

Introduzione

Quali siano gli effetti sul processo pendente di vicende (più o meno straordinarie) della vita delle società, è un quesito che si pone con sempre maggior frequenza negli ultimi anni. Spesso senza trovare risposte capaci di raccogliere consenso sufficiente per imporsi con una certa stabilità, e rendere così predicibile anzitutto per gli operatori economici, e poi per gli operatori del diritto, lo scenario che, nel processo, si aprirà volta che dell'evento sia stata data notizia.

La fusione testimonia bene questa incertezza, assai grave vista la centrale importanza che l'istituto assume, poiché – come già notava la nostra dottrina civilistica di fine '800 – ad esso le società ricorrono certo nei momenti di espansione economica, per potenziare il loro commercio; soprattutto, però, nei momenti di contrazione del mercato e crisi, per (tentare di) sopravvivervi.

Che quello degli effetti processuali della fusione sia tema ancora incerto potrebbe sorprendere, se si considera che risale a quasi venti anni fa l'intervento del legislatore della riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003), che ha riscritto l'art. 2504-bis, co. 1, c.c., eliminando il riferimento alle società di fusione come società «estinte», e introducendo la testuale precisazione che la società da fusione «prosegue in tutti i rapporti, anche processuali» facenti capo alle società di fusione. E se si tiene conto altresì che sono trascorsi già quasi quindici anni dall'ord. n. 2637 dell'8 febbraio 2006, con cui la Corte di cassazione a sezioni unite chiariva che «la fusione tra società ... non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto;

risolvendosi (com'è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo». Le ricadute processuali di questo inquadramento sostanziale del fenomeno non avrebbero potuto che essere la prosecuzione del giudizio, indifferente all'evento meramente riorganizzativo che interessi la società che ne è parte, con l'esclusione dell'operare della disciplina degli artt. 110 e 299 ss. c.p.c., che presuppone il venir meno della parte originaria, e la sua sostituzione con il successore universale.

Ed invece sono anzitutto, nuovamente, intervenute le sez. un., con due sentenze del 2010 (n. 19509 del 14 settembre e n. 19698 del 17 settembre), con le quali, affermata la natura innovativa dell'art. 2504-bis, co. 1, c.c. come modificato dalla riforma del diritto societario, è stato detto che le fusioni intervenute prima dell'entrata in vigore della riforma avrebbero ancora determinato, sul piano sostanziale, l'estinzione delle società di fusione e la successione di quella da fusione. Contestualmente, le sez. un. hanno statuito che la disciplina dell'interruzione del processo ex artt. 299 ss. c.p.c. non può mai operare se l'evento che determina il venir meno della parte è evento volontario, come nel caso della fusione.

Con il che forse si è creduto di rendere irrilevante la ribadita natura estintivo-successoria delle fusioni ante 2004.

Così non è stato, perché in tal modo si è alimentato l'equivoco che sia astrattamente compatibile con l'istituto della fusione l'estinzione delle società che vi partecipano e la successione della società da fusione, quale soggetto altro e diverso dalle società di fusione. Equivoco cui contribuisce anche la dottrina che, salvo alcune eccezioni, continua a vedere nell'art. 110 c.p.c., una volta escluso l'operare degli artt. 299 ss. c.p.c., la giusta disciplina degli effetti processuali della fusione. Equivoco che ancor oggi si perpetua e porta alla pronuncia di decisioni intrinsecamente contraddittorie e fonte di gravi incertezze. Come quelle che da un lato affermano che la fusione è un evento meramente modificativo-evolutivo delle società coinvolte, che non determina la estinzione della società di fusione e la successione di quella da fusione, e dall'altro, però, dichiarano inammissibile il gravame proposto dalla, o nei confronti della, società di fusione, quando quest'ultima si sia estinta perché cancellata dal registro delle imprese (... come non potrà che avvenire a fusione ultimata).

Si spiega così la necessità di tornare nuovamente sull'istituto della fusione, per indagarne – anche alla luce dell'evoluzione che nel tempo lo ha contraddistinto – anzitutto gli effetti sul piano sostanziale. Solo una volta chia-

rito il ruolo della estinzione (per noi solo formale) delle società di fusione, e la veste che assume quella da fusione rispetto al patrimonio delle prime, sarà possibile impostare e risolvere la questione degli effetti processuali della fusione. Fondandola su basi più solide del solo, per quanto chiaro, dato positivo (che pur ha il suo peso), e consegnando così una soluzione auspicabilmente capace di superare le gravi incertezze che ancor oggi caratterizzano la costruzione degli effetti sostanziali e processuali della fusione.

La scelta di studiare gli effetti processuali dell'estinzione di società necessita ancor minori presentazioni.

Si tratta infatti, e da sempre, di terreno di confronto (e scontro) tra due contrapposte esigenze: la tutela dei creditori sociali rimasti insoddisfatti in sede di liquidazione (che si giovano dell'impostazione che considera la cancellazione della società dal registro delle imprese mero indice presuntivo, superabile, dell'estinzione), e la certezza dei rapporti giuridici (che si realizza escludendo la sopravvivenza della società dopo la cancellazione dal registro delle imprese). La disciplina dell'estinzione ha visto storicamente alternarsi la prevalenza dell'una o l'altra istanza.

Nella vigenza del cod. comm. la giurisprudenza ha infatti man mano abbandonato la teorica della c.d. natura costitutiva dell'estinzione (con esclusione della sopravvivenza dell'ente dopo la cancellazione, e dunque dando prevalenza alla certezza dei rapporti sulle esigenze dei creditori sociali), per giungere all'opposto risultato di considerare la cancellazione della società dal registro delle imprese meramente presuntiva, e così superabile grazie alla semplice dimostrazione dell'attuale vitalità dell'ente, nonostante la cancellazione. Posizione, questa, che la giurisprudenza di legittimità ha mantenuto salda pur dopo l'entrata in vigore del c.c. (che già consentiva alla dottrina maggioritaria di escludere la sopravvivenza della società alla cancellazione), e soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003 (d.lgs. n. 6 del 2003), che pur intervenne sull'art. 2495, co. 2, c.c., inserendo l'incipit – non più fraintendibile – per cui «ferma restando l'estinzione della società ...» dei debiti sociali insoddisfatti rispondono gli ex soci nei limiti di quanto loro attribuito in sede di liquidazione dell'attivo.

L'indifferenza (al fondo, probabilmente, savia) per il dato positivo è cessata solo sette anni dopo la riforma del diritto societario, nel 2010, con l'intervento delle sez. un. (sent. gemelle nn. 4060, 4061 e 4062 del 2010), che hanno definitivamente riconosciuto che la cancellazione della società dal registro delle imprese ne determina la estinzione tombale. Tre anni dopo, con un secondo intervento (sent. gemelle nn. 6070, 6071 e 6072 del 2013), le

sez. un. hanno affrontato in modo organico il tema dell'estinzione di società, chiarendone anzitutto gli effetti sostanziali (successione universale degli ex soci alla società estinta), e poi di conseguenza quelli processuali (interruzione dei processi pendenti, riassumibili da, o contro, gli ex soci, ex artt. 299 ss. e 110 c.p.c.).

La soluzione adottata dalle sez. un. nel 2013 è stata da più parti salutata con favore, come la migliore allo stato possibile, poiché la più tutelante per i creditori sociali: tra le varie costruzioni degli effetti della estinzione prospettate in dottrina sul presupposto della irrimediabilità dell'effetto estintivo conseguente alla cancellazione, infatti, è l'unica a consentire che i processi pendenti al momento dell'estinzione possano proseguire, tramite la loro riassunzione da parte (o più probabilmente nei confronti) degli ex soci, quali successori universali della società estinta.

Tuttavia, la possibile prosecuzione dei processi pendenti si mostra tutelante solo all'apparenza: come tutti i casi di interruzione del processo, porta con sé il rischio di sue estinzioni involontarie (con tutte le note ricadute sostanziali anzitutto sulla prescrizione del diritto azionato prima contro la società, e poi contro i suoi eredi-ex soci); impone, nel processo riassunto, il litisconsorzio necessario con tutti gli ex soci; inoltre, complice una giurisprudenza ondivaga sull'operatività del principio di c.d. ultrattività del mandato anche in relazione alle persone giuridiche, rende incerta l'individuazione della giusta parte impugnante o destinataria del gravame (se la società, della cui estinzione non sia stato dato atto nel processo, o invece in ogni caso gli ex soci).

Di qui l'utilità di una indagine che chiarisca anzitutto sul piano sostanziale, se la posizione degli ex soci rispetto alle sopravvivenze o sopravvenienze sociali possa essere diversamente, e più persuasivamente, costruita. E poi, di conseguenza, se si diano alternative più soddisfacenti agli effetti processuali dell'estinzione di società come ricostruiti dalla giurisprudenza di legittimità. Contiamo di dimostrare che sia possibile una diversa complessiva sistemazione degli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione di società di capitali, che consenta di meglio tutelare i creditori sociali rimasti insoddisfatti. Per quanto (poco) il dato positivo lo consenta. Resta infatti e comunque la insoddisfazione per una disciplina che non si mostra capace di fornire adeguata tutela al credito, e che, nel bilanciamento tra le istanze (qui) confliggenti della tutela dei creditori sociali e della certezza dei rapporti giuridici si mostra davvero troppo sbilanciata verso questa seconda.

Una finale avvertenza. Entrambi gli istituti i cui effetti processuali ci pro-

poniamo di indagare possono coinvolgere tanto società di capitali, quanto società di persone. Lo studio della fusione, nella prospettiva che abbiamo prescelto, non è influenzato dal tipo di fusione (paritaria, per incorporazione e, tra queste, per incorporazione inversa, anomala, a seguito di indebitamento, etc.) né dal tipo sociale delle società che vi partecipano (società di persone e società di capitali: fusione c.d. omogenea; o società di persone e di capitali: fusione c.d. eterogenea). Queste eterogenee ipotesi – in relazione alle quali tutte trova applicazione l'art. 2504-bis, co. 1, c.c. – pongono analoghe questioni tanto a monte, sul piano sostanziale (sorte delle società partecipanti alla fusione e posizione assunta da quella risultante dalla fusione), quanto a valle, in relazione ai giudizi pendenti o instaurandi, e consentono risposte unitarie, senza necessità di particolari distinguo.

Altrettanto non vale, invece, per l'istituto dell'estinzione di società, rispetto al quale il tipo societario viene in rilievo. Per consentirci una indagine ordinata, abbiamo scelto anzitutto di guardare alle società di capitali. Spesso questa scelta di prospettiva viene ricordata esplicitamente. Si tratta comunque di una precisazione che varrà anche per i casi in cui tale specificazione espressa manchi. Quando le soluzioni raggiunte potranno valere anche per le società di persone, verrà espressamente detto. Tale coincidenza di soluzioni, infatti, non può essere data per scontata: le profonde differenze tra i tipi sociali, tendenzialmente escludono che i risultati raggiunti in relazione alle società di capitali possano essere puramente e semplicemente riferiti anche alle società di persone. Vi osta, in particolare, la natura dichiarativa (e non invece costitutiva come per le società di persone) delle iscrizioni nel registro delle imprese, e così anche della (iscrizione della) cancellazione dal registro delle imprese, che consente con più agio di argomentare la possibilità di sopravvivenza della società alla cancellazione (come hanno riconosciuto anche le sez. un. con le sent. gemelle nn. 4060, 4061 e 4062 del 22 febbraio 2010, che pur hanno avvicinato il più possibile gli effetti della cancellazione dal registro delle imprese delle società di capitali e di persone).