



Corso di dottorato di ricerca in:

Scienze Giuridiche

in convenzione con l'Università degli Studi di Trieste

Ciclo 33°

Le tutele dei creditori sociali tra rimedi revocatori ed indennitari

Dottorando

Dott. Francesco Corazza

Supervisore

Prof. Vittorio Giorgi

Anno 2021

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

L'AZIONE REVOCATORIA E LA TUTELA INDENNITARIA NELLA SCISSIONE

1. Il piano di indagine.....	8
2. La rilevanza della scissione nei confronti dei creditori sociali: le potenziali conseguenze dannose e la necessità di tutela.....	10
3. I termini del contrasto in ordine alla revocabilità della scissione.....	11
4. Le teorie sulla natura (traslativa o meno) della scissione. La loro irrilevanza in merito alla valutazione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria.....	15
5. Il diritto di opposizione dei creditori sociali <i>ex art. 2503 c.c.</i>	29
5.1. Il fondamento del diritto di opposizione e le sue affinità con l'azione revocatoria.....	29
5.2. L'insufficienza dell'opposizione a garantire le tutele dell'azione revocatoria.....	32
6. La responsabilità solidale delle società coinvolte nell'operazione.....	41
6.1. La disciplina (in breve).....	41
6.2. Il limitato raggio di tutela della responsabilità solidale.....	46
7. L'accertamento dell'invalidità della scissione.....	53
7.1. La disciplina dell'invalidità <i>ex art. 2504 quater, primo co., c.c.</i>	53
7.2. La tesi favorevole alla compatibilità della tutela revocatoria rispetto al regime dell'irregredibilità degli effetti.....	62
7.3. La tesi contraria all'ammissibilità della revocatoria rispetto alla scissione.....	67
7.3.1. Le ragioni formali: l'argomento letterale e l'insussistente differenza tra invalidità ed inefficacia.....	67
7.3.2. Le ragioni sostanziali: l'inevitabile incidenza sulle modifiche organizzative e la necessaria tutela di tutti i soggetti interessati.....	71
8. L'ultimo livello: la tutela obbligatoria <i>ex art. 2504 quater, secondo co., c.c.</i>	77

8.1. L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della scissione.....	83
8.2. L'elemento soggettivo richiesto ai fini della tutela obbligatoria.....	88
8.3. La differenza (anche sostanziale) tra la tutela indennitaria e quella revocatoria.....	92
9. L'invalidità degli atti presupposti alla scissione. In particolare, l'impugnazione della delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione.....	96

CAPITOLO II

IL RAPPORTO TRA LE TUTELE NELLA DELIBERA DI RIDUZIONE VOLONTARIA DEL CAPITALE SOCIALE

1. Introduzione.....	100
2. La disciplina (in breve).....	101
3. Il primo livello di tutela dei creditori sociali: il diritto di opposizione.....	106
4. Il secondo livello: l'impugnazione della delibera assembleare <i>ex art. 2379 ter c.c.</i>	114
4.1. L'incapacità della tutela reale al ripristino della garanzia patrimoniale. La rilevanza della distinzione tra delibere organizzative e delibere non organizzative.....	114
4.2. Il punto di contatto tra l'irregredibilità conseguente alla tutela reale e l'inopponibilità conseguente alla tutela revocatoria.....	123
5. Il terzo livello: la tutela obbligatoria.....	126
5.1. L'indipendenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della delibera di riduzione volontaria del capitale sociale.....	129
5.2. L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'elemento soggettivo.....	134
5.3. La natura speciale della tutela indennitaria rispetto all'azione di risarcimento danni civilistica.....	137
6. L'estensione della disciplina dell'art. 2379 <i>ter</i> , ultimo co., c.c. a tutte le delibere organizzative ed agli (eventuali) atti esecutivi conseguenti.....	141

CAPITOLO III
L'INDIVIDUAZIONE DI UN SISTEMA E PROFILI APPLICATIVI

1. Il sistema emergente dalla disciplina delle operazioni straordinarie e delle delibere organizzative.....	144
2. L'irrevocabilità delle delibere organizzative <i>self executing</i> e degli atti esecutivi conseguenti alle delibere organizzative non <i>self executing</i>	152
3. La revocabilità delle delibere non organizzative e degli (eventuali) atti esecutivi conseguenti.....	157
3.1. La revocatoria delle delibere <i>self executing</i> e degli effetti conseguenti alle delibere non <i>self executing</i> già eseguite.....	159
3.2. L'esclusione dalla tutela revocatoria delle delibere non <i>self executing</i> e non ancora eseguite. La rilevanza della tutela cautelare.....	165
4. Conclusioni.....	169
INDICE DELLE OPERE CITATE	172
SINTESI	192

INTRODUZIONE

L'indagine si propone di valutare la compatibilità dell'azione revocatoria, quale tutela di ordine generale, rispetto alle decisioni sociali (operazioni straordinarie e delibere assembleari) che pregiudichino la garanzia patrimoniale generica della società debitrice. Le particolari dinamiche societarie, ed i conseguenti profili coinvolti e tutelati dal legislatore, determinano infatti l'emersione di interessi che gli effetti sostanziali dell'*actio pauliana* potrebbero ledere, in ciò potendosi ravvisare possibili ragioni di inammissibilità all'esercizio di tale tutela.

Il tema si pone, da un punto di vista generale, nella più ampia dinamica del rapporto tra il diritto societario ed il diritto privato dei contratti. Da più direzioni, nonché già (almeno parzialmente) nelle intenzioni della riforma del 2003, è stato evidenziato che interessi allo sviluppo dell'impresa e della concorrenza - che si traducono anche nell'interesse alla stabilità delle decisioni societarie, alla tutela della società, dei suoi soci e dei terzi e del mercato in generale - impongono una sempre maggior autonomia del diritto societario rispetto a quello privato. Una valutazione che appare condivisibile, anche considerato che, del resto, il diritto privato rappresenta un sistema costruito da (e per il fine di tutelare) interessi di natura interindividuale e non corporativa ed organizzata, per cui potrebbe risultare di difficile applicazione ove portato ad operare in un terreno che non gli è proprio, oltre a poter determinare risultati insoddisfacenti.

Il legislatore della riforma, come noto, non è intervenuto in maniera sistematica in tale direzione mediante la costruzione di un autonomo sistema normativo, bensì ha operato solo timidamente con riferimento a particolari profili di specialità del diritto societario. Un indice in tal senso (ove il risultato normativo non ha seguito il proposito della delega) sembra, ad esempio, ravvisabile con riferimento alla disciplina dell'invalidità delle delibere

assembleari. L'art. 4 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, infatti, ricordava che nel contesto dell'impresa si assiste all'emersione di interessi diversi rispetto a quelli tipicamente interindividuali e, in tal senso, specificava che la riforma era diretta a «*disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale [anche mediante] l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità*». Il segnale verso un regime di autonomia dal punto di vista della patologia, rispetto alle classiche categorie civilistiche, appariva quindi evidente. Tuttavia, il legislatore non ha poi affrontato in modo sistematico il tema, mantenendosi nel solco della tradizione civilistica ed apportando solo innovazioni di contorno (specie in materia processuale), con ogni conseguente difficoltà interpretativa ed applicativa.

È in un tale contesto, di tensione nel rapporto tra il diritto societario ed il diritto privato, che il presente lavoro si propone di comprendere il profilo relativo alla compatibilità ed ammissibilità dell'azione revocatoria – quale azione di tutela di ordine generale di origine privatistica - rispetto alle decisioni sociali idonee a pregiudicare la consistenza della garanzia patrimoniale della società debitrice.

Al tale scopo, è innanzitutto necessario premettere, e considerare in tutto il corso dell'indagine, che nella dinamica dei rapporti tra società e creditori sociali rispetto ad una operazione sociale pregiudizievole, il legislatore riserva eguale dignità di tutela, *da una parte*, alla stabilità dell'operatività dell'impresa e, *dall'altra parte*, al mantenimento della garanzia patrimoniale. Versanti che il legislatore non pone tra loro in rapporto gerarchico, bensì di costante equivalenza.

È proprio la necessità di mantenere in equilibrio entrambi i profili a rendere inevitabile, nel momento in cui intervengono modifiche organizzative della società così strutturali da doversi considerare ormai intangibili, l'abbandono di quegli strumenti civilistici che abbiano effetti ripristinatori dello *status quo*

ante (quale si rivela essere, da un punto di vista sostanziale, la tutela revocatoria), e, contestualmente, il ricorso ad altri strumenti (speciali e derogatori di quelli ordinari) che permettano di garantire eguale tutela ai creditori sociali, altrimenti spogliati di un determinante strumento di garanzia.

Dall'interpretazione normativa – si anticipa – emergerà la sussistenza di un ordine sistematico che, con riferimento ai limiti di ammissibilità dell'azione revocatoria, trasversalmente coinvolge tutte le forme di decisioni sociali (dalle più complesse operazioni straordinarie fino alle delibere di natura non organizzativa). Un sistema che, tuttavia, determina la sopravvenuta inammissibilità del ricorso alla tutela revocatoria esclusivamente nei casi in cui ciò si renda strettamente necessario e ciò, pare, in conformità allo spirito (timido) che ha caratterizzato la riforma.

Il lavoro affronterà, nel primo capitolo, il tema della revocabilità della scissione, quale operazione straordinaria maggiormente complessa dal punto di vista patrimoniale ed organizzativo e rispetto alla quale è particolarmente evidente il conflitto tra l'interesse alla stabilità dell'operazione realizzata ed il potenziale pregiudizio per i creditori della società scissa; l'indagine si dirigerà poi verso una valutazione del fenomeno rispetto alle delibere assembleari, con particolare riferimento, nel secondo capitolo, alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, quale delibera di natura organizzativa e rispetto alla quale sussiste una strutturata disciplina di difesa delle ragioni creditorie dei terzi; infine, alla luce di quanto verrà dedotto, nel terzo ed ultimo capitolo il lavoro cercherà, prima, di descrivere il sistema normativo individuato rispetto alle varie ipotesi di operazioni straordinarie e delibere assembleari, a loro volta distinguendole in base agli effetti (tra organizzative e non organizzative) ed alle modalità di esecuzione (tra *self* e non *self executing*) e, infine, di individuare alcune delle principali ipotesi applicative.

CAPITOLO I

L'AZIONE REVOCATORIA E LA TUTELA INDENNITARIA NELLA SCISSIONE

INDICE: 1. Il piano di indagine. – 2. La rilevanza della scissione nei confronti dei creditori sociali: le potenziali conseguenze dannose e la necessità di tutela. – 3. I termini del contrasto in ordine alla revocabilità della scissione. – 4. Le teorie sulla natura (traslativa o meno) della scissione. La loro irrilevanza in merito alla valutazione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria. – 5. Il diritto di opposizione dei creditori sociali *ex art. 2503 c.c.* – 5.1. Il fondamento del diritto di opposizione e le sue affinità con l'azione revocatoria. - 5.2. L'insufficienza dell'opposizione a garantire le tutele dell'azione revocatoria. – 6. La responsabilità solidale delle società coinvolte nell'operazione. - 6.1. La disciplina (in breve). – 6.2. Il limitato raggio di tutela della responsabilità solidale. – 7. L'accertamento dell'invalidità della scissione. – 7.1. La disciplina dell'invalidità *ex art. 2504 quater*, primo co., c.c. – 7.2. La tesi favorevole alla compatibilità della tutela revocatoria rispetto al regime dell'irregredibilità degli effetti. - 7.3. La tesi contraria all'ammissibilità della revocatoria rispetto alla scissione. – 7.3.1. Le ragioni formali: l'argomento letterale e l'insussistente differenza tra invalidità ed inefficacia. – 7.3.2. Le ragioni sostanziali: l'inevitabile incidenza sulle modifiche organizzative e la necessaria tutela di tutti i soggetti interessati. - 8. L'ultimo livello: la tutela obbligatoria *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c. – 8.1. L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della scissione. – 8.2. L'elemento soggettivo richiesto ai fini della tutela obbligatoria. – 8.3. La differenza (anche sostanziale) tra la tutela indennitaria e quella revocatoria. - 9. L'invalidità degli atti presupposti alla scissione. In particolare, l'impugnazione della delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione.

1. Il piano di indagine.

L'indagine proposta prende avvio, come anticipato nella parte introduttiva, dalla scissione. Quest'operazione straordinaria sembra configurare il terreno più adatto ove poter valutare quale sia la capacità della tutela revocatoria di poter 'resistere' in un sistema, quello societario, decisamente diverso da quello che le è proprio, quello privatistico.

La scissione infatti, *da una parte*, coinvolge una rilevante serie di interessi (delle società partecipanti all'operazione, dei soci ed in generale dei terzi) tra loro potenzialmente divergenti ed assenti in un'ottica contrattuale; *dall'altra parte*, rappresenta l'operazione più compiutamente disciplinata dal punto di

vista delle tutele per i creditori sociali (anche rispetto alla fusione a cui, comunque, possono essere estese, laddove compatibili, le conclusioni che verranno dedotte), di talché diviene particolarmente rilevante comprendere se, in tale contesto, ancora sussista spazio per il generale rimedio revocatorio.

Inoltre, e forse anche per tali ragioni, è in merito alla revocabilità della scissione che si sono più diffusamente confrontate dottrina e giurisprudenza (che solo recentemente si è per la prima volta espressa anche in sede di legittimità) e si sono sviluppate plurime correnti interpretative.

Le conclusioni cui si giungerà rappresenteranno utile base con cui valutare, nel prosieguo del lavoro, la compatibilità della tutela revocatoria rispetto alle delibere assembleari, anche diversamente affrontando il tema a seconda che esse presentino o meno un'efficacia organizzativa e siano o meno immediatamente esecutive (*self executing*).

Nei prossimi paragrafi, dopo aver esaminato le varie posizioni sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla compatibilità dell'azione revocatoria con l'operazione di scissione, verranno indagate le diverse forme di tutela speciale previste a favore dei creditori sociali e raffrontate con l'*actio pauliana*, valutandone la capacità difensiva e l'idoneità a preservare gli interessi delle società e dei terzi.

A tal proposito, sembra infatti (ed è in quest'ottica che si pongono i prossimi paragrafi) che l'indagine debba indirizzarsi verso la valutazione della sussistenza di un sistema che sia in grado di mantenere tra loro in equilibrio i due fronti di interessi rilevanti e che sono rappresentati, *da una parte*, dalla tutela della stabilità dell'organizzazione societaria e, *dall'altra parte*, dalla tutela dei creditori sociali. Il legislatore, infatti, non fa trasparire alcuna preferenza verso l'uno o verso l'altro dei due versanti di interessi, di talché la soluzione al tema della compatibilità dell'azione revocatoria rispetto alla scissione non può prescindere dalla necessità di mantenere tra loro in equazione gli interessi rilevanti.

2. *La rilevanza della scissione nei confronti dei creditori sociali: le potenziali conseguenze dannose e la necessità di tutela.*

La scissione rappresenta un fenomeno rilevante, oltre che per le società coinvolte ed i soci, anche per i creditori sociali, rispetto ai quali potrebbe rappresentare un'operazione potenzialmente pregiudizievole della garanzia patrimoniale della scissa, da cui essi erano in precedenza assistiti.

Ad una prima analisi, per effetto della scissione i creditori sociali potrebbero subire una duplice tipologia di rischi: *da una parte*, in tutte le ipotesi di scissione, rischi derivanti dalla divisione del patrimonio sociale con conseguente frazionamento della garanzia patrimoniale; *dall'altra parte*, nella scissione mediante incorporazione in società preesistenti, rischi derivanti dalla confusione del patrimonio della scissa con quello della beneficiaria, con conseguente costituzione di un unico patrimonio ove dovranno concorrere sia i creditori della società scissa che quelli della beneficiaria.

Il legislatore ha quindi previsto, come noto, una serie di tutele al fine di proteggere i creditori sociali che assistono alla scissione della società debitrice.

Con riferimento ai *creditori sociali anteriori* (rispetto al deposito del progetto di scissione), le speciali azioni poste a loro favore sono rappresentate (i) dal diritto di opposizione *ex art. 2503 c.c.*; (ii) dalla disciplina della solidarietà delle società coinvolte per i debiti della scissa; (iii) dalla tutela reale *ex art. 2504 quater*, primo co., c.c.; infine, ed a favore di *tutti i creditori sociali* (sia anteriori che posteriori al deposito del progetto di scissione), viene prevista (iv) la tutela obbligatoria *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c. secondo cui «resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla [scissione]».

Si tratta di tutele speciali che, tuttavia, il legislatore non qualifica come derogatorie rispetto a quelle comuni e che quindi, ad una prima analisi, potrebbero continuare a ritenersi esperibili anche rispetto all'operazione di scissione.

Il tema si pone, in particolare, con riferimento all'azione revocatoria, quale tutela caratterizzata da effetti, in termini di inefficacia ed inopponibilità, dell'atto di disposizione patrimoniale che le tutele speciali indicate non realizzano. Già ad una analisi preliminare, è evidente come i creditori della scissa potrebbero essere interessati all'esperimento dell'*actio pauliana*, quale strumento in grado di ripristinare la garanzia patrimoniale originaria della loro società debitrice. Si pensi al creditore sociale che vede disperdere, per effetto della scissione, un importante attivo della propria debitrice, con contestuale riduzione della capacità solutoria della società, che certamente potrà pensare di instaurare una tutela revocatoria affinché il cespite torni regressivamente a costituire la sua garanzia patrimoniale.

È in questo contesto che si inserisce il confronto in merito alla convivenza dei rimedi speciali e dei rimedi generali di tutela dei creditori sociali; una valutazione che deve essere operata considerando, come detto, i due profili di interesse rilevanti: l'interesse alla tutela della stabilità dell'operazione straordinaria, da una parte; e l'interesse alla tutela dei creditori sociali, dall'altra parte.

3. I termini del contrasto in ordine alla revocabilità della scissione.

Come anticipato, dottrina e giurisprudenza sono divise in merito all'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione. Numerose sono state le pronunce nella giurisprudenza e plurime le voci in dottrina che si sono affrontate sui diversi temi che la questione pone.

In via generale, e tentando di riunire i vari rivioli interpretativi, è possibile riepilogare come segue i diversi argomenti utilizzati a sostegno dell'una e dell'altra interpretazione.

La ricostruzione interpretativa per cui l'azione revocatoria sarebbe ammissibile si basa, sostanzialmente, sulle seguenti tre argomentazioni¹.

In primo luogo, viene rilevato che l'*actio pauliana* sarebbe innanzitutto compatibile con la natura dell'operazione di scissione. Infatti, nonostante l'art. 2506 c.c., nella attuale formulazione, si riferisca alla scissione come un'operazione in cui vi è una *assegnazione*, e non più un *trasferimento* patrimoniale (come previsto nella precedente versione della norma), sarebbe pur sempre sussistente nella scissione quell'effetto dispositivo costituente il presupposto, *ex art.* 2901 c.c., per l'applicazione dell'azione revocatoria.

¹ In favore dell'ammissibilità dell'azione revocatoria, in giurisprudenza, Cass., 4 dicembre 2019, n. 31654, in *Soc.*, 2020, 469 ss., con nota di POTOTSCHING, *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*; in *Fall.*, 2020, 909 ss., con nota di PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*; in *Not.*, 2020, 42 ss., con nota di MAGLIULO, *La Cassazione si pronuncia sull'ammissibilità dell'azione revocatoria nella scissione*; in *Giur. comm.*, 2019, II, 1429 ss., con nota di DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*, 1431 ss.; ed in *Riv. dir. banc.*, I, 2020, con nota di LENTINI, *Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia della Cassazione*; Trib. Roma, 12 giugno 2018, in *Giur.it.*, 2019, 1583, con nota di SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, ed in *Foro it.*, 2018, 3291; Trib. Pescara, 4 maggio 2017, in *www.quotidianogiuridico.it*; Trib. Roma, 16 agosto 2016, in *Riv. not.*, 2016, 932 ss., con nota di RUOTOLO-BOGGIALI, *(In)compatibilità tra scissione e azioni revocatorie*; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, in *Fall.*, 2017, 51 ss., con nota di POTOTSCHING, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, e in *Soc.*, 2017, 67 ss., con nota di CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*; Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Benevento, 17 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Palermo, 25 maggio 2012, in banca dati *pluris.it*; Trib. Catania, 9 maggio 2012, in *Fall.*, 2013, 983 ss., con nota di MILANO, *La revocatoria fallimentare della scissione societaria*; Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2007, II, 250 ss., con nota di DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative all'ammissibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione societaria*; e in *Dir. fall.*, 2006, 62 ss., con nota di DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*.

In secondo luogo, viene rilevato come manchi una disposizione speciale che escluda l'operatività dell'azione revocatoria rispetto alla scissione. In particolare, alcuna esclusione potrebbe essere rinvenuta nell'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. (applicabile anche alla scissione in forza del rinvio *ex art.* 2506 *ter*, ultimo co., c.c.²), per cui viene preclusa la possibilità di dichiarare l'invalidità dell'operazione una volta eseguite le relative iscrizioni al registro delle imprese. Viene rilevato che la disposizione precluderebbe (come letteralmente previsto) la sola possibilità di far valere l'invalidità dell'atto di scissione, ma non anche la sua inefficacia ed inopponibilità, quali effetti che il creditore sociale precedente potrebbe ottenere all'esito del vittorioso esperimento di un'azione revocatoria. Inoltre, si tratterebbe di effetti che riguarderebbero esclusivamente il piano delle *conseguenze patrimoniali* della scissione, senza pregiudicare la stabilità dell'operazione dal punto di vista *organizzativo* i cui effetti, quindi, non verrebbero modificati, e ciò in piena conformità con il cd. principio di irregredibilità degli effetti di cui proprio l'art. 2504 *quater* c.c. è espressione.

In terzo luogo, viene evidenziato come, in ogni caso, il sistema predisposto dal legislatore neppure contempli rimedi speciali da considerarsi alternativi rispetto a quelli generali (come è appunto l'*actio pauliana*); di talché l'azione revocatoria rimane rimedio sempre applicabile. Secondo questa interpretazione, i particolari strumenti di tutela previsti con riferimento alle operazioni straordinarie si aggiungerebbero, senza escluderli, a quelli generali, ponendosi tra loro in un rapporto di complementarità.

In senso contrario, su ognuno di questi profili, si pongono le voci che, per varie ragioni, sostengono l'inammissibilità dell'azione revocatoria rispetto alla scissione³.

² Di seguito ci si riporterà all'art. 2504 *quater* c.c. come riferito alla scissione.

³ Sostengono l'inammissibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione, in giurisprudenza, App. Roma, 27 marzo 2019, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1424 ss., con nota di

Innanzitutto, viene rilevato come l'azione revocatoria sarebbe inammissibile già in quanto la scissione rappresenterebbe una operazione di modificazione strutturale della società scissa, senza alcun effetto dispositivo, di talché sarebbe mancante un trasferimento patrimoniale quale presupposto richiesto ai fini dell'applicazione dell'*actio pauliana*.

In secondo luogo, viene rilevato come gli effetti che si realizzerebbero all'esito del positivo esperimento dell'azione revocatoria si porrebbero in contrasto con la previsione di cui all'art. 2504 *quater*, primo co., c.c.,

DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, in *Dir. fall.*, 2020, 182 ss., con nota di DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, e in *Soc.*, 2019, 471 ss., con nota di FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*; App. Catania, 19 settembre 2017, in *Fall.*, 2018, 902, con nota di POTOTSCHING, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*; Trib. Roma, 7 novembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, con nota di PIN, *Scissione e azione revocatoria*, 136 ss.; Trib. Bologna, 1 aprile 2016, in *Not.*, 2016, 604 ss., con nota di MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria* e in *Fall.*, 2017, 48 ss., con nota di POTOTSCHING, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*; Trib. Forlì, 4 febbraio 2016, in www.tribunale.forli.giustizia.it; Trib. Modena, 22 gennaio 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 19 ottobre 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111 ss., con nota di ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, e in *Giur. it.*, 2014, 1416 ss., con nota di CAVANNA, *Scissione: un'operazione intangibile?*; Trib. Napoli, 4 marzo 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111 ss.; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1040 ss., con nota di RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*; Trib. Modena, 22 gennaio 2010, in www.giurisprudenzamodenese.it; Trib. Roma, 11 gennaio 2001, in *Dir. fall.*, 2001, 442 ss., con nota di DIGRAVIO, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni nella scissione delle società*.

In dottrina, RUOTOLO-BOGGIALI, *(In)compatibilità tra scissione e azioni revocatorie*, 946 ss.; MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 579 ss.; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7**2, Torino, 2004, 294 e 366; FIMMANÒ, *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, in *Soc.*, 1998, 433; SPOLIDORO, *Le fusioni*, in *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991 n. 22)*, Torino, 1994, 112; PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019, 695 ss.

quantomeno per due motivazioni. Da un lato, per una ragione relativa alla portata della categoria generale della «invalidità», che deve ritenersi comprendere anche la meno grave inefficacia (quale tipico effetto dell'azione revocatoria). Dall'altro lato, in quanto anche ove si volesse ammettere la compatibilità della mera inefficacia con la previsione che impedisce la dichiarazione di invalidità, le conseguenze sull'assegnazione patrimoniale si rifletterebbero necessariamente anche sul profilo organizzativo risultante dalla scissione, con ciò ponendosi in contrasto con il principio dell'irregredibilità degli effetti cui non soltanto l'art. 2504 *quater* c.c., ma in generale la riforma del 2003, sono invece preposti rispetto alle modifiche organizzative delle società qualora esse si siano oramai realizzate.

Da ultimo, viene ritenuto che l'azione revocatoria dell'atto di scissione sarebbe rimedio incompatibile con il sistema speciale delle garanzie predisposto a tutela dei creditori sociali. I rimedi previsti dal legislatore in materia societaria costituirebbero, infatti, un sistema chiuso, alternativo rispetto ai rimedi generali in quanto autosufficiente, ed in particolare essi sarebbero in grado di soddisfare anche quelle tutele cui l'azione revocatoria è naturalmente preposta.

4. Le teorie sulla natura (traslativa o meno) della scissione. La loro irrilevanza in merito alla valutazione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria.

Il tema preliminare relativo alla natura, traslativa o meno, della scissione potrebbe apparire rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'azione revocatoria, atteso che quest'ultima sembra presupporre (probabilmente poiché, nella prassi, ciò rappresenta l'ipotesi maggiormente ricorrente) l'avvenuto trasferimento di un patrimonio (o di altra attività) dal soggetto debitore ad un

terzo, con conseguente riduzione della garanzia patrimoniale del primo ed a danno del suo creditore.

Sul punto si fronteggiano tre diverse ricostruzioni⁴.

Secondo una prima tesi (c.d. teoria modificativa-evolutiva)⁵, la scissione comporterebbe una mera modifica dell'atto costitutivo delle società coinvolte, finalizzata ad una *riorganizzazione* degli *assets* societari, mentre sarebbe insussistente qualsivoglia fenomeno di trasferimento patrimoniale.

Questa posizione si basa su una serie di indici.

In primo luogo, la mancanza dell'elemento del trasferimento patrimoniale sarebbe rilevabile dalla stretta correlazione che (a livello normativo) la scissione avrebbe con la fusione, operazione ove è certamente assente il profilo del trasferimento. Ciò sarebbe riscontrabile sia nei rinvii operati dall'art. 2506 *ter* c.c. alla disciplina della fusione, sia dalla circostanza per cui il legislatore sottopone l'operazione di scissione al procedimento tipico delle

⁴ Per un'ampia disamina delle diverse posizioni, v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 114 ss.

⁵ In tal senso, MAGLIULO, *La scissione delle società*, 27 ss.; ID., *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti della scissione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 12, Torino, 2014, 9 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 481; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1999, 523; MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 745 ss.; CIVERRA, *Le operazioni straordinarie. Aspetti civilistici, contabili e procedurali*, Milano, 2008, 584; LUCARELLI, *Scissione e circolazione d'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 441 ss., ove in particolare l'A. rileva come non sia sostenibile l'esistenza di una vicenda traslativa neppure nell'ipotesi in cui venga operata una scissione a società beneficiarie esistenti (e con soci diversi rispetto a quelli della scissa) e con distribuzione non proporzionale delle partecipazioni (con separazione, dunque, dei soci), rilevando come, anche in tali casi, non ci si dovrebbe riferire ad vicenda traslativa, bensì ad un mero evento organizzativo con modificazione del governo sull'impresa dovuto all'ingresso, nella compagine societaria, di soci che godono a titolo originario, e non derivativo, del governo della società.

In giurisprudenza, Trib. Roma, 7 novembre 2016; Trib. Bologna, 1 aprile 2016; Trib. Roma, 19 ottobre 2015, v. per tutti nt. 3; Trib. Lecce, 12 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine, 27 settembre 1994, in *Soc.*, 1995, 227 ss., con nota di MESSINA, *Natura giuridica della scissione parziale*; Trib. Napoli, 23 luglio 1993, in *Soc.*, 1994, 73 ss., con nota di RORDORF, *Primi interventi giurisprudenziali nella scissione di società*.

modificazioni dell'atto costitutivo (v. i richiami all'applicabilità degli artt. 2502, primo co., e 2502 *bis* c.c., operati dall'art. 2506 *ter*, ultimo co., c.c.)⁶, ove è di per sé indifferente il profilo del trasferimento patrimoniale.

In secondo luogo, l'assenza di qualsivoglia effetto traslativo del patrimonio troverebbe conforto letterale laddove, nella descrizione dell'operazione, il legislatore della riforma ha modificato il termine «trasferimento»⁷ (come indicato nel previgente art. 2506 *septies* c.c.), con il termine «assegnazione» (di cui al vigente art. 2506 c.c.). Il cambiamento della lettera della norma rappresenterebbe, quindi, un'evidente descrizione del fenomeno in termini di mera riorganizzazione.

Ed ancora, a favore di tale impostazione deporrebbe un argomento di carattere sostanziale. Viene rilevato come l'assegnazione patrimoniale, dipendente dall'operazione di scissione, trovi corrispondenza nella sola sfera giuridica dei soci della scissa, senza che quest'ultima riceva alcun

⁶ Pur trattandosi di una modificazione statutaria *sui generis*, atteso che, diversamente dalle ordinarie modifiche societarie, per il suo perfezionamento non basta la sola iscrizione della relativa delibera dei soci nel registro delle imprese, ma, in considerazione della valenza non esclusivamente endosocietaria dell'operazione che coinvolge anche gli interessi di terzi, è necessario un *quid pluris* rappresentato dalla stipulazione ed iscrizione dell'atto di scissione.

⁷ Conferisce rilevanza a questo profilo MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, in *Not.*, 2017, 163, che ricorda come i lavori preparatori alla riforma del 2003 avessero infatti specificato che «da un 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'»; l'A. rileva quindi come rappresenterebbe un mero difetto di coordinamento la circostanza per cui l'art. 2506 *bis* c.c. continui a fare riferimento alla «società trasferente». Attribuisce medesima rilevanza alla modifica letterale gli *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari*, Massima L.A. 15, per cui la natura meramente organizzativa sarebbe deducibile anche dall'avvenuta abrogazione dell'«unico riferimento testuale ai negozi traslativi contenuto nella vecchia formulazione dell'art. 2504 *septies* c.c.».

Diversamente, rileva come il termine abbia una valenza atecnica, e quindi sia privo di rilevanza decisiva, PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 148 ss.

corrispettivo a fronte della riallocazione degli *assets* aziendali⁸, mentre beneficiari ne sono esclusivamente i suoi soci (che ricevono le rispettive azioni o quote), soggetti formalmente estranei all'operazione.

Pertanto, viene sostenuto, se la scissione fosse caratterizzata da una logica traslativa, ciò implicherebbe che il soggetto beneficiario dovrebbe, a sua volta, attribuire la contropartita del trasferimento (le azioni o le quote) al soggetto dal cui patrimonio proviene l'*asset* aziendale; di talché, in ipotesi di scissione parziale, le quote o le azioni delle beneficiarie dovrebbero essere attribuite alla società scissa medesima⁹. Secondo questa impostazione, pertanto, la circostanza che, invece, nella scissione siano attribuite ai soci della scissa, azioni o quote della beneficiaria (senza che essi debbano effettuare qualsivoglia conferimento) renderebbe evidente che la modificazione della consistenza patrimoniale delle società partecipanti all'operazione di scissione sarebbe la conseguenza di un atto di mera riorganizzazione delle strutture societarie¹⁰, non rispondendo ad alcuna logica traslativa.

⁸ V. RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, 1045, per cui tale conclusione consentirebbe di esimere la definizione di scissione da ogni concetto di trasferimento, per ancorarla a quella di mera modifica organizzativa nella prospettiva della continuità. Secondo FERRO – LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1068 «l'essenza della scissione si colloca a livello di struttura organizzativa, a livello quindi di organizzazione in senso oggettivo dell'attività: fusioni e scissioni sono infatti aggregazioni e separazioni, somme e divisioni, di questa struttura, mentre non sono fenomeni la cui essenza si possa cogliere in termini di trasferimento di beni a qualunque titolo tra soggetti».

⁹ Secondo DINI, *Scissioni – strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008, 84 ss., tale circostanza può essere spiegata considerando l'assegnazione delle partecipazioni sociali della beneficiaria ai soci della scissa come l'effetto di un contratto a favore di terzi, in cui la scissa assumerebbe il ruolo di stipulante, la beneficiaria quello di promittente ed i soci della scissa il ruolo di terzi.

¹⁰ Secondo tale impostazione dovrebbe quindi negarsi che, in ipotesi di scissione totale, l'operazione determini l'estinzione della società scissa; diversamente, le società risultanti dalla scissione opererebbero in regime di piena continuità, economica e giuridica, con la società scissa, o meglio, la società scissa continuerebbe ad operare sotto altre forme.

Su tali basi, quindi, viene rilevata, già a monte, l'incompatibilità tra la scissione e l'azione revocatoria, mancando il presupposto stesso per la sua applicabilità¹¹.

Per una seconda, più risalente, tesi (c.d. teoria estintivo-costitutiva o traslativa)¹², la scissione costituirebbe, al contrario, un fenomeno di tipo *esclusivamente successorio* che, in particolare nell'ipotesi di scissione totale, comporterebbe anche l'estinzione della scissa e la successione dei rapporti

Tale impostazione sembra confermata anche dalla pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 8 febbraio 2006, n. 2637, la quale ha aderito a tale impostazione in materia di fusione, in *Riv. not.*, 2006, 4, 1136 ss., con nota di SCALABRINI – TRIMARCHI, *Le sezioni unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*; DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi*, in *Soc.*, 2006, 460 ss. Diversamente, Cass., 19 maggio 2011, n. 11059, in banca dati *pluris.it*, ha ritenuto che la fusione realizzi una successione universale, corrispondente a quella *mortis causa*, producendo l'effetto dell'estinzione dell'incorporata.

¹¹ Così concludono Cass., 30 dicembre 2011, n. 30246, in banca dati *pluris.it*; Cass., 17 giugno 2014, n. 13762, in banca dati *pluris.it*; Trib. Roma, 7 novembre 2016, (nt. 3).

¹² In dottrina, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 204 ss.; PICCIAU, sub art. 2506 c.c., in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 1025; ID., *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento d'azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, 1413 ss.; BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 525 ss.; MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 41 ss. Secondo OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 505 ss., la scissione darebbe luogo ad un fenomeno di successione «avente ad oggetto – integralmente o per quote – un patrimonio unitariamente considerato – attivo e passivo – e non solo elementi che lo compongono».

In giurisprudenza, secondo Cass., 27 aprile 2001, n. 6143, in *Giur. comm.*, 2002, II, 173 ss., con nota di CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, «in caso di scissione totalitaria di una società per azioni a norma dell'art. 2504 septies c.c., con contestuale costituzione di una pluralità di società, si verifica una successione a titolo universale tra la società oggetto di scissione – che si estingue senza prima passare attraverso la fase di liquidazione -, e le nuove società, con frazionamento di queste ultime del patrimonio della società scissa e dei relativi rapporti»; Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897, in *Foro it.*, 1, 3312, e in *Giust. Civ.*, 1999, 1, 741, con nota di LAMBERTUCCI, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*; Trib. Salerno, 15 dicembre 2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, 751, con nota di GHIGI, *La relazione di stima ex art. 2343 c.c. nell'ambito della scissione*; Trib. Brescia, 11 marzo 1998, in *Riv. not.*, 1999, 752 ss.

giuridici pendenti a favore delle società beneficiarie. Pertanto, le assegnazioni, sia di alcuni beni (nella scissione parziale)¹³ che della loro complessità (nella scissione totale), costituirebbero veri e propri atti di natura dispositiva.

Questa posizione, inversamente alla prima, sminuisce la rilevanza del dato letterale di cui all'art. 2506 c.c.¹⁴ e richiama, invece, la sesta direttiva comunitaria sulla scissione n. 1982/891/CEE (e recepita nel sistema interno dall'art. 15 del d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22), rilevando come deporrebbero a favore della natura traslativa della scissione altri riferimenti normativi, quali gli artt. 2 e 17 della citata direttiva¹⁵.

¹³ Secondo Cass., 13 aprile 2012, n. 5874, in banca dati *pluris.it*, in caso di scissione parziale si assisterebbe ad una successione a titolo particolare.

¹⁴ Viene, inoltre, evidenziata la scarsa rilevanza dei lavori preparatori (in precedenza richiamati, v. nt. 7) quale indice da cui desumere tale conclusione; in tal senso, PICCIAU, *Commento sub art. 2506 c.c.*, 1025 ss.; 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, 701 ss.

D'altra parte, l'eliminazione da parte del legislatore italiano di ogni riferimento ad un vero e proprio "trasferimento" è stata letta da alcuni Autori come una possibile violazione del diritto comunitario. In tal senso, PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, 145 ss. e PALMIERI, *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale, Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1511, il quale avanza anche dubbi in relazione ad un possibile eccesso di delega da parte del legislatore della riforma.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2, co. 1, «si intende per scissione mediante incorporazione l'operazione con la quale una società [...] trasferisce a più società (...); ed ai sensi dell'art. 17, co. 1, «la scissione produce *ipso jure* e simultaneamente i seguenti effetti: a) il trasferimento tanto tra la società scissa e le società beneficiarie, quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società». Secondo MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, 164, che sostiene la cd. teoria modificativa-evolutiva, la terminologia utilizzata dalla direttiva non potrebbe avere valore vincolante per il legislatore nazionale, essendo invece diretta a esemplificare alcune conseguenze pratiche dell'istituto, riducendosi ad un valore meramente descrittivo e quindi non precludendo agli Stati membri di costruire l'istituto della scissione anche in modo diverso, pur non potendo confliggere con la regolamentazione comunitaria. In tal senso anche SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 190, nt. 7.

Alla luce della sua natura traslativa, la scissione si porrebbe, quantomeno da questo punto di vista, come operazione potenzialmente revocabile (salva la valutazione della sussistenza degli ulteriori presupposti).

Infine, per una più condivisibile tesi intermedia (c.d. modificativa-traslativa o della causa tipica)¹⁶, la scissione costituirebbe una vicenda *modificativa dell'organizzazione societaria, cui sarebbe funzionale l'effetto traslativo patrimoniale* ad essa collegato, di talché lo scopo della riorganizzazione degli *assets* societari viene realizzata mediante un'assegnazione patrimoniale.

¹⁶ In dottrina, GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto delle società: manuale breve*, Milano, 2012, 459, secondo cui «per quanto riguarda la natura dell'operazione di scissione (...) si tratta di una modificazione dell'atto costitutivo, che è volta a realizzare una profonda riorganizzazione delle società partecipanti; essa è accompagnata, nella scissione 'parziale', da effetti traslativi alquanto particolari; nella scissione 'totale', da un effetto successorio universale, soggetto a sua volta a regole del tutto singolari»; PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 482 ss., per cui vi «è la presenza nella scissione di due componenti espressamente delineate dalla legge: il trasferimento del patrimonio sociale e l'assegnazione delle azioni o quote delle beneficiarie ai soci della scissa»; SARALE, *Le scissioni*, in *Le operazioni societarie straordinarie, Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2011, 669; CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, 195; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 8^a ed., Torino, 2012, 676 ss.; G. E. COLOMBO, *Scissione e trasferimento di azienda. A) Introduzione*, in *Studium Oeconomiae. Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 370 ss.; SCOGNAMIGLIO G., *Scissione e trasferimento d'azienda. B) Profili civilistici*, in *Studium Oeconomiae. Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 373 ss.; ID., *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 443 ss.; ID., *Le scissioni*, 121 ss.; PALMIERI, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, Torino, 1999, 28 ss., si riferisce ad un legame «intimo ed indissolubile» fra trasferimento di patrimonio e attribuzione di azioni; SPITALERI, sub *art. 2506 c.c.*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 1999, 488. In giurisprudenza, Trib. Roma, 12 giugno 2018, (nt. 1); Trib. Napoli Nord, 24 luglio 2017, in www.giustiziacivile.com, con nota di RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, per cui «la scissione si presenta come una fattispecie a formazione progressiva nel cui ambito sono compiuti due negozi giuridici autonomi e collegati: il primo negozio diretto alla modifica dell'atto costitutivo della società che è riferibile giuridicamente ai soci; il secondo atto giuridico, che è propriamente un atto di gestione della società, rappresentato dall'assegnazione degli elementi patrimoniali alla società beneficiaria»; Trib. Napoli Nord, 25 luglio 2016, in www.dirittobancario.it.

Secondo questa impostazione, quindi, la scissione integrerebbe simultaneamente *sia* un trasferimento patrimoniale, *sia* una modifica strutturale societaria, e sulla cui base, in definitiva, si verificherebbero fenomeni *sia organizzativi che patrimoniali*. In tal senso, seppur non chiamate specificamente a pronunciarsi su tale profilo, si sono anche espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 23225 del 15 novembre 2016, che hanno rilevato come la scissione rappresenterebbe una operazione «consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, contro l’assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa [e] si traduce in una fattispecie traslativa»¹⁷.

Questa impostazione appare quella preferibile, atteso che, per effetto della conclusione della scissione, sembrano immediati gli effetti sia patrimoniali che organizzativi, ove questi ultimi risultano consequenziali ai primi in quanto al trasferimento degli *assets* aziendali segue l’assegnazione delle partecipazioni delle società beneficiarie.

Da tale punto di vista, quindi, l’azione revocatoria apparirebbe compatibile con la scissione (salva la sussistenza degli ulteriori presupposti ai fini dell’applicazione dell’*actio pauliana*).

Tuttavia, come anticipato, seppur il tema sia spesso oggetto di confronti in dottrina ed in giurisprudenza, esso non appare dirimente ai fini della valutazione circa l’ammissibilità dell’azione revocatoria. Anche qualora non si ritenesse di attribuire alla scissione una funzione, anche solo parzialmente,

¹⁷ In *Not.*, 2017, 159 ss., con nota critica di MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?* Inoltre, le Sezioni Unite escludono che la scissione rappresenti un fenomeno di successione universale che determina l’estinzione della scissa, configurando, invece, una successione a titolo particolare che, a livello processuale, comporta l’applicazione dell’art. 111 c.p.c. Nello stesso senso anche Cass., 30 dicembre 2011, n. 30246; Cass., 17 giugno 2014, n. 13762; Cass., 4 dicembre 2018, n. 31313; Cass. 13 aprile 2012, n. 5874, tutte in banca dati *pluris.it*; Trib. Roma, 12 giugno 2018, (nt. 1) che, in particolare, si richiama a Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897, (nt. 12).

dispositiva, ciò sembra indifferente rispetto all'esperibilità dell'*actio pauliana*, poiché essa appare indipendente dalla mera logica traslativa.

Il richiamo agli «atti di disposizione del patrimonio», di cui all'art. 2901 c.c., sembra infatti non riferirsi esclusivamente ad atti puramente traslativi¹⁸. Inoltre, poiché la norma si riferisce ad «atti di disposizione del patrimonio», e non ad atti dispositivi di beni, può ritenersi passibile di revocatoria qualsivoglia comportamento del debitore idoneo a rendere incapiente, od anche solo più difficilmente aggredibile, il suo patrimonio. Ciò che importa, in definitiva, è l'effetto acquisitivo, da parte di un terzo, di un *valore* precedentemente imputabile al diverso patrimonio del debitore, indipendentemente dal fatto che ciò sia correlato ad un atto di disposizione.

In tal senso sembrano deporre una serie di elementi.

Innanzitutto, in quanto risulta certamente revocabile un atto che, senza determinare alcun effetto traslativo immediato di un cespite, si limiti a produrre il costituirsi di una causa legittima di prelazione ai sensi dell'art. 2741 c.c., come previsto dall'art. 2901, secondo co., c.c. e dall'art. 67, primo co., nn. 3 e 4, l. fall. (e v. art. 166, primo co., lett. c) e d), d.l.vo n. 14/2019), laddove essi prevedono l'assoggettamento ad azione revocatoria dell'atto costitutivo di pegno, di ipoteca e di garanzie in genere. Allo stesso modo, l'art. 67, secondo co., l. fall. (e v. art. 166, secondo co., d.l.vo n. 14/2019) si riferisce, genericamente, agli atti costitutivi di un diritto di prelazione¹⁹.

¹⁸ V. MAGLIULO, *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto di scissione*, 25 ss., per cui la revocatoria deve ritenersi ammissibile anche contro gli atti che creano una legittima causa di prelazione ai sensi dell'art. 2741 c.c., ossia di atti che non hanno un effetto traslativo immediato di cespiti del debitore.

¹⁹ Secondo FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, I, 2013, 988, «questa lettura più espansiva, oltre che fondarsi sulla dichiarata revocabilità di una garanzia, pare preferibile sol che si osservi che l'atto di disposizione è quello che 'impegna' il patrimonio del debitore»; ID., *L'azione revocatoria ordinaria nella liquidazione giudiziale*, in *NLCC*, 2019, 1423-1425. In tal senso anche Cass., 13 maggio 2009, n. 11051, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2010, II, 137 ss., con nota di BERTINO, *La revocatoria dei contratti strumentali all'adempimento di un debito scaduto*.

Inoltre, l'azione revocatoria è certamente ammessa anche rispetto all'adempimento di un debito non scaduto (art. 2901, terzo co., c.c.) e contro il pagamento di un debito scaduto in sede fallimentare (art. 67, primo co., n. 2 e secondo co., l. fall.; e v. art. 166, secondo co., d.l.vo n. 14/2019). Tuttavia, come rilevato dalla prevalente dottrina²⁰, a questi atti non può essere attribuita natura negoziale dispositiva, di talché l'estinzione dell'obbligazione adempiuta si verifica per il fatto obiettivo del pagamento.

Può dedursi, allora, che ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria non sia indispensabile la sussistenza di un atto dispositivo in senso proprio, essendo sufficiente, invece, che l'effetto dello stesso rappresenti una condotta del debitore che arrechi un pregiudizio al creditore (od, in generale, alla massa dei creditori in ambito concorsuale) sul piano della garanzia patrimoniale²¹,

²⁰ BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 266; SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 109.

²¹ In tal senso RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, in *giustiziacivile.com*; PIN, *Scissione e azione revocatoria*, 144; MAGLIULO, *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti della scissione*, 24 ss.; BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, in *Giur. comm.*, II, 2019, 396 ss.

In giurisprudenza, Trib. Catania, 9 maggio 2012, (nt. 1); Trib. Napoli Nord, 25 luglio 2017, in *www.ilcaso.it*, per cui «il concetto di atto di disposizione deve essere interpretato tenendo presente la funzione riparatoria del rimedio revocatorio, quindi, esso ricomprende gli atti che comportano una modificazione sostanziale, giuridica o economica dei beni (...) non è essenziale per l'esercizio dell'azione revocatoria la caducazione di un effetto negoziale-dispositivo in senso proprio di un atto compiuto dal debitore, essendo, invece, sufficiente che detta azione derivi da un comportamento volontario del debitore che arrechi danno al creditore sul piano della garanzia patrimoniale». Non sembrano quindi condivisibili le conclusioni a cui giunge Trib. Roma, 19 ottobre 2015, (nt. 3), per cui «la mera natura riorganizzativa della scissione non consent[e] di far rientrare la stessa nell'ambito del concetto di atto dispositivo revocabile, pur consapevole che parte della dottrina riconosce, comunque, all'atto un'attitudine alla disgregazione patrimoniale che potrebbe produrre un simile 'aggravio' della posizione creditoria»; ed App. Catania, 19 settembre 2017, (nt. 3), che, sul presupposto della mera modificazione strutturale della scissione, nega che essa sia qualificabile quale atto dispositivo patrimoniale e che, per tale motivo, possa essere assoggettata a revocatoria.

rendendo il patrimonio meno capiente o comunque più difficilmente aggredibile.

Pertanto, qualsivoglia sia la natura che si ritiene di attribuire all'operazione di scissione (se del caso, anche meramente modificativa-evolutiva), essa sarebbe indifferente rispetto al profilo dell'ammissibilità della scissione.

Ciò è in particolar modo sostenibile proprio con riferimento all'operazione di scissione che, quantomeno tendenzialmente, incide in senso peggiorativo²²

²² Questo quantomeno generalmente, ossia quando l'assegnazione di elementi patrimoniali a favore delle società beneficiarie determina un decremento del patrimonio sociale.

Ipotesi particolare riguarda la c.d. *scissione negativa*, fattispecie che si configura quando la società beneficiaria, neo-costituita o preesistente, sia assegnataria di un insieme di assetti patrimoniali che esprimono complessivamente un valore pari o inferiore a zero.

Discussa è l'ammissibilità della scissione negativa. Secondo l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza, la scissione negativa sarebbe ammissibile allorché, pur a fronte di un'assegnazione di un netto patrimoniale contabile negativo, sussista comunque un valore positivo dal punto di vista economico, accertato da una relazione di stima (cui potrebbe essere applicabile la disciplina dei conferimenti in natura). Diversamente, qualora anche il valore economico netto del patrimonio da assegnare in sede di scissione sia negativo, l'operazione è ritenuta inammissibile, soprattutto nei casi in cui occorra determinare un rapporto di cambio delle azioni o quote assegnate. In tal senso Cass., 20 novembre 2013, n. 26043, in *Giur. it.*, 2014, 1415 e ss., con nota di CAVANNA, *La scissione: un'operazione intangibile?* secondo cui, qualora, per effetto della scissione, la beneficiaria neocostituita o preesistente si veda attribuire un insieme di elementi patrimoniali che esprime complessivamente un valore negativo, «tale scissione è da ritenere non consentita in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e conseguentemente non potrebbe aversi una distribuzione di azioni»; fermo restando che tale invalidità non potrà più essere pronunciata dopo l'iscrizione dell'ultimo atto della scissione nel registro delle imprese *ex art. 2504 quater c.c.*, richiamato dall'*art. 2506 ter c.c.*

In argomento, v. RESCIO, *Fusioni e scissioni negative*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 537 ss., ove, scartate le posizioni interpretative di preclusione assoluta al fenomeno delle scissioni negative, vengono affrontate le diverse forme di scissione negativa ritenute ammissibili; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 150; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 222 ss.; SANTANGELO, *La scissione nella Riforma*, in *Studi sulla riforma del diritto societario: riflessioni del notariato*, Milano, 2004, 551 ss.; PICONE, *sub art. 2506-bis*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti – Ghezzi – Bianchi – Notari, Milano, 2006, 1087; SARALE, *Le scissioni*, 614.

In precedenza, diversamente, la giurisprudenza aveva rifiutato l'ammissibilità dell'ipotesi della scissione negativa anche solo contabilmente, v. Trib. Venezia, 6 novembre 1992, in *Soc.*, 1993, 363, e per la cui critica v. PORTALE, *Scissione parziale di società per azioni a*

sulla capienza della società scissa, la quale subisce un decremento patrimoniale di importo pari al valore di quanto assegnato alle società beneficiarie²³ e che, nelle ipotesi più gravi, potrebbe anche comportare la riduzione del capitale sociale²⁴. Effetti pregiudizievoli che, del resto, vengono riconosciuti anche dal legislatore che, con esclusivo riferimento alla scissione (e non alla fusione²⁵), ha infatti previsto a carico delle società partecipanti all'operazione una responsabilità solidale per i debiti della scissa.

Per queste ragioni, sembra allora che la scissione costituisca un atto di «disposizione del patrimonio» rilevante ai sensi dell'art. 2901 c.c., intendendosi tale espressione in senso lato, quale atto idoneo a produrre effetti pregiudizievoli sul patrimonio del debitore sociale, così come naturalmente accade per effetto della scissione.

L'azione revocatoria, dal punto di vista della natura dell'operazione sottostante, è quindi potenzialmente compatibile con la scissione.

L'indagine deve allora proseguire oltre e spostarsi su un piano di valutazione diverso e che consideri, come indicato in precedenza, i due generali interessi che l'ordinamento deve perseguire: *da una parte*, la tutela

favore della «controllante» totalitaria: questioni, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 1998, I, 362 ss.

²³ V. Trib. Roma, 12 giugno 2018, (nt. 1). D'altra parte è anche vero che, se certamente i creditori della scissa saranno danneggiati dall'operazione in quanto vedranno parte dell'attivo ceduto alla/e beneficiaria/e; potrebbe accadere che i creditori della beneficiaria (ed in precedenza della scissa) possano, in ipotesi, approfittare di una migliore situazione patrimoniale ed economica delle società beneficiarie, rispetto alla scissa. Tale profilo, in ogni caso, pare rilevare già sul versante della fondatezza dell'azione revocatoria che, in quanto tale, comunque presuppone quantomeno una maggiore difficoltà nel recupero del credito.

²⁴ La riduzione del capitale non è necessaria quando la società scissa abbia riserve od altre poste del patrimonio netto disponibili e di ammontare almeno pari alla riduzione stessa determinata dalla scissione; v. NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale sociale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6*, Torino, 1993, 458.

²⁵ Ravvisa nella scissione un'operazione potenzialmente più lesiva dei diritti dei creditori sociali rispetto alla fusione, DENOZZA, *La scissione di società*, in *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, 87 ss.

dei creditori sociali affinché la complessiva struttura degli strumenti di difesa, approntati dal legislatore a fronte di operazioni della società debitrice e che possono causare un pregiudizio alla sua garanzia patrimoniale, deve loro garantire e, *dall'altra parte*, la necessità di garantire la stabilità dell'operazione straordinaria al fine di evitare dannosi, nonché sostanzialmente irrealizzabili, ripristini delle situazioni di fatto anteriori.

Interessi che, come visto, si pongono tra loro in rapporto di equazione da un punto di vista generale (non avendo il legislatore indicato alcuna preferenza per l'uno o per l'altro), e che quindi nel medesimo rapporto devono rimanere anche rispetto all'operazione di scissione²⁶.

Il vero terreno di scontro tra le diverse impostazioni, che ritengono ammissibile o meno l'azione revocatoria rispetto alla scissione, è infatti quello relativo alle speciali tutele – in precedenza ricordate - previste dal legislatore a favore dei creditori sociali in ipotesi di scissione ed al rapporto in cui esse si pongono rispetto alla stabilità dell'operazione. Il tema si inserisce, peraltro, nel più ampio dibattito relativo ai rapporti (di esclusività oppure complementarietà) sussistenti tra il diritto societario e quello civile e che, nel caso di specie, si declina nella valutazione della sussistenza, o meno, di un sistema normativo di tutele completo ed autosufficiente elaborato per disciplinare il fenomeno della scissione, di talché istituti estranei alla

²⁶ V. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 244, per cui, riferendosi agli indicati due versanti di interessi, rileva come «l'ordinamento non scioglie in via generale, con correlativo vincolo per l'azione degli organi sociali conseguente all'invalidazione, il problema della gerarchia tra gli interessi toccati dall'invalidazione. Esso non pone regole generali idonee ad attribuire in ogni caso preferenza ad uno di essi piuttosto che agli altri».

scissione non possano interferire su un sistema chiuso. Temi su cui dottrina²⁷ e giurisprudenza²⁸ appaiono ancora divise.

²⁷ Sostengono che le norme a tutela dei creditori costituirebbero un sistema chiuso MALTONI – SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, 1082 ss.; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 294 ss.; ID., *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 267; PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, 28 ss.; MAGLIULO, *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti della scissione*, 26-27, secondo cui il sistema dovrebbe ritenersi chiuso anche in considerazione della più ampia considerazione per cui la revocatoria della scissione, come per tutte le altre operazioni aventi carattere strutturale e non meramente gestorio, potrebbe determinare effetti destabilizzanti sulla società, rappresentando, infatti, operazioni diverse da quelle di mera gestione del patrimonio che, invece, ammettono una tutela revocatoria *ex post*; FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, in *Soc.*, 2002, 1384; ID., *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Bassi e Buonocore, Padova, 2010, 2, 591, per cui le norme relative all'operazione di scissione delineerebbero un «particolare microsistema a tutela dei creditori (...) che soddisfa anche le residuali esigenze della revocatoria»; PROTO PISANI, *L'opposizione dei creditori nel nuovo diritto e processo societario*, in *Foro it.*, 2004, parte V-6, 55-56, sulla base di un argomento non condivisibile per cui «l'opposizione dei creditori è uno strumento di conservazione della garanzia patrimoniale che sostituisce l'azione revocatoria, e si atteggia come una revocatoria preventiva».

In senso opposto, sostengono invece l'esperibilità dell'azione revocatoria, PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, 148 ss.; ORIANI, *L'opposizione dei creditori alla fusione nel quadro dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Quaderni di Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2011, 21 ss. Alla medesima conclusione altri Autori giungono considerando l'assenza di un espresso divieto di agire in via revocatoria, v. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 47; PELLEGRINO, *La revocatoria fallimentare nella società scissa*, in *LUISS-Ceradi*, 07/2006, par. III; oppure sostenendo, anche in tal caso in maniera non condivisibile, la portata più generale dell'azione revocatoria rispetto a quella più limitata dell'opposizione, v. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, 62 ss.; BENVENUTO, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, sub *art. 2500 novies*, Milano, 2010, 719.

²⁸ In giurisprudenza, sostengono l'autosufficienza del sistema, Trib. Napoli, 26 novembre 2018; App. Catania, 19 settembre 2017; Trib. Roma, 7 novembre 2016; Trib. Bologna, 1 aprile 2016; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, per tutte v. nt. 3; Trib. Bologna, 24 marzo 2016, in *Riv. not.*, 2016, II, 547; Trib. Milano, 8 settembre 2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, 198 ss., con nota di BELTRAMI, *Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita*.

Di diverso avviso, invece, Trib. Pescara, 17 maggio 2017, in *Soc.*, 2017, 1085, con nota critica di MALTONI – SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*; Trib. Napoli Nord, 24 luglio 2017, (nt. 16).

Nei prossimi paragrafi verranno quindi esaminate le potenzialità di tutela di questi rimedi speciali previsti in ipotesi di scissione, ponendoli in rapporto con l'azione revocatoria al fine di comprendere se essi siano in grado di soddisfare tutti gli interessi potenzialmente tutelabili dall'*actio pauliana*.

5. *Il diritto di opposizione dei creditori sociali ex art. 2503 c.c.*

5.1. *Il fondamento del diritto di opposizione e le sue affinità con l'azione revocatoria.*

Secondo una *prima impostazione*, oramai risalente (e forse non più attuale in quanto incentrata esclusivamente sugli interessi personali del creditore sociale, tralasciando quelli organizzativi della società), il diritto di opposizione sarebbe riconosciuto a prescindere dal pregiudizio derivante dall'operazione, in quanto la *ratio* dello strumento dovrebbe essere individuata già nel principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, per cui la modifica societaria che abbia riflessi sui creditori potrebbe essere attuata solo con il loro previo consenso²⁹.

Per una *seconda impostazione*, che pare preferibile, il fondamento del diritto all'opposizione all'operazione straordinaria dovrebbe invece essere riconosciuto nella tutela del creditore sociale rispetto al pregiudizio patrimoniale conseguente alla realizzazione dell'operazione³⁰. Un rischio

²⁹ CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, in particolare 59, ove «gli atti delle società, contro i quali possono intervenire i creditori, non sono efficaci verso i terzi senza il loro consenso, perché disporrebbero del diritto altrui»; e comunque sulla considerazione che non in tutte le ipotesi in cui il legislatore prevede il diritto di opposizione si assisterebbe necessariamente ad una riduzione della capacità della garanzia patrimoniale della società.

³⁰ V., per tutti, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 664 ss. Per una particolare impostazione (v. VICARI, sub *art. 2503*, in *Le società per azioni*, diretto da

che, a ben vedere, si potrebbe verificare *sia* nell'ipotesi di scissione a favore di una preesistente società beneficiaria (scissione c.d. aggregativa) ove, accanto all'effetto divisionale della scissa, si determina anche un effetto aggregativo di parte della stessa con la struttura della beneficiaria preesistente³¹; *sia* nell'ipotesi di scissione, totale o parziale, a favore di società beneficiarie di nuova costituzione. In entrambe le ipotesi, infatti, si assiste alla partizione della originaria struttura societaria, con conseguente sottrazione ai creditori della scissa di elementi patrimoniali costituenti la garanzia patrimoniale per il soddisfacimento del loro credito³².

Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3328; CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy out. L'art. 2501 bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007, 179) si tratterebbe di un pregiudizio rilevante non per il singolo creditore opponente, ma di tutti i creditori collettivamente considerati, di talché il giudice dell'opposizione dovrebbe operare una sintesi di tutte le posizioni mediante una valutazione della situazione patrimoniale e delle prospettive economiche e reddituali della società. Per altra dottrina, invece, l'opposizione presupporrebbe un pericolo di pregiudizio del solo opponente, con ogni valutazione conseguente da parte del giudice dell'opposizione (v. FERRI jr – GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 260 ss.; CETRA, *Le trasformazioni 'omogenee' ed 'eterogenee'*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 152 ss.).

³¹ Peraltro, pare essere esclusivamente questa la giustificazione della medesima previsione in tema di fusione, ove l'interesse tutelato è sempre quello individuabile nella eventuale diminuzione della garanzia patrimoniale offerta dal debitore all'esito della confusione patrimoniale determinata da questa operazione. In tal senso, v. ORIANI, *L'opposizione dei creditori alla fusione nel quadro dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 21 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 664; GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, 429.

In giurisprudenza, con riferimento all'opposizione nella fusione, *ex multis* da ultimo v. Trib. Milano, 20 dicembre 2018 e 26 gennaio 2019, in *Soc.*, 2019, 956 ss., con nota di ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*.

³² Diversamente, secondo parte della dottrina (v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 281), l'opposizione sarebbe volta a tutelare i creditori sociali solo a fronte di una scissione mediante incorporazione in società preesistenti, e quindi rispetto alla confusione del patrimonio della scissa con il patrimonio della beneficiaria. L'opposizione, pertanto, non dovrebbe poter essere esercitata dal creditore della scissa sulla base del solo presupposto della diminuzione

All'interno di questa impostazione, poi, secondo parte delle opinioni, il pregiudizio dovrebbe essere riferito alla *lesione della garanzia patrimoniale generica*³³, mentre secondo altri alla *c.d. garanzia commerciale*³⁴, quale incidenza dell'operazione straordinaria sull'equilibrio finanziario ed economico della società debitrice e sulla sua capacità di operare in una prospettiva di continuità aziendale³⁵.

La prima opinione (opposizione quale tutela della garanzia patrimoniale generica) pare preferibile, in considerazione del fatto che tale fondamento sembra appartenere a tutte le ipotesi, legislativamente previste, del diritto di opposizione, quali l'operazione di riduzione del capitale sociale *ex art. 2445*

del capitale sociale, che inevitabilmente si verifica in ogni caso di scissione parziale, e per far valere il rischio di pregiudizio alle sue ragioni di credito, che quella diminuzione comporta. Secondo l'A., l'assunto sarebbe dimostrato dall'art. 2445 c.c., che prevede il rimedio dell'opposizione solo nell'ipotesi di diminuzione del capitale sociale; nonché dal rilievo che il sistema di tutela dei creditori tende ad assicurare la permanenza e la sostanziale integrità, nonostante il frazionamento, della garanzia patrimoniale originaria, attraverso la previsione della responsabilità solidale delle società partecipanti

³³ In tal senso, FIMMANÒ, *Funzione, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, 437; SPOLIDORO, *Le fusioni*, 112; SCOGNAMIGLIO G., *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 116; PERRINO, *sub artt. 2503-2503 bis*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 3, 1547.

In giurisprudenza, v. Trib. Pescara, 17 maggio 2017, (nt. 28); Trib. Milano, 20 agosto 2015, in *Soc.*, 2016, 846 ss., con nota di LOPEZ, *Opposizione dei creditori e giudizio di autorizzazione alla fusione*; Trib. Milano, 20 dicembre 2018, (nt. 31); Trib. Milano, 26 gennaio 2019, (nt. 31), per cui, in quanto strumento volto alla tutela della garanzia patrimoniale generica ed avente ad oggetto il carattere pregiudizievole della operazione rispetto alla posizione dei creditori, rappresenterebbe una tutela «assimilabile per taluni profili all'azione revocatoria».

³⁴ CACCHI PESSANI, *sub art. 2503 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società. Trasformazione. Fusione. Scissione*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2006, 723; SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Portale e Colombo, Torino, 2004, 523.

³⁵ Ciò viene sostenuto in considerazione di quanto previsto nell'ultima parte del primo comma dell'art. 2503 c.c., secondo cui la fusione (e la scissione in ragione del richiamo) potrebbe anche essere attuata prima dei sessanta giorni, dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502 *bis* c.c., qualora la società di revisione asseveri che «la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori».

c.c.; di trasformazione eterogenea da o in società di capitali *ex art. 2500 novies* c.c.; di revoca dello stato di liquidazione *ex art. 2487 ter*, secondo co., c.c. Ancora, a dimostrazione di come la tutela si rivolga al mantenimento della garanzia patrimoniale generica, l'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. (richiamato dall'art. 2503, secondo co., c.c. e dall'art. 2487 *ter*, secondo co., c.c.) dispone che l'operazione di riduzione del capitale sociale possa comunque aver luogo qualora il Tribunale ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori, oppure la società abbia prestato idonea garanzia.

In conclusione, dal punto di vista del fondamento, l'azione revocatoria e quella di opposizione non presentano sostanziali divergenze, tanto che ciò potrebbe far ritenere che la generica azione revocatoria potrebbe considerarsi assorbita dalla speciale azione di opposizione. Ciò ha portato infatti parte della dottrina a considerare l'*actio pauliana* assorbita, in quanto azione generale, dal diritto di opposizione³⁶.

Tuttavia l'opposizione, sotto altri profili, si presenta come uno strumento molto diverso dall'azione revocatoria e, soprattutto con capacità difensive piuttosto limitate ed inidonee a fornire l'adeguata tutela che l'*actio pauliana* può invece garantire.

5.2. *L'insufficienza dell'opposizione a garantire le tutele dell'azione revocatoria.*

³⁶ In tal senso, v. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile, Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1953, 6; PROTO PISANI, *L'opposizione dei creditori nel nuovo diritto e processo societario*, 55; ORIANI, *L'opposizione dei creditori della società alla fusione nel quadro dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 87 e nt. 214; FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione societaria*, in *www.ilcaso.it*, 2019, 20.

La valutazione in merito alla capacità dell'opposizione di assorbire l'azione revocatoria deve essere operata nella sua completezza, non limitandosi a considerarne il fondamento. L'opposizione ha infatti una portata applicativa sia diversa rispetto all'azione revocatoria; sia, e soprattutto, molto più ristretta, di talché ritenere che essa valga a rendere inammissibile l'*actio pauliana* importerebbe un vuoto di tutela per i creditori sociali.

Innanzitutto, vi è una sostanziale differenza tra i due strumenti di tutela dal punto di vista del momento dell'intervento, atteso che con l'opposizione si vuole impedire, *ex ante*, la realizzazione dell'operazione; diversamente, l'*actio pauliana* rende *ex post* inopponibile l'assegnazione patrimoniale al creditore procedente rispetto ad un'operazione oramai conclusa. Come evidente, anche per i creditori anteriori al progetto di scissione potrebbe non essere di immediata comprensione, quantomeno non sempre entro la soglia della ordinaria diligenza da loro esigibile e specie nel così breve tempo loro concesso (sessanta giorni), l'eventuale pregiudizio che essi potrebbero subire per effetto della scissione. Escludere la tutela revocatoria potrebbe significare elidere un efficace mezzo di tutela proprio nel momento della comprensibile emersione del pregiudizio.

La *seconda motivazione* (per cui pare che l'opposizione non possa considerarsi avere un raggio di tutela parificabile a quello dell'azione revocatoria) riguarda i soggetti legittimati attivi al suo esperimento che, nell'opposizione, sono limitati ai soli *creditori sociali anteriori*, ancorché, secondo la prevalente interpretazione, titolari di crediti sottoposti a termine o

condizione³⁷, relativi ad un giudizio pendente o derivanti da rapporti ancora in esecuzione, o ancora non liquidi o non esigibili e finanche contestati³⁸.

L'opposizione non può quindi tutelare i *creditori successivi* «all'iscrizione o alla pubblicazione del progetto di fusione [e di scissione]», limitazione che viene ritenuta essere stata espressa in considerazione del principio – peraltro poco condivisibile - secondo cui, una volta che i termini della progettata operazione siano stati resi noti, non sarebbe meritevole di tutela chi avrebbe potuto proteggersi da ogni potenziale pregiudizio semplicemente evitando di contrarre con la società³⁹. Rimangono altresì esclusi i *creditori anteriori inconsapevoli* (a causa di false informazioni da parte degli amministratori)⁴⁰. Sostenere, pertanto, che il diritto di opposizione rende inammissibile l'*actio pauliana*, priverebbe di tutela una rilevante parte di creditori sociali che, ovviamente impossibilitati a promuovere l'opposizione, vedrebbero loro anche sottratta la tutela revocatoria.

³⁷ Sul presupposto che l'opposizione sia da assimilare agli atti conservativi contemplati dall'art. 1356 c.c., v. SANTAGATA C., *Le fusioni*, 493, nt., 22; FIMMANÒ, *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, 444, nt. 51; EREDE, *L'opposizione dei creditori*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 400.

³⁸ Per ogni riferimento, v. PERRINO, sub *artt. 2503 – 2503 bis*, 1548.

Secondo MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società. Interesse sociale, ragioni dei creditori, sana e prudente gestione della banca*, Milano, 2014, 219, lo spirare del termine per l'opposizione comporta necessariamente anche il venir meno di qualsivoglia possibilità (quantomeno per i creditori anteriori) di far venir meno l'efficacia della scissione mediante la via revocatoria, anche per ragioni di certezza della stabilità dell'operazione.

³⁹ In merito v. RORDORF, *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Soc.*, 1991, 411.

⁴⁰ Secondo POTOTSCHING, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, 60-62, ulteriori fattispecie da cui emergerebbe l'inefficienza dell'opposizione a tutelare i creditori sociali sarebbero quelle in cui vi sia stata una lacuna nell'esatta individuazione delle posizioni creditorie rispetto alle quali valutare, ex art. 2503 c.c., il consenso dei creditori oppure il pagamento o il deposito degli importi loro dovuti al fine di poter attuare la scissione prima del decorso del termine di opposizione; od ancora, qualora la relazione da parte della società di revisione, necessaria al fine di evitare il necessario consenso o deposito delle somme, risulti errata.

Non pare sostenibile che, allora, sia esperibile l'azione revocatoria per gli uni (i creditori successivi ed i creditori che si dimostrino inconsapevoli) e non per gli altri (i creditori anteriori). Ciò in ragione dell'inammissibile disparità di trattamento che, altrimenti, verrebbe a determinarsi tra creditori sociali, in considerazione (specie per quanto di dirà *infra*) della diversa efficacia e capacità protettiva delle due azioni.

Da ultimo, è opportuno ricordare come l'opposizione sia di per sé uno strumento non del tutto funzionale, in ciò evidenziando indubbi profili di debolezza rispetto alla revocatoria.

L'azione di opposizione, infatti, diviene inammissibile (ove non ancora proposta) oppure improcedibile (ove fosse stato già instaurato il procedimento), qualora l'ultima delle iscrizioni di cui all'art. 2504, secondo co., c.c. (richiamato per la scissione dall'art. 2506 *ter*, ultimo co., c.c.) venga eseguita prima dello scadere dei sessanta giorni (cd. scissione *ante diem*) oppure in pendenza del procedimento di opposizione.

I descritti effetti (di improcedibilità ed inammissibilità dell'opposizione) non vengono espressamente disciplinati dal legislatore ma, come sostenuto

da parte della dottrina⁴¹ e della giurisprudenza⁴², cui si oppongono anche voci contrarie⁴³ (ed in giurisprudenza prevalenti fino alla novella del 1991 sul

⁴¹ La dottrina si è espressa maggiormente con riferimento alla fusione, ma con determinazioni applicabili anche alla scissione. In tal senso VICARI, sub *art. 2503*, 3330, per cui «se la sentenza che accoglie la domanda di opposizione tempestivamente proposta da un creditore ai sensi dell'art. 2503 c.c., è pronunciata dopo che l'atto di fusione è stato iscritto (con efficacia definitivamente irretrattabile), al creditore residua solamente una tutela di tipo obbligatorio ex art. 2504 *quater*, co. 2 c.c.»; GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 204, per cui «né la proposizione dell'opposizione né il suo accoglimento blocca la fusione»; SANTAGATA, *Le fusioni*, 508-509 e 608-609, per cui «in pendenza dell'opposizione, gli atti di esecuzione della fusione compiuti sono inefficaci *erga omnes*, anche se tale inefficacia risulta sanata dall'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese, alla stregua dell'art. 2504-*quater*, 1° comma»; ID., *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto commerciale, III, Diritto delle società*, a cura di M. Cian, Torino, 2017, 882, per cui, ferma la responsabilità penale per gli amministratori ex art. 2629 c.c., l'atto di fusione (ma lo stesso varrebbe per quello di scissione) iscritto *ante diem* sarebbe valido ed efficace, in quanto l'iscrizione comporta una totale preclusione ad un ritorno allo *status quo ante*; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 291, per cui al creditore cui sia sottratto il diritto di opposizione per l'intervenuta iscrizione *ante diem* viene concessa la tutela obbligatoria di cui all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., e che «non merita di essere accolto l'indirizzo favorevole a ravvisare nell'iscrizione intempestiva un'ipotesi di iscrizione improduttiva di effetti».

In conformità, LUCARELLI, *Scissione e circolazione di azienda*, 455, rileva che la sufficienza dei sistemi codicistici di protezione dei creditori sociali potrebbe risultare inefficiente in due ipotesi. In un primo caso, qualora l'iscrizione della scissione (l'A. si riferisce alla fusione) venga anticipata rispetto al termine concesso ai creditori per proporre l'opposizione, in quanto ciò determina il sostanziale venir meno dell'operatività del rimedio ai sensi dell'art. 2504 *quater* c.c. In un secondo caso, qualora il giudice abbia proceduto, con provvedimento cautelare, ad ammettere l'immediata attuazione della fusione, cui segua un eventuale giudizio di merito che accerti come, al contrario, non sussistessero i presupposti per concedere l'immediata esecuzione dell'operazione per cui, tuttavia, non sarebbe più possibile invalidare ancora in ragione dell'art. 2504 *quater* c.c.

⁴² Tra le altre, Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Soc.*, 2008, 481 ss., con nota di COLAVOLPE, *In tema di invalidità dell'atto di fusione*; Trib. Milano, 8 settembre 2003, (nt. 28); Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 231 ss., con nota di LUCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*.

⁴³ Si segnala anche il diverso orientamento secondo cui l'iscrizione dell'atto di scissione realizzata prima del decorso del termine od in pendenza dell'opposizione renderebbe l'atto inefficace *erga omnes* oppure inopponibile ai creditori privati dello strumento di tutela di cui all'art. 2503 c.c. (così, CACCHI PESSANI, in *Aa. Vv.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, *Trasformazione, fusione, scissione*, a cura di Bianchi, 2006, 737;

presupposto che il procedimento si configurasse come una fattispecie a formazione progressiva, dove il pieno esaurimento di ciascuna fase condiziona l'inizio di quella successiva⁴⁴), sussistono plurimi indici a dimostrazione di come l'anticipata iscrizione, seppur avvenuta in formale violazione dell'art. 2503 c.c., renda definitivamente valida ed efficace la scissione e contestualmente improcedibile l'azione di opposizione volta a sospendere il procedimento.

Innanzitutto, si può rilevare come, dal punto di vista dell'efficacia dell'operazione, l'art. 2506 *quater*, primo co., c.c., prevede che «la scissione ha effetto dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nell'ufficio del registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie». Può osservarsi come la disposizione non condizioni in alcun modo l'efficacia

SFERRAZZA, *Sull'efficacia dell'atto di fusione iscritto in pendenza del giudizio di opposizione dei creditori*, in *Soc.*, 2013, 411 ss.; MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 237; PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 c.c.*, in *Riv. not.*, 2018, 389; SPOLIDORO, *Le fusioni*, 112, per cui «in sostanza l'opposizione terrebbe nella disciplina della fusione lo stesso ruolo che, nella disciplina dei contratti, occupa l'azione revocatoria ordinaria (anche se, ovviamente, le caratteristiche dei due strumenti di tutela del credito sono alquanto diverse). Si noterà, del resto, che questa visione è sistematicamente coerente con l'impossibilità, sancita dall'art. 2504-*quater* c.c., di impugnare la fusione con l'azione revocatoria, una volta che l'operazione sia divenuta efficace»; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 666, per cui l'iscrizione *ante diem*, oltre che essere improduttiva di effetti *erga omnes*, comporterebbe per gli amministratori sanzioni penali ai sensi dell'art. 2629 c.c.; BELTRAMI, *La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504-*quater* c.c.*, in *Riv. soc.*, 2002, 1223 ss., per cui l'iscrizione *ante diem* comporterebbe l'inefficacia *erga omnes* dell'atto di scissione fino allo scadere del termine per l'opposizione; FERRI jr - GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, 263, per cui, genericamente, la fusione non potrebbe essere «effettuata» prima dello scadere del termine per l'opposizione.

In generale, per una disamina dei diversi orientamenti, v. MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società. Interesse sociale, ragioni dei creditori, sana e prudente gestione della banca*, 49 ss., ove anche ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁴ Tra le molte, v. Trib. Torino, 11 giugno 1990, in *Soc.*, 1991, 71; Trib. Monza, 21 febbraio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2381; Cass., 10 settembre 1981, n. 5076, in *Giur. it.*, 1982, 745 per cui «l'atto di fusione [ma lo stesso vale per la scissione], se stipulato prima [del decorso del termine di cui all'art. 2503 c.c.] è valido, ma la sua efficacia resta sospesa finché non sia decorso il termine fissato dalla legge».

dell'operazione dal diritto di opposizione di cui al (vicino) articolo 2503 c.c. Allo stesso tempo, non pare irrilevante che la norma preveda, invece, ipotesi di decorrenza dell'efficacia diversa rispetto al momento corrispondente all'ultima iscrizione; ipotesi sia anteriori che successive⁴⁵ e ciò a dimostrazione di come anche l'elemento temporale sia stato oggetto di valutazione da parte del legislatore, che ha quindi ritenuto irrilevante il profilo del diritto di opposizione dei creditori sociali⁴⁶.

In secondo luogo, sempre a dimostrazione di come l'iscrizione dell'atto di scissione comporti l'inammissibilità della tutela dell'opposizione, pare rilevante anche il confronto tra l'art. 2503 c.c. e l'art. 2506 *quater* c.c. Il primo prevede che la scissione possa essere «attuata» solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni di cui all'art. 2502 *bis* c.c.; mentre l'art. 2506 *quater* c.c. fa decorrere il termine di efficacia dell'operazione dall'iscrizione dell'atto di scissione.

Dall'accostamento delle due norme può dedursi, innanzitutto, che attuazione ed efficacia non possano essere previsioni assimilabili: l'*attuazione* si riferisce ad un'azione, ad una condotta posta in essere da un soggetto legittimato a compierla; diversamente, l'*efficacia* si riferisce all'emersione degli effetti derivanti da un atto giuridicamente rilevante⁴⁷.

In tali termini, si evince come l'art. 2503 c.c. sia disposizione rivolta agli amministratori, i quali (come è certamente indubbio) non potrebbero formalmente iscrivere l'atto prima dei sessanta giorni dall'iscrizione nel registro imprese della delibera di scissione. Tuttavia ove, invece, l'attuazione

⁴⁵ Così, nello stesso comma, viene previsto che «può tuttavia essere stabilita una data successiva»; e, al contrario, che «per gli effetti a cui si riferisce l'art. 2501 *ter*, numeri 5) e 6), possono essere stabilite anche date anteriori».

⁴⁶ Ben avrebbe potuto il legislatore semplicemente prevedere (anche) che gli effetti della scissione non si potrebbero verificare fino al decorso del termine previsto per l'opposizione, o comunque fino alla pendenza del procedimento di opposizione.

⁴⁷ Peraltro sarebbe assolutamente atecnico l'utilizzo del termine «attuazione» con riferimento all'efficacia di un atto.

della scissione (mediante l'iscrizione dell'atto) comunque avvenisse, la violazione dei termini non rilevarebbe sul versante dell'efficacia dell'operazione, quanto piuttosto su quello della responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2503 c.c. In questi casi, quindi, l'*attuazione* della scissione (operata mediante l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese) comporta un'eventuale responsabilità per gli amministratori, ferma l'*efficacia* dell'operazione ormai iscritta.

Da ultimo, ed ancora a dimostrazione di come l'iscrizione dell'atto di scissione determini l'inammissibilità dell'opposizione, è sufficiente ricordare come ai sensi dell'art. 2504 *quater*, primo co., c.c., la pubblicità dell'atto determini in modo compiuto e definitivo gli effetti della scissione, lasciando ai creditori anteriori (che già avevano proposto l'azione od avrebbero potuto farlo) soltanto un diritto alla tutela obbligatoria per il danno subito a causa dell'intervenuta scissione.

Per tali ragioni, sembra allora potersi concludere nel senso che l'iscrizione dell'atto di scissione, anche *ante diem* od in pendenza dell'opposizione, determini la definitiva validità ed efficacia dell'operazione, ferma restando l'eventuale responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, nei particolari termini di cui all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., (per certi aspetti divergenti, in senso più favorevole come si dirà oltre, rispetto a quelli di cui all'art. 2395 c.c.⁴⁸). L'opposizione rappresenta quindi uno strumento dalle potenzialità limitate, anche ove l'azione fosse stata tempestivamente esperita, qualora gli amministratori fossero disinteressati all'eventuale azione di responsabilità che essi potrebbero subire per l'iscrizione anticipata

⁴⁸ Sulla circostanza per cui il danno del socio verso l'amministratore sarebbe diretto, v. anche ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 272, per cui «penso che il contesto sistematico nel cui ambito si colloca il 2° comma dell'art. 2504 *quater* sia omogeneo in definitiva a quello rappresentato dall'art. 2395. Si tratta in effetti di una diretta risarcibilità del danno disposta a favore del singolo socio».

dell'atto⁴⁹. Da questo punto di vista, il diritto di opposizione rappresenta uno strumento la cui potenziale efficacia potrebbe venire annullata dallo stesso soggetto controllato⁵⁰.

⁴⁹ Altro strumento di natura anticipatoria per i creditori sociali potrebbe essere quello della sospensione cautelare. Nulla pare infatti escludere la possibilità che i creditori sociali possano agire ai sensi dell'art. 700 c.p.c. al fine di sospendere il procedimento di scissione per ottenere una pronuncia cautelare urgente (nell'intervallo tra la pubblicazione del progetto e l'ultima iscrizione dell'atto di scissione e ciò anche in pendenza di un eventuale procedimento di impugnazione della delibera da parte di soci e di opposizione ex art. 2503 c.c. da parte di altri terzi creditori), con conseguente ordine di inibitoria all'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese, così impedendo ogni effetto immodificabile. Anche in tal caso, tuttavia, sembra che gli amministratori potrebbero comunque iscrivere con efficacia l'atto di scissione; così anche, Trib. Roma, 7 luglio 2015, in *Soc.*, 2015, 1101 ss., con nota di SALAFIA, *Deliberazione assembleare di scissione parziale in società soggetta ad amministrazione straordinaria*. V. GENOVESE, sub art. 2504 quater, in *Le società per azioni, in Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3371, per cui, in senso non condivisibile, l'iscrizione dell'atto di scissione avvenuta in violazione dell'inibitoria cautelare ottenuta dal ricorrente, rappresenta un vizio di pubblicità dell'atto di scissione, suscettibile di cancellazione ex art. 2191 c.c.

Tuttavia essi si esporrebbero, e con maggiore gravità rispetto all'ipotesi dell'iscrizione meramente *ante diem* od in pendenza di un'opposizione, ad una evidente responsabilità per inottemperanza di un provvedimento giudiziario. Da un punto di vista sostanziale, l'iscrizione dell'atto di scissione, pur in presenza di un provvedimento cautelare di inibitoria potrebbe essere di più difficile realizzazione in quanto il notaio, chiamato all'iscrizione, dovrebbe poter essere nelle condizioni di prendere atto del provvedimento giudiziale e rifiutare di provvedere (salvo che a quel punto non intervengano direttamente gli amministratori delle società coinvolte). V. anche GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 345, per cui i creditori e/o i soci potrebbero richiedere «la sospensione della convocazione del consiglio di amministrazione o, più plausibilmente, dell'assemblea nel corso della quale deve venire deliberata l'operazione, o l'inibitoria all'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese» ovvero i soci «ai sensi dell'art. 2378 c.c., la sospensione dell'esecuzione delle delibere con cui l'organo amministrativo abbia approvato il progetto di scissione, e con cui l'assemblea abbia dato il proprio consenso all'operazione».

Con particolare riferimento al procedimento cautelare avverso l'esecuzione della delibera di approvazione del progetto delle operazioni straordinarie, v. SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 1996, II, 109 ss.

⁵⁰ Sotto un versante amministrativo, si rileva come venga altresì ammessa la possibilità di agire al fine di prevenire l'indebita iscrizione dell'atto di scissione presso il registro delle imprese in ragione della mancanza dei requisiti ex art. 2189 c.c. (quali l'autenticità delle sottoscrizioni, la completezza della domanda, la formale corrispondenza dell'atto per cui si

In conclusione, l'opposizione è incapace di tutelare quegli interessi che, invece, l'azione revocatoria può soddisfare. Se isolatamente considerati (e quindi al netto delle ulteriori tutele previste dal legislatore a favore dei creditori sociali avverso l'operazione di scissione), il diritto di opposizione si presenta come uno strumento che può affiancarsi all'azione revocatoria, senza sostituirla. Questa conclusione impone allora di proseguire nell'indagine, al fine di verificare se le ulteriori azioni previste dal legislatore, eventualmente poste tra loro in via complementare, siano in grado di raggiungere i livelli di tutela che l'azione revocatoria può offrire.

6. *La responsabilità solidale delle società coinvolte nell'operazione.*

6.1. *La disciplina (in breve).*

Con esclusivo riferimento all'operazione di scissione, il legislatore ha previsto una ulteriore forma di tutela per i creditori sociali anteriori al progetto di scissione⁵¹, per cui ciascuna società coinvolta nell'operazione è

chiede l'iscrizione e quello previsto dalla legge), ad esempio mediante l'invio di segnalazioni all'ufficio del registro, rilevando le presunte irregolarità. Sul punto, v. GENOVESE, sub *art. 2504 quater*, 3371.

⁵¹ In considerazione della diversa *ratio* ed ambito di operatività, da considerarsi come complementare, e non alternativa, al diritto di opposizione. In tal senso, BUSANI – URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Soc.*, 2017, 1416, per cui mentre l'opposizione interviene tra la delibera assembleare e l'atto di scissione, mirando a sospendere l'efficacia della prima, la responsabilità solidale assume rilievo solo dopo che l'atto è divenuto efficace. In giurisprudenza confermano la complementarietà tra le due azioni, Trib. Roma, 12 giugno 2017; Trib. Milano, 5 agosto 2016 e Trib. Milano, 14 maggio 2015 tutte in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Napoli, 19 febbraio 2016, in www.expartecreditoris.it.

Secondo RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, 1049, invece, si tratterebbe di un «rimedio ultroneo» in considerazione del fatto che i creditori

solidalmente responsabile, in via sussidiaria⁵², dei debiti della società scissa (previsione che sarebbe apparsa illogica nelle ipotesi di fusione e trasformazione dove, all'esito delle operazioni, la società risultante è sempre una sola).

La responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione viene prevista in due casi.

La *prima ipotesi* è disciplinata dall'art. 2506 *quater*, terzo co., c.c. secondo cui ciascuna società (compresa la società scissa, qualora la scissione sia parziale) è solidalmente responsabile dei debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico secondo il progetto di scissione. Una responsabilità che comunque viene limitata⁵³, al «valore effettivo del

dovrebbero considerarsi tutelati, per le medesime esigenze, ai sensi dell'art. 2506 *quater*, co. 3, c.c.

⁵² V. successivo par. 6.2. e nt. 73 in merito alle diverse opinioni circa la sussistenza di un *beneficium excussionis* oppure solo *ordinis* a favore della società solidalmente responsabile non assegnataria del debito.

⁵³ In conformità a quanto previsto dall'art. 12, terzo co., della sesta direttiva comunitaria, n. 82/891/CEE. La disposizione prevede che «nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo. Gli Stati membri possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l'obbligo è stato trasferito». Gli Stati membri possono non applicare questa disposizione qualora, conformemente all'art. 23, l'operazione di scissione sia sottoposta al controllo di un'autorità giudiziaria e qualora la maggioranza dei creditori, rappresentativa dei tre quarti dell'importo dei crediti, o una maggioranza di una categoria di creditori della società scissa, rappresentativa dei tre quarti dell'importo dei crediti, abbia rinunciato, in un'assemblea, tenuta conformemente all'art. 23, ad invocare la responsabilità solidale. Infine, ai paragrafi 6 e 7, la direttiva sancisce appunto che gli Stati membri possono prevedere che le società beneficiarie siano vincolate solidalmente per gli obblighi della società scissa e che se optano per la combinazione dei due sistemi di tutela possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito a ciascuna delle società beneficiarie.

Il legislatore italiano, come visto, ha optato per l'introduzione del rimedio base dell'opposizione e, *a latere*, della responsabilità sussidiaria e solidale delle società diverse da quella cui l'obbligo è stato trasferito, limitandola, tuttavia, non all'attivo netto loro attribuito, bensì al valore effettivo dello stesso, che potrebbe essere potenzialmente diverso da quello dichiarato. In tal modo limitata, quella in discorso rappresenta una c.d. solidarietà diseguale, vale a dire quel genere di solidarietà contraddistinta dal ricorrere di differenti modalità di

patrimonio netto⁵⁴ ad essa assegnato [con riferimento alla beneficiaria] o rimasto [con riferimento alla scissa]»⁵⁵. Si tratta di un limite che rimane cristallizzato⁵⁶, ossia destinato a rimanere invariato nel tempo anche qualora le vicende successive portassero la società ad avere capacità patrimoniali ed economiche superiori (come potrebbe ben accadere nel caso di società beneficiaria neocostituita che incrementi nel tempo le proprie capacità)⁵⁷.

In via generale, pertanto, la responsabilità debitoria resta regolata, per le società alle quali la posta passiva è imputata all'esito della scissione, dall'art. 2740 c.c.; mentre, le altre società coinvolte nell'operazione sono esposte in solido alle pretese dei creditori, ancorché in via sussidiaria e limitatamente al valore effettivo del patrimonio assegnato, e ciò in quanto è solo in tale misura che ai creditori sociali è stata sottratta la parte dell'attivo che costituiva l'originaria garanzia patrimoniale della scissa. L'opzione legislativa, a ben vedere, priva il creditore di uno dei vantaggi tipici dell'obbligazione solidale, considerato che anche solo laddove egli vanta un credito superiore al valore

adempimento dell'obbligazione per i diversi debitori coinvolti *ex art.* 1293 c.c. In ogni caso, trattandosi pur sempre di solidarietà e sulla base del principio di uguaglianza di cui all'art. 1298, secondo co., c.c., quella società che abbia pagato una somma superiore a quella da essa spettante, seppur nei limiti del valore del patrimonio netto, potrà agire in regresso verso le altre.

⁵⁴ V. *infra* in merito al contenuto di tale locuzione.

⁵⁵ La previsione ha un evidente intento antielusivo, motivo per cui la legge prevede l'obbligo di indicazione di tale valore sin dai primi adempimenti costituenti l'*iter* di realizzazione dell'operazione. Il valore deve infatti essere indicato, da parte degli amministratori, nella relazione ai sensi dell'art. 2501 *quinquies* c.c. (richiamato dall'art. 2506 *ter*, secondo co., c.c.).

⁵⁶ FERRARA *jr* – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 1062, nt. 2., si chiedono se non sarebbe più equo fare riferimento al valore attribuibile al patrimonio in questione al momento della escussione (ferme le difficoltà di valutazione per il decorso del tempo).

⁵⁷ Rilevano FERRARA *jr* – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1058, che, poiché viene fatto riferimento, come limite alla responsabilità, al valore effettivo del patrimonio assegnato e non ai beni assegnati, la norma non escluderebbe che possano essere escussi dai creditori sociali anche beni già prima posseduti dalle società beneficiarie preesistenti alla scissione od anche beni di cui le beneficiarie abbiano conseguito la disponibilità successivamente.

del patrimonio netto assegnato ad una beneficiaria, egli non potrà pretendere (da quella società coobbligata solidale) il pagamento dell'intero⁵⁸.

Stante l'importanza del valore attribuito al patrimonio netto assegnato, l'art. 2506 *ter*, secondo co., c.c., prevede che il suo «valore effettivo» debba essere indicato nella relazione degli amministratori illustrativa del progetto di scissione; ed è proprio detta indicazione che le società partecipanti alla scissione (e non assegnatarie del debito) possono opporre ai terzi quale limite alla propria responsabilità.

Per tale ragione, sembra discutibile la previsione del quarto comma dell'art. 2506 *ter* c.c. per cui, con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che hanno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, l'organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione della relazione (e quindi dall'indicazione del valore effettivo del patrimonio netto assegnato)⁵⁹. Sembra preferibile ritenere che la relativa indicazione debba sempre essere presente nel progetto ed illustrata dagli amministratori nella relazione (indipendentemente dalla liberazione resa dai soci alla redazione della relazione), in modo da permettere ai terzi creditori di conoscere quel valore, e quindi il limite di responsabilità delle società

⁵⁸ Regola che è applicabile anche per i soci illimitatamente responsabili ove la scissa sia una società di persone e, conseguentemente, abbia, unitamente ai suoi soci, una responsabilità sussidiaria circoscritta al valore del patrimonio netto che le è rimasto; medesima conseguenza si avrà qualora all'operazione partecipino, quali beneficiarie, società di persone. Sul tema, v. FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, 1381-1382.

⁵⁹ V. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 283-284; in considerazione di tale funzione, l'A. rileva l'inopportunità della modifica (avvenuta con il decreto di riforma n. 6/2003 rispetto al sistema previgente) nella misura in cui consente l'esonero agli amministratori di redigere la relazione, anche se tale esonero deve essere approvato dall'unanimità dei soci e dai possessori di altri strumenti finanziari con diritto di voto. Ciò in quanto viene resa disponibile ai soci un'informazione (il valore del patrimonio netto assegnato o rimasto) che risulta in primo luogo necessaria ai creditori sociali.

partecipanti alla scissione, anche per ogni opportuna valutazione conseguente⁶⁰.

La *seconda ipotesi*, in cui viene prevista la responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione (pur molto diversa dalla prima, rappresentando un'imputazione applicabile solo in caso di dubbio), è disciplinata dall'art. 2506 *bis*, terzo co., c.c., per cui le società partecipanti alla scissione rispondono in solido di quegli «elementi del passivo» che non sono desumibili dal progetto; anche in tal caso, la responsabilità è limitata al patrimonio netto attribuito per quanto riguarda le beneficiarie non assegnatarie di quel particolare debito.

Sembra che per elementi del passivo la cui destinazione non sia desumibile dal progetto, debbano intendersi quelli rispetto ai quali non risulti in maniera incontrovertibile, secondo i canoni dettati per l'ermeneutica degli atti di autonomia privata, la loro assegnazione all'una o all'altra delle società partecipanti alla scissione⁶¹. In altri termini, se pur a seguito di un idoneo procedimento interpretativo, ancora non sia possibile addivenire all'individuazione certa della società assegnataria, allora sarà applicabile la disciplina prevista per gli elementi patrimoniali di incerta assegnazione⁶².

⁶⁰ In tal senso, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 285; CARUSO, *Il regime della responsabilità per i debiti della società scissa tra innovazioni e continuità*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, 375 ss.

⁶¹ Per evitare tale tipo di rischio, il progetto potrebbe prevedere una sorta di 'disposizione generale di chiusura', con la quale le società coinvolte stabiliscono un principio di allocazione degli elementi non espressamente individuati ovvero escludono la responsabilità di una o più società partecipanti, imputando tutte le passività ignote ad una sola di esse (v. GROSSO, *La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 413). Secondo, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 470, il criterio di distribuzione delle passività in questione sarebbe derogabile dall'autonomia privata nei rapporti interni fra coobbligati (ferma la responsabilità solidale verso i terzi), anche potendo rinunciare al contenimento della responsabilità solidale entro il limite del valore effettivo del patrimonio netto.

⁶² Secondo SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 287, nt. 191, devono intendersi ricompresi sia i debiti di ammontare noto e determinato all'epoca della redazione del progetto, e tuttavia da

In tali casi, quindi, qualora la scissione sia parziale, il debito rimane a carico della società scissa che ne risponde senza limiti ed a cui si aggiunge la responsabilità delle altre società partecipanti all'operazione, tra loro in via solidale e sempre nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente; qualora, invece, la scissione sia totale, tutte le beneficiarie rispondono del debito, in solido tra loro e sempre nel limite indicato.

6.2. *Il limitato raggio di tutela della responsabilità solidale.*

Similmente a quanto già osservato con riferimento all'opposizione, parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione (a seconda delle tesi, da sola od in uno con l'opposizione quale strumento complementare) renderebbe superflua ogni rilevanza dell'azione revocatoria che, ove proposta, sarebbe quindi inammissibile in quanto sostituita da questo rimedio speciale.

Secondo questa posizione, poiché il patrimonio, seppur suddiviso tra diverse società, rimarrebbe quantitativamente il medesimo e sempre a disposizione, in via solidale, dei creditori sociali anteriori alla scissione, allora nulla cambierebbe rispetto alla situazione antecedente alla conclusione dell'operazione, rendendo così superfluo ogni ricorso all'azione revocatoria, quale tutela recuperatoria della garanzia patrimoniale.

L'azione revocatoria risulterebbe quindi (oltre che inammissibile, anche) infondata, in quanto proprio la responsabilità solidale farebbe venir meno, *in re ipsa*, il presupposto dell'*eventus damni*⁶³. In tal senso, il creditore sociale

questo ignorati per dimenticanza o trascuratezza; sia i debiti non ancora liquidi od anche non conosciuti al momento della redazione del progetto.

⁶³ In giurisprudenza, Trib. Roma, 7 novembre 2016, (nt. 3), per cui espressamente «la solidarietà *ex lege* consente di ritenere non sussistente il profilo dell'*eventus damni*»; Trib.

non dovrebbe temere la diversa collocazione degli *assets* aziendali, atteso che la garanzia per i debiti della scissa permarrrebbe, ancorché ripartita e salvo la sussidiarietà rispetto alla società cui è assegnato il debito, negli stessi termini precedenti all'operazione straordinaria. Insussistenza dell'*eventus damni* che, a maggior ragione, dovrebbe rinvenirsi in ipotesi di applicazione dell'art. 2506 *bis*, secondo co., c.c. atteso che, in tal caso, non sussisterebbe neppure un *beneficium ordinis* a favore della società non assegnataria del debito.

Questa impostazione non appare tuttavia, e per molteplici ragioni, sostenibile. La previsione della responsabilità solidale è inconferente rispetto al profilo dell'ammissibilità dell'azione revocatoria che, invece, mantiene la propria rilevanza.

Innanzitutto, la considerazione per cui la responsabilità solidale permetterebbe di mantenere inalterata, nella sua totalità, la garanzia patrimoniale dei creditori della scissa appare un argomento valido solo in un sistema ideale in cui la parte di patrimonio 'attivo' assegnata ad una beneficiaria non possa essere intaccata dai creditori della società solidalmente responsabile; circostanza che però non viene disciplinata dal legislatore.

Modena, 22 gennaio 2010, (nt. 3), per cui «la solidarietà *ex lege* prevista sterilizza sostanzialmente il profilo dell'*eventus damni*. Infatti, se non in via diretta, quantomeno in via di solidarietà, il creditore può comunque contare sulla medesima garanzia patrimoniale che i beni conferiti attraverso l'atto di scissione rappresentano».

In dottrina, FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione societaria*, 23 ss., per cui «l'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. rende, anche sul piano funzionale, ultronea la dichiarazione di inefficacia»; PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 225 ss., per cui la scissione, quale operazione di riorganizzazione societaria, «sfugge alle logiche proprie della revocatoria, i creditori della scissa non subiscono alcun effetto materiale dalla disaggregazione del compendio aziendale, potendo fare affidamento per soddisfare le proprie ragioni (art. 2506 *quater*, ult. comma, c.c.) su quel medesimo patrimonio, sia pure figuratamente considerato e diversamente articolato»; l'A. si riferisce, in modo non condivisibile, alla responsabilità solidale quale «sorta di revocatoria implicita» e pone solamente l'attenzione sul fatto che le assegnazioni patrimoniali devono però avere valore positivo (indipendentemente da un valore contabile negativo); RIVIECCIO, *Tutela dei creditori tra azione revocatoria e scissione societaria*, 1049 ss.

Sembra che l'opposta interpretazione (per cui la previsione della persistente solidarietà non farebbe diminuire il *quantum* della garanzia patrimoniale), potrebbe considerarsi fondata esclusivamente ove l'attivo assegnato venisse regolamentato, ad esempio, nei termini di un patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2447 *quinquies* c.c.⁶⁴; oppure qualora venisse imposto alla beneficiaria di mantenere (fintanto che non siano soddisfatti tutti i creditori sociali anteriori della scissa) una riserva pari al patrimonio assegnato⁶⁵.

Forme di intangibilità del patrimonio netto assegnato che, tuttavia, non vengono previste dal legislatore⁶⁶, con ciò inevitabilmente comportando che la possibile concorrenza dei creditori delle società solidalmente responsabili possa colpire, riducendo, l'attivo patrimoniale assegnato e che, solo

⁶⁴ Nella parte in cui viene previsto che «i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti». In altro ambito, pare presentare la medesima *ratio* di tutela dei creditori, in ipotesi di confusione, l'art. 514 c.c.

⁶⁵ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di creditori anteriori della scissa condizionati o soggetti a termine: una volta divenuto definitivamente esigibile il loro credito, nulla garantisce che – qualora insoddisfatti dalla società cui è assegnato il debito – possano ancora ritrovare nelle altre società solidalmente responsabili un corrispondente attivo pari al «valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto».

Accenna a tali conseguenze, LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, 456-457. Per evitare tali pregiudizi, l'A. sostiene che (anche in considerazione della ritenuta inammissibile azione revocatoria) «se il pregiudizio è determinato dal concorso di nuovi creditori nella beneficiaria al quale il debito era stato assegnato, o nella beneficiaria alla quale il creditore si rivolga ai sensi dell'art. 2506 *quater*, comma 3°, c.c., il mero riconoscimento di una priorità nella soddisfazione del credito pregiudicato, rispetto ai creditori che al contrario trarrebbero solo vantaggio dall'operazione di scissione, risolverebbe il problema in termini di tutela effettiva». La soluzione, che seppur certamente avrebbe un effetto favorevole sui creditori della scissa, non pare tuttavia avere un riscontro normativo.

⁶⁶ Ad esempio, non si trovano in questa situazione i creditori dell'azienda ceduta atteso che l'art. 2560 c.c. prevede la responsabilità solidale e senza limiti sia dell'alienante che dell'acquirente.

idealmente, permane quale garanzia patrimoniale dei creditori antecedenti della scissa⁶⁷.

Ed ancora, un ulteriore profilo di possibile pregiudizio per i creditori sociali (e che potrebbe, quindi, far sorgere l'interesse ad agire in via ripristinatoria mediante la tutela revocatoria) potrebbe profilarsi nel caso in cui il valore del patrimonio netto, indicato dagli amministratori nella relazione illustrativa, non dovesse corrispondere al suo valore reale, in quanto ne è stato rappresentato un valore inferiore rispetto alla sua effettiva consistenza⁶⁸.

In tali casi, i creditori sociali potrebbero vedersi opporre l'insussistenza dell'obbligazione di pagamento per insufficienza del patrimonio netto assegnato (ad esempio, perché eroso da altri creditori della scissa che già si erano rivolti alla beneficiaria; oppure perché il credito è comunque superiore al valore del patrimonio netto assegnato) quando però, nella realtà, il suo

⁶⁷ Peraltro ciò non vale in senso contrario, atteso che la presenza di una beneficiaria ampiamente capiente non rappresenta alcuna maggiorazione di garanzia per il creditore che permane alla scissa o viene 'assegnato' ad altra beneficiaria incapiente. Come correttamente rilevato da ultimo da Cass., 7 marzo 2016, n. 4455, in *Fall.*, 2017, 47 ss., con nota di POTOTSCHING, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, 47 ss.; in *Giur. comm.*, 2016, II, 971 e ss., con nota di SALATINO, *La responsabilità delle società partecipanti alla scissione ex art. 2506-quaer, comma 3, c.c.*; in *Giur.it.*, 2016, 1135 ss., con nota di BERTOLOTTI, *Ancora sui debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*; ed in *Soc.*, 2016, 800 ss., con nota di URBANI, *La responsabilità delle società partecipanti alla scissione: sussidiarietà e limite del "valore effettivo del patrimonio netto"*, la società beneficiaria cui non fa capo il debito risponde esclusivamente nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato che, ove inferiore al debito sociale, continuerà a comportare insoddisfazione per il creditore (similmente all'ipotesi di escussione di un fideiussore per cui sia stato previsto rispondere solo fino alla concorrenza di un determinato importo).

Diversa sarebbe, ovviamente, l'ipotesi in cui il creditore della scissa incapiente venisse 'assegnato' ad una beneficiaria estremamente capiente che risponde illimitatamente del debito; in questo caso, infatti, il creditore sociale vedrebbe addirittura ampliare la garanzia patrimoniale del proprio debitore, rispetto alla situazione antecedente alla scissione.

⁶⁸ Oppure, come pare potrebbe accadere, qualora la società beneficiaria volesse dimostrare il minor valore dell'entità del patrimonio ricevuto in sede di scissione (ad esempio, per errore scusabile nella sua valutazione al momento dell'operazione).

valore effettivo sarebbe tale da ‘comprendere’ anche il pagamento di quel particolare debito. Una evenienza che, a maggior ragione, potrebbe verificarsi quando l’indicazione del valore venisse completamente omesso *ex art. 2506 ter*, quarto co., c.c. (stante la citata possibilità concessa con l’assenso dei soci).

In queste circostanze, allora, il creditore sociale certamente non si troverebbe nella medesima situazione anteriore all’operazione di scissione in quanto, ancor prima di poter comprendere la capienza del patrimonio netto assegnato e su cui potrebbe soddisfarsi, si vede costretto a contestarne la consistenza indicata nel progetto di scissione (qualora fosse stato indicato un valore inferiore al suo valore reale), oppure a chiederne l’accertamento (qualora il valore fosse stato omesso), dovendone poi dimostrare il più elevato valore o comunque il valore stesso (in caso di omissione di ogni sua indicazione). Il tutto, con ogni conseguente difficoltà probatoria dovuta sia alla carenza della documentazione a sua disposizione, sia alla poca chiarezza sul metodo valutativo utilizzabile⁶⁹.

⁶⁹ Sul significato dell’espressione «valore effettivo del patrimonio netto» si registrano diverse posizioni, in considerazione della mancanza di una esplicita indicazione normativa.

Per una prima impostazione (minoritaria), tale valore coinciderebbe con il valore contabile del patrimonio netto trasferito alla beneficiaria: posizione che però renderebbe superfluo l’obbligo per gli amministratori di indicare nella relazione il valore, oltre che rendere, di norma, una sottovalutazione rispetto ai valori reali.

Per altra interpretazione (sempre minoritaria) il valore effettivo coinciderebbe con il valore utilizzato nell’ambito della determinazione del rapporto di concambio: tuttavia, viene contestato come la valutazione ai fini del rapporto di cambio viene effettuata secondo criteri che comporterebbero una stima relativa, e non assoluta, del rapporto del capitale assegnato o rimasto.

Infine, secondo la tesi maggioritaria, per valore effettivo dovrebbe intendersi il valore corrente del patrimonio netto determinato secondo il metodo patrimoniale semplice, quindi senza tener conto di avviamento e flussi di cassa generati dalla società beneficiaria (in argomento, v. TAMBURINI, sub *art. 2506 bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 2592; GROSSO, *La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione*, 410 ss.; SALATINO, *La responsabilità delle società partecipanti*

In tali casi, quindi, il creditore sociale, per poter dimostrare l'obbligo di pagamento da parte della beneficiaria, e quindi poter effettivamente beneficiare della garanzia patrimoniale su cui in precedenza (rispetto alla scissione) avrebbe potuto soddisfarsi, si vedrebbe costretto ad agire giudizialmente per far accertare la reale maggior consistenza del patrimonio netto trasferito a ciascuna società⁷⁰. Pare indiscutibile, infatti, che debba considerarsi inopponibile al creditore sociale la mera quantificazione del patrimonio netto così come indicata nel progetto di scissione, atteso che, altrimenti, la relativa tutela potrebbe (ancora di più) facilmente essere elusa attraverso sottostime del patrimonio assegnato, se non addirittura mediante l'omissione di ogni indicazione⁷¹.

In terzo luogo, anche ove fosse rimasta per ipotesi immutata la consistenza patrimoniale totale per effetto della scissione (in quanto il patrimonio assegnato è stato correttamente valorizzato e su di esso non si sia soddisfatto alcun creditore della società solidalmente obbligata), un ulteriore profilo di danno per il creditore della scissa sussisterebbe già per la sola accresciuta difficoltà nella riscossione del credito. Un effetto che peraltro, come oramai riconosciuto dalla costante giurisprudenza di legittimità, di per sé rappresenta

alla scissione ex art. 2506-quater, comma 3, c.c., 977, nt. 15; ROSSI, Il valore effettivo del patrimonio netto in sede di scissione, in Soc., 2017, 331 ss.

⁷⁰ Possibilità ritenuta oramai pacifica in dottrina, v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 284-285; AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 507; CIVERRA, *La tutela dei creditori nella scissione tra rimedi preventivi e successivi*, in *Soc.*, 2014, 418; CARUSO, *Il regime della responsabilità per i debiti della società scissa tra innovazioni e continuità*, 356; SCANO, *Gli effetti sostanziali della scissione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 887-888; GROSSO, *La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione*, 413; SARALE, *Le scissioni*, 646 ss.; DENOZZA, *La scissione di società*, 87 ss.

⁷¹ Del resto, apparirebbe incongruo permettere, da una parte, all'unanimità dei soci di esonerare l'organo amministrativo dall'indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato e, dall'altra parte, non concedere ai creditori sociali, cui venga opposto dalle società coinvolte il limite di responsabilità, la possibilità di far accertare il valore ad esse assegnato o rimasto.

integrazione del presupposto dell'*eventus damni* della tutela revocatoria⁷². In particolare, la maggiore difficoltà nella riscossione del credito si può individuare nel fatto che il creditore sociale non dovrebbe più solamente rivolgersi alla società scissa (come prima dell'operazione), ma si vedrebbe costretto ad adoperarsi nei confronti della società solidalmente obbligata mediante attività prodromiche, quali, ad esempio, la necessità di mettere in mora il debitore; o perfino di escuterlo preventivamente ed infruttuosamente qualora si ritenesse sussistente solo un *beneficium ordinis* oppure anche *excussionis* a favore della società condebitrice⁷³.

Da ultimo, la previsione della solidarietà (peraltro con tutti i limiti visti) è posta in ogni caso a tutela esclusiva dei creditori anteriori della scissa; i

⁷² Fra le tante, v. Cass. 9 febbraio 2012, n. 1896, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Revocatoria (azione)*, n. 6; Cass., 31 ottobre 2008, n. 26331, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Fallimento*, n. 454; Cass. 1 agosto 2007, n. 16986, in banca dati *pluris.it*. In dottrina v. FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria nel fallimento*, 987.

⁷³ Questa sembra la posizione della più recente giurisprudenza, v. Cass. 7 marzo 2016, n. 4455, (nt. 67). Ciò sarebbe ricavabile dal fatto che nei casi in cui viene previsto un beneficio di previa escussione, esso è sempre riferito al patrimonio (v. artt. 563, 1944, 2268 e 2304 c.c.) oppure al debitore da sottoporre ad esecuzione forzata (v. artt. 2393 *bis* e 2868 c.c.); mentre l'art. 2506 *quater* c.c. presuppone solo che i crediti da far valere siano rimasti insoddisfatti. Il presupposto del *beneficium ordinis*, inoltre, verrebbe soddisfatto con la mera costituzione in mora del debitore. Nello stesso senso, in precedenza, anche Cass., 4 giugno 2009, n. 12896, in banca dati *pluris.it*; Cass., 24 aprile 2003, n. 6526, in banca dati *pluris.it*; Trib. Milano, 23 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, 1650 ss., con nota di BERTOLOTTI, *La responsabilità per i debiti della scissa non soddisfatti dall'assegnataria*. In dottrina, a favore dell'interpretazione quale mero *beneficium ordinis*, CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, 142; SANGIOVANNI, *Indebitamento della società, scissione ed elusione della tutela dei creditori*, in *Not.*, 2013, 165; URBANI, *La responsabilità delle società partecipanti alla scissione: sussidiarietà e limite del "valore effettivo del patrimonio netto"*, 805.

Diversamente, per l'interpretazione per cui si tratterebbe di un *beneficium excussionis*, v. in dottrina tra gli altri, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 282, nt. 181; BERTOLOTTI, *op. cit.*; FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità «sussidiaria» per i debiti sociali non soddisfatti*, 1382; in giurisprudenza, Cass., 28 novembre 2001, n. 15088, in *Soc.*, con nota di FIMMANÒ, *op. cit.*; Trib. Milano, 23 luglio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, 408 ss., con nota di GROSSO, *op. cit.* ed in *Giur. it.*, 2013, 2545 ss., con nota di BERTOLOTTI; Trib. Milano, 19 dicembre 2012; Trib. Torino, 21 luglio 2009 e Trib. Roma, 3 agosto 2006, tutte in banca dati *pluris.it*.

creditori successivi (al deposito del progetto di scissione) non sono legittimati ad invocare questa responsabilità, con ciò rendendo per questi certamente rilevante la tutela revocatoria.

A tale argomento potrebbe essere opposto che esclusivamente ai creditori successivi potrebbe essere riconosciuta la tutela revocatoria; deduzione che tuttavia (come già rilevato con riferimento all'opposizione) apparirebbe non condivisibile in ragione delle divergenze, strutturali e funzionali, tra lo strumento della tutela solidale e quello della revocatoria, di talché risulterebbe una inammissibile diversità di trattamento tra creditori sociali che, appunto, non verrebbe riequilibrata dall'assegnazione dei diversi strumenti.

In conclusione, pare che la previsione della tutela solidale, né da sola né in uno con l'azione di opposizione, sia in grado di soddisfare tutti gli interessi cui potrebbe tendere la tutela revocatoria, lasciando spazi ove invece quest'ultima potrebbe intervenire. Con ciò imponendo di proseguire oltre nella valutazione dell'ammissibilità dell'*actio pauliana* rispetto alla scissione, valutando le ulteriori azioni a tutela dei creditori sociali.

7. L'accertamento dell'invalidità della scissione.

7.1. La disciplina dell'invalidità ex art. 2504 quater, primo co., c.c.

I sistemi di tutela dei creditori sociali finora esaminati non rilevano sul profilo della legittimità dell'operazione di scissione (né nelle more del procedimento, né una volta che esso si sia concluso). Il diritto di opposizione è rimedio che opera *ex ante* al fine di evitare la conclusione della scissione e qualora essa possa comportare un pregiudizio patrimoniale per i creditori sociali; la solidarietà rappresenta una tutela che agisce meramente sul

versante della ‘ripartizione’ della garanzia patrimoniale tra le società partecipanti alla scissione.

Il terzo livello di tutela specifico per i creditori sociali riguarda, invece, il versante della *legittimità* dell’operazione di scissione e, come si vedrà, esso rappresenta il terreno normativo su cui, con maggiore vigore, si sviluppa il dibattito in merito all’ammissibilità dell’azione revocatoria avverso l’operazione di scissione che oramai abbia dispiegato i suoi effetti, ferme le evidenti diversità strutturali tra le due azioni di tutela.

Il regime dell’invalidità delle operazioni straordinarie trova la propria fonte nel diritto comunitario. La disciplina nazionale, infatti, come noto trae origine dalle direttive relative alla fusione (terza direttiva del Consiglio del 9 ottobre 1978, n. 78/855/CEE) ed alla scissione (sesta direttiva del Consiglio del 17 dicembre 1982, n. 82/891/CEE). Tra gli scopi di entrambe le direttive, come emergenti dai rispettivi «considerando», vi è quello di assicurare stabilità alle operazioni di fusione e scissione una volta divenute efficaci, impedendo provvedimenti ablatori delle stesse che comportino il ripristino dello *status quo ante*⁷⁴. Finalità di mantenimento degli effetti conseguenti alle operazioni straordinarie, che il legislatore comunitario ha perseguito, in particolare, mediante la limitazione della possibilità di dichiarare la «nullità» dell’operazione («nullity» nella versione inglese e «nullitiés» in quella in lingua francese) a poche specifiche ipotesi, e comunque non oltre al momento in cui l’operazione abbia spiegato i propri effetti⁷⁵.

⁷⁴ Il nono considerando della terza direttiva in tema di fusione prevede che «in vista di garantire la sicurezza giuridica nelle relazioni sia fra le società interessate che fra questi ed i terzi nonché fra gli azionisti, bisogna limitare i casi di nullità e stabilire da una parte il principio della sanatoria ogni volta che essa è possibile e, dall’altra, un termine breve per l’esercizio dell’azione di nullità». Sostanzialmente medesima previsione viene indicata nell’undicesimo considerando della sesta direttiva in tema di scissione.

⁷⁵ La terza direttiva in materia di fusione societaria (n. 78/855/CEE) premette, in particolare che «in vista di garantire la sicurezza giuridica nelle relazioni sia fra le società interessate che fra queste ed i terzi nonché fra gli azionisti, bisogna limitare i casi di nullità e stabilire da una

Il legislatore italiano, con il d.l. 16 gennaio 1991, n. 22⁷⁶, ha recepito la disciplina comunitaria, tuttavia non limitandosi ad accogliere le finalità delle

parte il principio della sanatoria ogni volta che essa è possibile e, dall'altra parte, un termine breve per l'esercizio dell'azione di nullità». Pertanto, veniva previsto, all'art. 22, co. 1, lett. b), che una fusione efficace (...) 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». Dal punto di vista della tutela degli interessi dei creditori, l'art. 13 prevede che «gli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla fusione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di fusione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione. A tal fine le legislazioni degli Stati membri prevedono, quanto meno, che tali creditori abbiano il diritto di ottenere adeguate garanzie, qualora la situazione finanziaria delle società partecipanti alla fusione renda necessaria tale tutela e qualora detti creditori non dispongano già di tali garanzie».

A sua volta, la sesta direttiva in materia di scissione societaria (n. 82/891/CEE), considerato che «a causa della somiglianze esistenti tra le operazioni di fusione e di scissione, il rischio che le garanzie fornite nei confronti delle fusioni dalla direttiva n. 78/855/CEE siano eluse potrà essere evitato soltanto introducendo una protezione equivalente in caso di scissione», all'art. 19, co. 1, lett. b), ha adottato la stessa previsione di cui al citato art. 22 in tema di fusioni. Mentre, dal punto di vista della tutela dei creditori, l'art. 12, oltre a contenere le medesime previsioni del citato art. 13 della direttiva n. 78/855/CEE, al terzo comma prevede, in particolare, che «nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo. Gli Stati membri possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l'obbligo è stato trasferito». Si tratta di una previsione che poi è stata recepita nel nostro ordinamento all'art. 2506 *quater*, ultimo co., c.c. per la scissione e dall'art. 2506 *bis*, terzo co., c.c. per le operazioni di fusione.

Da ultimo, la direttiva n. 2017/1132/UE («relativa ad alcuni aspetti del diritto societario»), all'art. 108, co. 1, lett. b), continua a prevedere che le fusioni possono essere dichiarate «nulle 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». Medesima disposizione è, infine, prevista dall'art. 153, co. 1, lett. b), in tema di scissione.

In generale in merito alle citate direttive comunitarie, FIMMANÒ, *L'armonizzazione comunitaria del diritto societario*, Napoli, 1991, 16 ss.; MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, 745 ss.; DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 729 ss.

⁷⁶ Il d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 ha attuato le direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE (questa poi abrogata dalla direttiva del 14 giugno 2017, n. 1132, art. 166), in materia di

direttive nei termini dell'individuazione di una normativa di stabilizzazione degli effetti, bensì prevedendo un regime di ancora maggior rigore⁷⁷.

L'(attuale) art. 2504 *quater*, primo co., c.c.⁷⁸ (applicabile anche alla scissione per effetto del rinvio ai sensi dell'art. 2506 *ter*, ultimo co., c.c.), prevede infatti che eseguite le iscrizioni dell'atto di scissione, l'invalidità dell'operazione non possa più essere pronunciata. La disposizione non si limita, pertanto, a prevedere l'improcedibilità della dichiarazione della sola nullità dell'operazione (come formalmente previsto dalla direttiva comunitaria), bensì di tutte le ipotesi di invalidità emergenti nel procedimento di scissione.

La norma rappresenta la più evidente espressione, nel panorama normativo interno, del cd. principio dell'irregredibilità degli effetti derivanti da una decisione societaria secondo cui, una volta che è divenuta efficace la programmata modifica organizzativa della società, essa non può più essere oggetto di demolizione⁷⁹.

fusioni e scissioni societarie, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69, poi riformulata in occasione della riforma del diritto societario con il d. lgs. n. 6/2003.

⁷⁷ La norma, specie nel periodo immediatamente successivo alla sua introduzione, aveva sollevato dubbi di costituzionalità secondo una parte della dottrina; v. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, 505 ss.; BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 570 ss. Di segno opposto, SPOLIDORO, *Le fusioni*, 159, ed in giurisprudenza, tra gli altri, Trib. Milano, 5 marzo 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2228 ss., con nota di BERTELOTTI.

⁷⁸ La Relazione Ministeriale al d.lgs. n. 22/1991 ("attuazione delle direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE in materia di fusioni e scissioni societarie") indicava che la norma in esame mira ad «evita[re] tutte le difficoltà gravissime che nascerebbero quando fosse dichiarata nulla una fusione già attuata: difficoltà in ordine sia alla suddivisione dei patrimoni ormai unificati e, nel tempo intercorrente fino alla formazione del giudicato, modificati magari profondamente, sia alla ricostruzione delle compagini dei soci delle diverse società partecipanti all'operazione».

⁷⁹ Tra gli altri, v. BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008, in particolare 68 ss.; ID., *Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita*, 211 ss., per cui «il c.d. 'punto di non ritorno' dovrebbe essere rappresentato dall'esecuzione dell'atto finale del procedimento di fusione, anche se avvenuto in violazione dei diritti dei creditori (...). Conseguentemente tutti i vizi – di invalidità, inesistenza o

La formulazione della norma e, in generale, il principio di irregredibilità degli effetti, comportano una serie di rilevanti conseguenze.

Innanzitutto, sembra che l'inammissibilità prevista dall'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. debba considerarsi come *assoluta*, nel senso che l'iscrizione ha un effetto sanante totale⁸⁰, impedendo, in presenza di qualsiasi vizio, la rimozione degli effetti già prodotti e da considerarsi ormai definitivi.

Ciò comporta, ad esempio, che a seguito dell'iscrizione dell'atto di scissione, l'eventuale procedimento giudiziale volto a far accertare l'invalidità dell'operazione (ad esempio, mediante impugnazione della delibera straordinaria di approvazione del progetto) non potrà essere proposto ovvero, se già pendente, dovrà essere dichiarato improcedibile; nonché, come già visto, ai fini dell'iscrizione deve allora considerarsi irrilevante la circostanza per cui sia ancora pendente il termine dei sessanta giorni previsti per l'opposizione *ex art. 2503 c.c.* (scissione *ante diem*) o l'eventuale giudizio di opposizione già instaurato (che diventerà improcedibile).

Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina che si è occupata del tema⁸¹, pare che l'impossibilità assoluta alla dichiarazione di invalidità della scissione non comporti la possibilità di escludere da tale limitazione le ipotesi in cui vi siano state anomalie estremamente gravi, che nascondono

inefficacia – accertati in data successiva a tale adempimento dovrebbero sottostare alla regola di cui al 1° comma dell'art. 2504-*quater* c.c. e risultare, quindi, non più in grado di inficiare la regolarità della fusione»; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 365 ss.; GENOVESE, sub *art. 2504 quater*, 3366 ss. per cui la preclusione all'invalidità sarebbe sostanzialmente totale, includendo le ipotesi di nullità ed annullabilità dell'atto di scissione, sia originaria (vizio proprio dell'atto) che derivata (atto di fusione viziato da nullità o annullabilità di un atto del procedimento di scissione, precedente e presupposto); PASQUINI, sub *art. 2504 quater*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2015, 1574 ss.; PERRINO, sub *art. 2503-2503 bis*, 1983 ss.

⁸⁰ Nel senso che il vizio, in sé, permane, ma esso non è più rilevabile.

⁸¹ Così, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 388-389; OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. lgs. 1991 n. 22: profili generali*, 501 ss.; SANNA, *L'invalidità della fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 500-501.

abusi e comportamenti opportunistici da parte degli amministratori. Abusi che potrebbero verificarsi, ad esempio, nelle ipotesi di iscrizione dell'atto di scissione in assenza della previa delibera assembleare oppure in chiarissima difformità da essa.

Secondo la richiamata dottrina, che non appare condivisibile, la considerazione per cui tali gravi forme di patologia non verrebbero sanate non si porrebbe in contrasto con l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. in quanto in questi casi mancherebbe, a monte, la capacità stessa dell'atto di determinare un effetto giuridicamente rilevante (quale presupposto implicito al fine del funzionamento della citata disposizione). Non si tratterebbe, quindi, di far venir meno effetti oramai irregredibili, in quanto alcun effetto si sarebbe mai realizzato. In tal senso, potrebbero allora essere escluse dalla 'sanatoria' proprio quelle situazioni in cui si verifica un utilizzo abusivo della protezione dalla pronuncia dell'invalidità (che, in tale contesto, si palesa mediante lo sfruttamento dello strumento per finalità diverse da quelle per cui è stato previsto: la stabilità della decisione societaria ed i suoi effetti conseguenti), ossia quelle ipotesi in cui gli amministratori sono privi del potere di iscrivere un atto idoneo a produrre un effetto. Per tale impostazione, potrebbe ritenersi applicabile la generale disciplina di cui all'art. 1398 c.c. per cui, secondo la dottrina maggioritaria, gli atti compiuti dal supposto rappresentante privo del relativo potere sarebbero inidonei a produrre effetti, salva la successiva ratifica da parte dell'interessato (nel caso di specie, l'assemblea)⁸².

Tuttavia, come anticipato, pare che questa posizione non sia sostenibile in quanto il punto di osservazione non sembra possa essere quello della gravità delle condotte degli amministratori oppure dell'impossibilità giuridica di determinati atti di realizzare effetti (profili che, di per sé, peraltro aprono a

⁸² Per tutti v. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, seconda ed., Milano, 2000, 107 ss., secondo cui, in difetto del potere di rappresentanza, il contratto non è efficace né rispetto al rappresentato, né rispetto al rappresentante e neppure rispetto al terzo contraente.

discrezionali spazi interpretativi, con ogni conseguenza in termini di certezza del diritto e che, nel caso di specie, potenzialmente interesserebbero una serie indefinita di rapporti conseguenti).

Diversamente, sembra che il punto di osservazione debba rimanere quello dell'avvenuta, o meno, modifica organizzativa derivante dall'operazione⁸³: per cui, ove questa si sia verificata, la dichiarazione di invalidità, con ogni effetto regressivo conseguente, non potrà più essere pronunciata. In queste ipotesi gli interessi alla stabilità dell'operazione, ormai realizzata, e la tutela dei terzi che hanno fatto affidamento su di essa (si pensi al creditore che abbia finanziato la società in quanto convinto dal progetto imprenditoriale conseguente alla scissione) prevalgono sul profilo dell'abuso del diritto (e che potrà essere condannato sotto altro profilo, quello della responsabilità degli amministratori).

In tale contesto, è allora possibile ritenere che l'abuso dello strumento dell'impossibilità di dichiarare l'invalidità rimanga invece prevalente (di talché sarà ancora possibile ricorrere alla tutela reale)⁸⁴, qualora gli effetti non

⁸³ In tal senso non appare corretta neppure la conclusione, seppur più rigida rispetto alla prima posizione dottrinale richiamata, cui giunge la Corte di Cassazione con sentenza del 1 giugno 2012, n. 8864, in *Foro it.*, 2012, parte I, 3107, secondo cui l'incapacità dell'atto di scissione (e fusione) a produrre effetti sussisterebbe «solo in casi estremi (e neppure facili da prefigurare) [ove] gli eventuali vizi o le possibili lacune del procedimento di fusione potrebbero determinare l'inesistenza giuridica dell'atto iscritto nel registro. Lo si potrebbe sostenere solo qualora il procedimento ne risultasse a tal punto stravolto da apparire manifestamente irricognoscibile nei suoi tratti essenziali anche ai terzi, ai quali però non può farsi carico di una verifica che vada oltre l'individuazione nel registro di una sequenza procedimentale completa nella sua esteriore apparenza».

⁸⁴ Così anche GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 339 ss., per cui «in materia di scissione, qualsiasi vizio dell'atto, anche se macroscopico, non potrà comunque impedire allo stesso di produrre gli effetti che la legge ricollega all'ultima delle iscrizioni presso il registro delle imprese», e, seppur riferito al profilo dell'inefficacia, «l'art. 2506-*quater*, nel prevedere che la data di efficacia della scissione può essere successiva a quella dell'iscrizione, evidenzia come il perfezionamento della pubblicità non impedisca, comunque, di rilevare l'inefficacia dell'atto».

si siano ancora verificati nonostante l'iscrizione nel registro delle imprese, ossia nell'ipotesi (che forse resta di scuola, specie in questo contesto ove si intravedono forme di illegittimità dell'operazione) di cui all'art. 2506 *quater*, primo co., c.c., per cui può essere stabilita una data successiva per il decorso degli effetti della scissione rispetto a quello dell'iscrizione dell'atto (previsione comunque non ipotizzabile nel caso di scissione con costituzione di nuove società)⁸⁵. In tal modo, quindi, l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. dovrebbe essere letto nel senso che il momento da cui decorre l'intangibilità dell'operazione (e quindi l'impossibilità alla dichiarazione di invalidità) sia quello della realizzazione degli effetti; laddove l'iscrizione dell'atto di scissione, come riportato dalla norma, non rappresenta altro che il tipico momento a decorrere dal quale ciò avviene (pur lasciando spazio ad una volontà diversa, e postergata, da parte degli amministratori)⁸⁶.

⁸⁵ A ben vedere, la norma appare superflua in quanto già dal sistema previsto dal legislatore è deducibile come gli effetti organizzativi avessero come punto di non ritorno quello dell'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. Di talché, essi possono essere fatti decorrere, a scelta delle società coinvolte, anche da un momento successivo (anzi, ciò a maggior tutela dei terzi) e mai anticipati ad un momento anteriore.

Diversamente, è anche evincibile come gli effetti derivanti dalla scissione e privi di capacità organizzativa possono essere anticipati rispetto all'iscrizione presso il registro delle imprese. In tal senso, risulta a ben vedere superflua anche l'ultima parte del medesimo art. 2506 *quater*, primo co., c.c. per cui «gli effetti a cui si riferisce l'art. 2501 *ter*, numeri 5) e 6), possono essere stabilite anche date anteriori». La norma si riferisce, infatti, esclusivamente a profili contabili dell'operazione, e non ai suoi effetti 'sostanziali', avendo riguardo solo agli effetti della partecipazione agli utili delle azioni o quote assegnata dalle beneficiarie ai soci della scissa, e dell'imputazione delle società partecipanti all'operazione al bilancio delle società risultanti.

Pur ancora in assenza degli attuali dati normativi interni e sulla base di una indagine comparatistica, già aveva ritenuto che la retrodatazione fosse ammissibile ove riferita ai profili non organizzativi della scissione, PORTALE, *Clausole di «retroattività» e bilanci nelle fusioni di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1983, 1281 ss., per cui «la prima indicazione che si trae dell'esperienza comparatistica è dunque quella che le tipiche clausole di retroattività non sono in alcun modo dirette ad incidere sul momento reale dell'operazione».

⁸⁶ Pur non essendosi dovuto occupare specialmente della fattispecie, così pare anche Trib. Milano, 12 marzo 2014, n. 3462, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, secondo cui «gli effetti della scissione, dopo l'iscrizione dell'atto, diventano definitivi, ovvero irretrattabili,

Quindi, se il punto di osservazione deve essere quello dell'effettiva realizzazione degli effetti conseguenti all'operazione, sembra doversi ammettere, come ritenuto da parte della dottrina⁸⁷, la possibilità di procedere alla dichiarazione di *invalidità parziale* della scissione, con riferimento a quelle particolari clausole che, anche se venute meno, non potrebbero comunque incidere sulla modifica organizzativa realizzata dalla scissione, non ponendosi in contrasto con il principio dell'irregredibilità degli effetti. Di talché, non dovrebbero considerarsi inammissibili (originariamente oppure in via sopravvenuta) le domande di invalidità che riguardino singole clausole, la cui caducazione non metterebbe a repentaglio la stabilità dell'operazione.

Così delineato il contenuto e le ragioni che giustificano il divieto di pronuncia dell'invalidità della scissione, è possibile valutare come dottrina e giurisprudenza affrontino il profilo dell'ammissibilità dell'azione revocatoria rispetto alla scissione. In particolare, il tema viene riferito alla compatibilità tra gli effetti dell'*actio pauliana* ed i vincoli, come sopra delineati, alla pronuncia dell'invalidità della scissione.

per cui la data di decorrenza degli stessi rappresenta anche il momento a partire dal quale gli effetti dell'operazione non possono più essere né contestati né revocati; di conseguenza gli interessi che risultino lesi dall'illegittimità dell'operazione sono oggetto di tutela sul piano esclusivamente risarcitorio ai sensi dell'articolo 2504 *quater* c.c.».

⁸⁷ V., in particolare, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 372 ss., per cui, ad esempio, anche successivamente all'iscrizione potrebbe essere ancora dichiarata l'invalidità della clausola di post- o retrodatazione degli effetti ove stipulate in maniera illegittima; al contrario, non potrebbero essere invalidate le singole attribuzioni patrimoniali oppure il rapporto di cambio. L'A. peraltro ritiene che questa possibilità sia comunque eterogenea rispetto alla disciplina di cui all'art. 1419 c.c. «tipica del negozio interindividuale di scambio, e con essa non comparabile» che, diversamente, si basa su una logica di essenzialità o non essenzialità della clausola, e quindi non sull'irregredibilità o meno degli effetti ormai realizzati. A favore della nullità parziale (della fusione) anche ANGELICI, *La nullità della fusione*, 275 ss.

7.2. *La tesi favorevole alla compatibilità della tutela revocatoria rispetto al regime dell'irregredibilità degli effetti.*

Secondo una prima posizione interpretativa, la preclusione alla declaratoria dell'invalidità della scissione sarebbe irrilevante rispetto all'ammissibilità della tutela revocatoria.

Si tratta di una posizione recentemente, e per la prima volta, sostenuta anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 4 dicembre 2019, n. 31654⁸⁸, e dalla Corte di Giustizia Europea, con la sentenza del 30 gennaio 2020, sezione II, n. 394/18⁸⁹, su rinvio *ex art.* 267 TFUE della Corte d'Appello di Napoli⁹⁰ (pronunce che certamente troveranno ulteriore seguito

⁸⁸ V. nt. 1.

⁸⁹ Con nota di POTOTSCHING, *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, 464 ss.; e PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, 909 ss.

⁹⁰ Con ordinanza del 20 marzo 2018; in dottrina con commenti di SARALE, *Scissione e azione revocatoria: richiesto l'intervento della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2019, 113 e ss.; POTOTSCHING, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, in *Soc.*, 2018, 1411 e ss.; FIMMANÒ, *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 147, 2019 e ss. Già in precedenza rispetto al rinvio della Corte d'Appello di Napoli, v. MALTONI-SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, in *Soc.*, 2017, 1091 ss. avevano anticipato l'opportunità dell'intervento della Corte di Giustizia.

La Corte d'Appello di Napoli ha rinviato alla Corte di Giustizia Europea chiedendo che questa si pronunciasse sulle due seguenti questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 12 e 19 della direttiva n. 82/891/CEE.

(i) Con la prima è stato chiesto se i creditori anteriori della scissa, che non si fossero opposti *ex art.* 2503 c.c., potessero comunque avvalersi dell'azione revocatoria.

La Corte d'Appello di Napoli aveva posto la questione come segue: «se i creditori della scissa, le cui ragioni di credito siano anteriori alla scissione, che non si siano avvalsi del rimedio dell'opposizione *ex articolo* 2503 del codice civile (e dunque dello strumento di tutela introdotto in attuazione dell'articolo 12 della [sesta direttiva]), possano avvalersi dell'azione revocatoria [o pauliana] *ex articolo* 2901 del codice civile dopo che la scissione sia stata attuata, allo scopo di farne dichiarare l'inefficacia nei loro confronti e, quindi, essere preferiti in sede esecutiva ai creditori della o delle società beneficiarie nonché di essere anteposti agli stessi soci di quest[e] ultime»;

in giurisprudenza⁹¹). Ciò viene sostenuto in particolar modo per le due seguenti motivazioni.

In primo luogo viene rilevato che la previsione di cui all'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. dovrebbe essere intesa come strettamente limitata alla patologia dell'operazione, e non alla sua mera inefficacia. Ciò sarebbe deducibile sia in quanto la norma, espressamente, si riferisce solamente all'«invalidità»; sia in quanto, la disciplina comunitaria, da cui quella interna ha avuto origine, limita esclusivamente la possibilità di dichiarare la «nullità» dell'atto. Peraltro, secondo la citata sentenza della Corte di Giustizia⁹², il sistema di tutele previsto dalla sesta direttiva del Consiglio *né* preclude la previsione, da parte degli Stati membri, di ulteriori forme di tutela per i creditori sociali anteriori al progetto di scissione e non ancora scaduti, *né* prevede che il mancato esercizio degli strumenti di tutela dei creditori sociali previsti dalla normativa interna in applicazione dell'art. 12 della direttiva, limiti il ricorso a strumenti di tutela ulteriori e diversi⁹³.

(ii) Con la seconda questione pregiudiziale, è stato chiesto se la nozione di nullità (di cui all'art. 19 della sesta direttiva) contempli anche le ipotesi di inefficacia ed inopponibilità (tipiche della revocatoria). In particolare «se la nozione di nullità, contemplata dall'articolo 19 della [sesta direttiva], si riferisce alle sole azioni incidenti sulla validità dell'atto di scissione ovvero anche a quelle che, pur non incidendo sulla sua validità, ne determinano l'inefficacia relativa o inopponibilità».

⁹¹ Come, infatti, già risulta da Trib. Catanzaro, 14 gennaio 2020, in *www.ilcaso.it*, che si riporta integralmente alle argomentazioni della sentenza della Corte di Cassazione. Inoltre, seppur non chiamata ad esprimersi sul punto, riferisce la fondatezza del precedente della stessa Suprema Corte, Cass., 21 febbraio 2020, n. 4737, in banca dati *pluris.it*, per cui sarebbe «corretto [il] rilievo che la c.d. regola di irretrattabilità della scissione vale solo per il tema della invalidità della relativa operazione e non anche per quello revocatoria, secondo una linea che risulta anche approvata dalla Corte di Giustizia UE».

⁹² In tal modo rispondendo alla prima questione pregiudiziale posta dalla Corte d'Appello di Napoli.

⁹³ Il citato passaggio argomentativo della sentenza non sembra, di per sé, poter essere criticabile. Da un punto di vista generale, infatti, rilevare che, ai sensi della direttiva, gli Stati membri possano prevedere forme di tutela ulteriori (per i creditori anteriori alla scissione) non pare possa presentare profili non condivisibili. Ed ancora, sostenere che il mancato esercizio di uno strumento speciale di tutela prevista in ipotesi di scissione (anche solo

L'azione revocatoria sarebbe quindi ammissibile, e non si porrebbe in contrasto con l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. atteso che per effetto della stessa l'atto dispositivo rimarrebbe pur sempre valido, divenendo meramente inefficace ed inopponibile rispetto al creditore precedente⁹⁴. Anzi, la validità dell'operazione rappresenterebbe un presupposto dell'azione revocatoria che, in quanto tale, deve avere ad oggetto un atto che abbia validamente realizzato degli effetti⁹⁵.

In secondo luogo, parte della dottrina e della giurisprudenza⁹⁶ rileva come l'azione revocatoria sarebbe indifferente rispetto al principio di irregredibilità degli effetti in quanto essa, anche ove fondatamente esperita, non comporterebbe alcun effetto modificativo sul profilo organizzativo derivante dall'operazione di scissione⁹⁷.

potenzialmente) dannosa per i creditori sociali non precluderebbe l'esercizio di diverse tutele ulteriori, potrebbe essere una conclusione quantomeno sostenibile. È evidente, tuttavia, che il tema dovrebbe essere affrontato in senso più ampio, ossia valutando se tali conclusioni possano, allo stesso tempo, confliggere con ulteriori e diversi interessi tutelati e che, nel caso di specie, sono rappresentati dall'interesse (delle società coinvolte, dei soci, ma anche in generale dei terzi) alla stabilità della scissione.

⁹⁴ In questo senso GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, 213; CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buyout*, 188 ss.; PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, 151.

Adotta questo argomento anche la citata Cass., 4 dicembre 2019, n. 31654, per cui l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. «esclude solo una dichiarazione (per nullità o annullamento) [ma non] l'inesperibilità dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., che, come noto, non determina alcuna invalidità dell'atto ma la sua semplice inefficacia rendendolo inopponibile al creditore pregiudicato».

⁹⁵ DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, 68, in nota a Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, 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.

⁹⁶ In giurisprudenza, *ex multis*, si riportano a questo argomento la citata Cass., 4 dicembre 2019, n. 31654; Trib. Roma, 12 giugno 2018, (nt. 1); Trib. Bergamo, 28 febbraio 2018, in banca dati *dejure.it*; Trib. Napoli Nord, 11 gennaio 2018, in *Il societario.it*; Trib. Napoli, 24 luglio 2017, (nt. 16).

⁹⁷ Più in generale, con riferimento alle molteplici teorie in merito alla portata dell'art. 2504 *quater* c.c., v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 383 ss.

Viene infatti sostenuto che sarebbe possibile distinguere, nell'ambito delle conseguenze derivanti dall'esecuzione della scissione, tra gli effetti organizzativi e gli effetti patrimoniali; effetti che tra loro si porrebbero in un rapporto di reciproca autonomia, senza che l'uno possa influenzare l'altro⁹⁸.

Secondo questo argomento, il fruttuoso esperimento dell'azione revocatoria sarebbe pienamente conforme con il principio dell'irregredibilità degli effetti in quanto l'*actio pauliana* permetterebbe di mantenere intatta la modifica strutturale, esclusivamente rilevando – rendendole inopponibili ai creditori sociali agenti - sulle sole assegnazioni patrimoniali⁹⁹, con l'effetto di ricostituire l'originaria garanzia patrimoniale. Anche le citate recenti sentenze della Corte di Cassazione¹⁰⁰ e della Corte di Giustizia Europea¹⁰¹ si

⁹⁸ Riprendendo quanto rilevato in precedenza in ordine alle varie posizioni relative alla natura della scissione (v. par. 4), a questo punto del problema non giunge l'impostazione per cui l'azione revocatoria non sarebbe ammissibile già per il solo fatto che l'operazione di scissione non comporterebbe un effetto traslativo. Conclusione che, per le ragioni viste, non appare sostenibile in quanto, da una parte, la scissione determina un effetto organizzativo e patrimoniale congiunto; dall'altra parte, anche ove venisse ritenuto assente ogni profilo di disposizione patrimoniale, tale carenza non sarebbe dirimente ai fini dell'ammissibilità dell'azione revocatoria che non presuppone, necessariamente, questo requisito.

⁹⁹ In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 12 giugno 2018, (nt. 1); Trib. Pescara, 17 maggio 2017, (nt. 28), per cui «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 gli effetti meramente patrimoniali»; Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, (nt. 1), per cui «la revocatoria della scissione non cancella il complesso degli effetti organizzativi derivanti dall'operazione, ma si limita a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società figlia»; Trib. Palermo, 25 maggio 2012, (nt. 1).

¹⁰⁰ Secondo la pronuncia della Suprema Corte, «la regola in questione mira ad evitare la demolizione dell'operazione di trasformazione e la reviviscenza delle società originarie [in questo senso, ma non è affatto chiaro, la sentenza sembra riferirsi al profilo organizzativo dell'operazione], ma appare pienamente compatibile con la natura e gli effetti dell'azione revocatoria, strumento di conservazione della garanzia patrimoniale, che agisce sul registro della mera inopponibilità dell'atto al creditore pregiudicato [in questo senso, la sentenza pare riferirsi al versante patrimoniale]»

¹⁰¹ E così rispondendo alla seconda questione pregiudiziale (se il limitato regime, entro il quale può essere pronunciata la nullità della scissione, impedisce altresì l'esperimento di azioni che incidono sulla sua efficacia, quale l'*actio pauliana*), la Corte di Giustizia, con una argomentazione meramente letterale, si limita a rilevare la distinzione intercorrente tra la

conformano a tale argomento, rilevando l'incapacità dell'azione revocatoria ad incidere sulla sussistenza dell'operazione di scissione.

Ciò sarebbe possibile, secondo questa impostazione, in quanto la scissione costituirebbe una *fattispecie a formazione progressiva* ove vengono compiuti due negozi giuridici autonomi e coordinati: il primo – di natura organizzativa – volto alla modifica dell'atto costitutivo della società e che è *riferibile ai soci*; il secondo – di natura patrimoniale e di mera gestione societaria – rappresentato dall'atto di assegnazione degli elementi patrimoniali e che è *riferibile alla società scissa ed alla beneficiaria*.

In tal senso, l'azione revocatoria non avrebbe alcuna influenza, quindi, sulla struttura partecipativa conseguente alla scissione (i soci manterrebbero ferme le proprie partecipazioni così come previste nell'originario progetto), mentre ciò che verrebbe «restituito» alla garanzia patrimoniale della scissa sarebbe esclusivamente l'assegnazione patrimoniale, nel pieno rispetto dell'operazione oramai consolidata quale fatto organizzativo.

Da ultimo, è opportuno segnalare un ulteriore argomento che viene dedotto dalla citata Corte di Giustizia e che appare inedito, sia per la giurisprudenza che per la dottrina. La sentenza, in maniera non condivisibile per le ragioni che si diranno nei prossimi paragrafi, rileva come l'azione revocatoria dovrebbe essere ritenuta ammissibile anche in quanto la direttiva comunitaria avrebbe ad oggetto esclusivamente i «creditori della società scissa e non quelli delle società di nuova costituzione o dei soci di queste ultime»; se ne

nozione di nullità e l'effetto di mera inefficacia ed inopponibilità conseguente al vittorioso esperimento dell'azione revocatoria. Pertanto, conclude la Corte di Giustizia, poiché l'*actio pauliana* «non incide sulla validità della scissione, non comporta la sua comparsa e non produce effetti nei confronti di tutti», allora essa deve essere considerata ammissibile. Per le ragioni che si esporranno nei prossimi paragrafi, la conclusione non è condivisibile in considerazione della sostanziale omogeneità che, in merito alla scissione, sussiste tra la declaratoria della mera inefficacia (nei confronti del creditore che ha agito in via revocatoria) rispetto a quella di invalidità dell'operazione.

dovrebbe dedurre¹⁰², secondo la sentenza, che la sesta direttiva non richiede che la tutela dei creditori delle società di nuova costituzione sia equivalente a quella dei creditori della scissa, di talché nulla «osta a che, nel contesto di una scissione mediante costituzione di una nuova società (...) la priorità sia accordata alla tutela degli interessi dei creditori della società scissa», cosicché i creditori della società scissa anteriori all'operazione potranno «intentare un'azione pauliana al fine di far dichiarare la scissione inefficace nei loro confronti».

7.3. La tesi contraria all'ammissibilità della revocatoria rispetto alla scissione.

7.3.1. Le ragioni formali: l'argomento letterale e l'insussistente differenza tra invalidità ed inefficacia.

L'opzione interpretativa per cui l'azione revocatoria sarebbe indifferente rispetto al divieto di pronunciare l'invalidità dell'operazione di scissione non appare tuttavia sostenibile per una serie di ragioni, come rilevato da altra parte della dottrina e della giurisprudenza.

In primo luogo, in quanto il riferimento all'«invalidità» di cui all'art. 2504 *quater*, primo co., c.c., quale ipotesi più grave, potrebbe ben comprendere la meno rilevante inefficacia; di talché potrebbe sostenersi come la disposizione non si riferisca esclusivamente alla patologia dell'atto ma a tutte quelle forme che potrebbero avere effetto ripristinatorio dello *status quo ante*¹⁰³.

¹⁰² Dal combinato disposto dell'art. 12, paragrafo 4, della sesta direttiva ed art. 13, paragrafo 3, della terza direttiva.

¹⁰³ In tal senso, tra gli altri, v. SANTAGATA, *Le fusioni*, 606 ss., per cui, oltre che da un punto di vista sostanziale, anche da un punto di vista logico sarebbe contraddittorio «sanare la

In ogni caso, l'argomento letterale, valutato in un senso o nell'altro, appare poco rilevante, specie in considerazione della scarsa chiarezza del dato normativo che, a ben vedere, si può prestare ad entrambe le interpretazioni. Quel che è certo, però, è che sembra inopportuno basare l'argomentazione sul mero dato letterale, di talché è necessario valutare profili maggiormente sostanziali della disciplina.

E così, *in secondo luogo*, sostenere la sussistenza di una differenza tra l'invalidità e l'inefficacia sembra argomento certamente suggestivo, ma decisamente distante dai veri contenuti dell'operazione. Rilevare, come recentemente sostenuto dalle citate sentenze della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia Europea, che l'effetto dell'inopponibilità del trasferimento patrimoniale (quale tipica conseguenza dell'*actio pauliana*) non avrebbe effetti sul versante organizzativo della scissione appare non compatibile con il reale andamento dell'operazione.

A ben vedere, l'opposta ricostruzione sembra determinata da un errore di fondo, ossia quello di pretendere di valutare il fenomeno societario utilizzando una dimensione privatistica, ove è consuetudine riferirsi al trasferimento della singolarità (il bene)¹⁰⁴, piuttosto che della pluralità (il complesso organizzato di beni). In una dimensione privatistica, infatti, è

nullità radicale di un atto per contrarietà a norme imperative e non la meno grave sua inefficacia»; VICARI, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504-quater c.c.*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 556.

In giurisprudenza, v. Trib. Forlì, 4 febbraio 2016, (nt. 3), si esprime nel senso per cui «pur essendo vero che la categoria giuridica dell'inefficacia non rientra in senso stretto in quella di invalidità, deve nondimeno rilevarsi che la preclusione alla dichiarazione di invalidità prevista dall'art. 2504 *quater* c.c., una volta eseguita la formalità dell'iscrizione nel registro delle imprese, essendo posta a tutela dell'affidamento dei terzi e della certezza dei traffici, debba essere intesa come totale e generale, comprensiva anche delle ipotesi di inesistenza ed inefficacia, restando salvo solo il rimedio del risarcimento del danno previsto dall'ultima parte della norma».

¹⁰⁴ In via di ipotesi potrebbe assistersi ad una operazione di scissione che assegni un singolo cespite, ma l'ipotesi è tanto marginale da potersi considerare un caso di scuola, v. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, 9 ss.

sostenibile la distinzione, non solo formale ma anche sostanziale, tra l'inefficacia e l'invalidità di un negozio¹⁰⁵.

Più difficile, o forse errato, sarebbe adottare la medesima impostazione a fronte dell'assegnazione di un'azienda da una società verso una diversa società neocostituita e, a maggior ragione, verso una società beneficiaria preesistente ove, in ipotesi, l'operazione potrebbe essere stata voluta al fine di integrare l'azienda della società beneficiaria con l'azienda della scissa, in considerazione di particolari scelte produttive e di *business* degli amministratori.

Se l'azienda 'funziona' in quanto sistema i cui beni sono tra loro coordinati (tanto che la somma dei 'valori' dei singoli beni può ben essere inferiore alla somma dell'azienda nel suo complesso), allora non è indifferente alla sua

¹⁰⁵ Sulla necessità di adottare una diversa impostazione tra la valutazione a seconda dell'ottica privatistica o aziendale da cui si osserva il medesimo problema, v. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, 106, per cui «emerge infatti come dato di fondo che, a prescindere dalle soluzioni adottate sui singoli problemi (...) laddove oggetto dell'apporto è un complesso aziendale, l'applicazione dei principi sui conferimenti deve seguire criteri diversi rispetto a quelli utilizzabili nel caso di apporto di singoli beni»; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, seconda ed., Padova, 2006, 114, per cui «la questione si presenta in termini ben diversi rispetto a quanto avviene nel caso di una singola vicenda negoziale», laddove questa seconda importa di «verificare se e quali situazioni giuridiche essa è stata efficacemente in grado di costituire, e ciò al fine della loro concreta attuazione», diversamente, la delibera assembleare «rappresenta un momento nello svolgimento dell'attività sociale [il cui] problema, perciò, non riguarda tanto la sua "efficacia", quanto se tale suo valore può essere conservato oppure eliminato».

Da un punto di vista applicativo quindi, fermo che certamente non ci si può riferire ad una disciplina completamente autonoma dal diritto comune (in quanto così non è stata impostata dal legislatore della riforma), sembra comunque che l'ontologico distacco tra le operazioni privatistiche e quelle societarie non possano che imporre un continuo adattamento del sistema dei contratti a quello delle imprese. Secondo CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, 73, «l'originalità della disciplina della scissione risiede non già nell'emancipazione dal diritto comune, ma nella combinazione del diritto settoriale con quello comune: questo costituisce la base sulla quale l'altro si innesta, integrandolo o derogandolo a seconda dei casi, con previsioni dirette a realizzare le condizioni normative coerenti con gli interessi sostanziali sottesi all'operazione». Seppur non si rivolga espressamente al tema, in tal senso pare esprimersi anche LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, 441 ss.

funzionalità (ed al suo valore) che essa venga smembrata per effetto della dichiarazione di inefficacia del trasferimento, anche solo di qualche cespite, rispetto ad un creditore della scissa su cui egli potrà agire in esecuzione.

Pertanto, l'invalidità dell'operazione (nel suo complesso) e l'inefficacia del trasferimento (anche di beni particolari costituenti l'azienda) rappresentano, dal punto di vista sostanziale del funzionamento e del valore dell'azienda, il medesimo fenomeno. Non sembra possibile rendere inopponibile (anche solo) una parte dell'operazione, destrutturando il patrimonio sociale e lasciando "pezzi di effetti" sul terreno dopo la sua circolazione¹⁰⁶. Il patrimonio oggetto della scissione, infatti, non sembra possa essere considerato come una somma di rapporti e beni indipendenti (ove ben potrebbe esserne sottratto uno senza effetti sugli altri), bensì una unità complessiva il cui valore rappresentato anche dalla sua complementarietà.

Il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria porterebbe, dal punto di vista della funzionalità, al medesimo effetto della dichiarazione di invalidità della scissione atteso che verrebbe smembrata l'operazione stessa, per l'intero (come potrebbe accadere in caso di liquidazione giudiziale della scissa) od anche solo parzialmente perdendo l'*asset* patrimoniale revocato. Del resto, se scopo dell'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. è quello di garantire la stabilità dell'operazione societaria, mediante l'impossibilità di farne dichiarare l'invalidità, è evidente che detti effetti non possano essere messi in discussione in nessun modo, vuoi con una dichiarazione di invalidità

¹⁰⁶ FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, 472, per cui «ragionare diversamente vuol dire commettere un evidente errore concettuale (...). 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».

dell'operazione, vuoi con una dichiarazione di inefficacia dell'assegnazione patrimoniale¹⁰⁷.

In tal senso, allora, la formale distinzione tra inefficacia ed invalidità verrebbe decisamente meno in quanto non corrispondente ad alcuna diversità dal punto di vista degli effetti; di talché, il fatto che l'art. 2504 *quater* c.c. si riferisca alla sola invalidità diviene irrilevante, nel senso che essa non può che coprire ed intendere compresa anche l'inefficacia.

7.3.2. Le ragioni sostanziali: l'inevitabile incidenza sulle modifiche organizzative e la necessaria tutela di tutti i soggetti interessati.

Anche ove si volesse ritenere che l'inefficacia dell'assegnazione aziendale sarebbe compatibile con la stabilità dell'operazione, non sembra in ogni caso possibile sostenere l'indifferenza dell'esperimento dell'azione revocatoria rispetto alle modifiche organizzative derivanti dalla scissione.

¹⁰⁷ In via generale, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum* Pietro Abbadessa, Milano, 2014, 700, per cui ammettere la regredibilità degli effetti delle operazioni organizzative «connoterebbe di un'aura di precarietà le attività poste in essere dalla società in esecuzione delle suddette delibere a tal punto da mettere a repentaglio il successo finanziario delle relative operazioni, con tutti gli effetti a ciò correlati anche in relazione al funzionamento dello stesso mercato».

Ciò in quanto, come correttamente rilevato da parte della dottrina¹⁰⁸, la scissione rappresenta, un'operazione unitaria che realizza, con il medesimo atto, effetti riorganizzativi e patrimoniali tra loro inscindibili¹⁰⁹.

Pertanto, l'unitarietà dell'operazione di scissione comporta che l'esperimento vittorioso di un'azione revocatoria, che certamente ha effetti diretti sul versante patrimoniale, non potrà che avere effetti indiretti anche sul collegato e dipendente profilo organizzativo.

Del resto, apparirebbe incongruo mantenere un determinato rapporto di partecipazione societaria quando la sua ragione patrimoniale (è l'assegnazione patrimoniale che ha motivato l'assegnazione partecipativa) è

¹⁰⁸ MALTONI – SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, 1096, per cui «la contrapposizione tra effetti riorganizzativi e effetti patrimoniali indebitamente tralascia che la scissione (come del resto anche la fusione) realizza *uno actu* tutti gli effetti, riorganizzativi e patrimoniali, che si vorrebbero distinguere, sì che voler contrapporre gli uni agli altri è arbitrario e conduce, in definitiva, a conclusioni indifendibili»; PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano*, 480 ss., per cui la scissione configura «un fenomeno che si esplica a più livelli – quello della struttura organizzativa della società, quello del patrimonio e delle relative valutazioni, quello delle partecipazioni sociali», e per cui nella scissione vi sarebbe la presenza «di due componenti espressamente delineate dalla legge (art. 2504-septies c.c. [ante riforma, ma la modifica pare ininfluente]): il trasferimento del patrimonio sociale e l'assegnazione delle azioni o quote delle beneficiarie ai soci della scissa»; FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione societaria*, 14 ss., per cui «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 soggettiva di posizioni giuridiche tanto attive quanto passive. La vicenda dei beni appare come il riflesso reale dell'operazione». Si riferisce ad un legame «intimo ed indissolubile» tra il 'trasferimento' del patrimonio e l'attribuzione delle partecipazioni, PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, 211; da ultimo, secondo PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, 233, per cui l'assegnazione patrimoniale sarebbe «strumentale» alla riorganizzazione dell'investimento dei soci.

¹⁰⁹ In tal senso pare esprimersi anche la Corte di Cassazione per cui il trasferimento patrimoniale e l'assegnazione delle partecipazioni ai soci sembrano essere valutati come i due elementi costitutivi la medesima unitaria operazione sinallagmatica. Secondo Cass. SS. UU., 15 novembre 2016, n. 23225, (nt. 17), «la scissione [è] 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». Nei medesimi termini, già Cass., 13 aprile 2012, n. 5874, (nt. 13) e Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897, (nt. 12).

stata, anche solo in parte, sostanzialmente fatta regredire al patrimonio della società scissa. È evidente, quindi, che oltre alla restituzione di beni e diritti a favore dei creditori precedenti, si dovrà, in maniera corrispondente, procedere alla riassegnazione delle posizioni organizzative, in primo luogo quelle dei soci¹¹⁰; effetto che massimamente si verifica in un contesto di liquidazione giudiziale ove la revocatoria coinvolgerebbe la totalità delle assegnazioni patrimoniali.

Ebbene, se (anche) questi sono gli effetti che devono considerarsi conseguenti alla revocatoria della scissione, allora occorre rilevare come, oltre ad essere inammissibile la tutela, potrebbero essere sostanzialmente irrealizzabili gli effetti. Si pensi, ad esempio, ad una scissione totale a favore di beneficiarie di nuova costituzione, per cui il ripristino della situazione preesistente comporterebbe la reviviscenza della società scissa, ormai estinta, e l'estinzione delle neonate beneficiarie. Oppure, ancora, a quali conseguenze la revocatoria comporterebbe sulla posizione dei soci, sia preesistenti della beneficiaria che subentranti (quelli derivanti dalla scissa, magari estinta). I primi si vedrebbero, pur venuto meno il patrimonio assegnato, a partecipare alla società con altri soci che, sostanzialmente, non hanno apportato capitale; i secondi, al contrario ed ingiustificatamente, si vedrebbero assegnatari di una parte di ricchezza (il corrispondente valore

¹¹⁰ V. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 124, per cui «questo rilievo è per lo più trascurato nella discussione in tema di revocatoria (...) ma che ingiustificatamente trascura l'esigenza che alla loro 'riassegnazione' [dei cespiti] corrisponda una 'riassegnazione' delle posizioni sociali (profilo la cui rilevanza si comprende considerando che il fallimento di per sé non implica l'eliminazione di ogni rilevanza nell'organizzazione della società)»; ed ancora per cui, come anche si vedrà di seguito, l'esperibilità della revocatoria comporterebbe «l'esigenza di ricostruire la precedente situazione e, a tal fine, non soltanto 'restituire' beni e diritti, ma anche per così dire 'riassegnare' le posizioni organizzative, in primo luogo dei soci; il che dovrebbe avvenire in ipotesi nelle quali potrebbero essere completamente cambiati sia i beni sia i soci».

della beneficiaria rispetto alla loro partecipazione) senza aver apportato patrimonio.

Il rimedio dell'azione revocatoria risulta allora – anche al netto di ogni stretta indicazione formale della norma – impraticabile sostanzialmente, sia in quanto si pone in contrasto con il c.d. principio dell'irregredibilità degli effetti strutturali¹¹¹, sia in quanto si presenta come strada (quantomeno in alcune ipotesi) non realizzabile¹¹².

Da ultimo, quale ulteriore punto di osservazione, che pare meno considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra che la valutazione in merito all'ammissibilità dell'azione revocatoria debba essere svolta anche considerando come il principio di irretrattabilità degli effetti operi non soltanto a beneficio della stabilità societaria, ma anche a favore di diversi altri soggetti interessati dall'operazione di scissione (e comunque non limitatamente ai creditori della scissa).

¹¹¹ Secondo BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, 75, il motivo dell'invalidità della fusione (ma negli stessi termini varrebbe rispetto alla scissione) sarebbe «esclusivamente di carattere utilitaristico: una retrofusione non sarebbe in linea di massima in grado di ripristinare affatto la sostanza giuridica anteriore all'operazione viziata»; motivo che l'A. individua poi anche con riferimento alle ipotesi di cui all'art. 2379 *ter* c.c. Diversamente, secondo PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, 613 ss., si tratterebbe di una stabilità imposta dalla natura del fenomeno e non scelta dall'ordinamento come soluzione al problema del bilanciamento degli interessi coinvolti nell'operazione.

¹¹² Un pericolo di arretramento allo *status quo ante* che il legislatore vuole evitare anche qualora l'operazione straordinaria rappresenti una previsione del piano concordatario. Ai sensi dell'art. 116, terzo co., c.c., del d.lvo., 12 giugno 2019, n. 14, gli effetti delle operazioni di scissione, fusione e trasformazione, previste dal piano di concordato, e realizzate durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, possono essere impediti esclusivamente mediante l'opposizione all'omologazione del piano e «in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, [gli effetti] sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi ai sensi degli articoli (...) 2504 *quater*, comma secondo, del codice civile».

E così sembra necessario ricordare gli interessi dei soci e dei creditori delle società beneficiarie preesistenti alla scissione; gli interessi di chi partecipi come socio alla costituzione delle società beneficiarie di nuova costituzione; gli interessi dei creditori della società scissa e delle società beneficiarie successivi all'iscrizione delle deliberazioni di scissione nel registro delle imprese; ed infine anche gli interessi degli investitori successivi agli effetti della scissione.

Essi, infatti, potrebbero aver fatto affidamento sulla situazione patrimoniale della società beneficiaria quale risultante dalla scissione, senza poter essere in grado di valutare un potenziale venir meno di parte degli (o tutti gli) *assets* patrimoniali assegnati, e quindi essere stati invogliati ad investire nella società (quali nuovi soci della neonata beneficiaria o quali terzi finanziatori), oppure a permanervi (quali soci della preesistente beneficiaria), oppure ad intrattenere rapporti commerciali, anche in ragione della garanzia offerta dai beni assegnati con la scissione. In tutti questi casi, qualora venisse ammessa l'azione revocatoria, con sostanziale fuoriuscita di *assets* assegnati, questi soggetti subirebbero certamente un pregiudizio per aver fatto un ragionevole affidamento sulla stabilità dell'operazione¹¹³.

Appare, infatti, radicalmente errata la posizione della citata sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 2020, sezione II, n. 394/18 secondo cui, quantomeno con riferimento alle ipotesi di scissione con costituzione di nuova società, la direttiva comunitaria avrebbe concesso la possibilità di accordare «priorità» alla tutela degli interessi dei creditori della società scissa¹¹⁴. Peraltro la terza direttiva, cui la sentenza si riferisce, prevede, ben

¹¹³ Affrontano questo profilo, MALTONI – SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, 1094.

¹¹⁴ Inoltre non è di immediata comprensione se secondo la sentenza le previsioni della direttiva debbano essere intese riferite solo in ipotesi di scissione con costituzione di nuova società beneficiaria (qual era il caso di merito sottoposto) oppure in qualsiasi ipotesi di scissione (e, quindi, anche nel caso di scissione con società beneficiarie preesistenti). Ciò è

diversamente, che la tutela per i creditori (della incorporante e della incorporata) possa essere «diversa», ma non opera alcuna distinzione di valori in merito alle priorità degli interessi tutelati ai creditori dell'una o dell'altra società coinvolta nell'operazione. Del resto, in via generale, non sembra possa essere sostenibile un principio per cui i creditori della scissa debbano essere ritenuti preferiti rispetto a quelli della/e beneficiaria/e (anzi, come si dirà nei prossimi paragrafi), sembra sia proprio la necessità di una parificata tutela di questi ultimi a dover negare l'ammissibilità dell'azione revocatoria.

In conclusione, per tutte queste ragioni, non sembra che l'azione revocatoria possa dirsi compatibile con la disciplina prevista dall'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. e, in generale, con il principio dell'irregredibilità degli effetti. Con la precisazione che, per quanto detto in precedenza, il momento di decorrenza degli effetti dell'operazione come prevista dall'art. 2506 *quater* c.c. rappresenta, quindi, il momento a decorrere dal quale detti effetti non possono più essere contestati, né caducati, né revocati (salvo che non sia prevista, nei limiti concessi dalla legge, la postdatazione degli effetti medesimi)¹¹⁵.

Sostenere quanto sopra, tuttavia, potrebbe non bastare ai fini della ritenuta inammissibilità della tutela revocatoria rispetto all'operazione di scissione. Le argomentazioni sviluppate certamente tengono in considerazione

rilevante rispetto alla portata della pronuncia in quanto, ove la sentenza si riferisse solo alla prima ipotesi (come peraltro sembra), essa potrebbe considerarsi limitata ad essa; in tal caso, tuttavia, emergerebbe un ulteriore passaggio non condivisibile della sentenza, quello per cui il diverso trattamento dei creditori sociali della beneficiaria potrebbe sussistere solo qualora quest'ultima sia di nuova costituzione e non quando invece già preesistente, con ciò determinando un'ulteriore, poco condivisibile, disparità di trattamento tra creditori sociali.

¹¹⁵ V. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 365 ss., secondo cui la preclusione normativa all'accertamento dell'invalidità investirebbe qualsiasi altro provvedimento dell'autorità giudiziaria ed amministrativa idoneo ad incidere sugli effetti già realizzati. Ad esempio, oltre alla revocatoria, dovrebbe ritenersi preclusa, entro l'anno dall'estinzione per scissione, la possibilità di dichiarare il fallimento della società scissa, che comporterebbe la necessità di ricostituire la massa attiva.

l'interesse alla stabilità societaria ma, a ben vedere, non quello della tutela degli interessi dei creditori sociali che, in tal modo, vedrebbero sottrarsi un utile strumento (l'*actio pauliana*) di ripristino della garanzia patrimoniale, senza contropartita alcuna. Ciò potrebbe allora determinare un inammissibile disequilibrio tra i due versanti di interessi che si risolverebbe, in altri termini, nella dimostrazione dell'infondatezza della tesi proposta. Ecco allora che quanto rilevato deve essere sottoposto ad una prova di resistenza: quello di valutare se, nonostante la ritenuta inammissibilità della tutela revocatoria, il sistema delle tutele delineato dal legislatore preveda comunque altri strumenti in grado di preservare gli interessi dei creditori sociali e sempre mantenendo intatta l'operazione societaria oramai realizzata, riportando così il sistema in equilibrio.

8. *L'ultimo livello: la tutela obbligatoria ex art. 2504 quater, secondo co., c.c.*

Il quarto, ed ultimo livello di tutela per i creditori sociali è quello previsto dal secondo comma dell'art. 2504 *quater* c.c., per cui «resta salvo il risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione [e dalla scissione]».

Si tratta, come si evince anche dalla formulazione letterale, di uno strumento di chiusura del sistema delle protezioni dei creditori sociali.

La disciplina è estremamente scarna di dettagli, con ciò ampliando i profili di incertezza che emergono dalla sua applicazione, anche con riferimento ai rapporti (in termini di alternatività o complementarità) con gli altri rimedi a tutela dei creditori sociali (anteriori alla scissione).

A tal proposito, la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate sul rapporto tra la tutela obbligatoria ed il diritto di opposizione.

Secondo parte della dottrina¹¹⁶, vi sarebbe un nesso di pregiudizialità tra l'opposizione e l'azione obbligatoria, per cui la proposizione della prima¹¹⁷ costituirebbe condizione per l'esercizio della seconda, specie in ragione di una forma di autoresponsabilità del creditore qualora non avesse proceduto ad opporsi alla scissione, così permettendo la sua conclusione.

Questa impostazione non sembra tuttavia sostenibile per una serie di ragioni¹¹⁸.

In primo luogo, in quanto sussistono ipotesi in cui certamente il mancato esercizio del diritto di opposizione è indipendente dalla volontà del creditore. Si pensi al caso in cui il creditore sociale non fosse venuto tempestivamente a conoscenza del pendente procedimento volto a concludere l'operazione straordinaria e quindi non avesse potuto opporsi (anche considerato che le società interessate non sono tenute ad alcuna diretta comunicazione ai creditori sociali anteriori, essendo i loro obblighi limitati alle pubblicazioni

¹¹⁶ VICARI, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504-quater c.c.*, 542-543, per cui «questa opinione sembrerebbe basarsi sull'attribuzione alla mancata opposizione nel termine di cui all'art. 2503 c.c. da parte dei creditori a ciò legittimati del valore di rinuncia tacita rispetto ad una successiva azione, quella risarcitoria, che risulterebbe promossa per gli stessi motivi per i quali era inizialmente consentito agli interessati di reagire ex art. 2503 c.c. (...) un tipico fenomeno, cioè, di autoresponsabilità, manifestazione del generale principio che vieta ai soggetti privati di venire contro il fatto proprio»; SCOGNAMIGLIO G., *L'invalidità della fusione e della scissione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società a cura di Antonio Patroni Griffi*, Milano, 1995, 101; NICOTRA, *L'invalidità della fusione e la sanatoria dell'art. 2504-quater c.c.: portata e rimedi*, in *Riv. not.*, 1996, 1160-1161.

¹¹⁷ Secondo questa impostazione, sarebbe sufficiente la mera proposizione anche qualora, nelle more, l'azione venisse dichiarata improcedibile per la sopravvenuta iscrizione dell'atto di scissione.

¹¹⁸ Rilevano l'autonomia della tutela obbligatoria rispetto all'opposizione, SPOLIDORO, *Le fusioni*, 168 ss.; BELTRAMI, *La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504-quater, c.c.*, 1242 ss.; MONTESANO, *Atto di fusione stipulato in pendenza di opposizione del creditore ex art. 2503 c.c.*, in *Soc.*, 1995, 560, per cui l'iscrizione dell'atto di fusione (ma lo stesso vale per l'atto di scissione) sarebbe causa di decadenza delle opposizioni ex art. 2503 c.c. e delle impugnazioni delle delibere assembleari relative, ma non precluderebbe la proponibilità da parte dei terzi (e dei soci) dell'azione obbligatoria.

nel registro delle imprese); oppure fosse stato ingannato da situazioni patrimoniali non veritiere o non più attuali, tale da essere indotto a non ritenere necessaria la proposizione dell'opposizione; oppure ancora, come già si è rilevato, qualora il creditore sociale si fosse visto sottrarre il diritto di opposizione per effetto di una iscrizione anticipata (*ante diem*) dell'atto di scissione.

Pertanto, sostenere la dipendenza della tutela obbligatoria dal preventivo esercizio dell'opposizione comporterebbe una inammissibile elisione della prima tutela, a fronte di una condotta che potrebbe essere non esigibile al creditore sociale secondo i criteri dell'ordinaria diligenza.

In secondo luogo, si osserva come l'opposizione svolga una funzione cautelare, *ex ante* rispetto all'operazione; diversamente, l'azione obbligatoria ha una funzione riequilibratrice, finalizzata a ristabilire i rapporti tra il credito e la garanzia patrimoniale così come sussistenti prima della (oramai irrevocabile) operazione di scissione. Le due azioni, quindi, operano su piani differenti e la loro consequenzialità potrebbe, al più, essere sostenuta da un punto di vista esclusivamente logico, ma non strumentale¹¹⁹.

Da ultimo, non sembrano sussistere ragioni per cui il diritto di opposizione non debba essere considerato come una mera facoltà per il creditore sociale, non potendosi ravvisare alcun profilo di corresponsabilità (con conseguente ablazione della tutela obbligatoria) ai sensi dell'art. 1227 c.c.¹²⁰.

¹¹⁹ In questi termini, BELTRAMI, *La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504-quater c.c.*, 1248.

Nel diverso ambito relativo al rapporto tra l'opposizione e la dichiarazione di liquidazione giudiziale, rileva sempre la complementarità tra gli strumenti, Cass., 21 febbraio 2020, n. 4737, (nt. 91), per cui «non può in ogni caso essere considerato fattore di ostacolo alla dichiarazione di fallimento della società scissa il fatto che nessuno dei suoi creditori abbia formulato opposizione alla disaggregazione dell'ente (...). Lo strumento dell'opposizione dei creditori alla scissione è rimedio non 'sostitutivo e necessario', ma solo 'aggiuntivo'».

¹²⁰ A norma del quale il creditore non ha diritto al risarcimento dei danni che avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Come visto, infatti, il grado di diligenza che sarebbe richiesto al creditore sociale anteriore alla scissione trascenderebbe il livello dell'ordinarietà,

La ritenuta indipendenza della tutela obbligatoria rispetto al diritto di opposizione permette allora, nel contesto dell'indagine proposta, di poter valutare la prima nella sua completezza, senza dover proporre eventuali distinzioni a seconda dell'avvenuta, o meno, proposizione dell'opposizione ed a seconda che essa venga esperita da creditori anteriori o posteriori alla scissione.

Ebbene, anticipando le conclusioni, sembra che l'azione obbligatoria rappresenti lo strumento di tutela *definitiva* per i creditori sociali: essa sia soddisfa pienamente gli interessi dei creditori sociali (nelle stesse modalità, o addirittura in modo preferibile, dell'azione revocatoria), sia riesce a rimanere indifferente rispetto alla realizzata operazione straordinaria.

Essa infatti, nel pieno rispetto del principio di irretrattabilità degli effetti conseguenti alla scissione (che restano indifferenti rispetto alla sua proposizione), si mostra *capace di rendere una tutela non soltanto sostitutiva* a quella revocatoria, bensì perfino *più favorevole* ed in grado di tutelare in modo completo gli interessi dei creditori sociali. Tale caratteristica, in uno con la già accertata contrarietà dell'*actio pauliana* rispetto alla previsione (di ordine sistematico) di cui all'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. permette, come si vedrà, di concludere nel senso dell'inammissibilità della tutela revocatoria¹²¹.

considerato altresì che l'opposizione rappresenta un'azione giudiziaria di per sé rischiosa, stante il pericolo della soccombenza e delle spese legali conseguenti. Di talché pare incongruo imporre al creditore sociale di percorrere quella strada al fine di potersi permettere, in futuro, di accedere alla tutela obbligatoria; con il rischio che tali azioni non costituiscano altro che un adempimento meramente formale, qualora l'anticipata iscrizione dell'atto di scissione determini la sopravvenuta improcedibilità del giudizio di opposizione.

¹²¹ Sostiene ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 129, una volta rilevato come il terreno d'indagine in ordine all'ammissibilità dell'*actio pauliana* rispetto alla scissione sia quello del confronto con la tutela obbligatoria di cui all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., che «la questione attiene a un confronto fra gli esiti applicativi cui condurrebbe un'azione revocatoria e quelli conseguibili con il risarcimento previsto dall'art. 2504 *quater* cod. civ.: se cioè il secondo consente di riconoscere un autonomo spazio alla

A ben vedere, sotto molti profili la tutela obbligatoria e l'azione revocatoria combaciano.

Dal punto di vista dei *legittimati attivi*, l'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c. (come nell'ipotesi della tutela reale) non pone limitazioni, prevedendo che la tutela obbligatoria possa essere esperita da tutti i creditori sociali (non quindi soltanto quelli anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione)¹²². Con ciò venendo meno un limite che, come visto, l'opposizione e la previsione della responsabilità solidale invece presentavano rispetto all'*actio pauliana*¹²³.

Anche il *termine prescrizione* risulta il medesimo e pari a cinque anni decorrenti dal fatto. L'azione *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c. rappresenta infatti un'azione extracontrattuale (v. art. 2947 c.c.) e, comunque, relativa a rapporti societari (v. art. 2949 c.c.).

Più ampia è invece a platea dei potenziali *soggetti passivi* della tutela obbligatoria. L'azione revocatoria può essere rivolta esclusivamente nei confronti della società beneficiaria cui è stato assegnato l'*asset* patrimoniale

prima. Si potrebbe anzi pensare che l'utilizzazione del secondo comma dell'art. 2504 *quater* cod. civ. quale rimedio per il 'pregiudizio' dei creditori conseguente a una illegittimità della scissione sia in grado di soddisfare tutte l'esigenze di tutela per le quali è predisposta la revocatoria e che, di conseguenza, non residui un ambito per la distinta applicazione di questa». Valutata nel senso contrario, in quanto in un contesto in cui non si poneva il problema dell'inammissibilità dell'*actio pauliana*, FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria nel fallimento*, 987, nt. 2, per cui «l'azione revocatoria può finire con l'essere alternativa all'esperimento di un'azione di risarcimento del danno».

¹²² Non vi sono dubbi sul punto per BELTRAMI, *La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504-quater c.c.*, 1248, per cui l'esercizio dell'azione «è da ritenere concesso a tutti i creditori che risultano danneggiati, non operando in tale sede il *discrimen* tra creditori anteriori e creditori posteriori agli adempimenti di cui all'art. 2504-*bis* c.c. (...), anche se rimasti inerti oppure non legittimati all'opposizione»; così anche SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 370.

¹²³ La tutela obbligatoria potrà quindi essere esperita anche dai soci, il cui diritto potrà sorgere qualora venga dimostrato che il rapporto di cambio deliberato fosse iniquo od erroneo; oppure quando, successivamente ed a seguito della violazione degli obblighi pre-assembleari, il socio non abbia potuto esprimere un voto consapevole.

che il creditore sociale vuole rendere a sé inopponibile. L'azione *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c., invece, può essere esperita nei confronti di tutti i soggetti che hanno concorso alla produzione del danno: le società partecipanti (scissa e beneficiaria/e)¹²⁴, i loro amministratori ed organi di controllo, il revisore, il notaio, il registro delle imprese¹²⁵. Una più ampia platea che, tuttavia, dovrebbe avere una rilevanza pratica relativa in quanto anche la tutela obbligatoria dovrebbe rivolgersi il più delle volte, sia per ragioni di facilità probatoria (su cui v. *infra*), sia per le presumibili maggiori disponibilità patrimoniali, alle società coinvolte rispetto alle persone fisiche¹²⁶.

Fin qui gli elementi di più agevole accertamento, immediatamente ricavabili dalle norme ma che non sono in grado di condurre ad una effettiva conclusione circa la capacità difensiva della tutela obbligatoria.

Altri sono però gli elementi che, come anticipato, determinano una preferenza della tutela obbligatoria su quella revocatoria e che possono essere solo ricavati da un'analisi di sistema. In particolare essi riguardano:

(i) il rapporto, in termini di sussistenza od insussistenza, di pregiudizialità tra l'invalidità della scissione e la tutela obbligatoria; e

¹²⁴ A titolo di responsabilità organica, per fatto volontario (l'adozione della decisione estrinsecantesi nella delibera) del proprio organo assembleare; oppure, sminuendo l'alterità tra l'ente societario ed i suoi organi, per un proprio comportamento volontario rappresentato dall'adozione della delibera.

¹²⁵ Tra i molti, v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 370; secondo GENOVESE, *La responsabilità per danno nella fusione di società*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 2, Torino, 2014, 1388 ss., la responsabilità degli amministratori (in ipotesi di fusione, ma lo stesso vale anche in ipotesi di scissione) potrebbe riconnettersi a condotte quali l'inadeguatezza del progetto e dei suoi allegati; la scorrettezza formale e sostanziale dell'informazione dei terzi interessati all'operazione e al mercato; il dovere di non eseguire deliberazioni invalide.

¹²⁶ Che comunque, quali soggetti professionali, dovrebbero essere assistiti da idonee assicurazioni.

(ii) l'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'esperimento della tutela obbligatoria.

8.1. *L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della scissione.*

Il *primo profilo* (il rapporto tra l'invalidità della scissione e la tutela obbligatoria) è determinante in quanto, ove venisse ritenuto che la tutela obbligatoria presupponesse l'invalidità dell'operazione di scissione (da accertarsi anche solo in via incidentale, essendo la scissione ormai non più invalidabile ai sensi dell'art. 2504 *quater*, primo co., c.c.), allora il suo raggio di tutela sarebbe decisamente meno ampio rispetto alla tutela revocatoria, che è certamente indifferente rispetto alla legittimità dell'operazione ed è solo interessata al pregiudizio patrimoniale, con immediato effetto espansivo della rilevanza dell'*actio pauliana* (quindi anche in termini di ammissibilità).

Ebbene, quantomeno per tre ragioni, che operano su altrettanti livelli differenti, pare che *l'azione obbligatoria debba considerarsi indifferente rispetto all' (eventuale) invalidità dell'operazione di scissione.*

Da un punto di vista generale, relativo alle situazioni soggettive tutelabili dall'ordinamento, sembra possa sostenersi che la formale legittimità di un atto non possa essere motivo né per escludere che esso possa comunque causare un pregiudizio, né per rendere inesigibile il ripristino del danno conseguente.

Nella tematica di specie, ciò comporta l'emersione della responsabilità (in primo luogo delle società coinvolte) qualora la conclusione della scissione, pur *legittima* (ossia conforme alle condizioni formali che la rendono valida), risulti *illecita* nel senso che abbia determinato un pregiudizio patrimoniale ai

creditori sociali¹²⁷. Ed infatti nel caso della scissione (ma anche delle altre operazioni societarie che possono incidere sugli interessi dei creditori sociali¹²⁸) pare che ben possa assistersi ad un'operazione perfettamente legittima, dal punto di vista formale, ma comunque rappresentante ragione di pregiudizio per i creditori sociali.

In secondo luogo, sembra che espressione di quanto rilevato in via generale (ossia di come un atto, pur legittimo, possa causare un danno da cui consegue un obbligo riparatorio) trovi riscontro anche nella specifica disciplina della scissione. Il riferimento è, riprendendo l'esempio di altri¹²⁹, all'art. 2506, secondo co., c.c. per cui viene sostanzialmente considerata legittima la

¹²⁷ Richiamando l'esempio di SPOLIDORO, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, *Atti del Convegno Milano 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 186 e 188, per cui sussiste responsabilità degli amministratori che, nella distribuzione dei dividendi ai sensi dell'art. 2433 *bis* c.c., diano corso a deliberazioni di distribuzioni «pur legittime e validamente adottate dall'organo competente, allorché da esse nasca un pericolo per la stabilità a lungo termine della società (...) o a rendere insolvente la società». L'A. distingue tra i due profili, rilevando come «la legittimità di una deliberazione non implica anche la liceità delle azioni che ad essa danno attuazione (...). Anche l'attuazione di operazioni di 'piena' competenza assembleare deve essere sottoposta ad un vaglio di liceità, oltre che di legittimità»; nello stesso senso si poneva l'A. già in *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, 1036, per cui «non si tratta più di legittimità, cioè di operare secondo le regole, ma di liceità, vale a dire rispettando i diritti (...) se dalla loro esecuzione [in quel caso, delle delibere] può derivare un danno alla stessa società ed ai suoi creditori».

Meno esplicito, ma pare sempre nello stesso senso, e con particolare riferimento al tema della revocatoria nella scissione, anche ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 120 ss., per cui il piano dell'azione revocatoria e quello della tutela obbligatoria paiono, appunto, avvicinarsi nel momento in cui rappresentano espressioni di un'area dell'illecito cui consegue il 'risarcimento' del danno.

¹²⁸ Quali la fusione, la riduzione del capitale sociale, la costituzione di patrimoni destinati, la revoca della liquidazione.

¹²⁹ ANGELICI, *La nullità della fusione*, 274, riferendosi all'analoga disciplina in tema di fusione di cui all'art. 2501 *ter*, secondo co., c.c., rileva come «l'operazione di fusione può legittimamente ledere l'interesse del socio interno alla società purché nei limiti del decimo del valore della sua partecipazione, ed in questo caso, ovviamente, non vi è una questione di colpa, ma di risarcimento del danno causato da atti legittimi».

previsione di un rapporto di cambio che comporti, per un socio, la perdita fino al dieci per cento del capitale della società scissa, con conseguente obbligo, però, di ripristino patrimoniale del pregiudizio subito mediante un conguaglio in denaro.

Medesima situazione può essere individuata nell'ipotesi cui all'art. 2506 *bis*, quarto co., c.c. per cui viene concesso che vi possa essere «una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione azionaria», situazione che viene solamente riequilibrata con un diritto di *exit*, prevedendo il diritto dei soci lesi di vendere le partecipazioni, indicandone il determinato corrispettivo ed i soggetti obbligati ad acquistarli¹³⁰.

In terzo luogo, l'indipendenza della tutela obbligatoria rispetto a quella reale è desumibile dall'esame della disciplina relativa ai rapporti tra queste due forme di protezione rispetto alla delibera dell'assemblea straordinaria di approvazione del progetto di scissione. Come si è visto, l'art. 2504 *quater* c.c. è estremamente generico in merito al profilo dell'invalidità, tanto che per poter esaminare la disciplina della patologia della delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione è necessario ricorrere alla generale normativa relativa all'invalidità delle delibere assembleari *ex art. 2377 e ss. c.c.* Il tema verrà affrontato nel secondo capitolo del lavoro (cui si rimanda) e, come si vedrà, anche rispetto già alla sola delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione potrebbe essere esperita la tutela obbligatoria indipendentemente da quella reale¹³¹, di talché il medesimo

¹³⁰ Fermo che la previsione del diritto di *exit* e permanenza nella società nelle stesse condizioni di quelle antecedenti alla scissione non possono considerarsi condizioni equipollenti; v. BERTOLOTTI, *Scissione delle società*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati*, Scialoja – Branca - Galgano, Bologna, 2015, 181.

¹³¹ Il coordinamento tra l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. e la disciplina dell'invalidità della delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione (per nullità, quale unica patologia rilevante per i creditori sociali) non è certamente immediato.

rapporto, di portata sistematica, non potrà che applicarsi al procedimento di scissione in generale.

Per tali ragioni, pare allora possibile sostenere come la tutela obbligatoria sia indifferente rispetto alla proposizione e all'accertamento, anche solo incidentale, della patologia dell'operazione in sede di giudizio promosso per il solo ristoro patrimoniale. L'illegittimità dell'operazione (anche ove sussistente) non rappresenta pertanto elemento strutturale della tutela, bensì un profilo meramente eventuale, in quanto l'elemento oggetto di accertamento sarà esclusivamente quello dell'illiceità.

La tutela obbligatoria, in conclusione, sembra essere esperibile a fronte di una scissione che, pur essendo formalmente legittima, abbia comunque determinato al creditore sociale (secondo un accertato nesso di causalità) un danno¹³² nel suo contenuto più ampio, ossia di danno emergente e lucro

Per le ragioni che si diranno (v. successivo par. 9), sembra che la disciplina relativa all'impugnazione da parte dei terzi applicabile alle delibere di approvazione del progetto di scissione sia rappresentata dall'art. 2379 *ter* c.c. (quale norma volta a disciplinare l'invalidità delle delibere con effetti organizzativi consequenziali) e non dal generale art. 2379 c.c.

In ogni caso, con particolare riferimento al profilo dei termini per le impugnazioni, l'art. 2504 *quater* c.c. certamente 'supera' le previsioni di cui agli artt. 2379 *ter* c.c. o 2379 c.c., qualora l'iscrizione dell'atto di scissione sia antecedente al decorso dei termini ivi previsti.

¹³² V. SPOLIDORO, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, 186, nt. 8, che, proseguendo nel pensiero sopra esposto, con particolare riferimento alle operazioni straordinarie, rileva come «il caso estremo è quello delle operazioni straordinarie, pur valide o non più impugnabili, la cui attuazione può comportare la responsabilità per il risarcimento dei danni»; DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, 743, per cui «si tratta di un'azione di responsabilità che evidentemente non presuppone per essere esercitata l'invalidità, né di una deliberazione, né di altri atti, come nella specie, l'atto di fusione»; in tal senso pare anche ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 129, per cui la tutela obbligatoria sarebbe idonea a soddisfare tutte le esigenze di tutela per cui è predisposta la revocatoria. Conclusione da cui sembra quindi potersi ricavare che, poiché l'azione revocatoria è indifferente all'illegittimità dell'operazione presupposta, allora anche per la tutela obbligatoria (ritenuta come sostitutiva) sia irrilevante l'eventuale invalidità della scissione.

Non è pertanto condivisibile l'opinione, tra gli altri, di IERMANO, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, 2007, Torino, 410; NICOTRA,

cessante¹³³ (il fatto che a monte di un'operazione dannosa vi possa essere un'operazione invalida è quindi un profilo irrilevante).

Al contrario, qualora il procedimento di scissione risultasse (formalmente) viziato, ma non causativo di un danno¹³⁴, allora ad esso non seguirebbe alcuna sanzione in quanto non pare sussistere una logica punitiva a carico della società¹³⁵, considerata la sussistenza, anche nel diritto societario (come in quello privato nonché processuale), del cd. principio di economia degli atti

L'invalidità della fusione e la sanatoria dell'art. 2504-quater c.c.: portata e rimedi, 1158 e SANNA, *L'invalidità della fusione*, 504, per cui l'accertamento della causa invalidante dell'operazione straordinaria (o comunque di un atto del suo procedimento) rappresenterebbe il presupposto per l'applicazione della tutela obbligatoria; secondo BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, 180 ss., pur in assenza di pregiudizialità tra l'impugnazione e la tutela obbligatoria, dovrebbe comunque essere operato un accertamento incidentale dell'invalidità dell'operazione.

¹³³ Potrebbero emergere dubbi in ordine all'utilità della previsione della responsabilità solidale in considerazione della previsione della tutela obbligatoria, qualora si prenda in considerazione la posizione del creditore sociale anteriore al progetto di scissione; tuttavia le differenze tra le due azioni permangono evidenti.

Da una parte, la solidarietà di riferisce esclusivamente al *debito* che il creditore sociale anteriore vantava verso la scissa; mentre la tutela obbligatoria si riferisce al *danno*, quale voce onnicomprensiva di qualsivoglia pregiudizio patrimoniale. *Dall'altra parte*, l'azione solidale non necessita di alcuna dimostrazione del nesso di causalità tra scissione e mancato adempimento del pagamento da parte della società cui è stato attribuito il debito; mentre la tutela obbligatoria presuppone che il creditore dimostri che il supposto danno lamentato sia causalmente connesso proprio alla scissione, quale evento determinativo del danno.

Da un certo punto di vista, può quindi ritenersi che la responsabilità solidale rappresenti una agevolazione (probatoria) per il creditore sociale, ma negli stretti limiti del *quantum* ai sensi della relativa disciplina e che non vengono previsti rispetto alla tutela obbligatoria.

¹³⁴ Situazione riconosciuta come possibile anche dal legislatore, ove viene utilizzato l'avverbio «eventualmente» nel secondo comma dell'art. 2504 *quater* c.c.

¹³⁵ In tal senso, seppur ritenendo che la tutela obbligatoria presupponga l'accertamento dell'invalidità dell'operazione di scissione, GENOVESE, *La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione*, 82 e nt. 84, secondo cui ciò si verifica anche nelle ipotesi di impugnazione delle delibere assembleari da parte dei soci i quali, seppur legittimati e pur in presenza di un vizio della deliberazione, devono pur sempre dimostrare un interesse in concreto meritevole di tutela. Diversamente, PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 165-166.

giuridici per cui il raggiungimento dello scopo rende irrilevanti eventuali vizi dell'atto o del procedimento¹³⁶.

Da questo punto di vista, quindi, l'azione revocatoria e la tutela obbligatoria combaciano, in quanto entrambe sono indifferenti ai profili di invalidità della scissione, riguardando solo quello del danno conseguente¹³⁷.

8.2. *L'elemento soggettivo richiesto ai fini della tutela obbligatoria.*

È invece il *secondo profilo* (relativo all'elemento soggettivo richiesto dalle due tutele) a segnare il distacco in avanti della tutela obbligatoria rispetto a quella revocatoria, rendendo la prima decisamente più favorevole rispetto alla seconda.

Come noto, l'azione revocatoria (quantomeno quella ordinaria *ex art.* 2901 c.c.) presuppone la dimostrazione del *consilium fraudis* della società scissa e della società beneficiaria (o meglio, del loro organo gestorio), ossia la consapevolezza da parte delle società coinvolte (ove la beneficiaria sia una società preesistente con organo gestorio non corrispondente a quello della scissa) di realizzare un'operazione lesiva degli interessi dei creditori.

Elemento che, *da una parte*, risulta di non facile dimostrazione per i creditori sociali (anche in considerazione della presumibile carenza di documentazione di cui essi potrebbero disporre); e che, *dall'altra parte*, non necessariamente è sussistente, neanche qualora la scissione sia effettivamente

¹³⁶ Diversamente opera il regime delle patologie; ad esempio, in ipotesi di invalidità delle delibere, qualora esse siano illegittime, devono essere dichiarate invalide a prescindere dalla prova della produzione di un danno conseguente; v. CARBONARA, *Procedimenti e patologie delle decisioni dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015, 155 ss.

¹³⁷ Sempre ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 128 ss., rileva come infatti i presupposti per le due azioni sostanzialmente coincidono, salvo quanto verrà specificato *infra* in merito all'elemento soggettivo rispettivamente richiesto.

stata causativa di un pregiudizio ai creditori sociali. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'incapacità della società (scissa o beneficiaria assegnataria del debito) al pagamento derivi da circostanze diverse, come la preesistenza di altri creditori sociali della società beneficiaria, che concorrono per il recupero del credito, anche aggredendo il patrimonio assegnato alla propria debitrice.

Il presupposto del *consilium fraudis* rappresenta quindi, per il creditore sociale pregiudicato, un evidente ostacolo alla propria tutela nell'ottica revocatoria.

Diversamente l'azione obbligatoria *ex art 2504 quater*, secondo co., c.c., quando svolta nei confronti delle società coinvolte, sembra *prescindere da ogni profilo soggettivo di colpa o dolo*, assumendo carattere *oggettivo*¹³⁸, con ciò garantendo un indubbio vantaggio per il creditore sociale procedente, anche dal punto di vista probatorio¹³⁹.

Il carattere oggettivo dell'azione obbligatoria pare essere dimostrato dalla fattispecie emergente dal combinato disposto di cui al primo e secondo comma dell'art. 2504 *quater* c.c., da cui risulta un ruolo (anche) sostitutivo da parte della tutela obbligatoria rispetto a quella reale.

¹³⁸ In tal senso, ANGELICI, *La nullità della fusione*, 273 ss. per cui «non avrebbe senso porsi l'esigenza di una colpa [per cui] si può intendere questa responsabilità, se si vuole, come una forma di responsabilità oggettiva», e ciò sulla scorta del fatto che la tutela obbligatoria svolgerebbe un ruolo sostitutivo della possibilità di impugnare l'operazione quale azione che non richiede la dimostrazione di alcun elemento soggettivo; ID., *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 129, per cui «il secondo comma dell'art. 2504 *quater* cod. civ. prescinde infatti, a mio avviso, da ogni profilo soggettivo di colpa (e, in questo senso, possiede un ambito di applicabilità ancora più ampio della stessa revocatoria)»; SPOLIDORO, *Le fusioni*, 173; GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1065; DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi 'speciali'*, 1438.

¹³⁹ Resta ferma, ovviamente, l'ipotesi in cui i creditori vogliano agire (anche) nei confronti degli amministratori e degli altri soggetti coinvolti nella realizzazione dell'operazione, nei confronti dei quali sarà necessaria l'accertamento del profilo soggettivo, e verso i quali viene mantenuta la struttura dell'ordinaria azione di responsabilità civilistica.

Si evince, infatti, che quando non è più possibile impugnare la scissione per la sua invalidità, in ogni caso «resta salvo il diritto al risarcimento del danno». Ed allora, essendo certo che la dichiarazione di invalidità non necessita della dimostrazione di alcun elemento soggettivo, qualora l'invalidità non possa più essere pronunciata, la medesima azione deve considerarsi come mutata in tutela obbligatoria con (necessariamente) il mantenimento dei medesimi presupposti probatori richiesti dalla prima. In particolare, ove tale situazione si verificasse nelle more del procedimento instaurato per l'impugnazione della delibera, la domanda reale proposta verrebbe mutata in una richiesta obbligatoria, risolvendosi, dal punto di vista processuale, in una mera *emendatio* della domanda¹⁴⁰.

Del resto, sarebbe incongruo richiedere, a causa di un evento sopravvenuto (l'iscrizione dell'atto di scissione) non imputabile al creditore¹⁴¹, la dimostrazione di un elemento ulteriore, ed estremamente gravoso; e ciò magari in un momento processuale in cui ciò non sarebbe neppure più

¹⁴⁰ Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 322, con nota di WEIGMANN, che ha ritenuto, a dimostrazione di come si possa sostenere che si tratti della medesima azione, che il mutamento della domanda avente ad oggetto l'invalidità della fusione (ma i termini non cambiano con riferimento alla scissione) in domanda di risarcimento del danno costituisca una ammissibile *emendatio* e non una inammissibile *mutatio* della domanda stessa. Nello stesso senso anche BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, 187, per cui comunque, anche ove si trattasse di una *mutatio libelli*, essa sarebbe ammissibile in quanto il fatto che l'ha determinata prescinderebbe dalla colpa dell'attore.

Ovviamente, a ciò si potrà assistere qualora l'azione reale presupponesse altresì un danno, conseguenza affatto scontata e, infatti, evidenziata anche dalla norma con l'avverbio «eventualmente». Non è condivisibile quindi la posizione di SANGIOVANNI, *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 382, secondo cui l'art. 2504 *quater* c.c. dovrebbe essere interpretato nel senso della necessaria esistenza di una responsabilità risarcitoria tutte le volte in cui, per la medesima prerogativa, sarebbe spettata la tutela demolitoria.

¹⁴¹ E che in ipotesi potrebbe anche celare un intento abusivo degli amministratori, volto ad evitare il rischio di vedere dichiarata l'invalidità della scissione.

possibile in quanto decorsi i termini istruttori¹⁴², con la conseguenza che i creditori sociali si vedrebbero altresì tenuti a dover instaurare una nuova azione giudiziale, con ogni conseguenza anche in termini di costi.

Ebbene, poiché la struttura della tutela obbligatoria deve rimanere la medesima in ogni condizione (sia che essa sia dedotta nel corso di un procedimento di invalidità, sia qualora venisse introdotta in via autonoma), può dedursi come, sempre, l'azione *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c. rappresenti un'ipotesi di responsabilità oggettiva, con ciò determinando un notevole vantaggio per il creditore sociale, rispetto all'azione revocatoria.

Da un punto di vista sistematico, pare si possa concludere che la tutela obbligatoria, alla luce della sua indifferenza *sia* rispetto all'invalidità dell'operazione *sia* alla dimostrazione di qualsivoglia elemento soggettivo, rappresenti un rimedio di *natura indennitaria*¹⁴³ che, secondo l'opinione prevalente, rappresenta infatti una forma di 'compensazione' monetaria della lesione apportata da un atto legittimo, e non di reazione ad un atto antiggiuridico¹⁴⁴. Essa costituisce, quindi, uno strumento speciale rispetto

¹⁴² Come nell'ipotesi in cui l'iscrizione dell'atto di scissione avvenga tra la chiusura della fase istruttoria e l'udienza di precisazione delle conclusioni.

¹⁴³ Nonostante il riferimento operato dalla norma al termine «risarcimento» che, anche in ragione della sua genericità, appare irrilevante al fine di qualificare la struttura della tutela obbligatoria.

¹⁴⁴ In tali termini, BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, 179; secondo VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 636, «il diritto del danno subito appare conforme alla nozione di indennità proposta dalla dottrina civilistica». Per una ricostruzione della nozione di indennizzo nel diritto civile, v. SCOGNAMIGLIO R., *Indennità*, in *Noviss. Digesto it.*, VIII, Torino, 1962, 594 ss., per cui l'espressione 'indennità' «vale più che altro a prospettare un possibile sinonimo per una serie di istituti diversi e talora divergenti, nell'ambito del fenomeno generale della prestazione in denaro con funzione compensativa»; CICCARELLO, *Indennità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XXI, 1971, 99 ss., che, rilevato come il riferimento venga utilizzato in «situazioni così diverse tra loro, da far dubitare che la stessa parola possa corrispondere ad un significato univoco e costante», ritiene che la maggior parte dei casi in cui il legislatore si riferisce all'indennità determina che gli «elementi caratterizzanti la categoria così descritta sono

all'azione di risarcimento civilistica (*ex art. 2043 c.c.*) di cui non può essere considerata una particolare espressione¹⁴⁵ e la cui applicazione, per l'effetto, deve essere limitata ai casi in cui essa è espressamente prevista¹⁴⁶.

In conclusione, l'azione indennitaria *ex art. 2504 quater*, secondo co., c.c., tutela i creditori sociali in maniera più agevole rispetto all'azione revocatoria, non richiedendo la dimostrazione dell'elemento soggettivo, rappresentando una responsabilità di carattere oggettivo (quando rivolta nei confronti delle società coinvolte) e non necessitando della dimostrazione di qualsivoglia altro presupposto che non venga richiesto dalla stessa *actio pauliana*.

8.3. *La differenza (anche sostanziale) tra la tutela indennitaria e quella revocatoria.*

dunque: la corrispettività, la mancanza dell'illecito ed il carattere pecuniario della prestazione»; GENOVESE, *La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione*, 70 ss.

¹⁴⁵ Parte della dottrina, infatti, partendo dagli opposti presupposti (per cui comunque sarebbe necessaria la previa dimostrazione dell'invalidità dell'operazione e dell'elemento soggettivo), ritiene addirittura l'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c. una norma inutile e pleonastica, essendo null'altro che un doppione degli artt. 2043 o 2395 c.c., quale azione finalizzata alla tutela di un danno patrimoniale ingiusto a seguito di una altrui condotta anti-giuridica; in tal senso, con riferimento alla fusione, DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, 742; FARENGA, *Profili di invalidità e nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 474; PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, 508 ss.; FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, 121; GENOVESE, *La responsabilità per danno nella fusione di società*, 1382 ss.; ID., *La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione*, 81 ss.; VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, 302 e 342 ss.

¹⁴⁶ Ossia nel caso di specie e nell'ipotesi (di cui al capitolo II del lavoro) dell'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c.

Da ultimo, pare opportuno valutare un ulteriore profilo del rapporto tra l'azione indennitaria e quella revocatoria che sembra meno affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Affinché le conclusioni cui si è giunti non rappresentino espressione di mere deduzioni formali, appare necessario comprendere quale sia l'effettiva differenza, anche da un punto di vista sostanziale, intercorrente tra gli effetti che le due azioni determinano.

Si è detto che la tutela indennitaria è, da un punto di vista immediato, indifferente rispetto agli effetti patrimoniali (e, per la posizione sostenuta, anche organizzativi) della scissione; diversamente, la tutela revocatoria è finalizzata a colpire immediatamente le disposizioni patrimoniali derivanti dalla scissione, con ogni conseguente effetto sul piano organizzativo e con ciò, anche per tale motivo, rendendo incompatibile l'*actio pauliana* con la scissione.

Tuttavia, pare necessario andare oltre l'effetto immediato che la tutela obbligatoria determina sulla scissione, per comprendere se, in fondo, anch'essa, come l'*actio pauliana*, non determini effetti 'destabilizzanti' sull'operazione straordinaria.

Su tale versante del rapporto tra le due azioni, almeno da quanto consta, la giurisprudenza non risulta essersi espressa ed anche la dottrina ha solo isolatamente affrontato il tema. È stato sostenuto che, dal punto di vista degli effetti conseguenti alle due azioni, ciò che cambierebbe sarebbe (solamente) il contenuto del *petitum* rispetto alla domanda giudiziale: quale richiesta di indennizzo ai sensi dell'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c.; e quale domanda di 'restituzione dei beni' in ipotesi di tutela revocatoria¹⁴⁷.

¹⁴⁷ ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 130-131, per cui tale contenuto «applicando il secondo comma dell'art. 2504 *quater* c.c., consisterebbe in una sorta di conguaglio in denaro e, utilizzando la revocatoria, nella 'restituzione' ai fini della

Se ciò è certamente vero da un punto di vista degli effetti immediati delle due azioni, dall'altra parte quest'angolo di visuale non pare però descrivere il diverso impatto che le due tutele hanno sulla stabilità dell'operazione di scissione. Del resto, potrebbe rilevarsi come anche per effetto dell'azione indennitaria il creditore sociale potrebbe (in ipotesi di mancato spontaneo pagamento del danno derivante dall'operazione) agire esecutivamente sull'attivo patrimoniale assegnato per effetto della scissione, così come con immediatezza si sarebbe ottenuto mediante la tutela revocatoria. Questo è l'inevitabile esito cui porta la previsione della tutela obbligatoria rispetto alla scissione, sia che essa venga intesa (come pare) quale tutela indennitaria oppure quale tutela risarcitoria nei termini della responsabilità civilistica di danno.

La distinzione deve allora essere individuata altrove, ed è una distinzione che con maggior forza (rispetto alla mera differenza formale del *petitum* nella dinamica processuale) dimostra la distanza tra le due azioni (anche) sul fronte del rispettivo impatto sulla stabilità organizzativa dell'operazione.

In tale contesto, pare sia opportuno allontanarsi da una valutazione esclusivamente giuridica del fenomeno, per passare ad una valutazione maggiormente interessata al profilo economico in cui operano le società coinvolte nella scissione, con particolare riferimento alla sensibilità degli operatori del mercato. Non sembra infatti irrilevante la distinzione che dal punto di vista dei terzi (investitori, potenziali partner commerciali, fornitori e clienti) intercorre, *da una parte*, tra un'operazione potenzialmente revocabile per cui, quindi, potrebbero esserne 'smantellati' gli effetti e, *dall'altra parte*, un'operazione definitivamente stabile e rispetto alla quale, ma quale

liquidazione fallimentare [alla luce della pronuncia di merito commentata dall'A.] di specifici beni: una distinzione, si potrebbe dire, sul piano del *petitum*».

conseguenza connaturata all'attività di impresa, potrebbero solamente emergere richieste indennitarie.

Dal punto di vista imprenditoriale la differenza sembra rilevante, anche considerato che l'eventualità conseguente alla tutela indennitaria altro non rappresenta che il naturale rischio insito nell'attività di impresa (diversamente dall'ipotesi revocatoria) e che, quindi, non viene valutato dai terzi quale indice particolare di rischio o diffidenza, con ogni positivo effetto sul *business* delle società coinvolte nella scissione.

Ciò porta allora a concludere, a dimostrazione definitiva della preferenza della tutela obbligatoria rispetto a quella revocatoria, come la tutela indennitaria non soltanto sia indifferente rispetto agli effetti patrimoniali ed organizzativi della scissione da un punto di vista giuridico (quale effetto immediato del *petitum* conseguente alla sua applicazione); bensì, e forse soprattutto, lo sia anche da un punto di vista sostanziale e della capacità imprenditoriale atteso che essa permette che gli operatori del mercato considerino l'operazione come definitivamente realizzata ed intangibile.

In conclusione, per tutte le ragioni viste, l'azione revocatoria deve considerarsi esclusa dai rimedi previsti a tutela dei creditori sociali rispetto alla scissione, ciò in quanto lo speciale sistema delle tutele, previsto dall'articolata disciplina, prevede rimedi tipici tali da permettere il mantenimento della stabilità dell'operazione societaria, concedere un'adeguata tutela dei terzi e, in definitiva, sopprimere la necessità di ricorrere al rimedio generale dell'*actio pauliana*.

Pur in assenza di una specifica previsione in tal senso, da un punto di vista sostanziale, la tutela revocatoria deve quindi considerarsi incompatibile rispetto all'operazione di scissione; incompatibilità che, da un punto di vista processuale, diviene pronuncia di inammissibilità qualora tale forma di tutela venga esperita dal creditore sociale.

9. *L'invalidità degli atti presupposti alla scissione. In particolare, l'impugnazione della delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione.*

Prima di concludere la parte del lavoro dedicata al rapporto tra la tutela revocatoria ed indennitaria rispetto all'operazione di scissione, sembra opportuno affrontare un ulteriore profilo relativo alle conseguenze di quanto dedotto nei precedenti paragrafi, rispetto agli atti che compongono il procedimento dell'operazione, con particolare riferimento alla delibera assembleare di approvazione del progetto di scissione. Con ciò permettendo, peraltro, di iniziare ad affrontare le successive parti del lavoro, dedicate ai rapporti tra le tutele offerte ai creditori sociali rispetto alle delibere assembleari.

L'art. 2504 *quater*, primo co., c.c., come si è visto, si riferisce, in maniera generica, all'*atto* di scissione (stante il richiamo all'art. 2506 *ter* c.c.). È tuttavia sostanzialmente pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la norma sia idonea a comprendere tutti i vizi che si annidano nei singoli atti in cui si snoda il procedimento (atti giuridici in senso stretto, deliberazioni, atti negoziali)¹⁴⁸.

¹⁴⁸ In dottrina, tra i molti, SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 375 ss.; GENOVESE, sub *art. 2504 quater*, 3369; SCANO, sub *art. 2506 quater*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3495; ID., *Gli effetti sostanziali della scissione*, 881; GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 345 ss., che precisa come debba essere preclusa, seppur non riferita direttamente ad una dimensione impugnatoria, anche l'esperimento di un'azione rivolta al giudice del registro volta ad ottenere la rimozione della situazione che oramai il legislatore vuole preservare, considerato che il richiesto provvedimento di cancellazione della relativa iscrizione dal registro delle imprese comporterebbe la sostanziale dichiarazione di invalidità dell'atto di scissione.

Pertanto, una volta concluso il ciclo della pubblicità (e salvo quanto detto in precedenza in merito alla possibilità di postergare gli effetti della scissione), *deve ritenersi preclusa anche l'impugnazione e la pronuncia di invalidità di tutti gli atti antecedenti*. Il procedimento che si completa con l'iscrizione dell'atto di scissione rappresenta, infatti, un sistema interconnesso di atti, di talché la definitiva validità dell'ultimo, si propaga fino al primo anello della catena¹⁴⁹.

Il momento del procedimento di scissione che maggiormente interessa l'indagine che si propone, e che presenta maggiori spunti di ordine sistematico, è quello relativo all'impugnazione della delibera di approvazione del progetto di scissione, in quanto permette di aprire all'approfondimento (di cui si occupa il secondo capitolo del lavoro) del tema dell'ammissibilità della tutela revocatoria rispetto alle 'singole' delibere assembleari e del rapporto di concorrenza con la tutela indennitaria.

Il fenomeno, osservato dall'angolo visuale opposto, comporta quindi che la fondata impugnazione, da parte dei creditori sociali e per ragioni di nullità,

Unica voce contraria rinvenuta in dottrina è quella di CAMILLETI, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina delle fusioni e sul c.d. merger leveraged buy-out*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 144 ss.

In giurisprudenza, Cass., 1 giugno 2012, n. 8864, (nt. 83); Cass., 20 dicembre 2005, n. 28242, in *Giur. comm.*, 2007, II, 339, con nota di GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni di s.p.a.*; in *Soc.* 2006, 1385 ss., con nota di ZAGRA, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione o di scissione nel registro delle imprese*, che, in particolare, si esprime rispetto alla sopravvenuta improcedibilità della domanda di invalidità della delibera assembleare di approvazione del progetto; App. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1637 ss.; Trib. Milano, 27 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 2545.

¹⁴⁹ Ovviamente rimangono escluse da tale sistema di 'sanatoria' a ritroso, quelle delibere assunte nel contesto dell'operazione straordinaria, ma non funzionalmente collegate ad essa. Ad esempio, qualora, nelle more ed in previsione della realizzazione della scissione, venisse assunta una deliberazione di modificazione dell'oggetto sociale della beneficiaria tale da renderlo illecito, la successiva iscrizione dell'atto di scissione non precluderebbe alla possibilità di accertarne anche successivamente l'invalidità. In argomento v. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, 376, in particolare nt. 388.

della delibera di approvazione del progetto di scissione (domanda che deve essere introdotta e giungere a conclusione prima della sua iscrizione al registro delle imprese¹⁵⁰) determina, a catena, l'invalidità di tutti gli atti successivi e fino all'atto di scissione¹⁵¹. Anche da questo punto di vista emerge, quindi, come l'unica effettiva possibilità per cui la tutela reale possa sortire un effetto sostanziale sia quella in cui gli amministratori, magari già raggiunti da un provvedimento cautelare di inibitoria all'iscrizione, temano di subire un'azione di responsabilità e sospendano il procedimento di iscrizione dell'atto di scissione (o comunque ne postergano gli effetti).

Dal punto di vista della normativa applicabile all'invalidità della delibera assembleare, l'impugnazione sembrerebbe, ad una prima analisi, disciplinata dall'art. 2379 c.c.¹⁵², quale generale previsione relativa alla nullità delle delibere societarie. La norma, tuttavia, non prevede il diritto alla tutela obbligatoria¹⁵³ in ipotesi di sopravvenuta improcedibilità della tutela reale, con ciò potendo comportare eventuali difficoltà di coordinamento normativo rispetto al secondo comma dell'art. 2504 *quater* c.c.

Sul punto paiono però opportune due precisazioni, entrambe che riportano le previsioni a sistema.

Da un lato, per quanto detto, l'art. 2504 *quater* c.c. deve ritenersi comprendere nella propria prospettiva tutti gli atti facenti parte del

¹⁵⁰ Considerato che, come visto, l'impugnazione della delibera di approvazione del progetto di scissione diventerà improcedibile per effetto dell'avvenuta iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese.

¹⁵¹ Soluzione peraltro conforme alla sesta direttiva del Consiglio n. 82/891/CEE, art. 19, primo co., che annovera, fra le possibili cause di invalidità della scissione (e lo stesso prevede la terza direttiva in merito alla fusione), l'avvenuto accertamento che «la deliberazione dell'assemblea generale è nulla o annullabile in virtù del diritto nazionale».

¹⁵² Che in realtà dovrebbe essere scarsamente applicabile dai creditori sociali in ragione delle limitate ragioni previste dall'art. 2379 c.c., salva una possibile interpretazione estensiva dei casi di impossibilità od illiceità dell'oggetto della deliberazione riferita alla scissione.

¹⁵³ Come invece previsto, oltre che dall'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., dall'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c. ed art. 2378, secondo co., c.c.

procedimento di scissione. Ne consegue che, anche in caso di impugnazione della delibera *ex art. 2379 c.c.*, il creditore sociale potrebbe, in ipotesi di sopravvenuta improcedibilità della domanda per intervenuta iscrizione dell'atto di scissione, meramente mutare la domanda, per poter ottenere una tutela obbligatoria in ragione del secondo comma dell'*art. 2504 quater c.c.*

Dall'altro lato, per le ragioni di cui già si è fatto cenno e che verranno approfondite nel successivo capitolo, in ogni caso pare non sia neppure necessario ricorrere all'*art. 2504 quater*, secondo co., c.c. Ciò in quanto la particolare natura organizzativa della delibera (e dei suoi effetti conseguenti) porta a ritenere applicabile (non l'*art. 2379 c.c.*, bensì) l'*art. 2379 ter c.c.* (interpretato in via estensiva) che, proprio in conformità all'*art. 2504 quater*, secondo co., c.c., prevede espressamente la salvezza della tutela obbligatoria in ipotesi di sopravvenuta improcedibilità della domanda di invalidità.

Il profilo dell'impugnazione della delibera di approvazione del progetto di scissione permette, come accennato, l'introduzione alla seconda parte del lavoro relativa alla più generale indagine in merito alla possibilità, o meno, per i creditori sociali di agire mediante la tutela revocatoria avverso le deliberazioni assembleari che si pongono quali ragioni di danno per i terzi.

Come indicato nella parte introduttiva, la valutazione dei rapporti tra le tutele speciali e l'azione revocatoria avverso l'atto di scissione (quale sistema normativo maggiormente completo in merito alla previsione degli strumenti di tutela a favore dei creditori sociali) permette di avere un panorama completo sulle varie azioni esperibili dai creditori avverso una decisione sociale e dei suoi rapporti con il raggio di tutela dell'azione revocatoria, nonché di portare a sistema il rapporto tra la tutela revocatoria e le decisioni societarie.

CAPITOLO II

IL RAPPORTO TRA LE TUTELE NELLA DELIBERA DI RIDUZIONE VOLONTARIA DEL CAPITALE SOCIALE

INDICE: 1. Introduzione. – 2. La disciplina (in breve). – 3. Il primo livello di tutela dei creditori sociali: il diritto di opposizione. – 4. Il secondo livello: l'impugnazione della delibera assembleare *ex art. 2379 ter c.c.* – 4.1. L'incapacità della tutela reale al ripristino della garanzia patrimoniale. La rilevanza della distinzione tra delibere organizzative e delibere non organizzative. – 4.2. Il punto di contatto tra l'irreggibilità conseguente alla tutela reale e l'inopponibilità conseguente alla tutela revocatoria. – 5. Il terzo livello: la tutela obbligatoria. – 5.1. L'indipendenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della delibera di riduzione volontaria del capitale sociale – 5.2. L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'elemento soggettivo. – 5.3. La natura speciale della tutela indennitaria rispetto all'azione di risarcimento danni civilistica. – 6. L'estensione della disciplina dell'*art. 2379 ter*, ultimo co., c.c. a tutte le delibere organizzative ed agli (eventuali) atti esecutivi conseguenti.

1. Introduzione.

La seconda parte del lavoro è dedicata all'indagine in merito ai rapporti tra le tutele previste a favore dei creditori sociali, rispetto alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, e con particolare riferimento all'ammissibilità dell'azione revocatoria. Al fine di valutare la sussistenza di un ordine sistematico in merito alle capacità difensive dei creditori rispetto a decisioni sociali che possano determinare un pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica della società debitrice, sembra infatti opportuno comprendere se quanto dedotto rispetto all'operazione di scissione (applicabile, nei limiti della compatibilità, anche alla fusione) possa essere sostenuto anche rispetto alle delibere assembleari, pur disciplinate in un diverso contesto normativo, decisamente più strutturato sul versante delle previsioni della tutela reale ed obbligatoria a favore dei creditori sociali.

La scelta è ricaduta sulla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale in quanto essa rappresenta, da una parte, una decisione sociale

potenzialmente pregiudizievole per i creditori sociali (in ragione della conseguente riduzione della garanzia patrimoniale della società debitrice) e, dall'altra parte, una decisione assembleare rispetto alla quale il legislatore ha dato rilevanza sia al profilo della tutela dei creditori che al profilo della necessaria stabilità societaria conseguente alla sua adozione.

Come viene rilevato nei prossimi paragrafi, la struttura difensiva concessa ai creditori rispetto a questo tipo di delibera concede un confronto con le tutele poste a presidio degli interessi dei creditori rispetto all'operazione di scissione, con ciò permettendo di comprendere se, effettivamente, possa ritenersi sussistente un ordine sistematico tra le operazioni straordinarie e le delibere assembleari.

Le conclusioni cui si giungerà, si anticipa, dimostreranno, anche rispetto alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, l'inammissibilità della generale tutela revocatoria, derogata dalla speciale tutela indennitaria di cui all'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c.; previsione che, come si vedrà, assume rilevanza centrale nella costruzione di un sistema omogeneo di tutele difensive per i creditori sociali, atteso che essa sembra rappresentare il punto di equilibrio in cui possono convivere l'interesse alla tutela della stabilità societaria e l'interesse alla tutela dei terzi creditori, nelle ipotesi in cui il legislatore ritiene che le modifiche organizzative adottate dalla società debbano essere considerate come oramai intangibili.

2. La disciplina (in breve).

Tra le operazioni societarie potenzialmente lesive per la tutela dei creditori rientra, certamente, quella di riduzione c.d. volontaria del capitale sociale *ex art. 2445 c.c.*¹⁵⁴.

La disposizione prevede la possibilità per l'assemblea straordinaria di ridurre volontariamente (ossia non per perdite sopravvenute) il capitale sociale¹⁵⁵. Possibilità che oggi, diversamente dal passato, viene concessa per realizzare qualsivoglia interesse sociale¹⁵⁶, con ciò ampliando la libertà

¹⁵⁴ In generale sull'argomento v. NOBILI, *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Milano, 2007, 297 ss.; SCANO, sub *art. 2445*, in *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 2693 ss.; GUERRERA, sub *art. 2445*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini – Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 1194 ss.; MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6*, Torino, 1993, 1 ss.; NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 197 ss.; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1**, Torino, 2004, 3 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 526 ss.; GINEVRA, *Le azioni. Creazione ed estinzione*, in Cian M. (a cura di), *Diritto commerciale, III, Diritto delle società*, Torino, 2017, 281 ss.; GOMMELLINI, sub *art. 2445 c.c.*, in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, Padova, 2011, 897 ss.

¹⁵⁵ La libertà della società di deliberare la riduzione del capitale sociale trova un limite nelle norme in tema di conflitto di interessi e di abuso della maggioranza, oltre che nell'art. 2327 c.c. in merito al capitale minimo, nell'art. 2413 c.c. in tema di obbligazioni in circolazione e nell'art. 2445, secondo co., c.c. in merito alle azioni proprie. Diffusamente sull'argomento, NOBILI, *La riduzione del capitale*, 299 ss.

¹⁵⁶ Se l'esuberanza non rappresenta più l'unica possibile ragione per la riduzione del capitale sociale, allora diviene ancora più rilevante la necessità di motivare adeguatamente la decisione assembleare. In particolare, secondo la dottrina maggioritaria, le motivazioni contenute nell'avviso di convocazione devono trovare corrispondenza nella delibera conseguente, nel senso che una volta indicate le ragioni dell'operazione nell'avviso di convocazione, a maggior ragione esse devono essere recepite, sotto forma di motivazione, dalla stessa delibera assembleare. Così, GINEVRA, *Le azioni. Creazione ed estinzione*, 282, nt. 59, per cui «la necessaria motivazione della delibera di riduzione del capitale comporta una sorta di inversione dell'onere della prova gravante sugli azionisti di minoranza che volessero dimostrare il carattere abusivo della delibera»; GUERRERA, sub *art. 2445*, 1196. Di opinione contraria, NOBILI, *La riduzione del capitale*, 301, per cui «è significativo che la II Direttiva 77/91/CEE, dopo aver imposto l'obbligo di indicare i motivi della riduzione nell'avviso di convocazione, non prescrive alcun obbligo in relazione alle delibera».

decisionale dei soci ma, contestualmente, esponendo i creditori sociali a situazioni maggiormente pericolose¹⁵⁷.

La riduzione reale del capitale può essere attuata, oltre che mediante la liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti¹⁵⁸ od il rimborso del capitale sociale¹⁵⁹, anche mediante riacquisto, da parte della società, di azioni proprie e dal loro successivo annullamento (che, inoltre, potrebbe avere ad oggetto azioni già detenute dalla società, cosicché ai soci non spetterà alcun rimborso di capitale derivante dalla delibera di riduzione¹⁶⁰). Ipotesi tutte che, in ogni caso, comportano una riduzione

¹⁵⁷ Ai sensi dell'attuale disciplina, pertanto, il capitale può essere ridotto dall'assemblea per ragioni discrezionali della maggioranza assembleare, di talché può considerarsi legittima la decisione di riduzione reale del capitale con l'unico scopo di liquidare parzialmente l'impresa. La riforma del 2003 ha, infatti, soppresso il requisito dell'esuberanza del capitale rispetto al conseguimento dell'oggetto sociale e che, nel sistema antecedente, rappresentava l'unico presupposto che legittimava i soci a deliberare tale operazione. Esuberanza del capitale di rischio che veniva valutata, dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, in senso concreto, facendo riferimento all'attività effettivamente svolta dalla società.

Alla precedente previsione era, peraltro, stata assegnata rilevanza sistematica al fine di dimostrare l'esistenza del principio di adeguatezza del capitale sociale e del conseguente divieto di sottocapitalizzazione; in merito PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, 65 ss.

¹⁵⁸ La liberazione dall'obbligo di versare i conferimenti può riguardare esclusivamente i conferimenti in denaro, atteso che quelli in natura devono essere immediatamente liberati al momento della sottoscrizione ai sensi dell'art. 2342, terzo co., c.c.

¹⁵⁹ Non necessariamente il rimborso deve essere fatto in denaro, potendo anche essere effettuato mediante l'assegnazione di altri beni; inoltre può avvenire sia a valore contabile che a valore corrente. V. NOBILI, *La riduzione del capitale*, 306, nt. 26; NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 241 ss.; GUERRERA, sub art. 2445, 1199.

¹⁶⁰ Di dubbia legittimità è l'ipotesi in cui la riduzione del capitale si attui mediante l'accantonamento a riserva disponibile dei valori corrispondenti all'importo della riduzione di capitale (in tal caso non si assisterà ad alcun rimborso ai soci e ad una riduzione effettiva del patrimonio sociale).

Secondo la dottrina prevalente, l'operazione è possibile in quanto sarebbe irrilevante la destinazione delle risorse liberate dal vincolo del capitale sociale. V. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale sociale*, 293; NOBILI, *La riduzione del capitale*, 307; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 527, nt. 64.

(potenziale od effettiva) del capitale, con possibile pregiudizio per i creditori sociali.

La successiva iscrizione della delibera nel registro delle imprese rappresenta il momento a decorrere dal quale diventano rilevanti gli strumenti posti a tutela dei creditori sociali, atteso che è con l'iscrizione della delibera sociale che essi possono avere contezza dell'avvenuta decisione e poter comprendere se essa possa determinare conseguenze negative in termini di capacità solutoria della società rispetto ai propri crediti.

Similmente a quanto previsto per le operazioni straordinarie, ma all'interno di contesti normativi e decisionali diversi, il legislatore prevede a tutela dei creditori sociali una serie di tutele, quali (i) il diritto di opposizione (art. 2445, quarto co., c.c.); (ii) il diritto di impugnazione della delibera al fine di farne dichiarare l'invalidità per ragioni di nullità (art. 2379 *ter*, primo e secondo co., c.c.); e (iii) la tutela obbligatoria (art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c.).

Specialmente questi ultimi due strumenti (la tutela reale e la tutela obbligatoria), ed in particolare quando proposti rispetto ad una società che non ricorre al mercato di capitale di rischio (ossia nella maggior parte delle ipotesi), presentano profili molto diversi rispetto al modo in cui essi si pongono a fronte di un'operazione straordinaria, con ciò imponendo un loro esame particolare rispetto a quanto proposto nella prima parte del lavoro.

Con riferimento alla *tutela reale*, infatti, si ricorda come l'art. 2504 *quater*, primo co., c.c. escluda la possibilità di dichiarare invalida la scissione non appena sia stata eseguita l'ultima delle iscrizioni e quindi, sostanzialmente, dal momento in cui si verifica l'effetto della scissione (salvo che non ne venga prevista la postergazione¹⁶¹). Rispetto a tale ipotesi non è allora di interesse il tema relativo a quali effetti possano conseguire alla pronuncia di invalidità

¹⁶¹ Ma in tal caso, per le ragioni viste (v. capitolo I, par. 7.1), anche il termine finale per l'impugnazione dovrebbe essere differito al momento della realizzazione degli effetti.

della scissione, in quanto il legislatore già esclude la possibilità di ricorrere a questo rimedio una volta che l'operazione si sia realizzata.

Diversamente, la tutela reale rispetto alla decisione di riduzione del capitale sociale¹⁶² di una società chiusa può essere richiesta nei termini di cui all'art. 2379 *ter*, primo co., c.c., ossia quando gli effetti della delibera assembleare possono già essersi realizzati¹⁶³. In tal caso, allora, è necessaria una valutazione in ordine alle conseguenze di una possibile pronuncia di invalidità intervenuta in un momento in cui gli effetti si sono già realizzati (esame che, come si vedrà, risulterà altresì utile ai fini della valutazione della compatibilità della tutela revocatoria rispetto alle delibere assembleari).

Con riferimento alla *tutela obbligatoria*, la sua valutazione rispetto alla delibera impone l'esame dei suoi rapporti con la strutturata disciplina relativa all'impugnazione delle decisioni assembleari (artt. 2377 e ss. c.c.) e degli eventuali conseguenti effetti in termini di invalidità e ristoro del danno e che, si anticipa, propone profili di non facile coordinamento. Un complesso normativo che, come visto nella prima parte del lavoro, non trova corrispondenza nella disciplina relativa all'operazione di scissione.

In definitiva, l'indagine si propone di comprendere se, pur all'interno di tali diversi contesti normativi (quello delle operazioni straordinarie e quello delle delibere assembleari), emerga una regolarità sistematica rispetto a quanto dedotto in tema di scissione, specie in ordine alle conclusioni relative alla ritenuta inammissibilità della tutela revocatoria. Peraltro decisamente inferiori, rispetto alla scissione, sono stati i contributi, in dottrina ed in

¹⁶² Così come delle altre delibere che abbiano un effetto organizzativo sulla società (in merito all'individuazione delle quali, v. il terzo capitolo).

¹⁶³ Sotto questo particolare profilo sono invece assimilabili le ipotesi dell'operazione straordinaria e della riduzione del capitale sociale deliberata da una società che ricorre al mercato di capitale di rischio in quanto, anche in questo secondo caso, l'invalidità della decisione, *ex art. 2379 ter*, secondo co., c.c., non può più essere deliberata una volta che essa sia stata, anche solo parzialmente, eseguita.

giurisprudenza, in tema di revocabilità della delibera di riduzione volontaria del capitale sociale (o comunque degli atti esecutivi conseguenti ove la riduzione avvenga mediante il rimborso), ed in generale delle delibere assembleari pregiudizievoli per i creditori sociali¹⁶⁴.

3. Il primo livello di tutela dei creditori sociali: il diritto di opposizione.

Come nelle ipotesi delle operazioni straordinarie, il primo livello di tutela offerto ai creditori sociali¹⁶⁵ è rappresentato dal diritto di opposizione, quale strumento preventivo volto ad impedire la realizzazione dell'oggetto deliberato.

Seppur inseriti in contesti diversi, il diritto di opposizione rispetto all'operazione di riduzione del capitale sociale ed alla scissione presentano rilevanti analogie, circostanza peraltro non scontata atteso che il fondamento del diritto di opposizione non permane il medesimo rispetto alle diverse ipotesi per cui viene previsto¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Senza dimenticare che il tema era comunque stato considerato in tempi risalenti, v., ad esempio, PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, 392, per cui «le opposizioni ex artt. 2445 e 2503, a ben guardare, sono rimedi attribuiti al singolo creditore che richiamano (ma entro certi limiti) la tutela concessa ai creditori con l'azione revocatoria di diritto comune»; CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, 91 ss.; NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, 265.

¹⁶⁵ L'opposizione, come nel caso della scissione, potrà essere proposta esclusivamente dai creditori della società, e non dai creditori particolari del socio (che ad esempio potrebbero avere un interesse alla conservazione del valore della partecipazione sociale del proprio debitore), e neppure dai soci (che potranno tutelare le loro ragioni attraverso gli strumenti di impugnazione delle delibere societarie). Sul punto v. SCANO, sub *art. 2445*, 2707.

¹⁶⁶ L'aumento delle delibere opponibili dai creditori sociali, quali la riduzione del capitale sociale conseguente al recesso (artt. 2437 *quater*, ultimo co., c.c. e 2473, quarto co., c.c.); la costituzione di patrimoni destinati (art. 2447 *quater* c.c.); la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487 *ter* c.c.) e la trasformazione eterogenea (art. 2500 *novies* c.c.) ha comportato la perdita dell'individuazione di un presupposto unitario al fine dell'accoglimento della domanda. In molte ipotesi, infatti, dall'operazione opponibile non discenderebbero effetti

Anche in questo contesto l'opposizione rimane azione volta a preservare la garanzia patrimoniale del debitore¹⁶⁷ ed indifferente rispetto al versante della legittimità dell'operazione opposta. Il fondamento emerge chiaramente dalla lettera della norma ove, all'ultimo comma (peraltro richiamato dall'art. 2503 c.c.) viene previsto che l'operazione possa essere eseguita anche in pendenza del termine per l'opposizione, qualora il tribunale ritenga «infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori»¹⁶⁸ oppure la società abbia

patrimoniali pericolosi per i creditori, ma di natura diversa. Esamina il profilo, SPERANZIN, *Le operazioni straordinarie e il terzo settore*, in *NLCC*, 2019, 1250 ss.; CETRA, *Le trasformazioni 'omogenee' ed 'eterogenee'*, 152 ss.; NIEDDU ARRICA, *Riorganizzazione societaria, risanamento dell'impresa e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2012, 720.

¹⁶⁷ In particolare, nel senso che il fondamento dell'opposizione ex art. 2445 c.c. deve essere ravvisato nel pregiudizio attuale dei creditori sociali (v. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XVII, Torino, 1985, 129 ss.; GIANNELLI G., *Le operazioni sul capitale*, in *Tratt. delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba e Marasà, II, Milano, 2020, 1620); mentre nel senso che il pregiudizio possa essere anche solo potenziale, v. NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 264, per cui «funzione dell'opposizione, perciò, non può che essere quella di impedire una riduzione del capitale che, nel caso, concreto, possa far ragionevolmente prevedere che il credito non sarà soddisfatto, e cioè arrechi 'pregiudizio' al creditore: pregiudizio inteso appunto come rischio di mancato pagamento del debito».

Secondo diversa risalente e non condivisibile impostazione, già vista rispetto all'operazione di scissione, il diritto di opposizione troverebbe, invece, fondamento nella necessità di mantenere intatta la consistenza patrimoniale della società, indipendentemente dal rischio di arrecare concretamente un pregiudizio ai creditori sociali (v. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, 109 ss.).

Emerge, infine, dalla lettera dell'art. 2445 c.c., per cui la riduzione può avvenire se il creditore opponente è stato integralmente soddisfatto o gli viene prestata idonea garanzia, che il pregiudizio rilevante ai fini dell'opposizione è quello del singolo creditore opponente, il quale agisce a tutela del proprio interesse particolare e non a tutela dell'interesse collettivo dei creditori. Sul punto v. NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 266-267.

¹⁶⁸ Gli elementi che il Tribunale dovrà tenere in considerazione, ai fini del ragionevole e prevedibile pregiudizio, possono, ad esempio, essere relativi all'importo del credito rispetto all'indebitamento; alla eventuale data di scadenza del credito; al prevedibile *trend* di esercizi in utile, e così via.

prestato «idonea garanzia»¹⁶⁹, e quindi per motivazioni tutte inerenti alla capacità satisfattiva del pagamento del creditore opponente¹⁷⁰.

Ciò ricordato, è opportuno rilevare come il diritto di opposizione, anche qualora esercitato rispetto ad una delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, rappresenti uno strumento *sia* estremamente debole dal punto di vista della sua efficacia, *sia* piuttosto limitato dal punto di vista della sua applicabilità; caratteristiche che, nell'ambito dell'indagine che si propone, comportano una conseguente emersione della rilevanza della tutela revocatoria.

In merito al primo profilo (l'efficacia dell'opposizione), l'art. 2445, terzo co., c.c. prevede che la deliberazione di riduzione del capitale sociale può essere «eseguita» decorsi novanta giorni (termine da qualificarsi come di decadenza e non di prescrizione, e che quindi non può essere interrotto) dalla sua iscrizione presso il registro delle imprese¹⁷¹.

Secondo la dottrina prevalente¹⁷², la formulazione della norma comporta che la delibera debba considerarsi ad efficacia differita, ossia sottoposta alla condizione sospensiva della mancata opposizione da parte dei creditori nei novanta giorni dall'iscrizione o comunque dell'esito negativo dell'eventuale

¹⁶⁹ Anche in tal caso, il diritto di opposizione viene previsto in conformità alla II direttiva CEE, art. 32, primo co., per cui «in caso di riduzione del capitale sottoscritto, almeno i creditori il cui titolo sia anteriore alla pubblicazione della decisione sulla riduzione, hanno almeno il diritto di ottenere una garanzia per i crediti non scaduti al momento di tale pubblicazione. Le legislazioni degli Stati membri fissano le modalità per l'esercizio di tale diritto. Esse possono negare tale diritto soltanto se il creditore gode di adeguate garanzie o se queste ultime non sono necessarie, tenendo conto del patrimonio della società».

¹⁷⁰ Rimane quindi escluso ogni profilo relativo alla mera opportunità della riduzione del capitale sociale, quale scelta affidata all'esclusiva disponibilità dei soci.

¹⁷¹ L'opposizione potrebbe anche proporsi prima dell'iscrizione della delibera al registro delle imprese, qualora il creditore sia comunque venuto a conoscenza del contenuto.

¹⁷² In tal senso, v. SCANO, sub *art. 2445*, 2705; MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, 1993, 65; NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 271 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 527; NOBILI, *La riduzione del capitale*, 310.

opposizione proposta. Pertanto, secondo questa impostazione, il capitale sociale rimane quello stabilito nella misura anteriore alla delibera societaria e, solo successivamente all'avverarsi della condizione sospensiva, alternativamente, sorge l'obbligo per la società di rimborsare il conferimento ovvero viene in essere la rinuncia al credito per i conferimenti ancora dovuti, con conseguente obbligo di adeguare la contabilità sociale ai mutamenti sopravvenuti del capitale sociale¹⁷³.

Tuttavia, anche per le ragioni che si diranno, pare preferibile ricostruire la fattispecie in maniera diversa, ossia come delibera ad efficacia immediata su cui, però, vige il *divieto di esecuzione* da parte degli amministratori prima del decorso di un certo momento (nel caso di specie, il termine per l'opposizione od il suo infruttuoso esperimento)¹⁷⁴. In altri termini, imponendo una determinata condotta agli amministratori, ma non impedendo l'efficacia dell'atto (la riduzione del capitale) qualora comunque realizzato in violazione dell'obbligo.

Ciò pare essere deducibile quantomeno da tre ragioni.

In primo luogo, da un punto di vista letterale, in quanto l'art. 2445, terzo co., c.c. prevede come la delibera non possa essere «eseguita» prima di un certo termine, senza alcun riferimento all'efficacia. In tal senso, pare potersi distinguere l'effetto meramente formale derivante della delibera, rispetto alla sua sostanziale esecuzione, atteso che solo questa seconda comporta un effettivo pregiudizio per i creditori sociali, rappresentando l'effettiva

¹⁷³ Secondo questa impostazione, gli effetti dell'opposizione rispetto ad una delibera di riduzione volontaria del capitale sociale sarebbero quindi diversi dall'opposizione rispetto alla scissione per cui, come visto, viene invece ritenuto, dalle voci prevalenti, ammessa la possibilità dell'iscrizione dell'atto di scissione *ante diem* o nonostante la pendenza dell'opposizione; in merito, v. capitolo I, par. 5.2.

¹⁷⁴ In tal senso, pare anche FERRARA jr – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 728, per cui «l'opposizione produce l'effetto di sospendere l'esecuzione della deliberazione».

fuoriuscita (mediante disposizione del rimborso od efficacia della rinuncia) di attività dal patrimonio sociale¹⁷⁵.

In secondo luogo, e con ciò richiamando in parte argomentazioni già esposte nella prima parte in merito alla scissione, sembra opportuno rilevare come l'art. 2379 *ter* c.c. limiti temporalmente la possibilità di dichiarare l'invalidità delle delibere. In particolare, il primo comma (riferito alle società chiuse) prevede un termine di centottanta giorni a decorrere dall'iscrizione della delibera nel registro imprese; il secondo comma (riferito alle società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio), prevede che l'invalidità della delibera non possa più essere pronunciata dopo che essa è stata, anche solo parzialmente, *eseguita*. Ma se una delibera può essere eseguita, allora sembra che essa debba anche considerarsi necessariamente anche efficace. Conseguenza resa ancora più evidente dal fatto che, per le ragioni che si diranno, l'eventuale dichiarazione di nullità della delibera non può avere effetti retroattivi, ritenendosi ormai consolidati quelli realizzati; anzi, con riferimento alle società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio,

¹⁷⁵ Il tema pare avere profili di comunanza rispetto a quello della sospensione dell'esecuzione delle delibere che rimane realizzabile solo a fronte di delibere suscettibili di successiva esecuzione. Sul tema, tra gli altri, v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, *Trattato delle società per azioni*, 3**, Torino, 1998, 408 ss.; SACCHI – VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, op. diretta da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 686-687.

In generale, in merito alla sospensibilità delle delibere assembleari, v. KUTUFÀ, *Delibere assembleari self-executing e tutela cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 719 ss.; ID., *La sospensibilità di delibere già eseguite*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 78 ss.; COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 35 ss.; ID., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008, 1 ss.; ID., *Ancora sulla sospensione di delibere "eseguite"*, in *judicium.it*; SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione*, 112 ss.; DONADIO, *Effetti ed esecutività delle sentenze di annullamento delle deliberazioni di nomina degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 894 ss.; DE LUCA, *Questioni (complesse) in materia di sospensione di delibere assembleari impugnate*, in *Soc.*, 2020, 24 ss.

l'esecuzione, anche parziale, della delibera di riduzione è condizione di improcedibilità della domanda¹⁷⁶.

Da ultimo, sempre dall'art. 2379 *ter*, secondo co., c.c. si evince come il legislatore renda impossibile la pronuncia della delibera dell'invalidità della delibera una volta eseguita (anche solo parzialmente). La norma si riferisce, allora, anche all'ipotesi in cui nelle more del processo la delibera, assunta ed efficace, venga effettivamente eseguita dagli amministratori (ad esempio, disponendo il rimborso di capitale). Pertanto, se un procedimento volto all'accertamento dell'invalidità può essere dichiarato improcedibile per la sopravvenuta esecuzione della delibera impugnata, allora lo stesso deve valere anche con riferimento all'opposizione, che diverrà improcedibile se già pendente, oppure inammissibile se l'azione non fosse ancora stata proposta e l'esecuzione della delibera venisse realizzata nei novanta giorni dalla sua iscrizione al registro imprese.

Per tali ragioni, risulta allora più coerente ritenere che la delibera sia immediatamente efficace e venga individuata a carico degli amministratori una responsabilità personale qualora essi procedano alla sua esecuzione prima dell'avveramento di uno dei due termini (decorso dei novanta giorni dall'iscrizione presso il registro imprese e, comunque, rigetto dell'opposizione). Con ciò, peraltro, ponendosi a sistema con quanto previsto in tema di scissione per cui, per le ragioni dette, la scissione può essere «attuata» dopo sessanta giorni dall'iscrizione della delibera di approvazione del progetto (art. 2503, primo co., c.c.)¹⁷⁷, salvo che gli amministratori non

¹⁷⁶ In argomento, v. in particolare CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, 331 ss.

¹⁷⁷ Dal punto di vista del momento in cui l'opposizione diviene inammissibile o improcedibile (a seconda che fosse o meno già instaurata l'azione), il momento dell'esecuzione della delibera di riduzione del capitale sociale ha quindi la stessa valenza del momento dell'iscrizione dell'atto di scissione.

procedano, *ante diem* od in pendenza dell'opposizione, all'iscrizione dell'atto¹⁷⁸.

Da tale punto di vista, quindi, il diritto di opposizione rimane uno strumento debole, esattamente nelle stesse forme di cui all'operazione di scissione (tranne per il maggiore termine concesso dall'art. 2445 c.c. rispetto all'art. 2503 c.c.)¹⁷⁹, in quanto la sua efficacia potrebbe venir meno per effetto di un atto esecutivo degli amministratori, nonostante la pendenza dell'opposizione o comunque del termine per farla valere.

¹⁷⁸ Diversamente, secondo NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 280, gli effetti dell'esecuzione anticipata avrebbero conseguenze rilevanti, per cui «la deliberazione che approvasse un bilancio indicante il capitale ridotto sarebbe invalida; la rinuncia al credito della società verso gli azionisti (per i conferimenti) sarebbe inefficace (o forse nulla); la restituzione del capitale costituirebbe pagamento di indebito, col diritto della società di ripetere in ogni caso quanto pagato». Inoltre, secondo gli A., l'esecuzione dei rimborsi o la liberazione dei soci dai conferimenti prima della scadenza dei tre mesi esporrebbero gli amministratori alle sanzioni di cui all' (oggi abrogato) art. 2623 c.c.

¹⁷⁹ Da quanto risulta, il tema del rapporto tra l'opposizione e la tutela reale dei creditori sociali, rispetto ad una delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, rimane poco affrontato in dottrina e giurisprudenza. Il tema non può essere ovviamente risolto nello stesso modo in cui si è concluso con riferimento alla scissione in quanto diverso è il secondo termine di riferimento, ossia il momento a decorrere dal quale non è più possibile procedere alla dichiarazione di invalidità della delibera; peraltro, rispetto alla delibera di riduzione del capitale, il profilo è reso ancora più complesso dalla diversificazione della disciplina tra le società chiuse e le società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio.

Come si vedrà anche nel prossimo paragrafo, rispetto alle società chiuse, l'art. 2479 *ter*, primo co., c.c. prevede, nel caso ordinario, che i creditori sociali possano impugnare la delibera entro centottanta giorni dall'*iscrizione* della delibera al registro imprese; mentre, rispetto alle società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio, l'invalidità non può più essere pronunciata una volta che la delibera sia stata, anche solo parzialmente, *eseguita*. Queste previsioni, rispetto all'opposizione, dovrebbero quindi comportare, nelle società chiuse, che la delibera di riduzione del capitale sociale potrebbe essere opposta; che nelle more dell'opposizione, potrebbe essere comunque eseguita; e che, ove ciò si verificasse prima dei centottanta giorni dall'iscrizione, potrebbe ancora essere impugnata. Diversamente, nelle società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio, l'avvenuta esecuzione della delibera di riduzione del capitale, anche nelle more dell'opposizione, dovrebbe comportare la sopravvenuta improcedibilità sia dell'opposizione che del procedimento finalizzato a far valere l'invalidità della delibera.

Inoltre l'opposizione, oltre che avere potenzialmente scarsa efficacia, risulta anche di più limitata esperibilità rispetto all'azione revocatoria. Le ragioni sono simili – per cui se ne farà solo un breve cenno - a quelle previste rispetto alla scissione, e ciò a dimostrazione, anche in tal senso, di una regolarità sistematica sussistente tra le diverse fattispecie.

Il diritto di opposizione può, infatti, essere esperito esclusivamente dai creditori sociali anteriori all'iscrizione della delibera¹⁸⁰ (compresi gli obbligazionisti¹⁸¹), lasciando sforniti di tutela i creditori successivi all'iscrizione della delibera che, pertanto, in ipotesi, si vedrebbero costretti a rivolgersi al rimedio revocatorio.

Inoltre, vi è che il concreto interesse, di cui il creditore sociale necessita al fine di poter proporre l'opposizione, viene ritenuto integrato solo qualora egli dimostri il pericolo dell'effettiva diminuzione della garanzia patrimoniale¹⁸². Diversamente, il presupposto dell'*eventus damni* dell'azione revocatoria, richiede anche solo la maggiore difficoltà nell'escussione del credito determinata dall'operazione presupposta, con ciò aprendo un ulteriore possibile varco di applicazione dell'*actio pauliana*.

¹⁸⁰ Rimane, comunque, che presupposto dell'opposizione sia la validità della delibera di riduzione del capitale sociale. Da ciò discendono una serie di conseguenze procedurali: (i) in ipotesi di simultanea pendenza dell'opposizione e dell'impugnazione della delibera, il primo giudizio dovrebbe essere sospeso in attesa dell'esito del secondo; (ii) l'opposizione sarà rigettata (per sopravvenuta carenza di interesse) qualora la delibera venisse dichiarata invalida.

¹⁸¹ Ciò viene rilevato dalla dottrina in ragione della assenza di norme assimilabili a quelle di cui all'art. 2503 *bis*, primo co., c.c. e 2506 *ter*, quinto co., cc., in tema di fusione e scissione, per cui l'approvazione della delibera da parte dell'assemblea degli obbligazionisti preclude l'opposizione. L'opposizione potrà, quindi, essere proposta dal singolo obbligazionista o dal rappresentante comune degli obbligazionisti. In tal senso, NOBILI, *La riduzione del capitale*, 314.

¹⁸² In tal senso, BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, 129 ss.; GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, 1620; NOBILI - SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, 264.

Per tutte queste ragioni (ed anche qualora si volesse accedere alla prevalente impostazione per cui la delibera non sarebbe efficace fino al decorso dei novanta giorni dall'iscrizione, o comunque dal rigetto dell'eventuale opposizione), si può concludere come l'opposizione non possa rappresentare uno strumento alternativo all'azione revocatoria che quindi, fino a questo punto dell'indagine, rimarrebbe strumento potenzialmente ammissibile rispetto alle delibere assembleari.

4. Il secondo livello: l'impugnazione della delibera assembleare ex art. 2379 ter c.c.

4.1. L'incapacità della tutela reale al ripristino della garanzia patrimoniale. La rilevanza della distinzione tra delibere organizzative e delibere non organizzative.

L'art. 2379 *ter* c.c. prevede a favore dei creditori sociali (così come di «chiunque vi abbia interesse») il diritto di impugnare la delibera assembleare, qualora sia stata adottata in violazione dell'art. 2379 c.c. Con riferimento alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, saranno ad esempio nulle le deliberazioni che non rispettano le previsioni di cui agli artt. 2327 c.c. (sul capitale minimo), 2413 e 2445, secondo co., c.c. (in merito alle azioni proprie), quali norme volte a tutelare interessi di ordine generale¹⁸³.

La tutela reale, per le ragioni di seguito indicate, appare però strumento poco efficace per i creditori sociali che intendano ripristinare la consistenza

¹⁸³ Per un approfondimento in merito ai vizi che generano la nullità delle delibere, tra gli altri, v. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, 331 ss.; SACCHI – VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, 693 ss.

della garanzia patrimoniale come sussistente prima della decisione di riduzione del capitale sociale.

Da una parte, in quanto l'azione di impugnazione è estremamente limitata sotto il profilo dei possibili motivi di nullità (ristretti ai casi di cui all'art. 2379 c.c.), con ciò di per sé riducendo le ipotesi applicative. Non pare infatti ci siano ragioni per sostenere, come invece rilevato da parte risalente della dottrina, che i creditori sociali potrebbero anche sindacare il merito della decisione di riduzione¹⁸⁴, o comunque contestare la validità della delibera per ragioni ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla norma¹⁸⁵.

Dall'altra parte, in quanto i termini per la proposizione dell'impugnazione sono estremamente limitati (anche rispetto a quanto previsto dall'art. 2379 c.c.), tanto da poter risultare spirati ancor prima dell'emersione del pregiudizio o comunque della possibilità per i creditori di averne consapevolezza.

Dall'altra parte ancora, e quale argomento di maggior interesse sistematico, in quanto il rimedio reale (pur se tempestivamente e fondatamente esperito) non sarebbe comunque in grado di determinare il ripristino dello *status quo ante* della consistenza del capitale sociale (quale espressione della garanzia patrimoniale) sussistente prima della delibera di riduzione ed ormai irrimediabilmente ridotto.

¹⁸⁴ Per una possibile valutazione del merito della decisione, si esprimevano SIMONETTO, *La riduzione del capitale esuberante*, in *Riv. soc.*, 1966, 427 ss. e 457; FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse per una ricerca sul capitale nelle società per azioni*, Milano, 1974, 82 ss.

¹⁸⁵ In tal senso, v. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 62; CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contr. impr.*, 2003, 656; DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 604 ss.; NOBILI, *La riduzione di capitale*, 315 ss., che specifica altresì come il creditore deve anche dimostrare il proprio interesse alla rimozione della delibera affetta da nullità. Ambiguo era, invece, il precedente art. 2379 c.c. che poteva far propendere per la configurabilità di casi di nullità diversi da quelli ivi previsti, v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 465 ss.

Quest'ultimo argomento interessa sia, a monte, il versante degli effetti *ex ante* della delibera nulla che, a valle, gli effetti della sentenza che ne accerta la nullità; tema che coinvolge il profilo preliminare relativo ai rapporti tra il sistema delle invalidità civilistiche e societarie, specie alla luce del mantenimento¹⁸⁶, anche da parte della riforma del 2003, della tradizionale bipartizione tra annullabilità e nullità tipica del diritto privato (quantomeno per le s.p.a.).

In particolare, da tale punto di osservazione emerge una distinzione *tra delibere organizzative*¹⁸⁷ e *delibere non organizzative* e che, come si vedrà, risulterà determinante anche ai fini dell'individuazione dei limiti

¹⁸⁶ Vasta la dottrina sul rapporto tra la patologia dei contratti e quella delle delibere assembleari e sugli interventi del legislatore della riforma. Tra gli altri, MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 47 ss.; ID., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, 295 ss.; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, 247 ss.; SACCHI – VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, 666 ss.; ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, diretto da Cicu – Messineo, Milano, 2012, 289 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, *La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 213 ss.; GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, 58 ss.; LA SALA, sub art. 2379 ter, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, 1145; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, 695 ss.; LENER, *Invalidità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 79 ss.

Senza poter in questa sede affrontare il tema, basti ricordare come il legislatore non abbia voluto intervenire in termini strutturali sul problema (nonostante l'ampia delega in tale direzione), bensì abbia preferito agire su fronti particolari al fine di ridurre la possibilità di impugnazione delle delibere, ad esempio limitando i soggetti legittimati attivi; prevedendo limiti decadenziali e meccanismi di sanatoria; precludendo l'azione di impugnazione per motivi di illegittimità non determinanti.

¹⁸⁷ Ossia quelle decisioni che incidono nel regime organizzativo della società, modificandolo rispetto al precedente (come nel caso di aumenti e riduzioni di capitale, emissione di obbligazioni), od alterando la stessa autonomia soggettiva ed organizzativa dell'ente (come nel caso di fusioni e scissioni). In tali casi è evidente che le soluzioni adottate hanno immediata incidenza sulla struttura societaria, presente e futura. Riferendosi ad una generale categoria di operazioni straordinarie, CAPIZZI, *Operazioni straordinarie e tutela degli investitori. Tra rimedi compensativi e rimedi ostativi*, Torino, 2018, 31 ss.

dell'ammissibilità degli effetti regressivi rispetto ad una delibera ormai eseguita.

Come noto, il legislatore della riforma non ha fornito una chiara indicazione né in merito agli effetti *ex ante* di una delibera nulla, né in merito agli effetti conseguenti alla sentenza che ne accerta l'invalidità.

Secondo l'impostazione prevalente in dottrina e ritenuta preferibile, nonché maggiormente conforme al principio di mantenimento della stabilità degli effetti delle decisioni societarie, la delibera nulla dovrebbe considerarsi efficace fin dalla sua adozione¹⁸⁸, in tal modo differenziandosi dalla tipica nullità civilistica per cui l'atto dovrebbe considerarsi come *ab origine* improduttivo di effetti¹⁸⁹. Efficacia immediata che, peraltro, sembra riguardare tutti i tipi di delibere (organizzative e non) ed in presenza di qualsivoglia patologia (nullità e, come nel regime dei contratti, annullabilità).

Dal punto di vista dell'efficacia *ex post*, invece, l'accertamento dell'invalidità per nullità (ma anche per annullabilità) delle deliberazioni sembra comportare effetti diversi a seconda della natura della delibera impugnata, considerato, infatti, che esclusivamente in ipotesi di delibera organizzativa la pronuncia di nullità pare non possa avere effetti retroattivi

¹⁸⁸ In tal senso, tra gli altri, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 117; SACCHI – VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, 693; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, 177; PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 605.

In senso contrario, CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, 329 ss.; con maggiori cautele rispetto a quest'ultimo, GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, 68 ss.

¹⁸⁹ Sottolinea l'incompatibilità tra il campo di applicazione civilistico e societario, in particolare, SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2012, I, 147; ANGELICI, voce «*Società per azioni e in accomandita per azioni*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, 988 ss.

una volta che essi si siano prodotti¹⁹⁰: è solo in tale contesto che la tutela della stabilità societaria (in considerazione dell'effetto strutturale) prevale sul possibile interesse dei creditori al ripristino dello *status quo ante*, facendo contestualmente emergere la necessità di riportare in equilibrio i due versanti.

Quanto detto pare sostenibile per una serie di ragioni.

Con riferimento al profilo dell'efficacia *ex ante*, si può osservare come nell'ordinamento sussista - come già ricordato in precedenza - un principio di idoneità delle delibere nulle a produrre comunque immediati effetti: già l'art. 2332 c.c., per cui la dichiarazione di nullità della società fa salvi gli atti

¹⁹⁰ Così si esprime la dottrina ampiamente maggioritaria. V., tra gli altri, MARCHETTI, sub art. 2379-ter, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Notari, Ghezzi, artt. 2363-2379-ter. *Assemblea*, a cura di Picciau, Milano, 2008, 323; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, 698 ss.; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, 233 ss.; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, 11; SACCHI - VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, 664 ss.; MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 295 ss. Di diverso avviso GUERRIERI, sub artt. 2379 - 2379 ter, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 618, per cui, nei casi di invalidità di queste deliberazioni assembleari si applicherebbe l'art. 1425 c.c., con salvezza solo dei diritti acquistati dai terzi in buona fede, mentre i terzi in mala fede potrebbero agire solamente in via di tutela obbligatoria; RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milano 1992, 133 e 206, per cui il rimedio invalidativo travolgerebbe anche i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

Sembra soprattutto essere la giurisprudenza maggiormente ancorata agli effetti civilistici della dichiarazione di invalidità della delibera assembleare, imponendo conseguenze sostanziali di deciso impatto per le società. Così, ad esempio, Cass., 23 marzo 2004, n. 5740, in *Foro it.*, 2004, I, 3121, con nota di SILVETTI, per cui «l'illegittimità della deliberazione di riduzione del capitale della società, perché adottata in assenza di perdite che la giustificassero, riverbera i suoi effetti anche sulla conseguente deliberazione di ricostruzione del capitale asseritamente perduto»; più in generale, App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. comm.*, 2003, II, 612 ss., con nota di SPIOTTA, *Comproprietà di azioni, invalidità di delibere assembleari, perdita del capitale, finanziamento e diritto dei soci*, per cui «la nullità della deliberazione dell'assemblea (...) determina la nullità di tutte le deliberazioni connesse», tanto che la società dovrebbe non solo riadottare la delibera invalida, ma anche rideterminare quelle successive travolte dal passaggio in giudicato della sentenza»; Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 246 ss., con nota critica di GINEVRA, *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili?* 257 e 273.

compiuti in suo nome dopo l'iscrizione al registro delle imprese¹⁹¹, prevede come l'atto nullo possa realizzare effetti giuridici che vincolano la società¹⁹².

In ogni caso, da un punto di vista sostanziale, pare difficile sostenere l'inefficacia della delibera nel momento in cui, ad esempio, ad essa abbia fatto seguito la conclusione di atti consequenziali e dipendenti e che potrebbero aver avuto un impatto organizzativo sulla società, e ciò specie in un momento in cui non è neppure dato sapere se essa sia invalida e, in ogni caso, per quale vizio¹⁹³. Una diversa interpretazione sembra essere l'esito dell'errata

¹⁹¹ Così, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, 117 e 118; e GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, 231 ss.: per entrambi gli A. il medesimo principio sarebbe individuabile anche nell'art. 2434 bis, primo e terzo co., c.c.; GINEVRA, *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili?*, 272 ss.; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, 701 ss., si riferisce all'art. 2332 c.c. come norma che ha «codificato nel nostro ordinamento una regola funzionale ad assicurare la stabilità e la conservazione degli effetti dell'attività organizzativa (...) contrapposta e sostitutiva di quella dettata per l'invalidità degli atti negoziali privi di valenza organizzativa»; ID., *La responsabilità per danni da fusione*, secondo cui l'art. 2332 c.c. assume valenza sistematica ed esso determina che «nel momento in cui l'atto ha inciso sull'organizzazione, è a questa che occorre guardare, e non più alla sua fonte: conseguentemente, i vizi che ne potrebbero avere inficiato la validità non possono operare sul piano negoziale, ma devono essere valutati secondo le regole proprie dell'organizzazione».

Si segnala comunque anche la ritrosia di altra rilevante dottrina nei confronti di un utilizzo sistematico dell'art. 2332 c.c. quale norma da cui poter trarre principi generali in materia di organizzazione societaria; v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 70 ss.; FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 389 ss.

¹⁹² PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed «illegalità» delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, 403, oltre all'art. 2332 c.c., riporta quali esempi del principio dell'immediata efficacia delle delibere nulle, anche l'art. 2383, settimo co., c.c. per cui, nonostante la dichiarazione giudiziale di nullità della delibera di nomina degli amministratori, restano fermi sia la nomina in sé considerata, sia gli atti che gli amministratori compiranno sino a quando la società non avrà provveduto alle nuove nomine.

¹⁹³ SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 603, criticando l'opposta opinione per cui le delibere nulle non sarebbero immediatamente efficaci, rileva come «mi riferisco, in primo luogo, all'abitudine, per la verità diffusa, di discutere sulle conseguenze dei vizi degli atti – contratti ed anche atti deliberativi – come se si conoscesse a priori la loro qualificazione».

applicazione, sul terreno societario, dei principi civilistici ove l'atto invalido non si inserisce in una sequenza di atti consequenziali ed applicativi del primo, ma esaurisce in sé la portata dell'operazione ed ove le pretese di restituzione delle attribuzioni patrimoniali, in tutto od in parte eseguite per effetto dell'accordo nullo, sono oggettivamente individuate e sono rivolte nei confronti di ben individuati soggetti passivi, di talché è sostenibile che l'atto nullo non abbia mai prodotto effetti¹⁹⁴.

Con riferimento al versante dell'efficacia della delibera *ex post* rispetto alla sentenza che ne accerta l'invalidità, l'irregredibilità degli effetti sembra interessare, come anticipato, esclusivamente le delibere organizzative¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Peraltro, a dimostrazione di quanto dedotto, si può osservare come anche l'atto privato nullo, quando inserito in una embrionale sequenza e nell'ambito di un sistema pubblicitario, possa conservare i propri effetti rispetto ai terzi (per ragioni di tutela della buona fede e dell'affidamento creato). Si pensi a quanto previsto dall'art. 2652, n. 6, c.c. per cui, se la trascrizione della domanda di nullità è eseguita dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo, la sentenza che dichiara la nullità non pregiudica i diritti che i terzi di buona fede hanno acquistato in base ad un atto trascritto o iscritto prima della trascrizione della domanda di nullità. Fermo che l'inopponibilità della sentenza non dovrebbe valere a rendere l'atto valido, ciò dimostra come, anche in ambito privato, sia disciplinata (a fronte di particolari necessità di tutela di stabilità dell'operazione che ha coinvolto soggetti terzi) la possibilità di considerare efficace un atto nullo, quando ciò si renda necessario al fine di tutelare interessi generali.

¹⁹⁵ Secondo MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 206, in ogni caso l'effetto dell'invalidazione della delibera (sia essa organizzativa o meno) mai potrebbe comportare, quantomeno nell'ipotesi in cui non sia *self executing*, la regressione alla situazione antecedente all'adozione dell'atto invalidato o dichiarato nullo. Ciò in considerazione del fatto che «la delibera assembleare si è dimostrata non essere l'atto che pone la condizione perché si dia corso all'atto successivo costituendone a un tempo fondamento causale, vincolo di contenuto, presupposto di validità ed efficacia. Altrove ha il suo presupposto ogni atto che segue la delibera e che mira ad attuarne la situazione finale, e cioè l'appartenenza originaria, all'agente, del potere di compierlo in forza dello statuto organizzativo della società». Posizione che comunque non si pone in contrasto con quanto dedotto nel testo in quanto, ove ritenuta valida la posizione dell'A., pare che a fronte di delibere non organizzative (pur in considerazione dell'incapacità automatica della sentenza che pronuncia l'invalidità di determinare effetti regressivi), sussista un onere per gli amministratori di adottare i provvedimenti conseguenti al fine del ripristino dello *status quo ante*.

Ciò pare dimostrato, *innanzitutto*, da una ragione di ordine sostanziale data dalla possibilità che la società non possa ripristinare la complessiva situazione preesistente, con possibile coinvolgimento anche della dimensione partecipativa dei soci. Sono evidenti le conseguenze che comporterebbe l'obbligo di eliminazione di tutti gli atti esecutivi e conseguenti alla dichiarazione di nullità della delibera di riduzione del capitale sociale: aumento di capitale successivo; approvazione di tutti i bilanci conseguenti; distribuzione di utili; e così via¹⁹⁶.

Inoltre, da un punto di vista formale, sembra che ciò sia confermato anche dall'assenza, nell'art. 2379 *ter* c.c., di una previsione dal contenuto di cui all'art. 2377, settimo co., c.c. e richiamata, invece, dall'art. 2379 c.c. (che appunto ha ad oggetto le delibere non organizzative) secondo cui, per effetto della pronuncia dell'invalidità, rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, e che, al contrario, dimostra la generale regredibilità degli effetti derivanti dalla delibera. Il mancato riferimento nell'art. 2379 *ter* c.c. dell'eccezione alla regola dovrebbe, allora, portare a sostenere che alcun effetto ripristinatorio può considerarsi prodotto rispetto alla pronuncia di nullità della delibera organizzativa.

Con ciò non si vuole affermare l'irrilevanza (in termini di utilità effettiva) della tutela reale rispetto alle delibere organizzative, ma comunque rilevare come risulti decisivo che ad essa si faccia ricorso già in via *cautelare*, al fine di poter ottenere un provvedimento inibitorio a carico degli amministratori e

¹⁹⁶ Con particolare riferimento all'irregredibilità delle delibere di cui al secondo comma dell'art. 2379 *ter* c.c. da parte delle società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 119 ss., per cui «alle ragioni per la certezza dell'azione societaria si aggiungono, rafforzandole, quelle per una certezza delle negoziazioni sul mercato».

Negli stessi termini, con riferimento ad un'ipotetica operazione di aumento del capitale sociale, PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed «illegalità» delle delibere assembleari di s.p.a.*, 400 ss.

rispetto all'esecuzione della delibera¹⁹⁷ (di cui vi sia quantomeno il *fumus* della nullità; e laddove il *periculum* potrebbe essere ravvisato, oltre che nel pregiudizio patrimoniale, anche nella stessa impossibilità a ripristinare lo *status quo ante*)¹⁹⁸.

Pertanto, l'immediata efficacia *ex ante* della delibera, da una parte, e l'incapacità della pronuncia di nullità a determinare *ex post* effetti regressivi, dall'altra, comportano che, *una volta deliberata (ed ove necessario, anche eseguita) la decisione di riduzione del capitale, anche se nulla, non sono più regredibili gli effetti organizzativi ad essa conseguenti*. Ciò a dimostrazione di quanto rilevato in merito alla limitata efficacia della tutela reale a soddisfare gli interessi dei creditori sociali a ripristinare la consistenza della garanzia patrimoniale della società debitrice.

¹⁹⁷ MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, 305, per cui la sede cautelare diviene «il vero luogo giurisdizionale di accertamento dell'invalidità, capace di impedire che la delibera trovi attuazione». Anche se tale momento potrebbe già rivelarsi tardivo qualora la delibera di riduzione volontaria del capitale sociale non necessiti di attività esecutiva conseguente alla sua assunzione da parte dell'assemblea (come nel caso di riduzione mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti). In casi come questi, allora, l'unica possibilità per i creditori sociali potrebbe essere quella di esperire una tutela cautelare quando, in ipotesi venuti a conoscenza delle determinazioni dell'organo amministrativo di proporre all'assemblea la riduzione del capitale sociale (decisione che comunque non prevede forme di pubblicità), ottengano un provvedimento inibitorio già alla possibilità di convocare l'assemblea a tale scopo.

¹⁹⁸ Fermo restando che gli amministratori comunque potrebbero, anche in presenza di una tutela cautelare, in ogni caso eseguire la delibera assembleare impugnata, atteso che l'inibitoria non rende fattualmente impossibile la sua esecuzione. È evidente che tale evenienza sposterà allora il piano della protezione dei creditori sia verso una tutela obbligatoria nei confronti della società, che risarcitoria verso gli amministratori. In argomento v. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche dell'invalidità*, 236 ss.; ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 408 ss.; con riferimento alla scissione, GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 345.

Secondo MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 209 ss., escluso un effetto condizionante del vizio della delibera antecedente rispetto alla successiva esecuzione dell'organo agente, il provvedimento di sospensione avrebbe invece tale capacità di influenzare l'efficacia dell'esercizio del potere da parte dei diversi centri di azione competenti ad attuare la delibera.

4.2. *Il punto di contatto tra l'irregredibilità conseguente alla tutela reale e l'inopponibilità conseguente alla tutela revocatoria.*

Quanto dedotto nel precedente paragrafo in ordine all'incapacità, giuridica e sostanziale, della tutela reale a determinare il ripristino dello *status quo ante* rispetto alle delibere organizzative, risulta utile deduzione anche rispetto alla valutazione in merito all'(in)ammissibilità della tutela revocatoria.

Come ritenuto da parte della dottrina¹⁹⁹, e ferme le diversità strutturali e teleologiche tra l'*actio pauliana* e l'azione reale, il profilo degli effetti consequenziali alla pronuncia di invalidità della delibera ed all'accoglimento dell'azione revocatoria paiono trovare un punto di contatto nella regressione che, da un punto di vista sostanziale, anche questa seconda forma di tutela in ultima istanza determina²⁰⁰.

Innanzitutto, al fine di poter meglio ravvisare tale effetto regressivo, pare necessario abbandonare la dimensione privatistica (ove il fenomeno appare meno evidente), a favore di quella societaria²⁰¹. Inoltre, come ritenuto in dottrina, è opportuno rilevare che l'effetto di inefficacia relativa dell'atto sembra rappresentare una mera finzione giuridica²⁰² (finalizzata a garantire la

¹⁹⁹ Il tema viene rilevato rispetto alla scissione, ma risulta riferibile anche rispetto al tema delle delibere assembleari, da ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 124.

²⁰⁰ Seppur con ogni differenza in ordine al fatto che l'effetto regressivo dipendente dalla tutela reale è totale (ponendo sostanzialmente nel nulla la decisione), mentre quello dipendente dall'*actio pauliana* si limita (eventualmente in frazione rispetto al totale dell'operazione) rispetto al creditore agente, ma comunque destrutturando l'operazione.

²⁰¹ Ove si esprime con particolare rilevanza in ambito concorsuale, in ragione della tutela alla massa dei creditori le cui pretese – almeno tendenzialmente – superano il valore del patrimonio oggetto della disposizione.

²⁰² Secondo MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, Milano, 2000, 158 ss., per cui «nonostante il principio, pacificamente acquisito, secondo cui la

formale validità dell'atto espressa dalla norma) ma che, nella sostanza, l'azione si traduce in un effettivo esito risolutorio e restitutorio, ed in tal senso avvicinandosi al rimedio reale.

Tale convergenza tra gli effetti della tutela reale e della tutela revocatoria dovrebbe allora permettere di dedurre che la seconda, come la prima, sia non ammissibile rispetto alle delibere organizzative, ormai intangibili rispetto ai loro effetti, rimanendo invece esperibile verso quelle non organizzative²⁰³.

Il profilo degli effetti sostanziali dell'azione revocatoria, che già era emerso nella prima parte del lavoro e che (anche) ha motivato l'inammissibilità dell'*actio pauliana*, deve però essere più attentamente valutato rispetto a quanto dedotto in merito alla scissione, ove tale convergenza appare con massima evidenza.

Gli effetti delle due azioni (reale e revocatoria) sono, infatti, sostanzialmente corrispondenti nell'operazione straordinaria. È stato rilevato²⁰⁴ che gli effetti dell'invalidità e dell'inefficacia, rispetto ad un'operazione di assegnazione di un complesso aziendale ad una società beneficiaria²⁰⁵, sostanzialmente coincidono in quanto anche la mera inopponibilità, seppur rivolta al solo creditore procedente, può avere effetti destabilizzanti di tutta l'operazione alla luce dell'unitarietà funzionale e di valore che assume l'azienda quale complesso organizzato di beni.

sentenza di revoca determina un'inefficacia meramente relativa dell'atto e non incide sulla sua validità *inter partes*, questo dato iniziale viene costantemente superato. Convincimento radicato in quasi tutti gli autori è dunque che l'effetto sostanziale della revocatoria sia quello di determinare una successiva rottura del sinallagma funzionale e di imporre, di fatto, un dissolvimento *inter partes* del rapporto sanzionato da inefficacia, con esiti di tipo marcatamente risolutorio»; e che «dal punto di vista sostanziale, le conseguenze della revocatoria sono del tutto assimilabili a quelle della risoluzione».

²⁰³ Si rinvia al capitolo III per l'individuazione delle diverse forme di delibere assembleari.

²⁰⁴ V. capitolo I, par. 7.3.2.

²⁰⁵ E lo stesso potrebbe dirsi in caso di concentrazione nella fusione.

I medesimi effetti potrebbero sembrare meno evidenti rispetto ad altre decisioni (seppure di natura organizzativa) strutturalmente più semplici, ove manchi l'assegnazione di una attività organizzata che possa venire destrutturata dalla dichiarata inopponibilità relativa (tipica della tutela revocatoria).

Tuttavia il fruttuoso esercizio dell'*actio pauliana*, rispetto ad una delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, comporta la sostanziale emersione anche della (nuova, seppur relativa) garanzia patrimoniale della società debitrice, con ciò ravvisandosi un sostanziale effetto regressivo. Effetto che, a sua volta, può anche causare difficoltà di coordinamento nel momento stesso dell'espressione della garanzia patrimoniale della società debitrice (variamente rilevante a seconda, ad esempio, del numero dei creditori che hanno agito in via revocatoria e dell'ammontare dei loro crediti, e comunque secondo una valutazione da compiersi caso per caso), nonché ragioni di instabilità delle eventuali operazioni organizzative adottate successivamente e comunque connesse all'intervenuta riduzione del capitale sociale. Profili che, quindi, tendono a ritenere inammissibile l'*actio pauliana*.

Quanto sopra impone però – e negli stessi termini già visti rispetto alle operazioni straordinarie – la necessaria individuazione di uno strumento di tutela speciale ed alternativo (nel senso di essere dotato della medesima capacità difensiva) rispetto alla tutela revocatoria e, nel contempo, indifferente rispetto all'operazione organizzativa. Diversamente, l'esito della impostazione proposta comporterebbe una ingiustificata riduzione delle generali tutele previste a favore dei creditori sociali, che si vedrebbero privati della fondamentale garanzia revocatoria, senza vedersi riconosciuta altra tutela comparabile²⁰⁶.

²⁰⁶ Con ogni conseguente effetto in ordine alla fondatezza della soluzione proposta, tenuto sempre in considerazione che, da un punto di vista generale, il legislatore come visto non

Nei successivi paragrafi si cercherà quindi comprendere come la tutela obbligatoria si ponga rispetto alla delibera assembleare di riduzione volontaria del capitale.

5. Il terzo livello: la tutela obbligatoria.

Il terzo ed ultimo livello di tutela per i creditori sociali è, come nel caso della scissione, la tutela obbligatoria.

L'art. 2379 *ter*, terzo co., c.c. dispone la salvezza, in ogni caso, della tutela obbligatoria a favore del creditore sociale (e dei soci), adottando una formulazione letterale sostanzialmente identica a quella prevista dall'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c.; disposizione che sembra applicabile alle ipotesi sia del primo che del secondo comma²⁰⁷.

L'esame della disciplina dimostra come la tutela obbligatoria di cui all'ultimo comma dell'art. 2379 *ter* c.c. rappresenti, seppur per ragioni diverse da quanto dedotto nella prima parte del lavoro, una conferma di quanto già rilevato con riferimento all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., con ciò costruendo un sistema conforme tra le operazioni straordinarie (quali operazioni a struttura complessa) e le deliberazioni assembleari di natura

esprime mai una preferenza alla tutela dell'interesse alla stabilità societaria rispetto all'interesse della tutela dei creditori sociali, e viceversa.

²⁰⁷ In tal senso anche BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, 715; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 882.

Di diverso avviso, SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2007, 140, rileva che «in questa prospettiva la previsione dell'art. 2379 *ter*, comma 3°, c.c. (...) andrebbe riferita solo alle ipotesi del comma 2° della disposizione», in quanto solo nelle ipotesi di cui al secondo comma non si potrebbe scorgere alcuna responsabilità per i terzi in ipotesi di mancata impugnazione della delibera invalida, diversamente dal primo comma in cui, in ogni caso, viene dato un termine prestabilito.

organizzativa (quali atti unitari, anche qualora necessitanti di eventuale esecuzione).

Sembra opportuno anche rilevare, in modo da sottolineare l'impostazione del legislatore sul punto, come l'indicata regolarità sistematica emerga pur a fronte di contesti normativi decisamente diversi, considerato che mentre, da una parte, la tutela obbligatoria nella scissione era rappresentata, come visto, da una disciplina scarna ed autonoma, dall'altra parte, l'azione obbligatoria della delibera assembleare si pone in un contesto molto più organizzato (e, sotto certo aspetti, di difficile coordinamento) di norme, ove tutela reale e tutela obbligatoria vengono variamente disciplinate a seconda della natura della delibera assembleare, della patologia e dei soggetti attivi²⁰⁸.

E così anche l'azione obbligatoria, concessa ai creditori sociali a tutela «del danno eventualmente spettante» e determinata dalla deliberazione sociale, si caratterizza per due profili che, seppur per ragioni diverse e più ampie rispetto a quanto osservato in merito alla scissione, portano a qualificare il rimedio obbligatorio quale *tutela definitiva* per i creditori sociali.

In primo luogo, la tutela obbligatoria è indifferente rispetto all'accertamento (anche solo incidentale) della patologia della delibera di riduzione volontaria del capitale sociale²⁰⁹, presentando finalità esclusivamente riequilibrative delle posizioni (del creditore sociale e della società).

²⁰⁸ E quindi in termini di patologia (nullità ed annullabilità); di soggetti attivi (soci e terzi); di natura delle delibere (organizzative e non organizzativa); di aspetti sostanziali e processuali.

²⁰⁹ In merito, v. capitolo I, par. 8.1.

In secondo luogo, essa è indifferente anche rispetto al profilo dell'elemento soggettivo, per cui non viene richiesta la prova del dolo o della colpa²¹⁰.

Entrambe tali caratteristiche portano a qualificare la tutela obbligatoria come di *natura indennitaria*²¹¹ che, quindi, può essere concessa a fronte di un fatto non (necessariamente) anti-giuridico, diversamente dall'azione risarcitoria che, invece, presuppone una condotta illegittima²¹² (e tipica invece, come si vedrà, della tutela obbligatoria concessa ai soci che, anche se privi della partecipazione qualificata necessaria ai fini dell'accesso alla tutela reale, abbiano subito un danno derivante da una delibera annullabile).

Anche in tale contesto, come in quello della scissione, sembra emergere che la delibera assembleare (sempre) e la eventuale conseguente sua esecuzione da parte degli amministratori (qualora ciò si renda necessario nelle ipotesi di delibere non *self executing*²¹³), debbano essere sottoposte ad un

²¹⁰ In merito, v. capitolo I, par. 8.2.

²¹¹ Con riferimento alla ricostruzione della categoria dell'indennità, si rinvia al capitolo I, par. 8.2.

²¹² In questo senso (seppur di opinione diversa in ordine alla natura dell'azione) SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, 152, per cui «l'adesione alla tesi che considera rilevante solo il danno derivante dal vizio della deliberazione [ritenuta dall'A. preferibile in relazione alla previsione di cui all'art. 2377, quarto co., c.c.] risulta difficilmente evitabile se la tutela obbligatoria viene configurata in termini di tradizionale tutela risarcitoria, nella quale viene in considerazione esclusivamente il danno riconducibile alla patologia in base ad un nesso di causalità».

In senso diverso, PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 1, 2014, 860-861, per cui «la linea di demarcazione del concetto di indennità rispetto a quello di risarcimento non può essere individuata – se non per approssimazione empirica – nel carattere, rispettivamente, lecito o illecito del comportamento produttivo dell'obbligazione».

²¹³ La stessa delibera di riduzione volontaria del capitale sociale presenta questa duplice natura: essa è *self executing* ove la riduzione avvenga mediante la liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti dovuti; mentre necessita di una conseguenziale esecuzione qualora avvenga mediante il rimborso ai soci del capitale già versato.

vaglio di liceità oltre che di legittimità²¹⁴, al fine di escludere eventuali conseguenze indennitarie a carico della società.

In conclusione, anche rispetto alle delibere assembleari sembra che la tutela obbligatoria rappresenti una garanzia di portata generale e soddisfacente per l'interesse patrimoniale del creditore sociale che non solo si rivela in grado di coprire ogni tutela cui tende l'*actio pauliana*, ma anzi presenta profili di maggior facilità di accesso, così rendendo irrilevante l'interesse alla tutela revocatoria da parte del creditore sociale e che si traduce, in termini processuali, nella sua inammissibilità rispetto (già) alla delibera di riduzione volontaria del capitale realizzata mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuto, oppure rispetto agli atti esecutivi conseguenti (qualora la riduzione avvenga mediante il rimborso del capitale ai soci).

5.1. *L'indipendenza della tutela obbligatoria rispetto all'(eventuale) invalidità della delibera di riduzione volontaria del capitale sociale.*

La prima caratteristica della tutela obbligatoria indicata è relativa alla sua indifferenza rispetto all'invalidità della delibera che ha causato il danno. La tutela di cui all'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c., sembra qualificarsi come una *responsabilità da atto eventualmente legittimo*, ritenuto che anche una delibera formalmente valida (specie, come visto, considerato che l'invalidità, rispetto ai terzi, rappresenta una categoria piuttosto ristretta) può essere ragione di pregiudizio per i creditori sociali²¹⁵.

²¹⁴ Così si esprime sempre SPOLIDORO, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, 186 e 188; ID., *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, 1035 ss. Negli stessi termini, STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Torino, 2009, 2 ss.

²¹⁵ In tal senso. BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, 715; BLANDINI, sub art. 2379-ter, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, diretto da Fauceglia,

La corrispondenza tra la tutela obbligatoria nella scissione e nella riduzione volontaria del capitale sociale è la medesima e, infatti, anche la tecnica di costruzione normativa delle due previsioni (art. 2504 *quater*, secondo co., c.c. ed art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c.) è sostanzialmente identica. Cambia, come anticipato, il contesto normativo di riferimento, molto più articolato e strutturato rispetto a quanto previsto in tema di scissione.

L'autonomia della tutela obbligatoria sembra emergere da una serie di ragioni, sia di ordine formale che sostanziale.

In primo luogo, vi è la mancanza di una previsione, nella disciplina della tutela obbligatoria *ex art. 2379 ter c.c.*, di una disposizione dal contenuto di cui all'art. 2377, quarto co., c.c., per cui i soci non legittimati all'impugnazione della delibera²¹⁶ possono agire per ottenere il risarcimento del danno subito «dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto»²¹⁷. In quest'ultimo caso, emerge come il danno lamentato debba

Schiano di Pepe, II, Torino, 2007, 614; SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, 2, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 255 ss.; D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 713-714, per cui «in qualche caso la norma è esplicita nel disporre 'in serie' le tutele invalidatorie e quelle riparatorie, nel senso che le ultime soccorrono quando le prime non sono più esperibili per essere decorso un certo tempo o per essere sopravvenuto un evento ostativo (...). Si pensi a quanto disposto dall'art. 2379 *ter*, ult. comma, per le modificazioni del capitale. Quando così non è, ossia quando la successione dell'una all'altra tutela non risulta positivamente disposta, mi sembrerebbe che essa non possa ammettersi: una volta di più l'azione di danni non può servire a rimettere in pista chi, per propria negligenza, non si sia avvalso tempestivamente delle più radicali tutele invalidatorie».

²¹⁶ La circostanza per cui l'art. 2377 c.c. si rivolga (solo) ai soci, e non anche ai creditori sociali, non pare avere rilevanza in tale contesto. Inoltre, sembra che la disposizione debba rivolgersi anche ai soci legittimati all'impugnazione qualora si ritenesse, come pare, che essi potrebbero subire un danno persistente anche a seguito dell'accertata illegittimità della delibera.

²¹⁷ Nel senso della necessaria pregiudizialità dell'accertamento del vizio rispetto alla tutela obbligatoria, tra gli altri, v. STELLA RICHTER *jr*, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 301 ss.; SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, 289, per cui «il legislatore, sia pure intervenendo su regole processuali, sembra aver sancito (...) una necessaria

essere causalmente connesso alla ragione dell'illegittimità della delibera²¹⁸; ciò comporta, quindi, che i soci sono tenuti a dimostrare, anche solo incidentalmente, ove essi non detengano una partecipazione qualificata necessaria all'impugnazione, il vizio di annullabilità e la sua connessione causale con il danno lamentato.

Diversamente, la mancanza di una simile previsione nell'art. 2379 *ter* c.c., relativamente alla tutela obbligatoria, fa deporre nel senso che tale connessione causale (tra vizio e danno) non venga richiesta, di talché può ritenersi che la tutela obbligatoria possa derivare (anche) solo dall'oggetto della decisione in sé, e non dalla sua (eventuale) illiceità.

In secondo luogo, in conformità all'argomento precedente, il termine per l'esercizio dell'azione obbligatoria da parte dei soci rispetto ad una delibera annullabile ha natura decadenziale e corrispondente a quello della tutela reale, a dimostrazione dell'interdipendenza tra le tutele. Diversamente, il termine per l'esercizio della tutela obbligatoria da parte dei creditori sociali ha natura prescrizione e di cinque anni dal verificarsi dell'evento dannoso (negli stessi termini di cui all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c.)²¹⁹, laddove quello

pregiudizialità (non già tra annullamento dell'atto e risarcimento del danno, quanto piuttosto) tra accertamento dell'illegittimità della delibera e diritto al risarcimento del danno»; DI GIROLAMO, sub art. 2377, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, 1725; seppure si riferisca all'indennizzo (ma a ben vedere poco cambia rispetto alla posizione assunta nel testo), in tali termini pare porsi anche NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, 892, per cui «in sostanza, il socio, che non raggiunga il quoziente richiesto, è 'indennizzato' per la privazione (esproprio) del potere di annullamento, l'illegittimità/illiceità della deliberazione essendo degradata a mera condizione o presupposto dell'indennizzo (condizione o presupposto da accertare dunque solo in via incidentale) ed il danno assumendo la portata di criterio di identificazione del *quantum* dell'indennizzo».

²¹⁸ Previsione che, come subito si vedrà, trova un immediato riferimento a livello processuale.

²¹⁹ In argomento v. STELLA RICHTER jr, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, 286 - 287, nt. 9, ove anche per ogni riferimento bibliografico. Nel senso della natura prescrizione, isolata risulta la voce di PIAZZA, *Il regime delle 'invalidità' delle delibere assembleari*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 290 ss.

previsto per l'esercizio dell'azione reale ha natura decadenziale (nei termini previsti dai primi due commi dell'art. 2379 *ter* c.c.).

Da ultimo, l'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto a quella reale pare dover essere motivata anche da una ragione sostanziale. Come visto, le ipotesi di nullità previste dall'art. 2379 c.c. sono numericamente molto limitate (si è dato atto di come non paia condivisibile l'opinione per cui sarebbe ammissibile un'interpretazione estensiva delle ipotesi di nullità oltre quelle espressamente previste) di talché, ove la tutela obbligatoria fosse subordinata all'accertamento del vizio e del nesso causale con il danno lamentato dal creditore sociale, la possibilità di ristoro rappresenterebbe una soluzione di limitata applicabilità, con ciò forse non giustificando una apposita (e così rilevante) previsione normativa che, per quanto visto, rappresenta l'espressa emersione normativa di un impianto sistematico che corre lungo le varie operazioni straordinarie e decisioni societarie.

In conclusione, per tutte le ragioni indicate, sembra che il creditore sociale abbia a disposizione un'azione indennitaria che è indifferente rispetto all'invalidità della delibera organizzativa, potendo esercitare la tutela obbligatoria esclusivamente dimostrando che l'oggetto deliberato ha causato un pregiudizio. Il nesso di causalità, pertanto, non dovrebbe sussistere tra il vizio ed il danno, bensì tra l'oggetto della deliberazione ed il danno, inteso nel suo senso più ampio comprensivo sia del danno emergente che del lucro cessante.

L'azione è quindi *autonoma ed alternativa rispetto a quella reale*. Il creditore sociale può agire anche qualora il danno sia la conseguenza di una delibera valida²²⁰ e, anche ove la delibera fosse viziata e ne venisse accertata

²²⁰ A dimostrazione di come possano sussistere ipotesi in cui il legislatore espressamente prevede la risarcibilità dei danni cagionati da una delibera valida, GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 358, riporta il caso dell'art. 2383, terzo co., c.c. che prevede la

l'invalidità in via incidentale, egli non è tenuto a dimostrare che il danno lamentato è causalmente connesso al vizio della delibera²²¹, atteso che il rapporto di causalità deve solo porsi rispetto all'oggetto deliberato. Ed ancora, il creditore sociale può agire esclusivamente in via obbligatoria, anche qualora fossero ancora pendenti i termini per poter agire in via reale. Ne consegue, d'altra parte, che la mera invalidità della delibera, di per sé sola, non dovrebbe comportare alcuna conseguenza riparatoria a carico della società²²².

possibilità, per l'assemblea, di revocare gli amministratori anche prima della scadenza del loro incarico, stabilendo tuttavia che, se non ricorre una giusta causa di revoca, l'amministratore revocato ha diritto al risarcimento dei danni.

²²¹ Con particolare riferimento all'azione prevista dall'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c., v. D'ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, 714, per cui, condivisibilmente, dovrebbe trattarsi di «responsabilità oggettiva da fatto lecito»; PIAZZA, *Il regime delle «invalidità» delle delibere assembleari*, 289, il quale ipotizza un indennizzo a carico della società derivante da un atto lecito dannoso; GUERRIERI, sub art. 2379 – 2379 *ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 617, che ipotizza (con riferimento agli artt. 2379 *ter* c.c., 2500 *bis* c.c. e 2504 *quater* c.c.) la possibilità di ritenere la fonte di responsabilità «non l'invalidità della delibera», ma «l'operazione deliberata», anche «a prescindere da un eventuale vizio di validità» della stessa (si precisa, tuttavia, che l'A. ha successivamente modificato opinione, come espresso in *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 359, nt. 66, ove sostiene, invece, che il danno potrebbe essere risarcito solo in ipotesi di invalidità della delibera e ciò in quanto la responsabilità da delibere assembleari dannose dovrebbe qualificarsi di natura non indennitaria bensì risarcitoria, presupponente quindi una condotta ingiusta).

²²² D'ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, 714, rileva come una delibera viziata, ma improduttiva di danno, si risolva in un «diniego di qualsiasi tutela», con l'ulteriore effetto (peraltro in generale rinveniente dall'avanzamento della tutela obbligatoria rispetto a quella reale) di amplificare l'erosione della rilevanza dell'interesse alla rilevanza della legalità dell'azione societaria (in argomento, PINTO, *Funzione amministrativa e diritto degli azionisti*, Torino, 2008, 13 ss.). Secondo PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, 623, per cui «non deve sorprendere che possa ricorrere il caso di delibere viziate che, non producendo un danno, restino non sanzionate»; e del resto l'art. 2378, secondo co., c.c. si riferisce all'«eventuale danno». Di diversa opinione ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 32, per cui «il danno sarebbe *in re ipsa* nell'illegittimità della deliberazione; resterebbe invece aperto, ma non irresolubile [il problema] della sua quantificazione».

Il rapporto di indipendenza tra la patologia della delibera e l'azione *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c., come dedotto anche rispetto alla scissione, incide sul grado di copertura della tutela obbligatoria rispetto all'*actio pauliana*, atteso che circoscrivere la tutela obbligatoria alle sole ipotesi di nullità delle delibere rappresenterebbe una notevole limitazione al suo raggio d'azione (considerate le limitate ipotesi di cui all'art. 2379 c.c.), con contestuale emersione di uno spazio per il persistente interesse del creditore sociale a promuovere l'azione revocatoria (e, in altri termini, di ammissibilità della tutela).

Dal punto di vista dell'indagine proposta, quindi, il campo di applicazione della tutela obbligatoria e della tutela revocatoria rispetto alle delibere assembleari sostanzialmente coincidono, in quanto entrambe operanti indipendentemente da profili di invalidità della delibera²²³, essendo rilevante il solo evento dannoso causato ai creditori sociali. Anche sotto il profilo temporale le due azioni combaciano atteso che, ancora una volta per effetto dell'autonomia dell'azione obbligatoria rispetto alla tutela reale, la prima risulta essere sottoposta esclusivamente all'ordinario termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949 c.c.²²⁴.

5.2. *L'indifferenza della tutela obbligatoria rispetto all'elemento soggettivo.*

²²³ Nel senso proposto, l'azione obbligatoria rispetto ad una delibera organizzativa avrebbe quindi potuto essere prevista in una disposizione autonoma.

²²⁴ Si riferiscono ad un termine prescrizionale di cinque anni SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, 151, nt. 51; LENER, sub *art. 2377 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 577; GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, 356.

La natura indennitaria della tutela obbligatoria dipende, come rilevato, anche dalla sua caratteristica di *indifferenza rispetto alla dimostrazione dell'elemento soggettivo*.

Il tema è noto in dottrina, che giunge a conclusioni divergenti²²⁵, anche se pare preferibile la tesi maggioritaria per cui trattasi di azione indipendente dalla dimostrazione del dolo o della colpa. Ciò quantomeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto il rimedio obbligatorio appare avere ruolo (anche) sostitutivo di quello reale e che risulta quasi necessario considerato che l'azione reale, nelle ipotesi di cui all'art. 2379 *ter* c.c., assume limiti di proponibilità ristretti: rispetto al termine, estremamente ridotto, ai sensi del primo comma²²⁶; rispetto al termine ma, soprattutto, in ragione della soggezione alle decisioni degli amministratori della società²²⁷, ai sensi del secondo comma.

La tutela reale, infatti, non prevede la dimostrazione dell'elemento soggettivo. Pertanto, in particolare con riferimento all'ipotesi di cui al secondo comma, sarebbe incongruo, dapprima, ammettere che il terzo creditore possa agire in via reale e, successivamente, se del caso per effetto di una condotta della stessa controparte (la società, che attraverso gli amministratori abbiano «anche parzialmente eseguito l'operazione»), vedersi

²²⁵ In termini di indennizzo si pongono, tra gli altri, NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, 881 ss.; D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, 707 ss. Esamina, invece, le conseguenze negative della configurazione dell'azione come indennitaria SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, 155 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a., La nuova disciplina*, 193 ss.

²²⁶ Considerato anche che la società non ha un obbligo di comunicazione dell'adottata deliberazione al creditore sociale, bensì è onere di quest'ultimo accedere al registro delle imprese.

²²⁷ Che potrebbero autonomamente decidere di eseguire, anche solo parzialmente, la deliberazione, proprio al fine di rendere inammissibile la pronuncia di invalidità.

costretto ad integrare il proprio onere probatorio mediante la dimostrazione dello stato soggettivo²²⁸.

In secondo luogo in quanto il soggetto passivo dell'obbligazione è la società e non quindi il soggetto attivo della condotta (ossia i soci che hanno approvato la deliberazione), per cui, come rilevato dalla dottrina, si tratterebbe di una «responsabilità “senza colpa” (...) che trova la sua fonte nella legge stessa»²²⁹.

Ebbene, la ritenuta indifferenza della tutela indennitaria rispetto all'elemento soggettivo risulta determinante nell'indagine circa il rapporto tra questa azione e l'azione revocatoria, così come già rilevato nella prima parte del lavoro in merito alla scissione.

L'azione indennitaria non soltanto presenta, per tutte le ragioni viste in precedenza, lo stesso raggio applicativo della tutela revocatoria ma, osservata sotto il profilo delle incombenze probatorie, essa si pone come maggiormente favorevole per il creditore²³⁰, prescindendo dalla necessità della dimostrazione del *consilium fraudis*.

²²⁸ Pare che questa possa essere una ragione per cui l'art. 2379 c.c. non preveda una forma di tutela obbligatoria, diversamente anche dall'art. 2378 c.c. Infatti l'azione di annullamento prevede importanti limitazioni alla legittimazione attiva all'impugnazione, che giustificano il riparo all'azione obbligatoria; mentre l'art. 2379 c.c. non impone alcuna limitazione alla legittimazione attiva (potendovi ricorrere «chiunque vi abbia interesse») ed un termine prescrizione piuttosto lungo (tre anni oppure, in alcuni casi, «senza limiti di tempo»).

²²⁹ In questi termini PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, 622; VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati ad impugnare*, 638, per cui si tratterebbe di responsabilità oggettiva *ex lege*, in forza della quale la società sarebbe chiamata a risarcire il danno sofferto indipendentemente da dolo o colpa.

²³⁰ Seppur con riferimento all'azione obbligatoria nella scissione, appare utile riportare quanto rilevato da ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, 129, v. precedente nt. 138, in ordine all'irrelevanza del profilo soggettivo della colpa ed al conseguente maggior ambito di applicabilità di tale tutela rispetto all'azione revocatoria. Posizione che l'A. aveva già sviluppato in *La nullità della fusione*, 273, per cui «si può intendere questa responsabilità, se si vuole, come una forma di responsabilità oggettiva».

Così individuata, anche rispetto alle delibere societarie, la natura della tutela obbligatoria, viene allora meno ogni interesse per il creditore sociale all'azione revocatoria che, anche in considerazione dei possibili (e difficilmente valutabili *ex ante*) effetti sulla stabilità dell'operazione societaria, deve considerarsi inammissibile.

5.3. *La natura speciale della tutela indennitaria rispetto all'azione di risarcimento danni civilistica.*

Prima di concludere l'argomento in ordine alla configurazione della tutela obbligatoria, sembra opportuno anche rilevare come le sue indicate peculiarità (indifferenza sia rispetto all'invalidità della delibera presupposta che rispetto alla dimostrazione dell'elemento soggettivo) portino a qualificarla come *rimedio speciale*.

Sembra infatti che l'azione *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c. (nonché, come già si è detto, quella di cui all'*art. 2504 quater*, secondo co., c.c.²³¹; ma anche quella di cui all'*art. 2377 c.c.*²³²) non possa essere considerata una mera manifestazione della generale azione di responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.*

L'azione indennitaria rappresenta, invece, una azione tipica, esercitabile esclusivamente nei casi previsti e derogatoria rispetto alle azioni generali, di

²³¹ In merito, v. capitolo I, par. 8.3.

²³² Con riferimento all'azione obbligatoria spettante ai soci in dipendenza di una delibera annullabile, v. STELLA RICHTER *jr*, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, 302, per cui «è una azione speciale, ulteriore rispetto a quella generale da promuoversi, sempre che considerata ammissibile e in presenza degli eventuali presupposti, nei confronti di coloro che hanno provocato il fatto lesivo rappresentato dalla deliberazione»; PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge*, 856 ss. per cui «la mutazione del termine breve di decadenza previsto per il potere di impugnare rappresenta una tipica forma di adeguamento della disciplina della tutela risarcitoria rispetto al contesto societario».

cui è in grado di assicurare medesima tutela. Tipicità della tutela che sembra possa essere desunta dalle caratteristiche che sono già state evidenziate.

Da un lato vi è che l'obbligazione passiva dell'azione obbligatoria, come rilevato dalla dottrina, è posta *esclusivamente*²³³ *in capo alla società* e ciò rappresenta una evidente deviazione rispetto alla disciplina civilistica²³⁴ ove, quantomeno nell'ipotesi generale, l'obbligato è «colui che cagiona ad altri un danno ingiusto». In tale contesto, infatti, la società assume, contemporaneamente, il ruolo ambiguo di soggetto danneggiato (se si guarda alla titolarità formale dell'interesse leso) e danneggiante (se si guarda al soggetto cui dovrebbe imputarsi la volontà dell'organo deliberante). Ed in

²³³ V. PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge*, 857; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, 891 ss.; WEIGMANN, *I doveri di collaborazione degli azionisti*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, 66; LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 472. Si potrà poi discutere in ordine alla possibilità o meno per la società di agire in regresso verso i soci che hanno approvato la delibera (in senso positivo PINTO, *op. cit.*, nt. 22; in senso negativo NIGRO, *op. cit.*, 892).

Mentre risulta dubbia la possibilità per il terzo danneggiato – e ciò, pare, ad ulteriore dimostrazione della specialità delle norme in oggetto - di poter agire direttamente nei confronti dei soci ai sensi dell'ordinaria azione di responsabilità civile (sul tema della responsabilità dei soci che hanno votato favorevolmente ad una delibera rivelatisi dannosa, v. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3**, Torino, 1993, 77 ss.; GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2002, 342-349; ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 22 ss.); oppure degli amministratori per aver eseguito una delibera illegittima, oppure anche solo illecita (nei termini indicati), ai sensi dell'art. 2395 c.c. che, appunto, presuppongono «atti dolosi o colposi».

²³⁴ Si esprime in tali termini e pare rilevare l'autonomia della disciplina societaria, PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge*, 857-858, «fintanto che si tenti di applicare i criteri civilistici di imputazione della responsabilità, la posizione assunta dall'ente nel contesto del rimedio risarcitorio è destinata a rimanere un 'dilemma' (...) la legittimazione passiva della società, non diversamente da quanto avviene ai fini del rimedio reale, costituisce una regola propriamente societaria, estranea agli ordinari criteri di imputazione della responsabilità».

ogni caso non è la società il soggetto attivo della condotta (l'assunzione della delibera), bensì i soci che hanno approvato la decisione.

Dall'altro lato, vi è l'indicata indifferenza rispetto all'elemento soggettivo che, per tutte le ragioni già viste, deve intendersi elemento estraneo alla struttura dell'azione *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c. e che, invece, rappresenta presupposto necessario ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Dall'altro lato ancora, l'indifferenza rispetto all'accertamento dell'invalidità della delibera determina il venir meno del carattere dell'ingiustizia del fatto che caratterizza l'azione civilistica²³⁵ e da cui consegue, invece, come la tutela obbligatoria conceda il ristoro patrimoniale anche a fronte di un atto pienamente valido. Profilo che emerge con ancora maggior evidenza ove si volesse accogliere l'impostazione per cui la sopravvenuta improcedibilità alla tutela reale comporterebbe, contestualmente, anche un effetto definitivamente sanante della delibera²³⁶.

L'indagine sulla natura speciale della tutela non ha interesse meramente classificatorio, bensì rileva anche nell'individuazione del rapporto sussistente tra l'azione indennitaria e l'azione revocatoria rispetto alle delibere assembleari, anche al fine di ulteriormente dimostrare l'inammissibilità di quest'ultima, che altrimenti la supposta natura generale della prima potrebbe far dubitare.

Ricordando quanto sopra esposto, si è detto che la previsione della tutela indennitaria permette certamente di escludere l'ammissibilità della tutela revocatoria in quanto il legislatore concede al creditore sociale uno strumento

²³⁵ Nello stesso senso, riferendosi alla sopravvenuta inoppugnabilità delle delibere annullabili per intervenuta decadenza, STELLA RICHTER *jr*, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, 301-302, per cui «decorso (per tutti) il termine di decadenza la delibera diventa inoppugnabile e questo significa che essa non è più un fatto ingiusto che può fondare un diritto al risarcimento del danno».

²³⁶ V. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, 309 ss.

pienamente soddisfacente che non solo è sostitutivo dell'*actio pauliana*, bensì è anche maggiormente accessibile in quanto presuppone inferiori oneri probatori, oltre che essere indifferente rispetto alla deliberazione societaria, i cui effetti rimarrebbero intatti.

Questa conclusione potrebbe esporsi a critica qualora l'azione indennitaria venisse qualificata come mera espressione particolare della generale azione risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* Infatti, ove la tutela obbligatoria venisse qualificata in tal senso, allora potrebbe essere sostenuto che, poiché l'azione aquiliana e quella revocatoria certamente convivono nell'ambito civilistico, non vi sarebbero ragioni per intravedere una capacità derogatoria della seconda rispetto alla prima nell'ambito societario, in assenza di specifica indicazione in tal senso da parte del legislatore.

Ecco, allora, che l'individuata natura speciale dell'azione indennitaria interviene in tal senso, rappresentando quello strumento tipico ed assente nel sistema privatistico²³⁷, tale da poter assumere il ruolo di rimedio speciale derogatorio di quello generale revocatorio, anche indipendentemente da una specifica indicazione da parte del legislatore (che la tipicità rende non necessaria).

In conclusione, la specialità del rimedio indennitario rispetto a quello della responsabilità civile supporta (ulteriormente) la tesi dell'inammissibilità della tutela revocatoria, in quanto elimina possibili tentativi di assimilazione rispetto al regime di convivenza sussistente in ambito privatistico.

²³⁷ Quale strumento unitariamente caratterizzato (i) dall'attribuzione della legittimazione passiva ad un soggetto, la società, estraneo alla condotta (le ipotesi di cui agli artt. 2047-2049 e 2052 c.c. paiono rispondere a logiche radicalmente diverse, legate a rapporti di controllo sul soggetto agente); (ii) dall'indifferenza rispetto all'ingiustizia della condotta (quale violazione delle regole previste ai fini dell'azione della delibera); (iii) dall'indifferenza rispetto all'elemento soggettivo del soggetto agente.

6. *L'estensione della disciplina dell'art. 2379 ter, ultimo co., c.c. a tutte le delibere organizzative ed agli (eventuali) atti esecutivi conseguenti.*

Quanto dedotto nei precedenti paragrafi permette di concludere nel senso della sussistenza di un sistema per cui ove (i) la delibera di riduzione volontaria del capitale sociale, per la sua natura organizzativa, non possa permettere che ad essa segua un effetto ripristinatorio conseguente alla sua eventuale dichiarazione di invalidità, allora (ii) il legislatore concede un rimedio indennitario idoneo a riportare in equilibrio gli interessi rilevanti, nella permanenza della piena tutela ai creditori sociali danneggiati.

Emerge come l'elemento determinante in ragione del quale il legislatore, da una parte, impedisce ogni effetto regressivo e, dall'altra parte, è quindi tenuto a concedere una tutela indennitaria riequilibratrice, sia quello dell'effetto organizzativo derivante dalla delibera o, comunque, dalla sua esecuzione. Una capacità di portare in equilibrio gli interessi rilevanti che viene individuata nell'ultimo comma dell'art. 2379 *ter* c.c. che, quindi, assume rilievo centrale e sistematico nella ricostruzione emergente dall'interpretazione normativa.

La funzione sistematica che assume la previsione di cui all'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c. determina, pertanto, che essa non possa intendersi limitata alle sole ipotesi dei primi due commi, bensì debba essere estesa a tutte le deliberazioni assembleari che presentino la medesima capacità organizzativa, rispetto alle quali (o comunque rispetto agli atti esecutivi conseguenti) sia precluso ogni ripristino regressivo. In altri termini, l'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c. rappresenta norma di sistema, applicabile in via analogica alle fattispecie sostanziali ad essa sussumibili²³⁸.

²³⁸ GENOVESE, *Le fattispecie tipiche dell'invalidità*, 222 ss., per cui l'art. 2379 *ter* c.c. (ma, secondo l'A., anche l'art. 2434 *bis* c.c., ed altre norme affini) «si inscriv[e] nel sistema di regole riguardanti l'invalidità degli atti aventi rilievo organizzativo, e lo implementano.

Ciò permette di estendere le conclusioni cui si è giunti nei precedenti paragrafi, da un lato, ad ogni delibera organizzativa pur non espressamente prevista dall'art. 2379 *ter* c.c. (qualora *self executing*) e, dall'altro lato, agli atti esecutivi conseguenti e che si rendono necessari ove la delibera non sia immediatamente esecutiva (non *self executing*).

Di conseguenza, nell'intento proposto di individuare una disciplina di sistema, sembra possibile dedurre che i creditori sociali possano agire, rispetto a tutte le delibere di natura organizzativa (profilo che, peraltro, importa la rilevanza dell'individuazione di un metodo certo di accertamento

Hanno evidente rilievo organizzativo, infatti, le delibere soggette agli speciali regimi caducatori di cui agli artt. 2379 *ter*, 2434 *bis* e 2500 *bis* c.c. Queste deliberazioni fondano a livello di organizzazione dei poteri e delle competenze, la legittimazione dell'organo amministrativo a porre in essere atti che, in taluni casi, sono anche in grado di produrre mutamenti permanenti nell'organizzazione della società»; inoltre, l'A. rileva come l'art. 2379 *ter* c.c. «definisce[e] regimi stabilizzatori, non di una determinata categoria di atti giuridici quanto a struttura, ma di una determinata categoria di atti giuridici quanto ad effetti» e, conseguentemente «l'individuazione delle fattispecie regolate dalla previsioni in esame (...) deve basarsi sulla determinazione e sulla valorizzazione dello scopo della previsione andando, se del caso, anche oltre la lettera. Ciò perché le previsioni in discorso si riferiscono ai termini e alle modalità della tutela giurisdizionale accessibile in caso di deliberazione invalida che abbia un determinato oggetto, lasciando in secondo piano altri aspetti della fattispecie»; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 119 ss.; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter*, 712-713. Nello stesso senso anche MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 306 ss., che lamenta la lacuna nella previsione di cui all'art. 2379 *ter* c.c. «perché [altre] delibere identicamente modificative dell'organizzazione, i cui effetti sostanziali trascendono quelli dei soci e coinvolgono le generalità degli interessi ruotanti intorno alla società per azioni (...) debbono essere trattate diversamente?». Sottolinea la diversità di *ratio* di queste previsioni e della loro disciplina conseguente, rispetto alla disciplina dell'invalidità delle delibere non organizzative, anche NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, 883 ss., per cui nel caso di cui all'art. 2504 *quater* c.c. (ma lo stesso vale, per le ragioni viste, per l'art. 2379 *ter* c.c.) si vuole evitare che «a seguito di giudizi invalidatori, si debbano eliminare 'centri di imputazione' che sono stati costituiti ed hanno operato o si debbano far rivivere 'centri di imputazione' ormai scomparsi», diversamente, le previsioni di cui all'art. 2377 e ss. cc. possono «trovare direttamente giustificazione solo (al massimo) nella esigenza di evitare azioni 'di disturbo'».

della natura organizzativa di una determinata decisione societaria²³⁹) e che siano ragione di pregiudizio, ai sensi dell'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c., con conseguente esclusione della proponibilità della tutela revocatoria.

²³⁹ Da un punto di vista ricostruttivo generale della categoria, secondo MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, 127 ss., esse devono essere individuate in quelle modificative dell'atto costitutivo o comunque della struttura organizzativa, ovvero che modificano la struttura finanziaria della società. L'A. individua innanzitutto tali delibere (pur senza escluderne altre) in quelle soggette all'omologazione, ossia ad un controllo preventivo (di contenuto sostanziale e non meramente formale) di legalità e la successiva iscrizione nel registro delle imprese.

CAPITOLO III

L'INDIVIDUZIONE DI UN SISTEMA E PROFILI APPLICATIVI

INDICE: 1. Il sistema emergente dalla disciplina delle operazioni straordinarie e delle delibere organizzative. – 2. L'irrevocabilità delle delibere organizzative *self executing* e degli atti esecutivi conseguenti alle delibere organizzative non *self executing*. – 3. La revocabilità delle delibere non organizzative e degli (eventuali) atti esecutivi conseguenti. – 3.1. La revocatoria delle delibere *self executing* e degli effetti conseguenti alle delibere non *self executing* già eseguite. – 3.2. L'esclusione dalla tutela revocatoria delle delibere non *self executing* e non ancora eseguite. La rilevanza della tutela cautelare. – 4. Conclusioni.

1. Il sistema emergente dalla disciplina delle operazioni straordinarie e delle delibere organizzative.

Dalle valutazioni esposte nei capitoli precedenti sembra emergere una coerenza di sistema rispetto alla tutela reale ed obbligatoria ed alle possibilità regressive degli effetti delle delibere, a seconda che esse abbiano efficacia organizzativa oppure non organizzativa.

In particolare, sembra che il legislatore preveda una connessione tra (i) l'irregredibilità degli effetti derivante dall'accertamento di una patologia della delibera assembleare organizzativa; (ii) la previsione della tutela indennitaria; e, per l'effetto, (iii) l'inammissibilità dell'azione revocatoria.

Sistema che, in senso contrario, si traduce allora come (i) ammissibilità della regressione degli effetti della delibera assembleare non organizzativa invalida; (ii) mancanza della previsione della tutela indennitaria; e, per l'effetto, (iii) ammissibilità della tutela revocatoria.

Il sistema così delineato deriva, rispetto ai punti (i) e (ii), dalla stretta analisi dei rapporti tra le norme di riferimento di cui agli artt. 2379 e 2379 *ter* c.c. (e 2504 *quater* c.c. per le operazioni straordinarie), mentre il punto (iii) rappresenta una conseguenza di natura interpretativa.

L'azione indennitaria, oltre che essere speciale rispetto al generale sistema dell'azione risarcitoria civilistica²⁴⁰, viene prevista da una norma a sua volta particolare rispetto alla generale disciplina della nullità delle deliberazioni assembleari. Come rilevato da parte della dottrina, l'art. 2379 *ter* c.c., infatti, non può essere qualificato come una mera norma eccezionale rispetto alla regola generale di cui all'art. 2379 c.c., nel senso di prevedere solamente una riduzione, diversamente disciplinata a seconda che si tratti di società chiusa o aperta, del termine di decadenza per la proposizione dell'impugnazione²⁴¹.

I rapporti tra le due norme devono invece essere valutati, come osservato in precedenza, sotto un versante sistematico; ed infatti esclusivamente la pronuncia di accertamento della nullità di cui all'art. 2379 *ter* c.c. non può comportare effetti retroattivi rispetto alle conseguenze derivanti dall'esecuzione delle delibere²⁴²: la natura organizzativa renderebbe sostanzialmente impossibile, oltre che dannoso per la stabilità della società e la tutela dei terzi, il ripristino dello *status quo ante*; ciò a maggior ragione nelle ipotesi di cui al secondo comma ove il danno si estenderebbe, con effetto moltiplicatore, al mercato degli investitori.

Diversamente, le pronunce di invalidità ai sensi dell'art. 2379 c.c. possono comportare un effetto regressivo²⁴³, con ogni conseguente obbligo

²⁴⁰ V. capitolo II, par. 5.3.

²⁴¹ Così, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter*, 703 ss. In senso contrario, GUERRIERI, sub *artt. 2379 – 2379 ter*, 615 ss.; PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, 586 ss.

²⁴² V. capitolo II, par. 4.

²⁴³ Così anche le pronunce di invalidità ex art. 2378 c.c. rispetto ai soci, sempre salvo che non venga impugnata una delibera di carattere organizzativo. Da tale punto di vista, l'azione di annullamento e quella di nullità delle delibere presentano la medesima natura, essendo differenziate solamente per la legittimazione a farle valere, la *causa petendi* dell'impugnativa ed i termini di proposizione; ma non per profili relativi all'efficacia ed agli effetti conseguenti. In tal senso anche ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 116, per cui si tratterebbe di disciplina «fondatamente unitaria», ove «comune è l'indicazione trattarsi in entrambi i casi di uno strumento per rimuovere la

ripristinatorio da parte degli amministratori²⁴⁴, obbligo che infatti (pur senza voler enfatizzare il dato letterale) viene previsto solo da quest'ultima norma (mediante il richiamo all'art. 2377, settimo co., c.c., richiamo che, invece, l'art. 2379 *ter* c.c. non opera).

Ed ecco allora che nelle ipotesi previste dall'art. 2379 *ter* c.c., e con una disposizione di carattere speciale, il legislatore è intervenuto, all'ultimo comma della disposizione, attribuendo ai creditori sociali il diritto ad agire in via indennitaria.

Così non avviene per le ipotesi 'comuni' di cui all'art. 2379 c.c. per cui, in caso di azione fondatamente esperita, i soggetti impugnanti potranno ottenere una tutela pienamente ripristinatoria dello *status quo ante* e quindi, dal punto di vista della presente indagine, della consistenza della garanzia patrimoniale

deliberazione», tanto che anche la sentenza di nullità deve considerarsi di natura costitutiva e, a monte, la delibera nulla determinerebbe «una situazione di efficacia precaria».

²⁴⁴ MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, in particolare 258 ss., sottolinea che ove il contemperamento degli interessi (alla stabilità dell'organizzazione societaria ed alla tutela delle altre posizioni soggettive coinvolte) non sia ipotizzabile, ne consegue «il sacrificio di uno o più interessi coinvolti a beneficio di altri», di talché altro non resta che «dar corso a misure risarcitorie del pregiudizio definitivamente consumato a causa dell'esecuzione della delibera, in ciò esauendosi i doveri di ottemperanza incombenti sugli amministratori».

Senza poter entrare nel merito del tema, qualora sia invece ammissibile l'effetto regressivo, diviene allora rilevante comprendere in cosa possano consistere i «provvedimenti conseguenti» alla dichiarazione di invalidità della delibera e che devono essere adottati dagli amministratori, cui si contrappone il diritto dell'impugnante vittorioso a che questi ultimi si attivino in tal senso.

Il problema si pone in quanto l'obbligo di adozione dei provvedimenti conseguenti non si traduce nell'adozione di una misura certa, che del resto non viene indicata nella sentenza che dichiara l'invalidità della delibera. Anche da tale punto di vista, quindi, il sistema regressivo dei contratti (che ha invece struttura determinata, anche perché di più immediata individuazione) e quello delle delibere societarie mostra rilevanti diversità. In particolare, sempre secondo MEO, *op. cit.*, 245, l'impugnante vincitore ha solamente «un diritto a che si provveda in modo legittimo e conforme alle regole che presidono all'azione di organizzazione, e cioè che la società non resti inerte ovvero che non perpetui l'illegittimità ponendo nel nulla il contenuto del giudicato».

antecedente; ed è per tale ragione che rispetto ad essi l'azione indennitaria non viene (o meglio, non necessita di essere) prevista.

Tutto ciò dal punto di vista dei rapporti tra tutela reale e tutela obbligatoria, come emergente dal rapporto tra norme. Ma se, per le ragioni già espresse in precedenza²⁴⁵, l'effetto regressivo rappresenta un punto di contatto tra la tutela reale e quella revocatoria rispetto alle delibere organizzative, allora quanto dedotto dovrebbe assumere rilevanza sistematica anche con riferimento al diverso piano dell'ammissibilità dell'*actio pauliana* rispetto alle delibere assembleari.

E quindi:

(i) a fronte di delibere organizzative (e quindi di operazioni straordinarie), per cui il legislatore ha previsto l'impossibilità di un effetto regressivo alla pronuncia di invalidità della delibera (art. 2379 *ter* c.c.) ed ha riequilibrato i contrapposti interessi emergenti (alla stabilità della società e alla tutela dei terzi) mediante la previsione della tutela obbligatoria di natura indennitaria, viene meno l'interesse alla tutela revocatoria che deve considerarsi inammissibile; diversamente,

(ii) a fronte di delibere non organizzative, per cui il legislatore concede l'effetto regressivo alla pronuncia di invalidità (art. 2379 c.c.), allora ne permette anche la tutela revocatoria, così da risultare superflua l'introduzione anche di un rimedio indennitario che infatti, in quanto speciale, non può estendersi oltre le ipotesi espressamente previste.

Così operando, il legislatore è in grado di riportare ad equilibrio gli interessi rilevanti (alla stabilità dell'operazione ed alla tutela dei creditori sociali), atteso che dal sistema non emerge una preferenza dell'uno rispetto all'altro. L'impossibilità di ripristinare lo *status quo ante*, pur a fronte dell'accertamento dell'invalidità della delibera e, conseguentemente,

²⁴⁵ V. capitolo I, par. 7.3.2.

dell'inammissibilità della tutela revocatoria (stante l'effetto sostanzialmente ripristinatorio che quest'ultima determinerebbe a livello organizzativo²⁴⁶), avrebbe l'effetto di favorire l'interesse alla stabilità societaria, sottraendo però ai terzi creditori un utile strumento di tutela qual è l'*actio pauliana*, determinando un conseguente vuoto di tutela. In tale contesto, allora, l'introduzione di una azione indennitaria, tipica e pienamente sostitutiva della tutela che l'*actio pauliana* può garantire, risulta in grado di porre nuovamente in equilibrio gli interessi coinvolti.

A questo punto sembra possibile definire un quadro riepilogativo di tutte le possibili tutele alternative – di natura reale, indennitaria e revocatoria - che si possono presentare ai *creditori sociali* a fronte di delibere assembleari pregiudizievoli della consistenza della garanzia patrimoniale della società:

(i) a fronte di delibere non organizzative nulle, il creditore ha a disposizione la tutela reale *ex art. 2379 c.c.*: egli dovrà quindi dimostrare l'invalidità della delibera, salva la possibilità di agire anche in via revocatoria²⁴⁷;

²⁴⁶ V., in particolare, quanto dedotto nel capitolo I, par. 7.3.2., in merito agli effetti sostanziali che l'esperimento dell'azione revocatoria comporta rispetto all'operazione di scissione e che non possono ritenersi limitati al solo profilo patrimoniale, bensì anche a quello organizzativo; ed a quanto ritenuto nel capitolo II, par. 4.2., in ordine agli effetti sostanziali del positivo esperimento di un'*actio pauliana* rispetto ad una delibera di riduzione volontaria del capitale sociale e, in generale, di una delibera di natura organizzativa.

²⁴⁷ Rimane invece discussa in dottrina l'ammissibilità dell'azione risarcitoria rispetto ad una delibera nulla. A favore della tesi dell'inammissibilità della tutela risarcitoria è stato rilevato, da un punto di vista letterale, che l'art. 2379 c.c. non opera alcun rinvio alla disciplina del risarcimento del danno di cui all'art. 2378 c.c. e che (ma non condivisibilmente), da un punto di vista della legittimazione attiva all'impugnazione, l'introduzione dell'azione di risarcimento rispetto ad una domanda di annullamento è infatti legata ai limiti di legittimazione all'impugnazione che, però, l'azione di nullità non impone.

Su tali presupposti escludono l'ammissibilità della tutela risarcitoria, però limitatamente all'ipotesi in cui non vi sia stata tempestiva impugnazione della delibera, tra gli altri, GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, 234 ss.; SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, 708. In senso contrario invece, GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, 58 ss.;

(ii) a fronte di delibere organizzative nulle, il creditore ha a disposizione la tutela reale *ex art. 2379 ter c.c.* nonché la tutela indennitaria: potrà procedere al fine di far dichiarare l'invalidità della delibera (che potrebbe essere strumento adeguato ai propri scopi se già non si sono realizzati gli effetti o comunque la delibera non è ancora stata eseguita) oppure, in ragione dell'irregredibilità degli effetti qualora ormai realizzatisi, rivolgersi alla tutela indennitaria, con esclusione della possibilità di esperire l'azione revocatoria;

(iii) a fronte di delibere «non prese in conformità della legge o dello statuto» (rispetto alle quali, pertanto, non sussiste una patologia rilevante per i creditori sociali) oppure perfino legittime da un punto di vista formale²⁴⁸ ma comunque pregiudizievoli, ove la delibera sia organizzativa, il creditore non potrà esperire azione reale e revocatoria, ma comunque agire in via indennitaria *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c.; qualora la delibera sia non organizzativa, il creditore potrà agire in via revocatoria (con alcuni limiti – che verranno rilevati nei prossimi paragrafi – rispetto a determinate delibere).

Da ultimo, al fine di ulteriormente dimostrare la sussistenza di un unitario sistema normativo avente ad oggetto le tutele previste a fronte di delibere pregiudizievoli, sembra opportuno brevemente accennare anche a quali siano le tutele esperibili dai *soci*:

(iv) a fronte di una delibera annullabile non organizzativa, il socio detentore di una partecipazione qualificata ai fini dell'impugnazione, potrà esperire la tutela reale al fine di ottenere altresì un effetto ripristinatorio, nonché pretendere il risarcimento dell'eventuale danno; mentre il socio non legittimato all'impugnativa (o che comunque abbia perso tale legittimazione

PALMIERI, sub *art. 2379*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari. Diretto da Abbadessa e Portale*, Milano, 2016, 1130 ss.

²⁴⁸ V. capitolo II, par. 5, in merito alla distinzione tra il profilo della legittimità formale della delibera ed il profilo dell'illiceità quale ragione di pregiudizio per il creditore sociale.

nelle more del processo di impugnazione), potrà solo pretendere la tutela obbligatoria²⁴⁹, sempre in forma risarcitoria ai sensi dell'art. 2378 c.c.;

(v) a fronte di una delibera annullabile organizzativa, il socio detentore di una partecipazione qualificata, potrà esperire la tutela reale ma senza possibilità di ottenere un effetto ripristinatorio e/o potrà agire in via indennitaria *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c., considerato che tale tutela risulta indifferente rispetto alla natura della patologia (nullità od annullabilità) della delibera²⁵⁰. Tutela indennitaria che, quindi, sostanzialmente assume un effetto sostitutivo rispetto all'azione risarcitoria *ex art. 2378 c.c.* (in ragione del più agevole regime probatorio che la rende preferibile rispetto all'azione di risarcimento). Nello stesso modo potrà agire il socio non legittimato all'impugnativa, ferma l'improcedibilità rispetto alla tutela reale;

(vi) a fronte di una delibera nulla non organizzativa, tutti i soci potranno esperire tutela reale per ottenere un effetto ripristinatorio dello *status quo ante*²⁵¹;

²⁴⁹ Sul punto sembra opportuno specificare quanto segue. La tutela obbligatoria *ex art. 2378*, secondo co., c.c. prevede che qualora i soci impugnanti perdano, nelle more del procedimento, la c.d. partecipazione qualificata, «a seguito di trasferimento per atto tra vivi», il giudice «non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto». Formulazione letterale della norma che, peraltro, sembra richiedere che la sopravvenuta inammissibilità della domanda reale sia conseguenza di un atto volontario da parte del socio che abbia ceduto, nelle more del processo, le proprie partecipazioni tanto da perdere la c.d. partecipazione qualificata. Ove questa fosse la *ratio* della previsione, dovrebbe dedursi che qualora, invece, la perdita della c.d. partecipazione qualificata non fosse dipesa da una scelta volontaria del socio, allora la dichiarazione di invalidità della delibera dovrebbe ancora ritenersi ammissibile. Ipotesi che, ad esempio, potrebbe verificarsi a fronte di una delibera di aumento abusivo di capitale sociale, adottata nelle more del procedimento di impugnazione ed esclusivamente finalizzata a ridurre la quota di partecipazione del socio impugnante, magari privo delle capacità economiche di sottoscrivere l'aumento *pro quota* e mantenere inalterati i rapporti partecipativi.

²⁵⁰ Profilo di indifferenza rispetto alla natura della patologia della delibera che emerge esclusivamente con riferimento ai soci, considerato che rispetto ai creditori sociali l'unica patologia rilevante è quella di nullità.

²⁵¹ V. precedente nt. 247 in merito all'ammissibilità dell'azione risarcitoria.

(vii) a fronte di una delibera nulla organizzativa, tutti i soci potranno esperire azione reale (anche in tal caso: tutela che potrebbe essere già adeguata ove la delibera sia non *self executing* e comunque essa non sia stata eseguita), senza poter ottenere effetti regressivi, ma comunque potendo poi agire in via indennitaria *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c.

Infine, qualora il socio vanti altresì una posizione creditoria verso la società – ad esempio, determinata da un rapporto di finanziamento –, egli dovrebbe poter altresì agire mediante azione revocatoria negli stessi termini espressi con riferimento ai creditori sociali²⁵² (quantomeno rispetto alle deliberazioni a cui egli non abbia preso parte od abbia dissentito)²⁵³.

Quanto sopra delineato sembra, quindi, essere il quadro delle tutele emergente dall'interpretazione sistematica delle norme di riferimento.

Al fine di rendere un profilo applicativo alle deduzioni di sistema individuate, nei prossimi paragrafi verranno esaminate (per cenni) alcune delle principali operazioni organizzative e non organizzative, con particolare riferimento agli strumenti di tutela posti a favore dei creditori sociali ed all'ammissibilità della tutela revocatoria rispetto alle delibere lesive della garanzia patrimoniale generica.

²⁵² In merito alla possibilità, ed ai presupposti, per cui un socio possa qualificarsi come terzo rispetto alla società, ed in tale veste poter quindi agire mediante la tutela revocatoria, v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 357 ss. L'A. esamina il profilo con riferimento alla tutela di cui all'art. 2377, sesto co., c.c., nella parte in cui viene prevista la salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede sulla base della delibera invalida, e rileva come anche il socio possa accedere alla citata tutela qualora egli abbia acquistato il particolare diritto derivante dall'esecuzione della delibera (l'A. riporta quali esempi anche la delibera di emissione di obbligazioni poi annullata), non già quale socio «ma in virtù della sua generica capacità di diritto privato (...) presentandosi *uti tertius*». In tal senso pare quindi che il socio, con riferimento all'operazione di finanziamento a favore della società, possa qualificarsi quale terzo rispetto ad un'azione revocatoria.

²⁵³ Sembra che ciò possa sostenersi anche a fronte di un finanziamento da considerarsi postergato *ex art. 2467 c.c.*, atteso che l'art. 2901, primo co., c.c. si riferisce anche ai crediti condizionati.

2. *L'irrevocabilità delle delibere organizzative self executing e degli atti esecutivi conseguenti alle delibere organizzative non self executing.*

Tra le delibere organizzative più rilevanti e potenzialmente in grado di determinare un pregiudizio per i creditori sociali, vengono in primo luogo in considerazione quelle previste dall'art. 2379 *ter* c.c., quali la delibera di riduzione volontaria del capitale sociale e di emissione di obbligazioni²⁵⁴.

La delibera di riduzione volontaria del capitale sociale rappresenta, come visto nel precedente capitolo, una decisione gravemente pregiudizievole per i creditori sociali che, in ragione della sua natura organizzativa, non sembra possano agire in via revocatoria rispetto alla delibera stessa (nell'ipotesi di riduzione avvenuta mediante liberazione dei soci ai versamenti ancora dovuti, quale delibera *self executing*) oppure rispetto all'atto esecutivo conseguente (qualora la riduzione avvenga mediante rimborso del capitale, quale delibera *non self executing*).

Sembra opportuno rilevare come, tuttavia, sussista una diversa forma di delibera di riduzione del capitale cui, diversamente dalle ipotesi finora esaminate, consegue una disposizione di attivo verso i soci che, però, pare oggetto di ammissibile tutela revocatoria da parte dei creditori sociali.

La riduzione del capitale sociale, cui consegue una fuoriuscita di attività a favore dei soci, potrebbe infatti essere determinata, oltre che nelle forme previste dal legislatore, mediante la volontaria emersione in bilancio di una falsa situazione patrimoniale, tale da imporre la riduzione del capitale sociale (modalità quindi da ritenersi estranea alla previsione di cui all'art. 2379 *ter* c.c.).

²⁵⁴ Tale non è, invece, la delibera di aumento del capitale sociale che (sia esso a pagamento o gratuito) determina un miglioramento della garanzia patrimoniale generica.

In tale ipotesi, si assiste alla rilevazione di perdite non corrispondenti al reale andamento economico della gestione, con effetti che determinano la riduzione del capitale sociale²⁵⁵ ed a cui potrebbe far seguito – negli esercizi successivi – la messa a disposizione di utili distribuibili e di cui i soci, in assenza della precedente riduzione di capitale, non avrebbero potuto beneficiare²⁵⁶.

La decisione della società si rivela pregiudizievole per i creditori sociali, i quali subiscono la riduzione della garanzia patrimoniale, mediante una fittizia riduzione del capitale sociale che permette, in seguito, l'emersione di utili che vengono distribuiti ai soci.

Sembra che anche in tal caso, ed in conformità alle conclusioni cui si è giunti in precedenza, la dichiarazione di invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio (da cui viene fatta emergere la riduzione del capitale sociale per perdite fittizie) non sia idonea a ricondurre il capitale alla misura originaria. Trattandosi infatti di una delibera avente natura organizzativa, l'eventuale accertamento giudiziale della sua patologia non potrà avere effetti regressivi, di talché il nuovo aumento di capitale necessiterà di una successiva delibera in tal senso destinata (come, ad

²⁵⁵ Nonché eventuali ulteriori riflessi strutturali della società, quali scioglimento, trasformazione o riacquisto di capitale.

²⁵⁶ L'esempio viene riportato da MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 400 ss. Secondo l'A., in tali casi, «la riduzione implica, nella sostanza, la liberazione dal vincolo di destinazione degli *asset* rimasti occulti e, grazie a ciò, la riappropriazione da parte dei soci di presidi patrimoniali che non sarebbe lecito sottrarre alla garanzia dei creditori. La delibera di riduzione consente in particolare, in futuro, di ridurre l'entità delle riserve da ricostituire e del capitale da conservare a disposizione dei terzi e, attraverso la distribuzione di utili formalmente disponibili (grazie alla riduzione dei presidi obbligatori del ridotto capitale), di assegnare ai soci il controvalore della riduzione». In particolare, secondo l'A., in questa ipotesi, «il pagamento 'esegue' la riduzione, non 'è' la riduzione, la quale consiste in una vicenda del trattamento giuridico di parte (occulta) del patrimonio, resa disponibile e sottratta al vincolo di destinazione. La riduzione del capitale realizza allora in sé una modificazione organizzativa».

esempio, una delibera programmatica con la quale la società si vincoli a deliberare un aumento gratuito di capitale utilizzando utilità future)²⁵⁷.

Diverse paiono, invece, le sorti dell'atto di pagamento del dividendo ai soci che, negli esercizi successivi, sia stato resto possibile dalla precedente riduzione del capitale, trattandosi di atto non organizzativo conseguente alla delibera di approvazione alla distribuzione dell'utile²⁵⁸. In particolare, sembra che i dividendi distribuiti possano qualificarsi come utili ripetibili ma sottoposti alla disciplina di cui all'art. 2433 c.c. (e quindi con salvezza del pagamento ricevuto qualora il socio sia in buona fede e l'utile percepito emergesse da un bilancio regolarmente approvato); oppure, come sostenuto da parte della dottrina, possano qualificarsi sempre come un indebito e sottratti alla citata disciplina di tutela dei soci percettori dei dividendi²⁵⁹.

In ogni caso, pare che l'atto di pagamento sia revocabile – e senza eccezione alcuna qualora venisse accolta la seconda interpretazione richiamata - da parte del terzo creditore²⁶⁰, ferma la necessaria dimostrazione

²⁵⁷ In tal senso MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 404 ss.

²⁵⁸ Tale diversa conclusione, rispetto a quanto dedotto in merito all'irrevocabilità della delibera di riduzione del capitale *ex art. 2445 c.c.*, pare essere motivata dalla circostanza per cui il pagamento dell'utile (che, in un certo qual modo, potrebbe essere individuato quale momento esecutivo della decisione di riduzione del capitale) non sembra poter essere qualificato quale elemento strutturale della decisione organizzativa (di riduzione del capitale). Questa frattura tra i due momenti sembra allora rendere l'atto dispositivo non organizzativo, ed in quanto tale revocabile.

²⁵⁹ In tal senso MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 404 ss., per cui, in questo caso, non potrebbe applicarsi la particolare disciplina dell'eccezione della riscossione in buona fede degli utili da parte del socio, potendo gli amministratori agire nei loro confronti al fine di ottenere la restituzione dell'indebito (e che – questo non viene specificato dall'A. – potrebbe tradursi in azione revocatoria qualora svolta dal terzo).

Secondo l'A., in tal caso la distribuzione avverrebbe in base ad una «situazione patrimoniale [che] rappresenta un capitale effettivamente (benché illegittimamente) ridotto e provoca un illegittimo ampliamento della base patrimoniale formalmente distribuibile, dipendente dalla riduzione dei presidi obbligatori del ridotto capitale sociale», così da non potendosi intendere quale fattispecie riconducibile all'art. 2433, ultimo co., c.c.

²⁶⁰ Tutela che sembra poter essere esperibile anche da parte del socio finanziatore (sulla cui individuazione, v. precedente nt. 252) che, in ipotesi, veda ridursi la garanzia alla restituzione

dell'elemento soggettivo del *consilium fraudis* in capo al socio percettore dell'utile²⁶¹ e dell'*eventus damni* determinato dalla riduzione della garanzia patrimoniale generica rispetto all'entità del credito²⁶².

La seconda delibera disciplinata dall'art. 2379 *ter* c.c., potenzialmente pregiudizievole per i creditori sociali, è quella di *emissione di obbligazioni*.

L'effetto pregiudizievole per i creditori sociali potrebbe verificarsi, in particolare, qualora il prestito imponga un costo eccessivo per la società, considerato il valore del tasso di interesse passivo dovuto agli obbligazionisti rispetto ai valori che si sarebbero altrimenti potuti ottenere nel mercato.

Tale delibera rappresenta una decisione di natura organizzativa²⁶³ in quanto essa non comporta una mera accensione di una serie di rapporti creditizi, bensì un'operazione aventi rilevanti riflessi sulla società e

del suo finanziamento in ragione della distribuzione dell'utile. Ipotesi che appare maggiormente rilevante qualora i particolari rapporti di forza tra soci ed amministratori rendano poco concreta la possibilità di esercizio dell'azione di ripetizione da parte della società verso i soci, che quindi potrebbe essere superata da un'azione revocatoria diretta da socio a socio.

²⁶¹ Requisito che potrebbe altresì risultare utile ai fini dell'individuazione dei soci da poter convenire in giudizio ai fini dell'ottenimento della tutela revocatoria; a cui potrebbe anche aggiungersi una valutazione di merito relativa all'entità del credito preteso verso la società rispetto all'entità dei dividendi percepiti dai diversi soci, così da poter individuare quelli che più favorevolmente possono essere citati in giudizio.

²⁶² Sembra opportuno precisare come non sussista un'incongruenza tra quanto dedotto (i) in merito all'irrevocabilità dell'operazione di riduzione volontaria del capitale sociale *ex art. 2445 c.c.* (mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti oppure mediante rimborso del capitale conferito) e (ii) quanto invece sostenuto nel testo in merito alla possibilità per la società di ottenere la restituzione degli utili distribuiti ai soci e per i creditori sociali di agire in via revocatoria.

Nel primo caso, infatti, l'atto dispositivo rappresenta elemento strutturale della delibera organizzativa (peraltro già *self executing* nell'ipotesi di riduzione del capitale mediante rinuncia al conferimento); mentre nel secondo caso non pare sussistere un legame strutturale tra la delibera di riduzione del capitale sociale determinata da perdite fittizie e la successiva delibera di distribuzione di utili e gli atti di pagamento conseguenti, tanto da non poter considerare questi ultimi elementi di una decisione organizzativa.

²⁶³ In tal senso, v. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 409 ss.; FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993, 113 ss.

determinati dalla necessità di tutelare il comune interesse della massa dei finanziatori, con ciò imponendo particolare attenzione alla stabilità dei suoi effetti.

Anche in tal caso, quindi, l'eventuale sua invalidazione non può produrre effetti regressivi, dovendo l'operazione rimanere oramai stabile, anche dal punto di vista della salvezza dei diritti dei terzi obbligazionisti²⁶⁴. Ciò determina, pertanto, l'inammissibilità di una tutela revocatoria (peraltro difficilmente prospettabile nel merito) rispetto al momento dispositivo del versamento dell'interesse passivo e l'emersione dell'esclusiva tutela indennitaria di cui all'ultimo comma dell'art. 2379 *ter* c.c.

Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'art. 2379 *ter* c.c., possono poi ricordarsi, oltre alla *scissione*, anche le ipotesi dell'operazione di *fusione* e della *costituzione dei patrimoni destinati*²⁶⁵; alle quali possono aggiungersi tutte le ulteriori fattispecie che la prassi potrebbe realizzare.

²⁶⁴ In tal senso anche MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 412, che sottolinea anche l'esigenza di affidamento del gruppo dei finanziatori, e del mercato di investitori in generale, in merito alla stabilità e definitività dell'operazione, le cui condizioni non possono dipendere da circostanze esterne al rapporto creditorio ormai instaurato secondo il programma contrattuale sottoposto a pubblicità.

Di diversa opinione in ordine alle conseguenze, seppur sempre ritenendo che la delibera di emissione delle obbligazioni abbia principalmente un significato e valore organizzativo, FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, 113 ss., in particolare nt. 139, per cui, contrariamente all'impostazione ritenuta preferibile, rileva che la caducazione giudiziale della delibera di emissione delle obbligazioni non tollerebbe in nessun caso la salvezza dei diritti degli obbligazionisti, neppure sotto la condizione della buona fede.

²⁶⁵ Revocabilità dell'operazione di fusione e della costituzione dei patrimoni destinati che meriterebbe un autonomo approfondimento.

Nei limiti della presente trattazione, si ricorda come anche con riferimento alla fusione la dottrina si divida tra chi ammette la revocabilità dell'operazione (tra gli altri, v. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, 212) e chi invece, per motivazioni diverse, la ritiene inammissibile (in tal senso, SPOLIDORO, *Le fusioni*, 112; GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, 1061).

Con riferimento alla costituzione dei patrimoni destinati, sostengono la revocabilità dell'operazione, tra gli altri RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso,

In conclusione, quale che sia il contenuto delle delibere (e delle operazioni) organizzative, le tutele dei creditori sociali appaiono sempre conformarsi nei termini individuati, rendendosi peraltro indifferente – quantomeno dal punto di vista sostanziale della tutela - la natura *self* o non *self executing* delle stesse.

3. *La revocabilità delle delibere non organizzative e degli (eventuali) atti esecutivi conseguenti.*

Il sistema delineato porta quindi a concludere che le uniche delibere che possono essere oggetto di un'azione revocatoria da parte dei creditori sociali sono quelle prive di valore organizzativo. Qualora queste decisioni assembleari determinino un pregiudizio alla consistenza della garanzia patrimoniale della società debitrice, i creditori sociali potranno anche ricorrere al comune rimedio dell'*actio pauliana* al fine di rendere loro inopponibile l'atto dispositivo. In tali ipotesi, infatti, non sussistono interessi diversi (alla stabilità societaria) che comportino la necessità del ricorso alla tutela indennitaria al fine di poter mantenere intangibile l'operazione realizzata.

Rispetto a tali delibere è necessario rilevare che la tutela revocatoria potrà intervenire, a seconda dei casi, direttamente sulla delibera assembleare

diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, 866 ss.; SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 370 ss. Rilevano, invece, l'inapplicabilità del rimedio revocatorio alla costituzione dei patrimoni destinati in quanto la tutela dell'opposizione rappresenterebbe rimedio idoneo a tutelare i creditori sociali, SANTAGATA, sub *art. 2447 quater*, in *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 2766 ss.; PROTO PISANI, *L'opposizione dei creditori nel nuovo diritto e processo societario*, 55; secondo LOCORATOLO, *Patrimoni destinati, insolvenza ed azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2006, 117 ss., la costituzione dei patrimoni destinati sarebbe avvicinata, sotto il profilo della stabilità e della conseguente sostanziale irrevocabilità, alle deliberazioni di scissione e fusione, con ogni conseguente effetto in ordine all'irrevocabilità dell'operazione.

(qualora essa, quale delibera *self executing*, rappresenti già il momento dispositivo) oppure sul suo atto esecutivo conseguente (qualora essa, quale delibera non *self executing*, necessiti invece di un'attività esecutiva successiva).

Tuttavia, diversamente dalle delibere organizzative, la circostanza per cui le delibere non organizzative (od i loro atti esecutivi conseguenti) siano oggetto di possibile *actio pauliana* determina la necessità di operare una serie di distinzioni in relazione al modo in cui si realizza la loro esecuzione.

Nel contesto delle delibere non organizzative, oltre alla già citata distinzione tra (i) delibere *self executing* e (ii) delibere non *self executing*, diviene altresì determinante distinguere tra (iii) delibere non *self executing* che hanno già raggiunto completa esecuzione; e (iv) delibere non *self executing* e che devono ancora essere eseguite o comunque ancora compiutamente eseguite.

La prima classificazione (delibere *self executing* e non *self executing*) permette di comprendere quale sia, caso per caso, l'atto dispositivo che ha determinato l'effetto pregiudizievole e che quindi dovrà essere l'oggetto dell'azione revocatoria da parte del creditore sociale²⁶⁶; la seconda distinzione (tra le delibere non *self executing*, quelle che hanno raggiunto o meno completa esecuzione) permette invece di far emergere - per le ragioni che si diranno nei prossimi paragrafi - come alcune delibere (pur non organizzative) non siano passibili di tutela revocatoria e come, in tali casi, per il creditore sociale assuma rilevanza il rimedio cautelare, finalizzato ad inibire l'esecuzione della delibera pregiudizievole.

Le indicate classificazioni non sembrano, a quanto consta, essere state rilevate in dottrina ed in giurisprudenza con riferimento al tema della

²⁶⁶ Sarebbe infatti infondata un'azione revocatoria che avesse ad oggetto una delibera assembleare non *self executing*, seppur con essa fosse stato deliberato l'esecuzione di atto dispositivo potenzialmente pregiudizievole per i creditori sociali.

revocabilità delle delibere assembleari. Diversamente, esse sono state formulate in merito al differente profilo della sospendibilità cautelare dell'efficacia delibere assembleari²⁶⁷; versante di indagine diverso rispetto a quello della loro revocabilità che però, come accennato, potrebbe divenire rilevante per il creditore sociale qualora la tutela revocatoria, pur in presenza di una delibera non organizzativa, sia ancora non esperibile per assenza dell'atto dispositivo pregiudizievole.

3.1. *La revocatoria delle delibere self executing e degli effetti conseguenti alle delibere non self executing già eseguite.*

²⁶⁷ V., tra gli altri, KUTUFÀ, *Delibere assembleari self-executing e tutela cautelare*, 719 ss.; ID., *La sospendibilità di delibere già eseguite*, 78 ss.; COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, 35 ss.; ID., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, 1 ss.; ID., *Ancora sulla sospensione di delibere "eseguite"*, in *judicium.it*; SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione*, 112 ss.; DONADIO, *Effetti ed esecutività delle sentenze di annullamento delle deliberazioni di nomina degli amministratori di s.p.a.*, 894 ss.; DE LUCA, *Questioni (complesse) in materia di sospensione di delibere assembleari impugnate*, 24 ss. Con riferimento al tema della sospendibilità dell'efficacia delle delibere, sussistono due diversi filoni interpretativi in merito all'identificazione di quelle suscettibili di sottoposizione al rimedio cautelare.

Secondo un primo, e più risalente, orientamento, la sospensione potrebbe essere disposta solamente per quelle delibere rispetto alle quali vi è ancora la pendenza di atti esecutivi, in quanto ciò che potrebbe essere inibita è esclusivamente l'esecuzione della delibera (v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 409 ss.).

Per un secondo orientamento, che sembra essere prevalente, la sospensione potrebbe riguardare anche le delibere *self executing*, nonché quelle la cui esecuzione sia stata in parte od in tutto realizzata, qualora la loro sospensione abbia la capacità di incidere sull'efficacia perdurante nel tempo, pregiudizievole per il soggetto agente ed insuscettibile di riduzione in pristino (v. VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 503 ss., per cui la tutela cautelare infatti «non mira solo a sospendere l'esecuzione in senso stretto della delibera assembleare, ma specificamente a paralizzarne l'efficacia»; KUTUFÀ, *op. cit.*, 84; ROMANO, sub *art. 2378 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa - Portale, Milano, 2016, 1102 ss.).

La giurisprudenza si è certamente occupata della revocabilità degli atti esecutivi conseguenti ad una delibera non *self executing* non organizzativa; profilo che si risolve nella ordinaria revocabilità di un atto dispositivo nei termini di un'operazione privatistica e che, pertanto, non pone profili di particolare rilievo ai fini della presente indagine.

Diversamente, a quanto consta, risulta un solo precedente affrontato in giurisprudenza relativo alla legittimità per i creditori sociali di agire in via revocatoria direttamente avverso una delibera assembleare non organizzativa. In tal senso si è espressa la Corte d'Appello di Napoli che, con sentenza del 15 luglio 2019²⁶⁸, ha accolto la domanda revocatoria proposta da alcuni

²⁶⁸ In banca dati *pluris.it*. La sentenza si è pronunciata sull'appello promosso avverso la decisione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 21 settembre 2015, in banca dati *dejure.it*.

Il procedimento era stato instaurato da alcuni creditori di una società consortile che avevano convenuto in giudizio la società e tutti i suoi soci, formulando domanda revocatoria avverso una delibera dell'assemblea straordinaria con cui era stata disposta la modifica di un articolo dello statuto che prevedeva una serie di obblighi a carico dei soci a copertura del passivo societario, nonché un sistema di sanzioni per dissuadere i soci dal rendersi inadempienti ai debiti *pro quota* da ribaltamento.

Secondo i creditori (la cui posizione, a seguito del fallimento della società, era stata assunta dalla curatela) la modifica dell'atto costitutivo aveva determinato una disposizione a titolo gratuito in relazione alla quale era ammissibile l'azione revocatoria, avendo determinato una riduzione della garanzia patrimoniale generica. La società opponeva l'inammissibilità della pretesa in quanto atto endosocietario, oltre che la sua infondatezza.

Accolta la domanda in primo grado, gli appellanti chiedevano la riforma della sentenza in particolari per due ragioni. Con il primo motivo di appello, veniva dedotto che la delibera non sarebbe stata *self executing*, di talché essa non sarebbe stata passibile di revocatoria; con il secondo motivo, che «la delibera assembleare impugnata sarebbe poi irrevocabile anche perché atto di natura endosocietaria», rispetto alla quale veniva prospettata l'ipotesi dell'opposizione in via analoga a quella di cui agli artt. 2500 *octies* e *novies* c.c., trattandosi sostanzialmente, in ragione della modifica del regime di responsabilità dei soci, di una trasformazione eterogenea.

La Corte d'Appello, con una decisione che pare condivisibile, ha confermato la pronuncia di primo grado. Con riferimento al primo motivo di appello, la sentenza ha rilevato che «la previsione dell'obbligo contributivo statutario, unitamente alla emersione di perdite nell'esercizio sociale (...) aveva sicuramente determinato l'insorgenza nel patrimonio della società di una posizione creditoria [e che] la delibera di modifica statutaria si è, quindi, effettivamente sostanziata in una rinuncia da parte della società ai crediti già sorti nel

creditori sociali rispetto ad una delibera assembleare che aveva reso non obbligatorio, per i soci di una società consortile, il ripianamento della perdita di esercizio dopo che tale perdita si era già realizzata. La sentenza, rilevata la natura dispositiva e *self executing* della delibera e rigettata l'eccezione della società e dei soci convenuti, per cui la delibera sarebbe stata non revocabile in quanto atto di natura endosocietaria, ha quindi dichiarato l'inopponibilità della decisione societaria ai creditori societari che avevano promosso l'azione. La pronuncia appare quindi conforme, sotto il versante della ritenuta revocabilità delle delibere non organizzative, al sistema delle tutele delineato a favore dei creditori sociali.

Innumerevoli potrebbero essere le delibere non organizzative, e pregiudizievoli per i creditori sociali, che la prassi societaria potrebbe determinare.

Tra queste, una delle più rilevanti ipotesi è rappresentata dalla *delibera di distribuzione degli utili fittiziamente fatti emergere in bilancio a cui faccia seguito il pagamento del dividendo*²⁶⁹. È evidente, anche in tal caso, il pregiudizio che i creditori sociali potrebbero subire a causa della distribuzione di ricchezza (peraltro) non giustificata dall'esistenza di utili disponibili²⁷⁰ e,

patrimonio sociale». Più generica, seppur sostanzialmente corretta, è la ragione di rigetto del secondo motivo di appello in merito al quale la Corte d'Appello rileva che «il diverso rimedio dell'opposizione dei crediti non si attaglia al tipo di tutela azionata nel presente giudizio, finalizzata alla conservazione della garanzia patrimoniale generica del debitore a fronte della sostanziale rinuncia della società creditrice ad un'utilità già maturata».

²⁶⁹ Rispetto all'ipotesi descritta nel precedente par. 2 - in cui gli utili risultano effettivamente sussistenti, ma determinati dalla decisione adottata in esercizi precedenti di riduzione del capitale sociale motivato da perdite fittizie - nell'ipotesi descritta nel testo, gli utili sono fittizi in quanto non corrispondenti al reale andamento economico della società nell'esercizio di riferimento.

²⁷⁰ La situazione prospettata nel testo è quella che con maggiore probabilità potrebbe causare un pregiudizio ai creditori sociali, atteso che il dividendo distribuito non corrisponde neppure a reale ricchezza generata dalla società. Ma non può escludersi che anche una distribuzione di utili realmente conseguiti possa comunque rappresentare un evento pregiudizievole per i creditori sociali, in particolare quando la società intenda effettuare una distribuzione in un

quindi, della necessità di far recuperare al patrimonio sociale quanto ne è stato tolto in assenza delle condizioni di legge. A tale interesse, peraltro, si aggiunge quello della tutela dei soci (di buona fede) contro il rischio di dover restituire quanto percepito come frutto del proprio investimento²⁷¹.

Il pagamento del dividendo al socio appare, come accennato in precedenza, atto non organizzativo ed in quanto tale revocabile da parte dei creditori

momento in cui, pur essendovi utili e riserve disponibili, la liquidità sia scarsa e vi siano debiti di rilevante valore che giungeranno a scadenza a breve termine.

Tuttavia in questo caso, rispetto al profilo della revocabilità dell'atto dispositivo – rappresentato dal pagamento dell'utile - sembra opporsi la disciplina dell'irripetibilità dell'utile realmente conseguito e che pare altresì determinare, sul versante del rapporto tra creditore sociale e socio percettore, l'inammissibilità dell'*actio pauliana*.

Piuttosto, tale situazione dovrebbe far emergere una responsabilità gestoria degli amministratori nei confronti dei creditori sociali, pur sempre condizionata al manifestarsi dell'insufficienza del patrimonio nei termini di cui all'art. 2394 c.c.

Si rileva come la dottrina ravvisi infatti nell'ordinamento un principio generale che impone di non dare luogo a distribuzioni, pur conformi all'art. 2433, secondo e terzo co., c.c., qualora siano suscettibili di pregiudicare la solvibilità della società. Secondo quest'opinione, seppure non sussista un'esplicita previsione normativa in tal senso, il principio sarebbe desumibile dalla previsione di cui all'art. 2433 *bis*, quinto co., c.c. e, in generale, dall'obbligo per gli amministratori di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, specie con riferimento all'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale.

In argomento, tra gli altri, v. STRAMPELLI, sub *art. 2433*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 2394 ss.; ID., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, 157 ss.; SPOLIDORO, *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, 1035 ss., per cui gli amministratori non devono dare esecuzione a «deliberazioni dei soci che violerebbero i diritti dei terzi o che potrebbero causare loro un danno oppure determinare l'insolvenza della società»; SACCHI, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, 149 ss.

²⁷¹ Individua la contestuale sussistenza dei vari interessi COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio, in Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7*, Torino 1994, 535 ss., per cui a fronte della distribuzione di dividendi fittizi, emerge l'esigenza di «protezione dell'interesse generale all'investimento azionario (...), l'interesse della società a riavere il dividendo non legittimamente distribuito, e con l'interesse dei creditori alla conservazione dell'integrità della loro garanzia». Rileva l'interesse dei creditori a conservare la garanzia patrimoniale della società anche MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 318, per cui la società sottrae alla garanzia dei creditori sociali un attivo patrimoniale che doveva rimanere vincolato.

sociali. In particolare, non sembra che già la delibera di approvazione della distribuzione degli utili possa essere oggetto dell'azione revocatoria, in quanto se è vero che essa determina un diritto del socio a percepire il dividendo (separando il corrispondente attivo dalle sorti del patrimonio comune²⁷²), l'atto di disposizione patrimoniale avviene solamente con l'effettivo pagamento al socio, ed è pertanto questo secondo atto a poter essere oggetto di azione revocatoria²⁷³.

²⁷² In tal senso, COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, 530, per cui «con la deliberazione assembleare di distribuzione sorge, in capo al socio, il diritto al dividendo, vero e proprio diritto di credito, sottratto ormai alla sfera societaria, quindi non più soggetto agli effetti di eventuali deliberazioni assembleari»; così anche MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 318.

²⁷³ Anzi, la delibera di approvazione della distribuzione dell'utile appare avere una natura organizzativa, con ogni ulteriore conseguente in termini di irrevocabilità. In tal senso, secondo MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in particolare 116 ss. e 313 ss., «la delibera di approvazione del bilancio e la conseguente delibera distributiva, indipendentemente dalla loro intrinseca validità, realizzano modificazioni organizzative ed efficacemente legittimano l'esercizio dei singoli centri agenti». In particolare, secondo l'A., l'effetto organizzativo sarebbe determinato dalla «sottrazione dei mezzi distribuiti alla destinazione cui è vincolato il patrimonio aziendale», ossia, in altri termini, «l'isolamento di tale quota, realizzato mediante l'assegnazione del dividendo in capo al singolo socio, consente infatti di porla al riparo dal rischio di perdite future. Ciò mi pare, appunto, il riflesso della modifica organizzativa realizzata dalla distribuzione, consistente nella giuridica sottrazione della quota individuale al rischio d'impresa cui rimane assoggettato il patrimonio sociale». Dall'emersione di un utile fittizio potrebbero poi, negli esercizi successivi, effettivamente risultare ulteriori operazioni tipicamente organizzative (e dipendenti dalla quantificazione del patrimonio netto privato, nella sua composizione, dell'entità corrispondente all'utile fittizio distribuito) quali la riduzione del capitale sociale ove intaccato da perdite che tale obbligo comportano, oppure l'obbligo di alienare azioni proprie o di annullarne riducendo il capitale sociale e così via.

L'opinione suesposta può essere condivisa laddove, come rilevato, si ritenga che il momento organizzativo si fermi alla delibera di approvazione della distribuzione dell'utile, non qualificando in tal senso anche l'atto dispositivo del pagamento del dividendo, che rappresenta invece atto negoziale tra società e socio. In tal senso sembrano rilevare l'autonomia del pagamento rispetto alla delibera di esecuzione e la sua natura negoziale, COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, 537 ss., per cui «il semplice pagamento non sembra costituire 'atto (negozio) compiuto in esecuzione della delibera' di distribuzione»; e ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 365, per cui l'art. 2377 c.c. «richiedendo che il diritto del terzo abbia fonte non nella deliberazione ma nell'atto, postula la natura negoziale di quest'ultimo».

L'indicata convivenza dell'interesse del socio a non ripetere il dividendo percepito ai sensi dell'art. 2433, ultimo co., c.c. e dell'interesse del creditore a non vedere disperdere la garanzia patrimoniale, potrebbe determinare difficoltà di coordinamento normativo.

Sembra, tuttavia, che la ritenuta revocabilità della disposizione patrimoniale (la distribuzione dell'utile) non sia incompatibile con la disciplina della distribuzione degli utili ai soci di cui all'art. 2433 c.c., anzi dai due diversi versanti sembrano emergere profili di convergenza.

La regola desumibile dall'art. 2433 c.c. è quella per cui il dividendo pagato in mancanza di utile realmente conseguito sia sempre ripetibile²⁷⁴, salvo che il socio lo abbia percepito in buona fede, sulla base di un bilancio regolarmente approvato e che tale utile esprimeva. Questa disciplina pare trovare una conformità (pur con ogni diversità dal punto di vista degli oneri probatori) con i presupposti previsti ai fini dell'ottenimento della tutela revocatoria.

Quantomeno da un punto di vista generale, qualora il socio abbia percepito il dividendo in buona fede, e sulla base di un bilancio regolarmente approvato da cui risultino utili corrispondenti (e quindi il pagamento sia irripetibile), sembra più difficilmente configurabile il requisito soggettivo richiesto ai fini dell'azione revocatoria, atteso che un socio non consapevole dell'inesistenza

Diverso profilo problematico è quello relativo al contenuto dei provvedimenti successivi – all'invalidazione della delibera di approvazione del bilancio e di distribuzione degli utili, nonché dell'eventuale ripetizione del pagamento – che devono essere adottati dagli amministratori una volta che le somme distribuite siano rientrate nella società. Sul punto v. sempre MEO, *op. cit.*, 323 ss.

²⁷⁴ Sul punto v. sempre COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, 532 ss., che, in particolare, amplia le ipotesi (in cui si può assistere ad una distribuzione dell'utile in pregiudizio ai creditori sociali) oltre al caso di pagamento in assenza di un utile realmente conseguito, anche ai casi di pagamento in mancanza di riserve distribuibili in misura corrispondente al dividendo; di esistenza di un utile realmente conseguito ma con la contemporanea esistenza di una perdita di capitale tale da rendere l'utile non distribuibile; di esistenza di un utile realmente conseguito, ma della sua necessaria destinazione, per legge o per statuto, a riserva.

dell'utile di esercizio, dovrebbe anche essere inconsapevole dell'esistenza di debitori sociali tali per cui la distribuzione dell'utile fittizio determina loro un pregiudizio.

Al contrario, qualora il socio abbia percepito in mala fede il dividendo, ciò dovrebbe anche significare che egli rappresenta un socio di comando a cui è nota la politica di bilancio e rispetto a quale potrebbe essere dimostrabile la sussistenza del requisito della *scientia damni*, quale consapevolezza dell'esistenza di un debito sociale rispetto al quale la distribuzione dell'utile fittizio rappresenta un evento pregiudizievole²⁷⁵.

Qualora, invece, nel particolare caso di specie, venissero ravvisati solo i presupposti ai fini della ripetizione del pagamento a favore della società, ma non anche quelli dell'azione revocatoria da parte dei creditori sociali, sembra che questi ultimi siano legittimati (pur con ogni difficoltà di onere probatorio, specie in ordine all'elemento soggettivo) ad esperire azione surrogatoria di ripetizione *ex art. 2433 c.c.* nei confronti dei soci, in caso di inerzia da parte degli amministratori.

3.2. *L'esclusione dalla tutela revocatoria delle delibere non self executing e non ancora eseguite. La rilevanza della tutela cautelare.*

L'ultima ipotesi che deve essere analizzata è quella delle delibere non *self executing* e che non sono ancora state eseguite ma che, tuttavia, sono

²⁷⁵ Anche se, rispetto alla prima ipotesi, non sembra possa comunque escludersi che, nella fattispecie concreta, il socio ritenga in buona fede che l'utile sia stato effettivamente conseguito e, allo stesso tempo, abbia comunque contezza che quella distribuzione possa ledere l'interesse del creditore sociale al proprio pagamento; e viceversa rispetto alla seconda ipotesi.

programmatiche della conclusione di atti esecutivi pregiudizievoli per i creditori sociali.

La circostanza per cui, da una parte, tali delibere siano solo preparatorie dell'atto esecutivo e, dall'altra parte, non sia però ancora stato eseguito l'atto dispositivo pregiudizievole, determina per il creditore sociale una particolare situazione di 'instabilità' rispetto alle tutele esperibili.

Con riferimento alla possibile azione revocatoria, sembra infatti che nel momento indicato (avvenuta approvazione di una delibera non organizzativa potenzialmente pregiudizievole, ma che non è ancora stata eseguita) il creditore sociale non possa esperire una azione revocatoria (in funzione quindi preventiva), attesa l'insussistenza dell'atto esecutivo conseguente. Situazione che pare assimilabile a quanto si verifica rispetto ai negozi preparatori del diritto privato, come potrebbe ad esempio riferirsi rispetto ad un contratto preliminare di compravendita con cui il debitore si obblighi a vendere un bene ad un prezzo inferiore a quello congruo e rispetto al quale – come ritenuto dalla giurisprudenza²⁷⁶ – il creditore non può infatti tutelarsi, in via preventiva, mediante azione revocatoria.

Rispetto a tale delibera sembra pertanto che il creditore debba considerarsi privo della tutela revocatoria, dovendo attendere l'esecuzione dell'atto dispositivo e quindi, in altri termini, la realizzazione dell'effetto pregiudizievole sulla garanzia patrimoniale, al fine di poter esperire l'*actio pauliana*.

L'unica possibile tutela – che possa tempestivamente intervenire prima dell'esecuzione della delibera - rimane quindi quella cautelare di sospensione

²⁷⁶ In tal senso, tra le ultime, v. Cass., 26 giugno 2019, n. 17067, che peraltro specifica come il presupposto dell'*eventus damni* debba essere accertato al momento della stipula del contratto definitivo, mentre quello del *consilium fraudis* debba essere valutato al momento della conclusione del contratto preliminare; Cass., 12 giugno 2018, n. 15215, entrambe in banca dati *pluris.it*.

dell'esecutività della decisione sociale, rispetto alla quale diviene però determinante comprendere se essa sia o meno viziata da nullità (quale unica patologia rilevante per il creditore).

Qualora la delibera, oltre che pregiudizievole, sia altresì nulla *ex art. 2379 c.c.* (o meglio: sussista il *fumus boni iuris* della nullità), il creditore sociale – pur privato della tutela revocatoria – potrà cercare di ottenere una tutela cautelare preventiva mediante cui inibirne l'esecuzione.

Con riferimento allo strumento cautelare utilizzabile dal terzo, la dottrina è divisa tra chi ritiene applicabile esclusivamente lo strumento di cui all'art. 2378 c.c.²⁷⁷ e chi sostiene sia possibile anche ricorrere alla tutela d'urgenza atipica di cui all'art. 700 c.p.c.²⁷⁸. In ogni caso – ed è questo il profilo rilevante –, anche ove si volesse preferire la seconda impostazione (secondo cui sarebbe quindi possibile ottenere un provvedimento cautelare atipico e senza la necessaria contestuale instaurazione del giudizio di merito) sembra che, come rilevato dalla dottrina²⁷⁹, il creditore sia comunque onerato dall'instaurazione

²⁷⁷ La sospensione disciplinata con riferimento al procedimento di impugnazione per annullamento viene, dall'unanime dottrina, ritenuta applicabile anche alle delibere nulle, in considerazione sia del fatto che esse sono comunque idonee alla produzione di effetti pregiudizievoli, sia del richiamo operato dall'art. 2379 c.c. all'art. 2377, settimo ed ottavo co., c.c. V. per tutti VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, 503, in particolare nt. 619, ove i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

²⁷⁸ In dottrina ritengono ammissibile anche la tutela cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* rispetto alle delibere assembleari, CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1518 ss.; VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 601 ss.; ROMANO, sub *art. 2378 c.c.*, 1102 ss. Sostengono, invece, l'inammissibilità della tutela cautelare atipica, COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, 173 ss.; ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, 415.

²⁷⁹ In tal senso, v. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, 175, secondo il quale non sarebbe accettabile l'ipotesi per cui il beneficiario del provvedimento d'urgenza *ante causam* possa arrestarsi alla tutela cautelare anticipatoria e non procedere all'impugnazione della delibera; CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, 1520, che ammette la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.* rispetto alle delibere assembleari ma, contestualmente, ritiene necessaria l'instaurazione dell'impugnazione nel merito.

di un successivo procedimento di merito confermativo della patologia della delibera e che possa determinare la persistenza del provvedimento cautelare ottenuto (con ciò deviando dallo schema tipico della tutela cautelare d'urgenza).

In conclusione, in ragione della necessaria instaurazione del procedimento di merito, qualora non sussista il *fumus boni iuris* della nullità della delibera, il creditore sociale non potrà ricorrere alla (o comunque ottenere la) tutela cautelare finalizzata alla sospensione dell'efficacia della delibera, in modo da inibire la realizzazione dell'atto esecutivo dispositivo. Il creditore non potrebbe pertanto limitarsi a far emergere l'effetto pregiudizievole che l'esecuzione della delibera determinerà sulla consistenza della garanzia patrimoniale della società debitrice, ma si vedrà costretto ad attendere il (già programmato) atto esecutivo per poter poi agire in via revocatoria²⁸⁰.

²⁸⁰ Sembra opportuno osservare come, dal punto di vista del requisito del *fumus boni iuris*, l'azione cautelare avverso tutte le delibere assembleari sembra allora richiedere la dimostrazione quantomeno della probabile sussistenza del vizio di nullità della delibera (in questo senso, infatti, è stato ritenuto anche con riferimento alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale). Ciò in quanto, rispetto ai creditori sociali, l'unico vizio rilevante è quello di nullità e non pare sussistere un rimedio cautelare indifferente al profilo della patologia della delibera ritenuta pregiudizievole.

Da tale punto di vista, il rimedio cautelare si differenzia, quindi, rispetto alla sua applicazione avverso l'esecuzione di un'operazione straordinaria (su cui, v. capitolo I, par. 5.2). Ciò sia in quanto il legislatore si riferisce, dal punto di vista della patologia rilevante, alla più generica «invalidità» (v. art. 2504 *quater* c.c., da intendersi riferita tanto alle ipotesi di nullità quanto a quelle di annullabilità, e sia quale vizio proprio dell'atto che derivata da un atto del procedimento, precedente e presupposto) e che assume un raggio applicativo più ampio rispetto alla nullità *ex* art. 2379 c.c.; sia in quanto la mancanza di uno strumento cautelare tipico (diversamente da quanto previsto dall'art. 2378, quarto co., c.c. per le delibere assembleari) rende ammissibile il ricorso alla tutela cautelare atipica *ex* art. 700 c.p.c., e tale anche da poter far ritenere che ad essa si possa ricorrere per ragioni di mero pericolo del pregiudizio.

4. Conclusioni.

L'indagine condotta ha attraversato le operazioni straordinarie e le delibere assembleari, valutandole trasversalmente rispetto alla loro possibile assoggettabilità alla tutela revocatoria da parte dei creditori sociali pregiudicati dalla loro adozione e, in particolare, essa sembra aver dimostrato la sussistenza di un ordine sistematico per cui assume ruolo determinante la natura, organizzativa e non organizzativa, della decisione pregiudizievole.

A tale risultato il legislatore è potuto giungere ponendo in costante equilibrio gli interessi della stabilità dell'operatività societaria e della tutela delle ragioni dei creditori sociali; interessi a cui il legislatore, da un punto di vista generale, conferisce medesima rilevanza ed il cui equilibrio, nelle dinamiche societarie, ha comportato l'assunzione di particolari accorgimenti.

In tal senso, come visto, le necessità di mantenimento della stabilità delle operazioni straordinarie ed organizzative realizzate dalla società hanno imposto l'individuazione di speciali rimedi a tutela degli interessi dei creditori sociali, che le generali tutele di natura privatistica non sarebbero state idonee a garantire. Del resto, nelle dinamiche private dei contratti (al netto di particolari profili di tutela rispetto a terzi di buona fede, che però riguardano versanti diversi), non emergono esigenze di tutele diffuse (ad esempio, della stabilità dell'operatività societaria, degli investitori e del mercato in generale) tali da imporre l'intangibilità (quantomeno) di operazioni strutturali, e che le esigenze di operatività imprenditoriali richiedono poter essere ritenute come definitivamente assunte.

Come si è potuto rilevare nel corso dell'indagine, il sistema che sembra emergere prevede, ove la decisione abbia determinato già modifiche organizzative che necessitano di essere mantenute stabili ed irregredibili, una tutela indennitaria a favore del creditore sociale, con esclusione del rimedio reale e revocatorio. Tutela indennitaria che, in particolare, si presenta quale

strumento speciale rispetto alle tutele previste dal sistema privatistico – e quindi con effetto derogatorio rispetto ai rimedi generali dei contratti, in particolare dell'*actio pauliana*, ed applicabile solo nelle ipotesi previste -, ed allo stesso tempo idoneo sia a mantenere intatta l'operazione societaria che a garantire la piena tutela delle ragioni creditorie dei terzi.

La tutela indennitaria permette, quindi, di rendere intangibile l'operazione strutturale per la società, senza, allo stesso tempo, determinare pregiudizio alcuno ai creditori sociali che, anzi, come visto, risultano gravati di minori oneri probatori rispetto a quanto presupposto dall'azione revocatoria.

Diversamente, nei casi in cui la decisione sociale (e pregiudizievole per i creditori sociali) abbia una natura non organizzativa e non incidente sulla struttura societaria, il legislatore – quantomeno sotto il versante oggetto dell'indagine – riporta i termini del confronto sul terreno privatistico, abbandona lo speciale rimedio indennitario e concede il ricorso agli ordinari rimedi di natura contrattuale; con ciò concedendo in particolare il ricorso alla tutela revocatoria anche rispetto alle delibere assembleari (o comunque agli atti esecutivi conseguenti). In tale contesto, infatti, non sussistono esigenze diverse e tali da comportare il ricorso, in un regime di specialità, a strumenti diversi da quelli contrattuali, idonei ad intervenire adeguatamente a tutela dei creditori sociali.

Da un punto di vista di costruzione normativa, emerge come l'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c. assuma il ruolo di norma di sistema (considerata la sua applicabilità generale rispetto all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c., quale previsione di particolare applicazione rispetto alle operazioni straordinarie e comunque derivativa della prima).

Tale disposizione infatti, *da un lato*, rappresenta il momento in cui il legislatore sposta il baricentro a favore dell'interesse alla stabilità societaria (ponendosi a sistema, ma con particolare riferimento alle delibere assembleari, con l'art. 2332 c.c.), *dall'altro lato*, specifica che tale preferenza

opera esclusivamente in presenza di decisioni di natura organizzativa (in tal senso permettendo quindi una sua applicazione estensiva, e non limitata alle specifiche ipotesi ivi previste), e *dall'altra parte ancora*, ed in via consequenziale, introduce il rimedio indennitario, tipico e derogatorio del rimedio revocatorio, a favore dei creditori sociali.

In altri termini, l'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c., sembra rappresentare norma con cui il legislatore incide di specialità (almeno sotto tale versante) il sistema del diritto delle società rispetto alla disciplina generale dei contratti.

INDICE DELLE OPERE CITATE

AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 501.

ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 267.

ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 120.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, seconda ed., Padova, 2006.

ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, diretto da Cicu – Messineo, Milano, 2012.

ANGELICI, voce «*Società per azioni e in accomandita per azioni*», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, 977.

BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 393.

BELTRAMI, *Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 202.

BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 1, Milano, 2014, 695.

BELTRAMI, *La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504-quater c.c.*, in *Riv. soc.*, 2002, 1223.

BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008.

BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 521.

BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XVII, Torino, 1985, 59.

BENVENUTO, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, sub art. 2500 novies, Milano, 2010, 719.

BERTINO, *La revocatoria dei contratti strumentali all'adempimento di un debito scaduto*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2010, II, 140.

BERTOLOTTI, *Ancora sui debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*, in *Giur. it.*, 2016, 1136.

BERTOLOTTI, *La responsabilità per i debiti della scissa non soddisfatti dall'assegnataria*, in *Giur. it.*, 2015, 1654.

BERTOLOTTI, *Nota a Tribunale di Milano, 22 luglio 2013*, in *Giur. it.*, 2013, 2545.

BERTOLOTTI, *Nota a Tribunale di Milano, 5 marzo 2009*, in *Giur. it.*, 2009, 2228.

BERTOLOTTI, *Scissione delle società*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati*, Scialoja – Branca - Galgano, Bologna, 2015.

BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, seconda ed., Milano, 2000.

BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1990.

BUSANI – URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Soc.*, 2017, 1408.

BUSANI, *La stipula dell'atto di fusione nonostante l'opposizione dei creditori*, in *Soc.*, 2015, 1227.

BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 570.

CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978.

CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy out. L'art. 2501 bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007.

CACCHI PESSANI, sub art. 2503 c.c., in *Commentario alla riforma delle società. Trasformazione. Fusione. Scissione*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2006, 719.

CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina delle fusioni e sul c.d. merger leveraged buy-out*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 144.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 8^a ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2012.

CAPIZZI, *Operazioni straordinarie e tutela degli investitori. Tra rimedi compensativi e rimedi ostativi*, Torino, 2018.

CARBONARA, *Procedimenti e patologie delle decisioni dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015.

CARUSO, *Il regime della responsabilità per i debiti della società scissa tra innovazioni e continuità*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, 355.

CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 175.

CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*, in *Soc.*, 2017, 71.

CAVANNA, *Scissione: un'operazione intangibile?*, in *Giur. it.*, 2014, 1417.

CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013.

CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, 309.

CETRA, *Le trasformazioni 'omogenee' ed 'eterogenee'*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 131.

CICCARELLO, *Indennità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XXI, 1971, 99.

CIVERRA, *La tutela dei creditori nella scissione tra rimedi preventivi e successivi*, in *Soc.*, 2014, 408.

CIVERRA, *Le operazioni straordinarie, Aspetti civilistici, contabili e procedurali*, Milano, 2008, 584.

CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003.

COLAVOLPE, *In tema di invalidità dell'atto di fusione*, in *Soc.*, 2008, 483.

COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7*, Torino 1994, 21.

COLOMBO, *Scissione e trasferimento di azienda. A) Introduzione*, in *Studium Oeconomiae. Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 370.

CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1505.

CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contr. impr.*, 2003, 646.

COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 35.

COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008.

COREA, *Ancora sulla sospensione di delibere "eseguite"*, in *judicium.it*.

D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, 873.

D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 707.

DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative all'ammissibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione societaria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 253.

DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 729.

DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, in *Dir. fall.*, 2020, 186.

DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 559.

DE LUCA, *Questioni (complesse) in materia di sospensione di delibere assembleari impugnate*, in *Soc.*, 2020, 24.

DE PRA, *Revocatoria dell'atto di scissione: limitata ammissibilità e rimedi "speciali"*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1429.

DENOZZA, *La scissione di società*, in *Impresa e società, Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992.

DI BITONTO, *La c.d. scissione negativa (reale) è inammissibile*, in *Soc.*, 2014, 662.

DI GIROLAMO, sub *art. 2377*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, 1725.

DI GRAVIO, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni nella scissione delle società*, in *Dir. fall.*, 2001, 442.

DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare nella scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, 62.

DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 481.

DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi*, in *Soc.*, 2006, 460.

DINI, *Scissioni – strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008.

DONADIO, *Effetti ed esecutività delle sentenze di annullamento delle deliberazioni di nomina degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 894.

ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 1.

EREDE, *L'opposizione dei creditori*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 397.

FABIANI, *L'azione revocatoria ordinaria nella liquidazione giudiziale*, in *NLCC*, 2019, 1420.

FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 985.

FARENGA, *Profili di invalidità e nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 465.

FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse per una ricerca sul capitale nelle società per azioni*, Milano, 1974.

FERRARA jr – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009.

FERRI jr. – GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 229.

FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998.

FERRO – LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065.

FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993.

FIMMANÒ, *Funzione, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, in *Soc.*, 1998, 433.

FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Bassi e Buonocore, Padova, 2010, 555.

FIMMANÒ, *L'armonizzazione comunitaria del diritto societario*, Napoli, 1991.

FIMMANÒ, *La Corte di giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 154.

FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione societaria*, in *www.ilcaso.it*.

FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità "sussidiaria" per i debiti sociali non soddisfatti*, in *Soc.*, 2002, 1377.

FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, in *Soc.*, 2019, 471.

GALGANÒ, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1999.

GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1017.

GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997.

GENOVESE, *La responsabilità per danno nella fusione di società*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 2, Torino, 2014, 1375.

GENOVESE, *La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione*, in *Riv. soc.*, 2007, 63.

GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 217.

GENOVESE, sub art. 2504 quater, in *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3367.

GHIGI, *La relazione di stima ex art. 2343 c.c. nell'ambito della scissione*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 752.

GIANNELLI G., *Le operazioni sul capitale*, in *Tratt. delle società a responsabilità limitata*, a cura di Ibba e Marasà, II, Milano, 2020, 1559.

GINEVRA, *Le azioni. Creazione ed estinzione*, in Cian M. (a cura di), *Diritto commerciale, III, Diritto delle società*, Torino, 2017, 259.

GOMMELLINI, sub art. 2445 c.c., in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, Padova, 2011, 897.

GROSSO, *La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 410.

GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004.

GUERRERA, sub art. 2445, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini – Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 1194.

GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto delle società: manuale breve*, Milano, 2006, 425.

GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 58.

GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 341.

IERMANO, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 395.

- JAEGER - DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000.
- KUTUFÀ, *Delibere assembleari self-executing e tutela cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 719.
- KUTUFÀ., *La sospensibilità di delibere già eseguite*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 78.
- LA SALA, sub art. 2379 ter, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa e Portale, 2016, Milano, 1143.
- LAMBERTUCCI, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*, in *Giust. Civ.*, 1999, 741.
- LENER, *Invalidità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 79.
- LENER, sub art. 2377 c.c., in *Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, 545.
- LENTINI, *Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia della Cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, I, 2020.
- LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 463.
- LOCORATOLO, *Patrimoni destinati, insolvenza ed azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2006, 101.
- LOPEZ, *Opposizione dei creditori e giudizio di autorizzazione alla fusione*, in *Soc.*, 2016, 851.
- LUCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 231.
- LUCARELLI, *Scissione e circolazione d'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 441.

MAGLIULO, *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti della scissione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 12, 2014, 9.

MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, in *Not.*, 2017, 161.

MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012.

MAGLIULO, *La scissione negativa*, in *Not.*, 2014, 269.

MAGLIULO, *La Cassazione si pronuncia sull'ammissibilità dell'azione revocatoria nella scissione*, in *Not.*, 2020, 42.

MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 11.

MALTONI-SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, in *Soc.*, 2017, 1091.

MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6*, Torino, 1993, 1.

MARCHETTI, sub art. 2379-ter, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Notari, Ghezzi, artt. 2363-2379-ter. *Assemblea*, a cura di Picciau, Milano, 2008, 323.

MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*, in *Not.*, 2016, 607.

MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, Milano, 2000.

MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 745.

- MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, 295.
- MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998.
- MESSINA, *Natura giuridica della scissione parziale*, in *Soc.*, 1995, 227.
- MILANO, *La revocatoria fallimentare della scissione societaria*, in *Fall.*, 2013, 985.
- MONTESANO, *Atto di fusione stipulato in pendenza di opposizione del creditore ex art. 2503 c.c.*, in *Soc.*, 1995, 551.
- MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società. Interesse sociale, ragioni dei creditori, sana e prudente gestione della banca*, Milano, 2014.
- NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1953, 6.
- NICOTRA, *L'invalidità della fusione e la sanatoria dell'art. 2504-quater c.c.: portata e rimedi*, in *Riv. not.*, 1996, 1131.
- NIEDDU ARRICA, *Riorganizzazione societaria, risanamento dell'impresa e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2012, 711.
- NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881.
- NOBILI – SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6*, Torino, 1993, 195.
- NOBILI, *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Milano, 2007, 297.
- OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 501.

ORIANI, *L'opposizione dei creditori alla fusione nel quadro dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Quaderni di Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2011.

PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 225.

PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004.

PALMIERI, *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale, Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1453.

PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999.

PALMIERI, *art. 2379*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, 1104.

PASQUINI, *sub art. 2504 quater*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, 1574.

PELLEGRINO, *La revocatoria fallimentare nella società scissa*, in *LUISS-Ceradi*, 07/2006, par. III.

PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 c.c.*, in *Riv. not.*, 2018, 387.

PERRINO, *sub artt. 2503-2503 bis*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 3, 1542.

PIAZZA, *Il regime delle 'invalidità' delle delibere assembleari*, in *Le grandi opzioni della riforma e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 290.

PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019, 695.

PICCIAU, sub *art. 2506 c.c.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 1025.

PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, 496.

PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, in *Fall.*, 2020, 909.

PICONE, sub *art. 2506-bis*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti – Ghezzi – Bianchi – Notari, Milano, 2006, 1087.

PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 141.

PINTO, *Funzione amministrativa e diritto degli azionisti*, Torino, 2008.

PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 1, Milano, 2014, 847.

PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed «illegalità» delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, 400.

PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1**, Torino, 2004, 1.

PORTALE, *Clausole di «retroattività» e bilanci nelle fusioni di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1983, 1281.

PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, 305.

PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e*

prospettive, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 10-11 novembre 2006, Milano, 2007, 611.

PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 480.

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, 701.

PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 145.

PORTALE, *Scissione parziale di società per azioni a favore della «controllante» totalitaria: questioni*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 1998, I, 362.

POTOTSCHING, *Corte di Giustizia e Corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, in *Soc.*, 2020, 471.

POTOTSCHING, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, in *Fall.*, 2018, 905.

POTOTSCHING, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, in *Soc.*, 2018, 1416.

POTOTSCHING, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, in *Fall.*, 2017, 56.

PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3**, Torino, 1998, 1.

PROTO PISANI, *L'opposizione dei creditori nel nuovo diritto e processo societario*, in *Foro it.*, 2004, parte V-6, 53.

PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 586.

- RESCIO, *Fusioni e scissioni negative*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 537.
- RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1042.
- ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 40.
- ROMANO, sub art. 2378 c.c., in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, 1089.
- RORDORF, *Limiti alla distribuzione di utili, acconti su dividendi, ripetibilità di utili irregolarmente distribuiti*, in *Soc.*, 1985, 832.
- RORDORF, *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Soc.*, 1991, 407.
- RORDORF, *Primi interventi giurisprudenziali nella scissione di società*, in *Soc.*, 1994, 73.
- ROSSI, *Il valore effettivo del patrimonio netto in sede di scissione*, in *Soc.*, 2017, 331.
- RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione*, in *giustiziacivile.com*.
- RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, 815.
- RUOTOLO - BOGGIALI, *(In)compatibilità tra scissione e azioni revocatorie*, in *Riv. not.*, 2016, 945.
- SACCHI – VICARI, *Invalità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, op. diretta da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 635.
- SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2012, I, 141.

SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2007, 135.

SACCHI, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, *Atti del Convegno Milano 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 135.

SALAFIA, *Deliberazione assembleare di scissione parziale in società soggetta ad amministrazione straordinaria*, in *Soc.*, 2015, 1101.

SALAFIA, *La fusione di società: casi e questioni*, in *Soc.*, 1995, 1521.

SALATINO, *La responsabilità delle società partecipanti alla scissione ex art. 2506-quater, comma 3, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 972.

SANGIOVANNI, *Indebitamento della società, scissione ed elusione della tutela dei creditori*, in *Not.*, 2013, 160.

SANGIOVANNI, *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 379.

SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, in *Giur. it.*, 2019, 1585.

SANNA, *L'invalidità della fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 493.

SANTAGATA, sub *art. 2447 quater*, in *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 2759.

SANTAGATA, *L'atto di fusione: modalità di stipulazione, iscrizione, retrodatazione degli effetti*, in *Soc.*, 1986, 960.

SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.

SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 1996, II, 112.

SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Portale e Colombo, 7**1, Torino, 2004, 1.

SANTAGATA, *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto commerciale, III, Diritto delle società*, a cura di M. Cian, Torino, 2017, 847.

SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, in *Studi sulla riforma del diritto societario: riflessioni del notariato*, Milano, 2004, 551.

SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997.

SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 362.

SARALE, *Le scissioni*, in *Le operazioni societarie straordinarie, Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, 5, Padova, 2011, 646.

SARALE, *Scissione e azione revocatoria: richiesto l'intervento della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2019, 115.

SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, 2*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 255.

SCALABRINI – TRIMARCHI, *Le sezioni unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, in *Riv. not.*, 2006, 1136.

SCANO, *Gli effetti sostanziali della scissione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, op. diretta da Serra, Bologna, 2014, 861.

SCANO, sub art. 2445, in *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 2693.

SCANO, sub art. 2506 quater, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3487.

SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 595.

SCOGNAMIGLIO G., *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 109.

SCOGNAMIGLIO G., *L'invalidità della fusione e della scissione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di Antonio Patroni Griffi, Milano, 1995, 79.

SCOGNAMIGLIO G., *La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, 887.

SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7**2, Torino, 2004, 1.

SCOGNAMIGLIO G., *Scissione e trasferimento d'azienda. B) Profili civilistici*, in *Studium Oeconomiae. Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 373.

SCOGNAMIGLIO G., *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 443.

SCOGNAMIGLIO R., *Indennità*, in *Noviss. Digesto it.*, VIII, Torino, 1962, 594.

SFERRAZZA, *Sull'efficacia dell'atto di fusione iscritto in pendenza del giudizio di opposizione dei creditori*, in *Soc.*, 2013, 411.

SILVETTI, *Nota a Cass.*, 23 marzo 2004, n. 5740, in *Foro it.*, 2004, I, 3121.

SIMONETTO, *La riduzione del capitale esuberante*, in *Riv. soc.*, 1966, 427.

SPERANZIN, *Le operazioni straordinarie e il terzo settore*, in *NLCC*, 2019, 1239.

SPIOTTA, *Comproprietà di azioni, invalidità di delibere assembleari, perdita del capitale, finanziamento e diritto dei soci*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 632.

SPITALERI, sub art. 2506 c.c., in *La riforma delle società. Commentario del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 1999, 488.

SPOLIDORO, *Le fusioni*, in *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991 n. 22)*, a cura di Serra e Spolidoro, Torino, 1994.

SPOLIDORO, *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, 1035.

SPOLIDORO, *Appunti sull'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno Milano 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 179.

STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a., La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 167.

STELLA RICHTER jr, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 283.

STRAMPELLI, *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Torino, 2009.

STRAMPELLI, sub art. 2433, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, 2385.

TAMBURINI, sub art. 2506 quater, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 2577.

TASSINARI, *Questioni in materia di decorrenza del termine per l'attuazione della fusione fra società*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 673.

URBANI, *La responsabilità delle società partecipanti alla scissione: sussidiarietà e limite del “valore effettivo del patrimonio netto”*, in *Soc.*, 2016, 802.

VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati ad impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 631.

VICARI, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504-quater c.c.*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 532.

VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004.

VICARI, sub art. 2503, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3327.

VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006.

VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 601.

WEIGMANN, *I doveri di collaborazione degli azionisti, in L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno Milano 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 63.

WEIGMANN, *Nota a Trib. Milano, 2 novembre 2000*, in *Giur. it.*, 2001, 322.

ZAGRA, *Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione o di scissione nel Registro delle imprese*, in *Soc.*, 2006, 1386.

ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*, in *Soc.*, 2019, 962.

ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3**, Torino, 1998, 185.

SINTESI

L'indagine affronta il tema delle capacità difensive dei creditori sociali a fronte di decisioni della società debitrice che possano pregiudicare la garanzia patrimoniale generica, con particolare riferimento alla compatibilità dell'azione revocatoria rispetto alle operazioni straordinarie ed alle delibere assembleari. L'esercizio dell'azione revocatoria, in un contesto organizzato d'impresa, determina infatti (diversamente da quanto si verifica nei rapporti privati intersoggettivi) un sostanziale effetto regressivo, potenzialmente incompatibile con le intervenute modifiche strutturali della società che il legislatore considera intangibili.

In particolare, l'analisi viene condotta rilevando come il legislatore ponga i due fronti di interessi rilevanti - rappresentanti dalla tutela alla stabilità organizzativa delle società e dalla tutela dei creditori sociali al mantenimento della consistenza della garanzia patrimoniale generica - in rapporto di costante equilibrio tra loro, di talché ogni conclusione non potrà comportare la preferenza per l'uno o per l'altro dei due interessi.

Nel *primo capitolo* viene esaminata la compatibilità della tutela revocatoria rispetto alla scissione, quale operazione straordinaria ove al massimo grado il legislatore ha previsto strumenti di tutela per i creditori sociali.

L'indagine viene condotta esaminando, innanzitutto, il dibattito in ordine alla natura, traslativa o meno, della scissione, quale profilo su cui si concentra parte della dottrina e della giurisprudenza al fine di sostenere la revocabilità, o meno, dell'operazione. Dopo aver esaminato le diverse tesi a confronto, viene concluso che, come ritenuto da una parte della dottrina, il profilo della natura (traslativa o meno) della scissione non sembra possa essere considerato come dirimente ai fini della valutazione in ordine alla compatibilità dell'*actio*

pauliana rispetto alla scissione, atteso che l'azione revocatoria non può ritenersi esclusivamente riferita agli atti traslativi.

L'analisi prosegue quindi su un piano diverso e relativo agli (speciali) strumenti di tutela previsti dal legislatore a favore dei creditori sociali, ponendoli in rapporto, sul versante della capacità difensiva, con l'azione revocatoria.

Viene pertanto esaminato, in primo luogo, il diritto di opposizione dei creditori sociali alla scissione. Dopo averne valutato i limiti applicativi, esso viene ritenuto rappresentare uno strumento non idoneo a tutelare tutti gli interessi che, invece, l'azione revocatoria potrebbe soddisfare, di talché esso non sembra poter essere considerato come strumento derogatorio dell'*actio pauliana*, e con ciò imponendo di valutare anche le ulteriori particolari tutele previste dal legislatore.

L'indagine prosegue, quindi, esaminando il profilo della disciplinata responsabilità solidale delle società coinvolte nella scissione. Anche in tal caso, dopo aver valutato i limiti applicativi dello strumento, viene ritenuto che la previsione della tutela solidale (né da sola, né in uno con il diritto di opposizione) sembra essere in grado di garantire tutti gli interessi che la tutela revocatoria potrebbe invece soddisfare, lasciando quindi ancora spazio per la possibile applicazione di quest'ultima.

Il lavoro continua, pertanto, esaminando lo speciale regime dell'invalidità dell'operazione straordinaria *ex art. 2504 quater*, primo co., c.c. (previsto per la fusione ed applicabile anche alla scissione), secondo cui, eseguite le iscrizioni dell'atto di scissione, l'invalidità dell'operazione non può più essere pronunciata. Viene rilevato come tale previsione rappresenti espressione del generale principio dell'irregredibilità degli effetti per cui, una volta divenuta efficace una modifica societaria di natura organizzativa, essa deve considerarsi come intangibile.

L'indagine esamina poi le diverse posizioni, della dottrina e della giurisprudenza, in ordine alla compatibilità o meno dell'*actio pauliana* rispetto al regime dell'invalidità, concludendo come la tutela revocatoria sembra porsi in contrasto con il principio di intangibilità dell'operazione organizzativa. Viene infatti rilevato, da una parte, che la scissione rappresenta un'operazione unitaria che realizza effetti organizzativi e patrimoniali tra loro inscindibili e, dall'altra parte, che l'effetto sostanzialmente regressivo derivante dal vittorioso esperimento dell'*actio pauliana* comporterebbe un effetto regressivo rispetto alle modifiche strutturali intervenute, con conseguente valutazione in termini di inammissibilità dell'azione revocatoria.

Tale conclusione viene, peraltro, sottoposta ad una necessaria prova di resistenza, volta a comprendere se il sistema delle tutele posto a favore dei creditori sociali preveda altri strumenti (speciali) idonei a garantire i medesimi interessi che l'azione revocatoria è in grado di soddisfare, mantenendo allo stesso tempo intatti gli effetti dell'operazione organizzativa, e quindi preservando l'equilibrio degli interessi (alla stabilità societaria ed alla tutela dei creditori sociali) rilevanti.

In tal senso, viene quindi esaminato un ultimo livello di tutela previsto a favore dei creditori sociali, rappresentato dall'azione obbligatoria di cui all'art. 2504 *quater*, secondo co., c.c. Esaminata la struttura di tale tutela, viene rilevato come lo strumento sembri non solo idoneo a soddisfare gli interessi che l'*actio pauliana* è volta a tutelare, bensì rappresenti una tutela cui i creditori sociali possono più agevolmente ricorrere (specie per ragioni di ordine probatorio), essendo indifferente rispetto all'(eventuale) invalidità della scissione e prescindendo da ogni profilo soggettivo di colpa o dolo, assumendo altresì natura di rimedio indennitario. In conclusione, viene ritenuto che l'azione indennitaria rappresenti lo strumento di tutela definitivo dei creditori sociali e derogatorio della tutela revocatoria.

L'indagine prosegue valutando se quanto dedotto in ordine all'inammissibilità dell'azione revocatoria rispetto alla scissione, possa essere rilevato anche con riferimento alle (strutturalmente più semplici) delibere societarie, al fine di valutare la sussistenza di un ordine sistematico che coinvolga tutte le decisioni sociali.

Il *secondo capitolo* del lavoro affronta quindi il tema rispetto alle delibere assembleari, con particolare riferimento alla delibera di riduzione volontaria del capitale, quale decisione potenzialmente lesiva per i creditori sociali.

Premessi i diversi contesti normativi di riferimento (delle operazioni straordinarie e delle delibere assembleari), vengono indagati i particolari strumenti di tutela previsti a favore dei creditori sociali rispetto ad una delibera di riduzione del capitale.

In primo luogo viene esaminato il diritto di opposizione dei creditori sociali, per cui viene concluso - in conformità a quanto dedotto in merito alla scissione - come esso sembri costituire uno strumento inidoneo a rappresentare una tutela alternativa rispetto all'*actio pauliana*, con ciò imponendo la necessità di valutare anche le ulteriori forme di tutela previste a favore dei creditori sociali.

L'indagine prosegue, quindi, valutando il secondo livello di tutela, relativo alla speciale disciplina dell'invalidità posta a tutela dei creditori sociali *ex art. 2379 ter*, primo e secondo co., c.c., e limitata alle sole ragioni di nullità della delibera. Pur prevedendo presupposti sostanziali diversi, anche tale disposizione, come quella prevista in tema di scissione, pone rilevanti limitazioni alla dichiarazione di invalidità della delibera di riduzione volontaria del capitale sociali, finalizzate alla tutela dell'intervenuta modifica organizzativa della società.

Il lavoro esamina pertanto la generale disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari (con riferimento ad ogni forma di tutela reale), da cui emerge un profilo determinante per l'indagine proposta. Il legislatore,

infatti, sembra distinguere, ai fini del regime della tutela reale applicabile, tra delibere organizzative (i cui effetti, alla presenza di determinati presupposti di fatto, non possono più essere travolti dalla tutela reale) e delibere non organizzative (cui invece, in via generale, possono far seguito effetti regressivi allo *status quo ante*).

Tale deduzione risulta essere rilevante anche rispetto al profilo, oggetto d'indagine, della compatibilità della tutela revocatoria rispetto alle delibere assembleari, in ragione del citato effetto sostanzialmente regressivo che anche tale forma di tutela determina in un contesto (diverso da quello intersoggettivo e tipico del diritto privato) organizzato d'impresa. Viene pertanto concluso che la tutela revocatoria si pone in rapporto di incompatibilità anche rispetto alla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale.

Da ultimo, in conformità a quanto operato rispetto alla scissione, il lavoro tenta quindi di comprendere se la tutela obbligatoria prevista a favore dei creditori sociali *ex art. 2379 ter*, ultimo co., c.c., possa definirsi derogatoria rispetto alla tutela revocatoria, in quanto idonea a soddisfare gli interessi cui tende quest'ultima, pur mantenendo intatti gli effetti organizzativi prodotti dalla delibera di riduzione volontaria del capitale sociale. Esaminata la struttura di tale azione, viene ritenuto che (anch') essa sembra rappresentare una tutela di natura indennitaria, non solo idonea a garantire i medesimi interessi tende l'*actio pauliana*, ma che bensì si rivela più favorevole per i creditori sociali.

In particolare, dall'indagine condotta sembra emergere come l'art. 2379 *ter*, ultimo co., c.c. (considerata la sua applicabilità generale rispetto all'art. 2504 *quater* secondo co., c.c., quale particolare previsione relativa alle operazioni straordinarie) assuma rilevanza di norma di sistema. Essa, infatti, rappresenta espressione della scelta legislativa che, da una parte, tutela gli effetti delle delibere di natura organizzativa, da ritenersi irregredibili e

rispetto alle quali risulta incompatibile una tutela revocatoria e, dall'altra parte, garantisce ai creditori sociali una tutela equivalente. Quale norma di sistema, inoltre, viene altresì ritenuto che essa possa considerarsi applicabile non solamente alle particolari fattispecie ivi previste, bensì a tutte le delibere assembleari aventi natura organizzativa.

Nel *terzo capitolo*, il lavoro - all'esito di quanto dedotto nei capitoli precedenti - propone una ricostruzione sistematica dei limiti di compatibilità dell'azione revocatoria e delle tutele esercitabili dai creditori sociali rispetto alle diverse decisioni sociali (operazioni straordinarie; delibere assembleari organizzative e non organizzative, a loro volta distinte tra quelle con effetti *self executing* e non *self executing*), individuando infine alcune tra le principali ipotesi applicative.