *partecipazione alle perdite delle partecipazioni sociali “dimensionate”*; l'altro (e connesso), sulla *causa del dimensionamento stesso*.

2.1. *Partecipazioni sociali “dimensionate” e partecipazione alle perdite.* — Sotto il primo profilo, il dimensionamento pattizio della partecipazione

destinate stabilmente benché impiegate liberamente dai gestori per il perseguimento dell'oggetto sociale, non essendo, *durante societate*, suscettibili di restituzione (*lato sensu*) se non attraverso procedimenti regolati (si allude alla riduzione c.d. volontaria del capitale sociale; cfr. artt. 2445 e 2482 c.c.). Sulla sospensione di questa funzione a cagione dell'emergenza sanitaria, sia permesso, per semplicità, il rinvio a CASINI, ONZA, *Capitale sociale, conferimenti, socio moroso*, in *Trattato delle società*, diretto da Donativi, § 1.3., Torino, Utet, in corso di pubblicazione, ove ampi riferimenti bibliografici.

⁽⁹⁾ Sicché, quando il patrimonio sociale “scende” al di sotto del (valore del) c.d. minimo legale, la società deve sciogliersi, salvo ri-organizzazione o trasformazione: v. art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. Sulle funzioni del capitale sociale (nella s.r.l. ma con respiro transtipico), v., oggi, SALAMONE, (nt. 2), 327 ss.

⁽¹⁰⁾ Nell'ordine: art. 4, comma 5, lett. a), l. n. 366/2001 [e per la s.r.l., il precedente art. 3, comma 2, lett. c)] nonché Relazione al d.lgs. n. 6/2003, § 3, n. 2. Sul rapporto tra conferimenti e capitale sociale, v. di recente PISANI MASSAMORMILE, *I conferimenti nelle società di capitali*. Trent'anni dopo, Torino, Giappichelli, 2021, 5 ss.

sociale, può osservarsi, è una tecnica che, in tesi, o presuppone la partecipazione sociale correlata al capitale sociale c.d. nominale o la assegna.

Presuppone che ad una parte contrattuale (beneficiario) si attribuisca una partecipazione sociale proporzionalmente maggiore del valore assegnato alla utilità da quella conferita, incidendo sul *quantum* di (valore della) partecipazione attribuita; ovvero assegna una partecipazione sociale ad un soggetto (vale a dire: rende parte del rapporto sociale un soggetto) il quale, al postutto, non si è obbligato ad alcuna prestazione ovvero si è impegnato a favore dell'ente all'adempimento di una prestazione il cui valore (i.e. il valore dell'utilità prestata) non viene conteggiato, neppure parzialmente, a "copertura" del (valore del) capitale sociale c.d. nominale.

Ed è questa, l'ipotesi di assegnazione della partecipazione sociale a chi non ha effettuato un conferimento la cui utilità è conteggiata in quelle destinate a "coprire" il (valore del) capitale sociale c.d. nominale, obbligandosi o non ad una prestazione verso l'ente, la modalità della tecnica in questione che si presenta più problematica, rischiando di rendere socio chi non versi nella "posizione tipica del socio", violando (si obietta da alcuni) il c.d. divieto del patto leonino⁽¹¹⁾.

Ciò non dimeno, si potrebbe argomentare come segue:

a) che per integrare la "posizione tipica" del socio si debba rischiare di perdere qualcosa, è imposto dal profilo causale del contratto di società che imputa il saldo (con effetto reale) dell'attività programmata a chi partecipa all'iniziativa; imputazione che suppone il conteggio su un valore (giuridicamente) destinato ed (economicamente) "investito"⁽¹²⁾, eventualmente, in caso di perdita, riducendolo o azzerandolo⁽¹³⁾;

⁽¹¹⁾ Sul quale v. *ultra*, nt. 13.

⁽¹²⁾ Cfr. *supra*, nt. 8.

⁽¹³⁾ La rilevanza e l'operatività del divieto del patto leonino, fissato nell'art. 2265 c.c., è stata posta, sotto diverse luci, in discussione: v., con uno sguardo sistematico, SPOLIDORO, *Clausole put e divieto di società leonina*, in *Riv. soc.*, 2018, 1285 ss.; ID., *Opzioni put e divieto dei patti leonini. Ancora una volta a caccia con i leoni. Note critiche sulla recente giurisprudenza di merito su opzioni put e divieto di patti leonini*, in *Giur. it.*, 2021, 624 ss.; e, rispetto al dimensionamento pattizio della partecipazione sociale, MARCHISIO, (nt. 5), 1440 s. Ebbene, circoscrivendo qualche nota al rapporto patto leonino/dimensionamento pattizio della partecipazione sociale, parrebbe che la causa del contratto di società richieda una correlazione tra imputazione del saldo dell'attività e destinazione per lo svolgimento di questa; correlazione che si esplica nel momento di costituzione dell'ente o, più in generale, nelle operazioni cc.dd. di mercato primario, qual è, appunto e come si vedrà tra un attimo, il dimensionamento pattizio della partecipazione sociale. In questo senso, ed in questo momento, parrebbe scorgersi la rilevanza causale (nel contratto di società) di quel divieto: non distante, forse e ragionando a contrario, è la posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di clausole di *put* e *call* (v. da ultimo, Cass. ord., 7 ottobre 2021, n. 27227, in *Banca dati De Jure*, nella quale si ribadisce che « la *ratio* [dell'art. 2265 c.c.] va ricondotta ad una necessaria suddivisione dei risultati dell'impresa economica, [...] quale tipicamente propria dell'intera compagine sociale e con rilievo reale verso l'ente collettivo; mentre nessun significato in tal senso potrà assumere il trasferimento del rischio puramente interno fra un socio e un altro socio o un terzo, allorché non alteri la struttura e la funzione del contratto sociale, né modifichi la posizione del socio in società, e dunque non abbia nessun effetto verso la società stessa »: la tecnica del dimensionamento pattizio, viceversa, provocando al momento della costituzione dell'ente quella alterazione con rilievo reale). Angolo visuale, allora, che conduce all'esclusione della legittimità della costituzione gratuita della società [ammessa, invece, da SPOLIDORO, *Clausole put e divieto di società leonina*, (in questa nota), 1315, nt. 48], sulla quale, sia pur con argomenti non del tutto coincidenti, v. XERRI, (nt. 5), 145 s.; più consonante a quanto si viene qui affermando SCIUTO, (nt. 5), 427 s., nt. 29.; cfr. anche VALZER, (nt.

b) questa imputazione, pertanto, richiede (si badi) *al momento della costituzione dell'ente* ⁽¹⁴⁾, il *rilascio di utilità* (che formano quel valore) *dal socio alla società*; rilascio che, essendo la società un ente, si atteggia *a destinazione patrimoniale*; destinazione, a sua volta, che si realizza *attraverso il conferimento* ⁽¹⁵⁾.

Certamente, (il valore di) quella utilità *può essere conteggiato* ⁽¹⁶⁾ a *“copertura”* (del valore) *del capitale sociale c.d. nominale*: cioè *le utilità sono destinate a “raggiungere” la cifra espressa* (nell'atto costitutivo) *in numerario* del capitale sociale c.d. nominale. Aspetto affatto *smentito dalla disciplina dei conferimenti e del capitale sociale della s.r.l. c.d. a capitale ridotto e della s.r.l. semplificata*; anche qui il rischio di perdere qualcosa si scorge, il valore *“investito”* (su cui conteggiare quel saldo) *“formandosi” nel tempo*, la *“copertura”* del capitale sociale c.d. nominale, quando inferiore a 10.000 euro, essendo, per così dire, *progressiva* ⁽¹⁷⁾;

5), 476 s. Del resto, prendendo spunto dal richiamato dibattito sulla c.d. società gratuita, può chiarirsi che *su altro piano riposa l'ipotesi dell'assegnazione di una partecipazione sociale a mezzo donazione*: proprio perché il titolo dell'assegnazione è la donazione, si assegna *donandi causa* e non *causa societatis*, assegnazione che gravita, s'è detto, su una operazione di mercato c.d. secondario e pertanto, in definitiva, in *una prospettiva “estranea” al contratto di società*. In altri termini, *altro è l'“ingresso” nel contratto sociale causa societatis*, dove (forse) il divieto del patto leonino opera (attenendo appunto alla *causa societatis*); *altro è l'“ingresso” nel contratto di società con diversa operazione giuridica, con diversa causa, con un atto non già di destinazione ma, se si vuole, di scambio (differenza giuridicamente cristallizzata, sembrerebbe, nelle società cooperative: v. le modalità di “ingresso” previste nell'art. 2528, comma 2, c.c., da un canto, e, dall'altro, nell'art. 2530 c.c.)*. Sicché, e conclusivamente, *causa del contratto di società, conferimento e conseguente imputazione del saldo dell'attività* (per lo svolgimento della quale l'ente è costituito) a chi ha adottato l'iniziativa (connotandosi questa, quindi, per *l'auto-destinazione del saldo*) *sono legati, al momento della costituzione dell'ente, da un nesso che sembra ancora non revocabile in dubbio per qualificare il comportamento come (contratto di) società, quali elementi co-essenziali all'“attività comune”, essendo questa, l'operatività di questa, a supporre un conferimento e non (tanto) la previsione, in vero implicita, che richiederebbe a ciascun socio un conferimento (dalla cui assenza muovono, invece, LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, sub art. 2346, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, a cura di F. d'Alessandro, vol. II, tomo 1, Padova, Piccin, 2010, 210 ss.); e ciò, probabilmente, pure prescindendo (se si crede) dall'applicazione (e dalla misura dell'applicazione), in questa fase, dell'art. 2265 c.c.* Qualificato così quel comportamento, poi, la disciplina applicabile dipende, naturalmente, dal tipo scelto o integrato: o, forse, come si è proposto, dal *“modello”* scelto o integrato (v. MONTALENTI, *Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”*, in questa Rivista, 2016, I, 420 ss.). Che, da ultimo, la società possa funzionalmente diversamente atteggiarsi non sembra destabilizzare il ragionamento: non solo perché esso prescinde dal lucro (*“assoluto”* o più o meno temperato) ma soprattutto perché l'auto-destinazione del risultato (quindi: l'attività comune) sembra da rinvenirsi in ogni società; perfino nella società qualificata *“impresa sociale”* [v. art. 3, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 112/2017], ammesso ma non concesso che tale qualifica sia in grado di incidere sull'art. 2247 c.c., eventualmente autorizzando uno scrutinio sulla essenzialità o non degli elementi in quella disposizione previsti per il contratto di società.

⁽¹⁴⁾ V. *supra*, nt. 13.

⁽¹⁵⁾ V., ancora, *supra*, nt. 8.

⁽¹⁶⁾ Eventualmente parzialmente: il *surplus* divenendo sopraprezzo.

⁽¹⁷⁾ D'onde l'idea che nella s.r.l. a *“capitale ridotto”* una dotazione patrimoniale (allora non più solo iniziale) minima e stabile (*i.e.* destinata) sia comunque prescritta benché a *“formazione progressiva”* (v. art. 2463, commi 4 e 5, c.c.). Del resto, l'equivalenza giuridica, per questo profilo, della s.r.l. semplificata alla s.r.l. c.d. a capitale ridotto suppone la condivisione della tesi, assai convincente [per tutti, SPOLIDORO, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. a capitale ribassato*, in *Le società a responsabilità limitata*, (nt. 2), 159 s.], sull'applicazione della disciplina comune della seconda alla prima, essendo, quel passo di disciplina, non solo di diritto comune della s.r.l. ma pure all'evidenza compatibile (v. art. 2463-bis, comma 5, c.c.).

c) che però questo sia *l'unico modo per rilasciare le utilità sul cui valore conteggiare* (causa societatis) *quel saldo* pare discutibile. Infatti, per quel conteggio è, in realtà, necessario e sufficiente, nel contesto di una operazione di mercato c.d. primario (18), per un canto (1) *poter "perdere" qualcosa* e, dunque, *obbligarsi ad una prestazione*, posto che questa ha sempre, per l'obbligato, un costo (19); e su questo costo, quale valore oggetto (della scelta) di "investimento", si conteggia la perdita; e, per l'altro (2) *poter essere destinatario del saldo dell'iniziativa*; e per essere tale occorre essere *titolare di una partecipazione sociale* (o soci) (20);

d) questa scansione *non potrebbe dirsi incompatibile con necessaria "sottoscrizione del capitale sociale"* alla quale allude una disposizione della s.p.a. (21) nel mentre nella s.r.l. alcuna relazione testuale tra "capitale sottoscritto" e "socio/quota" si intravede; notazione, quest'ultima, che parrebbe già depotenziare l'obiezione abbozzata, non essendo plausibile una soluzione differenziata per la medesima tecnica nei due tipi, società, entrambe, cc.dd. a rischio limitato; depotenziamento cui parrebbe condurre altresì lo stesso tenore letterale della disposizione (22).

Più in generale, si deve chiarire che "*sottoscrizione del capitale sociale*" *significa, qui, diventare socio sottoscrivendo il contratto sociale*; ma ciò non esclude che quest'ultimo possa essere sottoscritto prescindendo dalla sottoscrizione di quello; sottoscrizione (integrale) del capitale sociale richiesta, in vero, per soddisfare, nelle società cc.dd. di capitali, una condizione, allora rivelante verso i terzi, di costituzione di esse (23). Dunque, è la sottoscrizione del contratto sociale a costituire il *titolo per ottenere* (causa societatis) *la partecipazione sociale*, da un lato, e, dall'altro, per "*obbligarsi*" (di conseguenza) *ad un conferimento* (1) la cui utilità sia conteggiata a "copertura" del capitale sociale c.d. nominale (si potrebbe parlare di "conferimento in senso stretto"); o anche (2) la cui utilità non sia computata in quel conteggio, rilevando siccome obbligo verso la società (si potrebbe parlare di conferimento in senso lato) (24). Ciò purché (e nelle società c.d. di capitali) il valore complessivo *delle utilità conteg-*

(18) V. *supra*, nt. 13.

(19) V. l'art. 1174 c.c.: la prestazione « deve essere suscettibile di valutazione economica ».

(20) V., infatti, l'art. 2492 c.c.: « compiuta la liquidazione, i liquidatori devono redigere il bilancio finale, indicando la parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo »; se, ovviamente, soddisfatti i creditori, un attivo (*non più da liquidare* ma) da *dividere* vi sia ancora.

(21) Cfr. l'art. 2346, comma 4, c.c.: « a ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte di capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quella del suo conferimento ».

(22) In una lettura del secondo periodo dell'articolo in esame (secondo cui « lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni », seguito del primo: *supra*, nt. 21) che estenda la deroga all'assegnazione delle azioni indipendentemente dalla sottoscrizione o non del capitale sociale.

(23) V. l'art. 2329, n. 1), c.c. cui rinvia il successivo art. 2463, comma 3.

(24) Per una diversa prospettiva, tuttavia, v. le profonde riflessioni di SCIUTO, (nt. 5), 423 ss., muovendo dall'art. 2247 c.c.; prospettiva alla quale potrebbe replicarsi che il conferimento a "copertura o non" del capitale sociale è imposto (al momento della costituzione) in tutte le società dalla *causa societatis*, per il conteggio della perdita; nelle società cc.dd. di capitali, la "sottoscrizione del capitale sociale" significando, specificamente, "sottoscrizione del contratto sociale attraverso il conferimento a copertura" senza escludere conferimenti non a "copertura". In senso non difforme, ma con altri argomenti, v. MARCHISIO, (nt. 5), 1447 ss.

giate a quella “copertura”, rilasciate, si direbbe, dai cc.dd. conferimenti in senso stretto, sia almeno pari al (valore del) capitale sociale c.d. nominale. Il dimensionamento pattizio, quindi, “dimensionando” il quantum di rapporto derivante dalla sottoscrizione del contratto.

Si può pertanto affermare che:

a) il collegamento biunivoco tra “partecipazione alle perdite” e “conteggio a copertura del capitale sociale c.d. nominale” del valore di un apporto è frutto di una pre-comprensione;

b) se per “partecipazione alle perdite” si intende partecipazione delle parti del contratto, cioè dei soci, al saldo negativo dell’attività della società, allora anche *chi apporta un’utilità il valore della quale non è conteggiato — imperio legis* (si pensi all’interdetto nella s.p.a. dell’opera e dei servizi) o per volontà delle parti (a mezzo dimensionamento pattizio) — *per raggiungere la cifra scelta come capitale sociale c.d. nominale, acquisendo, alla costituzione della società, la titolarità di una partecipazione sociale, subisce il rischio*, al momento del riparto del patrimonio netto (del c.d. residuo), *di non ricevere quantum di ricchezza, in tutto o in parte, equivalente al valore dell’utilità apportata*, della quale l’ente ha, *in thesi*, fruito;

c) la partecipazione alle perdite, per il socio divenuto tale tanto con una operazione di mercato c.d. primario quanto con una operazione di mercato c.d. secondario, è pensabile *nella prospettiva del “diritto” ad una parte proporzionale del(l’eventuale valore del) « patrimonio netto risultante dalla liquidazione »* (25); per cui, una volta soddisfatti i creditori sociali, il c.d. residuo sarà destinato ai (soci ed ai) titolari di partecipazione sociale; allo scioglimento del rapporto sociale, vuol dirsi, il socio ha diritto solo alla quota di liquidazione (26), ad un *quantum* di ricchezza (27) conteggiato sul c.d. residuo, soddisfatti i creditori sociali, e commisurato al *quantum* di (valore di) partecipazione sociale (28);

(25) Art. 2350, comma 1, c.c. e, per tutte le società, v. di nuovo l’art. 2492, comma 1, c.c.

(26) Negli stessi sensi è a dirsi in caso di scioglimento della singola partecipazione sociale: cfr., per il recesso, gli artt. 2437-ter, comma 1, e 2473, comma 3, c.c.; nonché per l’esclusione, nella s.r.l., l’art. 2473-bis che rinvia alla disciplina sul recesso, impedendo solo la liquidazione della partecipazione sociale riducendo il capitale sociale.

(27) Moneta o altro: si pensi all’ammissibilità di “conversione” in natura della quota di liquidazione ammessa espressamente nelle società cc.dd. personali (art. 2283 c.c.). Sulla distribuzione degli utili in natura, v. C. PATRIARCA, *La distribuzione degli utili in natura*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, *passim*.

(28) Dovendosi solo precisare che: (i) ad una vera e propria “restituzione” del bene (consegnato) si assiste in caso di conferimento di beni in godimento (nelle società cc.dd. personali: art. 2281 c.c.) ipotesi in cui, tuttavia, l’utilità destinata non è, in sé, il bene ma le (sole) utilità d’uso che dal godimento del bene si ritraggono; (ii) non dovrebbero sussistere dubbi sul diritto alla quota di liquidazione del socio che, nella s.r.l., abbia conferito opera e servizi, calcolata sulle utilità via via rilasciate fino al momento dello scioglimento [diversamente, NIEDDU ARRICA, *Il conferimento di prestazione d’opera e servizi nella s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2009, 190, ritenendo prevalente l’interesse della società a ricevere la prestazione promessa. Ciò non dimeno, quell’interesse potrebbe soddisfarsi attivando le “garanzie” che quella prestazione devono assistere; e v., infatti, CASSOTTANA, POLLIO, *I conferimenti di servizi*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2003, 382; e MORINI, *Conferimenti d’opera e di servizi*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a G.B. Portale*, (n. 5), 189]; e (iii) la commisurazione sul *quantum* di partecipazione sociale della distribuzione del c.d. residuo potrebbe essere eventualmente alterata da diritti e pretese “particolari” riconosciute ai soci o (anche) a terzi (si pensi, secondo la disciplina dei diversi tipi o “modelli”, alle configurazioni dei

d) ciò, giacché un istante dopo la costituzione della società *il complesso delle utilità oggetto di conferimento risulta indistinto*, il “numero” scelto come capitale sociale c.d. nominale vincolando utilità indistinte ⁽²⁹⁾ — di cui la società ha piena disponibilità ed originariamente apportate siccome cc.dd. conferimenti in senso stretto — espresse in un valore complessivo; simmetricamente, appunto, al momento della liquidazione del patrimonio sociale, i soci *hanno diritto al rimborso* (lato sensu) *di un quantum di ricchezza da appurarsi in proporzione al (quantum di valore del)la partecipazione sociale*;

e) questo *diritto al rimborso* (sempre in senso lato) è *indipendente non solo oggettivamente dalle utilità attribuite e conteggiate nel capitale sociale c.d. nominale* (dai cc.dd. conferimenti in senso stretto), ma anche *soggettivamente* (è indipendente, dunque, da chi ha in origine apportato le utilità) ⁽³⁰⁾;

f) tuttavia, in caso di socio divenuto tale *causa societatis*, con una operazione c.d. di mercato primario, il conteggio del saldo (espressivo dell’auto-destinazione del risultato che isola il contratto di società ⁽³¹⁾) suppone (logicamente prima ancora che giuridicamente) *l’assunzione da parte del socio beneficiario di un obbligo nei confronti della società* diretto ad accrescerne il patrimonio attraverso l’apporto di una utilità. Basta, insomma, un “apporto” di utilità, *il valore delle quali è commisurato dalla partecipazione sociale* attribuita all’obligato e *sul valore delle quali si conteggia l’eventuale perdita* al momento della liquidazione ⁽³²⁾; valore, ancora, *sempre certo* perché pattiziamente individuato dal *quantum* di valore di utilità conferite in “eccedenza” ⁽³³⁾;

g) sicché, può concludersi, in questo caso, nelle operazioni c.d. di mercato primario, e segnatamente al momento della costituzione dell’ente, *all’assegnazione (e nella misurazione) di una partecipazione sociale* deve corrispondere un *incremento patrimoniale* della società che *giustifichi causalmente* l’operazione, il beneficiario (1) obbligandosi al rilascio di (o rilasciando) una utilità conteggiabile a “copertura” del capitale sociale c.d. nominale (c.d. conferimento in senso stretto); ovvero (2) obbligandosi ad una qualsivoglia prestazione, *patti* compreso (c.d. conferimento in senso ampio) ⁽³⁴⁾.

2.2. *La causa del “dimensionamento”*. — Il secondo e connesso profilo si

“diritti particolari” dei soci, all’emissione di strumenti finanziari partecipativi, alla creazione di categorie di azioni o di quote).

⁽²⁹⁾ La di esse restituzione essendo regolata: v. *supra*, nt. 8.

⁽³⁰⁾ V. la diversa prospettiva dell’art. 2282, comma 1, c.c. riferendosi al « rimborso [non di un *quantum* ma proprio del] conferimento », sotto-intendendo una compagine sociale tendenzialmente stabile giacché, in principio, la circolazione della partecipazione sociale si atteggia a modificazione del contratto, propiziando una coincidenza tra soci “in partenza”, al momento della costituzione della società, e soci “in arrivo”, al momento della di essa liquidazione.

⁽³¹⁾ Cfr. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*. Storia, Lessico e Istituti², Padova, Cedam, 2009, 95; nonché PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*.

⁽³²⁾ Dell’ente o individuale (v. *supra*, nt. 26).

⁽³³⁾ Superando, per tale via, il giudizio critico di ACCIETELLA, (nt. 5), 108 ss.

⁽³⁴⁾ V., nella manualistica, GINEVRA, *Il capitale sociale e i conferimenti*, in AA.Vv., *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, vol. III, Torino, Giappichelli, 2020, 256, ove, in nt. 52, qualche riferimento bibliografico.

appunta *sulla causa della tecnica*: causa che deve rintracciarsi *nel contratto sociale*.

Non solo e non tanto per la necessità *formale* di una clausola dell'atto costitutivo/statuto che quella tecnica preveda; ma perché questa clausola è in grado di *isolare la tecnica del dimensionamento pattizio da altre modalità attraverso le quali*, fermo il conferimento/apporto alla società, *i soci "scambiano" (a vario titolo) tra loro la partecipazione sociale*. Il che, sembra, è quanto dire che questa tecnica, quella del dimensionamento pattizio, *gravita nelle operazioni di mercato c.d. primario*.

Paolo e Francesca, nell'esempio fatto in avvio ⁽³⁵⁾, attribuiscono (e allora: destinano) *causa societatis* e ricevono partecipazioni sociali *causa societatis* ⁽³⁶⁾: *il di loro patrimonio "muta" per effetto di destinazioni (di utilità) verso la società e per effetto di attribuzioni di "pezzi" del contratto di società misurati in (quantum di valore delle) partecipazioni sociali*.

Ne derivano alcune considerazioni:

a) in questa tecnica è *indifferente il rapporto* (in qualunque senso: giuridicamente rilevante o non) *intercorrente tra il socio beneficiario ed il socio o i soci conferente/i in misura più che proporzionale*;

b) gli obblighi (si ripete: tutti e solo assunti ed eseguiti *causa societatis*) di "copertura" del *deficit* (per il socio o i soci conferente/i in misura più che proporzionale) ed (eventualmente) di esecuzione della prestazione il cui valore non è conteggiato a "copertura" del capitale sociale c.d. nominale (per il socio beneficiario) *sorgono* in via esclusiva *nel e dal* contratto sociale e si dirigono programmaticamente *ab origine in capo al socio beneficiario ed al socio o ai soci che conferiscono in misura più che proporzionale* (sfuggendo, in sé, al trasferimento in caso di circolazione della partecipazione sociale);

c) *nulla cambia* nel caso in cui il socio beneficiario sia già socio avendo promesso o eseguito un c.d. conferimento in senso stretto; il *quantum* di (valore di) partecipazione sociale assegnato in "eccedenza" (rispetto, appunto, al c.d. conferimento in senso stretto) *corrisponde al quantum (di valore) delle utilità del conferimento pattiziamente "accresciuto"* dai consoci indipendentemente dalla presenza di un ulteriore obbligo; obbligo necessario, come poc'anzi cennato, solo in assenza di c.d. conferimenti in senso stretto del socio beneficiario ⁽³⁷⁾. *Costituisce una manifestazione della libertà contrattuale* (allora di tutti i consoci), allocando su tutti o su uno o su alcuni l'obbligo di coprire l'ammanco di (valore di) utilità per raggiungere il (valore prescelto del) capitale sociale c.d. nominale.

3. *Conseguenze sull'azione revocatoria*. — Scandagliando le conseguenze di questa proposta di ricostruzione del dimensionamento pattizio della parteci-

⁽³⁵⁾ *Supra*, § 2., sub D.

⁽³⁶⁾ Diversamente, tra i vari, v. SODI, *L'assegnazione delle partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali*, in Consiglio nazionale del notariato (studio n. 148/2008/I), 9 ss.

⁽³⁷⁾ Ciò perché, in caso di rilascio di *quantum* di partecipazione sociale in *surplus* a chi abbia effettuato un c.d. conferimento in senso stretto, il conteggio delle perdite avviene su (l valore delle utilità di) quest'ultimo.

pazione sociale sull'azione revocatoria e, quindi, sul suo *operare in quel contesto*, si può fissare che:

a) se il *proprium* dell'azione revocatoria consiste nel rendere inefficace "l'atto di disposizione del patrimonio" ⁽³⁸⁾ del debitore che pregiudica le ragioni del creditore, allora nella tecnica del dimensionamento pattizio della partecipazione sociale *l'atto di disposizione* ha sempre (e solo) *causa societatis* ⁽³⁹⁾;

b) il patrimonio del debitore suscettibile di pregiudicare quelle ragioni è certamente quello *del socio o dei soci conferente/i in misura più che proporzionale per l'“eccedenza” del valore delle utilità del c.d. conferimento in senso stretto rispetto al quantum* (del valore) *di partecipazione sociale ottenuta*. Con un limite: quell' "eccedenza" comprende (in parte) *l'incremento di valore del patrimonio sociale derivante dal “valore” pattiziamente assegnato al socio beneficiario*; un valore "implicito" se costui ha effettuato un c.d. conferimento in senso stretto; o un valore "esplicito" se non ha effettuato quel conferimento, avendo, s'è detto necessariamente, assunto l'obbligo di eseguire una prestazione (quale c.d. conferimento in senso lato) ⁽⁴⁰⁾;

c) peraltro, la circostanza che il dimensionamento pattizio della partecipazione sociale è radicato nella *causa societatis* consente di *non escludere l'azione revocatoria in ordine proprio all'obbligo (eventualmente) assunto dal socio beneficiario* quale c.d. conferimento in senso lato;

d) *sono questi atti dispositivi, i conferimenti* (in senso stretto o in senso lato), *e non già la distribuzione diseguale* (non proporzionale) *della partecipazione sociale* ⁽⁴¹⁾, ad essere oggetto di (eventuale) inefficacia provocata dall'azione revocatoria; pertanto

e) *nessun rilievo* deve assegnarsi a questi fini al rapporto tra il socio beneficiario e il socio o i soci conferente/i in misura più che proporzionale e, in particolare, agli *stati soggettivi* che a quel rapporto sono riconducibili.

4. *Due (ulteriori) questioni: sull'aumento di capitale sociale e sulle società c.d. di persone.* — Residuano, ancora, due questioni.

⁽³⁸⁾ Art. 2901, comma 1, c.c.

⁽³⁹⁾ Ringraziando il Prof. Salamone per gli spunti preziosi, si può precisare: (i) che, qualora nel dimensionamento pattizio della partecipazione sociale si possa ipotizzare una liberazione del conferimento non immediata [v., per esempio, Sodi, (nt. 36), 15 ss.; diversamente, ONZA, (nt. 3), 719 ss.], l'eventuale azione revocatoria potrebbe dirigersi al versamento "spontaneo" (cioè non compulsato dagli amministratori) del socio obbligato; e (ii) che, nell'azione revocatoria disciplinata nelle procedure di insolvenza, di crisi o di amministrazione straordinaria, la misura della "sproporzione" tra valore dell'utilità conferita e *quantum* (di valore) di partecipazione sociale ottenuta potrebbe fungere da misura dell'"anormalità" dell'atto dispositivo.

⁽⁴⁰⁾ Sulla necessità, per l'esperimento dell'azione revocatoria, di un "bersaglio" che abbia un valore economico in sé da apprezzare in concreto, v., decidendo sulla rinuncia o sul mancato esercizio del diritto di opzione, Trib. Roma, 25 marzo 2021, in *Banca dati Pluris*; ipotesi, in vero, confinante con il dimensionamento pattizio della partecipazione sociale, incrementando, benché nell'esercizio di un diritto, la "dimensione" della partecipazione al contratto sociale.

⁽⁴¹⁾ V., in questo angolo visuale, per esempio, FERRI JR., *Partecipazione sociale e garanzia patrimoniale*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo, Meli, Pennisi, vol. I, Milano, Giuffrè, 2015, 174 s.; e ACCETTELLA, (nt. 5), 129 ss. Cfr. pure BRIOLINI, (nt. 3), 843 ss. e STAGNO D'ALCONTRES, DE LUCA, (nt. 3), 352 s.

La prima concerne l'ipotesi in cui la tecnica del dimensionamento pattizio della partecipazione sociale *sia utilizzata in sede di aumento del capitale sociale a pagamento* (difficilmente potendosi concedere la deroga alla proporzionalità nell'aumento gratuito ⁽⁴²⁾); ipotesi che non sembra costringere a soluzioni diverse da quelle appena proposte, dovendosi solo discutere (ma prima ed indipendentemente dagli specifici problemi sollevati dall'azione revocatoria) sulla *valenza organizzativa* (meglio: programmatica) *della clausola pattizia che consenta o non la deroga* ⁽⁴³⁾.

Quanto alla seconda, relativa all'azione revocatoria nel contesto del dimensionamento pattizio della partecipazione sociale nelle società cc.dd. di persone, *la complessità si riduce*: sia perché in queste società l'azione revocatoria del conferimento *si pone in termini residuali*, almeno nei casi in cui il creditore del socio possa ottenere la liquidazione della quota del suo debitore; sia perché, sempre in queste società, il dimensionamento pattizio della partecipazione sociale *si atteggia in modo diverso*.

In effetti, il rapporto tra valore dell'utilità conferita e *quantum* (di valore) di partecipazione sociale, meno approssimativamente di partecipazione agli utili ed alle perdite; quel rapporto, si diceva, è *solo "presunto" proporzionale*, potendosi rinvenire *elementi* (comportamenti compresi) che quella presunzione smentiscano, comandando l'applicazione di una regola diversa dalla proporzionalità ⁽⁴⁴⁾. Ciò non dimeno, *l'assenza della fissazione di una cifra espressa in numerario nell'atto costitutivo della società che deve "misurare" l'ammontare del valore (complessivo) dei conferimenti* — alla quale il valore di tutte le utilità conferite deve essere almeno pari; questa assenza rende, sotto il profilo patrimoniale e, nel dettaglio, dal punto di vista dei creditori dei soci, *irrilevante quel meccanismo, nulla aggiungendosi al problema generale dell'azione revocatoria del conferimento*.

Più chiaramente: lo "spostamento" del *quantum* "eccedente" di partecipazione sociale (*i.e.* agli utili ed alle perdite) da un socio (che conferisce in misura più che proporzionale) ad un altro socio (che conferisce in misura meno che proporzionale) *non suppone o provoca alcuna destinazione patrimoniale differenziata*; non essendo "tenuto" il socio che riceve meno *quantum* di partecipazione a "coprire" alcun ammanco di altri; né il socio beneficiario ad effettuare eventualmente alcuna prestazione "aggiuntiva" rispetto al conferimento ⁽⁴⁵⁾.

Questo perché, salvo una specifica introduzione pattizia del sistema del capitale sociale c.d. nominale, non v'è alcuna cifra (indicata nell'atto costitutivo)

⁽⁴²⁾ Cfr. ACCETTELLA, (nt. 5), 162 ss.

⁽⁴³⁾ V., di NUOVO, ACCETTELLA, (nt. 5), 167 ss.

⁽⁴⁴⁾ V. l'art. 2263, comma 1, c.c. disposizione ripresa — sia pure con un adattamento che fronteggia la mancata rilevazione del valore delle utilità conferite — dalla disciplina della società civile del codice civile del 1865. Per una continuità di quello con la tecnica del dimensionamento pattizio della partecipazione sociale nelle società cc.dd. di capitali, v. tra i vari, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*¹⁶, a cura di Angelici, G.B. Ferri, Torino, Utet, 2019, 277; e pure, se si crede, ONZA, *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali*. Strutture e funzioni, Padova, Cedam, 2008, 165, nt. 265.

⁽⁴⁵⁾ Una destinazione di utilità essendo richiesta, al momento della costituzione della società, dalla *causa societatis*: v. *supra*, nt. 13 e § 2.1.

che il valore complessivo delle utilità conferite deve raggiungere; ed infatti il valore di *tutti i conferimenti* — compreso quello d’opera e servizi — deve essere indicato se un atto costitutivo scritto v’è⁽⁴⁶⁾. Dunque, i soci si “*ripartiscono il rapporto*”, derivante dal contratto sottoscritto, proporzionalmente o non, *senza alcuna ulteriore conseguenza su quanto da ciascuno conferito*.

Sezione II

Azione revocatoria, scissione e fusione di società

1. *Come tutto ebbe inizio (“se una notte d’inverno un viaggiatore ...”).* —
(⁴⁷) Un romanzo, o forse meglio: non-romanzo di cui, tutte le volte in cui il lettore decide di intraprendere la sua lettura, viene distratto da altro. Ogni volta il filo del discorso si disperde; ogni volta si rende necessario iniziare daccapo la lettura; ogni volta si incrementa l’incomprensione.

L’Unione Europea da tempo ci ha resi avvezzi ad improvvisi mutamenti di indirizzo, ritenendo che un’azione revocatoria non si sovrapponga alle tutele dell’art. 12 dell’originaria Sesta Direttiva in materia di scissioni di società sulla tutela dei creditori (⁴⁸).

(⁴⁶) V. art. 2295, n. 6, c.c. Cfr., pure per qualche riferimento bibliografico, ONZA, (nt. 44), 118 s.

(⁴⁷) CALVINO, *Se una notte d’inverno un viaggiatore*, 1979, Milano, rist. Einaudi, 2002.

(⁴⁸) Converrà trascrivere alcuni significativi passaggi della sentenza della Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020, C-394/18: «non risulta dall’articolo 12 della sesta direttiva che il mancato esercizio degli strumenti di tutela dei creditori della società scissa, previsti dalla normativa nazionale in applicazione di detto articolo, precluda a questi ultimi il ricorso a strumenti di tutela diversi da quelli elencati nell’articolo stesso» (§ 68). «Occorre pertanto considerare, alla luce dell’obiettivo enunciato dall’ottavo considerando di tale direttiva, ossia tutelare i creditori, inclusi gli obbligazionisti, e i portatori di altri titoli delle società partecipanti alla scissione dal danno che può derivare dalla realizzazione della scissione, che l’articolo 12 della sesta direttiva non esclude la possibilità, per i creditori di una società scissa, di proporre un’azione pauliana, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, qualora la situazione finanziaria della società scissa nonché quella della società cui l’obbligazione sarà trasferita conformemente al progetto di scissione renda tale protezione necessaria. Gli effetti di una tale azione non devono però essere contrari all’obiettivo della disposizione» (§ 69). «In tale contesto occorre rilevare che dalla formulazione stessa della prima questione si evince che un’azione pauliana, come quella configurata all’articolo 2901 del codice civile, promossa da creditori della società scissa, può consentire loro di ottenere, nell’ambito dell’esecuzione forzata, una posizione preferenziale rispetto ai creditori della società beneficiaria o delle società beneficiarie e un rango migliore dei soci di queste ultime. Dato che l’operazione di scissione di cui trattasi nel procedimento principale è un’operazione di scissione mediante costituzione di una nuova società, l’espressione «della o delle società beneficiarie», utilizzata dal giudice del rinvio, deve essere intesa nel senso che essa designa la, o le, società di nuova costituzione» (§ 70). «Orbene, il sistema di tutela minima degli interessi dei creditori, previsto all’articolo 12, paragrafo 1, della sesta direttiva, in combinato disposto con l’articolo 22, paragrafo 1, della stessa, riguarda i creditori della società scissa e non quelli delle società di nuova costituzione o dei soci di queste ultime, le quali non esistevano prima della scissione» (§ 71). «Peraltro, dall’articolo 12, paragrafo 4, della sesta direttiva, in combinato disposto con l’articolo 2, paragrafo 3, della stessa e con l’articolo 13, paragrafo 3, della terza direttiva, risulta che la tutela «può essere diversa» per i creditori delle società di nuova costituzione e quelli della società scissa» (§ 72). «L’articolo 12 della sesta direttiva non richiede dunque che la tutela dei creditori delle società di nuova costituzione prevista dagli Stati membri sia equivalente a quella dei creditori della società scissa» (§ 73). «Si può quindi dedurre dal complesso delle suddette disposizioni che l’armonizzazione minima, operata dalla sesta direttiva, della tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione non osta a che, nel contesto di una

Originariamente, vi è una forte affermazione, che il sistema del capitale nominale serve a tutela dei creditori (v. il considerando n. 4 alla originaria dir. n. 77/91/CEE in materia societaria, oggi rifiuto nel considerando n. 40 alla vigente dir. 2017/1132/UE del 14 giugno 2017, come modificata dalla dir. 2019/1151/UE del 20 giugno 2019).

La letteratura successiva chiarì che, in assenza di dati testuali nel diritto interno, il capitale serve ad altro, semmai tutela interessi interni alla società (misurazione dell'utile e della perdita, accertamento della gravità della perdita e adozione di contromisure; mantenimento delle condizioni di adozione del tipo di società originariamente prescelto); che le evoluzioni del diritto interno dei Paesi Membri si erano inquisite nella competizione al ribasso volta ad attenuare il sistema del capitale minimo della s.r.l., abbattendolo ovvero, talora, eliminandolo, con modalità varie; che il diritto interno italiano, con la riforma del diritto delle crisi d'impresa (e non solo d'impresa), aveva preso atto che la tutela dei creditori opera su di un piano diverso, quello finanziario (= i flussi di cassa che si rendono necessari per adempiere esattamente alle proprie obbligazioni), e che su questo profilo di continuità d'impresa occorre monitorare ben più che sulla distribuzione degli utili in sé; che la fusione può eseguirsi mediante indebitamento.

In un successivo cambio di registro di argomentazione, giurisprudenza teorica (poca e senza unanimità) e pratica (invece unanime) cercarono conferma del proprio orientamento negativo nella regola della stabilizzazione di fusioni e scissioni, una volta iscritto l'atto di fusione o di scissione nel registro delle imprese ⁽⁴⁹⁾; benché sotto altro versante si precisasse che la pubblicità dell'atto

scissione mediante costituzione di una nuova società, quale avviene nell'ambito del procedimento principale, la priorità sia accordata alla tutela degli interessi dei creditori della società scissa» (§ 74). «l'articolo 12 della sesta direttiva, in combinato disposto con gli articoli 21 e 22 della stessa, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che, dopo la realizzazione di una scissione, i creditori della società scissa, i cui diritti siano anteriori a tale scissione e che non abbiano fatto uso degli strumenti di tutela dei creditori previsti dalla normativa nazionale in applicazione di detto articolo 12, possano intentare un'azione pauliana al fine di far dichiarare la scissione inefficace nei loro confronti e di proporre azioni esecutive o conservative sui beni trasferiti alla società di nuova costituzione» (§ 75).

⁽⁴⁹⁾ La norma espressa, come noto, negli articoli 2504-*quater* c.c. (fusioni) e 2506-*ter*, comma 5, c.c. (scissioni) costituisce trasposizione in senso garantista delle disposizioni della Terza Direttiva sulle fusioni (considerando n. 9; art. 22) e della Sesta Direttiva sulle scissioni (considerando n. 11; art. 19). Ma ora, secondo la ricordata Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020, C-394/18: «La nozione di «nullità», nel suo senso abituale, fa riferimento ad azioni dirette all'annullamento di un atto, che determinano la sua scomparsa e producono effetti nei confronti di tutti» (par. 80). «Per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti dalla sesta direttiva, risulta dall'undicesimo considerando della medesima che il legislatore dell'Unione ha ritenuto opportuno limitare i casi di nullità e stabilire, da un lato, il principio della regolarizzazione ogni qualvolta essa sia possibile e, dall'altro, un termine breve per far valere la nullità al fine di garantire la certezza del diritto nei rapporti sia tra le società partecipanti alla scissione sia tra queste ultime e i terzi, nonché tra gli azionisti. Tale obiettivo della sesta direttiva, che è stato attuato all'articolo 19 della stessa, conferma che la nullità di una scissione produce effetti nei confronti di tutti» (§. 84). «Orbene, [...] mentre l'azione di nullità mira a sanzionare l'inadempimento delle condizioni di formazione dell'atto di scissione, un'azione pauliana come quella di cui trattasi nel procedimento principale ha per oggetto soltanto la tutela dei creditori i cui diritti siano stati lesi dalla scissione» (§ 85). «Dall'ordinanza di rinvio risulta infatti che l'azione pauliana promossa dai convenuti nel procedimento principale, sul fondamento dell'articolo 2901 del codice civile, consente soltanto di rendere inopponibile nei loro confronti la scissione in questione e,

di fusione o di scissione non investiva l'applicabilità dell'art. 2332 c.c.; che era inevitabile equiparare gli effetti della pubblicità attuata in fase costitutiva propriamente detta ovvero a conclusione di operazioni straordinarie.

Seguendo questo itinerario, si è riletta la scissione nella prospettiva di una « vicenda organizzativa »: una vicenda, si direbbe, *regolatoria*, di destinazioni, dunque di processi decisionali e dichiarativi funzionali secondo diverse sfere di competenze. Una vicenda rispetto alla quale la revocatoria ha poco a che spartire⁽⁵⁰⁾. Così, in questa prospettiva, la tutela dei creditori poteva trovare attuazione solo attraverso le opposizioni: decorso il termine per sollevare le quali nessun'altra impugnativa è stata ritenuta capace di rimuovere la fusione o la scissione iscritta e non resta allora che la tutela obbligatoria (art. 2506-ter c.c.)⁽⁵¹⁾. Del resto, si è detto suggestivamente, le destinazioni conseguenti ad una scissione non hanno per oggetto « beni » ma frazioni di patrimonio netto, dunque di « valori ». Sicché contro una distribuzione di valori si può reagire soltanto fermando, finché si è in tempo, un procedimento; non si può invece espungere questo o quel bene — pur se compreso in quel netto redistribuito — attraverso una revocatoria.

Fra l'altro, non è casuale che il dibattito si sia concentrato nel tempo sulla scissione; senza tuttavia ignorare che la fusione presenta profili d'interesse altri verso l'azione revocatoria. Nella fusione il dibattito è stato viziato da altra argomentazione dogmatica (equiparazione tra fusione e vicenda successoria *mortis causa*), che ha reso sicuramente meno comprensibili alcuni passaggi.

Sicché, improvvisamente, quando alcuni assiomi che nella confusione sono stati eletti a certezze, sono casualmente demoliti, si può provare a recuperare la progressione degli argomenti.

2. *Azione revocatoria e scissione di società: pars destruens.* — Per iniziare, in uno scenario ordinato sul piano degli interessi:

a) il creditore non ha particolare interesse alla misurazione dell'utile e della perdita. Questo fatto riguarda di norma i soci, a meno che la distribuzione degli utili accertati non comprometta la stabilità finanziaria dell'impresa societaria. Questo accade piuttosto di frequente, quando sull'altare del mercato viene sacrificata una gestione prudente della liquidità sociale: una società quotata è spesso esposta al pericolo di decisioni di indebitamento pur di arrivare a distribuire i dividendi. Lo vogliono spesso gli azionisti di maggioranza per fare un po' di *trading*; lo vogliono gli amministratori con lo stesso obiettivo, se questi hanno in portafoglio azioni variamente loro assegnate a titolo di compenso; lo vogliono gli investitori istituzionali se non hanno obiettivi di medio lungo periodo

in particolare, il trasferimento di taluni beni di cui all'atto di scissione. Tale azione non incide sulla validità della scissione, non comporta la sua scomparsa e non produce effetti nei confronti di tutti» (par. 86). «Ne consegue che detta azione non rientra nella nozione di "nullità" di cui all'articolo 19 della sesta direttiva» (§ 87).

⁽⁵⁰⁾ Si è espresso così, da par suo, ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 120 ss., che evidenzia la difficoltà di attuazione dell'azione revocatoria nella riassegnazione di «posizioni organizzative».

⁽⁵¹⁾ Cfr. ancora ANGELICI, (nt. 50), 121 s. e 129 ss.

verso quella società. La stabilità finanziaria può essere pregiudicata in una duplice direzione: verso i terzi, che vedranno aumentato il rischio di insolvenza; nei rapporti interni, perché potrebbero mancare, salvo nuovi indebitamenti, le risorse da investire in nuovi investimenti per mantenere o guadagnare competitività imprenditoriale. Siamo al paradosso per cui troppo mercato (finanziario) nuoce all'impresa;

b) gli stessi obiettivi di mercato possono sorreggere operazioni straordinarie, abbiano esse l'effetto di ridurre il numero dei soggetti (fusione) ovvero di incrementarli (scissione);

c) nessun'attinenza potendo riconoscersi a principi quali l'effettività del capitale, l'integrità del capitale nella tutela dei creditori, anche nelle fusioni e nelle scissioni la tutela dei creditori deve guardare ad altro che non l'effettività del capitale, la definitività della destinazione in forma di conferimento, etc.;

d) quando si affronta una operazione c.d. straordinaria, il tema è non pregiudicare le posizioni dei creditori, ovvero di mantenere sostenibilità dell'esatto adempimento delle obbligazioni e, se del caso, dell'azione esecutiva; e

e) la pubblicità commerciale rende insindacabili vizi di procedimento dell'operazione straordinaria, senza tuttavia esaurire il panorama delle azioni repressive delle frodi ai creditori.

3. (Segue) *pars construens*. — Assertivamente, si direbbe che:

I. il creditore ha interesse all'esatto adempimento dell'obbligazione e, in subordine, alla capienza della sua azione esecutiva;

II. rovesciando un assunto tradizionale, la sopportazione del rischio di impresa comporta — salvo abusi e sempre nei confini della normalità — condivisione di rischi anche a carico del creditore: il rischio di insolvenza del debitore (= sopravvenuta incapacità a soddisfare regolarmente alle proprie obbligazioni) che include, pur senza automaticamente implicare il rischio d'incapienza dell'azione esecutiva del creditore (= es. un pignoramento negativo o mancato); per converso, in caso di capienza il creditore sopporterà il rischio di imprevedibilità dei tempi (esempio: per disfunzionalità dell'ufficio giudiziario) e di cattivo esito delle procedure espropriative (esempio: l'errore del procuratore del creditore, del giudice dell'esecuzione, degli ausiliari possono pregiudicare [= estinzione della procedura per inadempimenti procedurali] od allungare i tempi [= necessità si sollevare un'opposizione esecutiva, *ex art. 615 o 617 c.p.c.*]);

III. tuttavia, l'esercizio dell'azione esecutiva presenta un costo notevole per il creditore: un costo giudiziario (già esaminati: lunghezza del processo; rischi giudiziari connessi all'eventualità della commissione di errori procedurali); un costo di illiquidità (il tempo di liquidazione del bene staggito, in uno con l'incertezza dell'integrale soddisfazione delle ragioni di credito per via coattiva); altre c.d. esternalità negative (spese di procedura varie; anticipazioni di cauzioni);

IV. per evitare al creditore rischi e costi connessi all'azione esecutiva, e ad un tempo il sovraccarico del sistema giudiziario, non resta che l'induzione del debitore a salvaguardare la sua capacità solutoria, attraverso un comportamento razionale e ragionevole;

425/1

V. secondo il nostro diritto positivo, la salvaguardia della capacità solutoria del debitore/imprenditore transita per una continuità d'impresa in equilibrio finanziario;

VI. la continuità d'impresa non garantisce affatto la capienza dell'azione del creditore, ma è ritenuta dal legislatore più recente il mezzo meno costoso per mantenere un livello adeguato di flussi di cassa così da rendere probabile, nei grandi numeri, l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte dall'imprenditore;

VII. il creditore non ha alcun interesse in sé verso la continuità d'impresa; egli ha interesse a vedersi soddisfatte le sue ragioni di credito e, se possibile, in modo certo, rapido e senza dover sostenere costi aggiuntivi — egli fa cioè affidamento sull'esatto adempimento;

VIII. il creditore potrebbe, in un mondo ideale, essere garantito meglio dalla prestazione di una garanzia, ma la illiquidità della garanzia, se rende più probabile (anche se non del tutto certa) la capienza dell'azione esecutiva per espropriazione, genera di certo costi insostenibili — nei grandi numeri — per qualsiasi imprenditore. In altri termini, non è un espediente replicabile se non per alcuni creditori, non invece per tutti i creditori d'impresa;

IX. in alternativa alla prestazione di garanzia reale o personale, la prestazione di una cauzione in denaro potrebbe offrire maggiore sicurezza di rientro al creditore, ma nuovamente ciò non è sostenibile se non nei confronti di alcuni creditori d'impresa soltanto;

X. al postutto, la salvaguardia della continuità dell'impresa si attesta, secondo l'indirizzo del legislatore, come il minore dei mali. Per perseguire questo obiettivo, si rendono necessarie decisioni di esercizio dell'impresa assunte con modalità (procedimentali) che garantiscano compiuta istruzione di pratica, ponderazione di costi e benefici, non compromissione della stabilità finanziaria (art. 2086, comma 2, c.c.). Mancano, allo stato, dati di esperienza per dire se si tratta di uno strumento efficiente oppure se di mero espediente per creare un nuovo titolo di responsabilità degli amministratori di società. Se così fosse, però, si tratterà di un espediente votato al fallimento, perché l'assunzione di carica non presuppone il possesso di alcun titolo abilitativo dalla persona designata (salvo ad es. imprese operanti in settori particolari, come in quello bancario e pochi altri) né la prestazione di alcuna garanzia, cauzione ovvero polizza assicurativa che renda capiente l'azione di responsabilità.

4. *Conseguenze. Come rendere effettiva la tutela dei creditori nelle fusioni e nelle scissioni: A) a quali fatti si applicano le opposizioni e quali effetti producono.* — Il nostro diritto positivo prevede, per fusioni e scissioni, uno strumento giudiziale di tutela dei creditori: l'opposizione (art. 2503 c.c., cui adde la disciplina speciale dedicata agli obbligazionisti nell'art. 2503-bis c.c.; richiamati per la scissione dall'art. 2506-ter, comma 5, c.c.).

La disciplina è piuttosto scarna, perché l'art. 2503 c.c. si limita a disporre le condizioni perché il procedimento di fusione possa legittimamente procedere senza l'osservanza del termine sospensivo di sessanta giorni; nonché a rinviare all'art. 2445 c.c. per l'ipotesi in cui, fuori da dette condizioni, si debba consentire

l'esercizio dell'opposizione ai creditori che non abbiano espresso consenso alla fusione. Nel giudizio di opposizione, secondo l'art. 2445 c.c. occorre che il tribunale accerti un « pericolo di pregiudizio per i creditori » (comma 4).

Cosa ciò voglia dire, la legge non lo chiarisce, ma lo si intuisce leggendo la stessa disposizione, secondo la quale non si avrà luogo a provvedere qualora la società « abbia prestato idonea garanzia ». Dunque:

a) il fondamento dell'opposizione è che l'operazione straordinaria pregiudichi la capienza dell'azione esecutiva del creditore;

b) non occorre che si tratti di un evento attuale, potendo invece essere anche un evento futuro ma realisticamente probabile (il c.d. pericolo), il quale potrebbe verificarsi allorché, attraverso la fusione o la scissione, aumenti il c.d. rischio finanziario del debitore (o dei debitori). Solo per esemplificare: in caso di fusione, il coinvolgimento nell'operazione di una società notevolmente indebitata potrebbe essere di pregiudizio per i creditori delle altre; non dissimilmente, nel caso della scissione, se lo fossero una o più società beneficiarie della scissione, considerato che tutte le società risultanti o beneficiarie risponderanno dei debiti nei limiti del patrimonio netto ricevuto attraverso la scissione. In tutte queste ipotesi, come si diceva, potrebbero peggiorare le probabilità di capienza dell'azione esecutiva dei creditori della società scissa;

c) l'opposizione non contesta la legittimità di alcun atto dispositivo, ma soltanto che la fusione o la scissione in sé generino un « pericolo » qualificato ⁽⁵²⁾;

d) l'opposizione assume carattere di rimedio preventivo, sicché intende prevenire che la fusione o la scissione abbiano ad attuarsi a condizioni generatrici del pericolo qualificato verso i creditori. Non impedisce tuttavia l'attuazione in via assoluta dell'operazione, che potrà realizzarsi a condizioni diverse oppure tacitando il creditore opponente (= pagandolo o garantendolo, come accennato);

e) sempreché il pericolo qualificato sia generato da un vizio (di singoli atti) del procedimento di fusione o scissione, l'opposizione può costituire un mezzo di reazione contro di quello. Ma non necessariamente il pericolo qualificato verso i creditori è generato da un vizio procedimentale ⁽⁵³⁾.

5. (Segue) B) a quali fatti si applicano le azioni revocatorie e quali effetti producono in via generale. — Le azioni revocatorie, a lungo ritenute inapplicabili a fusioni e scissioni, si attestano come un rimedio diverso ed oggi complementare all'opposizione:

I. l'azione revocatoria, ordinaria ovvero speciale, non reagisce mai contro un vizio invalidante singoli atti, bensì contro atti validi;

II. essa ha natura di rimedio successivo, perché contesta un atto dispositivo già perfezionato, il cui effetto sia pregiudizievole verso l'azione esecutiva, individuale o collettiva;

⁽⁵²⁾ ANGELICI, (nt. 50), 128 ss.

⁽⁵³⁾ *Contra* Trib. Napoli, 4 marzo 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111 ss.

III. l'atto dispositivo contestato potrebbe consistere anche nella prestazione di una garanzia o di un pagamento (purché di debito non scaduto, nella variante ordinaria; mentre potrebbe anche essere volto ad estinguere un debito scaduto, nella variante fallimentare/concorsuale), ovvero, secondo gli orientamenti giudiziali oramai dominanti, atti di destinazione;

IV. si richiede che questo atto dispositivo incida sfavorevolmente sulla capienza dell'azione esecutiva, avendo sottratto un bene od un elemento di attivo dal patrimonio espropriabile del debitore;

V. nella variante ordinaria dell'azione revocatoria, si richiede che l'atto dispositivo sia consapevolmente preordinato alla frode ai creditori, mentre nella variante fallimentare/concorsuale si richiede più modestamente la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza (da presumersi o da provarsi), così da alterare la *par condicio creditorum* ante-concorso. Il pregiudizio che l'azione revocatoria intende rimuovere coincide, dunque, con la sottrazione di un cespite espropriabile all'azione esecutiva, nella variante ordinaria; diversamente, non necessariamente questo evento deve ricorrere nell'azione speciale, che reagisce piuttosto contro la lesione della *par condicio*;

VI. se l'atto contestato è a titolo gratuito, non si richiede, nella variante ordinaria, consapevolezza anche dal terzo, mentre in pendenza di procedure concorsuali l'ordinamento reagisce attraverso una inefficacia di diritto dell'atto, che tiene luogo dell'azione revocatoria propriamente detta;

VII. l'azione revocatoria, nella variante ordinaria, mira a rendere inefficace l'atto dispositivo impugnato nei confronti del creditore che ha agito; sempre nella variante ordinaria, se esercitata dal curatore di fallimento / liquidazione giudiziale, alle stesse condizioni giova all'intero ceto dei creditori concorrenti; l'efficacia non muta quando il curatore abbia vittoriosamente esercitato l'azione nella variante fallimentare/concorsuale. Non è quindi un rimedio propriamente demolitorio, o quanto meno non lo è nel più alto livello di invasività dell'azione di nullità o di annullamento, perché essa non elimina giuridicamente l'atto, che resta valido, ma ne rimuove l'efficacia sempre in via relativa (verso il creditore che ha agito ovvero verso tutti i creditori ammessi al concorso);

VIII. l'azione revocatoria è infatti un prodromo dell'esercizio dell'azione esecutiva individuale ovvero della liquidazione concorsuale del bene oggetto di disposizione / degli elementi di attivo ceduti.

6. (Segue) *revocatoria di scissione*. — Mutato l'orientamento della giurisprudenza europea ad inizio 2020, la giurisprudenza interna subito ha invertito la rotta e sono già state pubblicate numerose pronunce di legittimità e di merito conformi al nuovo indirizzo.

Il primo aspetto di ordine operativo da esaminare l'operatività dell'azione revocatoria. Si è detto che l'azione rende inefficace un atto dispositivo, relativamente al creditore agente o ai creditori concorrenti.

Nel caso della scissione la giurisprudenza dell'Unione ha subito chiarito che i creditori della società scissa possono legittimamente esercitare « un'azione pauliana al fine di far dichiarare la scissione inefficace nei loro confronti e di

proporre azioni esecutive o conservative sui beni trasferiti alla società beneficiaria ».

A. Dunque, il rimedio non si sovrappone affatto all'opposizione dell'art. 2503 c.c.: non si tratta di fermare né tantomeno invalidare gli atti del procedimento di scissione; si tratta invece di tutelare i creditori che risultino pregiudicati dall'operazione, visto che «la responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria» (art. 2506-bis, comma 3, ult. periodo, c.c.). Ciascuna società risultante o coinvolta nella scissione risponde nei limiti della quota di netto ricevuto dalla società scissa: qualora la destinazione pregiudichi gli interessi di un creditore, questo è legittimato ad esercitare l'azione revocatoria (ordinaria) perché la destinazione non produca effetto nei confronti di lui ed egli possa comunque esercitare l'azione esecutiva individuale su quel bene.

B. Ancora, la giurisprudenza interna già ha avuto modo di chiarire che tra opposizione e revocatoria non vi sono interferenze sul piano processuale: l'una non è condizione di procedibilità dell'altra; né l'esercizio dell'una è preclusivo (in senso tecnico) dell'esercizio dell'altra, potendosi persino le due azioni promuoversi in contemporaneità.

C. Intuitivamente, la revocatoria neppure si sovrappone all'azione di risarcimento del danno da fusione o da scissione illegittima, esercitabile quando l'avvenuta iscrizione dell'atto di fusione/scissione nel registro delle imprese ha precluso di rimedi demolitori altrimenti azionabili:

1) la particolare tutela risarcitoria mira a riparare per equivalente al danno derivante dalla sopravvenuta impossibilità di rimozione di un atto invalido: in questo caso la società che risulti dalla scissione subisce direttamente l'azione e sarà costituita debitrice. Eventuali terzi — ove mai posizioni ulteriori a quella della società siano identificabili — non saranno necessariamente coinvolti (salvo chiamata in causa per posizioni collegate) ⁽⁵⁴⁾;

2) l'azione revocatoria non risarcisce né restituisce alcunché; essa, anzitutto, è rivolta sia contro la società — scissionaria o beneficiaria — sia contro il terzo; non rimuove alcun atto né lo invalida; rimuove soltanto un ostacolo all'esercizio dell'azione esecutiva individuale o collettiva; la posizione del terzo revocato viene, per così dire, « postergata »: nel senso che l'azione ordinaria ne vieta il concorso nell'azione esecutiva individuale con il creditore revocante (art. 2902, comma 2, c.c.); mentre l'azione speciale lo pone in concorso con tutti gli altri creditori concorrenti (art. 70 l. fall.; art. 171 c.c.i.i.) ⁽⁵⁵⁾; e

3) è vero che un procedimento di scissione ha per conseguenza una vicenda organizzativa di « valori » di un patrimonio netto; è anche vero che la riorganizzazione ha per oggetto cespiti iscritti in un bilancio, alcuni dei quali coincidenti

⁽⁵⁴⁾ *Contra* Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111 ss.; sul punto v. ANGELICI, (nt. 50), 128 s., che equipara funzionalmente la revoca, quale tutela demolitoria, al risarcimento, quale misura obbligatoria. Nel medesimo senso v. App. Catania, 19 settembre 2017, in *Banca dati De Jure*.

⁽⁵⁵⁾ Così ora, dopo il mutamento dell'indirizzo della giurisprudenza dell'Unione Europea, la nostra Cass., 29 gennaio 2021, n. 2153.

con beni presente e suscettibili di espropriazione forzata, mentre altri non. Ma proprio per questo l'azione revocatoria può intervenire a riallineare i diritti dei creditori (di società scissa e scissionarie) ⁽⁵⁶⁾. Fra l'altro, almeno in sede fallimentare, la giurisprudenza in più occasioni si è espressa nel senso che qualora il valore della cosa distratta dalla massa attiva fallimentare abbia medio tempore perduto il valore che essa rivestiva al momento dell'atto dispositivo impugnato: ciò comporta quindi che, ove nella redistribuzione del netto della società scissa sia stata per avventura resa incapiante l'azione esecutiva di taluna classe di creditori, si possa ottenere la condanna al pagamento dell'equivalente pecuniario (« oggetto della domanda di revocatoria fallimentare non è il bene in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettività ad esecuzione e, quindi, la liquidazione di un bene che, rispetto all'interesse dei creditori, viene in considerazione soltanto per il suo valore ») ⁽⁵⁷⁾. In sede fallimentare, allora, le distanze tra tutela *lato sensu* demolitoria e tutela obbligatoria iniziano ad accorciarsi.

7. *Tutela dei creditori e fusione di società.* — Finora il tema esaminato, che ordinariamente si lega alla scissione di società, riguardava la sottrazione di attivo all'azione esecutiva dei creditori. All'evidenza, la fusione di società, solleva altri «pericoli» per i creditori, che di seguito si prova a rassegnare dando per oramai acquisito lo stato dell'arte (scientifico e giurisprudenziale) in materia di imputazione di conoscenza e stati soggettivi agli enti ⁽⁵⁸⁾.

A. Il pericolo che, all'esito della fusione, i creditori si trovino a dover concorrere con le azioni esecutive di altri creditori, così da ridurre le probabilità di capienza.

B. Il pericolo che, con l'eventuale mutamento del soggetto debitore, le condizioni di esercizio delle azioni revocatorie ordinaria e concorsuale vengano meno, almeno sul piano soggettivo, poiché è tutta da accertarsi l'applicabilità della regola della continuità dei rapporti *ex art. 2504-bis*, comma 1, c.c. con particolare riguardo al c.d. *consilium fraudis* (azione ordinaria: art. 2901, comma 1, c.c.) ovvero alla c.d. *scientia decoctionis* (azione concorsuale: art. 67 l. fall.; art. 166 c.c.i.i.). Questo rischio è stabilmente neutralizzato dalla giurisprudenza di legittimità con l'opinabile argomento dell'assimilazione della fusione alla *successione mortis causa* delle persone fisiche, *ad instar* del quale lo stato soggettivo si trasmette alla società nuova od incorporante (argomento che affonda le sue radici nell'art. 8 cod. comm. 1882 la cui storia sarebbe troppo lungo ripercorrere) ⁽⁵⁹⁾. Ciò non permette tuttavia di superare ogni difficoltà. In particolare, mettendoci nella prospettiva del creditore revocante o del curatore

⁽⁵⁶⁾ V. nuovamente Cass. n. 2153/2021, (nt. 55).

⁽⁵⁷⁾ V. anzitutto Cass., sez. un., 24 giugno 2020, n. 12476; inoltre v. Cass., 22 ottobre 2002, n. 14891; Cass., 15 settembre 2004, n. 18570; Cass., 9 febbraio 2007, n. 2883; Cass., 17 giugno 2009, n. 14098; Cass., ord., 8 novembre 2017, n. 26425; Cass., ord., 14 marzo 2018, n. 6262; Cass., ord., 28 maggio 2018, n. 13273; Cass., 26 agosto 2021, n. 23485.

⁽⁵⁸⁾ V., per tutti, M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, Giuffè, 2002, *passim*.

⁽⁵⁹⁾ Cass., 12 novembre 2019, n. 29256.

fallimentare di un debitore, occorre valutare se e a quali condizioni l'azione possa legittimamente esercitarsi nei confronti del terzo acquirente diretto, il quale sia una società fusa od incorporata, bensì nei confronti della società nuova od incorporante (1) con riguardo all'azione ordinaria, concesso che si trasmetta all'avente causa la condizione soggettiva, occorre interrogarsi se questo sia da annoverare tra i terzi acquirenti a titolo oneroso di buona fede non investiti dalla pronuncia di inefficacia della sentenza di revocazione, sempre fatti salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione (art. 2901, comma 4, c.c.). E qui si può opinare che la regola di salvezza degli acquisti appena ricordata non trovi applicazione, sol che si consideri che la società risultante dalla fusione non è mai assimilabile ad un terzo acquirente a titolo oneroso, perché il patrimonio netto ricevuto dalle società fuse od incorporate non perviene attraverso un contratto a prestazioni corrispettive. Anche volendo forzare la lettura del procedimento, la società nuova od incorporante emette azioni che vengono destinate a terzi, cioè i soci delle società fuse o incorporate. E evidente che la fusione sia una vicenda di mutamento organizzativo delle società coinvolte. E infatti, neppure trova applicazione la regola di priorità dell'adempimento pubblicitario al quale l'art. 2901, comma 4, c.c. subordina il superamento della c.d. buona fede del terzo acquirente a titolo oneroso — regola pensata esclusivamente per gli acquisti immobiliari. Non che la riconduzione della fusione a fenomeno successorio *mortis causa* porti a diverse conclusioni; solo, ci sembra, rende più difficile spiegarsi; (2) con riguardo all'azione fallimentare/concorsuale, che non sussiste né può esercitarsi prima della dichiarazione di fallimento/apertura della liquidazione giudiziale, la legge esclude che possa tutelarsi il terzo acquirente in alcun modo, poiché l'azione esecutiva collettiva prende inizio con una sentenza, che riguardo ai terzi produce effetto dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese. Non trova quindi applicazione alcuna regola paragonabile a quella dell'art. 2901, comma 4, c.c.; regola che tuttavia resta applicabile anche qualora la revocatoria ordinaria sia esercitata da un curatore fallimentare; e (3) quanto alla tutela dei creditori, in relazione a trasformazioni, fusioni e scissioni concordatarie, il nuovo codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, non entrato ancora in vigore, dispone che la stessa possa trovare attuazione esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione (art. 116 c.c.i.i.). Il quesito è se questa regola precluda anche l'esercizio delle azioni revocatorie qualora le vicende appena nominate investano una società terzo acquirente di un bene o destinatario di pagamento:

— anzitutto, la nuova norma dispiega un duplice effetto diretto verso i creditori concorrenti; il primo, di ordine processuale, per cui le opposizioni seguono il rito concorsuale anziché quello ordinario del codice civile — artt. 2500-*novies*; 2503, 2503-*bis*; 2506-*ter*, comma 5; il secondo, di ordine sostanziale, per cui il blocco delle azioni esecutive individuali e cautelari discendente dal concordato omologato renderebbe inutile, se non addirittura pregiudizievole verso la procedura concorsuale, un'azione revocatoria esercitata dal creditore concorrente;

— ma, si diceva, ciò non elimina l'ulteriore problema, se il creditore (o il curatore fallimentare) del disponente a favore di terzo avente causa sotto

concordato omologato sia legittimato all'esercizio di azioni revocatorie che si ripercuotano anche sul terzo, con l'effetto di destabilizzare la procedura al quale quest'ultimo si è assoggettato. Benché chi scrive nutra serie perplessità in merito, occorre rievocare che la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato l'irrevocabilità nei confronti di una procedura concorsuale ⁽⁶⁰⁾. Lo ha motivato con argomenti tutt'altro che condivisi: il dibattito sulla natura dichiarativa o costitutiva delle azioni revocatorie è aperto, non stabilizzato, e pertanto non assiomaticabile, per quanto consti una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione; l'assunto della cristallizzazione del patrimonio concorsuale non esprime una regola chiara nella sua portata, quando alla ricorrenza di più procedure conseguono più cristallizzazioni così da doversi stabilire un ordine di priorità del tutto casuale, basato sulla priorità temporale, la cui razionalità si coglie — a tutto concedere — sul piano dell'art. 2914 c.c.

C. Terzo ed ultimo, i creditori sopportano un pericolo « temporale ». Ancora con riguardo all'azione fallimentare/concorsuale: quel che conta, ai fini della dichiarazione di inefficacia dell'atto/del pagamento impugnati, è che sia stato attuato nel c.d. periodo sospetto, che nel codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, ad oggi non ancora in vigore, risulta retrodatato dal tempo del deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa, come oggi dispone la legge fallimentare (art. 67 l.f.), al momento dell'introduzione del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 166 c.c.i.i.). Quali difficoltà, allora, in relazione alla *scientia decoctionis* e al tempo dell'atto dispositivo o del pagamento? Ciò che rileva, secondo la giurisprudenza di legittimità, è che l'atto o il pagamento revocandi siano databili nel c.d. periodo sospetto riferito al debitore successivamente fallito, mentre non rileva che nel medesimo periodo per la società avente causa/destinataria del pagamento fosse già in corso il procedimento di fusione o che questo sia stato avviato successivamente (anche alla dichiarazione di fallimento/apertura della liquidazione giudiziale) ⁽⁶¹⁾.

MAURIZIO ONZA
LUIGI SALAMONE

Abstract

The essay analyses the actio Pauliana, regarding the assignment of shares, the merger as well as the division of corporation. It focuses on the juridical issues arising of taking into account the interests involved in.

⁽⁶⁰⁾ Cass., 23 novembre 2018, n. 30416.

⁽⁶¹⁾ Si veda nuovamente Cass. n. 29256/2019, (nt. 59).