

LA IRREVOCABILITÀ DELLA SCISSIONE SOCIETARIA

di Francesco Fimmanò

Sommario: 1. Caratteristiche della scissione e azione revocatoria; - 2. Circolazione ed attribuzione del patrimonio; - 3. La norma sull'invalidità della scissione; - 4. La inefficacia dell'attribuzione patrimoniale verso i creditori; - 5. La *ratio* complessiva del sistema concepito dal legislatore.

1. Caratteristiche della scissione e azione revocatoria

A norma dell'art. 2506 c.c. “*Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci*”. L'operazione configura la circolazione, integrale o parziale, del patrimonio della società *scindenda*, inteso come *un unicum* di attività e passività, verso una o più società, preesistenti o di nuova costituzione. Il legislatore, anche in attuazione della sesta direttiva comunitaria di armonizzazione del diritto societario, ha concepito *un microsistema* di tutele dei creditori, anche di quelli c.d. involontari, funzionale a contrastare l'abuso dell'istituto ma al tempo stesso non ad impedirne l'uso¹.

Le numerose possibili varianti dell'operazione in relazione alla estinzione o meno della scissa, alla entità del trasferimento, alla preesistenza o meno delle beneficiarie, alla natura proporzionale o non del concambio etc., hanno determinato in dottrina e giurisprudenza una serie di riflessioni, *specie con riferimento*

¹ Al riguardo già prima della riforma F. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità sussidiaria per i debiti insoddisfatti*, in *Società*, 2002, n. 11

alla tutela dei creditori, che sono riconducibili a due *macro-qualificazioni* di fondo sintetizzabili nelle contrapposte visioni “modificativa” e “traslativa” con una serie di posizioni intermedie. L’una concepisce l’istituto come meramente riorganizzativo della attività di impresa, l’altra valorizza il trasferimento patrimoniale sotteso.

Il trasferimento dei beni nell’ambito della scissione, in realtà, non può essere considerato oggetto di autonomo è distinto negozio giuridico ma costituisce un effetto insito nella fattispecie procedimentale complessa a formazione progressiva. Esso condensa in sé aspetti che incidono, modificandola, sulla struttura societaria ed effetti traslativi che incidono sul patrimonio della scissa, in una sintesi che ne costituisce l’elemento caratterizzante e ne fa, un istituto tipico, con caratteri suoi propri, che valgono a renderla *irriconducibile* od assimilabile ad altri istituti. Un fenomeno che può comportare l’estinzione della società che si scinde e che comporta sempre la continuazione per i soci e per i creditori della società che si scinde. Infatti, nell’ipotesi in cui l’intero patrimonio della società che si scinde venga attribuito a più società beneficiarie, la società scissa si estingue, ma la estinzione non si realizza per i soci, i quali ottengono le quote o le azioni a mezzo di tali organizzazioni societarie.

Revocare una scissione significa, in ogni caso, dichiarare invalida o comunque improduttiva di effetti tale circolazione o comunque renderla inopponibile ai creditori.

Secondo la giurisprudenza che ne esclude la revocabilità il sottosistema elaborato per regolamentare la fattispecie è completo e disciplina compiutamente le ipotesi di invalidità dell’atto, di responsabilità civile e patrimoniale, individuando i rimedi specifici nel rispetto dei principi ispiratori del diritto societario nonché le peculiarità dei casi di specie, senza particolari deviazioni rispetto a quanto fatto in altri capi del libro delle società².

² Da ultimo Trib. Napoli, 26 novembre 2018 in *ilcaso.it*; nello stesso senso: App. Catania, 19 Settembre 2017, in *Fall.*, 2018, 902; Trib. Bologna 1° aprile 2016, in *Fall.*, 2016, 877, in *Notariato*, 2016, 604; Trib. Bologna 24 marzo 2016, in *Riv. not.*, 2016, 547; Trib. Forlì 4 febbraio 2016, in *tribunale.forlì.giustizia.it*; Trib. Roma 7 novembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, 1, II, 136, con nota di M. Pin., *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*; in *Dir. fall.*, 2018, II, 179 ed in *Giur. comm.*, 2018, II, 136; Trib. Roma 19 ottobre 2015, in *Pluris*; Trib. Napoli 31 ottobre 2013, in *Giur. it.*, 2014, 1416, con commento di M. Cavanaugh, *Scissione: un’operazione intangibile?*; Trib. Napoli 4 marzo 2013, in *Riv.*

Infatti una parte della giurisprudenza, per superare tali preclusioni normative alla declaratoria di invalidità, afferma che la inefficacia dell'atto dispositivo consistente nell'assegnazione alla società beneficiaria di parte del patrimonio della società scissa *non interferirebbe sulla validità* dell'atto di scissione. La revocatoria, in considerazione della natura relativa dei suoi effetti, consentirebbe semplicemente ai creditori della scissa ovvero al curatore del fallimento della stessa di recuperare all'attivo i beni che dal patrimonio sono usciti (nel caso di pronuncia *ex art. 64 l.fall.* ovvero *ex art. 67 l.fall.*), oppure, ottenuta la pronuncia di inefficacia *ex art. 2901 c.c.*, di esercitare sui beni stessi, appartenenti alla società beneficiaria, azione esecutiva *ex art. 2902, c.c.*³.

dir. comm., 2014, II, 111; Trib. Napoli 18 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1040, con nota di L. Rivieccio, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, e in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 1; Trib. Napoli 31 ottobre 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111, con commento di C. Angelici, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*; Trib. Catania 9 gennaio 2012, in *Riv. not.*, 2012, 3, 728 e in *Vita not.*, 2012, 1, 278; Trib. Modena 22 gennaio 2010, in *giurisprudenza-modenese.it*; Trib. Milano 8 settembre 2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, 198 con nota di D. Beltrami, *Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita*; Trib. Roma 11 gennaio 2001, in *Foro pad.*, 2011, 608 e in *Dir. fall.*, 2001, II, 442 e ss. con nota di D. Di Gravio, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni della scissione delle società*.

³ In questo senso la giurisprudenza che afferma la revocabilità (Trib. Benevento, 12 ottobre 2017, in *Giur. comm.* 2019, II, 392, con nota di A. Bello, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*; Trib. Roma 12 giugno 2018, in *Foro it.*, 2018, 10, 1, 3291; Trib. Bergamo 28 febbraio 2018, n. 513, in *Dejure*; Trib. Napoli Nord 11 gennaio 2018, in *IlSocietario.it*; Trib. Napoli 24 luglio 2017 in *giustiziacivile.com*, con nota di M. Rubino De Ritis, *Sez. giur.* 19264; Trib. Nola 28 giugno 2017, *inedita*; Trib. Pescara 17 maggio 2017, in *Società*, 2017, 1082, con nota di M. Maltoni - M.S. Spolidoro *Revocatoria della scissione e direttiva europea*; Trib. Napoli Nord 24 Luglio 2017, in *GiustiziaCivile.com*; Trib. Roma 18 novembre 2016, *inedita*; Trib. di Roma 18 novembre 2016, in *giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Roma 16 agosto 2016, in *Riv. not.*, 2016, II, 932, con nota di A. Ruotolo - D. Boggiali, *(In)compatibilità fra scissione e azioni revocatorie*; Trib. Venezia 5 febbraio 2016, in *Società*, 2016, 503 con nota di S. Cassani; in *Fall.*, 2016, 491 con nota di P. Pototschnig (*Azione di revocatoria ordinaria promossa da un fallimento ex art. 66 l.fall.*); App. Napoli 17 ottobre 2015, n. 4080, *inedita* richiamata in A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2018, 225, 1; Trib. Avellino 11 dicembre 2015; Trib. Milano 9 luglio 2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Benevento 17 settembre 2012, in *il-caso.it*, *Sez. giur., doc.* 104497; Trib. Catania 9 maggio 2012, sent., in *Fall.*, 2013, 983, con nota di G. Milano, *La revocatoria fallimentare della scissione societaria*; Trib. Palermo 25 maggio 2012, in *Pluris*; Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2007, II, 250, con commento di D. Davigo, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di*

In realtà il tema non è la differenza *tra invalidità, opponibilità, nullità o inefficacia*⁴. La questione vera è a monte e cioè che non è possibile rendere invalida o *inopponibile* solo una parte dell'intera operazione, destrutturando il patrimonio sociale e lasciando “pezzi di effetti” sul terreno dopo la sua circolazione⁵. Ragionare diversamente vuol dire commettere un evidente errore *concettuale*⁶.

2. Circolazione ed attribuzione del patrimonio scisso

Il patrimonio sul piano generale costituisce il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi nella loro consistenza economica, comprensivo anche dei rapporti personali ed obbligatori, riferiti ad una certa persona fisica o giuridica⁷, pur non essendo

scissione societaria; Trib. Palermo 26 gennaio 2004 in *Fall.*, 2004, 819; Trib. Livorno 2 novembre 2003, in *Fall.*, 2004, 1138, con commento di F. Montaldo, *Scissione societaria e revocatoria fallimentare*).

⁴ Si è affermato che nullità e inopponibilità sono nozioni che possiedono contorni ben definiti sul piano degli effetti che ne derivano. Una operazione esecutiva di assorbimento nozionistico potrebbe essere svolta tra sanzioni che producano i medesimi effetti, ancorché possano caratterizzarsi sul piano soggettivo e della disciplina per farle valere, come nel caso delle nullità relative o di protezione e dell'annullabilità degli atti. L'impiego del termine inefficacia porterebbe con sé un profilo definitorio che può indurre ad un accostamento fuorviante all'invalidità dell'atto, perché in realtà il trasferimento della titolarità dei rapporti giuridici resta pieno e definitivo. Nelle caratteristiche degli effetti della “sanzione” approntata dall'ordinamento andrebbe quindi ravvisata la ineludibile differenza tra la nullità di un atto e l'inopponibilità dello stesso, la quale seconda si esprime in una soggezione di natura prettamente patrimoniale al soddisfacimento di determinate obbligazioni che non sarebbe altrimenti giustificata dall'assenza di una relazione giuridica tra i soggetti coinvolti (in tal senso P. Pototschnig, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperta per la tutela dei creditori?*, in *Fall.*, 2017, 56 ss.; ID., *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, *ivi*, 2018, 905).

⁵ E' possibile in linea di principio una scissione che assegni un singolo cespite ma è tanto marginale da essere una ipotesi di scuola (cfr al riguardo M. Centonze, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, 1 s.).

⁶ Sarebbe come affermare l'ammissibilità della revocatoria di un trasferimento di azienda lasciando tutti i debiti ed i rapporti giuridici trasferiti *ex artt.* 2558, 2560 e 2112 c.c., *ivi* comprese le obbligazioni accollate *ex lege*, al cessionario e scegliendo solo ciò che aggrada dal complesso di beni e rapporti oggetto di circolazione.

⁷ Cfr. F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per*

un centro di imputazione a sé stante, né una c.d. universalità di diritto⁸.

Il patrimonio assume il carattere *dell'unitarietà* solo con la morte del titolare (o appunto la scissione), quando si verifica il fenomeno della *successione universale* (o particolare nella scissione parziale) che riguarda non la somma dei rapporti ma un'unità complessiva. La sua caratteristica, come quella degli elementi costitutivi, è l'attitudine a soddisfare bisogni economici e ad essere suscettibile di valutazione come valore economico mediante negozi di scambio e come valore d'uso mediante la sua diretta utilizzazione⁹.

Ai nostri fini il patrimonio assume il senso di complesso di entità suscettibili di costituire oggetto non solo di posizioni giuridiche attive, come tali espropriabili al cospetto dell'inadempimento delle obbligazioni gravanti sulla società¹⁰ e dunque fina-

azioni, Milano, 2008, 23 s.

⁸ Quale è ad esempio l'eredità, anche se pure nel compendio ereditario possono nascere distinti patrimoni. Al riguardo si è osservato che si configura un'universalità di diritto solo nei casi in cui espressamente la legge stabilisce l'unità di un complesso di rapporti giuridici (F. Santoro Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 1989, 85). Viceversa il patrimonio può essere in senso lato considerato un'universalità di fatto.

⁹ G. Ferri jr., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 31, afferma che l'emersione di una dimensione dinamica in senso sostanziale in una nozione di patrimonio incentrata sul profilo della responsabilità si coglie nello stesso art. 2740 ed, in particolare, nel riferimento ai "beni futuri" che vengono equiparati ai "beni presenti", quanto all'operatività del meccanismo della responsabilità patrimoniale e della garanzia patrimoniale: la considerazione dei beni futuri, ed ancor più l'equiparazione degli stessi ai beni presenti, indicano che quello in questione è un nesso tendenzialmente permanente, cioè, in termini descrittivi, che il patrimonio è idoneo a durare, ossia a restare lo stesso pur nello scorrere del tempo.

¹⁰ Il patrimonio da questo versante limitato è stato definito come complesso dinamico (cioè internamente variabile) di situazioni giuridiche soggettive attive, aventi ad oggetto interessi giuridicamente rilevanti, unificati dal diritto secondo criteri determinati. Tale definizione è propria sia dei patrimoni dei soggetti di diritto, sia dei c.d. patrimoni separati. Nei primi rileva l'appartenenza ad un unico soggetto di diritto, nei secondi la destinazione allo scopo, quale elemento di unificazione (P. Iamiceli, *Unità e separazione di patrimoni*, Padova, 2003, 13 ss.). Nell'ambito dell'ordinamento in alcuni settori il rilievo della funzione di garanzia del patrimonio è maggiore e ciò tanto in relazione al momento esecutivo *quanto alla fase di assunzione dell'obbligazione*.

lizzate ad assicurare il soddisfacimento degli altrui diritti di credito¹¹, ma anche posizioni giuridiche passive, attuali e potenziali.

Il concetto di *patrimonium* va ricondotto a *pater*, unico soggetto al quale, in diritto romano, i beni potevano appartenere ed al quale dovevano ritornare in una sorta di espropriazione patriarcale di *pater familias* in *pater familias* “*quasi che ciò derivasse da una osmosi per diritto naturale*”¹².

Infatti il patrimonio nel nostro ordinamento, a differenza dei singoli elementi che lo costituiscono, *non può essere alienato con un singolo atto*, così come avveniva nel diritto romano classico mediante la *bonorum venditio* e l’aggiudicazione ad un singolo acquirente che era considerato successore universale *iure honorario* del debitore.

Le ipotesi in cui si parla di trasferimento del patrimonio nella sua interezza ed unità (*cessio bonorum*, usufrutto e vendita di eredità) involgono in realtà un fascio di alienazioni, aventi ciascuna per oggetto singoli beni come emerge dalla norma dettata in tema di vendita di eredità, secondo cui “*il venditore è tenuto a prestarsi agli atti che sono necessari da parte sua per rendere efficace, di fronte ai terzi, la trasmissione di ciascuno dei diritti compresi nell’eredità*” (art. 1453 c.c.)¹³.

Ciò trova conferma nella distinzione tra capitale sociale e patrimonio: è possibile trasferire l’intera partecipazione azionaria

¹¹ Il patrimonio in questo senso è tutto ciò che è oggetto di esecuzione (così lapidario F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 669). È stato individuato nella soddisfazione del creditore lo scopo preminente del patrimonio (L. Bigliazzi Geri, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998). Autorevole dottrina ha evidenziato che il riferimento alla dizione “suoi beni” di cui all’art. 2740, c.c., non è limitato alla nozione civilistica di proprietà...il concetto di patrimonio andrà precisato e riempito di contenuto facendo ricorso a tutti i dati che si desumono dalla disciplina (P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968).

¹² Ben presto si è identificato con i beni posseduti ed aggregati, sempre provenienti dal *pater* e menzionati come *pecunia* (E. Becchetti, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, 53). I romani definivano *extra patrimonium* le cose che non appartenevano ad alcuno e che tuttavia avrebbero potuto appartenere a qualcuno in virtù del valore economico di cui esse erano portatrici. Parallelamente qualificavano *res extra commercium* le cose che non appartenevano ad alcuno e che mai sarebbero potute appartenere ad alcuno in forza della loro destinazione.

¹³ Così G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell’azienda*, Torino, 1999, 132.

od elementi del patrimonio aventi valore oggettivo, ma non il patrimonio stesso, riferito necessariamente ad un soggetto di diritto.

Tale principio trova la sua eccezione proprio con riferimento alla scissione in cui, per consentire un'efficiente realizzazione dell'operazione di riorganizzazione societaria, e sulla base di una opzione di matrice comunitaria, "il legislatore ha elevato ad unità il complesso di beni e rapporti che integrano il patrimonio della società scissa o una parte di esso"¹⁴.

La scelta del legislatore europeo è stata quella di garantire la continuazione dei rapporti patrimoniali della società scissa avvalendosi degli stessi meccanismi utilizzati per la fusione cristallizzati all'art. 2501 bis, comma 1, c.c.: "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione"¹⁵. Non a caso la scissione è considerata da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza un fenomeno di tipo successorio a titolo universale (o particolare a seconda delle modalità di realizzazione)¹⁶.

¹⁴ G. Palmieri, *op. cit.*, 133, il quale rileva come l'introduzione nei vari ordinamenti europei dell'istituto è dipesa dalla necessità di fornire agli operatori un nuovo strumento giuridico di ristrutturazione degli strumenti delle imprese che consentisse una rapida e sicura riallocazione delle relative risorse patrimoniali, superando gli inadeguati schemi di diritto comune. Necessità resa ancora più pressante in mancanza di una disciplina del trasferimento d'azienda analoga a quella italiana.

¹⁵ È stato ricordato come si tratti di un modello di chiara matrice tedesca, in quanto riprende lo schema dell'*Übertragung des Vermögens*, presente in tale tradizione sin dalle codificazioni ottocentesche e richiamato dall'*UmwBerG* del 1994 (G. Palmieri, *op. cit.*, 133). Al riguardo F. Fimmanò, *La Fusione*, in *Trattato delle Società* a cura di G. Schiano di Pepe, Milano, 1999, in particolare 32 s.

¹⁶ Secondo l'impostazione tradizionale la scissione configurerebbe una successione da parte delle società beneficiarie nei rapporti giuridici facenti capo alla società scissa che, per effetto della scissione propria, si estingue (G. Oppo, *Fusione e scissione delle società secondo il d.leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 505; G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, 7, 2, Torino, 2004, 204; cfr. R. Dini, *Scissioni: strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008, 70). Nell'ambito del fenomeno successorio, vi sarebbe un effetto estintivo (nella scissione propria a favore di società preesistenti) oppure un effetto estintivo-costitutivo (nella scissione propria mediante costituzione di nuove società). Cass. 27 aprile 2001, n. 6143, in *Giur. comm.*, 2002, II, 173: nella scissione delle società si verifica una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti, come si evince,

Orbene senza voler, in questa sede, entrare nel noto dibattito¹⁷ quello che è certo è che l'istituto produce, ai nostri fini, *effetti sul patrimonio* della società scissa analoghi a quello della successione della persona fisica¹⁸. Lo spostamento patrimoniale a favore delle società beneficiarie (sia esso considerato un effetto ovvero uno strumento attuativo della scissione) produce comunque una forma di subentro nell'intero patrimonio o in quote dell'intero patrimonio attivo e passivo¹⁹. In ogni caso il fenomeno è oggettivamente caratterizzato dalla continuità dei rapporti e delle situazioni giuridiche dalla scissa alla beneficiaria, la quale subentra nella stessa posizione giuridica, prendendone

tra l'altro, dalla circostanza che nella scissione totalitaria si verifica la contemporanea e immediata estinzione della società originaria, con totale omissione della fase di liquidazione. In realtà intendiamo prescindere dalla esatta configurazione del fenomeno come una vera e propria successione a titolo universale o particolare.

¹⁷ Si è eccepito che nella scissione parziale non si verifica alcuna vicenda estintiva (neppure costitutiva ove la società già esista) e che il trasferimento del patrimonio è solo il mero strumento attuativo e non un effetto dell'operazione (Cfr. P. Lucarelli, *La scissione di società*, Torino, 1999, 88; E. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 199). L'istituto andrebbe inquadrato nell'ambito delle modificazioni del contratto sociale, dal momento che il risultato che si ottiene non è l'estinzione o la costituzione di società, ma un'evoluzione della struttura societaria attraverso una modifica statutaria (E. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 199; G. Bavetta, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 357). La società scissa non trasferirebbe alcunchè, limitandosi a riorganizzare l'articolazione e proseguire nelle società beneficiarie (P. Ferro-Luzzi, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1069; M. Irrera, voce *Scissione delle società*, in *Dig. It. Disc. Priv.*, sez. comm., XIII, Torino, 1996, 269; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in Trattato Colombo Portale, 6.1, *Modificazione statutarie. Recesso. Riduzione del capitale*, Torino, 1993, 23 s.; e post riforma F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 579). In realtà questa impostazione dottrinarica comunque non nega la compresenza in tali operazioni di effetti traslativi o circolatori.

¹⁸ Secondo una ulteriore impostazione la scissione totale, pur realizzando una scissione a titolo universale, può, al pari della scissione parziale, produrre un trasferimento a titolo particolare in presenza di una clausola del progetto di scissione che "consenta di ritenere una o più società partecipanti beneficiarie soltanto di beni atomisticamente considerati" (U. Belviso, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 524).

¹⁹ Sia esso un trasferimento patrimoniale o meno (nel senso del trasferimento cfr. A. Magrì, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1999, 11; A. Picciau, *Forme di scissione*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 1032).

il posto in relazione al bene ed al rapporto attivo e passivo assegnatole²⁰.

D'altra parte la scissione consiste nell'operazione con la quale una società assegna tutto o parte del proprio patrimonio ad altre società, *preesistenti* o di nuova costituzione, le quali contestualmente assegnano le proprie azioni o quote ai soci della società scissa. La *riduzione della garanzia* per i creditori è un effetto naturale dell'operazione *soltanto* per la società che resta direttamente debitrice, ed ogni altra forma di *depauperamento* è *meramente eventuale*, visto che il patrimonio delle società beneficiarie può essere persino *incrementato*, laddove non siano di nuova costituzione²¹. Peraltro come vedremo tra le passività patrimoniali potenziali ci sono proprio le obbligazioni potenziali derivanti dal sistema normativo.

3. La norma sull'invalidità della scissione

L'art. 2504 *quater*, comma 1, richiamato per la scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c., in base al quale “*eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione [scissione] non può più essere pronunciata*”, prevede, come noto, l'inammissibilità di tutti i rimedi diretti a invalidare l'operazione ed a garantire la c.d. irraggiungibilità dei suoi effetti.

La disposizione è stata introdotta in attuazione della *sesta direttiva* di armonizzazione del diritto societario²² che all'art. 19

²⁰ G. Oppo, *op. cit.*, 505: “*la successione nella totalità delle situazioni patrimoniali dell'ente è rilevante anche perché consente il trasferimento di posizioni altrimenti intrasmissibili...*”.

²¹ Si è anzi rilevato che, in linea di principio, l'esistenza di più condebitori rafforza la garanzia originaria in quanto offre la possibilità di escutere più patrimoni, tutti destinati peraltro all'esercizio dell'impresa e quindi astrattamente idonei ad essere incrementati (A.PACIELLO, *op.cit.*, 228).

²² Il D.Lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 attuò le direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE in materia di fusioni e scissioni societarie, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69 (cfr. F. Fimmanò, *L'armonizzazione comunitaria del diritto societario*, Napoli, 1991 16 s.), poi riformulata in occasione della riforma del diritto delle società con il citato D.Lgs. n. 6 del 2003. Direttiva abrogata dall'art. 166 della Dir. 14 giugno 2017, n. 1132 nella quale le norme sono stati sostituite, secondo la tavola di concordanza contenuta nell'Allegato IV della medesima.

regola le ipotesi di invalidità della scissione facendo espresso riferimento unicamente alla “nullità” (“*nullity*” nella versione in lingua inglese e “*nullités*” in quella in lingua francese) e ciò parrebbe confermare l’ambito di applicabilità della norma nazionale ai casi di nullità dell’operazione.

La Relazione allo Schema di legge delegata dà atto che il riferimento alla generica invalidità piuttosto che alla mera nullità sia stato specificamente voluto e che “*una volta che l’atto di fusione abbia prodotto i suoi effetti (...) esso diviene inattuabile*”. La stessa Relazione prosegue evidenziando le difficoltà che nascerebbero nel caso in cui si consentisse di invalidare l’operazione, e ciò in ordine sia alla suddivisione dei patrimoni, sia alla ricostituzione delle compagnie sociali, sia al coordinamento degli effetti e regole con le norme che disciplinano la nullità dell’atto costitutivo delle società.

Si tratta - dunque - di una norma di sistema²³ e la questione della sua natura eccezionale o meno è irrilevante ai nostri fini. Ogni interpretazione diretta ad escluderne l’applicazione a forme di nullità c.d. relative (inefficacia, inopponibilità, annullabilità, etc.), infatti, si scontra, per le ragioni dette, con una visione unitaria dell’ordinamento.

Il tema della revocabilità della scissione è stato oggetto di numerose pronunce di giudici di merito e molte di quelle che la affermano, sostengono, come visto, che lo strumento revocatorio non opera sul piano dell’invalidità dell’atto pregiudizievole bensì su quello della sua inefficacia relativa in quanto in virtù della dichiaratoria di inefficacia dell’atto il bene o il diritto, pur restando definitivamente acquisito al patrimonio del terzo, garantisce il credito di colui che abbia agito per la revocatoria (o, nel caso di revocatoria fallimentare, di tutti i creditori concorsuali), con preferenza anche rispetto ai creditori del terzo. La validità dell’atto da revocare sarebbe addirittura un presupposto visto che l’invalidità farebbe venir meno qualunque interesse a chiederne la inefficacia²⁴.

Ma se l’obiettivo del legislatore (italiano ed europeo) è quello di garantire la stabilità degli effetti della operazione societaria,

²³ F. Fimmanò, *Scissione e responsabilità “sussidiaria” per i debiti sociali non soddisfatti*, cit., 1379.

²⁴ T. Di Marcello, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 68.

appare logico dedurre che detti effetti non possano in nessun caso essere messi in discussione, vuoi con la dichiarazione di invalidità vuoi con la dichiarazione di inefficacia²⁵. Dai “*considerando*” della sesta direttiva di armonizzazione del diritto societario emerge in particolare che il legislatore europeo ha voluto dettare una disciplina di sistema delle “patologie” il cui scopo è quello di “*garantire la sicurezza giuridica delle relazioni sia fra le società partecipanti alla scissione che fra queste e i terzi nonché fra gli azionisti*”²⁶. Sulla questione si pronuncerà a breve la Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 267 T.F.U.E., competente in via pregiudiziale sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri²⁷, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per

²⁵ D. Davigo, *op. cit.*, 265 s.

²⁶ Cfr. ultimo considerando della direttiva del Consiglio 17 dicembre 1982 82/891/CE o direttiva sulle scissioni societarie.

²⁷ Nella fattispecie la questione pregiudiziale è stata posta da App. Napoli 20 marzo 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1754; in *Società*, 2018, 1411 con nota di P. Pototschnig; in *Giur. comm.*, 2019, II, con nota di F. Fimmanò, *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*; in *Giur. it.*, 2019, 113, con nota di M. Sarale, *Scissione e azione revocatoria: richiesto l'intervento della Corte di Giustizia*. La Corte - avvalendosi della facoltà, prevista dal par. 17 delle “Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2016/ C 439/01, in *G.U.* dell'Unione Europea 25 novembre 2016, punti 16 e 17), di indicare sinteticamente il proprio punto di vista sulle risposte da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte - ha espresso nell’ordinanza l’avviso che la finalità, espressa nell’ultimo “considerando” della Direttiva, “di garantire la sicurezza giuridica nelle relazioni sia fra le società partecipanti alla scissione che fra queste ed i terzi nonché fra gli azionisti abbia come inevitabile conseguenza che la nozione di nullità cui la Direttiva allude ricomprenda non solo i casi in cui gravi vizi attinenti il procedimento e l’atto di scissione determinino l’inefficacia - intesa come inettitudine alla produzione di effetti - in termini assoluti dell’atto medesimo, ma anche i casi in cui l’inefficacia di quest’ultimo assuma carattere relativo e non derivi dai suddetti vizi”. Evidenziano inoltre i giudici che questa impostazione consente l’effettiva salvaguardia della stabilità degli effetti della scissione nonché degli interessi di tutti gli *stakeholders* e dunque non solo dei creditori anteriori alla scissione, che possono comunque fruire dell’opposizione, ma anche dei soci e dei creditori delle società beneficiarie, che invece non potrebbero avvalersi, in caso di esperimento dell’azione revocatoria, di alcuno strumento di tutela degli investimenti fatti e dei crediti erogati. In verità M. Maltoni - M.S. Spolidoro, *op. loc. cit.*, 1091, hanno fatto riferimento alla opportunità nella fattispecie di un provvedimento di rimessione alla Corte di Giustizia.

emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione²⁸.

Si legge all'art. 19 della sesta Direttiva che *“le legislazioni degli Stati membri possono disciplinare il regime di nullità della scissione solo alle condizioni seguenti: a) la nullità dev'essere dichiarata con sentenza; b) una scissione efficace ai sensi dell'articolo 15 può essere dichiarata nulla solo se è mancato il controllo preventivo di legittimità, giudiziario o amministrativo, oppure l'atto pubblico, o se si è accertato che la deliberazione dell'assemblea generale è nulla o annullabile in virtù del diritto nazionale; c) l'azione di nullità non può essere proposta decorsi sei mesi dalla data alla quale la scissione è opponibile a chi vuol far valere la nullità oppure se la nullità è stata sanata”*. Il legislatore nazionale ha invece dettato in tema la sola disposizione dell'art. 2504 *quater* c.c., secondo cui *“eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione (scissione) a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione (scissione) non può essere pronunciata”*, così omettendo di richiamare le ipotesi previste nell'art. 19, lett. b).

Regola aurea del diritto delle società, anche nei confronti dei creditori involontari, è sanzionare l'abuso di un istituto senza impedire l'uso, altrimenti sarebbe come prevedere la responsabilità illimitata e generalizzata degli azionisti di società per azioni per prevenire il pericolo, noto sin dalla Compagnia olandese delle Indie orientali, del potenziale abuso della personalità giuridica²⁹.

²⁸ Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni invece non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

²⁹ Una certa giurisprudenza ha avuto modo di ricordare che l'evoluzione del diritto societario ha, tra i suoi capisaldi, la promozione del principio di conservazione degli atti giuridici della vita societaria, al fine di assicurare una maggiore certezza degli atti fondamentali delle società di capitale a tutela dei terzi operatori del mercato e dell'affidamento incolpevole di questi circa la solidità giuridica degli atti delle imprese organizzate in forma societaria. Questa è una necessità evidente *“dell'ordinamento al fine di consentire che le società di capitale possano contribuire allo sviluppo dell'economia, senza che coloro che interagiscono con esse debbano temere di vedere i propri interessi travolti da decisioni giurisdizionali, magari giunte dopo tempo, per ragioni rispetto alle quali gli stessi terzi sono estranei”*. Ed in questo senso viene ricordata la riduzione delle ipotesi di nullità degli atti statuari con l'introduzione delle nullità relative e sanabili; la riduzione delle ipotesi di annullamento delle delibere delle S.p.a. anche con la previsione di maggioranze; l'introduzione in diverse ipotesi di principi compensativi del danno,

La finalità della norma è quella di assicurare la stabilità dell'operazione ed in questa logica la diversità dei vizi sul piano qualitativo non può essere un modo per travolgere dopo l'iscrizione l'avvenuta assegnazione del patrimonio, su un piano diverso da quello meramente risarcitorio. A meno che non si voglia intendere che quest'ultima è la finalità dell'inefficacia prodotta dalla revocatoria³⁰.

4. La inefficacia dell'attribuzione patrimoniale verso i creditori

Anche altri ordinamenti europei hanno sancito il principio della *irregredibilità* della scissione in un contesto di norme di tutela dei creditori sociali anteriori e posteriori³¹.

Questo dato oggettivo non significherebbe, come visto, secondo una certa impostazione che, fermi restando gli effetti della scissione societaria, non possa essere riconosciuta ai creditori (e quindi al curatore fallimentare) la possibilità di esperire i mezzi di tutela generale di conservazione della garanzia patrimoniale, al sol fine, non di far venir meno il nuovo assetto societario, ma di aggredire i beni oggetto dell'operazione per il soddisfacimento di un credito precedente alla scissione.

al fine di tutelare vicende giuridiche già stabili e produttive di effetti verso terzi (Trib. Napoli, 26 novembre 2018 cit.).

³⁰ Si è rilevato che le due categorie dell'invalidità e dell'inefficacia potrebbero godere di una loro autonomia reciproca in vista dell'art. 2504 *quater* c.c. solo fintanto che l'operazione non sia stata completata (cioè con l'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese), mentre a partire da tale momento, l'impedimento posto dall'art. 2504 *quater* c.c. alla dichiarazione di invalidità della scissione precluderebbe anche la possibilità di ipotizzarne forme di inefficacia, ancorché relativa (D. Davigo, *op. cit.*, 266).

³¹ L'ordinamento spagnolo contempla un microsistema normativo a tutela dei creditori simile a quello dell'ordinamento italiano e prevede agli artt. 44, 47.1 e 80 LME, il diritto di opposizione, la responsabilità solidale della società beneficiaria e la tutela risarcitoria, Tant'è che il Tribunal Supremo ha avuto modo di sancire l'articolo 47 riguarda tutte le azioni dirette ad ottenere l'inefficacia della modificazione, e quindi non solo la nullità, ma anche la *rescisión concursal* (articolo 73.1 LC). In effetti, l'arte. 47.1 LME utilizza il termine "*impugnación*", che è più ampio della nullità, per coprire qualsiasi azione diretta a invalidare la *modificación estructural* una volta iscritta nel registro di commercio (Tribunal Supremo 21 novembre 2016, n. 682 in *supremo.vlex.es/vid/655134557*; in *La Ley mercantil*, n. 31, 2016, 6 e ss.).

La revocatoria non darebbe luogo ad un'invalidità dell'operazione o ad una caducazione dei suoi effetti, ma alla sola *ridefinizione dei rapporti creditorii* che fanno capo alle società rinvenienti dalla scissione. Sul piano strettamente giuridico, secondo questa parte della giurisprudenza, la scissione si presenterebbe come una fattispecie a formazione progressiva nel cui ambito sono compiuti due negozi giuridici autonomi e collegati: il primo diretto alla modifica dell'atto costitutivo della società che è riferibile giuridicamente ai soci; il secondo, che è propriamente un atto di gestione della società, rappresentato dall'atto di "*assegnazione degli elementi patrimoniali alla 'società beneficiaria'*". E quest'ultimo negozio quale atto di modifica della situazione patrimoniale della società sarebbe riconducibile nel novero degli atti a titolo gratuito.

Invero non v'è dubbio che la scissione realizzi con *il medesimo atto* sia effetti riorganizzativi che patrimoniali, ma tale distinzione, che la giurisprudenza evoca, con *una certa efficacia suggestiva*, è ai nostri fini *tam quam non esset*. Si tratta di una fattispecie che incide sugli aspetti organizzativi e statutari dei soggetti coinvolti ed anche sugli aspetti patrimoniali degli stessi, dando luogo a mutamenti nella titolarità soggettiva³² di posizioni giuridiche *tanto attive quanto passive*. La vicenda dei beni appare come il riflesso reale della operazione ed è del tutto inutile ricorrere al concetto di *trasferimento patrimoniale*.³³ L'art. 2506 c.c. non prevede più come era disposto dal precedente art. 2504 *septies* c.c., che la scissione si attua mediante "*trasferimento*" di elementi patrimoniali della società scissa alle società beneficiarie ma precisa che l'operazione si svolge mediante *l'assegnazione di tali elementi patrimoniali*³⁴. L'art. 2901 c.c. regola il

³² Trib. Roma 16 agosto 2016, cit. G. Campobasso, *Diritto commerciale-Diritto delle società* 2, Milano, 2009, VII ed., 664. Al riguardo cfr. pure G. Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 108; L. Lucchetti, *L'operazione di scissione tra tutela dei creditori e certezza dei traffici giuridici*, in *Dir. fall.*, 2018, II, 184; A. Bertolotti, *Della scissione delle società*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2015, 86 ss.

³³ Cass., SS.UU., 15 novembre 2016, n. 23225, in *Notariato*, 2017, 159, con commento di F. Magliulo, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo? La Suprema Corte, pur non chiamata a pronunciarsi in relazione a tale profilo, rileva che: "la scissione, consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l'assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie traslativa"*.

³⁴ Nei lavori preparatori della riforma è previsto espressamente che "*da un*

conflitto tra creditori dell'alienante e dell'acquirente dell'atto a titolo oneroso, tutelando sempre i creditori del dante causa che subiscono un pregiudizio dalla commissione dell'atto illecito compiuto consapevolmente in loro danno sino a colpire anche i terzi acquirenti che siano in mala fede.

Nel nostro ordinamento il negozio a titolo gratuito è quello fonte di un'attribuzione patrimoniale esclusivamente per l'imprenditore. Il negozio a titolo oneroso, invece, si profila quale atto che è fonte di attribuzioni patrimoniali sia per l'imprenditore sia per la controparte. Il legislatore detta un criterio di soluzione del conflitto tra ceto creditorio e beneficiario dell'atto dispositivo compiuto dall'imprenditore tutelando esclusivamente i creditori i quali *certant de damno vitando* rispetto al beneficiario dell'atto che *certat de lucro captando*.

Orbene, l'atto di assegnazione della scissione determinando *un frazionamento, una divisione* e comunque una circolazione *patrimoniale*, comprendente non solo attività ma *passività* (almeno in astratto ed in generale *equivalenti*), quindi diritti ed obbligazioni, non è atto a titolo gratuito perché - a fronte dell'attribuzione di valori attivi - vengono *assegnate* le *obbligazioni* riguardanti *le componenti passive del patrimonio*³⁵. Tant'è che è considerata discutibile la scissione societaria *c.d. negativa*³⁶ e la

punto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di "assegnazione" e non di "trasferimento". Ciò anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)" (cfr. in Aa. Vv., La riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali, a cura di M. Vietti - F. Auletta - G. Lo Cascio - U. Tombari - A. Zoppini, Milano, 2006, 262 s.). La dottrina più autorevole sull'argomento ha affermato che la modifica apportata al testo ha un valore puramente lessicale e che, anche se consente di spingere verso la tesi della natura semplicemente organizzativa e non traslativa della scissione (G.B Portale, Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali, in Riv. dir. priv., 2002, 718). In tema Cfr. Cass., SS.UU., 8 febbraio 2006, n. 2637, in Giur. it., 2007, 2, 414; Cass. 19 maggio 2016, n. 10332.

³⁵ Non si può neppure ragionare in termini di gratuità e onerosità perché l'atto di disposizione non c'è, essendo individuabile solo come un effetto della scissione (C. Angelici, *op. cit.*, 124).

³⁶ Per la giurisprudenza nel caso di scissione, qualora il valore reale del patrimonio attribuito alla società neo-costituita sia negativo, si realizza un'ipotesi di scissione cosiddetta negativa, da ritenersi non consentita, in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e, conseguentemente, non potrebbe aversi una distribuzione di azioni. Ne consegue che, in tale evenienza, si producono gli effetti

revocatoria delle sole componenti patrimoniali attive si tradurrebbe appunto in una scissione negativa addirittura *ex post*³⁷. Affermare come fa una parte della giurisprudenza quindi che “*la c.d. irregredibilità degli effetti della scissione vale solo per quanto riguarda gli effetti di riorganizzazione delle società interessate alla scissione, ma non anche agli effetti meramente patrimoniali*”, sul piano descrittivo può anche essere suggestivo, ma resta inutile ai fini della relativa declaratoria.

E si badi bene che nell'attribuzione patrimoniale sono da ritenersi comprese *le obbligazioni* nascenti *ex artt. 2506 bis*, comma 3, e *2506 quater*, comma 3, c.c., derivanti dalla eventuale responsabilità sussidiaria³⁸. Quest'ultima norma sancisce, infatti, che ogni società è responsabile in solido dei debiti della società scissa non pagati dalla società cui fanno carico³⁹, *entro il perimetro del valore effettivo del patrimonio netto a essa assegnato*

previsti dall'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e, pertanto, l'insolvenza della società scissa e della società beneficiaria deve essere valutata separatamente, avuto riguardo agli elementi attivi e passivi del patrimonio di ciascuna società e tenendo presenti i limiti di responsabilità in relazione rispettivamente alle obbligazioni transitate nel patrimonio della società beneficiaria e alle obbligazioni rimaste nel patrimonio della società scissa (Cass. 20 novembre 2013, n. 26043, in *Società*, 2014, 661 con nota di C. Di Bitonto; in *Giur. it.*, 2014, 1415, con nota di M. Cavanna; altresì in tema Cass., 7 marzo 2016, n. 4455, in *Giur. comm.*, 2016, II, 971).

³⁷ Tant'è che si è ritenuto di dover tutt'al più circoscrivere l'indagine alle sole fattispecie ove la disarticolazione del patrimonio della scissa possa - almeno in astratto - determinare le condizioni di revocatoria verso le beneficiarie (A.PACIELLO, *op.cit.*, 229).

³⁸ La Cassazione esclude, sul piano generale, che la norma civilistica configuri la specie del beneficio di escussione, osservando che, nei casi in cui viene ammesso, tale beneficio è sempre riferito al patrimonio o al debitore da sottoporre a esecuzione forzata, mentre l'art. 2506 *quater*, comma 2, c.c., pone unicamente l'accento sulla mancata soddisfazione dei crediti. Di qui l'immediata conclusione che la stessa norma evochi piuttosto il c.d. *beneficium ordinis*, essendo sufficiente a integrare la specie del difetto di soddisfazione del credito non già la compiuta preventiva escussione del debitore principale (cioè la società assegnataria del passivo), ma solo la sua messa in mora (Cass. 7 marzo 2016, n. 4455, con nota di M. Cavanna, *La responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione per i debiti non soddisfatti dall'assegnataria, tra beneficium ordinis e beneficium excussionis*, in *Giur. comm.*, 2018, 74 s.).

³⁹ F. Fimmanò, *Scissione e responsabilità sussidiaria*, cit., 1380. Come ha più volte rilevato la suprema Corte l'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c., va interpretato nel senso che la società scissa risponde in via solidale, unitamente alla società di nuova costituzione, beneficiaria di una parte del patrimonio originario, del debito a quest'ultima trasferito o mantenuto. Tali debitorici solidali, peraltro, sono tenute con modalità diverse: da un lato, infatti, la responsabilità della società scissa, presupponendo che il credito da far valere sia rimasto insoddisfatto, postula solo la previa costituzione in mora della società beneficiaria (c.d. “*beneficium ordinis*”),

o *trattenuto*⁴⁰. La stessa limitazione riguardo alle beneficiarie vale a norma dell'art. 2506 *bis* c.c. laddove la destinazione degli elementi del passivo, semmai sopravvenuti, non si desuma affatto dal progetto⁴¹. E, ancora, l'attribuzione patrimoniale da scissione comporta *ex art.* 173, comma 13, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, la responsabilità solidale e illimitata della società beneficiaria per i debiti tributari riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione di scissione parziale ha effetto. Inoltre *ex art.* 15, comma 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472⁴², sussiste la responsabilità solidale di ciascuna società beneficiaria per le somme dovute a titolo di sanzione per le violazioni commesse anteriormente alla detta data.

Oltre alle passività descritte nel progetto, nel patrimonio sono dunque comprese tutte le *potenziali* obbligazioni solidali, sussidiarie, illimitate e risarcitorie⁴³.

Seguendo pure la logica di una certa giurisprudenza, sulla distinzione tra modificazione statutaria *riorganizzativa* e atto di

non anche la sua preventiva escussione; dall'altro, esclusivamente la società cui il debito è trasferito o mantenuto risponde dell'intero debito, mentre la società scissa risponde nei limiti della quota di patrimonio netto rimastale al momento della scissione e, dunque, disponibile per il soddisfacimento dei creditori, atteso che la suddetta disposizione tende a mantenere integre le garanzie dei creditori sociali per l'ipotesi di scissione, non anche ad accrescerle (Cass. 7 marzo 2016, n. 4455, in *Fall.*, 2017, 47 s.; in *Giur. it.*, 2016, 1136 con nota di A. Bertolotti, *Ancora sui debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*). La giurisprudenza ha ribadito che la limitazione della responsabilità della società beneficiaria, destinataria solo di parte del patrimonio della società scissa, va riferita non al "valore contabile" del patrimonio trasferito, ma al "valore effettivo" di tale patrimonio, come espressamente indicato nell'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. (Cass. 7 marzo 2016, n. 4455, cit.; App. Milano 23 luglio 2013, in *Società.*, 2013, 1253).

⁴⁰ È prassi far coincidere il valore effettivo del patrimonio netto in sede di scissione con il patrimonio netto contabile della beneficiaria. In realtà questa discutibile prassi non è in grado di garantire l'indifferenza dei creditori rispetto alla scissione (al riguardo cfr. D. Rossi, *Il valore effettivo del patrimonio netto in sede di scissione*, in *Società.*, 2017, 331). In tema cfr. pure Trib. Milano 22 luglio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, 410, con nota di G. Grosso, *La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione*.

⁴¹ Cfr. Trib. Torino, Sez. VIII, 21 luglio 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1, 121.

⁴² Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'art. 3, comma 133, L. 23 dicembre 1996, n. 662.

⁴³ Trib. Roma 12 giugno 2018, cit., afferma che va dichiarato privo di effetti ai sensi dell'art. 64 l.fall., limitatamente alle sue componenti patrimoniali, l'atto dispositivo in cui si concretizza la scissione parziale, con attribuzione alla scissa solo si elementi patrimoniali attivi, posta in essere dalla società fallita nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento. Ma come visto anche in questo caso il patrimonio comprende le responsabilità previste dal sistema.

attribuzione *traslativo*, come si trattasse di un *trust* (in cui va distinto l'atto *pianificatorio* da quello dispositivo ai fini della revocatoria⁴⁴), sarebbe *assurdo* revocare solo i valori attivi e non quelli passivi, comprensivi delle latenti obbligazioni *ex lege* descritte. Nel caso, ad esempio, di un immobile attribuito con un mutuo ipotecario e trasferito ad una beneficiaria in una scissione parziale, non si può certo immaginare di revocare il trasferimento del solo cespite lasciando alla beneficiaria il debito, la responsabilità sussidiaria *ex lege* nei limiti del valore effettivo del patrimonio assegnato e la responsabilità illimitata per i creditori fiscali. Avremmo in questo modo una sorta di *inammissibile revocatoria on demand*. Quindi tenere concettualmente distinti, ai nostri fini, modificazione societaria da attribuzione patrimoniale non ha senso, né ha senso interrogarsi, a questi stessi fini, sulla natura *traslativa* o *riorganizzativa* della scissione, perché revocare l'attribuzione patrimoniale comporterebbe la revocatoria di tutte le situazioni attive e passive trasferite. Tale revocatoria dell'attribuzione dell'intero patrimonio di una società beneficiaria di nuova costituzione lascerebbe così una persona giuridica senza patrimonio e senza capitale sociale, con potenziali creditori della stessa, successivi alla scissione, che avrebbero fatto affidamento su un patrimonio rivelatosi inesistente *ex post*. E tutto ciò è da ritenersi inammissibile.

5. La ratio del sistema concepito dal legislatore

Il legislatore, nella consapevolezza di quanto sinora rappresentato, ha concepito un vero e *proprio micro-sistema* “*tipico ed autosufficiente*” che non si esaurisce nel diritto di opposizione dei creditori e nei modelli di responsabilità sussidiaria, limitata al valore effettivo del patrimonio netto, ma che contempla una

⁴⁴ La Suprema Corte pronunciandosi su una fattispecie in cui c'erano un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo, ha optato per la revocabilità del secondo affermando che “l'accertamento degli elementi e dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita definitiva del bene, quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà, e non anche al contratto preliminare” (Cass. 16 gennaio 1992 n. 500). In tema cfr. F. Fimmanò, *Patrimoni destinati*, cit., 215 s.; Id., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fall.*, 2005, 1106.

speciale disciplina per i creditori *c.d. involontari* ossia quelli fiscali (e da *torts*) e, sullo sfondo, una responsabilità risarcitoria sostitutiva della tutela reale a seguito dell'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese.

Tra questi strumenti, infatti, svolge un ruolo di chiusura del sistema la *responsabilità risarcitoria* prevista dalla medesima norma sulla *irregredibilità*⁴⁵ che può essere fatta valere anche e soprattutto dai creditori insoddisfatti (e dal curatore fallimentare) e che ha gli stessi termini di prescrizione della revocatoria e analoghi strumenti di tutela cautelare della garanzia patrimoniale.

Si è correttamente rilevato in giurisprudenza che le disposizioni normative tuttavia non esauriscono le garanzie al solo strumento, che “*potremmo definire di tutela in forma specifica, dell'opposizione alla scissione/fusione, perché venuta meno la ragione temporale per una tutela idonea a travolgere l'atto di fusione e scissione, esistono forme di ristoro a carattere patrimoniale che attingono ai principi della responsabilità civile e della garanzia generale del credito*”.

Non bisogna commettere insomma l'errore di analizzare i singoli strumenti di tutela ma occorre guardare al complessivo funzionamento *delle tutele* che non vanno mai viste separatamente per confutare l'assetto complessivo.

Una parte della dottrina ha infatti negato l'ammissibilità di una tutela in via revocatoria dei creditori sul presupposto che gli stessi troverebbero già una tutela *equivalente* nel diritto di *opposizione* alla loro costituzione. In realtà l'istituto dell'opposizione, a prescindere dall'astratta qualificazione, è effettivamente utilizzato all'interno del sistema delle società di capitali in tutti i casi nei quali queste intendano porre in essere atti che si concretizzino in una *potenziale lesione della consistenza patrimoniale preesistente* ed in una modifica della responsabilità delle

⁴⁵ Art. 2504 *quater* c.c., richiamato dall'art. 2506 *ter* comma 5 c.c., e dall'art. 2500 *bis* c.c. Al riguardo cfr. anche Trib. Roma 11 gennaio 2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1050, che ha affermato l'irrevocabilità di una scissione in senso proprio (e non parziale) seguita da un distinto ed autonomo atto di fusione per incorporazione della beneficiaria di nuova costituzione in una società preesistente, nei confronti della quale la società per azioni scissa era debitrice. La curatela del fallimento di quest'ultima aveva richiesto la revoca *ex art. 67, comma 1, n. 2, l.fall.*, qualificando l'operazione come pagamento compiuto con mezzi anormali, dimenticando tuttavia di impugnare oltre alla scissione la separata fusione per incorporazione che aveva realizzato la complessiva fattispecie acquisitiva.

obbligazioni contratte ed esistenti al momento della deliberazione. Ma in realtà v'è innanzitutto una sostanziale differenza tra i due strumenti di tutela nel fatto che l'opposizione tende a rendere inopponibile *ex ante* il compimento dell'atto pregiudizievole mentre la revocatoria lo rende inefficace *ex post*. Né può condividersi l'approccio di chi rileva che i vizi considerati dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c., ai fini dell'invalidità della scissione, sarebbero quelli relativi alla deliberazione ed al procedimento, per cui rimarrebbe possibile l'azione revocatoria in quanto limitata a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società convenuta e non a cancellare la complessiva operazione⁴⁶. Non v'è pertanto alcun rapporto che determini *preclusioni in astratto* tra azione revocatoria e di rito di opposizione⁴⁷.

Con riferimento alla *revocatoria ordinaria* si è correttamente osservato che all'opposizione va quanto meno attribuito “*un carattere di specialità non assorbente*” rispetto all'*actio pauliana* avente carattere generale, e quindi si deve ritenere che il creditore abbia diritto a ricorrere alla disciplina generale oltre che a quella speciale, in considerazione del fatto che le *restrizioni della tutela dei creditori non “sono giustificabili ove non siano espressamente previste”* specie quando l'esercizio di alcune di esse si presenta particolarmente oneroso⁴⁸. In altri termini, anche

⁴⁶ T. Di Marcello, *op. cit.*, 68, che condivide l'assunto del Trib. Palermo 26 gennaio 2004, in *Dir. fall.*, 2006, II, secondo cui la possibilità di revocare la scissione ne presuppone la validità, giacché la nullità e l'annullamento renderebbero addirittura superflua la domanda tesa ad ottenere la dichiarazione di inefficacia relativa.

⁴⁷ Come ha correttamente affermato una certa giurisprudenza, la quale tuttavia ha poi optato per la revocabilità sulla base di una errata interpretazione degli effetti costitutivi della pubblicità commerciale (Trib. Palermo 26 gennaio 2004 cit., in T. Di Marcello, *op. cit.*, 64). Il tribunale, con un'ordinanza pronunciata in sede reclamo contro un provvedimento di sequestro giudiziario, afferma l'esperibilità della revocatoria partendo dal presupposto che “al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di scissione...la società figlia già esiste. D'altra parte, non si vede come potrebbe configurarsi il conferimento di un patrimonio ad un soggetto che non esiste. Correttamente quindi il provvedimento impugnato afferma che l'attribuzione del patrimonio è momento logicamente successivo all'esistenza del soggetto giuridico beneficiario”.

⁴⁸ Si è evidenziato che *l'eventus damni* rilevante ai fini della revocatoria ordinaria non può essere limitato alla sola riduzione quantitativa della garanzia patrimoniale, ma può consistere anche nella sola maggiore difficoltà della riscossione del credito di modo che possa costituire pregiudizio alle ragioni del creditore rilevante agli effetti della domanda revocatoria anche la sottoposizione delle ragioni

ammettendo che la responsabilità solidale prevista dalla legge fosse idonea a garantire la piena soddisfazione del creditore, ciò non toglierebbe che la maggiore difficoltà di riscossione del credito derivante dalla necessità di agire contro soggetti diversi dall'originario creditore comporti di per sé un pregiudizio contro cui il creditore può tutelarsi mediante l'azione revocatoria.

È evidente, tuttavia, che - là dove il creditore sociale anteriore avesse esperito il rimedio dell'opposizione- a quello specifico creditore *sarebbe in linea generale preclusa l'azione ex art. 2901 c.c.*, in quanto assorbita o comunque per carenza dell'interesse ad agire. Si tratta dunque di un rimedio che si affianca e non sostituisce i mezzi generali di conservazione della garanzia patrimoniale, essendo preordinato come questi a paralizzare rispetto alle ragioni dei creditori, gli effetti di atti dispositivi del patrimonio del debitore per altri versi non censurabili. Sebbene il diritto di opposizione venga riconosciuto in funzione del possibile pregiudizio alla garanzia generica del creditore, non si esclude che detto strumento possa essere utilizzato anche per far valere *vizi genetici* della delibera o della costituzione, in quanto l'oggetto della opposizione è distinto (e più ampio) di quello della revocatoria. Inoltre, se pure a fondamento del diritto di opposizione vi fosse il solo elemento oggettivo dato dal pregiudizio attuale o potenziale derivante dalla scissione, nondimeno l'esercizio di una azione revocatoria ordinaria richiederebbe un requisito ordinario ulteriore, vale a dire quello psicologico della consapevolezza di arrecare un pregiudizio. Infine, il diritto di opposizione non può che essere esercitato dai soli *creditori sociali anteriori* alla scissione, mentre l'azione revocatoria ordinaria spetterebbe anche ai *creditori posteriori* delle società risultanti a seguito dell'operazione.

Quanto alla revocatoria fallimentare, questa non si sovrapporrebbe affatto all'opposizione sia per i diversi presupposti delle due azioni, sia per la terzietà del curatore fallimentare non solo rispetto al fallito, ma anche rispetto ai creditori *uti singuli* nell'esercizio di questa azione. L'opposizione è posta a presidio delle singole posizioni creditorie e presuppone una lesione o almeno un pericolo di lesione della garanzia patrimoniale del debitore rispetto ad un determinato creditore; l'azione revocatoria,

del creditore al *beneficium ordinis*, o, addirittura, al molto oneroso *beneficium excussionis* che la legge pone a favore della società assegnataria dei beni (Trib. Benevento 17 settembre 2012, cit.).

invece, è posta a presidio della massa fallimentare ed è esercitata dal curatore *terzo* sul presupposto di un atto di cui si assuma la lesione della *par condicio creditorum*. E, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni⁴⁹, anche l'art. 67 *bis*, l.fall., dettato in tema di revocatoria dei *patrimoni destinati a specifici affari* (per alcuni versi assimilabile al caso di cui si discute, anche se l'istituto *ex art. 2447 bis*, lett. a), c.c., comporta solo una separazione delle masse) avvalora anziché smentire la lettura in chiave *antindennitaria* dell'intero sistema delle revocatorie⁵⁰. La funzione della revocatoria viene invece meno laddove la legge eccezionalmente crea, in capo all'acquirente, una posizione obbligatoria o comunque di garanzia, nei confronti del creditore del dante causa, in particolare per la medesima ragione di credito. Si pensi ad esempio alla responsabilità *ex art. 2560 c.c.*, nel trasferimento d'azienda⁵¹.

La preclusione all'esercizio della revocatoria della scissione non deriva dunque dall'esistenza del diritto di opposizione dei creditori ma, come detto, dal particolare microsistema a tutela dei creditori, contemplato dal legislatore sulla base della direttiva comunitaria (strutturato, su tre diversi livelli) e che soddisfa, solo se visto complessivamente, anche le *residuali esigenze*

⁴⁹ S. Bonfatti - P. F. Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 60, n. 4, secondo cui la norma determinerebbe un chiaro recupero della concezione indennitaria. G. Romano, *Commento all'art. 67 bis.*, in Santangeli (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 302, il quale ricollega la previsione normativa alle ipotesi in cui si verifica la responsabilità illimitata della società per obbligazioni da fatto illecito, mancata menzione del vincolo o determinazione convenzionale della deliberazione istitutiva del patrimonio destinato.

⁵⁰ Sulla funzione distributiva e non indennitaria della revocatoria si è pronunciata, a seguito della riforma, la Suprema Corte, a sezioni unite, evidenziando che il sistema normativo è rimasto inalterato in quanto il D.L. n. 35 del 2005 ha limitato l'ambito di applicazione della revocatoria, ma lo ha fatto semplicemente dettando talune eccezioni alla regola generale (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028 e subito dopo Cass. 25 agosto 2006, n. 18550, con nota di Guerrieri, *Le sezioni unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la...mette in crisi*).

⁵¹ M. Maltoni - M. S. Spolidoro, *op. cit.*, 1097, secondo cui: "Anche concettualmente accordare l'azione revocatoria ordinaria non sembra razionale: potrebbe mai un creditore agire con la revocatoria per espropriare un bene che può comunque aggredire perché già appartiene al suo debitore?".

della revocatoria. A ben riflettere è infatti la stessa legge a considerare *ex ante* potenzialmente inefficace per tutti i creditori coinvolti l'assegnazione del netto positivo.⁵²

L'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. rende, anche sul piano funzionale, ultronea la declaratoria di inefficacia⁵³. La disposizione, infatti, sancisce che “*ciascuna società è solidalmente responsabile nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*”. Per l'effetto là dove i creditori della società fallita, o comunque incapiente a seguito dell'escussione, fossero stati pregiudicati per effetto della scissione nella garanzia del loro credito da un incongruo trasferimento di attività e passività o da un mancato conguaglio, potrebbero agire nei confronti delle società beneficiarie nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto e quindi nei limiti dell'*effettivo pregiudizio*⁵⁴.

Il tutto senza dimenticare che il comma 3, dell'art. 2506 *bis* c.c., prevede che degli elementi del passivo, la cui destinazione *non è desumibile dal progetto*, rispondono in solido, le società interessate sempre nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria⁵⁵. E' ciò avviene senza alcun limite per *i creditori fiscali* in base all'orientamento

⁵²Tale netto pur fuoriuscito dal patrimonio resta disponibile per la soddisfazione dei creditori precedenti, rappresentando in termini figurativi una sorta di revocatoria ordinaria implicita (così anche A.PACIELLO, *op.cit.*, 241).

⁵³ Trib. Livorno 2 settembre 2003, cit., arriva a sostenere che stante la solidarietà per i debiti della società oggetto di scissione (art. 2506 *quater*, ultimo comma, già art. 2504 *decies* ultimo comma, c.c.) nel caso di successivo fallimento della società scissa, il curatore può ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'atto relativamente ai creditori del fallimento.

⁵⁴ La Suprema Corte ha infatti affermato che in caso di scissione di una società sussiste la responsabilità solidale, per il debito della medesima, di tutte le società beneficiarie della scissione, sia preesistenti che di nuova costituzione, ma, mentre la società, a cui secondo il progetto di scissione il debito fa carico risponde illimitatamente, le altre società rispondono nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito o rimasto, e solo in via sussidiaria, ove la società preventivamente escussa non abbia adempiuto (Cass. 28 novembre 2001, n. 15088, in *Società*, 2002, 1377 s.).

⁵⁵ Una certa giurisprudenza ha affermato che la responsabilità solidale non escluderebbe il pericolo del mancato recupero del credito da parte dei creditori della società scissa, perché la responsabilità della beneficiaria è *sussidiaria e parziale*, e l'azione revocatoria può presentarsi come strumentale all'attuazione della detta responsabilità sussidiaria (Trib Nola 28 giugno 2017, inedita, 13).

consolidato della Cassazione. La Suprema Corte ha, infatti, affermato negli ultimi anni che la responsabilità per i debiti fiscali relativi a periodi d'imposta anteriori l'operazione di scissione parziale, è disciplinata dall'art. 173, comma 13, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 mediante aggiunta di un elemento specializzante rispetto alla omologa responsabilità riguardante le obbligazioni civili. E ciò nel senso che, fermi gli obblighi erariali in capo alla scissa e alla designata, la disposizione stabilisce che per i debiti fiscali rispondono non solo solidalmente ma altresì illimitatamente tutte le società partecipanti all'operazione, salvo, sempre, il diritto di esercitare il regresso nei confronti degli altri coobbligati⁵⁶. Impostazione ora avallata dalla Consulta⁵⁷ secondo cui “quanto ai debiti tributari, il regime della solidarietà tra tutte le società beneficiarie unitamente alla società scissa - vuoi che la scissione sia totale, vuoi che sia parziale - è illimitato e senza beneficium excussionis”⁵⁸. Ciò secondo la Consulta sarebbe previsto “espressamente dall'art. 15, comma 2, D.Lgs. n. 472/1997: per il pagamento delle somme dovute dalla società originaria per violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto, sono tenute in solido tutte le società, quella originaria e quelle beneficiarie risultanti

⁵⁶ Cass. 24 giugno 2015, n. 13059, in *www.ilcaso.it*; in *Notariato*, 2015, 5, 544; in *Fisco*, 2015, 28, 2797; Cass. 29 novembre 2016, n. 24207; Cass. 16 novembre 2016, n. 23342, in *dirittobancario.it*, 2017, con nota di R. Scalia, *Sulla responsabilità delle beneficiarie di una scissione parziale*; in *rivistadirittotributario.it*, 2016 con nota di G. Franson, *Fiscalismo, cultura del sospetto, asistematicità ed obliterazione delle garanzie costituzionali nella giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di esecuzione nei confronti dei co-obbligati*.

⁵⁷ Corte cost. 26 aprile 2018, n. 90, in corso di pubblicazione in *Società* con nota di F. Fimmanò, *La Consulta introduce la “supersolidarietà” tributaria nella scissione*.

⁵⁸ La Cassazione esclude, sul piano generale, che la norma civilistica configuri la specie del beneficio di escussione, osservando che, nei casi in cui viene ammesso, tale beneficio è sempre riferito al patrimonio o al debitore da sottoporre a esecuzione forzata, mentre l'art. 2506 *quater*, comma 2 pone unicamente l'accento sulla mancata soddisfazione dei crediti. Di qui l'immediata conclusione che la stessa norma evoca piuttosto il c.d. *beneficium ordinis*, essendo sufficiente a integrare la specie del difetto di soddisfazione del credito non già la compiuta preventiva escussione del debitore principale (cioè la società assegnataria del passivo), ma solo la sua messa in mora (Cass. 7 marzo 2016 n. 4455, con nota di M. Cavanna, *La responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione per i debiti non soddisfatti dall'assegnataria, tra beneficium ordinis e beneficium excussionis*, in *Giur. comm.*, 2018, 74 s.).

dalla scissione se di nuova costituzione o coinvolte dalla scissione, se preesistenti ed assegnatarie, in tutto o in parte, del patrimonio della società scissa”.

L'impostazione - pur opinabile a nostro avviso - rafforza comunque *l'hortus conclusus* degli strumenti di tutela dei creditori⁵⁹.

In realtà la scissione - forse a causa della sua stessa denominazione che evoca una segregazione depauperativa del patrimonio - è oggetto spesso di *pregiudizi*, anche in sede penale dove si assiste talora alla automatica ed errata equiparazione dell'operazione ad una *distrazione* in senso tecnico, dimenticando ancora una volta che l'attribuzione del patrimonio è in linea astratta *una attribuzione di attività e passività* di valore proporzionale. Invero si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva di cui si può fare legittimamente uso, *“ossia di una situazione di cui si è titolari e che si estrinseca in diritti o poteri o facoltà. Se non c'è questa posizione attiva non c'è abuso, c'è fatto illecito”*⁶⁰.

Le patologie non vanno individuate nella operazione in sé ma negli eventuali illeciti che l'accompagnano. Ad esempio, può prestarsi a *finalità depauperative o fraudolente* molto meglio il trasferimento o lo “scorporo” di un'azienda o di un ramo di azienda considerato che le norme prevedono l'accollo cumulativo *ex lege* dei soli debiti risultati dalle scritture contabili, fatta eccezione per i debiti da lavoro, e che i debiti tributari hanno

⁵⁹ Appare chiaro innanzitutto che nella scissione parziale soggetto passivo principale degli obblighi fiscali non può che essere la scissa e che ogni qualsivoglia altra responsabilità è di tipo *sussidiario*. In realtà il comma 13, parte III limita espressamente la responsabilità alle sole società beneficiarie di una scissione totale, rilevando che “altre società beneficiarie” siano appunto le sole beneficiarie “altre” rispetto alle “beneficiarie designate”, ovvero le sole “beneficiarie” menzionate nella precedente parte del comma 13 (quelle di una scissione totale). Ed in ogni caso l'avverbio “altre” potrebbe tutt'al più riferirsi a tutte le fattispecie disciplinate nei capoversi del comma 13 (scissione totale e scissione parziale) che precedono quello in oggetto (parte III) dal momento che quest'ultime non sono chiamate a rispondere “*in solido*” ma in via principale. Orbene il silenzio in ordine ai limiti della responsabilità deve far propendere, in base ai principi generali dell'ordinamento (*ubi lex voluit dixit*), per l'applicazione delle normali regole societarie specie in considerazione della volontà mostrata negli ultimi anni dal legislatore di uniformare le categorie.

⁶⁰ L. Rovelli, *Clausole generali e diritto societario: applicazione in tema di gruppi, leveraged buy out, motivazione delle delibere*, in *Tratt. Contratto*, a cura di Roppo, VI, Milano, 2006, 755.

rilevanti limitazioni⁶¹. Il comma 5 dell'art. 14, D.Lgs. n. 472/1997, prevede infatti la responsabilità solidale del cessionario, senza alcuna limitazione, per le obbligazioni del cedente in caso di cessione fraudolenta dell'azienda nei sei mesi antecedenti alla contestazione di una violazione penalmente rilevante in capo al cedente.

E, da questo peculiare angolo prospettico, è emblematico che, anche in altri ordinamenti, la dottrina abbia messo in risalto le comuni radici che legano le più moderne tecniche di superamento della personalità giuridica e il *fraudolent transfer law*, equiparabile alla nostra disciplina delle revocatorie⁶². Quanto

⁶¹ È previsto un valore massimo della stessa cui può venir chiamato a rispondere il cessionario, che è pari al minore tra il valore dell'azienda o ramo d'azienda trasferita e il valore dei debiti del cedente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria alla data del trasferimento dell'azienda e risultante agli Uffici. Il riferimento "alla data del trasferimento" implica che il debito di imposta sulla eventuale plusvalenza realizzata per la cessione d'azienda in capo al cessionario, che nasce successivamente all'atto di trasferimento nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta in cui la plusvalenza viene realizzata, non può costituire oggetto di responsabilità solidale. A tutela del cessionario, gli uffici sono tenuti a rilasciare all'interessato che ne faccia richiesta il *certificato dei carichi pendenti*, dal quale risulta l'esistenza di contestazioni in corso e di quelle già definite per le quali i debiti non sono stati ancora soddisfatti. Il certificato ha valore liberatorio del cessionario, sia nel caso in cui non faccia emergere alcuna situazione critica, sia nel caso in cui non venga rilasciato entro quaranta giorni dalla sua richiesta (silenzio-assenso). Tutte le limitazioni di responsabilità enunciate vengono meno se l'Amministrazione dimostra che *la cessione d'azienda è stata attuata in frode ai crediti di natura tributaria*, ossia proprio con il fine di evitare il pagamento di imposte, interessi e sanzioni.

⁶² M.E. Kors, *Altered Egos: Decipherin Substantive Consolidation*, in 59 U. Pitt. L. Rev, 381 (1998), 389 s. Negli USA l'insolvenza costituisce soltanto un *badge of fraud*, ossia una di quelle circostanze dalle quali il giudice ha la possibilità di desumere l'esistenza della mala fede del debitore, e soltanto negli ultimi anni una parte della giurisprudenza americana inizia a parlare di pregiudizio, affermando come compito dell'azione revocatoria sia consentire al creditore di aggredire quegli atti diretti a porre uno o più beni di un suo debitore *out of his hands*. Una ulteriore peculiarità è data dalla tutela prevista per il terzo acquirente. Questi può, infatti, mantenere valido l'acquisto dimostrando non soltanto la sua buona fede, ma anche di aver pagato un equo corrispettivo, senza il quale il diritto del creditore danneggiato alla soddisfazione delle sue pretese aggredendo il bene fraudolentemente trasferito viene considerato prevalente sulle sue esigenze di mantenimento in vita dell'atto. La tutela di chi, in buona fede, paga un prezzo inferiore in cambio del bene, infatti, viene realizzata imponendo al creditore agente di restituire il corrispettivo da questi pagato prima di procedere all'esecuzione sul bene, sul presupposto che in ogni caso non può essere consentito di mantenere in vita una transazione compiuta dal debitore al solo scopo di danneggiare i suoi creditori.

precede quasi a dimostrare che - anche nel sistema nord-americano - vengono individuate nella protezione dei creditori secondo il principio della *par condicio*, le comuni origini del *piercing* e della revocatoria⁶³.

Gli errori concettuali commessi dalla giurisprudenza, con riferimento al tema che ci occupa, si ritrovano in sede penale in tema di bancarotta⁶⁴, visto il terreno comune delle fattispecie sul piano dei presupposti. Il richiamo frequente in materia alla *fattispecie distrattiva* rappresenta il prodotto della impropria valorizzazione del risultato finale, ovvero l'attribuzione di una porzione del patrimonio a una diversa società, inteso sempre come attività patrimoniali. La distrazione fallimentare consiste nella diminuzione (fittizia) del patrimonio dell'impresa quale garanzia per l'interesse dei creditori, o mediante sua estromissione senza adeguata contropartita, o mediante un suo cattivo impiego. L'operazione di scissione, di contro, “*non consiste in un atto di disposizione del patrimonio (essa non incide, cioè, sul 'contenuto') bensì nella divisione della società cui detto patrimonio appartiene (essa incide, cioè, sul 'contenitore')*: lo spostamento di una porzione del patrimonio ne è solamente una conseguenza e a questo proposito si deve parlare, più correttamente, di *assegnazione*”⁶⁵.

⁶³ Sul piano più generale si è osservato a proposito dei sistemi societari dei vari stati americani che “per quanto riguarda la tutela dei creditori, vi sono poi regole, come in tutti gli stati americani, in materia di atti in frode ai creditori, tali per cui anche le distribuzioni, in qualunque forma effettuate agli azionisti, sono *inefficaci* se in danno ai creditori, secondo una formula ampia, ma non precisa nei presupposti, così da rimettere un'ampia discrezionalità al giudice nel valutare l'operato degli amministratori” (L. Enriques, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 278).

⁶⁴ Cfr. Cass. Pen. 13 febbraio 2015, n. 6404; Cass. Pen. 9 ottobre 2014, n. 42272; Cass. Pen. 8 aprile 2014, n. 157152014; Cass. Pen. 4 marzo 2013, n. 102012013; Cass. Pen. 22 dicembre 2010, n. 45031, tutte in *Pluris*; Cass. Pen. 21 gennaio 2015, n. 13522, in *Giur. comm.*, 2016, 81 (secondo cui integrerebbe il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione la scissione di società, successivamente dichiarata fallita, mediante conferimento dei beni costituenti l'attivo alla società beneficiaria, qualora tale operazione, sulla base di una valutazione che tenga conto della effettiva situazione debitoria in cui operava l'impresa al momento della scissione, si riveli volutamente depauperativa del patrimonio aziendale e pregiudizievole per i creditori nella prospettiva della procedura concorsuale).

⁶⁵ S. Buonocore, *La scissione societaria e i reati di bancarotta*, in *Giur. comm.*, 2016, 85.

Appunto perché parliamo di patrimonio come *unicum* di situazioni soggettive attive e passive, lo spostamento dello stesso o di porzioni - sia esso considerato trasferimento ovvero assegnazione ovvero attribuzione - accompagnato dalle responsabilità sussidiarie, non determina un evento distrattivo. È infatti la stessa disciplina civilistica che impedisce di predicare, anche solo in astratto, una pericolosità della scissione in sé e per sé rispetto agli interessi dei creditori, e ciò in quanto “*quella porzione del patrimonio assegnata alla società di nuova costituzione (e che prima garantiva i creditori) continua ad esplicare la sua funzione proprio in forza di un virtuale cordone ombelicale inserito dal legislatore: non vi è, in relazione al trasferimento di detti beni, alcuna diminuzione fittizia del patrimonio, che costituisce il tratto essenziale della bancarotta fraudolenta distrattiva. Il patrimonio, ancorché assegnato ad una new company, non muta la sua destinazione di garanzia per le obbligazioni sorte prima della scissione; la società cui tale porzione del patrimonio è assegnato rimane obbligata per le obbligazioni sorte prima della scissione sino a concorrenza di un importo pari al patrimonio netto ad essa assegnato*”. Del resto, se la società già versa in una condizione di decozione, fallirà ugualmente anche senza l’operazione di scissione (a maggior riprova della irrilevanza di essa sul punto).

D’altra parte, il legislatore italiano ha creato il *sottosistema* normativo a tutela di tutti creditori e la revocatoria del patrimonio, inteso come *un unicum* di attività e passività, *pregiudicherebbe tra l’altro i creditori delle beneficiarie posteriori alla scissione* che - nelle more - abbiano fatto affidamento sulla situazione patrimoniale delle società senza valutare la potenziale assenza di patrimonio, neppure segnalabile in bilancio in quanto solo eventuale ed *indeterminabile*. Ed è questo un profilo particolarmente rilevante ai fini della certezza dei rapporti giuridici cui tende il legislatore⁶⁶.

⁶⁶ Quindi affermare che l’azione revocatoria può ritenersi ammissibile contro gli effetti patrimoniali scaturenti dall’atto di scissione, in quanto non si mira a ricostituire l’assetto societario preesistente, ma solo alla reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore inciso da tale operazione mediante la declaratoria di inefficacia dei trasferimenti patrimoniali scaturiti dalla stessa (Trib. Pescara 17 maggio 2017, cit.) è sbagliato in quanto non tiene conto degli effetti complessivi per il sistema.

E non a caso l'*irregredibilità* dell'operazione di scissione societaria è prevista dall'art. 116, comma 3 del nuovo codice della crisi d'impresa, ove si legge che “*gli effetti delle operazioni (di trasformazione, fusione e scissione) in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi, ai sensi degli articoli 2500-bis, comma secondo, e 2504-quater comma secondo, e 2506-ter comma quinto del codice civile*”⁶⁷.

Dunque, l'ipotetica operazione fraudolenta connessa alla scissione, - trova la sua corretta sanzione (a parte quella di natura penale) - nel sistema concepito dal legislatore ed, in particolare nelle responsabilità sussidiarie e solidali; e nell'azione di risarcimento diretta a dimostrare il pregiudizio provocato ai creditori (e per essi al curatore) che, d'altra parte, ha gli stessi presupposti dell'azione revocatoria, differenziandosi soltanto per il contenuto della pronuncia chiesta al giudice⁶⁸. Si è anzi autorevolmente affermato che il rimedio indennitario previsto dal diritto societario, prescindendo da ogni profilo soggettivo di colpa, avrebbe un ambito di applicabilità ancora più ampio della stessa revocatoria⁶⁹.

La vicenda più ricorrente è quella della falsa od omessa rappresentazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi assegnati alle beneficiarie o rimasti nella scissa o della successiva

⁶⁷ Previsto come criterio di delega dall'art. 6, comma 2, lett. c, L. 19 ottobre 2017, n. 155, recante “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”.

⁶⁸ C. Angelici, *op. cit.*, 130. Viceversa si è affermato che danno revocatorio e danno da scissione non sarebbero concetti omogenei, in quanto definirebbero entità sostanzialmente diverse: il primo (indiretto) deriverebbe dalla lesione della garanzia patrimoniale, il secondo dalla lesione diretta del patrimonio del creditore (Trib. Palermo 25 maggio 2012, cit.). Si è altresì osservato che qualora la declaratoria di inefficacia riguarda l'atto di trasferimento di un bene o un diritto e tale bene o diritto sia ancora nella titolarità dell'acquirente (oppure sia stato trasferito a terzi non in buona fede, ipotesi nella quale la declaratoria di inefficacia è opponibile anche ai subacquirenti), l'effetto della revocatoria è quello di consentire le azioni esecutive o conservative direttamente sui beni e diritti oggetto di revocatoria con preferenza rispetto agli altri creditori del debitore. Tale preferenza non sussisterebbe, invece, nel caso di azione diretta a far valere la responsabilità solidale delle altre società, che consente al creditore di agire sul patrimonio del debitore solidale (entro i limiti di cui si è detto in precedenza), ma soltanto in posizione di parità rispetto a tutti gli altri suoi creditori (F. Marzo, *La controversia revocatoria della scissione societaria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1146).

⁶⁹ C. Angelici, *op. cit.*, 129.

sottrazione di elementi patrimoniali (appunto successiva alla operazione)⁷⁰. Anche ai fini della revocatoria il concetto di onerosità è più ampio di quello di corrispettività, comprendendo tutti quegli atti dai quali discenda direttamente anche per il debitore un vantaggio patrimoniale; e senza che necessariamente il vantaggio patrimoniale rappresenti l'effettivo corrispettivo del sacrificio.

Specularmente deve ritenersi gratuito qualunque atto che comporti una volontaria attribuzione patrimoniale in favore di un altro soggetto che non sia bilanciata da alcun vantaggio, sia pure indiretto o mediato, per il soggetto disponente. Se, come avviene nella generalità dei casi, alle beneficiarie vengono assegnati elementi patrimoniali attivi e passivi l'atto sarà oneroso (o almeno neutro), salvo verificare la effettività dei valori attivi e passivi. L'eventuale disegno doloso diretto a scaricare i debiti, specie fiscali in una beneficiaria o nella scissa (semmai accompagnato a cancellazioni "premature" dal registro delle imprese⁷¹), va contrastato con azioni *ad hoc*, ivi compreso il fallimento e l'azione risarcitoria diretta a dimostrare tale falsa rappresentazione ed il danno⁷², ma senza destabilizzare il modello

⁷⁰ Trib. Bergamo 28 febbraio 2018, n. 513, cit., infatti afferma che è pur vero che l'assegnazione di elementi patrimoniali attivi e passivi si può inquadrare nell'ambito di un'operazione di riorganizzazione delle strutture societarie della società scissa e della beneficiaria, ma non v'è dubbio che la società scissa non può disporre autonomamente degli elementi attivi assegnati alla beneficiaria poiché è intervenuto un mutamento della titolarità soggettiva dei predetti, vanificando così le garanzie creditorie.

⁷¹ Sul fenomeno delle cancellazioni fraudolente e sulla necessità di ricorrere a strumenti sanzionatori che non destabilizzino comunque il sistema societario v. F. Fimmanò, *Estinzione fraudolenta della società e ricorso di fallimento "sintomatico" del pubblico ministero*, in *Dir. fall.*, 2013, 735 s.; Id., *Abuso di estinzione "formale" degli enti lucrativi e tutela dei creditori*, in *Riv. not.*, 2013, 1135 s. Talora ciò può essere connesso ad una operazione di scissione (F. Fimmanò, *Abuso del diritto societario e tutela dei "creditori involontari"*, in *Gazz. For.*, n. 6, 2015, 8 s. (ove si osserva *la ratio* dell'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175 del 2014, secondo cui "Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese"). La "chiave di lettura" della norma espressa è nella natura del creditore fiscale *come involontario*, in quanto è evidente che se sussisteva un credito fiscale e la società è stata prematuramente cancellata, la cancellazione è stata effettuata illecitamente).

⁷² La procedura fallimentare è legittimata in tal caso ad un'azione ex art. 146 l. fall. (A. PACIELLO, *op.cit.*, 235, che peraltro evidenzia come non ci sia alcuna

concepito dal legislatore diretto, in fin dei conti, con la scissione a riprodurre *virtualmente*, sul piano della tutela, l'assetto originario della società anche sul piano della *garanzia generica*.

Mentre l'art. 2504 *quater* è un'applicazione specifica di *responsabilità civile da fatto illecito* (es. la scissione in violazione dei principi di legge), che non esclude ad esempio altre ipotesi di responsabilità specifiche “*come l'art. 2395 c.c. verso gli amministratori che avessero posto in essere l'atto pregiudizievole*”, l'art. 2506 *quater* è una chiara applicazione del principio della garanzia generale del credito (art. 2740 c.c.), cui è destinato il patrimonio del soggetto che assume l'obbligazione, là dove prevede il mantenimento della garanzia originaria seppure nella forma della solidarietà tra due enti, in ragione della modifica organizzativa, per quei debiti ante scissione che non dovessero trovare soddisfazione verso l'ente rimasto obbligato dopo la modifica societaria; “*e ciò assicurando ai debiti pregressi capienza sul patrimonio netto attribuito alla beneficiaria, ovvero a quello rimasto alla scissa*”⁷³.

Insomma, si tratta di un mosaico normativo completo ed autosufficiente che disciplina le ipotesi di invalidità dell'atto, di responsabilità risarcitoria e patrimoniale, individuando i rimedi specifici nel rispetto dei principi ispiratori il diritto societario nonché le peculiarità dei casi di specie, senza particolari deviazioni rispetto a quanto fatti in altri capi del libro delle società.

relazione giuridicamente significativa tra revocatoria e rapporto di cambio viceversa diretto solo a tutelare gli interessi dei soci).

⁷³ Trib. Napoli, 26 novembre 2018 cit.