

Rivista **ODC**

3

2017

ISSN 2282 - 667X

Direttore responsabile: *Francesco Denozza*

Editorial Board/Direzione scientifica: *Pierre-Henri Conac, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Francesco Denozza, Stefan Grundmann, Carlo Ibba, Jonathan Macey, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

Editorial Staff/Redazione scientifica: *Alessio Bartolacelli, Elisabetta Codazzi, Chiara Garilli, Carmen Herrero Suarez, Corrado Malberti, Alessio Scano, Alessandra Zanardo*

Referees/Revisione scientifica: *Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Vincenzo Calandra Buonauro, Lucia Calvosa, Antonio Cetra, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, , Renzo Costi, Emanuele Cusa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Mario Libertini, Elisabetta Loffredo, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Renato Santagata, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigman*

Il presente lavoro è stato sottoposto ad un procedimento di revisione tra pari, secondo i criteri indicati nella *Nota per gli autori*

ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE

Rivista Telematica

ISSN 2282 - 667X

Sommario del numero 3 / 2017

SAGGI

I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana

Mario Libertini

Il futuro prossimo della proprietà intellettuale

Vincenzo Di Cataldo

Il presupposto soggettivo delle procedure di cui al capo ii della legge n. 3/2012 quale espressione della nuova concorsualità "debtor oriented"

Nicola Rondinone

La revoca dello stato di liquidazione: interessi in gioco e questioni ancora aperte

Chiara Garilli

TEMI E DIBATTITI D'ATTUALITÀ

The Law of groups of companies according to the european model company act (EMCA)

J.M. Coutinho de Abreu

I TITOLI DI CREDITO NELLA DOTTRINA GIUSCOMMERCIALISTICA ITALIANA

MARIO LIBERTINI*

SOMMARIO: 1. La teoria unitaria dei titoli di credito come ragione di vanto della dottrina giuscommercialistica italiana. – 2. Le superfetazioni dogmatiche nella dottrina dei titoli di credito. – 3. Il contributo di Antonio Pavone La Rosa per la semplificazione dogmatica del diritto cambiario: la ripresa della “teoria mista” vivantiana. Il contributo critico nei confronti della teoria unitaria. – 4. Gli sviluppi successivi della teoria unitaria. – 5. Il contributo decisivo di Pavone La Rosa sul problema della c.d. libertà di emissione di titoli atipici. – 6. Il trattato sulla cambiale. – 7. Gli sviluppi dottrinali più rilevanti, successivi ai contributi di Pavone La Rosa: il collegamento necessario fra titoli di credito ed esistenza di un mercato di titoli negoziabili. – 8. La rivoluzione digitale e l'esaurimento del fenomeno dei titoli cartacei. – 9. Dematerializzazione e circolazione intermediata nei mercati finanziari. – 10. La fine dei titoli cambiari circolanti. – 11. Riflessioni conclusive.

1. *La teoria unitaria dei titoli di credito come ragione di vanto della dottrina giuscommercialistica italiana.*

Nel tempo in cui la dottrina giuscommercialistica italiana amava manifestare il proprio orgoglio identitario, si era diffuso un luogo comune (lo ritroviamo in Ascarelli, in Asquini e in molti altri autori), che rivendicava a merito precipuo e principale della dottrina stessa quello di avere arricchito la cultura giuridica generale con la teoria dei titoli di credito.

In sostanza, l'idea così espressa muoveva dalla constatazione che, in altre importanti esperienze dottrinali (in particolare: Francia e paesi di *common law*), la trattazione della materia era rimasta divisa in diversi capitoli (*effets de commerce, valeurs mobilières, titres représentatifs de marchandises; negotiable instruments, securities, documents of title*); nella dottrina germanica era stato sì costruito il concetto unitario di *Wertpapier*, ma tale costruzione si incentrava su un dato strutturale ed estrinseco (la necessità del documento per l'esercizio del diritto), mentre il concetto unitario di titolo di credito della dottrina italiana intendeva cogliere un fenomeno economico sostanziale, cioè quello della destinazione di certi documenti alla circolazione in mercati loro propri e quindi riusciva a collegare brillantemente costruzione giuridica e funzione economica.

Questa orgogliosa convinzione di superiorità “teorica” si tradusse poi, com'è noto, nella introduzione, nel codice civile unificato del 1942, di un titolo apposito del libro IV, dedicato ai titoli di credito in generale.

In realtà, il contributo di quella dottrina fu poco significativo per ciò che attiene alla costruzione normativa della disciplina cartolare: i contenuti essenziali della disciplina cambiaria (ed anche di quella dei titoli rappresentativi di merci) si erano formati nella

* Professore emerito, Sapienza Università di Roma. Il saggio è dedicato alla memoria del prof. Antonio Pavone La Rosa.

esperienza dei tribunali di commercio già prima delle codificazioni ottocentesche, mentre per i titoli di investimento si era fissata, nel corso del XIX secolo, la disciplina dei titoli al portatore (pubblici e privati), costruita sulla falsariga di quella della circolazione dei beni mobili materiali.

Su questa base, l'impegno maggiore della dottrina in materia di titoli di credito, nei secoli XIX e XX, si presenta come un immane sforzo di legittimazione, sul piano dogmatico, di una serie di regole che si erano stratificate nella giurisprudenza commercialistica dei secoli precedenti, ed erano state poi consolidate nei codici di commercio. Si tratta di una lunga riflessione teorica avente ad oggetto essenzialmente i titoli cambiari, e volta a legittimare la disciplina cambiaria (e, più in generale, il fenomeno dei titoli di credito) nel quadro delle categorie dogmatiche civilistiche – soprattutto della teoria del negozio giuridico, allora dominante – e, tutto sommato, poco incline ad occuparsi della determinazione di dettaglio dei contenuti della normativa stessa. Il compito che quella dottrina si assumeva era quello di “spiegare”, o con ardite costruzioni che combinavano variamente concetti giuridici già noti, o mediante concetti sostanzialmente metaforici (p.e. l'incorporazione del diritto nel titolo), una disciplina che deviava nettamente da alcune regole imperative del diritto romano comune, riguardanti la circolazione dei diritti a titolo derivativo (*nemo plus juris etc.*); una disciplina che, comunque, si riteneva già parte del diritto positivo vigente.

In altri termini: tutta la “teoria dei titoli di credito” appare oggi viziata da un pregiudizio metodologico concettualistico: il problema di quella dottrina era di legittimare concettualmente una serie di norme, appartenenti ad un istituto visto come un dato ontologico dell'esperienza giuridica. Scarsa attenzione era data sia alla funzionalità di quelle soluzioni normative, che apparivano legittimate da secoli di esperienza e dalla genericamente riconosciuta esigenza di favorire i traffici e, con essi, la libera circolazione dei diritti mobiliari; così come scarsa attenzione era data al problema dell'ambito di applicazione di quella disciplina a figure nuove o di incerta collocazione (è questo il problema della “fattispecie” del titolo di credito, che Ascarelli impose all'attenzione della dottrina negli anni Cinquanta del secolo scorso).

2. *Le superfetazioni dogmatiche nella dottrina dei titoli di credito.*

Un esempio paradigmatico (fra i tanti) dei risultati di questo lavoro dogmatico può essere ricordato con riguardo alla tendenza a concettualizzare la disciplina cartolare dissezionando la supposta manifestazione di volontà sottostante alla formazione del titolo in una pluralità di negozi giuridici. Nella costruzione più “barocca” si contavano: (i) un contratto che dà vita al rapporto sottostante; (ii) un negozio unilaterale di creazione del titolo; (iii) un negozio bilaterale (chiamato “convenzione esecutiva”) avente ad oggetto l'emissione e l'impiego del titolo ai fini dell'esecuzione del rapporto di base; (iv) un negozio unilaterale di emissione del titolo; (v) un negozio bilaterale di trasmissione della proprietà del documento.

Accanto a queste architetture dogmatiche, nate sul terreno della riflessione dottrinale sulla disciplina cambiaria, ed oggi sostanzialmente dimenticate, la dottrina tedesca e italiana in materia di titoli di credito si era caratterizzata, nel corso dell'Ottocento, per la creazione di quella che è stata chiamata “teoria unitaria dei titoli di credito”, a sua volta declinata, come si è già sopra accennato, in due versioni diverse (con la versione italiana incentrata sull'idea di circolazione giuridica).

In ogni caso, la costruzione di una teoria unitaria dei titoli di credito richiedeva uno sforzo dogmatico orientato su direzioni diverse, fra cui due principali: da un lato, l'inquadramento sistematico dell'obbligazione cartolare nel quadro generale delle fonti di obbligazione (negoziato, atto illecito, *variae causarum figurae*); dall'altro, la costruzione dei vari profili della disciplina cartolare come un tutto unitario (così come essi sono presentati negli artt. 1992 e seguenti del c.c. del 1942) o come profili scindibili (ciò che comportava un ovvio indebolimento del valore dogmatico della “teoria unitaria”).

3. *Il contributo di Antonio Pavone La Rosa per la semplificazione dogmatica del diritto cambiario: la ripresa della “teoria mista” vivantina. Il contributo critico nei confronti della teoria unitaria.*

Di fronte a questa complessa esperienza culturale, il contributo di Antonio Pavone La Rosa è stato profondo e proficuo

¹. E ciò in ambedue le direzioni sopra accennate.

Sul piano della costruzione dogmatica generale, P.L.R. segna un passaggio importante, manifestando una chiara tendenza a semplificare la costruzione e, al contempo, a ridurre, per quanto possibile, la distanza del fenomeno studiato dal diritto comune. Così si spiega la ripresa, da parte di P.L.R., di quella che era stata la “teoria mista” di Vivante, secondo cui il titolo, finché rimane nelle mani del primo prenditore, è soltanto un documento ricognitivo del rapporto sottostante, idoneo a realizzare effetti di (*rectius*: che oggi qualificheremmo come) astrazione processuale; mentre è solo in caso di successiva circolazione che al titolo si applicano le norme legali che si riassumono nelle nozioni di astrattezza e literalità del titolo stesso, sicché è solo a seguito dell'avvenuta circolazione che si può configurare un rapporto obbligatorio cartolare distinto dal rapporto originario sottostante.

L'importanza di questo assunto non sta soltanto nell'effetto di semplificazione concettuale che esso determina, ma anche nel dare fondamento a concrete soluzioni applicative, soprattutto di ordine processuale (per esempio, nel rapporto fra parti immediate, il passaggio dall'azione cambiaria all'azione causale in cui il titolo è usato come documento ricognitivo non è più vista come *mutatio libelli*: soluzione oggi scontata in giurisprudenza, ma apparsa dogmaticamente inaccettabile a larga parte della dottrina, nel momento storico in cui P.L.R.

¹ Gli scritti principali, in cui sono state espresse le idee richiamate nel testo, sono la voce *Cambiale*, in *Enc.dir.*, V, Giuffrè. Milano, 1959, 839 ss.; e il volume *Studi sulla polizza di carico*, Giuffrè, Milano, 1958.

la formulava). Altre conseguenze applicative, nella stessa direzione (e sempre approvabili sul piano dell'efficienza ed equità della soluzione), furono da me individuate in uno scritto giovanile sull'ipoteca cambiaria².

L'altro fondamentale contributo di P.L.R. alla dottrina cartolare sta nella critica da lui rivolta non tanto alla teoria unitaria dei titoli di credito come tale³, bensì all'idea di necessaria inscindibilità dell'applicazione delle regole dettate dagli artt. 1992/1993/1994 c.c. Per P.L.R. l'unica regola davvero unificante e caratterizzante è quella dell'art. 1994 (acquisto *a non domino* di buona fede), mentre la regola sulla inopponibilità delle eccezioni (art. 1993 c.c.), storicamente nata come generalizzazione della corrispondente regola cambiaria, è destinata a subire larghe eccezioni nei titoli c.d. causali, nei quali la disciplina del rapporto sottostante (trasporto, società, ecc.) merita un rango sistematico sovraordinato rispetto a quella di protezione del portatore del titolo e comporta quindi – secondo P.L.R. - ampie deroghe al principio di inopponibilità delle eccezioni.

Questa tesi di P.L.R. si fondava su una intuizione fondamentale: la disciplina cartolare dell'inopponibilità delle eccezioni non risponde ad esigenze vitali dei mercati (finanziari e delle merci), ma è solo una generalizzazione della norma cambiaria (rispetto alla quale P.L.R. avverte anche, se pure non fino in fondo, la crisi dei titoli cambiari, che si era già manifestata a metà del secolo scorso).

4. *Gli sviluppi successivi della teoria unitaria.*

Queste idee di P.L.R. furono presentate, nella discussione dottrinale, alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso. Mi sembra interessante ripercorrere il dibattito dottrinale successivo, soprattutto con riferimento al punto di maggiore rilievo sistematico (cioè la "teoria unitaria").

In questa ricostruzione, scusandomi per l'autocitazione, devo muovere da alcuni miei contributi dei primi anni Settanta, e soprattutto da un mio scritto del 1972, nel quale cercavo di riesaminare i fondamenti della "teoria unitaria dei titoli di credito" mediante un'applicazione coerente – almeno nelle intenzioni - del metodo "giuscommercialistico", che impone di muovere dall'analisi della realtà socioeconomica e degli interessi in gioco, prima di passare all'interpretazione dei testi normativi.

Quello scritto è piuttosto denso e di faticosa lettura⁴, ma provo a riassumerne, per punti, il contenuto:

² M. LIBERTINI, *Questioni in tema di ipoteca cambiaria*, in *Riv.dir.civ.*, 1969, II, 63 ss.

³ P.L.R. è stato presentato come fautore di una "posizione antiunitaria" (F. CHIOMENTI, *Il titolo di credito*, Giuffrè, Milano, 1977, 12 ss.). Ciò che può dirsi per quanto riguarda l'idea di unitarietà (inscindibilità) delle fondamentali norme cartolari degli artt. 1992/1993/1994 c.c., non anche per ciò che riguarda l'impiego, a fini descrittivi e didattici, di un concetto unitario di titolo di credito.

⁴ M. LIBERTINI, *Premesse a una revisione della teoria unitaria dei titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, I, 192 ss.

(i) la circolazione dei titoli di credito non è – contrariamente agli assunti generici correnti in dottrina - un fenomeno unitario sul piano tipologico (i.e. socioeconomico); e – soprattutto – è un fenomeno recessivo soprattutto per ciò che riguarda i titoli cambiari (ove anzi diverse esigenze, come soprattutto quelle che, in seguito, sfociarono nell’emanazione di discipline speciali sul credito al consumo, premevano per superare l’antica regola dell’inopponibilità delle eccezioni);

(ii) la disciplina degli artt. 1992, 1993, 1994 non è suscettibile di applicazione omogenea a tutte le categorie di titoli di credito, ma richiede diversi adattamenti;

(iii) ciò potrebbe indurre ad accogliere la posizione c.d. antiunitaria di P.L.R., se non fosse che, nel quadro complessivo della materia, si pone anche il problema di risolvere positivamente il dubbio relativo alla c.d. libertà di emissione; cioè si pone l’esigenza di assecondare lo sviluppo dei mercati finanziari mediante il riconoscimento nel sistema di nuove categorie di titoli atipici; da ciò la necessità di configurare anche una fattispecie generale di titolo di credito, idonea ad introdurre nel sistema giuridico nuove figure, escogitate nelle prassi dei mercati;

(iv) sulla libertà di emissione, la mia posizione era poi nel senso che si dovesse riconoscere in essa un’espressione di autonomia privata, ma di un’autonomia privata speciale, riservata alle imprese commerciali e meritevole di protezione solo a seguito di un controllo causale pieno, e quindi se e in quanto l’invenzione di nuovi titoli atipici rispondesse ad interessi meritevoli di tutela.

5. *Il contributo decisivo di Pavone La Rosa sul problema della c.d. libertà di emissione di titoli atipici.* Col senno di poi, devo riconoscere che il principale punto debole di questa ricostruzione stava nell’assunto per cui la libertà di emissione richiedesse la ricostruzione di una fattispecie unitaria, mentre era e rimane logicamente possibile anche una disarticolazione della categoria unitaria dei titoli di credito in diverse sottocategorie tipologicamente orientate, ed una corrispondente articolazione differenziata di diverse fattispecie di titoli atipici.

In sostanza, a distanza di anni mi sembra avvalorata, anziché sminuita, la ricostruzione differenziata sostenuta da P.L.R.

Per quanto riguarda poi il problema della “fattispecie titolo di credito”, la mia ricerca di allora si arenò di fronte alla difficoltà di applicare il controllo causale, concepito sistematicamente in funzione degli atti individuali di scambio, al titolo di credito atipico emesso da un’impresa, destinato ad operare come figura tipizzata, e come tale riconoscibile, in determinati mercati. Intanto il riferimento agli imprenditori commerciali in genere appariva insoddisfacente, data l’estrema ampiezza della categoria. In secondo luogo appariva intuitivamente squilibrata una

soluzione che portava a fare stabilire *ex post*, mediante un controllo giudiziario diffuso, se fosse meritevole di tutela un certo progetto imprenditoriale di applicazione della disciplina cartolare, cioè di un regime di circolazione dei beni che avrebbe potuto mettere a repentaglio la proprietà di un qualsiasi proprietario intermedio dei beni stessi.

Ad anni di distanza mi resi conto che la mia intuizione di fondo non era sbagliata, nel pensare che dovesse consentirsi ai mercati finanziari (o meglio: alle imprese emittenti strumenti finanziari) di creare figure atipiche, ma l'intuizione andava corretta con il riconoscimento che questa particolare manifestazione dell'autonomia d'impresa non poteva fare a meno di una regolazione amministrativa del fenomeno e di un controllo *ex ante* dell'ammissibilità (anche in via generale, per categorie) di titoli di nuovo tipo. In altri termini: una soluzione fondata esclusivamente sulle regole generali dell'autonomia privata non era sostenibile.

La corretta soluzione, che allora (mi riferisco ai primi anni Settanta) non riuscì a formulare, fu sostanzialmente raggiunta, alcuni anni dopo, da P.L.R., in uno scritto del 1982⁵.

In quella sede P.L.R. afferma (criticando Ferri e Martorano) che “*la creazione di titoli di credito incide su interessi che non possono essere rimessi alla libera disponibilità dei privati*”. Ciò, tuttavia, non può condurre a “*legittimare la conclusione che i titoli di credito costituiscono una categoria rigidamente chiusa e limitata alle sole figure espressamente previste dalla legge*”. In questa direzione P.L.R. rilevava che le posizioni espresse in dottrina a favore di una costruzione “oggettiva” della fattispecie titolo di credito (Pellizzi, Chiomenti, Spada) ruotavano tutte intorno all'idea di bisogno di mobilitazione della ricchezza, che tuttavia rimaneva troppo sul vago per potere servire da base alla definizione di una fattispecie traducibile sul piano applicativo.

In quello scritto P.L.R. riconosceva che, nei miei scritti sopra richiamati, avevo avviato la ricerca nella direzione giusta, cioè quella di una libertà di emissione riservata all'autonomia di determinati soggetti (ma anche, si dovrebbe aggiungere, vigilata da un'autorità amministrativa). Da qui la soluzione, che dieci anni prima non ero riuscito a formulare: l'autonomia, in materia di titoli di credito atipici, non è attribuita alle imprese in generale, ma a quelle sole imprese che possono emettere titoli negoziabili nei mercati finanziari, mentre i titoli a carattere monetario sono soggetti alla tassatività delle norme cambiarie. In altre parole, la libertà di emissione è un'espressione di autonomia privata riservata alle società per azioni che si rivolgono al pubblico risparmio. Da qui anche una serie di sviluppi applicativi.

6. *Il trattato sulla cambiale.*

Dopo questo contributo, che a mio avviso può dirsi conclusivo della riflessione sul problema della fattispecie cartolare, avviato da Ascarelli trent'anni prima, P.L.R. continuò a dedicarsi

⁵ A. PAVONE LA ROSA, *Titoli “atipici” e libertà di emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Riv. soc.*, 1982, 705 ss.

con fervore allo studio della materia dei titoli di credito, scrivendo, con un immenso lavoro di ricerca esclusivamente personale, l'imponente trattato sulla cambiale, comparso nel 1994 (nel *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo).

Di questo lavoro monumentale si dovrebbe dire molto, per la ricchezza dell'analisi e l'acume delle soluzioni interpretative in esso presentate. Il problema "drammatico", che pur P.L.R. avvertiva, era però quello derivante dalla constatazione che l'istituto della cambiale, così come si era formato nella prassi commerciale ed era stato posto a base della disciplina vigente (fra l'altro, sancita in una convenzione internazionale), era un istituto in via di estinzione.

Questo imponente lavoro della maturità di P.L.R. costituisce quindi, oltre che una mirabile testimonianza di operosità scientifica, un esempio di scienza "normale" – pur di altissimo livello – in una materia in cui stavano, nel frattempo, maturando decisivi mutamenti di paradigma.

Sia chiaro, peraltro, che questo atteggiamento, nei confronti della materia di titoli di credito, non è un limite della produzione scientifica di P.L.R., ma è stato comune a tutta la dottrina italiana, nell'ultimo mezzo secolo. Questa dottrina ha prodotto, nell'ultimo scorcio del secolo XX, pregevoli trattazioni di carattere sistematico dell'intera materia cartolare, sulla linea ormai tradizionale della "teoria unitaria" italiana, pur variamente declinata (Pellizzi, Martorano, Spada, Partesotti) ed anche impegnate monografie (p.e. Chiomenti, su cui torneremo, e Stagno d'Alcontres), ma si può dire che, sui temi generali sopra accennati, non ha segnato progressi decisivi.

7. *Gli sviluppi dottrinali più rilevanti, successivi ai contributi di Pavone La Rosa: il collegamento necessario fra titoli di credito ed esistenza di un mercato di titoli negoziabili.*

Vorrei dedicare alcune riflessioni ulteriori a questa esperienza dottrinale, anche per meglio collocare storicamente, in via conclusiva, il contributo dato da Antonio Pavone La Rosa.

A tale proposito mi sembra emblematico riconsiderare oggi, nella prospettiva dello sviluppo della "teoria unitaria dei titoli di credito", il contributo più ponderoso ed approfondito prodotto sull'intera materia, e cioè il libro di Chiomenti del 1977⁶.

Anche in questo caso mi sembra utile riassumere, per punti, il contenuto del volume:

(i) *“la disciplina unitaria del codice.. nasce dalla convinzione dell'esistenza di una funzione economica caratteristica dei titoli di credito”* (p. 57); occorre dunque *“precisare tecnicamente la nozione di circolazione cartolare piano economico-sociale”* (p. 62); in altri termini, occorre individuare *“una funzione economica unitaria che, a differenza dalla funzione di circolazione, dalla funzione di incorporazione,*

⁶ *Supra* cit. (nt. 3).

dalla funzione di impresa e da altre simili funzioni generiche e quindi non esclusive del documento cartolare, sia tipica del titolo di credito” (p. 81);

(ii) “Il titolo di credito trova luogo dove c’è da rendere commerciabile, scambiabile, una ricchezza economicamente immobilizzata dalle circostanze ancorché la qualificazione giuridica primaria ne faccia un bene mobile (ad es. merci in viaggio) o si tratti di ricchezza immobilizzata da una specifica destinazione ricevuta (produzione industriale) oppure dalla sua qualificazione giuridica primaria (ad es., un diritto di credito)” (p. 95);

(iii) la prospettiva così assunta “implica una impostazione oggettivistica del titolo di credito” (p. 112);

(iv) “il principio della libertà di creazione di titoli di credito preclude, tuttavia, di considerare il titolo di credito una creazione statale, una creazione legale come invece è il denaro” (p. 113);

(v) “è certo altresì che non si è in presenza di un fenomeno di autonomia quando è totalmente irrilevante la presenza o l’assenza di una dichiarazione di volontà diretta all’applicazione di una certa disciplina. È quanto, per l’appunto, accade nel fenomeno cartolare. La disciplina cartolare è essenzialmente diversa da un atto di autonomia” (p. 122-3);

(vi) “Come e dove nascono i titoli di credito se né l’autonomia privata né lo stato li creano?” (139); “l’attuale.. carenza di una nozione precisa e valida del titolo di credito sotto il profilo della fattispecie de[ve] essenzialmente imputarsi al fatto che.. dottrina e giurisprudenza hanno sistematicamente utilizzato per il titolo di credito schemi concettuali pertinenti a quei fenomeni.. che vengono regolati nell’ordinamento giuridico dal punto di vista di un interesse soggettivo” (p. 170); “la disciplina cartolare.. denota di rispondere a un interesse sovraordinato a quello delle parti sia pur tipicamente considerate.. il sistema cartolare [ha] mantenuto quel fondamento originario, consistente nel favore del commercio, che la dogmatica di stampo soggettivistico ha oscurato” (p. 174);

(vii) “il meccanismo economicamente e giuridicamente fondamentale di mobilitazione del titolo di credito è il mercato. Il mercato garantisce negoziabilità e liquidità ai titoli di credito e ne costituisce perciò il presupposto di esistenza” (p. 176); “non vi è nessun ostacolo logico che impedisca di pensare alla circolazione, anziché alla volontà dell’obbligato, come fattispecie costitutiva dell’obbligazione cartolare” (p. 189);

(viii) Il collegamento fra titolo di credito e mercato esclude che possa qualificarsi come titolo di credito un documento relativo ad un rapporto strettamente individuale; invece “la negoziabilità del documento deve avere una giustificazione commerciale sia per l’emittente sia per il prenditore” (p. 216);

(ix) da qui una rilevanza della tipicità dei titoli circolanti nel mercato; “il criterio della tipicità comporta fundamentalmente, nell’applicazione della disciplina cartolare, la considerazione della funzione specifica di ogni tipo di titolo” (p. 249);

(x) *“Il mercato è un sistema di scambi e pertanto rientrano fra le operazioni di mercato soltanto quegli atti il cui compimento sistematico è capace di dare luogo a una attività di mercato. Non sono atti di mercato né gli atti a titolo gratuito, né gli atti a titolo oneroso compiuti a condizioni antieconomiche”* (p. 550).

In questa ricostruzione dottrinale, che costituisce il punto di arrivo di una riflessione che aveva impegnato tutta la dottrina giuscommercialistica italiana delle generazioni precedenti, colpisce – come notava P.L.R. nel suo scritto citato del 1982 – il fatto che la correttezza dell'impostazione metodologica si traduce poi in una conclusione giusta ma generica: il titolo di credito è tale se esiste un mercato in cui esso circola normalmente.

Questa conclusione, che pur rimane fondamentale, rimane però impostata su una visione sistematica “esterna” del fenomeno, che lascia aperta la soluzione dei problemi concreti di ricostruzione normativa. Quella conclusione è dunque, piuttosto, il punto di partenza dei veri problemi: questi mercati in cui circolano i titoli negoziabili possono essere creati liberamente dall'autonomia privata? e – problema non secondario – la disciplina cartolare può continuare ad essere applicata quando i mercati – in funzione dei quali sono nate e sono state poi legalmente riconosciute certe categorie tipiche di titoli di credito – si esauriscono spontaneamente?

La tesi di Chiomenti era formulata, quaranta anni fa, guardando ad una prospettiva futura di insorgenza di nuovi mercati destinati allo scambio di titoli negoziabili. La realtà avrebbe messo alla prova la teoria di fronte a un fenomeno opposto, quello del regredire e dell'estinguersi dei mercati in cui circolavano i titoli negoziabili della tradizione.

8. *La rivoluzione digitale e l'esaurimento del fenomeno dei titoli cartacei.*

Dopo la stagione delle riflessioni dottrinali che abbiamo sopra evocato, l'intera materia dei titoli di credito è stata pesantemente investita – com'è noto – dalla rivoluzione digitale, che ha reso desueto quell'impiego della carta che era stato il punto di riferimento centrale dell'elaborazione normativa e dottrinale dei secoli precedenti.

Si tratta di un'esperienza che era già annunciata nel tempo in cui quelle riflessioni dottrinali furono prodotte (già allora si preconizzava una futura *paperless society*), ma che è maturata prepotentemente nei decenni successivi.

Nel campo dei mezzi di pagamento le comunicazioni elettroniche sostituiscono rapidamente l'assegno bancario, che è oggi un istituto in via di estinzione (più in generale, è tutta la materia della legittimazione nei pagamenti seriali che vede scomparire la carta, per essere sostituita da bande magnetiche). Nei mercati finanziari si realizza il fenomeno della “dematerializzazione”, ferme restando però le esigenze di sicurezza delle negoziazioni: la circolazione dei valori mobiliari è però fortemente regolamentata e riservata all'azione di

intermediari autorizzati⁷. Anche nel campo dei titoli rappresentativi di merci si nota il declino della mobilitazione cartolare delle merci stesse⁸.

Il controllo elettronico della circolazione consente anche di prospettare nuove soluzioni, in cui la sicurezza della circolazione, anziché essere affidata a meccanismi decentrati, quali l'opponibilità delle eccezioni e l'acquisto *a non domino*, che possono comportare il sacrificio irreversibile dell'interesse di un soggetto incolpevole coinvolto nella singola vicenda circolatoria anomala, possono essere sostituiti da meccanismi di assicurazione collettiva della certezza della circolazione.

9. *Dematerializzazione e circolazione intermediata nei mercati finanziari.*

Molti, all'apparire del fenomeno della c.d. dematerializzazione, hanno affermato che esso dava luogo ad una continuità, e non ad una interruzione della disciplina cartolare: il titolo cartaceo era sì sostituito dal titolo in formato elettronico, ma la circolazione rimaneva sostanzialmente analoga a quella già conosciuta⁹.

Questa idea sembrava confermata nei testi normativi: dall'art. 33 del d.lgs. 213/1998 (oggi abrogato) alle attuali disposizioni degli artt. 83-*bis* e ss. del TUF, costruite sulla falsariga delle tradizionali regole sull'opponibilità delle eccezioni e dell'acquisto *a non domino*.

Queste norme hanno dato luogo, peraltro, ad una disciplina innovativa rispetto alla tradizionale cartolare: le eccezioni "reali" della tradizione sono, in realtà, sostituite dalle eccezioni "comuni" a tutti i titolari dei diritti seriali (art. 83-*septies* TUF), cioè fondate sulle regole generali che stanno a base dell'emissione del titolo, e che sono dettagliatamente dettate dalla regolazione dei mercati finanziari.

Anche il problema della libertà di emissione è ormai disciplinato, nel senso che si tratta di una "libertà" riservata ai soggetti legittimati per legge all'emissione di strumenti finanziari negoziabili ed inquadrata nella regolazione amministrativa del fenomeno.

Non si è formato un contenzioso significativo nella circolazione dei titoli di credito dematerializzati. Segno che il sistema, con la responsabilizzazione degli intermediari finanziari come titolari esclusivi della funzione di attuare la circolazione degli strumenti finanziari, funziona bene.

I conflitti nella circolazione insorgono ancora sporadicamente, ma solo dove è ancora in gioco la carta. Ma qui l'applicazione della disciplina cartolare appare sempre meno giustificata, proprio per l'episodicità dei fenomeni coinvolti e per la mancanza di un mercato

⁷ Sulla vicenda normativa v., fondamentalmente, M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁸ Cfr. N. DE LUCA, *Titoli rappresentativi*, in *Treccani - Diritto on line 2012*: "Ormai da tempo l'impiego dei titoli rappresentativi di merci registra un declino. Le ragioni di questo fenomeno (che, com'è stato precisato, costituisce razionalizzazione nell'impiego dei titoli) sono state ravvisate nell'accresciuta velocità dei trasporti, che rende meno urgente la necessità di disporre delle merci in transito, e nella sempre più frequente coincidenza tra destinatario e caricatore. Per i titoli di deposito, si tratterebbe invece di un fenomeno soprattutto italiano, conseguente all'allontanamento dei nostri porti dalle rotte commerciali internazionali... Con la conseguenza che ai titoli computerizzati negoziabili si applica esclusivamente la disciplina generale: quella della cessione ordinaria, in relazione alla circolazione; quella contrattuale, in relazione alle eccezioni opponibili".

⁹ In tal senso, oltre al mio scritto del 1972, sopra citato, v., p.e., M. CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, in *I titoli di credito*, nel *Trattato di diritto commerciale* dir. da G. Cottino, VII, Cedam, Padova, 2006, 107 ss.

in cui i titoli d'investimento cartacei circolino regolarmente e che, come tale, debba essere protetto. Ciò spiega perché, secondo una tesi (ancora) di minoranza, ma dotata di razionalità¹⁰, deve ormai essere negata la qualificazione come titoli di credito ai titoli d'investimento cartacei residui, che non sono normalmente negoziati nei mercati finanziari. Più in generale, è stato sostenuto in modo convincente che la tradizionale disciplina cartolare deve considerarsi completamente superata nella ricostruzione della disciplina della circolazione degli strumenti finanziari nei mercati finanziari regolamentati¹¹. Dalla centralità dei titoli negoziabili e dell'esigenza di protezione dell'acquirente di buona fede si passa alla centralità dei servizi di investimento e all'esigenza di protezione dell'investitore nei confronti di emittenti e intermediari.

In effetti, la disciplina cartolare di tutela dell'acquirente di titoli di massa aveva una precisa funzione economica in un mondo in cui esisteva un mercato di scambi interpersonali di titoli al portatore, che aveva bisogno di un elevato livello di sicurezza di detti scambi per potere funzionare. In quella prospettiva, l'interesse alla stabilità dell'ultima operazione di scambio prevaleva sugli altri interessi in gioco, perché forniva assicurazione alla continuità delle operazioni future. Così, nel bilanciamento degli interessi in gioco, era sacrificato l'interesse di chi, nella sequenza delle operazioni, aveva subito uno spossessamento irregolare, e quindi rimaneva “con il cerino acceso in mano”, e onerato dell'esercizio e dei rischi delle azioni di responsabilità contro i soggetti che all'irregolarità circolatoria avevano dato luogo.

Si trattava però di una soluzione in certo senso “primitiva”, che concentrava il rischio degli incidenti di circolazione sul patrimonio privato di uno dei soggetti partecipanti al fenomeno, che poteva non essere personalmente responsabile dell'incidente stesso, né in grado di adottare misure efficaci per prevenirlo.

Nel momento in cui la circolazione non è fatta più di scambi interpersonali “fra pari”, ma è fatta di ordini di vendita o acquisto che l'interessato rivolge ad un intermediario autorizzato, il rischio degli incidenti di circolazione può essere più razionalmente veicolato nella disciplina della responsabilità degli intermediari e della relativa copertura assicurativa. Non esiste più un mercato di titoli al portatore circolanti di mano in mano e perde giustificazione una tutela eccezionale del portatore, che poteva dirsi fondata solo in funzione di un acquisto di buona fede in un mercato regolarmente funzionante.

10. *La fine dei titoli cambiari circolanti.*

Queste considerazioni si ripresentano, addirittura con maggior forza, con riguardo ai titoli cambiari, che per secoli erano stati la parte centrale della teoria giuridica dei titoli di credito. In proposito, è stato brillantemente sostenuto¹² che l'intera disciplina cambiaria rimane legata all'antica funzione monetaria dei titoli cambiari, cioè ad un contesto storico in cui i titoli cambiari circolavano effettivamente come strumenti monetari. In quel contesto il titolo

¹⁰ G. GUIZZI, *Il titolo azionario come strumento di legittimazione. La circolazione delle azioni tra diritto cartolare, diritto comune e diritto del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹¹ Cfr. Ma. LEHMANN, *Finanzinstrumente. Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

¹² J.S. ROGERS, *The End of Negotiable Instruments. Bringing Payment Systems Law Out of the Past*, Oxford University Press, 2012.

cambiarario costituiva una grandiosa invenzione del diritto comune europeo, che consentiva di ampliare la base monetaria a disposizione delle attività produttive, mediante un meccanismo di distribuzione decentrata del rischio, che concentrava lo stesso in capo a chi, per sfortuna o per colpa, avesse emesso o negoziato il titolo senza il supporto di una valida operazione commerciale.

Si realizzava così, ancor più che nel mercato dei titoli al portatore, una concentrazione del rischio basata sul criterio del “cerino acceso”, spesso iniqua ma razionale (i.e. economicamente efficiente) nel periodo storico in cui fu concepita, ma oggi incomprensibile, in un contesto in cui è tecnicamente possibile la tracciabilità di tutte le operazioni di pagamento e i rischi inerenti alle disfunzioni delle singole operazioni economiche possono essere più razionalmente trattati con i normali rimedi contrattuali. La stessa pratica dello sconto di carta commerciale, che ha alimentato l’idea della normalità delle negoziazioni di cambiali anche quando queste avevano perduto la funzione di mezzi di pagamento, è oggi fortemente recessiva e comunque non appare come espressione di un mercato in cui vengono offerte e accettate cambiali, bensì come un momento del rapporto complessivo cliente-banca, all’interno del quale vanno ricercati eventuali rimedi a situazioni disfunzionali. La funzione di garanzia decentrata, fornita per secoli dalle obbligazioni cambiarie di regresso, è oggi sostituita – in modo più razionale quanto all’allocazione dei rischi delle operazioni – dai contratti di garanzia (bancari e non) a prima richiesta.

In una parola, può dirsi che i titoli cambiarari, al giorno d’oggi, non sono più “destinati alla circolazione”, ma, quando ancora usati, esauriscono la loro funzione nell’ambito di operazioni bilaterali cliente-banca. Ciò spiega perché il divieto di negoziazione degli assegni bancari, ormai praticamente imposto in Italia da circa un decennio¹³, sia stato accettato nella prassi senza far nascere alcun problema.

11. *Riflessioni conclusive.*

In realtà, il fenomeno che ha investito i mercati dei titoli di credito riflette una più generale trasformazione dei mercati, che connota tutta l’economia contemporanea. I mercati sono sempre meno luoghi in cui avvengono scambi volontari “fra pari”, e diventano sempre più luoghi in cui determinate imprese offrono i loro prodotti o servizi, con modalità standardizzate, a potenziali utilizzatori, che esercitano la loro libertà di scelta fra le diverse offerte presenti nel mercato.

Ad una situazione in cui la circolazione di titoli negoziabili fra “pari” (cioè fra soggetti privati esercitanti la propria libertà contrattuale) consentiva di realizzare, a livello sistemico, funzioni economiche di investimento, di credito e di pagamento, si è sostituita una situazione in cui diverse imprese specializzate offrono servizi di investimento, di credito o di pagamento, e gli utilizzatori che accedono a tali servizi sono tutelati da rimedi contrattuali specificamente previsti dalla legislazione.

La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle imprese specializzate diviene lo strumento fondamentale su cui si regge il normale funzionamento di questi mercati, mentre

¹³ V. art. 49, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, e ss.mm.ii.

la tecnica della circolazione di titoli e dell’allocazione “casuale” dei rischi appare completamente desueta.

Il fenomeno del “commiato dai titoli di credito”, che la dottrina ha in vario modo celebrato¹⁴, non va inteso soltanto come abbandono dello strumento cartaceo, sulla linea di quella *e-substitution* che porta ovunque (dalle comunicazioni postali alle ricette mediche, ecc.) al superamento della trasmissione di strumenti cartacei mediante l’impiego di strumenti di comunicazioni elettroniche, pur nella costanza delle strutture contenutistiche fondamentali della comunicazione. Quello che è avvenuto è un fenomeno più radicale, di scomparsa dei mercati in cui circolavano i titoli cartacei negoziabili: le funzioni economiche un tempo svolte da questi mercati sono ormai svolte da imprese specializzate nei diversi servizi e i conflitti d’interessi che nascono nello svolgimento di tali servizi sono affrontati nell’ambito di discipline contrattuali bilaterali.

In tale contesto, non scompare solo la carta, per essere sostituita da messaggi telematici, ma scompare il concetto stesso di titolo negoziabile, liberamente circolante di mano in mano al fine di realizzare risultati di creazione di nuova ricchezza; e scompare anche la funzione di legittimazione tradizionalmente svolta dal titolo cartaceo, per essere sostituita da più sicuri strumenti di identificazione telematica del soggetto legittimato a ricevere una certa prestazione.

In tale contesto riemerge come normale l’inquadramento contrattuale dei diversi fenomeni, anche se poi si moltiplicano le discipline speciali di dettaglio degli stessi; la scomparsa dei titoli negoziabili (e dei titoli di legittimazione) non si accompagna al riemergere delle generali discipline contrattuali, rispetto alle quali la disciplina cartolare costituiva profonda deroga, bensì dall’emergere di una pluralità di regolazioni di dettaglio applicabili ai rapporti nascenti dalle diverse attività d’impresa che producono i diversi servizi.

Questa prospettiva è ben presente nel senso comune: pur dove la carta ancora esiste, e ancora riveste una funzione di legittimazione, essa viene inquadrata istintivamente come documento probatorio di un rapporto contrattuale, piuttosto che come bene mobile virtuale, dotato di proprio valore¹⁵.

¹⁴ L’espressione, che è stata coniata dal giurista svizzero A. MEIER-HAYOZ in un celebre saggio del 1986 sul fenomeno della dematerializzazione dei valori mobiliari, è oggi brillantemente illustrato da P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*³, Giappichelli, Torino, 2012. Già dal titolo del volume emerge la crisi delle funzioni di tutela della circolazione e di legittimazione solutoria, svolte tradizionalmente dai titoli di credito.

¹⁵ In proposito è interessante ricordare una vicenda giurisprudenziale di qualche anno fa, causata da un’emissione irregolare, da parte dell’Istituto Poligrafico dello Stato, di una serie di schede del gioco “Gratta e Vinci”: le schede risultavano apparentemente vincenti, ma dal controllo effettuato mediante una matrice crittografata presente sulla scheda, risultava l’errore nella configurazione della scheda, sicché l’amministrazione emittente si rifiutava di pagare i premi apparentemente dovuti, rifacendosi alle disposizioni del regolamento di emissione, che era stato regolarmente pubblicato.

Di fronte alle numerose domande giudiziarie di pagamento dei premi, la giurisprudenza ha dato sistematicamente ragione all’amministrazione emittente, inquadrando la fattispecie esclusivamente nella prospettiva contrattuale dei rapporti di gioco e solo fuggacemente accennando, qualche volta, all’impossibilità, ritenuta intuitivamente ovvia, di qualificare la scheda come un titolo al portatore. Cfr. Cass.civ., sez. III, 5 marzo 2007, n. 5062; Cass.civ., sez. III, 31 luglio 2006, n. 17458, in *Danno e responsabilità*, 2007, 745 ss., con nota critica di A.P. BENEDETTI. Si noti che anche la nota critica ora citata si incentra sul richiamo al principio di buona

In questa prospettiva, lascia perplessi quel filone di dottrina giuscommercialistica che, anche nel corso dell'ultimo decennio, ha prodotto apprezzabili trattazioni manualistiche¹⁶ e monografiche¹⁷ sulla materia dei titoli di credito, considerando la materia come una sorta di "realtà normativa", dotata di vita propria anche in presenza di una realtà socioeconomica che denota l'esaurimento di quei fenomeni, per disciplinare i quali quella normativa era stata concepita.

In conclusione, può riconoscersi che tutto lo sviluppo della teoria dei titoli di credito ha dato luogo ad una grande vicenda culturale, che si presenta tuttavia in chiaroscuro: i cultori del diritto commerciale la hanno tradizionalmente affrontata più con l'intento di legittimare la "novità" dell'istituto rispetto alla dogmatica civilistica tradizionale, che con l'attenzione alla realtà empirica, che pur contemporaneamente professavano come fondamentale canone metodologico. Quella dottrina si è trovata dunque spiazzata, quando l'evoluzione storica ha portato al sostanziale esaurirsi del fenomeno regolato e ha trasformato la novità in un relitto storico.

Sotto questo profilo, l'insegnamento fornito dai contributi di Antonio Pavone La Rosa, da cui hanno tratto spunto queste note, è ancora esemplare: scrivendo in un tempo in cui la crisi dell'istituto era appena accennata, egli forniva un monito volto ad evitare le superfetazioni dogmatiche e prendeva le distanze dal mito della negoziabilità del titolo come valore preminente, atto a giustificare un'applicazione estensiva della disciplina cartolare, pur dopo l'inserimento della stessa come disciplina generale del codice civile. In questo senso, la produzione dottrinale di P.L.R. in materia dev'essere ancora considerata come un punto fermo positivo, nello sviluppo delle dottrine in materia.

fede contrattuale, e neanche prende in considerazione l'ipotesi di richiamare il principio di literalità dei titoli di credito.

¹⁶ M. MONTANARI, *I titoli di credito*, Giappichelli, Torino, 2011; P. MENTI, *Ex chartula. Nozioni introduttive sui titoli di credito*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁷ G. TERRANOVA, *I titoli di credito e la struttura delle situazioni soggettive*, Piccin, Padova, 2008; N. DE LUCA, *L'antifattispecie cartolare. Contributo allo studio dei titoli di credito*, in *Banca borsa tit.cred.*, 2017, I, 93 ss.

IL FUTURO PROSSIMO DELLA PROPRIETA' INTELLETTUALE

VINCENZO DI CATALDO*

SOMMARIO: 1. Presentazione del lavoro. – 2. Prossimo adeguamento del diritto nazionale alle ultime direttive dell'Unione Europea. – 3. A livello europeo, le incognite della Brexit. – 4. A livello mondiale: il progetto originario di attuazione ed evoluzione dell'Accordo TRIPS nel senso di una tutela "più forte". – 5. La linea, opposta, di una attenuazione delle rigidità dell'Accordo. Spunti dal grande tema dei "diritti umani". - 6. Alcuni dati testuali tra gli "obiettivi" dell'Accordo ... - 7. ... e tra i "Principi" dell'Accordo. – 8. L'idea di "flessibilità" dell'Accordo. – 9. Coerenza al principio di proporzionalità. – 10. Diritto e politica nella interpretazione dei trattati. – 11. L'idea di un "tetto" alla tutela della proprietà intellettuale. – 12. Ventagli di soluzioni diverse come strumento di creazione di regole migliori.

1. Presentazione del lavoro.

Uno sguardo al futuro, se lo si dà con attenzione, anche se difficilmente ci consente di indovinare davvero quello che poi accadrà, ci consente però di capire meglio il passato e il presente, la nostra storia ed i nostri assetti attuali. "Come nel passato matura il futuro, così nel futuro marcisce il passato"¹. E questo, oltre ad avere una sua specifica utilità pratica, è cosa che, come ogni forma di comprensione, crea curiosità e offre innumerevoli ragioni di interesse.

In questo breve intervento, che guarda al mondo della proprietà intellettuale, distinguerò tre livelli territoriali diversi (il livello nazionale, il livello europeo, il livello mondiale), e darò loro attenzione crescente con il dilatarsi dell'orizzonte spaziale, perché tutto sommato le nostre abitudini mentali operano di solito in termini opposti, e forse, almeno ogni tanto, conviene sovvertirle.

2. Prossimo adeguamento del diritto nazionale alle ultime direttive dell'Unione Europea.

A livello nazionale, il futuro prossimo può sembrare abbastanza scontato. Si attende l'adeguamento della nostra normativa interna alla Direttiva dell'Unione Europea sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (Direttiva n. 2017/943/UE dell'8 giugno 2016. Il termine per l'adeguamento scade il 9 giugno 2018) ed alla terza versione della Direttiva sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchi d'impresa (Direttiva n. 2015/2436/UE del 16 dicembre 2015. Il termine per l'adeguamento scade il 14 gennaio 2019).

È opinione diffusa che questi adeguamenti imporranno al diritto nazionale modifiche tutto sommato di modesto rilievo. Non sono certo che questo sia del tutto vero. Alcune regole, apparentemente di dettaglio, possono avere un impatto consistente. È il caso, ad esempio,

*Professore ordinario, Università di Catania

¹ A. ACHMÀTOVA, *Il novecentotredici*, in *Poema senza eroe e altre poesie*, (trad. it. Carlo Riccio), Einaudi, Torino, 1966, 73.

delle regole sui rapporti tra diritto di marchio e beni in transito². La nuova versione della direttiva si propone di innovare rispetto al contesto di regole oggi dominante, ma il testo della stessa direttiva (e lo stesso sarebbe da dire per i testi nazionali che, come di solito accade, ripeteranno le stesse formule) si presta a letture diverse, tra le quali la scelta diviene delicata e incerta.

3. *A livello europeo, le incognite della Brexit.*

A livello europeo il futuro prossimo si rivela particolarmente nebuloso, essendo legato, come è facile immaginare, agli sviluppi della c.d. Brexit (utilizzo il singolare femminile, perché questa è l'abitudine invalsa. Ma non giurerei che sia anche la forma più corretta).

Per quanto attiene alla proprietà intellettuale, si dovrà decidere del futuro, all'interno del territorio del Regno Unito, dei titoli di proprietà intellettuale (marchi, disegni e modelli, novità vegetali) rilasciati dagli Uffici dell'Unione Europea, chiunque ne sia titolare (e cioè, a prescindere dal fatto che il titolare sia un operatore britannico, un operatore dell'Unione o un operatore di altre parti del mondo). Non è facile immaginare, oggi, a tutto gennaio 2018, se questi assetti a venire saranno regolati da accordi tra il Regno Unito e l'Unione Europea o resteranno privi di specifiche previsioni convenzionali. Circola la voce che la Brexit comporterà la stipula di circa 700 trattati. Non so come sia stato effettuato questo conteggio, ma è difficile pensare che possano essere negoziati, scritti e firmati tutti davvero in un paio d'anni. E per quanto chi studia e tratta la proprietà intellettuale ritiene che questi siano temi importanti, molto importanti, non sembra affatto che i negoziatori ne siano altrettanto convinti, li considerino tra le loro priorità.

Mi sembra abbastanza inutile provare ad immaginare oggi quali potrebbero essere le linee di futuri accordi. La soluzione più logica, probabilmente, sarebbe nel senso che i titoli già rilasciati dall'Unione Europea, nel Regno Unito, siano in qualche modo equiparati (cioè, valgano come) titoli nazionali. Ma non è detto che si andrà in questa direzione, e non è facile immaginare neppure quali potrebbero essere le soluzioni dei problemi su indicati per il caso (tutt'altro che improbabile) che non si stipuli alcun accordo tra Regno Unito e Unione Europea sui punti suddetti³.

Difficile anche immaginare quale sarà il diritto della proprietà intellettuale nel Regno Unito. È certo che i regolamenti comunitari cesseranno di avere vigore nel Regno Unito, e che tutte le norme interne prese in attuazione di direttive dell'Unione potrebbero essere modificate. Verosimilmente la maggior parte di esse non lo sarà, se non altro per inerzia. Ma distinguere oggi quali saranno modificate e quali saranno conservate sarebbe assai difficile.

La Brexit non avrà alcun effetto, invece, sul futuro del brevetto europeo, che non è un titolo rilasciato dall'Unione, ma si basa sulla Convenzione di Monaco del 1973. Di contro, la Brexit

² Mi permetto di rinviare a V. DI CATALDO, *Beni in transito e diritto di marchio*, in *A.I.D.A.*, 2017, 120 ss.

³ Tra tanti si vedano H.P. KUNZ-HALLSTEIN, *Folgen eines "Brexit" für den Vorbestand von einbeitlichen Rechten Geistigen Eigentums*, in *GRUR Int.*, 2017, 33 ss.; S. AHRENS, *Mögliche Konsequenzen des "Brexit" für Schutzrechte des geistigen Eigentums*, in *GRUR Int.*, 2016, 548 ss.

avrà riflessi consistenti, oggi difficilmente prevedibili, su quello strano titolo in progress che è il c.d. brevetto europeo con effetto unitario⁴.

Si potrebbe arrivare ad un'entrata in vigore del pacchetto del brevetto unitario⁵ con il Regno Unito, prima che la Brexit abbia effetto. Ambienti interessati lasciano filtrare previsioni in questa direzione. Per far questo, non occorrerebbe alcuna modifica dei testi esistenti, ma si dovrebbero poi curare modifiche successive non da poco al momento dell'uscita del Regno Unito dall'Unione, sia che si voglia tenere il Regno Unito all'interno del sistema del brevetto unitario, sia che lo si voglia portare fuori. Nel primo caso, occorrerà prevedere che i regolamenti dell'Unione Europea abbiano effetti anche per uno Stato estraneo all'Unione; nel secondo caso, occorrerà modificare i testi in modo da espungere il Regno Unito dalla cerchia dei soggetti coinvolti, e trovare una nuova sistemazione per la sede della Corte che i testi attuali collocano a Londra.

Se, invece, e questo a me sembra più probabile, il pacchetto non entrerà in vigore prima che abbia effetto l'uscita del Regno Unito dall'Unione, occorrerà modificare i testi perché il pacchetto stesso entri in vigore. Le alternative sono più o meno le stesse: il pacchetto del brevetto unitario potrebbe entrare in vigore senza il Regno Unito o con il Regno Unito. Ma entrambe queste soluzioni richiederebbero una preventiva modifica dei testi oggi presenti.

Ciascuna di queste possibili alternative deve fare i conti con il fatto che, come è noto, non è facile acquisire i consensi di tutti gli Stati aderenti alla modifica di accordi convenzionali, e non è facile prevedere i tempi e i dettagli delle modifiche che saranno apportate.

4. A livello mondiale: il progetto originario di attuazione ed evoluzione dell'Accordo TRIPS nel senso di una tutela "più forte".

Maggiore attenzione vorrei dedicare al futuro della proprietà intellettuale a livello mondiale. Non perché questo orizzonte consenta più agevoli previsioni, ma perché esiste oggi, e da alcuni anni, un importante processo evolutivo in corso molto studiato in altri Paesi, ma che il nostro Paese lo ha seguito poco e male. Questa può essere una buona occasione per dare ad esso uno sguardo.

Il terreno da esplorare è quello del dibattito sull'attuazione e sull'evoluzione dell'Accordo TRIPS – International Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (che ha data 15 aprile 1994).

⁴ Questo tema ha già suscitato, comprensibilmente, l'attenzione di studiosi in tutta Europa. Mi limito a citare L. C. UBERTAZZI, *Brexit e brevetto UE*, in *A.I.D.A.*, 2016, 596 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Brexit e brevetto UE*, Giappichelli, Torino, 2017; M. LEISTNER e P. SIMON, *Auswirkungen des Brexit auf das europäische Patentsystem*, in *GRUR Int.*, 2017, 825 ss.; A. OHLY e R. STREINZ, *Can the UK stay in the UPC System after Brexit?*, in *GRUR Int.*, 2017, 1 ss.; I. STJERNA, "Unitary patent" and court system – squaring the circle after the "Brexit" vote, 19 September 2016, in www.stjerna.de; I. STJERNA, "Unitary patent" and court system – The Gordon/Pascoe Opinion and the UPC's incompatibility with Union law, 12 January 2017, in www.stjerna.de; I. STJERNA, "Unitary patent" and court system – The British ratification paradox, 2 February 2017, in www.stjerna.de.

⁵ Questo "pacchetto" comprende il Regolamento n. 1257/2012/UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, il Regolamento n. 1260/2012/UE relativo al regime delle traduzioni, e l'Accordo sul Tribunale unificato dei brevetti del 19 febbraio 2013.

Questo Accordo, come è noto, ha realizzato una armonizzazione senza precedenti delle regole nazionali in materia di proprietà intellettuale in tutti gli Stati membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), cioè, in pratica, in oltre 160 Stati. Tuttavia, la storia di questa armonizzazione si è indirizzata in un senso non pienamente rispondente alle previsioni ed ai desideri, se così si può dire, degli estensori dell'Accordo stesso.

L'idea che stava al centro del progetto TRIPS era quella di creare per il mondo intero (meglio, per i Paesi aderenti all'Organizzazione Mondiale del Commercio) un minimum standard di tutela della proprietà intellettuale, ricalcato sul livello di tutela allora previsto all'interno dei paesi maggiormente industrializzati, e identico per tutti⁶, seppur compatibile con regole nazionali diverse, purché, appunto, rispettose dello standard.

A questo principio di minimum standard l'Accordo TRIPS aggiungeva una regola di libertà di una tutela più forte (art. 1.1). Questa previsione era il frutto palese di una generica convinzione che la disciplina della proprietà intellettuale, nei paesi industrializzati, si sarebbe evoluta nel senso di una corsa (infinita?) verso una “maggiore” tutela, e che questa maggiore tutela avrebbe poi dovuto in qualche modo coinvolgere anche (grazie a nuove future convenzioni, bilaterali o plurilaterali) i paesi meno industrializzati.

Questo programma è stato posto in attuazione già all'indomani dalla stipula dell'Accordo. Si è assistito, nei primi anni successivi alla sua entrata in vigore, alla formalizzazione di una serie molto articolata di convenzioni, prevalentemente bilaterali, negoziate tra U.S.A., Canada, Unione Europea e/o Paesi europei, da un lato, Paesi meno sviluppati dall'altro, che sono state nel loro insieme denominate accordi TRIPS-Plus. Questa etichetta indica che essi hanno imposto, agli Stati sottoscrittori, di introdurre nel proprio diritto interno regole di tutela della proprietà intellettuale aggiuntive, e in vario senso “più forti”, rispetto a quelle proposte dal minimum standard dell'Accordo TRIPS⁷. Questa ondata di trattati TRIPS-Plus, tuttavia, sembra oggi sostanzialmente esaurita.

Nella stessa prospettiva di ricerca di una tutela “più forte” della proprietà intellettuale, i Paesi maggiormente industrializzati hanno anche puntato al varo di una nuova convenzione multilaterale, denominata ACTA, tendenzialmente globale, come l'Accordo TRIPS, che diffondesse in tutto il mondo un nuovo e più avanzato modello di tutela della proprietà intellettuale. Non è possibile riassumere in poche battute le innovazioni presenti in questo testo; il dato forse più appariscente è, in esso, il tentativo di dare uno spazio notevolmente più ampio alla tutela penale. Questo nuovo accordo, tuttavia, non è stato sottoscritto. Decisiva, in questo senso, è stata, probabilmente, la posizione assunta, proprio nei paesi industrializzati, da vasti strati dell'opinione pubblica e dai circoli di studiosi e operatori interessati, che hanno osteggiato la stipula, non solo perché ne ritenevano largamente non condivisibili lo spirito e le regole, ma, anche, perché (cosa francamente intollerabile) il negoziato era stato condotto nella più assoluta segretezza, e i testi progettuali sono rimasti a lungo del tutto

⁶ Per tutti si veda N. PIRES de CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, Kluwer, London, 2002, 54 ss.

⁷ La letteratura in materia è assai ampia. Per una prima indicazione, parziale ma attenta e dettagliata, si veda H. RANGEL-ORTIZ, *Patent and trademark rights in commercial agreements entered by the United States with Latin American Nations in the first decade of the twenty-first century: Divide et vinces*, in G. GHIDINI, R. PERITZ, M. RICOLFI (eds), *TRIPS and Developing Countries*, Elgar, Cheltenham, 2014, 72 ss.

inaccessibili. Certo, l'abbandono formale del progetto ACTA non esclude che le sue previsioni possano ancora, anche solo in parte, essere riprese da un altro testo convenzionale di nuova concezione⁸. Oggi, però, l'orizzonte non sembra favorevole a questa ripresa.

E così, la conclusione della parabola degli accordi TRIPS-Plus, da un lato, e, dall'altro, l'abbandono del progetto ACTA, segnano una battuta d'arresto (il futuro dirà se momentanea o definitiva) del progetto di evoluzione post-TRIPS che sembrava elaborato a metà degli anni Novanta del secolo scorso.

5. La linea, opposta, di una attenuazione delle rigidità dell'Accordo. Spunti dal grande tema dei "diritti umani".

In contemporanea a questo tentativo di "rafforzamento" della tutela della proprietà intellettuale, progettato, avviato per qualche anno e poi (almeno, a tutt'oggi) abbandonato, dai paesi più evoluti, i paesi meno sviluppati hanno dato vita, con un esito molto diverso, ad un movimento per così dire in senso opposto, nel senso di puntare ad una qualche "attenuazione" delle regole dell'Accordo TRIPS e ad una qualche riduzione delle sue rigidità.

Questo movimento per l'attenuazione si è via via irrobustito nel tempo, e la cosa non è strana, via via che si indeboliva il movimento per il rafforzamento delle tutele. Esso si è mosso utilizzando, per quanto a me pare, due distinte linee di sviluppo, una per così dire esterna al diritto della proprietà intellettuale (la progressiva emersione del rilievo dei diritti umani), ed una, invece, interna a questo stesso campo (la crescente consapevolezza del fatto che più tutela non produce necessariamente più sviluppo).

La prima linea di sviluppo muove dalla grande attenzione che il dibattito mondiale degli ultimi anni ha prestato al tema dei diritti umani. Questo tema è stato ripetutamente posto a contatto con la disciplina della proprietà intellettuale, ed è stato visto (anche) come fattore di "mitigazione" delle rigidità della proprietà intellettuale⁹. In questa direzione si sono sfruttate, sul piano testuale, alcune note presenti nell'Accordo TRIPS, ma in esso probabilmente inserite, a suo tempo, senza una specifica consapevolezza della portata che avrebbero potuto acquisire, e, potrebbe oggi dirsi, forse solo per ragioni di "correttezza politica". Note che, tuttavia, rispetto alla motivazione storica dell'Accordo, potevano acquisire, e stanno forse acquisendo, una portata davvero "eversiva".

6. Alcuni dati testuali tra gli "obiettivi" dell'Accordo ...

⁸ P.G. JAEGER, *Merging ACTA into TRIPS: Does TRIPS-Based IP Enforcement Need Reform?*, in H. ULLRICH, R. HILTY, M. LAMPING e J. DREXL (eds), *TRIPS plus 20. From Trade Rules to Market Principles*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2016, 621 ss.

⁹ In tema, da ultimo, si veda K.D. BEITER, *Establishing Conformity Between TRIPS and Human Rights: Hierarchy in International Law, Human Rights Obligations of the WTO and Extraterritorial State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in H. ULLRICH, R.M. HILTY, M. LAMPING e J. DREXL (eds), *TRIPS plus 20. From Trade Rules to Market Principles*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2016, 133 ss. Si vedano anche gli scritti raccolti nel volume collettaneo a cura di C. GEIGER (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Elgar, Cheltenham, 2016. Il termine "mitigare" è utilizzato da C.M. CORREA, *Mitigating the impact of intellectual property in developing countries through the implementation of human rights*, nel volume da ultimo citato, 201 ss.

Questi dati testuali possono essere rintracciati in alcuni principi e obiettivi dell'Accordo, e, soprattutto, nel concetto di flessibilità, espressamente menzionato dall'Accordo.

L'Accordo TRIPS identifica i propri "obiettivi" nell'art. 7, che così recita: "La protezione e il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale dovrebbero contribuire alla promozione dell'innovazione tecnologica nonché al trasferimento e alla diffusione di tecnologia, a reciproco vantaggio dei produttori e degli utilizzatori di conoscenze tecnologiche e in modo da favorire il benessere sociale ed economico, nonché l'equilibrio tra diritti e obblighi".

Non occorre il supporto di specifiche indagini storiche per affermare che l'evoluzione delle regole della proprietà intellettuale ha sempre tenuto presenti l'interesse alla promozione dell'innovazione, il vantaggio dei produttori di tecnologie, il benessere economico generale. Sicuramente minore è stata in passato (anzi, alcuni potrebbero dire che è stata del tutto assente) l'attenzione per la promozione della diffusione delle tecnologie, per l'interesse degli utilizzatori di tecnologie altrui, per il benessere sociale. Un problema di equilibrio tra diritti e obblighi non compare certo tra i temi centrali della storia fin qui svoltasi, soprattutto in sede transnazionale. In conclusione, l'art. 7 dell'Accordo TRIPS, se preso sul serio, può proporre una modifica non minima degli equilibri del settore, suggerendo uno spostamento del baricentro della proprietà intellettuale un po' più (o molto più) vicino ad una serie di interessi fin qui sentiti come estranei o marginali.

7. ... e tra i "Principi" dell'Accordo.

I "principi" dell'Accordo TRIPS sono esposti dall'art. 8. Il primo comma attribuisce agli Stati membri un generale potere di adottare, in sede di attuazione dell'Accordo, le "misure necessarie ad assicurare la tutela dell'alimentazione e della salute pubblica e a promuovere il pubblico interesse in settori d'importanza fondamentale per il loro sviluppo socioeconomico e tecnologico".

La norma indica, come condizione di legittimità di queste misure, che esse "siano compatibili" con le disposizioni dell'Accordo. Ma il requisito della compatibilità è stato inteso, sia pure a seguito di un dibattito piuttosto intenso, in termini molto ampi; ad esempio, lo si è inteso come sostanzialmente non ostativo in riferimento a misure motivate da situazioni emergenziali (carestie, epidemie).

Il secondo comma dell'art. 8 consente (e forse impone) agli Stati membri di adottare "misure appropriate ... per impedire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale". Come è noto, una qualche attenzione verso l'abuso di diritti di proprietà intellettuale è storicamente estranea al passato della proprietà intellettuale, ed è maturata solo negli ultimi anni¹⁰. Inoltre, essa ha trovato spazio all'interno del diritto antitrust, quindi in un contesto di regole che esige la presenza di note (prima tra tutti, quella che il common law chiama "market power") non sempre presenti nella comune esperienza della proprietà intellettuale. Anche questo comma, quindi, rappresenta (o potrebbe rappresentare) un passo avanti per un sistema più equilibrato.

¹⁰ Tra tanti si vedano J. DREXL, *Deceptive Conduct in the Patent World: a Case for US Antitrust and EU Competition Law?*, in *Patents and Technological Progress in a Globalized World. Liber Amicorum Joseph Straus*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2009, 137 ss., e M. KORT, *Intellectual Property and Article 82 EC*, ivi, 157 ss.

8. *L'idea di "flessibilità" dell'Accordo.*

Ma forse il dato dell'Accordo TRIPS che ha giocato il ruolo più importante, fin qui, è l'idea di "flessibilità".

Questa parola, "flessibilità", compare nella parte finale del prologo dell'Accordo, ove si sottolinea, con enfasi verbalmente notevole, che l'Accordo riconosce "le speciali esigenze dei paesi meno avanzati Membri, cui occorre accordare la massima flessibilità nell'attuazione interna di leggi e regolamenti onde consentir loro di crearsi una base tecnologica solida ed efficiente". In questo testo non è banale sottolineare, altresì, l'aggettivo "massima", che accompagna il sostantivo "flessibilità", e ne accentua il rilievo.

Questa idea propone, in qualche modo, e in un contesto piuttosto incerto, una suddivisione delle regole dell'Accordo TRIPS in regole veramente di primo grado, come espressione di principi irrinunciabili, e regole per così dire di secondo grado, imperative anch'esse, ma suscettibili di depotenziamento in un contesto che possa giustificare una loro qualche compressione. L'idea di flessibilità, in fondo, esprime un principio di tolleranza verso regole diverse da quelle proposte come modello comune dall'Accordo TRIPS, quando la deroga sia condizione essenziale per il raggiungimento di obiettivi che in quel momento e per quello Stato possono essere considerati prioritari.

In derivazione da questo principio, l'Accordo prevede poi, nelle singole Sezioni, possibili "eccezioni" al regime di minimum standard che ciascuno Stato è obbligato ad introdurre nel proprio diritto interno. L'art. 13 prevede "limitazioni ed eccezioni" rispetto alle regole obbligatorie per il diritto d'autore ed i diritti connessi; l'art. 17 prevede "eccezioni" rispetto alle regole obbligatorie per il diritto dei marchi; l'art. 24, intitolato "Negozianti internazionali. Eccezioni", prevede possibili deroghe di futuri trattati in tema di indicazioni geografiche; l'art. 26, intitolato "Protezione", prevede, al comma 2, possibili "eccezioni" rispetto alla tutela dei disegni industriali; e l'art. 30 prevede "eccezioni ai diritti conferiti" dai brevetti per invenzioni.

In realtà, nessuno degli articoli sopra elencati identifica direttamente le eccezioni che potrebbero ritenersi consentite. Ciascuno di essi permette che il singolo Stato costruisca proprie eccezioni, sia pure "limitate" (artt. 17, 26, 30), o prevede che eccezioni possano farsi "in taluni casi speciali" (art. 13), in limitate serie di ipotesi delineate genericamente, ma sempre in termini notevolmente restrittivi.¹¹ Ad esempio, in essi si dice che gli Stati possono derogare alle regole dell'Accordo solo introducendo "eccezioni che non siano indebitamente in contrasto con un normale sfruttamento" del diritto di esclusiva (così l'art. 13, per il diritto d'autore, l'art. 26, per i disegni industriali, e l'art. 30, per il brevetto) "e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare" del diritto (così l'art. 13 per il diritto d'autore. Sostanzialmente identica la formula dell'art. 30 per i brevetti).

In realtà, è difficile dire che ciascuna delle norme indicate, nella sua lettera, davvero voleva aprire ampi spazi in deroga. Al contrario, probabilmente sarebbe corretto dire che ciò

¹¹ Una struttura particolare ha la regola espressa dall'art. 24 in tema di indicazioni geografiche, settore per il quale la disciplina obbligatoria dell'Accordo TRIPS è particolarmente esigua. L'art. 24 (intitolato, come si è detto, "Negozianti internazionali. Eccezioni"), non prevede eccezioni agli obblighi imposti dall'Accordo, ma, al contrario, individua taluni specifici obblighi che dice non imposti dall'Accordo stesso.

che esse volevano consentire è davvero molto poco. Si ha l'impressione, difficile da verificare sul piano storico, che i redattori dell'Accordo volessero fornire un ampio ossequio verbale all'idea di flessibilità nel prologo, salvo poi a ridurre queste flessibilità all'elenco di limitatissime eccezioni consentite dalla disciplina delle singole sezioni.

Non credo sia molto importante, oggi, verificare la fondatezza dell'ipotesi ora formulata. Quello che è certo è che la storia è andata in un altro senso. Si è progressivamente accentuata la consapevolezza del peso delle condizioni socioeconomiche locali, e, soprattutto, la consapevolezza della legittimità di ogni intervento normativo in presenza di pericoli per i beni fondamentali della vita, della alimentazione, della salute.

In questo processo, momento fondamentale è stato la Dichiarazione di Doha del 14 novembre 2001 sull'Accordo TRIPS e la salute pubblica¹², sottoscritta a chiusura di un negoziato lungo, delicato e complesso. Questo testo, tra l'altro, per quanto qui interessa, riconosce la gravità dei problemi di salute pubblica che affliggono molti paesi meno sviluppati, specialmente dei problemi collegati alle epidemie di HIV/AIDS, tubercolosi e malaria; riconosce che l'Accordo TRIPS non impedisce agli Stati di prendere misure di protezione della salute pubblica, e deve essere interpretato in modo da consentire agli Stati di proteggere la salute pubblica e di promuovere l'accesso di tutti ai farmaci; riafferma il diritto degli Stati di usare nel modo più ampio le previsioni dell'Accordo TRIPS che a questo fine prevedono flessibilità; riconosce il diritto di ciascuno Stato a stabilire cosa costituisca una emergenza nazionale o altra situazione di estrema urgenza, e dichiara comunque tali quelle relative a HIV/AIDS, tubercolosi, malaria.

Prima e dopo la Dichiarazione di Doha, anche i panels del WTO¹³, chiamati a risolvere le controversie tra Stati sull'attuazione dell'Accordo, hanno preso a valorizzare progressivamente la flessibilità, facendone strumento che più volte ha consentito loro di legittimare regole nazionali forse non coerenti al minimum standard dell'Accordo TRIPS, ma suscettibili di una giustificazione in vista di esigenze locali che avessero un impatto di qualche rilievo sui valori fondamentali su indicati: vita, alimentazione, salute.

9. Coerenza al principio di proporzionalità.

Questa espansione dell'idea di flessibilità è stata probabilmente favorita dalla sua coerenza al principio di proporzionalità, che è progressivamente diventato uno dei cardini del

¹² Per un primo commento alla Dichiarazione di Doha si veda N. PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, Kluwer, London – The Hague – New York, 2002, 125 ss.

¹³ In questo senso già il *Panel* WTO nel caso *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, su cui si veda N. PIRES de CARVALHO, (nt. 6), 220 ss. Nel caso, l'Unione Europea aveva contestato la non conformità all'Accordo TRIPS di due norme di legge canadesi le quali consentono a chiunque di utilizzare l'invenzione brevettata altrui, senza il consenso del titolare del brevetto, al fine di sottoporre un proprio farmaco alla procedura di autorizzazione amministrativa all'immissione in commercio, e consentono la produzione e lo stoccaggio di prodotti costituenti contraffazione di un brevetto altrui negli ultimi sei mesi di vita del brevetto, in vista della loro commercializzazione dopo la scadenza del brevetto stesso. Il *Panel* ha ritenuto la prima norma non in conflitto con l'Accordo TRIPS, ed ha invece ritenuto la seconda non compatibile con l'Accordo.

diritto internazionale moderno, e che si impone come espressione dell'idea di ragionevolezza, dalla quale nessun diritto può discostarsi senza danni.

In questo senso, uno sfruttamento pieno e maturo dell'idea di flessibilità, come agancio alla ragionevolezza, non è interesse solo dei paesi meno sviluppati, che sono stati di fatto il motore della sua progressiva accettazione. Al contrario, è interesse anche (e, direi, soprattutto) dei paesi maggiormente sviluppati.

Solo la flessibilità, infatti, consente di trovare il bilanciamento tra vari interessi, che è dato essenziale di un assetto normativo equilibrato. E la flessibilità crea e stimola la concorrenza tra ordinamenti, ed accresce le chances di costruzione di regole migliori, in vista, eventualmente, della loro comunicazione da un paese ad un altro.

10. Diritto e politica nella interpretazione dei trattati.

L'inserimento dell'idea di flessibilità sul terreno dell'interpretazione dell'Accordo TRIPS ha aperto la porta all'ingresso di una serie di problemi ulteriori. Ci si deve chiedere, infatti, e ci si è chiesti, quali siano i limiti alla flessibilità, quali flessibilità siano consentite e quali no. Si deve, ovviamente, evitare un uso "disfunzionale" della flessibilità, cioè un uso che porti a regole nazionali capaci di deprimere il corso dello sviluppo tecnologico senza un serio apporto al benessere sociale ed economico del paese¹⁴.

Questi interrogativi hanno un profilo tecnico preciso ed evidente. L'Accordo TRIPS, come ogni convenzione internazionale, deve essere interpretato alla luce della Convenzione di Vienna sulla interpretazione dei trattati¹⁵. In questa prospettiva, dal momento che la Convenzione di Vienna certamente (se si vuol provare a coglierne lo spirito in poche battute) non incoraggia letture "creative" di testi convenzionali, o letture che si pongano come volutamente "evolutive" rispetto al testo scritto, gli spazi di manovra rispetto all'Accordo TRIPS sembrano piuttosto ridotti.

Ma è anche evidente che questo tema è interessato da un forte profilo politico, che può imporsi sul dato puramente tecnico. Le vicende degli ultimi anni evidenziano la presenza di una sicura volontà di molti paesi (prevalentemente, ma non solo) meno sviluppati, di chiudere la corsa verso un continuo rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale, e di procedere con una selezione più attenta delle sue linee di sviluppo; evidenziano anche una relativa tolleranza di questo approccio da parte di molti paesi sviluppati, o, quanto meno, di alcuni ambienti di paesi sviluppati.

¹⁴ Per l'analisi di una esperienza concreta di questo tipo si veda V. DI CATALDO, *The Argentine Guidelines for the Examination of Chemical and Pharmaceutical Patent Applications. Long-term Effects on Inventive Activity and Compliance with the TRIPS Agreement*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, rivista telematica, 2016, fasc. 2, 1 ss. e in *A.D.I. – Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2016-2017, 117 ss.

¹⁵ La Convenzione di Vienna è ancora in vigore nel testo del 1969. Un nuovo testo, che in buona parte riprende il precedente, è stato sottoscritto nel 1986, ma non è entrato in vigore. Sulla Convenzione di Vienna si vedano O. CORTEN e P. KLEIN (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford Univ. Press, 2011; O. DÓRR e K. SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2011, e V. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2011.

11. *L'idea di un "tetto" alla tutela della proprietà intellettuale.*

Una delle nuove idee più compiutamente suggerita, e certamente una delle più interessanti, è quella che propone di sostituire, o quanto meno di accompagnare, ad una lettura dell'Accordo TRIPS come sistema di minimum standard, una interpretazione che ravvisa, in talune regole dell'Accordo stesso, l'idea, opposta, di un tetto alla tutela della proprietà intellettuale¹⁶. In questa prospettiva, che, ove venisse davvero a dischiudersi, con molta probabilità tenderebbe poi a svilupparsi in termini espansivi, l'Accordo, lungi dal consentire agli Stati regole nazionali più forti di quelle previste dal suo minimum standard, precluderebbe agli Stati di superare, almeno in alcune direzioni, i livelli di tutela convenzionalmente fissati.

In questo emerge la seconda linea di sviluppo del movimento di abbandono dell'idea che l'Accordo TRIPS abbia dato vita ad un minimum standard suscettibile di continua ulteriore evoluzione nel senso di sempre maggior tutela. Questa è una linea di sviluppo sostanzialmente interna al campo della proprietà intellettuale, e la sua radice è un dato cui ho già fatto cenno: la perdita di fiducia nell'idea che una corsa verso una proprietà intellettuale sempre più forte risponda davvero all'interesse allo sviluppo. Tutt'al contrario, tende a diffondersi l'idea opposta, che, almeno in alcuni casi e in riferimento ad alcuni profili della disciplina, più tutela può dare meno sviluppo, e quindi andrebbe evitata.

L'eccesso di tutela non è un problema solo per i paesi meno sviluppati, lo è anche (anzi: lo è soprattutto) per i paesi sviluppati. E la consapevolezza dell'interesse dei paesi sviluppati ad evitare eccessi di tutela, compiutamente espressa da alcuni¹⁷, emerge, sia pure un po' confusamente, da vari profili del dibattito mondiale. In particolare, dalla discussione di tematiche quali quelle dell'*evergreening*, dei *patent thickets*, dei *patent trolls*, degli usi sperimentali, che variamente sollecitano, all'interno di cerchie sempre più ampie, anche e soprattutto nei paesi evoluti, un qualche depotenziamento delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale¹⁸.

In questa prospettiva, diventa necessario distinguere, all'interno dell'Accordo TRIPS, le norme di minimum standard dalle norme di maximum standard. E una stessa norma potrebbe valere in entrambi i sensi. Il dato letterale può dare indicazioni importanti, ma, come sempre, non è il solo dato rilevante.

Ad esempio, la regola sulla durata del diritto di brevetto (art. 33: "La durata della protezione concessa non può terminare prima della scadenza di un periodo di 20 anni computati dalla data del deposito"), che testualmente si propone come norma di minimum standard, nel senso che essa vieta agli Stati di attribuire al brevetto una durata più breve di venti anni, potrebbe essere letta anche come norma di maximum standard, e allora vieterebbe agli Stati (anche) di prevedere una durata più lunga.

¹⁶ Questa prospettiva è stata esaminata soprattutto da A. KUR, *From Minimum Standard to Maximum Rules*, in H. ULLRICH, R. HILTY, M. LAMPING e J. DREXL (eds), *TRIPS plus 20. From Trade Rules to Market Principles*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2016, 133 ss.

¹⁷ Si veda, tra gli altri, G. GHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Elgar, Cheltenham, 2006.

¹⁸ In questo senso si veda M. LAMPING (Chair) et al., *Declaration on Patent Protection. Regulatory Sovereignty under TRIPS*, in *I.I.C.*, 45 (2014), 679 ss.

12. Ventagli di soluzioni diverse come strumento di creazione di regole migliori.

Probabilmente, il futuro prossimo continuerà a tener fermo il ruolo della proprietà intellettuale come risorsa importante per uno sviluppo migliore del nostro mondo. Però con una nuova consapevolezza, che punta ad espungere, e potrebbe riuscirvi, o quanto meno a tenere sotto controllo, finalmente, i profili del diritto di esclusiva che possono recare alla collettività effetti negativi invece che, o più che, effetti positivi. Soprattutto, sembra muoversi verso il (definitivo?) superamento dall'idea che una tutela più forte sia sempre e comunque una tutela migliore.

In questa prospettiva, potrebbe essere positivo che ciascun paese abbia una certa libertà di sperimentazione. E, se così sarà, forse il futuro prossimo, muovendosi con il pendolo della storia, tenderà a ridimensionare, almeno per qualche tempo, l'obiettivo di una piena uniformità del regime della proprietà intellettuale nel mondo, al fine di potere più agevolmente scegliere, all'interno di un qualche più ampio ventaglio di soluzioni, le nuove regole della proprietà intellettuale di domani.

IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DELLE PROCEDURE DI CUI AL CAPO II DELLA LEGGE N. 3/2012 QUALE ESPRESSIONE DELLA NUOVA CONCORDAZIONE ‘DEBTOR ORIENTED’

NICOLA RONDINONE*

SOMMARIO: 1. La disciplina delle crisi da sovraindebitamento: correlazioni fra inquadramento sistematico e ambito soggettivo di applicazione. - 2. Le istanze di tutela del “bisogno di concorsualità” dei debitori non fallibili prima e dopo i lavori di riforma della legge fallimentare del 2005-2007. - 3. L’ondivago *iter* formativo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, e l’approdo all’attuale modello a “concorsualità differenziata”. - 4. Soggetti che possono accedere alle procedure di sovraindebitamento *versus* soggetti “fallibili”. Il problema dell’esistenza di ulteriori tipologie di procedure liquidatorie o di risanamento. - 5. Il nodo interpretativo della controversa nozione di <<procedura concorsuale>>. - 6. Enti pubblici ed enti privati non lucrativi nel “frammentato” sistema concorsuale *debtor oriented*. - 7. L’accesso alla concorsualità *a parte debitoris* del socio illimitatamente responsabile di società “fallibile” - 8. La nozione di “consumatore” nella legge n. 3/2012 e la sua estendibilità a imprenditori e professionisti. - 9. Conclusioni sulla razionalità del nostro ordinamento concorsuale.

1. La disciplina delle crisi da sovraindebitamento: correlazioni fra inquadramento sistematico e ambito soggettivo di applicazione.

Il presente contributo si prefigge l’obiettivo primario di precisare l’ambito applicativo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento introdotte dagli artt. 6 ss. della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (novellati dall’art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221), avvalendosi di strumenti ermeneutici di ordine sistematico e teleologico in genere non adeguatamente valorizzati in tal senso.

In particolare, si affronteranno i principali problemi interpretativi sollevati dalle norme (tecnicamente mal formulate) concernenti il presupposto soggettivo di dette procedure anche alla luce della collocazione sistematica che queste hanno assunto nel nostro ordinamento concorsuale, il quale risulta ispirato da un ordine di valori fortemente mutato rispetto al passato sia in ragione dei molteplici ritocchi apportati negli ultimi anni alla legge fallimentare, sia appunto per l’avvento della legge n. 3/2012 informata a una concezione della “concorsualità” diversa da quella tradizionale.

E’ noto che il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in uno con il coevo codice di procedura civile, avevano confermato il nostro tradizionale sistema “binario”, fondato sulla scelta di assoggettare alle procedure concorsuali in senso proprio il solo imprenditore commerciale

* Professore Ordinario, Università di Castellanza

non piccolo, ogni altro debitore potendo subire solo procedure esecutive individuali (o al più, se entificato, procedure concorsuali in senso lato).

Tale modello, che possiamo denominare a “concorsualità riservata”, è invero stato messo a discussione dalla nostra dottrina in vari momenti storici (v. *infra*, § 2). Ma quel che intanto interessa appuntare è che, secondo una accorta catalogazione, agli inizi del terzo millennio nei paesi dell’Unione Europea poteva dirsi prevalente l’opposta tendenza di sottoporre a procedure di esecuzione concorsuale anche il debitore civile, alternativamente in conformità a uno fra i seguenti modelli basilari:

1) sottoposizione a un regime comune o molto simile a quello previsto per gli imprenditori (modello a “concorsualità uniforme assoluta”);

2) sottoposizione a un regime comune, ma con facoltà di scelta per un regime speciale di favore (modello “a concorsualità uniforme temperata”);

3) sottoposizione a un regime speciale separato da quello previsto per gli imprenditori, ma pur sempre dominato dal principio della concorsualità (modello “a concorsualità differenziata”) ⁽²⁾.

Si intende che il tessuto normativo può rivelarsi più complesso, poiché gli ordinamenti nazionali risultano spesso ulteriormente differenziati sotto il profilo del trattamento riservato all’imprenditore agricolo o all’imprenditore di minori dimensioni (anche artigiano), di volta in volta accomunati al commerciante piuttosto che al debitore civile. E anche quest’ultimo è spesso interessato da una disciplina speciale qualora abbia la qualità di consumatore ⁽³⁾.

Al cospetto delle varie alternative appena descritte, il nostro legislatore ha scelto di innovare sul sistema tradizionale, senza tuttavia eliminare lo spartiacque della soggezione al fallimento, atteso che in prima approssimazione ha ammesso alle procedure di cui al Capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3, solo i soggetti non “fallibili”. Permane dunque un regime differenziato fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti privi di tale qualifica, ma la divaricazione è stata attenuata, in quanto i secondi, in luogo che subire passivamente le procedure esecutive ordinarie promosse da singoli creditori, possono promuovere procedure caratterizzate da regole “concorsuali”.

⁽²⁾ Cfr. A. CASTAGNOLA, *L’insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *AGE*, 2004, 258 ss. A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato Bessone*, XXV, Torino, Giappichelli, 2012, 5, preferisce distinguere fra modelli dualistici, in cui esiste una normativa apposita per le crisi delle imprese, e modelli monistici, in cui “le procedure di governo della crisi costituiscono istituti di diritto comune”, sottolineando che in ogni modo nel panorama internazionale è frequente l’adozione di modelli misti: a questa stregua, nell’ambito del modello dualistico viene a collocarsi sia la normativa italiana antecedente al 2012 (secondo la terminologia da me proposta, “a concorsualità riservata”), nella quale nei confronti dei debitori civili operava solo il diritto comune dell’esecuzione, sia i sistemi “a concorsualità differenziata” (Francia e Belgio, e oggi l’Italia); mentre nell’ambito del modello monistico rientrerebbero sistemi “a concorsualità uniforme assoluta” (Spagna, Portogallo), ma anche quelli “a concorsualità uniforme temperata”, in cui a una procedura concorsuale generale si affiancano subprocedure specifiche per certe categorie di debitori (Germania e Spagna).

⁽³⁾ Per un panorama delle legislazioni in materia esteso anche agli Stati Uniti v. M. GERHARDT, *Consumer Bankruptcy Regimes and Credit Default in the US and Europe. A comparative study*, in *Centre for European Policy Studies*, Working Document n. 318, Bruxelles, 2009, in <http://aei.pitt.edu/11336/1/1887.pdf>, 1 ss.; S. GIARRINI, *Le diverse soluzioni nazionali al problema del sovraindebitamento del debitore civile. Stati Uniti d’America, Francia, Germania*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 480 ss.

In definitiva, appare essere stata accolta una specifica versione del cennato modello europeo “a concorsualità differenziata”, per cui viene tenuta ferma la circoscrizione della *failure zone* alle imprese commerciali in ragione dell’esigenza di sottoporle a regole a “concorsualità forte”, mentre ogni altro soggetto debitore ha la facoltà di accedere a procedure a “concorsualità debole”. I contorni di questo nuovo assetto del nostro ordinamento concorsuale vanno tuttavia meglio chiariti, anche perché, come anticipato, ciò presta ausilio ai fini della risoluzione dei principali problemi interpretativi concernenti l’ambito soggettivo di applicazione degli artt. 6 ss. della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

A tale scopo, poiché le finalità principali di tale provvedimento legislativo sono estranee al nostro patrimonio culturale più risalente, appare innanzitutto utile ripercorrere brevemente il dibattito dottrinale che lo ha preceduto, con particolare riferimento alla progressiva maturazione delle scelte compiute in tema di presupposto soggettivo.

2. Le istanze di tutela del “bisogno di concorsualità” dei debitori non fallibili prima e dopo i lavori di riforma della legge fallimentare del 2005-2007.

In effetti, chi conosce il dibattito storico sulla sottrazione dei debitori civili e degli imprenditori non commerciali al fallimento, particolarmente vivo prima della codificazione, ma mai sopitosi negli anni successivi, sa bene che nel secolo scorso legislatori e interpreti hanno quasi sempre discusso l’alternativa secca del mantenimento del modello tradizionale “a concorsualità riservata” (come detto confermato nel 1942) rispetto all’eventuale avvento del modello “a concorsualità uniforme assoluta”.

In particolar modo, durante i primi cinquant’anni di vigenza della legge fallimentare – come testimoniano i progetti di riforma elaborati dalle Commissioni Pajardi – le istanze dottrinali si erano semmai orientate nel senso di allargare l’area soggettiva della fallibilità, non certamente nel senso di restringerla. Solo a partire dalla seconda metà degli anni ‘90 (sulla base di suggestioni comparatistiche) sono stati prospettati i due citati modelli “intermedi”, i quali hanno trovato le prime manifestazioni in alcune proposte di legge presentate nella XIII Legislatura e poi nei progetti della Commissione Trevisanato, in cui sono stati variamente riconosciuti e declinati l’esigenza di attrarre l’impresa agricola nell’orbita fallimentare e il bisogno di “concorsualità minore” del debitore civile e del piccolo imprenditore ⁽⁴⁾.

Negli anni successivi sono quindi cresciuti i consensi a sostegno dell’opzione di politica del diritto per cui i soggetti sottratti al fallimento dovrebbero poter egualmente accedere a una procedura concorsuale semplificata di tipo “premiale” e comunque con effetti esdebitatori, atta a inibire le procedure esecutive individuali promuovibili dai creditori.

Una corrente di pensiero argomentava in particolare che il modello “a concorsualità differenziata” fosse quello che incontrava i maggiori favori nell’Unione Europea, e un’uniformazione allo stesso avrebbe avuto il pregio di evitare un’applicazione disarmonica rispetto agli altri paesi membri del regolamento CEE n. 1346 del 2000 sul coordinamento fra procedure di insolvenza principali e secondarie ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Per i riferimenti essenziali mi permetto di rinviare a N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, Giuffrè, 2012, risp. 40 ss., 94 ss.

⁽⁵⁾ In tal senso, CASTAGNOLA, (nt. 1), 260 s.; M. MARCUCCI, *Insolvenza del debitore civile e <<fresh start>>*. *Le ragioni di una regolamentazione*, in AGE, 2004, 239 s.; G. FALCONE, *La posizione del consumatore e gli istituti*

Altri sostenevano che la ravvisata diffusione del “credito al consumo” (anche in ambito nazionale), e in specie dei casi in cui il consumatore acquista beni o servizi senza dover dare garanzie reali, bensì in correlazione al suo reddito medio, imponesse – non addirittura una piena equiparazione dei consumatori e degli altri debitori civili agli imprenditori commerciali, ma se non altro – una normativa speciale atta ad appagare il loro “bisogno di concorsualità”, dunque giustificata *a parte debitoris* ⁽⁶⁾.

Peraltro, il testo dell’art. 1 della legge fallimentare entrato in vigore il 1° gennaio 2008 (e ancora oggi immutato) ebbe a innovare sull’impostazione del legislatore del 1942 nel solo senso di ampliare – in misura meno marcata che in origine, dopo la “controriforma” operata con il decreto n. 169/2007 – i contorni della figura dell’imprenditore commerciale “piccolo”, *rectius* sottratto alle procedure concorsuali per ragioni dimensionali.

Rimaneva invece fermo il principio per cui il fallimento e i correlati istituti c.d. “alternativi” rimanevano riservati agli imprenditori commerciali, rimanendovi esclusi i soggetti “civili” e gli imprenditori agricoli. Non veniva in alcun modo contemplata nel corpo della legge organica sulle procedure concorsuali – come si era invece ipotizzato in altre fasi dei lavori preparatori – una procedura speciale semplificata per favorire l’esdebitazione di queste categorie di soggetti (oltre che del piccolo imprenditore).

Queste scelte “tradizionali” del legislatore del 2005-2007 sotto il profilo del presupposto soggettivo delle nuove procedure concorsuali non vennero bene accolte da parecchi studiosi, propensi a sostenere che la riforma dell’ordinamento concorsuale dovesse essere completata anche sul piano delle fattispecie, avvicinando gli ordinamenti più moderni anche sotto il profilo di abbandonare il nostro modello “a concorsualità riservata”.

Pareva a molti imprescindibile attribuire ai debitori civili la facoltà di accedere a procedure concorsuali (non connotate dalle residue funzioni “commerciali” del fallimento ma) con le caratteristiche “premiali” simili a quelle degli istituti di salvataggio regolamentati nella legge fallimentare rinnovata: si trattava insomma di offrire anche ai primi le importanti opportunità già concesse agli imprenditori commerciali, sia sotto il profilo dell’accesso a forme di accordi con i creditori atte ad assicurare riduzioni e/o dilazioni dei debiti, sia sotto il profilo del beneficio dell’esdebitazione dei debiti residui (subordinatamente al rispetto di condizioni non molto selettive) al termine di una procedura di esecuzione poco afflittiva ⁽⁷⁾.

Accordare il *discharge* – si argomentava – avrebbe avuto altresì il pregio di assicurare pure alle persone fisiche “civili” insolventi il cd. *fresh start*: ciò avrebbe avuto l’effetto di favorire l’assunzione di rischio imprenditoriale “indiretto”, incidendo sul credito ricevuto per sostenere attività imprenditoriali non formalmente proprie (come avviene tipicamente nel

esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali, in *Dir. fall.*, 2006, I, 841; L. GIRONE, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di «sovra indebitamento» dei soggetti, non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 819, 821.

⁽⁶⁾ Cfr. A. CASTAGNOLA, (nt. 1), 253 ss.; e più ampiamente pressoché tutti gli autori dei contributi in *AGE*, fasc. 2/2004, *L’insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*; A. JORIO, *I lineamenti di una nuova ... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 338; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato Galgano*, XXXVII, Padova, Cedam, 2005, 52 s.

⁽⁷⁾ Cfr. L. GIRONE, (nt. 4), 820; M. LOBUONO, M. LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2007; L. PANZANI, *L’esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in *Società*, 2007, 477.

caso dell'assunzione di fideiussioni per debiti di un'impresa cui la persona fisica partecipi a vario titolo); ma soprattutto avrebbe avuto l'effetto di incentivare il consumo, falcidiando il credito ricevuto per pagare prestazioni di beni o servizi atti a soddisfare bisogni personali ⁽⁸⁾.

Da alcuni si era obiettato che l'opzione in parola – oltre che atta a pregiudicare i creditori e ad intaccare il principio di cui all'art. 2740 c.c., come peraltro in ogni caso di esdebitazione – avrebbe potuto comportare un incremento dei costi della concessione del credito a debitori civili, correlato al maggiore rischio che questi ultimi compissero atti opportunistici di *moral hazard* (solo parzialmente mitigato dalle centrali-rischio cd. “positive” di cui possono avvalersi i finanziatori), determinando in tal modo un chiaro svantaggio per la collettività ⁽⁹⁾.

A ciò si era replicato – evidentemente accedendo a un diverso ordine gerarchico degli interessi in gioco – che dal punto di vista delle imprese produttrici nonché del benessere collettivo sono preferibili gli effetti di incentivazione appena accennati, piuttosto che gli effetti afflittivi e inibitori di iniziative economiche e di consumo connaturati ad una “responsabilità potenzialmente perpetua”, da cui oltretutto difficilmente il singolo creditore trarrebbe concreto vantaggio ⁽¹⁰⁾.

Sul piano delle soluzioni concrete da porre all'indice del legislatore, alcuni si pronunciavano a favore di un modello “a concorsualità uniforme assoluta” realizzato mediante l'eliminazione del requisito soggettivo per l'accesso alle procedure concorsuali regolamentate nella legge fallimentare, eliminazione fondata sul presupposto che la disparità di trattamento fra soggetti fallibili e non, avrebbe perso nella nostra epoca ogni giustificazione. In sostanza – riprendendo argomentazioni già formulate dalla dottrina più risalente – unificato sul piano sostanziale come processuale il diritto civile e commerciale, l'unificazione anche del procedimento di esecuzione collettiva (e degli strumenti atti a evitarlo) nel caso di insolvenza, veniva indicata come la soluzione più coerente e adeguata per i creditori come ceto indifferenziato ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ In tal senso, L. STANGHELLINI, <<Fresh start>>: implicazioni di <<policy>>, in AGE, 2004, 440 ss.; ID., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 167 ss., 368 s.; E. CAPUZZI, *Come è cambiato il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 540 s. Qualificava come necessario un intervento legislativo in materia di sovraindebitamento “come espressione della scelta di non sacrificare alla rigida osservanza dei diritti dei creditori il benessere della collettività, offrendo invece ai debitori prospettive per il loro futuro, incentivi a rimanere nel circuito della produttività piuttosto che in quello dell'assistenzialismo e della <<moderna schiavitù>> nei confronti dei loro creditori”, E. PELLECCIA, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 439 s.

⁽⁹⁾ Così, A. NIGRO, *L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2008, 198 ss., il quale rimarcava che l'esdebitazione non è in sé un valore, bensì implica dei costi che devono essere giustificati perché essa possa essere ammessa (anche avuto riguardo al fatto che di norma il dissesto sarà di modeste dimensioni), pur non manifestandosi contrario a procedure apposite per i consumatori, una di tipo compositivo, altra di tipo liquidativo. Anche G. SCHIANO DI PEPE, *Vecchio e nuovo sulla fallibilità. Variazioni sul tema dopo il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 665 s., invitava a soppesare attentamente l'effetto di “incoraggiare l'indebitamento dei privati (al fine di drogare la domanda di beni di consumo) e i cui costi finali non potrebbero non ricadere sulla collettività”, specialmente in termini di aumento dei tassi di interesse passivi per i consumatori.

⁽¹⁰⁾ In questi termini, L. STANGHELLINI, <<Fresh start>>, (nt. 7), 443 ss. e, più sinteticamente, *Le crisi di impresa*, (nt. 7), 170 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. in specie L. GIRONE, (nt. 4), 820. Anche G.B. PORTALE, *Dalla <<pietra del vituperio>> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 398, sosteneva che i

Altri si esprimevano a favore di un modello “a concorsualità uniforme temperata”, presupponente l'estensione solo di alcuni degli istituti ivi regolamentati. Si sottolineava infatti che l'esistenza o meno di un'impresa determina l'opportunità di differenziare alcune regole – in vista di favorirne la conservazione nel primo caso, di verificare le prospettive di redditi futuri nell'altro – con ciò motivando l'opzione meno radicale di “affiancare ad un regime comune procedure speciali che tengano conto di queste particolarità” ⁽¹²⁾.

Altri ancora prediligevano un modello “a concorsualità differenziata” realizzato mediante la foggia di procedure *ad hoc* per i debitori civili ⁽¹³⁾, con particolare riguardo a quelli aventi la qualità di consumatore.

Il modello “a concorsualità uniforme temperata”, sotto la specie dell'opzione di far approdare alcuni fra i soggetti non fallibili ai soli istituti di salvataggio regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, trovava anzi una prima concretizzazione sul piano legislativo nell'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, il quale, <<in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi>>, accordava agli imprenditori agricoli <<in stato di crisi o di insolvenza>> la facoltà di accedere (se non al concordato preventivo presumibilmente in quanto ritenuto indissolubilmente “alternativo” al fallimento) agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed alla transazione fiscale regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267 riformato.

Tale disposizione riscuoteva di massima apprezzamento per il fatto di rappresentare un primo passo nella “giusta direzione” ⁽¹⁴⁾, ma ne venivano anche segnalate le numerose incertezze applicative, dipendenti dalla difficoltà di trasporre *tout court* in altro ambito istituti concepiti per l'imprenditore commerciale: difficoltà in particolar modo riconducibili alla carenza delle scritture contabili civilistiche in capo agli imprenditori agricoli e alla loro non fallibilità, elemento quest'ultimo incidente sulle motivazioni tanto del debitore quanto dei creditori a stipulare l'accordo di ristrutturazione dei debiti o la transazione fiscale ⁽¹⁵⁾.

3. *L'ondivago iter formativo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, e l'approdo all'attuale modello a “concorsualità differenziata”.*

Gli ostacoli di ordine tecnico connotanti la realizzazione di modelli concorsuali realizzati tramite plurimi “segmenti normativi” (generali e speciali) probabilmente

vantaggi della concorsualità e della possibile esdebitazione giustificerebbero l'estensione del fallimento a tutti i debitori civili (compresi i professionisti intellettuali).

⁽¹²⁾ In questi termini, A. CASTAGNOLA, (nt. 1), 262, nt. 42.

⁽¹³⁾ Coerentemente al ruolo avuto all'interno della Commissione Trevisanato, v. S. FORTUNATO, *Sub art. 1*, in *Commentario alla legge fallimentare* Jorio-Fabiani, Bologna, Zanichelli, I, 2006, 39; A. JORIO, *L'impresa assoggettabile alla legge fallimentare e il presupposto soggettivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, 3.

⁽¹⁴⁾ In tal senso, E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della <<non fallibilità>> alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 886 s., 934 ss.

⁽¹⁵⁾ Sui principali problemi interpretativi relativi all'art. 23, comma 43, d.l. n. 98/2011, oltre a E. BERTACCHINI, (nt. 13), v. anche M. FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore e agevolazioni alla gestione della crisi*, in *Fallimento*, 2011, 909 ss.; R. MARINO, M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, *ivi*, 2012, 633 ss.; E. SABATELLI, *Il precario ingresso dell'impresa agricola nella legge fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 71 ss.; F. PRETE, *La gestione della crisi dell'impresa agricola nei recenti tumultuosi interventi legislativi*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 147 ss.

concorrono a spiegare perché le istanze volte ad appagare il bisogno di concorsualità dei debitori non fallibili, riproposte in Parlamento subito dopo la riforma della legge fallimentare, si siano stabilmente incentrate sull'obiettivo di predisporre una regolamentazione autonoma e separata, ma tendenzialmente indifferenziata per tutti i soggetti non fallibili.

Nel corso della XV Legislatura era stato invero già presentato un progetto di legge (n. C.412 del 3 maggio 2006) per il <<superamento delle situazioni di sovraindebitamento delle famiglie mediante l'istituzione della procedura di concordato delle persone fisiche insolventi con i creditori>>, ai termini del quale qualunque persona fisica che si trovasse in una situazione di insolvenza o di difficoltà finanziaria temporanea e che non fosse soggetta al fallimento, purché percettore di un reddito o titolare di beni, poteva presentare una domanda per la temporanea sistemazione dei debiti contratti per i bisogni della famiglia ad un ente abilitato ⁽¹⁶⁾.

Nella parte iniziale della XVI Legislatura altro disegno di legge (c.d. "Centaro"), anche qui riguardante ogni soggetto sottratto alle procedure concorsuali – dunque, non solo il debitore civile, ma anche il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo – purché percettore di un reddito o titolare di beni o crediti, era stato approvato dal Senato della Repubblica il 1° aprile 2009, salvo arenarsi per lungo tempo nell'altro ramo del Parlamento (con la numerazione C.2364) anche a seguito delle critiche ricevute, riguardanti sia singoli profili di disciplina idonei a far pronosticare uno scarso successo del nuovo istituto ⁽¹⁷⁾, sia l'opzione del legislatore di volere disciplinare unitamente insolvenza civile e insolvenza del piccolo imprenditore ⁽¹⁸⁾.

Nondimeno, il testo in questione, con i limitati emendamenti apportati dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nel luglio 2010 – non propriamente sufficienti a sopperire alle predette censure – veniva improvvisamente fatto confluire dal Governo nella prima parte di un decreto legge sulla giustizia civile, il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 ⁽¹⁹⁾.

Ai fini della conversione il Governo aveva invero predisposto un emendamento che arricchiva notevolmente la disciplina, in specie introducendo un procedimento di liquidazione. Ma il Parlamento, con la legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10, preferiva sopprimere gli articoli del decreto legge inerenti la materia che ci interessa (artt. 1-11), in quanto nel frattempo, proseguiti i lavori parlamentari sul disegno di legge "Centaro" e

⁽¹⁶⁾ Cfr. D. SPAGNUOLO, *Il consumatore*, in AA.VV., *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, Ipsoa, 2007, 178 s.; A. NIGRO, (nt. 8), 204 ss.

⁽¹⁷⁾ In particolare, L. GIRONE, (nt. 4), 821 ss. E v. anche G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, in AA.VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti, Milano, Giuffrè, 2011, 189 ss.

⁽¹⁸⁾ V. specialmente F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento (note a margine dell'AC n. 2364)*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 659 ss., per cui appariva incongruo estendere alla prima, puramente a carattere patrimoniale, schemi procedurali di superamento della crisi ripresi dalla legge fallimentare – imperniati sulla predisposizione di un "piano" strategico fondato sulla prognosi della capacità futura di un soggetto che eserciti attività di impresa di generare risorse finanziarie in vista del recupero della sua "capacità adempitiva" – e appropriati unicamente per la seconda.

⁽¹⁹⁾ Su tale provvedimento, v. A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 18 ss.; M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. n. 212/2011)*, in <http://www.ilcaso.it>, doc. 278/2012.

apportate ulteriori circoscritte modifiche – fra cui l’eliminazione del trattamento speciale del <<consumatore>> – era stata approvata e promulgata la legge 27 gennaio 2012, n. 3, nel cui Capo II (agli artt. 6-20) era disciplinato un unico <<procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento>>, di cui i parlamentari volevano appurare gli esiti applicativi prima di considerare l’introduzione di ulteriori tipi procedimentali.

Il procedimento era accessibile a tutti i debitori in stato di sovraindebitamento <<non soggetti né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali>> – compresi di massima gli imprenditori agricoli, nonostante la cennata facoltà di ricorrere agli accordi di ristrutturazione di cui all’art. 182-*bis* l. fall. e alla transazione fiscale ingenerasse qualche dubbio ⁽²⁰⁾ – e strutturalmente prevedeva le stesse norme per il debitore civile (compreso il consumatore) come per l’imprenditore non fallibile, senza alcuna differenziazione, il che sollevava nuovamente perplessità da parte di diversi autori ⁽²¹⁾.

Merita altresì riportare che, avuto riguardo al fatto che nella disciplina non era previsto uno spossessamento pieno del patrimonio del debitore né prescritto il rispetto della *par condicio creditorum*, e soprattutto in ragione della circostanza che non era assicurata forza cogente verso i creditori estranei all’accordo sulla base dell’applicazione del principio maggioritario (per l’effetto di non porre in essere una vera e propria “esdebitazione”), gli interpreti erano pressoché tutti concordi circa la non qualificabilità della nuova procedura come “concorsuale” ⁽²²⁾.

Quasi tutti i commentatori plaudevano comunque all’indirizzo intrapreso dal legislatore, riprendendo argomenti già sviluppati in dottrina negli anni precedenti, fra cui precipuamente quello “comparatistico”, salutandosi con favore che il legislatore avesse

⁽²⁰⁾ Ammettevano che gli imprenditori agricoli potessero accedere sia alla procedura disciplina nella legge n. 3/2012 sia all’istituto di cui all’art. 182-*bis* l. fall. (precipuamente sull’assunto che quest’ultimo non rientrasse fra le <<procedure concorsuali>>): M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, 451; R. BATTAGLIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 431 s.; A. PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da indebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 92; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 941; F. PRETE, (nt. 14), 162. Per la tesi secondo cui le imprese agricole potessero accedere solo al secondo, v. invece A. CAIAFA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 418 ss.

⁽²¹⁾ Secondo M. FABIANI, (nt. 19), 450, un importante elemento differenziale fra le due categorie che avrebbe dovuto incidere sulla disciplina è la presenza solo nel secondo caso di un’organizzazione di lavoro; mentre G. LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (introduzione)*, in *Fallimento*, 2012, 1022, rilevava che la capacità di adempiere dell’imprenditore (non fallibile) si correla all’attività di impresa in una prospettiva dinamica, mentre il debitore civile “non deve assumere alcuna iniziativa di mercato, ma farsi semplicemente carico di una responsabilità patrimoniale statica”; per F. MAIMERI, *Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso*, *ibidem*, 1033, “l’opzione legislativa più corretta” sarebbe stata quella di “ammettere gli imprenditori non fallibili alle procedure concorsuali di risanamento (magari minimamente semplificate) e delineare invece per i consumatori una procedura alternativa, davvero veloce, efficiente e poco onerosa”. Sulle inefficienze applicative della scelta unitaria, v. anche S. PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 717; A. PACIELLO, (nt. 19), 90, 93, per cui in particolare rispetto all’imprenditore “minore” si appalesava la carenza di una disciplina sulla gestione temporanea dell’impresa, oltre che sugli oneri probatori circa il non raggiungimento delle soglie di fallibilità (nel silenzio della legge da ritenersi gravanti sul debitore).

⁽²²⁾ Valorizzava tutti e tre gli elementi, R. BATTAGLIA, (nt. 19), 426 s., 434, 451. Fondava invece l’esclusione del carattere concorsuale della procedura, e finanche di esecuzione collettiva, precipuamente sulla mancanza di “coartazione delle ragioni creditorie di coloro che non partecipano all’accordo”, M. FABIANI, (nt. 19), 451, per cui si trattava di un mero procedimento su base volontaria, vincolante per i soli creditori aderenti; conf. E. BERTACCHINI, (nt. 13), 940; A. PACIELLO, (nt. 19), 85 ss., 89.

colmato una lacuna normativa rispetto a quanto riscontrabile negli ordinamenti più moderni e in specie proprio nell'ambito dell'Unione Europea ⁽²³⁾.

L'apprezzamento a livello di principio non impediva nondimeno ai più di pronosticare che, per come concretamente foggiano, il nuovo istituto fosse destinato ad avere scarso successo soprattutto in ragione della sua macchinosità e gravosità a livello di oneri documentali ⁽²⁴⁾.

In ogni modo, già il 9 marzo 2012 il Consiglio dei Ministri approvava un d.d.l. diretto a modificare e integrare la normativa di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, il quale riprendeva i contenuti dell'emendamento governativo alla legge di conversione del d.l. n. 212/2011 a suo tempo abbandonato. Indi, pochi mesi dopo, constatato che l'istituto, come conformato nell'originaria versione della l. n. 3/2012, non aveva avuto una significativa applicazione nei principali tribunali italiani, il Governo sceglieva di fare confluire la progettata sua riforma nel c.d. decreto-legge "crescita-bis".

Conseguentemente, la normativa in questione è stata profondamente innovata dall'art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, appunto di modifica del Capo II della legge 27 gennaio 2012 n. 3, com'è noto oggi suddiviso in tre sezioni: la prima (artt. da 6 a 14-bis) dedicata alle <<procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento>>, comprendenti l'«accordo di composizione della crisi» e il «piano del consumatore», accessibile solo a quest'ultimo; la seconda (artt. da 14-ter a 14-duodecies) regolante la <<liquidazione del patrimonio>>; la terza (artt. 15 e 16) contenente <<disposizioni comuni>>.

In termini generali, le procedure in questione sono state riservate al debitore in stato di sovraindebitamento il quale, oltre a non avervi già fatto ricorso negli ultimi cinque anni ⁽²⁵⁾, non sia <<soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo>>.

L'interpretazione dominante di tale criterio selettivo "residuale" o "per sottrazione" è che colui che chiede di essere ammesso a una delle procedure di sovraindebitamento non deve risultare concretamente assoggettato né essere astrattamente assoggettabile a procedure concorsuali <<diverse>> ⁽²⁶⁾. A fronte di un dato letterale di per sé equivoco, tale tesi è

⁽²³⁾ Sull'esigenza di allinearsi ai paesi più avanzati insistevano S. PACCHI, (n. 20), 668 ss.; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 878 s., 938, 985; R. BATTAGLIA, (nt. 19), 431.

⁽²⁴⁾ Cfr. M. FABIANI, (nt. 19), 450; L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *NDS*, 2012, 30 s.; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 985 s.

⁽²⁵⁾ Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1257, ha chiarito che l'«aver fatto ricorso» significa aver fruito «degli effetti pieni dell'istituto», non avendo efficacia preclusiva un semplice tentativo di accesso a una di dette procedure; nello stesso senso, L. PANZANI, *La disciplina del sovraindebitamento*, in *Trattato Jorio - Sassani, III, Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2016, 715, nt. 25.

⁽²⁶⁾ Cfr., fra i molti, S. PACCHI, (nt. 20), 697; M. FERRO, *L'insolvenza civile*, in AA.VV., *Sovraindebitamento e usura*, a cura del medesimo, Milano, Ipsoa, 2012, 68; E. PELLECCIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1262; G. FERRI JR, *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 424; M. CORDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in AA.VV., *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, *Il civilista*, Milano, Giuffrè, 2013, 22; C. COSTA, *Profili problematici della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 669 s.; S. MASTURZI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento mediante accordo di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti*, *ivi*, 679 ss.; F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari, Cacucci, 2014, 39; Trib. Pistoia, 27 dicembre 2013, in <http://www.ilcaso.it>; Trib. Cremona, 17 aprile 2014, *ivi*.

certamente da condividersi, in quanto nettamente più conferente agli obiettivi del legislatore storico e al sistema complessivo della legge in parola, che non la minoritaria tesi “estensiva” dell’accesso, per cui sarebbe impeditiva solo la soggezione effettiva a una “diversa” procedura concorsuale, non anche e soprattutto l’astratta assoggettabilità ⁽²⁷⁾.

L’area soggettiva è stata così espressamente delineata con riguardo alla proposta di accordo di composizione della crisi dagli art. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a) e b). In forza dell’inciso <<anche consumatore>> di cui all’esordio dell’art. 7, comma 2, all’interno di tale area dovrebbe parimenti collocarsi il “consumatore” (figura su cui v. *infra*, § 8), legittimato a proporre la speciale procedura per cui in particolar modo il piano non occorre sia approvato dai creditori ⁽²⁸⁾.

Lo stesso perimetro subiettivo deve ritenersi valere implicitamente anche per la procedura di liquidazione dei beni, atteso che nell’art. 14-*ter*, comma 1, quest’ultima è prospettata come <<alternativa>> alle precedenti per il debitore in stato di sovraindebitamento e subordinata alle stesse condizioni di ammissibilità di cui all’art. 7, comma 2, lett. a) e b). Inoltre, l’art. 14-*quater* dispone che la stessa rappresenti lo sbocco naturale e automatico (mediante “conversione”) nel caso in cui le altre non avessero esito positivo.

Quest’ultimo precetto aiuta a mio avviso a risolvere il problema di comprendere la portata dell’art. 7, comma 2-*bis*, secondo cui l’imprenditore agricolo (anche se legittimato a proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi della legge fallimentare) può proporre un accordo di composizione della crisi. Alcuno ha sostenuto che la non riproposizione di analoga disposizione nell’ambito della Sez. II implichi che l’imprenditore agricolo non possa accedere alla procedura di liquidazione del patrimonio ivi disciplinata ⁽²⁹⁾. Ma siffatta interpretazione restrittiva non pare appunto compatibile col ruolo “sussidiario” di tale procedura emergente dal sistema.

Alle disposizioni appena menzionate deve aggiungersi l’art. 31, comma 1, del medesimo decreto d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha sottratto alle disposizioni diverse da quelle regolate nel Capo II della legge n. 3/2012 le c.d. “*start up* innovative” aventi i requisiti indicati nell’art. 25, comma 2, dello stesso decreto (quand’anche abbiano le caratteristiche proprie delle imprese commerciali), per il primo quadriennio dalla loro costituzione ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ V. specialmente A.M. LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 2013, e più ampiamente *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 574 ss. (da cui d’ora innanzi si citerà), il quale valorizza principalmente l’eliminazione del formale riferimento all’“assoggettabilità” ad opera del d.l. n. 179/2012 e alcuni indici normativi poco consoni all’interpretazione dominante; e cfr. anche R. D’AMORA, *Concordato preventivo e piccolo concordato ex L. 3 del 2012: un incrocio possibile, anzi probabile*, su <http://www.osservatorio-oci.org>, 2014, p. 3 s.

⁽²⁸⁾ Nello stesso senso, E. SABATELLI, *La Cassazione precisa la nozione di <<consumatore>> ai fini dell’accesso al procedimento riservato di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1265.

⁽²⁹⁾ Così, B. ARMELI, *Giustizia digitale e composizione della crisi da sovra indebitamento: una prima lettura*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 21.12.2012, 35; e, implicitamente, G. LO CASCIO, *L’ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Fallimento*, 2013, 822.

⁽³⁰⁾ La relazione di accompagnamento motiva che nella fase di avvio questa tipologia di impresa è fortemente esposta alla “crisi”, sicché l’esonero in tale fase così delicata risponde all’obiettivo di incentivare gli operatori innovativi a concretare la loro idea di *business* e soprattutto a prendere atto tempestivamente di un suo

Quasi tutti gli interpreti hanno salutato con rinnovato favore l'orientamento di politica del diritto attuato con la riforma della legge n. 3/2012⁽³¹⁾. I più hanno in particolare plaudito alla scelta di accordare anche ai debitori civili e agli imprenditori non fallibili il diritto di accedere al beneficio dell'esdebitazione e di fruire della *second chance*⁽³²⁾, con ciò realizzando la parità di trattamento con l'insolvente commerciale (sotto il profilo in esame) e nel contempo supportando il mercato dei consumi e il correlato sviluppo delle imprese in un momento storico caratterizzato dalla decrescita della domanda interna⁽³³⁾.

Altri commentatori hanno voluto sottolineare che la nuova normativa risulta in linea con le raccomandazioni espresse nella Comunicazione della Commissione UE del 22 maggio 2012, "Un'agenda europea dei consumatori - Stimolare la fiducia e la crescita", oltre che dalla Banca Mondiale, nel senso di dettare una adeguata regolamentazione per le crisi dei debitori civili in quanto rilevanti sul piano socio-economico⁽³⁴⁾.

Merita altresì segnalare che gli accorgimenti concretatisi nell'aver introdotto nella procedura di accordo di composizione della crisi alcune norme speciali per gli imprenditori non fallibili e nell'aver parallelamente modellato una specifica procedura per il consumatore, sembrano avere mitigato le pregresse istanze favorevoli all'edificazione di un regime separato per i primi e per i debitori civili⁽³⁵⁾.

Il modello prescelto dal legislatore contemporaneo si conferma in definitiva quello "a concorsualità differenziata", nella specifica variante per cui il secondo pilastro del sistema concorsuale è tendenzialmente unitario. Infatti, anche se la nuova versione degli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012 contiene alcune norme speciali per gli imprenditori non fallibili, la scelta di campo primaria rimane quella di una disciplina concorsuale "comune" a questi e ai debitori civili, precipuamente contrapposta a quella contemplata nella legge fallimentare riformata.

eventuale insuccesso, senza temere le conseguenze patrimoniali e reputazionali derivanti dall'apertura di una delle procedure concorsuali tradizionali, stimate idonee a precludere l'avvio di ulteriori iniziative imprenditoriali. Questa impostazione a mio avviso neglige che l'indebolimento della tutela creditoria si traduce normalmente nella difficoltà dell'imprenditore di ottenere credito, pure generalmente indispensabile nella fase di avvio; lo rileva anche A. DALMARTELLO, *Il presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (funzione delle procedure concorsuali e determinazione dell'area della <<fallibilità>>)*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 315 s., il quale pone all'indici altri elementi critici.

⁽³¹⁾ Per una voce marcatamente dissonante, mi permetto di rinviare a N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 149 ss.

⁽³²⁾ Cfr. E. BERTACCHINI, (nt. 13), 878 s., 938, 985; e, dopo la riforma della legge n. 3/2012, L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in <http://www.treccani.it>, 18.3.2013, 1 s.; A. GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, 1285 s.; con qualche dubbio, L.A. BOTTAI, *La liquidazione del patrimonio del debitore in procedura di sovraindebitamento*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 21.12.2012, 9 s.

⁽³³⁾ Secondo M. FABIANI, (nt. 19), 449 s., 455 s., era questo l'obiettivo già della prima versione della legge n. 3/2012. Riprende le stesse considerazioni dopo il *restyling* della legge n. 3/2012, I. LOMBARDINI, *Profili dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Studium Iuris*, 2013, 643, 650.

⁽³⁴⁾ Cfr. L. PANZANI, (nt. 31), 1 s.; I. LOMBARDINI, (nt. 32), 642, 649 s.; F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in AA.VV., *La "nuova" composizione della crisi*, (nt. 25), 9; parzialmente "fuori dal coro", G. TERRANOVA, *Presentazione*, *ivi*, 8.

⁽³⁵⁾ Ritiene ad esempio sufficientemente differenziata la nuova normativa, D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il cd. "decreto crescita-bis"*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 570.

4. *Soggetti che possono accedere alle procedure di sovraindebitamento versus soggetti “fallibili”. Il problema dell’esistenza di ulteriori tipologie di procedure liquidatorie o di risanamento.*

Completata la ricognizione del movimento di pensiero e delle vicende concrete che hanno condotto alla versione corrente degli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, conviene ora svolgere una cernita dei principali problemi interpretativi concernenti l’individuazione dei soggetti legittimati ad accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (più in sintesi “procedure di sovraindebitamento”), a mente dei già cennati artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a), per cui non può esservi ammesso colui che sia <<soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate nel presente Capo>>.

Certamente in ragione di tale prescrizione possono accedere alle procedure di sovraindebitamento:

a) gli imprenditori individuali e le società esercenti attività non commerciali, compresi gli imprenditori agricoli in forza della già illustrata volontà legislativa espressa nell’art. 7, comma 2-*bis* ⁽³⁶⁾;

b) gli imprenditori individuali e le società ricadenti sotto i parametri di cui all’art. 1, comma 2, l. fall. ⁽³⁷⁾, non anche quelli per cui sia carente il mero requisito processuale di cui all’art. 15 l. fall. ⁽³⁸⁾;

c) le persone fisiche e le società che avevano la qualità di imprenditore commerciale dopo il decorso di un anno: c’) dalla cancellazione dal registro delle imprese, fatto salvo che un creditore o il pubblico ministero dimostrino che l’effettiva cessazione dell’attività d’impresa è avvenuta in un momento successivo nelle ipotesi previste nel capoverso dell’art. 10 l. fall. ⁽³⁹⁾; c’’) nel caso fosse mancata l’iscrizione nel registro delle imprese, dalla cessazione dell’esercizio dell’impresa, probabilmente comprovabile dallo stesso debitore;

⁽³⁶⁾ In tal senso, fra gli altri, S. PACCHI, (n. 20), 698. L’accesso dovrebbe essere nondimeno negato qualora l’imprenditore agricolo cumulasse la qualifica di imprenditore esercente un’attività commerciale, diventando perciò fallibile, in forza dell’esercizio di attività nemmeno “connesse” alle attività agricole principali (ovvero nel caso in cui le stesse attività agricole, primarie o connesse, fossero esercitate con modalità industriali o intermediarie, se si condivide la tesi di N. RONDINONE, (nt. 3), 179 ss., 222 ss.; ID., *L’imprenditore agricolo esercente attività commerciale nel nuovo diritto concorsuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 477, 444 ss., 485 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr., fra gli altri, F. MACARIO, *Finalità e definizioni*, in AA.VV., *La “nuova” composizione della crisi*, (nt. 25), 17; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 22; F. MAIMERI, (nt. 20), 1033. Secondo A. DALMARTELLO, (nt. 29), 308 ss., in ragione della superiore tutela dei creditori garantita dalle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, si giustificerebbe una lettura delle soglie di cui all’art. 1, comma 2 l. fall. tale da risolvere in senso estensivo i principali problemi interpretativi correlati, e finanche i casi dubbi in cui risulti complicato accertarne il superamento. Peraltro, per quanto in dottrina rimaniamo in diversi ad apprezzare maggiormente la “concorsualità forte” *a parte creditoris*, è difficile sostenere che il legislatore contemporaneo condivida lo stesso ordine di valori (v. *infra*).

⁽³⁸⁾ In tal senso, A. PACIELLO, (nt. 19), 93; G.M. NONNO, *Il presupposto soggettivo di ammissibilità e il contenuto del piano*, in AA.VV., *Sovraindebitamento e usura*, (nt. 25), 83.

⁽³⁹⁾ S. PACCHI, (n. 20), 698; M. FERRO, (nt. 25), 69; Trib. Milano, 13 ottobre 2015, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 2.12.2015.

d) le persone fisiche prive della qualità di imprenditore, compresi i professionisti intellettuali, ordinistici e non, anche ricadenti in categorie professionali non espressamente considerate nella legge 14 gennaio 2013, n. 4, sulle “professioni non organizzate”⁽⁴⁰⁾;

e) le “società fra avvocati” regolamentate nel d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, in ragione dell’espressa esclusione della soggezione alle procedure di cui alla legge fallimentare operata dall’art. 16, comma 3, di tale decreto⁽⁴¹⁾; e tendenzialmente anche le nuove “società per l’esercizio della professione forense” disciplinate nell’art. 4-*bis*, legge 31 dicembre 2012, n. 247 – introdotto dall’art. 1, comma 141, lett. b), legge 4 agosto 2017, n. 124 (che non si è curata di abrogare il predetto decreto n. 96/2001) – atteso che nel comma 3 di tale nuova disposizione è stato ribadito il principio della personalità della prestazione professionale, a mio avviso incompatibile con la sussistenza di un’”organizzazione di mezzi necessari”, caratterizzante la prestazione di impresa secondo il legislatore del 1942⁽⁴²⁾;

f) sul presupposto della normale carenza dell’esercizio di un’attività di impresa per la stessa ragione appena menzionata, le “società fra professionisti” di cui alla legge n. 183/2011 e al d.m. n. 34/2013 – entrambi silenti sul punto della soggezione a procedure di crisi – a meno che alla determinazione della prestazione che le stesse offrono sul mercato (come tipizzata sul piano del risultato obiettivo e della percezione degli utenti) concorrano decisamente mezzi reali o lavoro non professionale⁽⁴³⁾.

Si intende che chi dovesse diversamente opinare che le “società per l’esercizio della professione forense” e/o le “società tra professionisti” assumono la qualità di imprenditori – salvo voler negare che le stesse esercitino un’attività commerciale, o salvo ravvisare in concreto il mancato superamento delle soglie di cui all’art. 1, comma 2, l. fall. – dovrebbe coerentemente considerarle soggette alle disposizioni relative al fallimento e agli altri istituti

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 589 s. Per l’intera categoria dei professionisti, tale esito è ritenuto ingiustificato da una parte della dottrina sulla base dell’osservazione che l’organizzazione di alcuni studi professionali può assumere dimensioni notevoli: per riff. v. A. DALMARTELLO, (nt. 29), 300 ss. In ogni modo, la scelta del legislatore del codice civile di sottrarre i professionisti alla disciplina dell’impresa (salvo il caso eccezionale regolato dall’art. 2238 c.c.), è ritenuta inequivoca dalla dottrina dominante: cfr., per tutti, G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, in *Trattato Cottino*, I, Padova, Cedam, 2001, 448 ss.

⁽⁴¹⁾ Conf. A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 595. Si noti che l’art. 5, comma 2, lett. m), l. 31 dicembre 2012, n. 247, aveva espressamente dettato fra i principi cui il Governo avrebbe dovuto ispirare la riforma della materia, la facoltà di accesso alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012, ma la delega è decaduta, e anzi tale articolo è stato definitivamente abrogato dalla lett. c), dell’art. 1, comma 1, legge 4 agosto 2017, n. 124. D’altronde, come evidenziato da P. MONTALENTI, *Società fra professionisti, società fra avvocati, associazioni professionali: da montagna e il topolino*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 273, le società tra avvocati di cui al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, si sono sottratte all’applicazione della normativa generale sulle società fra professionisti di cui alla legge n. 183/2011, in forza della clausola di salvaguardia contenuta nell’art. 10, comma 9 di quest’ultima legge.

⁽⁴²⁾ Per una compiuta esposizione di questa tesi debbo rinviare a N. RONDINONE, *L’«attività» nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 2001, 404 ss. e, in sintesi, ID., *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e “superamento” della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, 1095 ss.

⁽⁴³⁾ Per un quadro normativo della materia, v. G. MARASÀ, *La società fra professionisti*, in *Riv. soc.*, 2014, 429 ss. Sostiene che, specialmente se costituite in forma di società di capitali, le società fra professionisti “possono configurare imprese commerciali per l’esercizio di servizi professionali allorché – in ragione dell’oggetto sociale, della compagine sociale e della composizione degli organi amministrativi – il modulo organizzativo, adottato nel caso concreto, non assicuri che l’incarico affidato alla società sia eseguito sotto la direzione e responsabilità personale del professionista in possesso dei requisiti prescritti dalla legge” (pur potendo comunque accedere alle procedure di sovraindebitamento, in forza della sua prospettazione generale per cui queste non sarebbero impedita dalla “fallibilità”), A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 593 ss.

alternativi contemplati nella legge fallimentare, e dunque negare loro l'accesso alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

All'opposto, in linea generale, non possono essere ammessi a tali ultime procedure tutti gli imprenditori commerciali medio-grandi "fallibili", fra i quali meritano espressa menzione:

a) gli imprenditori commerciali che presentano i requisiti per accedere a una delle varie forme di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza regolamentate nel nostro ordinamento, come noto altrimenti soggetti al fallimento e al concordato preventivo;

b) le società commerciali "a partecipazione pubblica", atteso che, superando il precedente regime – ove erano di massima sottratte alla *failure zone* le società *in house providing* ⁽⁴⁴⁾, mentre era fortemente disputata la condizione delle altre società in mano pubblica ⁽⁴⁵⁾ – l'art. 14, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, attuativo della delega contemplata nella legge Madia (in punto non modificato dal decreto correttivo 16 giugno 2017, n. 100), ne ha sancito senza distinzioni la soggezione al fallimento e al concordato preventivo (ovvero, se ne ricorrono i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza);

c) le società cooperative (non "minori") aventi per oggetto un'attività commerciale, e ogni altro ente soggetto tanto al fallimento, quanto in alternativa alla liquidazione coatta amministrativa;

d) gli imprenditori privati – in specie banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari – che per la natura dell'attività esercitata e per la dimensione dell'impresa sarebbero assoggettabili al fallimento, ma per cui leggi speciali prevedano la soggezione in via esclusiva alla liquidazione coatta amministrativa, disciplinata nel suo archetipo nella legge fallimentare, salvo particolari declinazioni nelle stesse leggi speciali in relazione alla natura dell'interesse pubblico tutelato ⁽⁴⁶⁾.

Rispetto all'ultima categoria menzionata, per quanto nessuno abbia opinato un senso contrario, una conferma della preclusione in parola postulerebbe a rigori di verificare se la liquidazione coatta amministrativa, anche nel caso in cui non fosse stato dichiarato lo stato

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la nota Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5. Ricca la dottrina contraria, in genere richiamante l'esigenza di assicurare parità di trattamento fra i creditori delle società private e di quelle pubbliche, prevalente sull'interesse degli utenti a un efficiente e ininterrotto svolgimento del servizio pubblico (del resto erogabile anche nell'ambito della procedura concorsuale o assegnabile dall'ente territoriale ad altro soggetto): per rinv. v. A. DALMARTELLO, (nt. 29), 306 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per un'equilibrata rassegna delle argomentazioni svolte dall'una e dall'altra corrente di pensiero, v. G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 504, il quale considerava scontato che, in caso di sottrazione a fallimento, le società in questione potessero accedere alle procedure da sovraindebitamento; ma v. invece Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in <http://www.ilfallimentarista.it>. Dal canto suo, si pronunciava in senso favorevole a prescindere dalla "non fallibilità", A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 599, motivando che le procedure in questione non comportano una forte ingerenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria sulla gestione "politico-amministrativa" dell'ente e sono pur sempre attivabili solo su iniziativa del debitore.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. CORDOPATRI, (nt. 25), 21; G.M. NONNO, (nt. 37), 81; *contra*, in forza della sua tesi generale, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 601.

di insolvenza dell'impresa, possa essere considerata una “procedura concorsuale” nello specifico senso accolto nella legge n. 3/2012.

Un'indagine di tal genere sembra in ogni modo imprescindibile se si vogliono escludere dall'accesso alle procedure di sovraindebitamento altri enti di natura privatistica per i quali il legislatore ha previsto la soggezione alla liquidazione coatta amministrativa, senza che possa sostenersi che altrimenti sarebbero stati esposti al fallimento (se non altro non stabilmente): è il caso di non poche tipologie di cooperative e di consorzi, nonché delle “imprese sociali” (in passato ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155; oggi, con espresso richiamo alla normativa generale contemplata nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, *ex art.* 14 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, che ha recentemente riformato la materia ⁽⁴⁷⁾).

Una seconda categoria di soggetti che induce a compiere un approfondimento della nozione di “procedura concorsuale” è quella degli enti pubblici esercenti imprese. Questi sono generalmente sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa, ma non mancano casi in cui leggi speciali contemplano differenti procedure amministrative di liquidazione o di risanamento, anche di dubbia natura concorsuale.

Secondo un orientamento, gli enti pubblici economici – se non anche quelli esercenti imprese in via secondaria – potrebbero accedere alle procedure di cui agli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, al fine di soddisfare esigenze non perseguibili con le procedure amministrative per essi previste, atteso che detta legge contempla unicamente un controllo di legittimità dell'A.G.O. e soprattutto “ha carattere di chiusura del sistema, ed è quindi applicabile in tutte le situazioni per le quali l'ordinamento non appronta una specifica regolamentazione” ⁽⁴⁸⁾. Si evidenzia altresì che si tratta pur sempre di una semplice facoltà, di cui l'ente potrebbe avvalersi su base di convenienza e compatibilmente con il suo regime amministrativo ⁽⁴⁹⁾.

Ma la maggior parte degli interpreti si è espressa in senso negativo, argomentando principalmente che, sulla base di una valutazione generale espressa nell'art. 1 l. fall., l'intera categoria degli enti pubblici è sottratta alle procedure “concorsuali giudiziali”, in quanto queste – fra cui rientrano anche le procedure di sovraindebitamento, in cui è il G.D. a nominare il liquidatore *ex art.* 14-*quinquies* – sono suscettibili di determinare un'ingerenza del giudice ordinario nel campo di azione e vigilanza della pubblica amministrazione (violando la c.d. “riserva di amministrazione”) e di ingenerare una discriminazione rispetto ad altri enti non parimenti facoltizzati. D'altronde, si aggiunge, il legislatore vuole rimanere libero di disciplinare la crisi di detti enti nella maniera che ritiene più conforme all'interesse pubblico implicato, anche optando immediatamente per la soluzione liquidatoria: a questa stregua, è sufficiente che sia prevista una procedura di natura amministrativa, anche “non concorsuale”

⁽⁴⁷⁾ *Contra*, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 601 s.

⁽⁴⁸⁾ In tal senso, con riferimento a un IPAB, e valorizzando in proposito la circostanza che la procedura amministrativa contemplata nella normativa di settore non prevedesse la *chance* del risanamento (presupposto poi contestato dal giudice del reclamo, in relazione alla c.d. fase commissariale prevista in tale normativa), Trib. Treviso, 9 dicembre 2015 (decr. omologa), come menzionato nel provvedimento di cui *infra* alla nota 52. Per Trib. Ravenna, 15 febbraio 2016, in <http://www.ilcaso.it>, l'accesso alle procedure di sovraindebitamento postula invece che l'ente pubblico non abbia adottato forme privatistiche e l'impresa esercitata non sia commerciale.

⁽⁴⁹⁾ Così, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 598.

e comunque indirizzata (alla liquidazione come al risanamento), per escludere l'accesso alle procedure di sovraindebitamento ⁽⁵⁰⁾.

Un terzo gruppo di soggetti per i quali si manifesta incertezza sul punto della facoltà di accesso alle procedure in questione è rappresentato dagli enti del Libro I del codice civile. Un primo problema è che, se essi esercitano in concreto un'impresa commerciale, secondo i più acquisiscono la qualità di soggetto "fallibile" ⁽⁵¹⁾. Ma occorre anche tenere conto che per le fondazioni e le associazioni dotate di personalità giuridica dovrebbe trovare applicazione la procedura di liquidazione generale regolamentata nelle disposizioni di attuazione del codice civile ⁽⁵²⁾.

Al fine di risolvere i casi dubbi appena enumerati, il comune nodo interpretativo che occorre sciogliere concerne la nozione di "procedura concorsuale" di cui agli artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a) della legge n. 3/2012, poiché il requisito della "diversità" dalle procedure ivi regolamentate presuppone necessariamente l'identificazione di una categoria generale. Non ci si può dunque sottrarre al tentativo di metterla a fuoco (nel prossimo §), reso arduo dalle circostanze che in alcun luogo normativo è riscontrabile una definizione di "procedura concorsuale" e anche in dottrina i confini di tale categoria concettuale sono fortemente disputati.

A esito di tale indagine, potrà essere formulata una risposta per i menzionati casi rimasti in sospeso. Diversamente – anticipo – ai fini di valutare l'ulteriore fattispecie controversa del socio illimitatamente responsabile di società "fallibile", e anche l'estensione della nozione di "consumatore" rilevante ai fini dell'accesso alla speciale procedura prevista

⁽⁵⁰⁾ Questa *summa* argomentativa è svolta da Trib. Treviso, 12 maggio 2016 (decr. reso in sede di reclamo *ex art.* 12, comma 2), in *Dir. fall.*, 2017, II, 272, con nota adesiva di R. BATTAGLIA, *Il problema dell'(in)applicabilità agli enti pubblici della disciplina sul sovraindebitamento: il caso degli IPAB*, 277 ss., spec. 295, ove sostiene che il "cumulo" di strumenti di soluzione della crisi può fondarsi solo su una norma espressa, come nel caso dell'imprenditore agricolo. Altre opinioni favorevoli a escludere gli enti pubblici dall'accesso alle procedure di sovraindebitamento sono più laconiche: G.M. NONNO, (nt. 37), 85, adduce che praticamente per ciascuno di essi sono disposte se non altro procedure collettive di liquidazione; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 22, motiva che le procedure di sovraindebitamento appaiono poco consone a regolare situazioni debitorie in cui normalmente predomina l'Amministrazione finanziaria dello Stato.

⁽⁵¹⁾ In sintesi, si contendono il campo tre orientamenti: a) per il primo, ormai maggioritario, al fine dell'acquisizione della qualità di imprenditore dell'ente è sufficiente sia riscontrato lo stabile esercizio di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (cfr. App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. comm.*, 2017, II, 135; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fallimento*, 2012, 78; Trib. Alba, 25 marzo 2009, *ivi*, 2009, 1427; G. MARASÀ, *Contratti associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Padova, Cedam, 1995, 146 ss.; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003, 68); b) per il secondo, allo stesso fine occorre che tale attività assurga a oggetto esclusivo o principale dell'ente (Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, 2255; W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, 86 ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 88 ss.); c) per il terzo, è normalmente esclusa la qualifica di imprenditore per carenza del requisito della professionalità, in quanto, purché non vengano violate le regole poste dal Libro I° del codice civile, l'attività di impresa rimane "strutturalmente" accessoria a quella istituzionale (N. RONDINONE, *Il caso della fondazione "abusiva" d'impresa quale paradigma di applicazione della teoria dell'impresa agli enti del Libro I del codice civile*, in *Dir. fall.*, 2005, II, 889 ss.). Altri rife. in E. MORINO, *Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 349.

⁽⁵²⁾ Chi si pronuncia a favore del loro accesso alle procedure di sovraindebitamento, come A. PACIELLO, (nt. 19), 94, si pone in effetti il problema di verificare la compatibilità fra la normativa correlativa e la disciplina codicistica, fra l'altro caratterizzata da molteplici rinvii alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa.

per tale categoria, l'interpretazione sistematica dovrà essere corroborata dal canone teleologico.

5. *Il nodo interpretativo della controversa nozione di “procedura concorsuale”.*

In un passato ormai remoto l'appellativo di “procedura concorsuale” era tradizionalmente riservato alle sole procedure regolamentate nella versione originaria del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in quanto accomunate da un'accezione “forte” del principio di concorsualità, caratterizzata dall'eliminazione dello stato di insolvenza del debitore e soprattutto da una tutela accentuata dei suoi creditori – se non altro comparativamente alle procedure esecutive individuali disciplinate nel codice di procedura civile – principalmente discendente dall'assoggettamento dell'intero suo patrimonio (altresì rimpinguabile mediante l'esercizio delle azioni revocatorie e di responsabilità), e dalla rigorosa applicazione del principio della *par condicio* ⁽⁵³⁾.

Nel dibattito in materia vi era per vero la consapevolezza che tale ultimo principio, espresso con vocazione generale dall'art. 2741 c.c., designasse solo una regola di tendenza ⁽⁵⁴⁾, declinata in differenti gradi di intensità in molteplici istituti ove deve farsi luogo alla liquidazione di un patrimonio (ad es., nella liquidazione dei patrimoni delle persone giuridiche private o delle eredità accettate con beneficio di inventario, o nella limitazione del debito dell'armatore), e all'opposto disattesa in altri (ad es., nella liquidazione delle società non insolventi), di massima a seconda che fosse stata accertata o fosse probabile una situazione di incapienza patrimoniale ⁽⁵⁵⁾.

In quest'ottica, si ammetteva che potesse concepirsi anche una concorsualità in senso “debole”, implicante puramente il divieto di azioni esecutive individuali e il perseguimento della *par condicio* in presenza di una situazione di insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i creditori, elementi appunto già ravvisabili, in ambito civilistico, nei procedimenti regolamentati negli art. 14 ss. d. att. c.c. per la liquidazione generale dei beni delle persone giuridiche, e negli art. 503 ss. c.c. per la liquidazione dei beni dell'eredità beneficiata ⁽⁵⁶⁾. Ma come riferito, non si riteneva dai più che questi potessero qualificarsi come “procedure concorsuali” in senso proprio.

Per la verità, a partire dalla fine degli anni '70, la regola della *par condicio creditorum* è stata intaccata nel suo stesso ambito elettivo (della materia fallimentare) in forza delle non poche eccezioni introdotte dalle varie normative succedutesi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, tanto da essersi sostenuto fosse ormai degradata al

⁽⁵³⁾ Così, per tutti, E. GARBAGNATI, *Fallimento ed azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, I, 371, che richiamava il fine unitario di “evitare un'affannosa gara di velocità fra i creditori del commerciante insolvente”.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. V. COLESANTI, <<Mito e realtà della “par condicio”>>, in *Fallimento*, 1984, 32 ss.

⁽⁵⁵⁾ Su questo denominatore comune, v. M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 369 ss.; conf., B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, in *Trattato Ragusa Maggiore - Costa*, II, Torino, Utet, 1997, 30 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., con differenti sfumature di pensiero, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato Galgano*, IX, Padova, Cedam, 1986, 87 ss.; A. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 367 ss.; G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004, 59 s.; A. NIGRO, (nt. 1), 16.

rango di eccezione ⁽⁵⁷⁾. Ma soprattutto essa ha subito gravi *vulnera* con la riforma della disciplina del fallimento e del concordato preventivo recata nel 2005-2007 (e rifinita negli anni successivi); il che ha indotto gli interpreti più avvertiti a interrogarsi se il concetto generale di “procedura concorsuale” dovesse formare oggetto di sostanziale rielaborazione ⁽⁵⁸⁾.

In proposito, credo possa ancora sostenersi che, finanche nell’attuale assetto normativo, specificamente il “concorso fallimentare” di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, rimane caratterizzato dall’obiettivo di apprestare una tutela rafforzata dei creditori dei soggetti fallibili rispetto ai creditori dei soggetti non fallibili, sotto i due seguenti profili:

a) sul piano dell’oggetto della liquidazione, è assoggettato alla procedura l’intero patrimonio dell’imprenditore, inerente all’impresa o ad essa estraneo (compresi i beni che dovessero pervenirgli nel corso della procedura, ed esclusi invece i beni personali *ex art. 46 l. fall.*), rigorosamente non intaccabile a vantaggio di singoli creditori – essendo qualificati come inefficaci ed eventualmente anche sanzionati penalmente gli atti del debitore che dovessero operare in tale direzione – e anzi suscettibile di essere incrementato in prospettiva riequilibratrice mediante le azioni revocatorie fallimentari (più ampiamente, mediante la dichiarazione di inefficacia di atti pregiudizievoli ai creditori) e attraverso le azioni di responsabilità civile e altre azioni o diritti patrimoniali ⁽⁵⁹⁾.

b) sul piano dei soggetti concorrenti alla distribuzione del ricavato, sono previsti dei meccanismi di informativa d’ufficio per mettere nella condizione di partecipare al concorso tutti i soggetti che siano creditori al momento della dichiarazione di fallimento – compresi quelli il cui credito non sia stato accertato giudizialmente e non sia certo, liquido ed esigibile – i quali sono posti sullo stesso piano indipendentemente dalla data di scadenza del debito (su cui durante la procedura non decorreranno interessi, salve alcune eccezioni) e soprattutto inibiti a esercitare o proseguire azioni esecutive individuali ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. P.G. JAEGER, <<Par condicio creditorum>>, in *Giur. comm.*, 1984, I, 91; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, 19, Torino, Utet, 1985, 408 ss.; G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 11 ss.

⁽⁵⁸⁾ V. specialmente G. TERRANOVA, *Il concordato <<con continuità aziendale>> e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 13, secondo il quale, seppure – avuto riguardo alle nuove regole sul concordato per classi, alla sterilizzazione della revocatoria, alla facoltà di pagare creditori anteriori se fornitori indispensabili per il concordato in continuità – il riparto proporzionale e il rispetto della *par condicio creditorum* non rappresentano più elementi qualificanti del concetto di “procedura concorsuale” rimodellato a esito delle riforme del r.d. 16 marzo 1942, n. 267; nondimeno, la concorsualità fallimentare (tuttora “amministrata”, ossia dipendente da scelte discrezionali del giudice) rimane contrassegnata dalla “prevalenza dell’interesse della massa sull’interesse dei singoli creditori”, e pur sempre in nome della tutela “dinamica” del primo, fatto [forzosamente] coincidere con l’interesse a mantenere in vita l’impresa, vengono giustificate nuove cause di prelazione o all’opposto declassamenti.

⁽⁵⁹⁾ Su quello che viene spesso chiamato principio di “universalità” o “globalità” dell’oggetto v., fra i molti, A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*², Padova, Cedam, 1939, 53 ss.; F. FERRARA JR (- A. BORGIOI), *Il fallimento*⁷, Milano, Giuffrè, 1995, 40 ss., partic. 46, per cui il fallimento sotto il profilo in esame tutela ciascun creditore “non solo nei confronti dei creditori con cui concorre (concorso del resto non essenziale), ma anche e soprattutto contro l’attività del debitore”.

⁽⁶⁰⁾ Sul principio della “generalità” o “universalità” soggettiva v., fra gli altri, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 10; G.A. MICHELI, *Amministrazione controllata concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1404 ss.

Pertanto, rimane fermo che il fallimento persegue una tutela rafforzata e su basi paritarie dei creditori in termini più marcati che nell'espropriazione forzata individuale, in ultima analisi al fine di incentivare la concessione di credito pecuniario alle imprese commerciali (con ciò evidentemente incidendo anche sui costi correlativi) nell'interesse del sistema economico e quindi della collettività ⁽⁶¹⁾.

In effetti, una corretta enucleazione delle caratteristiche proprie dell'imprenditore commerciale non piccolo consente di comprendere che si tratta di un soggetto che, per la natura dell'attività esercitata e la rilevanza dell'organizzazione di cui si avvale, dovendo affrontare un equilibrio difficile fra scadenze attive e passive, più facilmente degli altri soggetti esercenti attività professionali può mettere a repentaglio la garanzia patrimoniale dei suoi creditori "passivi" e diventare insolvente. Pertanto, la procedura esecutiva collettiva prevista per l'ipotesi della sua insolvenza rimane essenzialmente finalizzata a incentivare la concessione al medesimo di credito (specie in sede di compimento degli affari "passivi"), nonostante la minore stabilità della garanzia patrimoniale che esso offre ⁽⁶²⁾.

Ciò rilevato per quanto concerne l'attuale assetto funzionale della procedura fallimentare e la sua coerente limitazione agli imprenditori commerciali medio-grandi, non si può negare che nella legge fallimentare riformata è oggi rinvenibile un altro blocco normativo – comprendente tutti gli istituti di salvataggio dell'impresa in crisi – che si distacca notevolmente dal primo per l'ordine di valori cui è ispirato, ampiamente mutuato da ordinamenti in cui la "commercialità" non rappresenta una categoria speciale e comunque non incide sulla conformazione delle procedure di crisi.

Nella disciplina di tali istituti "alternativi" la tutela della *par condicio creditorum* e l'obiettivo di stimolare *ex ante* l'efficienza della gestione e la regolarità dei pagamenti, tipicamente *a parte creditoris*, sono sotto-ordinati a uno spiccato *favor* per le soluzioni conservative dell'impresa e per l'esdebitazione dell'imprenditore. Risulta quindi meno comprensibile la loro (mantenuta) circoscrizione agli imprenditori commerciali medio-grandi e nel contempo si spiega che il modello a essi sotteso si prestasse a essere esteso ai debitori civili e agli imprenditori "minori", con una ancor più marcata rivisitazione delle regole concorsuali *a parte debitoris*.

⁽⁶¹⁾ Ed anzi il divario è probabilmente aumentato dopo i ritocchi operati nel 2005 al Libro IV e in specie all'art. 499 del codice di rito, nella direzione, da un lato, di limitare l'intervento nella procedura esecutiva ordinaria ai soli creditori muniti di titolo esecutivo, sequestro conservativo attuato sul bene pignorato, o diritto reale di garanzia, ovvero titolari di un credito di somme di denaro risultanti dalle scritture contabili di cui agli artt. 2214 ss. c.c.; dall'altro, di generalizzare la facoltà del creditore pignorante di indicare agli intervenienti altri beni pignorabili, cui questi sono tenuti a estendere il pignoramento se non vogliono che il primo venga loro preferito: cfr. O. DESIATO, *L'intervento dei creditori nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 277 ss.; e v. già D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 57, nt. 18. In senso opposto altri, fra cui C. FERRI, *L'esdebitazione*, in *Fallimento*, 2005, 1092, D. SPAGNUOLO, (nt. 15), 183 ss., adducono che la riforma dell'art. 492 c.p.c. – sul punto rimodulato e integrato con l'art. 492-bis mediante ulteriori interventi fra il 2014 e il 2016 – avrebbe conferito all'esecuzione individuale carattere di maggiore universalità, avuto riguardo al potere dell'ufficiale giudiziario, allorquando i beni pignorati appaiono insufficienti, di raccogliere informazioni al fine di reperire altri cespiti del debitore idonei al soddisfacimento del credito per cui si procede.

⁽⁶²⁾ Per un'ampia dimostrazione di questi assunti rinvio a N. RONDINONE, (nt. 3), 174 ss., e in sintesi ID., (nt. 30), 179 ss.

Da parte degli interpreti non si è mancato di riconoscere che il nuovo concordato preventivo presenta un livello di concorsualità “minore” della procedura fallimentare, ma comunque fondato sul fatto che il primo può pur sempre determinare lo spossessamento dei beni dell’impresa e soprattutto è stabilmente destinato a esplicare efficacia nei confronti dell’intera collettività dei creditori; coerentemente, proprio la carenza di tali elementi ha condotto invece la maggioranza degli studiosi a negare carattere concorsuale agli accordi di ristrutturazione dei debiti ⁽⁶³⁾, e ancor più ai piani attestati di risanamento avuto riguardo alla loro inidoneità a garantire la *par condicio creditorum* ⁽⁶⁴⁾.

L’annacquamento della categoria generale delle “procedure concorsuali” ha quindi conosciuto un ulteriore passaggio, questa volta normativo – e non meramente ermeneutico – appunto con la versione finale della legge n. 3/2012, nella quale il legislatore ha espressamente qualificato le tre nuove procedure collettive tutte come “concorsuali” (cfr. art. 6, comma 1, e art. 7, comma 2, lett. a; e v. anche l’inciso <<ai soli effetti del concorso>> nell’ambito degli artt. 9, comma 3-ter e 14-ter, comma 7).

I commentatori hanno di massima tenuto ferma tale qualificazione legislativa, salvo comunemente osservare che le tre procedure appaiono *debtor oriented*, in maniera più marcata che non gli istituti alternativi al fallimento nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e presentano carattere “volontario”, presupponendo che il debitore abbia assunto l’“iniziativa” di proporre una, atteso che anche l’ipotesi della conversione nella procedura di “liquidazione del patrimonio” su richiesta dei creditori postula pur sempre che il primo avesse promosso una delle due procedure di composizione della crisi ⁽⁶⁵⁾.

Sulla esatta natura giuridica degli istituti introdotti nel Capo II della legge n. 3/2012 si è molto dibattuto. In sintesi, il procedimento di liquidazione è generalmente accostato al fallimento come procedura esecutiva collettiva nell’interesse dei creditori, ma non si manca di sottolineare che difetta nitidamente delle stigmate della “concorsualità forte” ⁽⁶⁶⁾.

Nel caso dell’accordo di composizione della crisi, chiaramente ispirato al modello del concordato preventivo sotto il profilo delle scansioni procedurali e della produzione degli

⁽⁶³⁾ In tal senso, nonostante lo scrutinio compiuto dal giudice dell’omologazione, A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. impr.*, 2009, 413 s.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 368; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 509 ss.; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 594; *contra*, sull’assunto che l’istituto garantisce la *par condicio creditorum*, tipica espressione della concorsualità, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, Cedam, 2009, 81 ss. Altri riff. in L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 285 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. per tutti, M. FERRO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d)*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*², a cura del medesimo, Padova, Cedam, 2011, 761, 774 s., il quale rincara che sui piani neppure è previsto il controllo dell’autorità giudiziaria se non quello eventuale in caso di promozione dell’azione revocatoria da parte del curatore fallimentare.

⁽⁶⁵⁾ V., fra gli altri, F. MACARIO, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori <<non fallibili>>*. *Il completamento della riforma*, in *ODCC*, 2012, 211; C. COSTA, (nt. 25), 666; A. DALMARTELLO, (nt. 29), 295, per cui elemento comune alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012 sarebbe l’assenza del c.d. “secondo round” della gestione della crisi, quello “in cui il debitore è messo da parte”.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. R. DONZELLI, *Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo*, in AA.VV., *La “nuova” composizione della crisi*, (nt. 25), 67. Pone all’indice specialmente la <<sostanziale assenza dell’apparato revocatorio, risarcitorio e repressivo>> tipico della procedura fallimentare, A. DALMARTELLO, (nt. 29), 296 ss.

effetti ⁽⁶⁷⁾, si reputa dai più che sia anch'esso inquadrabile fra le procedure concorsuali giudiziali, salvo discutersi specularmente sui limiti del sindacato del giudice ⁽⁶⁸⁾.

E' diversamente subito parsa incerta la natura giuridica del “piano del consumatore”, che in particolar modo surroga il consenso dei creditori con una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria della fattibilità della proposta e della meritevolezza del debitore in relazione alle cause del sovraindebitamento ⁽⁶⁹⁾.

L'elemento minimale caratterizzante anche quest'ultimo, tale da suffragarne la connotazione in termini di “concorsualità minore”, è stata tuttavia rinvenuto nella cogenza per tutti i creditori anteriori, compresi quelli estranei o non aderenti all'accordo o al piano (che secondo la prima versione della legge in parola invece avrebbero dovuto essere pagati integralmente) ⁽⁷⁰⁾. Siffatta cogenza rappresenta in effetti il presupposto logico per l'apertura del concorso, la quale per i più porta con sé naturalmente – dunque in tutte e tre le procedure – l'applicazione della regola della *par condicio creditorum*, fatte salve le cause legittime di prelazione ⁽⁷¹⁾

Se si concorda con la ricostruzione che precede, si deve concludere che la nozione di <<procedura concorsuale>> è stata assunta dalla legge n. 3/2012 nel senso “debole” appena descritto, secondo un'accezione della stessa già abbozzata dalla dottrina più risalente – ma a suo tempo ritenuta non rispondente alla effettiva estensione semantica del concetto – la quale aveva acquisito maggior rango “dogmatico” già nel contesto del dibattito sulla natura del concordato preventivo e degli altri istituti di salvataggio dell'impresa dopo la riforma della legge fallimentare.

6. *Enti pubblici ed enti privati non lucrativi nel “frammentato” sistema concorsuale debtor oriented.*

Su queste basi, appare possibile formulare una motivata risposta circa le posizioni dubbie indicate nella parte finale del § 4.

In primo luogo, atteso che la liquidazione coatta amministrativa, se non altro come modellata in linea generale negli art. 195 ss. l. fall., è annoverabile certamente fra le procedure

⁽⁶⁷⁾ Il rilievo è comune: v. L. PANZANI, (nt. 31), 27; R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 611, nt. 6; R. TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 654 s., secondo la quale permangono peraltro “taluni sintomi di <<negozialità>>”.

⁽⁶⁸⁾ Per l'inquadramento in specie fra le procedure concorsuali “deliberative”, v. F. DI MARZIO, (nt. 33), 11 ss.; conf., D. MANENTE, (nt. 34), 571, 592; *contra*, opinando trattarsi nemmeno di una procedura esecutiva, quanto piuttosto di un procedimento su base volontaria finalizzato al raggiungimento di un accordo, A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 7 legge n. 3/2012*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*⁶, Padova, Cedam, 2013, 2030; e v. anche G. LO CASCIO, (nt. 28), 814, che ne sottolinea il carattere “ibrido”.

⁽⁶⁹⁾ Secondo F. DI MARZIO, (nt. 33), 13 s., si tratterebbe di una particolare forma di “concordato coattivo” giustificata dall’“interesse, di ordine pubblico economico, alla definizione ragionevole della situazione di sovraindebitamento di coloro che non svolgono un'attività economica”.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. A. GUIOTTO, (nt. 31), 1287; F. DI MARZIO, (nt. 33), 10 ss.; R. TISCINI, (nt. 66), 650 s.; D. MANENTE, (nt. 34), 569; R. DONZELLI, (nt. 66), 614; ne nega la natura concorsuale, V. DE SENSI, *La nuova disciplina delle crisi di sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 629.

⁽⁷¹⁾ In tal senso, L. PANZANI, (nt. 31), 5; D. MANENTE, (nt. 34), 592 s.; F. DI MARZIO, (nt. 33), spec. 13.

concorsuali nel senso “debole” appena chiarito ⁽⁷²⁾ – in misura più marcata laddove sia accompagnata dalla dichiarazione dello stato di insolvenza dell’impresa (dalla quale discende l’operatività delle regole sulle revocatorie fallimentari e sulle responsabilità) – non possono accedere alle procedure regolate nel Capo II della legge n. 3/2012 gli enti che vi siano soggetti in esclusiva, e fra essi segnatamente: “imprese sociali”, società cooperative non aventi a oggetto un’attività commerciale, vari tipi di consorzi, oltre a banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari, etc.

La stessa conclusione vale rispetto agli enti pubblici esercenti imprese, che risultassero sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa in termini conformi all’archetipo di cui agli artt. 195 ss. l. fall. Qualora invece fossero soggetti a procedure differenti per struttura ed effetti, a indirizzo liquidatorio o anche di risanamento, laddove a queste non potesse ascriversi nemmeno una connotazione concorsuale “in senso debole”, poiché prive del carattere della cogenza nei confronti di tutti i creditori, si dovrebbe accordare agli enti in questione la facoltà di accedere alle procedure di sovraindebitamento.

Questo esito interpretativo può non persuadere in ragione della violazione della c.d. “riserva di amministrazione”, oltre che per le altre argomentazioni sopra ricordate addotte dagli interpreti che l’hanno avvertito. Ma il dato normativo depone nitidamente in tal senso. E d’altronde non si può negare che il legislatore contemporaneo ha già infranto il tabù dell’ingerenza dell’Autorità giudiziaria ordinaria nella sfera di azione della Pubblica Amministrazione, laddove (come detto) ha riconosciuto che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili al fallimento.

Venendo all’ultimo gruppo di casi controversi, deve all’inverso ritenersi che non possano accedere alle procedure da sovraindebitamento le associazioni e le fondazioni dotate di personalità giuridica, in quanto, come già evidenziato dalla dottrina più risalente sopra citata, anche le norme sulla loro liquidazione generale dettate in sede di disposizioni di attuazione del codice civile – che del resto rinviano a diverse norme sulla liquidazione coatta amministrativa nella legge fallimentare – implicano il divieto di azioni esecutive individuali e il tendenziale perseguimento della *par condicio creditorum* in presenza di una situazione di insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i creditori.

Se hanno fondati dubbi sulla capienza del patrimonio dell’ente, infatti, i liquidatori nominati dal tribunale sono tenuti a procedere secondo le regole della “liquidazione generale”, in forza delle quali si apre il concorso di tutti i creditori sul patrimonio dell’ente in conformità agli artt. 52-63 l. fall.; è inibito l’inizio e la prosecuzione di azioni esecutive individuali; la formazione dello stato passivo e la distribuzione dell’attivo seguono criteri tipicamente concorsuali; è possibile l’esperimento di revocatorie ordinarie, unicamente non anche di revocatorie fallimentari ⁽⁷³⁾. E’ insomma riscontrabile un livello di concorsualità “in senso debole”, certamente non inferiore a quello che connota le procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

⁽⁷²⁾ R. BATTAGLIA, (nt. 49), 287.

⁽⁷³⁾ Cfr. G. BONFANTE, G. COTTINO, (nt. 39), 536, secondo cui a fronte di tali regole non vale la pena interrogarsi più di tanto sulla “fallibilità” degli enti in questione.

Per quanto concerne da ultimo le associazioni non riconosciute, a mio avviso sarà alle stesse stabilmente preclusa la strada delle procedure da sovraindebitamento laddove (come spesso accade) nel loro statuto sia prevista l'applicazione delle norme sulla liquidazione delle associazioni riconosciute. Diversamente, occorre verificare se esse esercitino in concreto un'impresa con modalità tali da avere acquisito – secondo quanto ritenuto dalla maggioranza degli interpreti – la qualità di imprenditore commerciale non minore (allora soggetto a fallimento); solo in caso negativo, potranno accedere alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

La rassegna appena svolta dimostra fra l'altro che il nostro ordinamento concorsuale, una volta che si assume la nozione di procedura concorsuale nei termini affievoliti di cui si è riferito, non può più dirsi caratterizzato a rigori come un sistema binario: vale a dire che il modello a “concorsualità differenziata” cui siamo oggi approdati conosce suddivisioni e frammentazioni ulteriori che non la mera contrapposizione fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti non fallibili.

In effetti, se il criterio di identificazione della categoria generale della “concorsualità” non è più correlato alla prescrizione di un complesso di regole tipicamente preordinate a rafforzare la tutela della massa creditoria, bensì al preminente obiettivo di appagare il bisogno del debitore di raggiungere soluzioni della sua crisi opponibili a tutti i creditori – i cui interessi sono tutelati solo in subordine ovvero in specifici procedimenti – non ci si può stupire che nel nostro ordinamento concorsuale abbiano oggi a riscontrarsi plurime tipologie di “procedure concorsuali”, ciascuna variamente commisurata alle caratteristiche specifiche del debitore.

7. *L'accesso alla concorsualità a parte debitoris del socio illimitatamente responsabile di società “fallibile”.*

Una disamina ulteriore postula il caso più spinoso e controverso, concernente la posizione del soggetto che non sia già “fallibile” in forza dell'esercizio di un'impresa individuale, ma abbia la qualità di socio illimitatamente responsabile di una s.n.c., s.a.s. o s.a.p.a., la quale sia assoggettabile a fallimento (o all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi) in quanto esercente attività commerciale e non ricadente sotto le soglie di cui all'art. 1, comma 2, l. fall. ⁽⁷⁴⁾.

In questa ipotesi, abbiamo a che fare con un soggetto che non può essere dichiarato fallito (o insolvente) in via diretta e autonoma in forza della sua qualità di imprenditore commerciale medio-grande, ma solo “in via di estensione” in forza del disposto di cui all'art. 147 l. fall. (o degli artt. 23-25 del d. lgs. n. 270/1999, qualora la società abbia acceduto all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi).

⁽⁷⁴⁾ Laddove la società con soci a responsabilità illimitata non sia “fallibile”, potranno ricorrere a una procedura da sovraindebitamento tanto l'una quanto (finanche in parallelo, non ostandovi alcun dato normativo) gli altri: *contra*, F. PASQUARIELLO, *L'accesso del socio alle procedure di sovraindebitamento: una grave lacuna normativa*, in *Fallimento*, 2017, 205 ss., per la quale l'accesso dovrebbe essere precluso ai soci illimitatamente responsabili, mentre nella procedura avviata dalla società si pone il dubbio se gli effetti esdebitatori e/ablativi possano estendersi ai soci illimitatamente responsabili pure in mancanza di norme quali gli artt. 184 cpv. e 147 l. fall. (per i primi propendendo per l'affermativa, laddove il piano abbia cura di prevederlo espressamente).

L'elemento differenziale della soggezione a fallimento solo "di rimbalzo" è stato ritenuto da alcuni di per sé solo giustificativo della facoltà per i soci illimitatamente responsabili di accedere alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012 ⁽⁷⁵⁾.

Altri hanno invece motivato nella stessa direzione che il requisito di inammissibilità di cui alla lett. a) dell'art. 7, comma 2 (invero nella versione precedente alla novella), logicamente dovrebbe operare solo con riferimento alle procedure "attivabili su iniziativa dello stesso debitore" ⁽⁷⁶⁾.

Sul piano dell'interpretazione letterale, si è tuttavia replicato che nell'ambito del dato positivo corrispondente agli attuali artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a), della legge n. 3/2012, l'elemento preclusivo dell'assoggettabilità a procedure concorsuali <<diverse>> non contempla alcuna distinzione correlata a che possa pervenirsi a queste in via diretta o meno, in via volontaria o meno ⁽⁷⁷⁾.

E' chiaro che, se si mantiene la disputa sul piano meramente formale, non si può approdare a risultati incontrovertibili; né, come si è anticipato, in questo caso ci può aiutare la ridefinizione della nozione di "procedura concorsuale" sopra svolta nel § 5. Occorre quindi confrontare le due contrapposte interpretazioni in relazione alle conseguenze funzionali che determinano e alla loro rispondenza alle finalità perseguite dal legislatore.

Sotto il primo profilo, la discussione verte principalmente sul rischio che successivamente la società sia dichiarata fallita, e con essa i soci illimitatamente responsabili. In proposito, i fautori della tesi estensiva hanno osservato che mediante l'art. 12, comma 5, della legge n. 3/2012 il legislatore ha comunque riconosciuto carattere preminente al concorso fallimentare, prevedendo che esso subentri a quello "minore"; e d'altronde "nell'ipotesi del fallimento in estensione l'attivo, nel frattempo conservato a tutela dei creditori, potrà essere acquisito dal curatore" ⁽⁷⁸⁾.

A ciò si è replicato che, se si consentisse al socio illimitatamente responsabile di accedere a una procedura di sovraindebitamento, mediante questa il socio potrebbe creare una sostanziale segregazione patrimoniale a favore dei creditori personali a discapito di quelli sociali, con effetti definitivi qualora la procedura in questione si esaurisse prima che venisse dichiarato il fallimento della società; in secondo luogo, già nel corso della procedura personale, non potendo applicarsi direttamente l'art. 2288 cpv. (ma al più l'art. 2285, comma 2) c.c., non sarebbe agevole "appostare" la quota sociale, il cui valore dipende non solo da attività ma anche da passività ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. G.M. NONNO, (nt. 37), 83; S. PACCHI, (n. 20), 697; S. MASTURZI, (nt. 25), 676; e, in termini sfumati, A. PACIELLO, (nt. 19), 93; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 23; Trib. Pistoia, 19 novembre 2014, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2015, 145 ss.; Trib. Prato, 16 novembre 2016, in *Fallimento*, 2017, 197.

⁽⁷⁶⁾ Così, A. GUIOTTO, (nt. 18), 23.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 201 s.; A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 596 s. (che peraltro ammette egualmente il socio illimitatamente responsabile alle procedure di sovraindebitamento in ragione della sua prospettiva generale che le stesse non sono precluse dalla "fallibilità"); Trib. Milano, 18 agosto 2016, in *Fallimento*, 2017, 198.

⁽⁷⁸⁾ Così, succintamente, Trib. Prato, (nt. 74).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 204 ss. E v. anche Trib. Milano, (nt. 76): "in qualunque momento la società potrebbe fallire trascinando il socio nel fallimento"; "i suoi debiti sono anche quelli sociali di cui è illimitatamente responsabile, e perciò sembra incongruente procedere ad una sistemazione debitoria senza considerare tutti i debiti sociali oltre a quelli del socio".

In realtà questo secondo problema appare sopravvalutato: a prescindere dalla riconosciuta attivabilità del recesso per giusta causa, i crediti sociali esigibili non potranno essere omessi nel “piano” della procedura di sovraindebitamento, né mancano gli strumenti valutativi per attribuire un valore adeguato alla quota sociale anche in relazione ai debiti sociali non ancora scaduti.

Quanto al rischio che la procedura fallimentare della società e per estensione dei suoi soci illimitatamente responsabili sopravvenga dopo che si fossero consolidati gli effetti della procedura di sovraindebitamento a favore dei creditori personali, non pare che si tratti di un rischio diverso da quello che ogni titolare di crediti non scaduti corre in rapporto alle più tempestive aggressioni degli altri creditori al patrimonio del debitore mediante azioni esecutive individuali o nel caso del fallimento in proprio di questo. Il legislatore ha del resto regolamentato la successione fra le due tipologie di procedure, curandosi con l’art. 12, comma 5, di dettare un regime di parziale salvaguardia degli atti compiuti nel “primo round”⁽⁸⁰⁾.

In definitiva, sul piano funzionale nessuna delle due tesi prevale sull’altra, sicché diventa decisivo il canone teleologico, il quale depono nettamente per l’ammissione dei soci illimitatamente responsabili di società “fallibile” alle procedure di sovraindebitamento.

Se si ripercorre l’*iter* di formazione della legge n. 3/2012 (v. *supra*, § 3), risulta chiaramente che il legislatore storico voleva soddisfare il “bisogno di concorsualità” di tutti i debitori che già non potessero appagarlo. D’altronde, non è prospettabile una soluzione differenziata a seconda che la società partecipata sia in crisi o meno: si può anche concordare che nel primo caso i soci illimitatamente responsabili hanno a disposizione diverse alternative per la sistemazione del loro debito⁽⁸¹⁾, ma tutte presuppongono che la società fallisca o acceda al concordato preventivo. In altre parole, se la società è solvibile e il socio illimitatamente responsabile sia in stato di personale sovraindebitamento, la tesi restrittiva priva inequivocabilmente quest’ultimo di quella *chance* che il legislatore voleva accordare a tutti i debitori che già non potessero accedere a procedure concorsuali⁽⁸²⁾.

In termini più generali, il legislatore odierno mostra di presupporre che la sommatoria di procedure di sovraindebitamento e procedure concorsuali <<diverse>> rappresenti un sistema “completo”, in cui possa soddisfare il suo bisogno di concorsualità ogni soggetto che si trovi in una situazione di incapienza patrimoniale. Secondo questa nuova costruzione dell’ordinamento concorsuale prevalentemente *a parte debitoris* – piaccia essa o meno – il presupposto soggettivo è strettamente intrecciato col presupposto oggettivo, variamente declinato a seconda delle caratteristiche del debitore, ma stabilmente riferito a una situazione

⁽⁸⁰⁾ F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 205, controbatte che la disposizione in questione non risulta estesa alla procedura riservata al consumatore, trovando praticamente applicazione solo nelle ipotesi in cui un imprenditore non commerciale o minore, in forza di un incremento dell’attività o degli elementi organizzativi, o di un più preciso accertamento degli elementi integranti il presupposto soggettivo, diventi “fallibile”. Ma, al di là della ormai assodata (im)precisione del legislatore, non si può negare che l’art. 12, comma 5, appalesi la scelta di principio sintetizzata nel testo, suscettibile di operare in tutti i casi in cui a una procedura di sovraindebitamento subentri quella fallimentare.

⁽⁸¹⁾ Su questo argomento insiste F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 202.

⁽⁸²⁾ Cfr. R. BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della legge n. 3/2012*, in *Fallimento*, 2013, 1435; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 23.

di incapienza patrimoniale incidente sulla capacità di questo di adempiere alle proprie obbligazioni.

La nozione di <<sovraindebitamento>> di cui all'art. 6, comma 2, lett. a), postula in effetti quale elemento base una <<situazione di perdurante squilibrio fra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte>> ⁽⁸³⁾, e un aggiuntivo elemento variabile, per il quale detta situazione deve determinare <<una rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni>>. In questa struttura definitoria a “Y”, la prima fattispecie complessa alternativa anticipa la soglia di intervento alla crisi incipiente, per il debitore non imprenditore più agevolmente rilevabile sulla base della situazione patrimoniale “statica” ⁽⁸⁴⁾; mentre la seconda sostanzialmente coincide con l'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall. ⁽⁸⁵⁾.

Se nella visione *a parte debitoris* del legislatore della legge n. 3/2012 la connessione fra presupposto soggettivo e presupposto oggettivo è imprescindibile, coerenza vuole che debba esservi coincidenza fra il soggetto che si trovi in stato di incapienza patrimoniale e il soggetto assoggettabile a una procedura concorsuale “diversa” da quelle contemplate negli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, perché si giustifichi l'impedimento di accedere a queste ultime. Poiché, peraltro, i soci illimitatamente responsabili di società commerciale possono essere dichiarati falliti in estensione quand'anche solvibili ⁽⁸⁶⁾, questo requisito non ricorre nei loro confronti.

Si obietterà ovviamente che l'art. 147 l. fall. (e gli artt. 23 ss. d. lgs. n. 270/1999) fanno ancora parte del nostro ordinamento concorsuale. Ma non bisogna dimenticare che la dottrina dominante ha sempre riconosciuto che le stesse disposizioni individuassero ipotesi eccezionali rispetto alla regola generale risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 5 l. fall., spiegabili sulla base di una particolare *ratio a parte creditoris* ⁽⁸⁷⁾. Tali norme sono oggi per

⁽⁸³⁾ Per una declinazione di questo elemento base (non coincidente neppure con la situazione di cui all'art. 1186 c.c.) differenziata a seconda che il debitore sia o meno imprenditore, si pronuncia F. PACILEO, *Ancora sullo <<stato di insolvenza>>. Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di <<sovraindebitamento>> di cui alla l. n. 3/2012*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 56 ss.

⁽⁸⁴⁾ In tal senso, A. MAFFEI ALBERTI, (nt. 67), 2032. Secondo F. PACILEO, (nt. 82), 64 s., la fattispecie in questione pare approssimarsi più al vecchio presupposto oggettivo dell'amministrazione controllata che non allo “stato di crisi” di cui agli artt. 160 e 182-*bis* l. fall., fatta eccezione per gli imprenditori non fallibili. Per una piena assimilazione allo “stato di crisi” si pronuncia invece D. MANENTE, (nt. 34), 569.

⁽⁸⁵⁾ Minimizzano le differenze lessicali fra le due fattispecie, F. PACILEO, (nt. 82), 61 ss.; D. MANENTE, (nt. 34), 569. Anche secondo L. PANZANI, (nt. 31), 26 s., il distacco dalla nozione tradizionale di cui all'art. 5 l. fall., riconducibile al fatto che nella nuova norma presupposto dell'insolvenza deve essere in ogni caso una situazione di illiquidità, è più apparente che reale, in quanto anche ai fini delle procedure di sovraindebitamento non potrebbe non tenersi conto della “capacità del debitore di accesso al credito”.

⁽⁸⁶⁾ Il punto è pacifico: v., per tutti, E. BERTACCHINI, *La “responsabilità illimitata” nel fallimento in estensione*, Milano, 1991, 119.

⁽⁸⁷⁾ Sulla *ratio* dell'art. 147 l. fall., v. specialmente A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 10 ss.; F. GALGANO, “*Imprenditore occulto e società occulta*”, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Treccani, 1990, 5. Come compendiato in N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento*, (nt. 41), 1074, secondo la ricostruzione preferibile, tale norma è preordinata: 1) (c.d. finalità a posteriori) ad assicurare nella liquidazione fallimentare parità di trattamento fra i soci illimitatamente responsabili, senza nel contempo posporre i creditori sociali ai creditori particolari; ma soprattutto 2) (c.d. finalità preventiva) a indurre i soci stessi a fornire i mezzi per pagare i debiti sociali prima che si creino le condizioni per l'assoggettamento al fallimento, con il duplice obiettivo di scongiurare l'insolvenza sociale preservando l'impresa e di assicurare la priorità rispetto ai creditori particolari

così dire ancora più eccezionali nel nuovo ordine di valori ⁽⁸⁸⁾, e comunque estranee al sistema di procedure concorsuali *debtor oriented* presupposto dalla legge n. 3/2012.

In conclusione, deve ritenersi che i soci illimitatamente responsabili di società “fallibile” potranno accedere a una delle procedure da sovraindebitamento, salvo prevalere su di essa la procedura fallimentare in estensione, laddove questa dovesse sopravvenire ⁽⁸⁹⁾.

8. *La nozione di “consumatore” nella legge n. 3/2012 e la sua estendibilità a imprenditori e professionisti.*

Si è esposto nella parte finale del § 3 che, a mente dell’inciso <<anche consumatore>> riportato a esordio dell’art. 7, comma 2, appunto anche il “consumatore”, per essere legittimato ad attivare la particolare procedura regolamentata negli artt. 6 ss. (favorita specie sotto il profilo che il piano non è subordinato all’approvazione dai creditori), deve rientrare nel novero dei soggetti non assoggettabili a procedure concorsuali <<diverse>> da quelle regolate nel Capo II della legge n. 3/2012.

Completata nei paragrafi che precedono la ricognizione di tale area soggettiva “generale” – rilevante in proposito specie per quanto concerne il socio illimitatamente responsabile persona fisica – possiamo da ultimo approfondire i contorni della categoria “speciale” in parola, per i quali pure potrebbero manifestare una qualche utilità le considerazioni di ordine sistematico e teleologico sopra svolte.

La nozione di “consumatore” assunta nell’art. 6, comma 2, lett. b), della legge n. 3/2012 appare più ristretta di quella di cui all’art. 3, comma 1, lett. d) del Codice del consumo, in quanto, oltre a prescrivere anch’essa che deve trattarsi di una persona fisica, la prima disposizione pone il selettivo requisito che le obbligazioni cui si riferisca la sua situazione di sovraindebitamento derivino esclusivamente – non più prevalentemente, come ritenuto sufficiente nel d.l. n. 212/2011 – da atti compiuti <<per scopi estranei all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta>>.

Ciò implica che, a differenza che con riferimento alla nozione contemplata nel Codice del consumo, la prospettiva di giudizio non è quella del singolo rapporto, dovendosi considerare la generalità dei rapporti contrattuali intrattenuti; inoltre, non occorre indugiare sui criteri di valutazione degli atti compiuti per scopi “promiscui” o “misti” ⁽⁹⁰⁾.

Per quanto concerne gli altri elementi della fattispecie, l’ovvia propensione a cercare ausilio nell’elaborazione svolta dagli studiosi del Codice del consumo deve confrontarsi col

dei creditori sociali che abbiano contato sulla corresponsabilità dei soci; il che a ben vedere si traduce in una forma di incentivazione a prestare credito all’impresa commerciale societaria.

⁽⁸⁸⁾ Che si tratti di una soluzione normativa “recessiva” anche nel panorama internazionale, lo evidenzia M. SPERANZIN, *La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 319.

⁽⁸⁹⁾ Si noti che la legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi d’impresa e dell’insolvenza (delega non ancora attuata alla data della redazione del presente contributo), fra i principi direttivi enunciati nell’art. 9, relativo al riordino delle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012, ha inserito la prescrizione (alla lett. a) che possano accedervi i soggetti in parola.

⁽⁹⁰⁾ Si conviene conseguentemente che, in caso di debiti di fonte “promiscua” (o anche non univocamente ricostruibile), il consumatore dovrà ricorrere all’accordo di composizione della crisi: così, L. PANZANI, *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, in <http://www.ilfallimentarista>, 12.12.2012, 7; A. GUIOTTO, (nt. 31), 1286; e v. anche B. ARMELLI, (nt. 28), 33.

dato che le finalità delle due normative non coincidono, l'altra presupponendo di massima una situazione di "debolezza" fondata su uno strutturale deficit informativo nei rapporti negoziali. Ma sembra ragionevolmente estendibile al nostro attuale ambito di studio almeno la affermata preferenza per una interpretazione in chiave "oggettiva" della formula <<scopi estranei>>, che pone da parte le (difficilmente indagabili) intenzioni del contraente per focalizzarsi invece sulla presenza o meno di un collegamento funzionale tra gli atti compiuti e l'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata ⁽⁹¹⁾.

Rimangono aperti diversi problemi interpretativi circa i contorni della figura del consumatore nella legge n. 3/2012, sui più importanti dei quali hanno preso posizione, in senso tendenzialmente estensivo, i giudici di legittimità con la sentenza 1° febbraio 2016, n. 1869, che rappresenta un importante punto di riferimento del dibattito in materia ⁽⁹²⁾.

In primo luogo, la Suprema Corte ha sostenuto che i debiti da cui tragga origine la situazione di sovraindebitamento devono essere stati assunti "per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria". In tal modo, secondo la lettura svolta dai primi commentatori, essa sembra avere aperto a che possano accedere al "piano del consumatore" soggetti che abbiano prestato fidejussioni o altre garanzie a favore di obbligati principali aventi la qualità di professionisti o imprenditori, finanche commerciali, sempreché non abbiano agito per evitare ripercussioni su una propria attività d'impresa o professionale ⁽⁹³⁾.

Per la verità, la parte motiva della sentenza non è univoca in tal senso, poiché in altro passaggio si ammette che la figura del consumatore è compatibile con l'ipotesi di un "professionista o imprenditore, indebitato ma per attività altrui, per le quali ovviamente, secondo un apprezzamento di merito, sia escluso un qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio così assunto in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d'impresa o anche all'attività professionale"; formula da cui potrebbe desumersi l'esclusione della qualifica di consumatore in capo al fideiussore che abbia prestato sostegno alla società di cui è socio per un proprio interesse economico indiretto (come avviene di norma).

A prescindere da tale rilievo formale, mi pare che nella pronuncia a commento non sia ben esplicitato per quale motivo non dovrebbe applicarsi anche a questo settore

⁽⁹¹⁾ Cfr., fra gli altri, A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 10 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1163 ss.

⁽⁹²⁾ Questa pronuncia (est. M. Ferro), oltre che in *Dir. fall.*, 2016, II, 1257, con nota di E. SABATELLI, (nt. 27), è stata altresì pubblicata in *Fallimento*, 2016, 666, con nota di F. PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*; in *Giur. it.*, 2016, I, 817, con nota di A. CAPOCETTI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, 818; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 989, con nota di F. TRUBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da indebitamento*.

⁽⁹³⁾ In tal senso, F. TRUBIANI, (nt. 91), 996 ss., che addirittura sarebbe favorevole a eliminare anche il limite residuo; E. SABATELLI, (nt. 27), 1266, 1283 ss., per la quale, visto che la figura del consumatore va definita in rapporto alla "generalità delle relazioni di debito", non potrebbe negarsi tale qualità in capo a colui che solo occasionalmente prestasse fidejussioni, finanche *omnibus*, superando il limite indicato nel testo; il che peraltro mi pare escluso dal requisito secondo cui "tutti" i debiti determinanti il sovraindebitamento devono essere stati assunti <<per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>.

normativo l'orientamento consolidato della stessa Suprema Corte – avallato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – circa la qualifica di “consumatore” nel Codice del consumo, per cui di regola, in ragione del rapporto di accessorietà connotante il negozio fideiussorio, la posizione del garantito si riflette su quella del garante ⁽⁹⁴⁾.

In questo caso il motivo non può essere ricondotto *tout court* alle già ricordate finalità della legge n. 3/2012 di accordare la facoltà di accedere a soluzioni concorsuali a tutti i debitori che già non l'avessero, poiché ciò di per sé non giustifica un'estensione anche della specifica legittimazione “interna” ad accedere alla procedura di sovraindebitamento di maggior favore fra quelle regolamentate nella legge in questione. E quindi ritengo che la soluzione corretta sia quella di recepire anche in quest'ambito l'equilibrato orientamento determinatosi sotto il Codice del consumo.

Il nuovo quadro ordinamentale è piuttosto suscettibile di corroborare la seconda massima affermata da Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869. Sovvertendo l'interpretazione prevalente secondo cui un professionista o se non altro un imprenditore non potrebbe mai ricorrere al piano del consumatore ⁽⁹⁵⁾, essa ha asserito che un soggetto può anche avere avuto e anche mantenere nell'attualità la qualità di professionista o di imprenditore – sempreché in questo secondo caso non sia “fallibile” ⁽⁹⁶⁾ – a condizione che le obbligazioni cui si riferisca lo stato di sovraindebitamento rientrino in esclusiva fra quelle personali e familiari: sarebbe cioè solo la pendenza attuale di obbligazioni esigibili e inadempite inerenti a un'attività professionale o imprenditoriale pregressa (anche oltre il termine annuale di cui all'art. 10 l. fall.) o attuale a precludere a una persona fisica l'accesso al piano del consumatore.

Una parte della dottrina ha opposto a tale interpretazione argomentazioni di ordine funzionale *a parte creditoris*, le quali peraltro hanno minor valore nel nuovo ordinamento concorsuale, e risultano disattese dal chiaro disposto dell'art. 8, comma 3-*bis*, ove tratta della proposta di <<piano del consumatore presentata da parte di chi svolge attività di impresa>> ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Corte Gius. UE, 17 marzo 1998 (C-45/96); Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contr.*, 2012, 2, 148; per una rassegna dell'animato dibattito, che registra una netta divergenza fra Suprema Corte e Arbitro Bancario e Finanziario, nonché posizioni differenziate nel caso della fideiussione *omnibus*, v. L. VIZZONI, *Verso una tutela “consumeristica” del fideiussore: spunti di riflessione*, *ivi*, 2015, 195 ss. Sul presupposto di cui nel testo, Trib. Bergamo, 12 dicembre 2014, in <http://www.ilcaso.it>, ha negato l'accesso al piano del consumatore ai soci fideiussori di una società a responsabilità limitata.

⁽⁹⁵⁾ In tal senso, F. PASQUARIELLO, (nt. 91), 669; G. GIANNELLI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (la tutela dei creditori dell'insolvente civile tra regole di concorso e meritevolezza degli interessi)*, in *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, III, Milano, Giuffrè, 2015, 1349 ss.; A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 589. A favore si erano invece espressi F. MACARIO, (nt. 36), 17; M. RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, a cura di S. Bonfatti, G. Falcone, Milano, Giuffrè, 2014, 279; F. MAIMERI, (nt. 20), 1033.

⁽⁹⁶⁾ Come fa capire il seguente passaggio della sentenza: “che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del r.d. n. 267 del 1942, e di quelli speciali dedicati all'imprenditore commerciale, all'interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste”.

⁽⁹⁷⁾ In particolare E. SABATELLI, (nt. 27), 1268 ss., 1275 ss., 1278 ss., ritiene contraria all'art. 2740 c.c. la facoltà (che a guisa dell'interpretazione combattuta risulta essere) accordata al debitore di scindere unilateralmente il trattamento dei crediti personali e dei crediti di impresa o professionali (evidentemente ancora non scaduti alla data di presentazione del piano), poiché da ciò potrebbe derivare nocumento ai titolari dei

Si può al più ritenere controvertibile l'ulteriore assunto dei giudici di legittimità secondo cui non potrebbero essere considerati impeditivi dell'accesso alla procedura riservata al consumatore gli eventuali debiti pendenti che rientrassero fra quelli elencati nell'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate), tipicamente insorgenti a seguito dell'esercizio di attività di impresa o professionale, atteso che sul punto si riscontrano indici normativi contraddittori ⁽⁹⁸⁾.

Queste dispute avrebbero potuto essere evitate se, in luogo che edificare un tessuto normativo unitario, che si è prestato a creare confusione circa l'area di applicazione di non poche norme, la legge n. 3/2012 avesse puntualmente differenziato quelle applicabili agli imprenditori non fallibili e quelle applicabili ai debitori civili. Ma, come accennato, il legislatore ha voluto accogliere un modello a "concorsualità differenziata" in cui questa ulteriore differenziazione non avesse spazio se non in poche norme speciali; il che conferma che limiti di accesso al piano del consumatore non possono farsi discendere dalla mera qualifica di imprenditore (non fallibile).

9. Conclusioni sulla razionalità del nostro ordinamento concorsuale.

L'obiettivo primario del presente contributo può dirsi essere stato conseguito nei paragrafi che precedono, ove sono esposti gli approdi interpretativi della ricostruzione svolta. Vale peraltro la pena di formulare qualche considerazione finale sulla razionalità complessiva del nostro attuale ordinamento concorsuale.

Si è sopra osservato che esso risulta ormai dominato dalla nozione "debole" di procedura concorsuale di cui si è riferito al § 6, il cui minimo comune denominatore si correla all'obiettivo di prevedere soluzioni dell'insolvenza o della crisi di un soggetto giuridico contemplanti riduzioni o dilazioni dei suoi debiti ovvero effetti esdebitatori, che siano opponibili a tutti i creditori. Nella maggior parte delle procedure concorsuali tale obiettivo risulta sovraordinato alla finalità di rafforzare la tutela del ceto creditorio, fatta tuttora eccezione per il fallimento, ove tale finalità ispira un complesso di regole radicanti una forma (recessiva) di "concorsualità forte".

D'altro canto, la "concorsualità" *debtor oriented* consta superare la tradizionale contrapposizione fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti non fallibili, in quanto implica che qualsivoglia debitore incapiente possa avere accesso ad almeno una

secondi, esclusi dal piano e quindi non garantiti da alcun giudizio sulla capacità solutoria, inibiti comunque dall'esercizio di azioni esecutive individuali e cautelari, e nemmeno tutelati dallo strumento dell'opposizione *ex* art. 12-*bis*, comma 4 (richiamato dai giudici di legittimità), concepito per altri scopi e per cui sono privi di legittimazione attiva.

⁽⁹⁸⁾ La Suprema Corte argomenta che tali tipi di debiti non risultano falcidiabili e anzi sono da dedurre nel piano "con trattamento adempitivo non temperato da alcuna dilazione", ai sensi dell'art. 12-*bis*, comma 3, il quale commette al giudice la verifica della correlativa capacità solutoria. E. SABATELLI, (nt. 27), 1272 ss., replica che l'art. 7, comma 1, terzo periodo (richiamato dallo stesso art. 12-*bis*, comma 3) ammette espressamente per i debiti di natura pubblicistica in questione la facoltà di prevedere una dilazione (del resto consentita nell'accordo di composizione della crisi). Secondo V. DE SENSI, (nt. 69), 647, il legislatore sarebbe puramente incorso in un refuso, omettendo di considerare che debiti di tal natura dovrebbero essere estranei al piano di un consumatore *ex* art. 6 l. n. 3/2012.

procedura concorsuale nel senso precisato, fra i vari modelli che il legislatore foggia in conformità alle sue specifiche caratteristiche ed esigenze.

Se questa è la strada intrapresa, in fondo non si comprende perché non si dovrebbe in futuro giungere a creare un regime nettamente differenziato per gli imprenditori non fallibili e per i debitori civili – a prescindere dalla trasversalità della nozione di consumatore – o anche ulteriormente frammentato, ad es. con riguardo agli imprenditori agricoli. Si dubita infatti che le poche norme speciali per i primi rinvenibili nella legge n. 3/2012 siano idonee ad appagarne le esigenze, nel senso che la presenza di un'impresa avrebbe dovuto (dovrebbe) suggerire forme procedurali e istituti *ad hoc*, più prossimi a quelli “alternativi” al fallimento regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ovviamente con alcune semplificazioni⁽⁹⁹⁾.

L'esperienza pratica sta in effetti dimostrando che molte delle regole caratterizzanti le procedure di sovraindebitamento, prevalentemente concepite a misura del debitore civile, si adattano con difficoltà alle imprese minori e alle imprese agricole, con la conseguenza di favorirne spesso l'esito infausto. Non si può anzi tacere che in generale l'intero sistema delle procedure di cui agli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012 non ha dato sin qui buona prova, assorbendo preziose energie dell'apparato giudiziario e bruciando risorse finanziarie (neppure capaci di compensare adeguatamente i professionisti che vi hanno prestato la loro opera) in termini assolutamente non proporzionati ai rari casi in cui le medesime sono giunte a compimento.

Il bilancio *a parte creditoris* appare nettamente negativo. Non è emersa una maggiore efficienza rispetto alle esecuzioni forzate individuali. L'apertura di un concorso sull'intero patrimonio del debitore ha appunto ingenerato costi aggiuntivi destinati a diminuire le *chances* di soddisfacimento dei creditori anteriori. Così come ovviamente intaccano le aspettative degli stessi gli effetti esdebitatori correlati alla procedura di composizione della crisi e al piano del consumatore, nonché fruibili a certe condizioni anche al termine della procedura di liquidazione del patrimonio.

A parte debitoris, occorre ricordare che, alla luce del dibattito preparatorio di cui si è riferito nei §§ 2 e 3 – depurato da argomenti di scarsa sostanza sul genere “dobbiamo uniformarci” – nel nostro paese l'avvento della legge n. 3/2012 è stato predicato non tanto in ragione dell'esistenza nel nostro paese di un grave problema sociale (visti gli indicatori relativi al credito al consumo), cui guarda da sempre l'approccio *pro-debtors*, né sulla base di una sopravvalutazione delle controverse implicazioni del *fresh start* a favore dei soggetti non fallibili; bensì si confidava decisamente che la nuova normativa potesse incentivare la domanda interna di consumo⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Nello stesso senso cfr. G. LO CASCIO, (nt. 28), 814, 828; G. TERRANOVA, (nt. 33), 8, per il quale l'esistenza di una organizzazione a impresa avrebbe richiesto soluzioni normative ben distinte; A. DALMARTELLO, (nt. 29), 289, nt. 6, che definisce “originale la scelta del legislatore italiano di accomunare il debitore civile, l'impresa di minore dimensioni e le attività economiche non commerciali (indipendentemente dalle dimensioni), senza tenere conto nella disciplina delle divergenze e dei peculiari interessi sui quali incide la crisi di questi soggetti”.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una critica dei presupposti teorici delle varie motivazioni addotte a suffragio della riforma, v. N. RONDINONE, (nt. 30), 194 ss., ove è anche affrontato il distinto problema discendente dalla espunzione dalla *failure zone* anche di imprenditori (comprese società di capitali) che abbisognerebbero di “concorsualità forte” – specie sotto il profilo della soggezione ai reati fallimentari – e invece si trovano a soggiacere alla

E' difficile stimare già oggi se siffatto effetto si sia concretato, in quanto esso va stimato in una prospettiva di lungo termine, correlata al seguente presupposto comportamentale: in raffronto all'applicazione rigorosa del principio di cui all'art. 2740 c.c., il *discharge*, quand'anche sottoposto a limiti e condizioni e in misura dipendente da questi, nel tempo è destinato ad allentare il senso di autoresponsabilità del debitore, sì da condurre a un incremento dei casi di "sovraindebitamento attivo" riconducibili al comportamento irrazionale del debitore ⁽¹⁰¹⁾.

Senonché, l'incremento dei consumi, anche minimale, che così si determina, è intrinsecamente "viziato", nel senso che se aumentano i casi in cui alcuni soggetti comprano a credito oltre la soglia della razionalità, sale il volume dei consumi (e del credito al consumo), ma appunto aumentano in proporzione (*ceteris paribus*) i casi di sovraindebitamento. Da ciò non solo discende un indebolimento delle classi debentrici e un rafforzamento delle imprese finanziarie (tipicamente riscontrabile nei paesi di *common law*), ma soprattutto queste ultime sono in grado di prevedere le perdite future da esdebitazione ed esternalizzarle attraverso un incremento dei tassi di interesse, anche a svantaggio dei debitori solvibili, con una successiva ricaduta negativa sui consumi idonea a vanificare i benefici iniziali.

Questi cenni finali valgono solo a far capire che andrebbe seriamente riaperto il dibattito sull'opzione di politica del diritto sottesa alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, così come sulla razionalità dello spostamento dell'asse funzionale del nostro ordinamento concorsuale dalla tutela dei creditori a quella del debitore, che già nel medio termine potrebbe rivelarsi un *boomerang* sul piano degli effetti economici ⁽¹⁰²⁾.

La facile prognosi è che, almeno a breve, il legislatore non defletterà dall'orientamento *debtor oriented*, come dimostrano le linee direttrici della "riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza" prevista dalla legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, le quali, a prescindere dall'attuazione di questa, appaiono trovare alimento in un solido *milieu* culturale. In tale contesto, si confida che il presente lavoro abbia almeno contribuito a lumeggiare i contorni della rivoluzione sistematica che ha interessato il nostro ordinamento

"concorsualità debole" di cui alla legge n. 3/2012 (207 ss.). V. anche D. SPAGNUOLO, (nt. 15), 190 s, per cui il *discharge*, andando oltre la stretta tutela dell'esigenza di garantire al debitore il soddisfacimento dei propri bisogni di vita – garantita dai limiti all'oggetto del pignoramento di cui al codice di rito – ha unicamente l'obiettivo di favorire (non il consumatore bensì) il consumo *ex se*, in contrasto con l'indirizzo costituzionale di cui all'art. 47 Cost. e in "una logica di *marketing* piuttosto che di efficienza operativa microeconomica".

⁽¹⁰¹⁾ Secondo la letteratura citata da G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 335 ss., il sovraindebitamento trova origine nelle deficienze cognitive di razionalità di un'aliquota di consumatori (studiate dalla *behavioral law and economics*) e sarebbe unicamente la concessione automatica del *discharge* (anche al debitore colpevole) a favorire la propensione all'*overoptimism* degli stessi. Ma, se così fosse, nei sistemi che subordinano l'esdebitazione a determinate condizioni (che sono la quasi totalità) non si determinerebbe quell'incremento dei casi di sovraindebitamento "attivo", che rappresenta il presupposto necessario per favorire la desiderata crescita dei consumi.

⁽¹⁰²⁾ A mio avviso sarebbe (stato) preferibile che il legislatore mantenesse di base il nostro tradizionale sistema *creditor oriented*, sul fronte del sovraindebitamento delle famiglie preoccupandosi di prevenire la crescita del fenomeno mediante la razionalizzazione delle informazioni sul credito al consumo e il rafforzamento degli obiettivi di educazione dei consumatori (e di loro protezione da scorrette "influenze suggestive") già perseguiti dal Codice del Consumo. Ma evidentemente non è questa la sede per sviluppare in termini compiuti questa linea argomentativa.

concorsuale – e che pare prossima a investire in misura più marcata il “vecchio” fallimento – e a dimostrare che la sua comprensione è suscettibile di fornirci utili strumenti ermeneutici.

LA REVOCA DELLO STATO DI LIQUIDAZIONE: INTERESSI IN GIOCO E QUESTIONI ANCORA APERTE

CHIARA GARILLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: una panoramica dei nodi interpretativi d'incerta soluzione e qualche considerazione sulla revocabilità dello stato di liquidazione nelle società di persone. – 2. La competenza assembleare in merito alla revoca dello stato di liquidazione: aspetti procedurali e tutela della minoranza. - 2.1. (Segue): il diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti. – 3. Le perduranti incertezze in relazione all'ambito temporale di applicazione dell'art. 2487-ter c.c. – 4. La previa (o contestuale) eliminazione delle cause di scioglimento. – 5. La tutela dei creditori sociali attraverso l'opposizione alla revoca dello stato di liquidazione: un tentativo d'interpretazione sistematica.

1. Introduzione: una panoramica dei nodi interpretativi d'incerta soluzione e qualche considerazione sulla revocabilità dello stato di liquidazione nelle società di persone.

Sin dalla sua introduzione a seguito della riforma del 2003, l'art. 2487-ter c.c. è stato salutato dagli interpreti come una delle più rilevanti innovazioni legislative relative al procedimento di scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Sotto tale profilo, in particolare, si è unanimemente sottolineato come la summenzionata norma abbia avuto il merito di porre fine al risalente dibattito circa la revocabilità dello stato di liquidazione ed alla connessa questione inerente il relativo procedimento¹. Si tratta di tematiche ampiamente note, che pertanto vale la pena ricordare solo a grandi linee: all'interrogativo circa la facoltà per i soci di «riattivare» una società che avesse già iniziato la procedura di liquidazione, previa

* Professore associato dell'Università degli Studi di Palermo.

¹ Sottolineano il valore innovativo della norma a fronte degli incerti orientamenti interpretativi del passato, tra gli altri, M. AIELLO, *La liquidazione delle società di capitali*, in *Le operazioni societarie straordinarie*, Trattato Cottino, V, 2, Padova, Cedam, 2011, 123 ss.; G. COTTINO, *Dal «vecchio» al «nuovo» diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. comm.*, 2013, 5 ss.; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione» delle società di capitali*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, IV, Torino-Milano, Utet giuridica, 2007, 33 ss.; ID., art. 2487-ter, in *Commentario Niccolini - Stagno d'Alcontres*, III, artt. 2449-2510, Napoli, Jovene, 2004, 1762 ss.; G. RACUGNO, *Interessi, poteri e criteri nella liquidazione dei beni degli enti*, in *Giur. comm.*, 2014, 33 ss.; S. SANZO, *Scioglimento e liquidazione*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010, 1727 ss.; S. TURELLI, art. 2487-ter, in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, t. II, Giuffrè, 2016, 2915 ss.; M. VAIRA, art. 2487-ter, in *Commentario Cottino e altri*, Bologna, Zanichelli, 2004, 2083 ss.

o contestuale eliminazione della causa di scioglimento, era stata data prevalentemente risposta positiva in dottrina e giurisprudenza, essenzialmente sul duplice presupposto della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e del principio di autonomia contrattuale privata (art. 1322 c.c.)². Sebbene, dunque, su tale essenziale aspetto si fosse sostanzialmente raggiunta un'unanimità di consensi, differenti orientamenti si fronteggiavano in merito alla possibilità che tale revoca fosse assunta con metodo assembleare e principio maggioritario o viceversa a seguito di un consenso unanime dei soci, eventualmente da assumere anche tramite modalità extra-assembleari³; pur nel vigore di una disciplina che manteneva intatte, per quanto nei limiti della compatibilità, le prerogative assembleari durante la fase di liquidazione (v. art. 2451 c.c. vecchio testo), tendeva a prevalere, soprattutto a livello giurisprudenziale, la conclusione secondo cui sarebbe stata necessaria l'applicazione del principio unanimistico, in ragione di un presunto intangibile interesse di ogni singolo socio alla percezione della propria quota di liquidazione, una volta apertosi il relativo procedimento⁴.

L'art. 2487-ter, invece, risolve nettamente la questione affermando non soltanto – secondo quanto già sostanzialmente pacifico – la revocabilità dello stato di liquidazione, ma altresì l'assunzione di tale decisione in sede assembleare, seppure con le maggioranze richieste

² Era rimasto piuttosto isolato, infatti, l'orientamento che negava la revocabilità della liquidazione: sul punto v. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 44 ss. (ove anche ampi riferimenti al dibattito anteriore); C. PASQUARIELLO, art. 2487-ter, in *Commentario Maffei Alberti*⁴, *Commentario breve al diritto delle società*, Milano, Cedam – Wolters Kluwer, 2017, 1589 ss. Per alcuni precedenti giurisprudenziali favorevoli, più o meno esplicitamente, alla revocabilità dello stato di liquidazione in epoca precedente all'introduzione dell'art. 2487-ter, v.: Cass. civ., 1 ottobre 1975, n. 3092, in *Giust. civ.*, 1976, 1, 836 ss.; Trib. Bari, 13 luglio 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 69 ss.; Trib. Verona, 20 luglio 1985, in *Società*, 1986, 300 ss.; Trib. Roma, 12 dicembre 1985, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1985, 859 ss.

³ Altro profilo controverso in passato – rispetto al quale, a ben vedere, non è stata fatta molta chiarezza neppure con la riforma del 2003 (sul punto v. *infra* § 3) - era quello inerente l'ambito temporale entro cui sarebbe stato possibile procedere alla revoca: v. F. FIMMANÒ, art. 2487-ter, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di L.A. Bianchi e G. Strampelli, artt. 2484-2496 c.c., *Commentario Marchetti*, Milano, Giuffrè, 2016, 133 ss.

⁴ In dottrina, per il dibattito anteriore alla riforma, v. soprattutto G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzioni della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7 ***, Torino, Utet, 2000, 658 ss.; A. PACIELLO, *Scioglimento delle società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, ESI, 2000, *passim*; P. DAL SOGLIO, *La difficoltosa revoca dello stato di liquidazione nelle società di capitali* (nota a App. Bologna, 8 marzo 1999), in *Giur. comm.*, 2000, II, 629 ss. e 632 ss.; A. ZORZI, *Revoca della liquidazione a maggioranza e diritto di recesso*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 109 ss. In giurisprudenza, a favore dell'unanimità dei consensi, v., fra altre: Cass., 21 aprile 1983, n. 2734, in *Giur. comm.*, 11, 825 ss. e in *Dir. fall.*, 1983, II, 659; Cass. 28 giugno 1980, n. 4089, in *Dir. fall.*, 1980, II, 482 ss.; Cass. 11 giugno 1968, n. 1849, in *Giust. civ.*, 1969, I, 491 ss.; App. Bologna, 8 marzo 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 629 ss.; App. Milano 21 luglio 1982, in *Vita not.*, 1983, 236 ss.; App. Roma 12 giugno 1982, in *Foro it.*, 1983, I, 212; Trib. Napoli, 31 marzo 1995, in *Società*, 1464 ss.; Trib. Napoli, 7 febbraio 1991, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 585; Trib. Udine, 13 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 664. In senso contrario, favorevoli ad una delibera assembleare a maggioranza, v. App. Genova 20 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 582; Trib. Bologna, 22 giugno 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 99 ss.; Trib. Milano, 27 marzo 1996, in *Notariato*, 1997, 191; Trib. Trieste, 25 giugno 1996, in *Società*, 1996, 1445 ss.; Trib. Genova 2 settembre 1988, in *Società*, 1988, 1215 ss.; Trib. Genova, 12 dicembre 1986, in *Riv. notariato*, 1987, 862 ss. (anche se sul presupposto dell'assenza di un residuo attivo da ripartire tra i soci).

per le deliberazioni di modifica statutaria ad opera dell'assemblea straordinaria e con il temperamento derivante dalla previsione di un inderogabile diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti, ai sensi degli artt. 2437, primo comma, lett. d e 2473, primo comma, c.c.

Se sotto tali profili, dunque, la norma in esame sembra aver fatto chiarezza, tuttavia, molti altri aspetti restano in ombra, primo fra tutti quello relativo all'arco temporale di applicazione di tale disciplina (v. *infra* § 3); così come risultano difficilmente comprensibili in un'ottica sistematica talune scelte legislative, tra le quali, in primo luogo, il riconoscimento di un diritto di opposizione in favore dei creditori sociali anteriori alla revoca (art. 2487-ter, secondo comma) (v. *infra* § 5). Da un punto di vista applicativo, poi, la preventiva rimozione della causa di scioglimento – ritenuta, anche in epoca anteriore all'attuale previsione normativa, presupposto indispensabile della revoca della liquidazione – pone ulteriori problemi interpretativi, anche alla luce di più ampie considerazioni sistematiche sull'accresciuto potere assembleare circa il verificarsi degli eventi dissolutivi dell'ente e l'eventuale successiva rimozione dei medesimi una volta verificatisi (v. § 4).

È prevalentemente all'analisi di tali questioni, dunque, che sarà dedicato il prosieguo della trattazione, la cui ispirazione trae origine altresì dal peso assunto dalle prospettive di recupero del valore dell'organizzazione imprenditoriale nel moderno diritto della crisi d'impresa: già in epoca antecedente alla massiccia opera di revisione normativa delle procedure concorsuali e delle forme di risoluzione negoziale della crisi, infatti, l'intervento legislativo del 2003 ha anticipato, seppure nell'ottica liquidativa tipica dello scioglimento delle società, il significativo rilievo oggi attribuito alle istanze di valorizzazione della continuità d'impresa e della perdurante operatività del complesso aziendale⁵. Ed è evidente come l'eventuale (ed auspicabile) continuazione dell'attività d'impresa ad opera dei liquidatori renda più plausibile

⁵ Ci si riferisce, più in particolare, alla nuova prospettiva «gestoria» dell'operato dei liquidatori, che senza dubbio agevola la possibilità di coniugare la conservazione del valore dell'impresa con una sua proficua realizzazione: in generale, v. F. FIMMANÒ, art. 2487 c.c., (nt. 3), 94 ss. E analogamente dicasi con riferimento alla soppressione del cd. divieto di nuove operazioni per gli amministratori a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento, che non fa più dubitare della possibilità per questi ultimi di continuare l'attività d'impresa (sul punto vi è ampia concordia in dottrina e giurisprudenza): v. P. BALZARINI, art. 2486 c.c., in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di L.A. Bianchi e G. Strampelli, artt. 2484-2496 c.c., in *Commentario Marchetti*, Milano, Egea - Giuffrè, 2016, 51 ss.; M. CENTONZE, artt. 2484-2486 c.c., in *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2875 ss.; Cass. pen., 24 gennaio 2013, n. 3817; Cass., 23 giugno 2008, n. 17033, in *Fallimento*, 2009, 565 ss.; Trib. Lecce, 3 dicembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 2500.

ed efficiente un'eventuale revoca dello stato di liquidazione, decisa dai soci originari o da coloro che si siano resi acquirenti del complesso aziendale⁶.

Prima di affrontare le tematiche più squisitamente legate all'applicazione dell'art. 2487-ter, si reputa opportuno dedicare qualche considerazione introduttiva a due aspetti giuridici tutt'oggi poco analizzati dagli interpreti. Il primo attiene alla possibilità di derogare alla previsione che facoltizza l'assemblea a deliberare la revoca dello stato di liquidazione, così privando *ex ante* i soci dello strumento che consentirebbe loro di «riattivare» la società eliminando la causa di scioglimento⁷. A tale interrogativo, indubbiamente di natura più teorica che pratica, sembra preferibile dare risposta negativa, giacché una simile previsione derogatoria finirebbe indirettamente per privare l'organo proprietario di talune competenze che contribuiscono a delineare l'assetto tipologico delle società di capitali: ci si riferisce, in particolare, a tutte quelle decisioni strettamente connesse ad un'eventuale rimozione della causa di scioglimento in funzione propedeutica alla revoca dello stato di liquidazione (es. la proroga del termine, la modifica dell'oggetto sociale, l'aumento del capitale sociale, etc.), la cui attribuzione alla volontà assembleare non sembra suscettibile di compressione e/o soppressione, in quanto caratterizzante la distribuzione di compiti e poteri in seno all'organizzazione corporativa⁸. A tale ragionamento potrebbe forse obiettarsi che la

⁶ Sotto entrambi i punti di vista, peraltro, l'incentivata possibilità di revocare la liquidazione consente di evitare i costi legati alla costituzione di un nuovo ente, sia che s'intenda continuare l'attività d'impresa svolta in precedenza, sia – come potrebbe essere plausibile nell'ipotesi del subentro di una nuova proprietà – qualora s'intenda iniziarne una nuova. Non s'ignorano, naturalmente, le motivazioni di elusione fiscale che potrebbero costituire il prevalente fondamento di tali decisioni e che hanno determinato un'accesa opposizione iniziale da parte del fisco: F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*³, I, Padova, Cedam, 2006, 706-707 ss.; M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, IV, Torino-Milano, Utet giuridica, 2007, 81 ss. Oggi anche il fisco si è adeguato all'idea della continuazione dell'originaria società, dal momento che l'attuale Testo unico sull'imposta di registro stabilisce che la proroga delle società è sempre soggetta ad imposta fissa (art. 4, lett. c della Tariffa allegata al d.p.r. 26.4.1986, n. 131): così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*⁹, a cura di M. Campobasso, Torino-Milano, Utet giuridica, 2015, 116-117; F. BONITO OLIVA, *Problematiche in tema di revoca della liquidazione* (nota a Cass. civ., 19 marzo 1997, n. 2451), in *Giur. comm.*, 1998, 583 ss.

⁷ La questione viene solo accennata da G. NICCOLINI, «*revoca dello stato di liquidazione*», (nt. 1), 43, *sub* nota n. 26 e da M. VAIRA, (nt. 1) 2086 *sub* nota n. 14. Tema strettamente connesso, che sarà analizzato nel successivo § 2, è se i soci possano statutariamente attribuire ad un organo e/o soggetto diverso dall'assemblea la decisione circa la revoca dello stato di liquidazione.

⁸ Più in generale, l'assetto corporativo delle società di capitali è da ritenere tendenzialmente inderogabile e rigido in quanto strettamente connesso ai profili tipologici del regime di responsabilità limitata, nonostante sia innegabile un processo di progressiva estensione dell'autonomia statutaria che, specie per quel che concerne le s.r.l., ha condotto taluni interpreti a dubitare circa la persistente validità dell'analisi tipologica delle fattispecie societarie (in tema, dopo la riforma del 2003, v. soprattutto P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss.; P. SPADA, M. SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. 1*, Torino, Utet, 2004, 3 ss.; M. SCIUTO, art. 2449 c.c., in *Codice delle società*², a cura di N. Abriani, 2016, Torino-Milano, Utet giuridica, 31 ss.; G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, Torino-Milano, Utet giuridica, 2006, 55 ss. (per una sintesi

sottrazione di tale competenza deriverebbe pur sempre da una clausola statutaria ascrivibile alla medesima volontà dei soci, determinando peraltro una limitazione delle prerogative assembleari temporalmente circoscritta al periodo successivo al verificarsi della causa di scioglimento; ciò nonostante, l'organizzazione capitalistica ed il principio maggioritario ad essa strettamente connesso sembrano mal tollerare delle restrizioni *ex ante* dei poteri decisionali dell'assemblea, la cui volontà, nei limiti delle funzioni e competenze ad essa legislativamente assegnate, deve potersi manifestare liberamente in ogni momento della vita della società, anche in considerazione dei probabili mutamenti della compagine sociale nel corso del tempo. A ciò si aggiunga peraltro che, anche qualora si ammettesse la validità di una clausola statutaria abdicativa dei poteri assembleari di revoca dello stato di liquidazione, la medesima assemblea – pur sempre in sede straordinaria – potrebbe modificarla contestualmente alla decisione di riattivazione della società (e forsanche implicitamente attraverso la medesima delibera di revoca)⁹: da ciò la sostanziale inutilità di una simile previsione, al di là della sua plausibile nullità.

Per quel che concerne la seconda questione di carattere introduttivo, non può sottacersi come l'inserimento della norma in commento nell'ambito della disciplina relativa alla liquidazione delle società di capitali non offra soluzioni interpretative sicure circa la revocabilità dello stato di liquidazione nelle società di persone ed il relativo procedimento; alla luce dei principi enunciati dall'art. 2487-ter e del dibattito che ne ha preceduto l'introduzione, si tenterà comunque di azzardare talune conclusioni in merito.

In prima battuta, sembra doversi confermare, anche con riferimento alle società di persone, l'orientamento di gran lunga prevalente favorevole all'ammissibilità della revoca dello stato di liquidazione: al di là delle sempre vevoli considerazioni generali in tema di libertà contrattuale e d'iniziativa economica privata, infatti, l'esplicita enunciazione legislativa di tale facoltà – seppure con esclusivo riferimento alle società di capitali – induce senz'altro

della questione ed ulteriori citazioni, sia consentito rinviare a C. GARILLI, *Il consiglio di sorveglianza della società per azioni. Funzioni e competenze*, Torino, Giappichelli, 2012, 38 ss.). Da tali premesse i sostenitori dell'attuale valenza tipologica della disciplina societaria, quantomeno con riferimento alle società di capitali, fanno generalmente discendere la nullità, *ex art.* 1419, secondo comma, c.c., delle clausole atipiche derogatorie dell'assetto legale di competenze delineato dal legislatore (senza che ciò comporti la nullità dell'intero contratto o una sua riquilificazione), con la conseguente applicazione della disciplina legale invalidamente derogata. È evidente, tuttavia, come i limiti che l'autonomia privata incontra nell'inserimento di clausole atipiche non siano sempre agevolmente identificabili in concreto: sul tema non si può che rinviare alla nota e approfondita indagine di P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974, 52 ss. e 339 ss.

⁹ Più in generale, sul problema dell'ammissibilità di delibere implicite modificative dell'atto costitutivo e dello statuto, v. *infra* § 2.

a propendere per la soluzione positiva¹⁰. E tale conclusione appare corroborata dal fatto che, prima dell'introduzione del più volte citato art. 2487-ter, i sostenitori di una simile possibilità non di rado ne argomentavano la sussistenza in termini più generali proprio prendendo le mosse dalla disciplina della proroga tacita delle società di persone: in quest'ambito, cioè, si sosteneva non soltanto la possibilità di continuare di fatto l'attività sociale immediatamente dopo il decorso del termine finale indicato nell'atto costitutivo, ma anche la facoltà di riprendere l'attività di impresa, pur sempre con comportamenti concludenti imputabili a tutti i soci, una volta trascorso un certo lasso di tempo dall'originaria scadenza della società. In altri termini, un'eventuale cessazione temporanea dell'attività d'impresa dopo il termine finale della società non ne avrebbe pregiudicato la ripresa in un momento successivo, configurando però in tal caso non una proroga tacita, bensì una revoca implicita dello stato di liquidazione¹¹.

A fortiori tali considerazioni sembrano valide oggi a seguito dell'introduzione della disciplina in commento con riferimento alle società di capitali. Piuttosto, le superiori argomentazioni offrono un significativo appiglio normativo per giungere alla conclusione dell'ammissibilità, nell'ambito disciplinare delle società di persone, d'ipotesi di riattivazione di fatto (*i.e.* per comportamenti concludenti) e implicita (*i.e.*, derivante da una decisione incompatibile con lo scioglimento) dell'attività sociale, a differenza di quanto generalmente

¹⁰ In linea generale, peraltro, la conclusione positiva si basa sull'assunto – pacificamente condiviso in dottrina e giurisprudenza - secondo cui il verificarsi di una causa di scioglimento non determina l'estinzione del rapporto sociale, ma semplicemente l'inizio della fase di liquidazione, volta al soddisfacimento dei creditori sociali ed alla distribuzione in favore dei soci dell'eventuale residuo attivo. In tema, v., nella dottrina più risalente, V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo, artt. 2291-2312*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1995, 401 ss.; O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato Sacco*, 6, *I singoli contratti*, Torino, Utet, 1998, 278.; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, Cedam, 1972, 875 ss.; A. MAISANO, *Lo scioglimento delle società*, Milano, Giuffrè, 1974, 9 ss. e G. DE FERRA, *La proroga delle società commerciali*, Milano, Giuffrè, 1957, 30 ss. (ove anche gli opportuni riferimenti all'isolata e risalente dottrina italiana di segno contrario); più di recente, v. C. CONFORTI, *Le società di persone. Amministrazione e controlli*, in Trattati a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2009, 671 ss.; F. GALGANO, R. GENGHINI, (nt. 6), 704-705; M. PERRINO, *L'estinzione delle società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 669 ss.

¹¹ Pur con talune diversità d'impostazione, v. V. BUONOCORE, (nt. 10), 396 ss.; F. BONITO OLIVA, (nt. 6), 583 ss.; P. CRISCUOLI, art. 2272 c.c., in *Codice delle società*², a cura di N. Abriani, Torino-Milano, Utet giuridica, 2016, 217 ss.; A. PAOLINI, *Revoca dello stato di liquidazione nelle società di capitali e nelle società di persone (Quesito N. 6004-2005/I)*, in *Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle società di persone*, Quaderni del notariato, Milano, Ipsoa, 2006, 394 ss. Più nel dettaglio, perché si possa parlare di proroga tacita sembra necessario che non vi sia soluzione di continuità tra la scadenza del termine e l'attività d'impresa (Cass., 23 febbraio 1984, n. 1296, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 197; Cass., 26 febbraio 1965, n. 315, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1173), ricadendosi diversamente nell'ipotesi di revoca dello stato di liquidazione: v. O. CAGNASSO, (nt. 10), 259; e, per qualche spunto in tal senso, v. anche R. VIGO, *Proroga tacita e regimi di amministrazione nelle società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 289 ss.; in senso parzialmente difforme sembra esprimersi V. BUONOCORE, (nt. 10), 396 ss., configurando qualsivoglia ipotesi di proroga del termine intervenuta dopo la scadenza del medesimo alla stregua di una revoca dello stato di liquidazione.

sostenuto con riferimento alle società di capitali (sul punto v. anche *infra* §§ 2 e 4)¹². Resta inteso, comunque, che – anche qualora di fatto e/o implicita – la revoca dello stato di liquidazione necessariamente presuppone l’eliminazione della relativa causa di scioglimento e, dunque, la disponibilità di quest’ultima da parte dei soci.

Fatta tale premessa, finisce invece per riproporsi tale e quale il dibattito circa la necessità o meno dell’unanimità dei consensi al fine dell’assunzione della decisione di revocare la liquidazione, con soluzioni che inevitabilmente s’intersecano con il più ampio tema delle modalità di assunzione delle decisioni dei soci nelle società di persone. In applicazione dei principi generali dovrebbe, innanzitutto, giungersi alla conclusione secondo cui – ogniqualvolta la revoca della liquidazione si accompagna, esplicitamente o implicitamente, ad una modifica del contratto sociale necessaria ai fini dell’eliminazione della causa di scioglimento (es. proroga del termine; modifica dell’oggetto sociale, etc.) – dovrebbe trovare applicazione il principio unanimistico, salvo che non sia stato diversamente previsto nel medesimo contratto sociale (art. 2252 c.c.)¹³.

Anche a fronte di simili ipotesi, tuttavia, non mancano voci dottrinali che, prescindendo dall’eventuale presenza di clausole contrattuali volte a stabilire la modificabilità a maggioranza dell’atto costitutivo, ritengono la decisione (espressa o implicita) di revoca dello stato di liquidazione comunque soggetta all’unanimità dei consensi, perché altrimenti lesiva del diritto individuale alla quota di liquidazione spettante a ciascun socio a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento¹⁴. Secondo quanto si avrà modo di argomentare

¹² Ammettono la possibilità di una revoca della liquidazione per fatti concludenti A. MAISANO, (nt. 10), 311; G. DE FERRA, (nt. 10), 30 ss. Del resto, tale conclusione deriva dal principio generale di libertà delle forme che presiede la costituzione delle società di persone (e la successiva modifica del relativo contratto): v. per tutti M. GHIDINI, (nt. 10), 322 ss. In giurisprudenza, sembrano esprimersi a favore di una modificabilità del contratto sociale per fatti concludenti, anche se con riferimento alla diversa ipotesi della modifica delle persone dei soci: Cass., 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, II, 728; Cass., 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Giur. comm.*, 1989, II, 525, con nota di Menghi; Cass., 9 settembre 1997, n. 8784, in *Giur. it.*, 1998, 1417. È da considerare, comunque, il fatto che la revoca della liquidazione per fatti concludenti – non potendo essere iscritta nel registro delle imprese – non sarà opponibile ai terzi e la ripresa dell’attività sociale potrà, nelle ipotesi di s.n.c. e s.a.s, tutt’al più configurare l’esistenza di una società irregolare.

¹³ E si consideri che, sulla base della premessa secondo cui le modificazioni del contratto sociale potrebbero avvenire anche di fatto, per fatti concludenti potrebbe manifestarsi altresì la volontà d’inserire una deroga al principio unanimistico per le modifiche contrattuali (o talune di esse), purché la volontà della maggioranza modificativa del contratto sociale sia stata ripetutamente e sistematicamente accettata con comportamenti concludenti anche dalla minoranza (così GHIDINI, (nt. 10), 325-326, *sub* nota n. 15).

¹⁴ In tal senso v. G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 117; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann, *Società di persone e consorzi*, Trattato Cottino, Padova, Cedam, 2004, 342 ss.; F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2009, 298 ss.; A. MAISANO, (nt. 10), 303 ss. Tale argomentazione potrebbe essere avvalorata dall’assenza, nel silenzio della disciplina delle società di persone, di un efficace contrappeso a tutela delle minoranze rappresentato dal diritto di recesso; tuttavia, secondo quanto

meglio nel prosieguo, tuttavia, un simile diritto soggettivo, oltre a non trovare esplicito riconoscimento normativo, non sembra ravvisabile per il solo fatto dell'apertura della fase di liquidazione: piuttosto, i soci potranno vantare, in dipendenza di tale evento, un interesse a che la relativa procedura si svolga correttamente, onde consentire ai medesimi, qualora sia possibile in ragione della sussistenza di un residuo attivo, la percezione della rispettiva quota di liquidazione. La conclusione sistematicamente più corretta, allora, sembra quella di ritenere che il principio legale dell'unanimità dei consensi possa essere previamente derogato tramite apposita clausola del contratto sociale, precisando tuttavia che qualora la suddetta previsione derogatoria si riferisca genericamente alle modifiche dell'atto costitutivo, non è lecito automaticamente dedurre che la sua portata sia tale da esentare anche *tutte* le decisioni di revoca della liquidazione: come si analizzerà anche in seguito, infatti, non necessariamente quest'ultima richiede una previa o contestuale modifica delle clausole contenute nel contratto sociale (v. § 4)¹⁵.

Da tale ultima considerazione, dunque, discende una perdurante incertezza circa le regole procedurali di manifestazione del consenso ogniqualvolta la decisione di revoca non avvenga contestualmente – eventualmente anche in modo implicito - ad una modifica dell'atto costitutivo oppure quest'ultimo non contenga una clausola che ne preveda espressamente le modalità di assunzione (*i.e.* all'unanimità o a maggioranza); in tali ipotesi, cioè, si ripropone la nota questione circa l'applicazione del principio unanimistico o maggioritario relativamente alle decisioni dei soci per le quali la legge o l'autonomia negoziale

si affermerà nel testo, si ritiene che l'ipotesi di revoca dello stato di liquidazione a maggioranza integri una giusta causa di recesso *ex art.* 2285, secondo comma, c.c. (v. oltre). Ad analoga conclusione circa la necessità dell'unanimità dei consensi potrebbe giungersi partendo dalla premessa secondo cui la decisione inerente la proroga esplicita del termine di scadenza della società e quella relativa alla revoca della liquidazione debbano seguire la medesima regola stabilita per lo scioglimento anticipato, per il quale l'art. 2272, n. 3, c.c. richiede l'unanimità dei consensi (così ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*⁴, Bologna, Il Mulino, 2012, 374). Secondo la tesi maggioritaria in dottrina, tuttavia, anche tale previsione – analogamente a quanto stabilito dall'art. 2252 c.c. – detta un regime meramente dispositivo: in tal senso, tra altri, v. O. CAGNASSO, (nt. 10), 260; G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca, sub artt. 2247-2324*, Bologna, Zanichelli, 1981, 256; F. GALGANO, *Le società, Diritto commerciale*, XVIII ed., Zanichelli, Bologna, 2013, 91; M. GHIDINI, (nt. 10), 790 ss.; optano, invece, per la necessaria unanimità della decisione di scioglimento anticipato: V. BUONOCORE, (nt. 10), 409; G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2011, 170.

¹⁵ Peraltro, nel caso in cui sussista una specifica clausola dell'atto costitutivo che consenta la revoca dello stato di liquidazione a maggioranza, potrebbe porsi il dubbio dell'estensione di tale principio a tutte le delibere ad essa strettamente connesse, in quanto legate da un nesso di necessaria correlazione funzionale (ad es., le modifiche del contratto sociale necessarie per la revoca), similmente a quanto sostenuto con riferimento alle operazioni connesse rispetto alla trasformazione di società di persone in società di capitali (v. L. PISANI, *La snc. Profili organizzativi*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, Giappichelli, 2016, 303 ss., che si mostra favorevole ad estendere la regola maggioritaria alle cd. delibere consequenziali).

nulla prevedono¹⁶. Non resta, dunque, che optare per l'adesione all'orientamento prevalente secondo il quale dovrebbero essere assunte con *consenso unanime* tutte le decisioni non attinenti ai profili gestori (in senso lato), tra le quali annoverare altresì la revoca dello stato di liquidazione, anche in considerazione di un'estensione analogica della regola dettata con riferimento a tutte le altre decisioni relative alla durata della vita della società, quali la proroga e lo scioglimento anticipato¹⁷.

Resta da chiedersi conclusivamente se, nelle ipotesi in cui la decisione di revoca della liquidazione possa essere assunta a maggioranza in ragione di un'esplicita clausola del contratto sociale, sia configurabile una giusta causa di recesso in favore dei soci dissenzienti, al di là di una pur auspicabile previsione contrattuale al riguardo (art. 2285, secondo comma, c.c.)¹⁸. È noto che, a fronte di un atteggiamento più rigoroso della giurisprudenza¹⁹, la dottrina è incline ad interpretare con una certa flessibilità la nozione di giusta causa, tanto da farvi rientrare – seppure con conclusione non unanime – anche le più significative modificazioni dell'atto costitutivo, qualora adottate a maggioranza²⁰. E tale ragionevole conclusione appare

¹⁶ Per i termini della questione v., in particolare, O. CAGNASSO, (nt. 10), 161 ss.; G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 102 ss.; A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, Giuffrè, 1980, 77 ss.; M. DI SARLI, *Le decisioni dei soci*, in *Le nuove società di persone*, diretto da G. Cottino, O. Cagnasso, Bologna, Zanichelli, 2014, 99 ss. e soprattutto 106 ss.

¹⁷ Altro problema è quello inerente la necessità che le decisioni siano adottate osservando il metodo collegiale ovvero possano essere assunte nella più assoluta libertà di forme (salvo che lo statuto non preveda diversamente). Il tema evidentemente non concerne in modo specifico l'eventuale revoca della liquidazione, pertanto ci si limiterà a far presente che la non essenzialità del metodo assembleare è affermata dalla costante giurisprudenza di legittimità e di merito, a fronte di un panorama dottrinale meno unanime: v., fra altre, Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. comm.*, 1999, 385 ss.; Cass., 15 luglio 1996, n. 6394; Cass., 3 febbraio 1965, n. 173, in *Foro it.*, 1965, I, 793; Trib. Napoli, 17 ottobre 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 654; in dottrina, v. in particolare, M. GHIDINI, (nt. 10), 341 ss.; O. CAGNASSO, (nt. 10), 167 ss.; nonché da ultimo, v. G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 102 ss.; M. DI SARLI, (nt. 16), 99 ss.

¹⁸ Il problema si pone chiaramente soprattutto per le società a tempo determinato, essendo previsto un diritto generale di recesso per quelle a tempo indeterminato o stipulate per tutta la vita di uno dei soci (art. 2285 ss.). In ogni caso - al di là dell'opportunità di disciplinare il diritto di recesso nel medesimo contratto sociale - è stato osservato come siano comunque applicabili a tutela delle minoranze i principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto sociale: così, in particolare, L. PISANI, *Società di persone «a struttura corporativa»*, Torino, Giappichelli, 2000, 156 ss.

¹⁹ L'orientamento accolto dalla giurisprudenza è più rigoroso, tale da identificare il concetto di «giusta causa» sempre e comunque nella legittima reazione ad un illecito comportamento degli altri soci idoneo a ledere la fiducia, impedendo la prosecuzione del rapporto sociale: v. Cass., 14 febbraio 2000, n. 1602, in *Società*, 2000, 694; Cass., 14 ottobre 1966, n. 2454, in *Dir. fall.*, 1967, II, 316; Cass., 13 giugno 1957, n. 2212, in *Dir. fall.*, 1958, II, 894. Stando a tale più restrittiva interpretazione, dunque, l'ipotesi in esame non integrerebbe gli estremi della «giusta causa», configurando la revoca della liquidazione una decisione consentita dall'ordinamento giuridico per la quale il contratto sociale può prevedere l'assunzione a maggioranza (v., per casi simili, Trib. Trento, 2 dicembre 2002, in *Società*, 2003, 440, con nota di Ferrari; Trib. Milano, 19 gennaio 1984, in *Società*, 1984, 673).

²⁰ In tal senso v., in particolare, V. BUONOCORE, (nt. 10), 231 ss., secondo il quale integrano «giusta causa» di recesso anche le modificazioni del contratto sociale deliberate a maggioranza – in presenza di un'apposita clausola dello stesso contratto sociale che legittimi l'adozione del metodo maggioritario – qualora le stesse alterino le «basi essenziali della società», spesso identificate in quelle che legittimano il recesso dei soci

condivisibile tanto più oggi, a fronte dell'esplicito riconoscimento del diritto di recesso per le minoranze dissenzienti rispetto alla delibera di revoca della liquidazione nelle società di capitali²¹.

Maggiori dubbi, invece, si pongono in merito alla configurabilità per via interpretativa di un diritto di opposizione dei creditori sociali all'eventuale revoca della liquidazione, similmente a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2487-*bis*. In linea generale, infatti, la discutibile *ratio* individuata alla base di tale ultima previsione (v. *infra* § 5) dovrebbe rendere gli interpreti estremamente prudenti rispetto ad un'estensione analogica della stessa, viepiù a fronte del regime di responsabilità illimitata e solidale dei soci caratteristico delle società di persone, tale da rendere ardua l'applicazione, per via analogica, di norme poste a tutela dell'integrità patrimoniale a favore del ceto creditorio nelle società di capitali.

Resta inteso, tuttavia, che qualora la revoca derivi da un'esplicita decisione di proroga della durata della società, i *creditori particolari* del socio saranno titolari di un potere di opposizione, la cui funzione, tuttavia, non è ravvisabile nella salvaguardia della generica garanzia rappresentata dal patrimonio sociale, quanto piuttosto nella tutela dell'aspettativa alla liquidazione della quota di partecipazione del proprio debitore (art. 2307, primo comma, c.c.)²². A ben vedere, il fondamento di tale disposizione sembra giustificare l'estensione a qualsiasi decisione di revoca della liquidazione: se l'ordinamento giuridico ha ritenuto opportuno tutelare le ragioni dei creditori dei soci a fronte della data di scadenza della società indicata nel contratto sociale, *a fortiori* una simile aspettativa sembra apparire degna di tutela qualora i soci decidano di eliminare una causa di scioglimento già verificatasi²³. Appare

dissenzienti nella società per azioni (così anche L. PISANI, (nt. 18), 162 ss.). Anche secondo M. GHIDINI, (nt. 10), 533 ss., la giusta causa di recesso dovrebbe essere interpretata in senso ampio; tuttavia, il medesimo a. – ma in epoca anteriore alla riforma del 2003 – non reputava sussistere un diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti rispetto alla decisione di revoca della liquidazione nelle società di persone, nell'eventualità in cui questa venisse assunta a maggioranza (ID., *op. ult. cit.*, 876, *sub* nota n. 256). Da ultimo, v. E. FREGONARA, *Cause di scioglimento e disciplina*, in *Le nuove società di persone*, opera diretta da G. Cottino, O. Cagnasso, Bologna, Zanichelli, 2014, 226 ss., la quale – pur giungendo a soluzioni differenti da quelle esposte nel testo – correttamente si chiede se le nuove ipotesi di recesso introdotte dalla riforma del 2003 a fronte di modifiche contrattuali deliberate a maggioranza (trasformazione, fusione, scissione) possano o meno rappresentare l'emersione di un principio di carattere più generale applicabile alle modifiche strutturali di significativo rilievo delle società di persone.

²¹ Seppure in chiave dubitativa, sembra favorevole alla soluzione esposta nel testo A. PAOLINI, (nt. 11), 95.

²² La differente funzione di tale rimedio rispetto alle opposizioni riconosciute ai creditori nell'ambito della disciplina delle società di capitali è resa viepiù evidente dal fatto che l'eventuale accoglimento dell'opposizione del creditore particolare del socio non impedisce la proroga della società, avendo come risultato unicamente l'obbligo della società di liquidare all'opponente la quota del socio debitore (art. 2307, secondo comma, c.c.).

²³ La decisione espressa di una proroga, infatti, potrebbe concernere sia un termine già scaduto - integrando, probabilmente, una revoca dello stato di liquidazione - sia un termine ancora non scaduto: il diritto di opposizione è concesso in entrambe le ipotesi. In senso contrario rispetto alla conclusione ipotizzata nel testo si esprime M. GHIDINI, (nt. 10), 876, secondo il quale degno di tutela sarebbe esclusivamente l'interesse alla

opportuno precisare, tuttavia, che l'eventuale opponente, oltre ad agire entro il termine decadenziale di tre mesi dall'iscrizione nel registro delle imprese della decisione opposta, dovrà dimostrare il presupposto della relativa pretesa, ovvero l'insufficienza dei beni del socio-debitore rispetto al soddisfacimento del proprio credito.

2. La competenza assembleare in merito alla revoca dello stato di liquidazione: aspetti procedurali e tutela della minoranza.

L'introduzione dell'art. 2487-ter, secondo quanto già accennato, non soltanto ha contribuito ad affermare in linea generale la revocabilità dello stato di liquidazione nelle società di capitali, ma ha altresì definito il relativo *iter* procedimentale, pur con talune residue incertezze.

Più nel dettaglio, la norma è esplicita nell'attribuire la decisione circa la revoca della liquidazione all'organo assembleare con le maggioranze previste per le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto e ferma l'applicazione dell'art. 2436 c.c. (art. 2487-ter, primo comma). Con riferimento alla s.p.a., tali affermazioni portano gli interpreti a concludere nel senso che la relativa competenza sia di spettanza dell'assemblea in sede straordinaria²⁴: si tratta, del resto, dell'organo tipicamente competente a deliberare le modifiche statutarie, così come le principali decisioni attinenti alla fase di liquidazione della società (*i.e.* nomina, sostituzione e poteri dei liquidatori, alle quali – in ragione di un'interpretazione sistematica – si ritiene di dover aggiungere i criteri di svolgimento della liquidazione *ex* art. 2487 c.c.)²⁵. Peraltro, a differenza dell'ipotesi inerente l'assunzione dei provvedimenti iniziali della liquidazione ai sensi del già citato art. 2487 – per la quale permangono ancora incertezze

scadenza della società per decorso del termine di durata, posto che i creditori non potrebbero fare legittimo affidamento sulla mancata rimozione di altre cause di scioglimento.

²⁴ Sebbene l'attribuzione della competenza all'assemblea in sede straordinaria non sia apertamente suffragata dall'art. 2365 c.c., tale conclusione appare imposta dalle maggioranze rafforzate di cui all'art. 2369, quinto comma, c.c., che riguardano tutte delibere di competenza dell'assemblea straordinaria: v. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 47, *sub* nota n. 43; G. GIANNELLI, art. 2487-ter, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, 2015, Torino-Milano, Utet giuridica, 1002 ss. Peraltro, la titolarità del potere assembleare è indiscussa anche in caso di adozione del modello dualistico – nonostante lo spostamento di funzioni e competenze in favore del consiglio di sorveglianza –, proprio in considerazione del fatto che si tratta di una competenza attribuita all'assemblea straordinaria: così V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di N. Abriani – V. Cariello, I, Torino, Giappichelli, 2012, 232 e *sub* nota n. 216.

²⁵ Testualmente, infatti, l'art. 2365 c.c. attribuisce all'assemblea straordinaria la competenza a deliberare sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori; tuttavia, in ragione del combinato disposto dell'art. 2487 c.c., è preferibile sostenere che sia la medesima assemblea in sede straordinaria ad assumere, altresì, le decisioni circa i criteri di svolgimento della liquidazione.

interpretative circa la presenza ed il ruolo da attribuire al notaio²⁶-, in tal caso l'applicazione del procedimento di cui all'art. 2436 è esplicita: nessun dubbio, dunque, sussiste in merito alla necessaria assistenza notarile ai fini della verbalizzazione e del relativo controllo²⁷; anzi, è opportuno sottolineare come un simile scrutinio debba estendersi alla sussistenza della previa o contestuale eliminazione delle cause dissolutive dell'ente, quale presupposto legale della revoca dello stato di liquidazione, quantomeno ogniqualvolta la sua assenza risulti palesemente dai fatti e/o dagli atti che il notaio è chiamato a verbalizzare²⁸.

Maggiori perplessità sussistono circa l'inderogabilità della competenza e del metodo assembleare in merito alla revoca dello stato di liquidazione nelle s.r.l., a fronte della possibilità esplicitamente riconosciuta per tale tipo societario di una clausola dell'atto costitutivo che preveda modalità alternative di manifestazione del consenso da parte dei soci (*i.e.* la consultazione scritta o il consenso espresso per iscritto di cui all'art. 2479, terzo comma, c.c.)²⁹. Sul punto tende correttamente a prevalere la tesi più rigorosa, tale da imporre

²⁶ In assenza di un esplicito rinvio all'art. 2436, con riferimento alle cd. decisioni iniziali della liquidazione, tende a prevalere la conclusione secondo la quale il notaio dovrebbe limitarsi alla verbalizzazione della delibera assembleare, senza svolgere alcuna forma di controllo in relazione al contenuto della medesima: v. FIMMANÒ, (nt. 3), 76 ss.; FRIGENI, art. 2487, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, Giuffrè, 2016, 2891 ss.; L. PARRELLA, art. 2487 c.c., in *Commentario Sandulli-Santoro*, artt. 2462-2501 c.c., Torino, Giappichelli, 2003, 257. Tale soluzione, in genere, viene preferita per due ordini di ragioni: in primo luogo, si fa notare che la delibera in commento non rappresenta una di quelle modificative dell'atto costitutivo e/o dello statuto, per le quali soltanto viene stabilito il procedimento di cui agli art. 2436 e ss.; in seconda battuta, viene evidenziato come la mancata applicazione delle norme appena citate troverebbe indiretta conferma nel successivo art. 2487-bis, primo comma, c.c., secondo il quale all'iscrizione nel registro delle imprese della nomina dei liquidatori dovrebbero procedere questi ultimi, così derogando rispetto a quanto previsto dal più volte citato art. 2436, primo comma, ai sensi del quale, una volta verificato il rispetto delle condizioni previste dalla legge, dovrebbe provvedervi il notaio (e si consideri anche l'art. 28 l. not. che stabilisce che sia il notaio a verificare il rispetto della legge degli atti di cui deve chiedere l'iscrizione).

²⁷ Il punto è pacifico: fra altri, v. F. FIMMANÒ, (nt. 3), 139; M. AIELLO, (nt. 1), 228-229.

²⁸ Secondo quanto si argomenterà anche nel prosieguo (v. *infra* § 5), infatti, si ritiene che la mancata eliminazione della causa di scioglimento rappresenti una causa di nullità della delibera di revoca dello stato di liquidazione, in quanto tale certamente inclusa nel novero dei poteri di controllo del notaio, qualora risultante dai medesimi eventi che il notaio è chiamato a verbalizzare (come di norma avviene nel caso di un'eliminazione della causa di scioglimento contestuale alla revoca della liquidazione). Sui confini del controllo notarile nell'ambito delle delibere modificative dello statuto, v. fra molti, G. CAPO, *La società per azioni. La costituzione e la nullità della società. Le modificazioni statutarie*, in *Trattato Buonocore*, Sez. IV, tomo 5.1, Torino, Giappichelli, 2010, 193 ss.; S.A. CERRATO, *Le modificazioni statutarie: esame della disciplina e delle novità normative ed esegetiche*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario Cottino e altri, Bologna, Zanichelli, 2009, 807 ss.; M. NOTARI, art. 2436 c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2485 ss. Da ultimo, si consideri l'orientamento più rigoroso della Suprema Corte nel senso del dovere del notaio di rifiutarsi di iscriverne nel registro delle imprese deliberazioni assunte in assenza delle condizioni di legge, ogniqualvolta il vizio – qualunque esso sia (*i.e.* nullità o annullabilità) – emerga in modo palese dagli eventi assembleari che il notaio ha verbalizzato, senza che sia a tal fine necessaria alcuna indagine extra-assembleare: v. M. MALTONI, *Il controllo notarile sugli atti societari ex art. 2436 alla luce di una recente sentenza della Corte di Cassazione (nota a Cass., 19 luglio 2016, n.14766)*, in *Riv. not.*, 2016, 1177.

²⁹ Nonostante l'opinione minoritaria di taluni interpreti (A. ROSSI, art. 2487-ter c.c., in *Commentario Maffei Alberti*, III, Padova, Cedam, 2005, 2213 ss.; nonché, ma in chiave dubitativa, M. VAIRA, (nt. 1), 2084 *sub nota*

anche nelle s.r.l. l'adozione del procedimento assembleare, a favore della quale militano diverse considerazioni: in prima battuta, il tenore letterale dell'art. 2487-ter ed il suo esplicito riferimento alla «assemblea»; a ciò si aggiunga, poi, che la disciplina della s.r.l. sancisce l'inderogabilità del metodo assembleare per l'assunzione delle decisioni di cui al n. 4 (modifiche dell'atto costitutivo) e al n. 5 (operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci) del secondo comma dell'art. 2479. Ebbene, benché la revoca dello stato di liquidazione non si accompagni necessariamente ad una modifica dell'atto costitutivo, potendo in talune limitate ipotesi dalla stessa prescindere, è innegabile che a queste ultime sia stata legislativamente equiparata per ciò che concerne gli aspetti procedurali: in tal senso depone sia l'imposizione delle maggioranze previste per le modifiche statutarie, sia la già menzionata applicazione dell'art. 2436³⁰. E seppure non si ritenesse condivisibile tale ultima conclusione, è comunque plausibile che la revoca della liquidazione rappresenti un'operazione in grado di determinare una rilevante modificazione dei diritti dei soci, se non altro in relazione al venir meno della concreta aspettativa alla quota di liquidazione³¹ (sempre che si aderisca al preferibile orientamento dottrinale, che non circoscrive l'ipotesi in commento alle modifiche dei «particolari diritti» di cui all'art. 2468, terzo comma, c.c.)³².

n. 6), l'orientamento prevalente in dottrina considera inderogabile la competenza assembleare anche nelle s.r.l.: M. AIELLO, (nt. 1), 228 ss.; A. BONECHI, art. 2487-ter c.c., in *Codice delle società*², a cura di N. Abriani, Torino-Milano, Utet giuridica, 2016, 2139; G. GIANNELLI, (nt. 24), 995 ss.; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 48 ss.; C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1590; R. ROSAPEPE, *Lo scioglimento e la liquidazione*, in *La trasformazione. La fusione e la scissione. Lo scioglimento e la liquidazione*, in *Tratt. soc. resp. lim.*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. VII, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, 430; G. DE MARCHI, A. SANTUS, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutarie*, Milano, Ipsoa, 2003, 333.

³⁰ Sul punto, però, v. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 48 ss., secondo il quale non vi è alcuna incompatibilità concettuale tra la verbalizzazione notarile – espressamente imposta dal testo di legge per la delibera di revoca della liquidazione – ed un consenso espresso in differenti momenti dai soci non riuniti in assemblea (tuttavia, il medesimo Autore tende a dare prevalenza al dettato letterale dell'art. 2487-ter che parla di «delibera assembleare» e che potrebbe trovare giustificazione nel particolare rilievo organizzativo di una decisione di tal genere). Più in generale, comunque, molti commentatori sottolineano come la delibera di revoca dello stato di liquidazione, anche qualora non si accompagni ad un provvedimento che elimini la causa di scioglimento attraverso una delibera di modifica dell'atto costitutivo o dello statuto, sia stata legislativamente equiparata a quest'ultima: G. DE MARCHI, A. SANTUS, (nt. 29), 333; A. PACIELLO, art. 2487 ter c.c., a *Commentario* Sandulli-Santoro, artt. 2462-2510 c.c., Torino, Giappichelli, 2003, 270 ss.; S. SANZO, (nt. 1), 1730; M. VAIRA, (nt. 1), 2083 ss. Sotto altra angolazione, peraltro, taluni commenti dedicati alle modifiche statutarie pacificamente inseriscono la delibera di revoca dello stato di liquidazione tra di esse: v., ad es., G. CAPO, (nt. 28), 187 ss.

³¹ Qualche spunto in tal senso si può rintracciare in G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 48, *sub* nota 50 e in M. VAIRA, (nt. 1), 2084 *sub* nota n. 6.

³² Il problema interpretativo nasce essenzialmente dal combinato disposto del già citato art. 2479, primo comma, n. 5, con il precedente art. 2473, primo comma, che, invece, attribuisce ai soci della s.r.l. il diritto di recesso a fronte di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società

Infine, con riferimento alle s.a.p.a., l'attribuzione all'assemblea straordinaria della competenza alla revoca della liquidazione e la previsione dei *quorum* rafforzati inerenti le modifiche statutarie ripropone il problema interpretativo relativo al necessario consenso dei soci accomandatari durante la fase di liquidazione. È noto, infatti, che le modificazioni dello statuto devono essere approvate dall'assemblea straordinaria con il consenso di tutti gli accomandatari: la cessazione degli amministratori a seguito dell'iscrizione della nomina dei liquidatori (art. 2487-*bis*, terzo comma, c.c.), dunque, potrebbe impedire l'assunzione di tali decisioni durante la fase di liquidazione della società, a causa dell'indissolubile legame tra la suddetta carica ed il ruolo di socio accomandatario. Si reputa al riguardo preferibile la conclusione secondo cui il venir meno dell'incarico gestorio non precluderebbe comunque agli accomandatari di conservare il proprio *status* durante lo scioglimento della società, così da consentire ai medesimi di prendere parte alle assemblee esprimendo il voto necessario all'eventuale revoca dello stato di liquidazione³³.

Restando in tema di aspetti procedurali, si è posto il quesito inerente la necessità o meno che la medesima delibera volta a revocare la liquidazione provveda contestualmente alla nomina dei nuovi amministratori, onde consentire ai medesimi l'immediata riattivazione dell'impresa, non appena divenuta efficace la revoca³⁴. È opportuno precisare al riguardo che, a ben vedere, tale problema si pone soltanto nell'ipotesi in cui la revoca sia intervenuta dopo l'iscrizione della nomina dei liquidatori nel registro delle imprese, poiché è solo da tale momento che i precedenti amministratori devono ritenersi cessati dalla carica (art. 2487-*bis*, terzo comma, c.c.)³⁵; peraltro, anche in tali ipotesi, nel silenzio della norma, la contestuale

determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'articolo 2468, terzo comma, c.c. Per una sintesi della questione v. N. SOLDATI, *Le decisioni dei soci*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti, E. Pederzini, *Trattato Galgano*, Padova, Cedam, 2012, 418 e *sub* nota n. 26; M. DE PAOLI, art. 2479 c.c., in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L. A. Bianchi, artt. 2462-2483 cc, *Commentario Marchetti-Bianchi*, Milano, Giuffrè, Milano, 2008, 922 ss. e 927 ss., secondo il quale è plausibile comunque che il legislatore avesse in mente una previsione più ampia, caratterizzata da un ambito applicativo differente rispetto a quello del diritto di recesso; in senso contrario, v. L. RESTAINO, art. 2479 c.c., in *Commentario Sandulli-Santoro*, artt. 2462-2510 c.c., Torino, Giappichelli, 2003, 164-165.

³³ Così G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 1763-1764, *sub* nota n. 8

³⁴ V. soprattutto G. NICCOLINI, art. 2487-*ter*, (nt. 1), 1763 *sub* nota n. 6; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 53-54; A. BONECHI, (nt. 29), 2147; GUSSO, *sub* art. 2487-*ter*, in *Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, L. De Angelis, V. Napoleoni, R. Rordorf, V. Salafia, Milano, Ipsoa, 2011, 1790.

³⁵ La norma è esplicita nel far decorrere la cessazione dalla carica degli amministratori dall'iscrizione della nomina dei liquidatori nel registro delle imprese; tuttavia, il medesimo terzo comma dell'art. 2487-*bis* impone agli amministratori la consegna ai liquidatori dei libri sociali, di una situazione contabile alla data di efficacia dello scioglimento e di un rendiconto sulla gestione relativamente al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato. È evidente, dunque, come tale consegna possa avvenire in un momento cronologicamente successivo all'iscrizione della nomina dei liquidatori, ponendo così il dubbio che, quantomeno in tali ipotesi, la permanenza in carica degli amministratori sia da posticipare fino al concreto «passaggio di consegne» della

indicazione dei nuovi gestori - benché senza dubbio possibile ed altresì opportuna - non sembra potersi ritenere necessaria, così che la sua assenza non sembrerebbe concretizzare alcun vizio della relativa delibera³⁶. E a conclusioni sostanzialmente analoghe dovrebbe giungersi con riferimento alla possibilità che i liquidatori (o gli amministratori ancora in carica) redigano e sottopongano alla valutazione dei soci, chiamati a decidere in merito all'eventuale riattivazione della società, una situazione patrimoniale aggiornata: anche tale adempimento, benché senz'altro positivo al fine consentire ai soci di assumere una decisione consapevole, non è previsto legislativamente e non può considerarsi dovuto³⁷. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che – quantomeno con riferimento alle s.p.a. – la disciplina del recesso impone agli amministratori (nel nostro caso verosimilmente ai liquidatori) di determinare il valore di liquidazione delle azioni dei recedenti almeno quindici giorni prima dell'assemblea convocata per la delibera sulla revoca della liquidazione: a tal fine, secondo la migliore dottrina, l'organo amministrativo dovrebbe redigere un'aggiornata situazione patrimoniale, se del caso da rettificare al fine di tener conto anche delle prospettive reddituali della società e dell'eventuale valore di mercato delle partecipazioni³⁸ (salvo che non si tratti di società quotate in mercati regolamentati, per le quali troverà tendenzialmente applicazione il più semplice e immediato criterio di quantificazione di cui all'art. 2437-ter, secondo comma, c.c.)³⁹.

documentazione sociale in favore dei liquidatori: per una sintesi della questione e dei contrapposti orientamenti, v. CENTONZE, (nt. 5), 2880.

³⁶ Seppur meno esplicitamente sembrano aderire alla medesima conclusione anche M. AIELLO, (nt. 1), 546; G. GIANNELLI, (nt. 24), 1003; C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1592.

³⁷ Sul punto v. M. AIELLO, (nt. 1), 528; A. PACIELO, (nt. 30), 271; M. VAIRA, (nt. 1), 2092-2093; e soprattutto G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 52-53, il quale precisa che la redazione di tale situazione contabile - da redigere secondo il criterio del *going concern* e non dei bilanci di liquidazione - avrebbe il duplice scopo di consentire ai soci di assumere una delibera consapevole in ordine alle concrete possibilità di riattivare la società e contemporaneamente di conoscere il valore della quota di liquidazione per i soci che intendessero recedere (senza che ciò esima però dall'obbligo di provvedere secondo la legge alla determinazione del valore di liquidazione *ex art. 2437 ter*, cui dovranno provvedere i liquidatori redigendo l'apposito documento). Tra l'altro tale documento dovrebbe, altresì, dare evidenza dell'eventuale eliminazione della causa di scioglimento.

³⁸ V. A. PACIELO, art. 2437-ter, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, Jovene, 2004, 1126 ss.; M. MAUGERI, H. FLEISCHER, *Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano*, in *Riv. soc.*, 2013, 78 ss. Anche con riferimento alle s.r.l. sarà necessario redigere una situazione patrimoniale aggiornata, tale da tener conto altresì delle prospettive reddituali dell'impresa; tuttavia, da un punto di vista temporale, tale obbligo sussiste a far data dal recesso (e non anteriormente alla delibera che potrebbe legittimarlo), dal momento che il valore della quota di liquidazione dei soci recedenti deve essere determinato «al momento della dichiarazione del recesso»: v. G. ZANARONE, art. 2473 c.c., *Della società a responsabilità limitata*, I, artt. 2462-2474, in *Commentario Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2010, 828 ss. (sul punto v. anche oltre).

³⁹ Come noto, tale criterio è oggi derogabile ad opera dell'autonomia statutaria che potrebbe prevedere, anche nelle società quotate, l'utilizzo dei criteri alternativi di cui ai commi 2 e 4 del medesimo art. 2437-ter, purché il valore così determinato non sia inferiore a quello risultante dall'applicazione della media aritmetica esposta nel

L'espressa previsione normativa della competenza assembleare pone un ulteriore problema interpretativo – per la verità ancora poco analizzato dagli studiosi – in relazione all'eventuale possibilità di derogarvi tramite apposita clausola contenuta nell'atto costitutivo e/o nello statuto. Si tratta di una questione strettamente interconnessa con le valutazioni già esposte circa la (negata) possibilità di privare *ex ante* l'assemblea del potere di revocare la liquidazione (v. *supra* § 1), rispetto alla quale è legittimo ulteriormente chiedersi se una clausola statutaria possa demandare l'assunzione della decisione di revoca ad altri organi/soggetti (differenti dall'assemblea): il dubbio trae origine dal fatto che per le decisioni iniziali del procedimento di liquidazione (*i.e.* criteri di svolgimento, nomina dei liquidatori e attribuzione dei relativi poteri) la relativa potestà decisionale potrebbe essere attribuita ad un altro organo societario o ad un soggetto terzo (art. 2487, primo comma, c.c.)⁴⁰.

È opportuno chiarire, in via preliminare, che anche in tali ultime ipotesi si ritiene corretto l'orientamento dottrinale secondo cui l'assemblea non perderebbe comunque il potere di modificare tali decisioni, con prevalenza, dunque, rispetto alle manifestazioni di volontà espresse dagli altri organi/soggetti cui tali competenze siano state statutariamente attribuite (art. 2487, terzo comma, c.c.), in ragione dei preminenti interessi dei soci ad un corretto svolgimento della fase di liquidazione ed ai correlati poteri ai medesimi attribuiti sin dal momento del verificarsi di una causa di scioglimento, nonché alla luce delle già analizzate valutazioni di carattere più generale in relazione all'assetto organizzativo tipico delle società di capitali (v. ancora § 1)⁴¹. Alla luce delle considerazioni svolte, tuttavia, ci si potrebbe ancora chiedere se un simile modello decisionale – *i.e.* l'affidamento della scelta circa la revoca della liquidazione ad organi o soggetti differenti dai soci (es. liquidatori, organo di controllo interno) - possa essere replicabile nel caso di specie, ferma restando, secondo quanto

testo (v. art. 2437-ter, terzo comma, c.c., come modificato dall'art. 20, terzo comma, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91): in tema, v. P. PISCITELLO, «Valore di disinvestimento» e tutela del recedente nelle società per azioni, in *Riv. soc.*, 2015, 835 ss.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 2487, primo comma, infatti, l'atto costitutivo o lo statuto potrebbero «disporre in materia» in relazione ai provvedimenti iniziali della liquidazione, il che comporta anche la possibilità che le relative competenze decisionali siano attribuite ad altri organi societari o a terzi: per tutti v. G. NICCOLINI, art. 2487, (nt. 1), 1740 ss.; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 75.

⁴¹ Sul punto, v. ancora v. G. NICCOLINI, art. 2487, (nt. 1), 1742 e F. FIMMANÒ, (nt. 3), 75 ss. (il quale, in proposito, parla di «*primato della programmazione liquidatoria*» attribuito per volontà del legislatore ai soci). Tale conclusione, del resto, trova indiretta conferma nella possibilità che l'assemblea intervenga in un secondo momento in ordine a tutte le decisioni assunte nella fase iniziale del procedimento di liquidazione, anche qualora adottate dal tribunale (art. 2487, terzo e quarto comma): sul punto, v. in particolare L. PARRELLA, (nt. 26), 259 ss.; nonché, con riferimento all'ipotesi di attribuzione delle suddette competenze al consiglio di sorveglianza, in caso di adozione del modello dualistico, sia consentito rinviare a C. GARILLI, (nt. 8), 307 ss.

suaccennato, la possibile «revoca della revoca» in ogni momento da parte dell'organo proprietario.

Al quesito si preferisce dare risposta negativa essenzialmente per ragioni di ordine sistematico, corroborate anche da valutazioni di carattere pratico. Sotto il primo aspetto, si consideri il ruolo preponderante attribuito legislativamente ai soci in relazione all'avverarsi delle cause di scioglimento (art. 2484 c.c.), cui dovrebbe fare da contraltare un analogo potere circa la fine anticipata dell'eventuale procedura di liquidazione già iniziata⁴²; a ciò si aggiunga che una decisione ipoteticamente rimessa ad altri organi/soggetti non consentirebbe all'intera compagine sociale di beneficiare della discussione assembleare – ritenuta, invece, fondamentale dal legislatore, tanto da prevederne l'obbligatorietà anche nelle s.r.l. –, né ai soci dissenzienti d'impugnare la relativa delibera, fatta salva, presumibilmente, la facoltà di recesso, che tuttavia non sarebbe più intrinsecamente legata alla condotta assembleare del socio assente, dissenziente o astenuto. In sintesi, si ritiene verosimile la conclusione secondo cui la clausola in esame sarebbe da ritenere nulla.

Al di là delle suesposte osservazioni (forse non dirimenti), considerazioni di ordine pratico sconsigliano, comunque, di adottare statutariamente la scelta di privare l'assemblea del potere di decidere in ordine alla revoca della liquidazione, attribuendolo ad altri organi/soggetti, dal momento che la «previa eliminazione della causa di scioglimento» nella grande maggioranza delle ipotesi resterebbe di competenza dei soci e, in particolare, dell'assemblea straordinaria (v. oltre § 4). Una clausola presumibilmente indirizzata a snellire e velocizzare il processo decisionale dei soci, dunque, si rivelerebbe un inutile appesantimento procedurale.

Ragioni di economia procedimentale, al contrario, suggeriscono di propendere per la conclusione che consenta all'assemblea di assumere la delibera di revoca dello stato di liquidazione contestualmente a quella volta ad eliminare la causa di scioglimento: benché, infatti, la norma testualmente richieda che quest'ultima preceda la scelta relativa all'eventuale

⁴² Da più parti, peraltro, è stato evidenziato come il nuovo testo dell'art. 2484 abbia ulteriormente enfatizzato le prerogative dei soci nella determinazione delle cause di scioglimento, attraverso la facoltà esplicitamente consentita ai medesimi di adottare provvedimenti idonei ad evitare il prodursi dell'evento dissolutivo (*favor societatis*): fra altri, v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 2016, 15 ss.; M. SARALE, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Commentario* Cottino e altri, Bologna, Zanichelli, 2009, 1187 ss.

riattivazione dell'impresa sociale, non si ravvisano ostacoli ad ammettere che le due decisioni avvengano contestualmente⁴³.

Altro tema meritevole di attenzione è quello delle cd. delibere implicite di revoca della liquidazione: similmente a quanto talvolta sostenuto in passato in assenza di una norma che disciplinasse espressamente la possibilità di revocare lo stato di liquidazione, tutt'oggi è legittimo chiedersi se sia ipotizzabile una revoca implicita, cioè derivante da decisioni assembleari palesemente contrastanti con la continuazione della procedura estintiva (es. operazioni straordinarie che esulino da finalità liquidative, in quanto evidentemente volte alla continuazione dell'attività d'impresa da parte dell'entità risultante dalla relativa operazione)⁴⁴. Affinché si possa parlare di revoca implicita dello stato di liquidazione, tuttavia, è necessario non soltanto che la relativa delibera sia atta ad eliminare l'evento dissolutivo che al procedimento liquidativo ha dato origine, ma altresì che sussistano le altre condizioni necessarie perché la società riprenda concretamente la sua attività d'impresa (es. capitale sociale minimo ed insussistenza di ulteriori cause di scioglimento). Tale ultima considerazione, unitamente alla necessità del controllo notarile – da ritenere comunque indispensabile anche in considerazione della presumibile coincidenza della revoca implicita con una deliberazione modificativa dello statuto⁴⁵ – rendono improbabile che la decisione

⁴³ Così, in particolare, G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 50; ID., art. 2487-ter, (nt. 1), 1763, *sub nota n. 7*. In senso contrario sembra esprimersi una pronuncia molto risalente del Tribunale di Roma, quantomeno nel caso in cui la rimozione della causa di scioglimento non fosse prevista nell'ordine del giorno (Trib. Roma, 15 settembre 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2748); la stretta interconnessione tra la revoca dello stato di liquidazione e la necessaria eliminazione della causa di scioglimento, infatti, pone l'interprete innanzi all'ulteriore e non agevole questione inerente la necessaria indicazione di entrambe le decisioni quali punti all'ordine del giorno, che s'innesta poi nel più generale dibattito circa le cd. delibere consequenziali e/o accessorie (sul tema generale, v. C. MONTAGNANI, art. 2366 c.c., in *Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, Jovene, 2004, 470 ss.).

⁴⁴ È stato bene evidenziato, ad esempio, come decisioni circa eventuali operazioni straordinarie (trasformazione, fusione e scissione) potrebbero non essere incompatibili con il permanere dello stato di liquidazione e con il perseguimento di finalità liquidative: in linea generale, infatti, simili operazioni potrebbe mirare a dotare la società in stato di scioglimento di una forma organizzativa più funzionale ai fini della procedura di liquidazione e/o a realizzare condizioni più vantaggiose nella medesima prospettiva liquidatoria (v., in particolare, M. PERRINO, art. 2501 c.c., *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, 2015, Torino- Milano, Utet giuridica, 1488; F. PETRERA, *Revoca implicita della liquidazione*, Studio 202-2009/I, in *Studi e Materiali*, 1/2010, 57 ss.); affinché, dunque, simili decisioni siano indicative di una (implicita) volontà di revocare la liquidazione, devono tendere al risultato di ripristinare il *going concern* della società risultante dall'operazione; per ulteriori spunti, v. C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1590; R. SANTAGATA, *Partecipazione alla fusione di società in liquidazione* (commento a Trib. Milano, ord. 22 settembre 1995), in *Società*, 1996, 803 ss.; S. LUONI, *Note in tema di trasformazione di società per azioni durante la liquidazione* (nota ad App. Milano, 6 ottobre 2000), in *Giur. it.*, 2001, 8-9.

⁴⁵ Il più delle volte, infatti, l'implicita volontà di revocare lo stato di liquidazione deriverà da una delibera esplicita di modifica dell'atto costitutivo o dello statuto (es. aumento di capitale sociale; modifica dell'oggetto sociale; operazioni straordinarie, etc.). Peraltro, più in generale, si è ritenuto anche in passato che la validità ed efficacia della volontà dei soci espressa in modo implicito sia subordinata alla necessaria sussistenza di tutti i requisiti

assembleare non manifesti in modo esplicito, contestualmente all'eliminazione della causa di scioglimento, la volontà di revocare lo stato di liquidazione: l'eventualità che ci si trovi innanzi ad una delibera implicita – specie dopo l'introduzione legislativa dell'art. 2487-ter – è, dunque, piuttosto remota⁴⁶.

Sotto altro complementare punto di vista, non è detto che qualsiasi deliberazione atta ad eliminare l'evento dissolutivo dell'ente sia per ciò solo indicativa di un'implicita ed *attuale* volontà di revocare lo stato di liquidazione: talune operazioni societarie, infatti, non sono incompatibili con la permanenza della liquidazione, pur potendo rappresentare atti prodromici ad una successiva revoca della medesima (es. aumento di capitale, modifica dell'oggetto sociale, fusione, etc.)⁴⁷. In sintesi, dunque, soltanto una delibera assembleare il cui contenuto sia assolutamente incompatibile con il proseguimento della liquidazione potrebbe generare il dubbio della sua validità ed efficacia alla stregua di una revoca implicita della stessa.

Fatte tali premesse, è evidente innanzitutto come il tema s'intersechi con il più generale dibattito inerente la validità delle cd. delibere implicite, in relazione al quale anche i fautori della tesi favorevole affermano che l'efficacia del contenuto implicito della delibera è da ritenere comunque subordinata al possesso di tutti i requisiti formali e sostanziali richiesti dalla legge. Nel caso di specie, dunque, l'eventuale revoca implicita dovrebbe essere approvata con le maggioranze rafforzate previste dalla disciplina in commento e sottoposta al controllo notarile *ex art.* 2436 c.c.; la stessa, inoltre, dovrebbe legittimare l'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci dissenzienti, così come l'eventuale opposizione dei creditori anteriori⁴⁸.

È di tutta evidenza, tuttavia, che l'assenza di un'espressa volontà di revocare la liquidazione renderebbe più difficoltoso – e presumibilmente rimesso ad incerte operazioni ermeneutiche – l'esercizio di tali prerogative, entrambe generalmente legate all'assunzione ed

formali e procedurali della deliberazione presupposta e implicita: con specifico riferimento alla revoca implicita dello stato di liquidazione, v. Trib. Bologna, 22 giugno 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 99, con nota di Zorzi (sul punto v. anche oltre).

⁴⁶ Così ancora F. PETRERA, (nt. 44), 57 ss., mettendo in luce come sia piuttosto difficile che la volontà dei soci rimanga inespressa, soprattutto a fronte della necessità di rispettare le condizioni affinché la società torni *in integro statu* (oltre al fatto che, nei casi di fusione e scissione, il relativo progetto deve necessariamente fornire tali informazioni).

⁴⁷ V. ancora F. PETRERA, (nt. 44), 57 ss.; M. PERRINO, (nt. 44), 1488.

⁴⁸ Ciò significa, peraltro, che non sarebbe ammissibile una revoca implicita per comportamento degli amministratori o dei liquidatori, che al contrario potrebbero andare incontro a responsabilità per violazione della gestione liquidativa: v. G. GIANNELLI, (nt. 24), 1002-1003, *sub* nota n. 31; F. PETRERA, (nt. 44), 57 ss.

iscrizione di una esplicita delibera di revoca; simili considerazioni inducono a privilegiare, quantomeno con riferimento al caso specifico della revoca della liquidazione, la conclusione che ne richiede una manifestazione espressa da parte dell'organo assembleare, se del caso contestualmente alla delibera atta a rimuovere la causa di scioglimento⁴⁹.

2.1. *Il diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti.*

È stato da più parti fatto notare come l'esplicita previsione della possibilità di revocare la liquidazione con una delibera assembleare assunta a maggioranza – seppure rafforzata per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio⁵⁰ – abbia posto fine alla dibattuta questione circa la configurabilità di un intangibile diritto soggettivo alla percezione della propria quota spettante al singolo socio a seguito dell'apertura della liquidazione (e/o del verificarsi di una causa di scioglimento, qualora si ritenga che i due momenti non sia coincidenti)⁵¹. Ciò nondimeno il legislatore ha ritenuto opportuno, ai fini del mantenimento di un equilibrio nella dialettica tra maggioranza e minoranza, prevedere un inderogabile diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti rispetto alla relativa decisione assembleare, presumibilmente nell'ottica dell'esigenza di un valido contrappeso al principio

⁴⁹ In tal senso v. anche G. NICCOLINI, art. 2487-ter, (nt. 1), 1763 *sub* nota n. 5.

⁵⁰ Nelle società per azioni che non fanno ricorso al capitale di rischio, la deliberazione di revoca della liquidazione deve essere assunta, anche in seconda convocazione, con la maggioranza di più di un terzo del capitale sociale, *ex* art. 2369, quinto comma, c.c., analogamente a quanto avviene per la deliberazione di scioglimento anticipato.

⁵¹ Generalmente, infatti, si sostiene che l'apertura della fase di liquidazione determini a favore del singolo socio soltanto il riconoscimento a che la procedura si svolga correttamente, e non un intangibile diritto soggettivo alla percezione della quota di liquidazione, peraltro subordinata al permanere di un residuo attivo. Di recente, tra altri, v. M. AIELLO, (nt. 1), 515 ss.; G. DE MARCHI, A. SANTUS, (nt. 29), 333 ss.; nonché, in epoca antecedente la riforma del 2003, soprattutto V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, Morano editore, 1960, 275 ss.; L. PICONE, *Revoca della liquidazione a maggioranza* (commento a Trib. Trieste, 25 giugno 1996), in *Società*, 1996, 1445 ss. Non manca chi, peraltro, continua ad identificare la *ratio* della previsione del recesso a seguito della revoca dello stato di liquidazione nel «venir meno del diritto ormai acquisito dal socio alla liquidazione della propria partecipazione» (v. P. BUTTURINI, *Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali*, in *Contr. impresa*, 2008, 362 ss.).

Dal punto di vista del diritto transitorio, tuttavia, la Cassazione - sulla base di argomentazioni quantomeno opinabili - ha chiarito che, qualora la revoca della liquidazione sia avvenuta in data anteriore al 1.1.2004 (anche qualora iscritta nel registro delle imprese in data successiva), dovrà essere applicato il previgente regime che richiedeva l'unanimità dei consensi: v. Cass., 6 novembre 2015, n. 22690, CED Cassazione, 2015; Cass. 11 settembre 2014, n. 19214, in *Società*, 2014, 11, 1270; conforme la giurisprudenza di merito: Trib. Napoli, 29 giugno 2004, in *Notariato*, 2005, 1, 25, con commento critico di A. DI SIMONE, C. FIORINO, *Il limite temporale degli effetti dello scioglimento di società di capitali e la nuova liquidazione dopo la riforma*, *ivi*, 26 ss. Sul punto v. anche A. BONECHI, (nt. 29), 2139, il quale precisa che il regime intertemporale di applicazione delle regole sulla revoca della liquidazione delineato dalla Cassazione dovrebbe applicarsi anche alle s.r.l.

maggioritario a fronte di decisioni idonee a determinare significative modifiche all'organizzazione sociale ed alle caratteristiche dell'investimento dei singoli soci⁵².

Piuttosto, quel che da più parti è stato evidenziato è che l'attribuzione del diritto di recesso in favore di coloro che non hanno concorso all'adozione della delibera di revoca potrebbe comunque determinare, all'esito del procedimento di liquidazione delle quote dei recedenti, lo scioglimento della società, così trasformando nei fatti l'*exit* conseguente al dissenso in un vero e proprio veto rispetto alla ripresa dell'attività di impresa: ciò, più nel dettaglio, potrebbe verificarsi a seguito di una decisione assembleare alternativa alla riduzione del capitale sociale oppure per effetto dell'accoglimento dell'opposizione dei creditori sociali alla suddetta riduzione (artt. 2437, sesto e settimo comma, e 2473, quarto comma, c.c.)⁵³; così come, in linea teorica, seppur poco plausibile nel caso in esame, potrebbe accadere che sia la stessa società a deliberare lo scioglimento per determinare l'inefficacia del recesso, purché tale decisione – quantomeno per le società per azioni – venga assunta nel termine massimo di 90 gg. (artt. 2437-*bis*, terzo comma e 2473, quinto comma, c.c.)⁵⁴.

In tale ultima ipotesi, peraltro, è pacifico che il recesso del socio dissenziente verrebbe privato di efficacia, con la conseguenza di rendere la posizione di quest'ultimo equiparabile a quella degli altri soci durante la liquidazione⁵⁵. Meno sicura è la conclusione nelle altre

⁵² Si tratta di un'opzione in linea con la più generale tendenza del diritto societario riformato ad individuare nell'*exit* lo strumento principale di tutela delle minoranze, nell'ottica di un diritto al disinvestimento secondo criteri non penalizzanti: in linea generale, fra altri, v. F. ANNUNZIATA, *Recesso del socio*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L. A. Bianchi, artt. 2462-2483 cc, *Commentario* Marchetti, Milano, Giuffrè, 2008; E. BERGAMO, *Il diritto di recesso nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2006, 5 ss.; P. BUTTURINI, (nt. 51) 354 ss.; C. GRANELLI, *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, 862 ss.; M. VENTORUZZO, *Recesso da società a responsabilità limitata e valutazione della partecipazione del socio recedente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 434 ss.; ID., *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso*, in *Riv. soc.*, 2005, 359 ss. Con specifico riferimento al tema in commento, v. M. AIELLO, (nt. 1), 522; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 46 ss.; ID., art. 2487-ter, (nt. 1), 1765; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 138 ss.; per alcuni cenni comparatistici alle esperienze legislative spagnola e portoghese, che pure prevedono ipotesi di recesso in caso di «riattivazione della società», v. F. ANNUNZIATA, *op. ult. cit.*, 462-463. Resta inteso, poi, che talvolta l'ipotesi di recesso in commento potrebbe concorrere con il diritto di recesso derivante da delibere volte a rimuovere la causa di scioglimento: si pensi al cambiamento dell'oggetto sociale volto ad evitare lo scioglimento per il conseguimento dell'oggetto o la sua impossibilità; oppure alla trasformazione regressiva per supplire ad una perdita qualificata del capitale sociale: così M. VAIRA, (nt. 1), 2091.

⁵³ Sul punto, v. M. AIELLO, (nt. 1), 123 ss.; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 138 ss.; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 56 ss.

⁵⁴ Tale ultima ipotesi configurerebbe, dunque, una «revoca della revoca» dello stato di liquidazione. La disciplina della s.r.l., tuttavia, non stabilisce esplicitamente un termine entro cui la società potrebbe revocare la decisione che ha dato origine al recesso di uno o più soci, al fine di rendere inefficace quest'ultimo: alcuni Autori, per supplire alla lacuna normativa, hanno dunque proposto di applicare il termine di 180 giorni, coincidente con il termine ultimo per liquidare la quota dei soci recedenti (v. F. ANNUNZIATA, (nt. 52), 516 ss.; M. TANZI, art. 2473 c.c., *Commentario* Niccolini- Stagno d'Alcontres, artt. 2449-2501, Napoli, Jovene, 1540).

⁵⁵ A fronte del tenore letterale della norma, il punto è sostanzialmente pacifico in dottrina: v. ancora F. ANNUNZIATA, (nt. 52), 516 ss.; M. CENTONZE, *Lo scioglimento di società per azioni in pendenza del recesso del socio*, in

ipotesi in cui la procedura di liquidazione della quota del recedente conduca, comunque, allo scioglimento dell'intera società: affermare, secondo quanto sostenuto da parte della dottrina, che tale evenienza non privi di efficacia un recesso già perfezionatosi significa porre l'ex-socio receduto in una posizione equiparabile (o tutt'al più postergata) rispetto a quella dei comuni creditori, da soddisfare dunque prioritariamente rispetto ai soci e sulla base di un valore determinato secondo le regole procedimentali che sovrintendono la disciplina del recesso⁵⁶. Sotto tale ultimo profilo, in particolare, alcuni interpreti sembrano ipotizzare che il valore della quota debba tener conto anche delle «prospettive reddituali» attese in ragione della revoca dello stato di liquidazione e, quindi, della ripresa (o continuazione) dell'attività sociale in una prospettiva non meramente liquidativa⁵⁷: in ultima analisi, dunque, il socio che con il proprio recesso ha innescato il procedimento che concretamente ha posto fine alle prospettive di riattivazione della società potrebbe trarre beneficio da quella stessa decisione che ha contribuito a bloccare, ottenendo il rimborso di un valore che difficilmente avrebbe potuto conseguire qualora fosse stata ultimata l'originaria procedura di liquidazione, oltre che un più certo e celere soddisfacimento.

Prescindendo dalla più complessa questione inerente i differenti orientamenti dottrinali circa l'eventuale perdita di efficacia del recesso a seguito dell'ingresso della società nella fase di scioglimento⁵⁸, nel caso di specie, si nutrono numerose perplessità circa il fatto

Riv. dir. civ., 2013, 801 ss.; M. PERRINO, *Il recesso del socio e il suo «momento»*, in *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum* Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, Milano-Torino, Utet giuridica, 2014, 1453 ss.; M. ROSSI, *Recesso dalla s.p.a. e riduzione del capitale sociale*, in *Giur. comm.*, 2015, 919 ss.; G. ZANARONE, art. 2473 c.c., *Della società a responsabilità limitata*, I, artt. 2462-2474, in *Commentario* Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2010, 825 ss.; S. GUIZZARDI, *Il recesso del socio*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti, E. Pederzini, Trattato Galgano, Padova, Cedam, 2012, 241 ss. (salvo che, secondo quest'ultimo A., non si sia già concluso il rimborso della quota).

⁵⁶ Sostengono tale tesi, seppure con talune diversità d'impostazione in relazione alla natura postergata o meno del credito: M. PERRINO, (nt. 56), 1453 ss.; M. ROSSI, (nt. 56), 919 ss.; G. ZANARONE, (nt. 56), 846 ss. Giunge, invece, alla conclusione dell'inefficacia del recesso a seguito dello scioglimento dell'intera società la dottrina maggioritaria: fra altri, v. M. CENTONZE, (nt. 56), 808 ss. (sul presupposto, però, che venga meno anche l'efficacia della delibera che aveva legittimato il recesso; il che, nel caso di specie, deriverebbe automaticamente dallo scioglimento, che è evidentemente antitetico rispetto alla prosecuzione dell'attività sociale); A. PACIELLO, *Il diritto di recesso nella s.p.a.: primi rilievi*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 425 ss.; ID., art. 2437-bis, (nt. 38), 1122 ss. (sul presupposto che il recesso non sia ancora efficace); STELLA RICHTER JR, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 389 ss. e. 413; M. TANZI, (nt. 55), 1539 ss.; S. GUIZZARDI, (nt. 56), 245 ss. Per ulteriori riferimenti ai differenti orientamenti dottrinali sul punto, v. A. DACCÒ, art. 2437-quater c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Giuffrè, Milano, 2016, 2550 ss.

⁵⁷ In tal senso, v. F. ANNUNZIATA, (nt. 52), 478 ss.; G. NICCOLINI, «La revoca dello stato di liquidazione», (nt. 1), 56 ss.; M. VAIRA, (nt. 1), 2092-2093. Sui metodi di valutazione aziendale cd. reddituali v., in particolare, M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione*, (nt. 52), 373 ss.: al di là delle difficoltà applicative, è innegabile che le prospettive reddituali (ma anche il valore di mercato) presuppongano il riferimento ad elementi di giudizio prospettici.

⁵⁸ V. *supra sub* nota n. 57.

che la determinazione del valore delle partecipazioni dei soci legittimati all'esercizio del recesso debba essere determinato anche sulla base delle prospettive economiche connesse all'eventuale ripresa dell'attività sociale derivante dalla revoca dello stato di liquidazione (art. 2437-*quater* c.c.; art. 2473 c.c.). In prima battuta, è agevole osservare come nelle società azionarie la determinazione del valore della quota di liquidazione debba avvenire *ex ante*; dunque, sembra piuttosto difficile immaginare che le «prospettive reddituali» menzionate dalla norma concernano la riattivazione della società, che non soltanto non è ancora stata deliberata, ma – anche dopo la relativa decisione assembleare e la sua iscrizione nel registro delle imprese – è incerta nella sua efficacia, essendo sottoposta all'eventuale opposizione dei creditori sociali. A conferma di tale assunto, si consideri che il legislatore fissa il criterio legale di determinazione del valore della partecipazione del recedente, per le società quotate, nella media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero la ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea (art. 2437-*ter*, secondo comma): è evidente come si tratti di un valore che non potrebbe in alcun modo risentire della futura delibera assembleare legittimante il recesso. Per quel che concerne, poi, le s.r.l. è innegabile che il «valore di mercato» menzionato dall'art. 2473 introduca un parametro valutativo tutt'altro che sicuro in relazione all'inclusione nel medesimo delle «prospettive reddituali»⁵⁹, mentre – secondo quanto notato da attenta dottrina – necessiterebbe un'interpretazione correttiva il riferimento «*al momento della dichiarazione del recesso*», posto che tale ancoraggio temporale non sembra coerente con la fondamentale istanza di tenere immune il recedente dalle eventuali conseguenze negative (ed eventualmente di quelle positive, come nel caso di specie) derivanti dalle decisioni sociali cui lo stesso intenda sottrarsi⁶⁰.

L'insieme delle superiori considerazioni induce ad optare per la conclusione secondo cui le prospettive economiche legate alla ripresa dell'attività sociale a seguito dell'eventuale efficacia della revoca della liquidazione esulino dai parametri valutativi inerenti il rimborso

⁵⁹ V. ancora F. ANNUNZIATA, (nt. 52), 519 ss.; S. GUIZZARDI, (nt. 56), 249 ss.; S. MASTURZI, art. 2473 c.c., *Commentario* Sandulli-Santoro, artt. 2462-2510, Torino, Giappichelli, 2003, 91 ss.; M. TANZI, (nt. 55), 1542 ss.

⁶⁰ V. le osservazioni di M. PERRINO, (nt. 56), 1453 ss. e M. VENTORUZZO, *Recesso da società a responsabilità limitata*, (nt. 52), 468; ID., *I criteri di valutazione*, (nt. 52), 402. Più possibilista sembrerebbe la tesi sostenuta da M. MAUGERI, H. FLEISCHER, (nt. 38), 78 ss., secondo i quali, in sede di definizione del valore oggetto di liquidazione, dovrebbero tenersi in considerazione le occasioni di profitto «*già presenti, almeno in potenza, nel patrimonio sociale al momento della decisione sull'operazione*»; anche sulla base di tale più flessibile soluzione, non sembra, comunque, che i criteri legali di determinazione del valore di liquidazione della partecipazione possano essere interpretati nel senso della necessità di tenere in considerazione le prospettive reddituali connesse alla decisione di revoca dello stato di liquidazione.

della partecipazione spettante ai soci receduti, salvo forse nel caso in cui tale criterio sia stato espressamente previsto dallo statuto⁶¹.

Resta inteso, poi, che nell'ambito degli strumenti dei soci dissenzienti deve essere annoverata, altresì, la possibilità che la delibera di revoca dello stato di liquidazione venga impugnata per abuso della maggioranza, qualora ne sussistano gli estremi; val la pena di ricordare, in proposito, che un simile rimedio configura una tutela più intensa del recesso, tale da invalidare la stessa decisione di revoca⁶². In linea più generale, poi, si ritiene che la relativa delibera, qualora non sia stata preceduta o accompagnata dall'eliminazione della causa di scioglimento, sia nulla per illiceità (o impossibilità) dell'oggetto e, come tale, impugnabile da chiunque vi abbia interesse, ai sensi degli artt. 2379, co. 1, e 2479-ter, co. 3, c.c. (sul punto v. oltre § 5).

3. Le perduranti incertezze in relazione all'ambito temporale di applicazione dell'art. 2487-ter c.c.

Nel definire il testo dell'art. 2487-ter il legislatore ha perso l'occasione di conferire maggiore certezza interpretativa all'arco temporale di applicazione della relativa disciplina, ed in particolar modo delle tutele dalla medesima previste a favore dei soci dissenzienti e dei creditori sociali. L'espressione «stato di liquidazione» - nelle intenzioni legislative atte a

⁶¹ La conclusione esposta nel testo non implica che il rimborso della quota di liquidazione debba avvenire sulla base dei meri valori di bilancio (v. le preoccupazioni manifestate, sotto il vigore della normativa previgente, da A. ZORZI, (nt. 4), 130 ss.), posto che si dovrebbe comunque tener conto del valore di presumibile realizzo dei beni sociali (eventualmente comprensivo dell'avviamento), nonché – ma solo nei limiti dell'eventuale *continuazione provvisoria* dell'attività d'impresa - delle «prospettive reddituali» (in tal senso, v. C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1590). Solo incidentalmente si fa notare peraltro che, nel silenzio normativo, non tutta la dottrina è concorde nell'ammettere la possibilità della previsione di criteri statutari di determinazione del valore della quota in caso di recesso nelle s.r.l.; in linea generale, comunque, prevale l'orientamento positivo nel caso di criteri più favorevoli per il recedente (similmente a quanto avverrebbe, nel caso di specie, attraverso la previsione delle prospettive reddituali legate alla «riattivazione dell'impresa» a seguito della revoca della liquidazione): v. G. ZANARONE, (nt. 56), 830 ss.; S. GUIZZARDI, (nt. 56), 251 ss.

⁶² Come noto, l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di società inducono la dottrina prevalente a ritenere annullabile la delibera assembleare ispirata al solo scopo di danneggiare singoli soci: (A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, 276 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1963, 191 ss.; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, III, 2, Torino, Utet, 1993, 74 ss. A risultati sostanzialmente analoghi giunge la giurisprudenza, sebbene generalmente sulla base di differenti percorsi argomentativi fondati sulla figura dell'eccesso di potere e/o dell'abuso del diritto di voto: per una sintesi della questione v. G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 337-338. Sembra, tuttavia, piuttosto difficile immaginare una delibera di revoca dello stato di liquidazione dolosamente preordinata a ledere gli interessi dei soci di minoranza, tanto è vero che il classico esempio di abuso della maggioranza è proprio quello relativo all'adozione di una decisione di contenuto antitetico a quella in esame (*i.e.* lo scioglimento anticipato della società per ricostituirla un'altra subito dopo senza il socio sgradito).

circoscrivere l'ambito applicativo della norma - non è di per sé chiarificatrice, posto che potrebbe essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, tale da farne decorrere l'inizio - in modo forse più aderente al dettato letterale della disposizione, ma probabilmente meno attento agli interessi ad essa sottesi - dall'adozione dei provvedimenti iniziali della liquidazione propriamente detta, ed in particolare dalla nomina (ed iscrizione nel registro delle imprese) dei liquidatori; così come potrebbe esserne accolta una nozione più lata, atta a ritenere che di «stato di liquidazione» possa parlarsi sin dal verificarsi di una causa di scioglimento, da interpretare quale prima fase di una fattispecie a formazione progressiva destinata inevitabilmente (salvo, per l'appunto, un provvedimento di revoca) a determinare la liquidazione della società⁶³. È evidente che, aderendo a tale ultima opzione, la disciplina in commento – ivi inclusi gli strumenti di tutela degli interessi delle minoranze e dei creditori – troverebbe applicazione dal prodursi degli effetti dell'evento dissolutivo. In proposito, peraltro, i dubbi applicativi sono viepiù complessi ove si consideri che si contendono il campo differenti orientamenti circa il momento cui riconnettere efficacia all'eventuale causa di scioglimento: benché, infatti, il legislatore della riforma sia stato apparentemente chiaro nell'attribuire effetti costitutivi alla relativa iscrizione nel registro delle imprese, alcuni attenti interpreti hanno ritenuto opportuno distinguere i differenti soggetti cui tali effetti dovrebbero essere rivolti, con la conseguente differenziazione circa i profili interni ed esterni all'organizzazione societaria⁶⁴.

La soluzione si presenta tutt'altro che agevole; anticipando la nostra propensione per la seconda opzione interpretativa, si procederà comunque al tentativo di delineare più compiutamente i termini della questione ed i differenti scenari che si prospetterebbero nell'uno e nell'altro caso.

⁶³ V. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 36 ss., che sostanzialmente prospetta le alternative interpretative ipotizzate nel testo, aggiungendone un'ulteriore variante - ancor più restrittiva circa l'ambito applicativo della norma -, secondo la quale la norma in commento potrebbe trovare applicazione solo a far data dal passaggio di consegne dagli amministratori ai liquidatori.

⁶⁴ Per quel che concerne l'interpretazione dell'art. 2484, infatti, parte della dottrina ha ritenuto di far decorrere dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese *tutti* gli effetti derivanti dall'operare della causa di scioglimento: v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 36 ss.; G. DE MARCHI, A. SANTUS, (nt. 29), 321 ss.; C. PASQUARIELLO, art. 2484 c.c., (nt. 2), 2166 ss.; altri commentatori – a fronte di effetti dello scioglimento espressamente anticipati rispetto all'iscrizione nel registro delle imprese del relativo atto di accertamento e/o della relativa delibera assembleare (v., ad esempio, il primo comma dell'art. 2486 c.c.) – hanno ritenuto opportuno distinguere tra effetti interni (*i.e.* per i soci e gli organi sociali) ed esterni (*i.e.* per creditori e terzi), facendo decorrere i primi dal verificarsi della causa di scioglimento ed i secondi dalla relativa iscrizione nel registro delle imprese: G. NICCOLINI, art. 2484 c.c., (nt. 1), 1725 ss.; S. SANZO, (nt. 1), 1695; M. VAIRA, art. 2484 c.c., (nt. 1), 2047 ss.

- a) *Decorrenza dello «stato di liquidazione» dall'assunzione dei cd. provvedimenti iniziali della liquidazione ex art. 2487 c.c. (i.e. nomina dei liquidatori; fissazione dei relativi poteri e definizione dei criteri di svolgimento della liquidazione).*

Si tratta di una ricostruzione probabilmente più fedele al tenore letterale della norma (la revoca testualmente concerne infatti lo «stato di liquidazione» e non lo «stato di scioglimento») e che potrebbe apparire più certa in relazione al momento di decorrenza dell'applicazione della relativa disciplina, anche e soprattutto alla luce dell'ampio dibattito che ha invece caratterizzato il momento di efficacia (interna ed esterna) delle cause di scioglimento (sul quale v. *infra* nel testo)⁶⁵.

Tuttavia, proprio in relazione a tale ultimo aspetto, si fa presente che – sebbene il tema sia meno discusso rispetto a quanto si avrà modo di osservare con riguardo al momento di efficacia degli eventi dissolutivi - sorgono numerosi dubbi circa il termine di decorrenza dei provvedimenti assembleari d'inizio liquidazione. Da un primo punto di vista, la norma che impone l'iscrizione della relativa delibera assembleare nel registro delle imprese non specifica se a tale adempimento sia da attribuire efficacia costitutiva o meramente dichiarativa (art. 2487-*bis*, primo comma, c.c.): la prima ipotesi sembra preferibile, sia in ragione di considerazioni di carattere più generale inerenti gli obiettivi della disciplina dello scioglimento e della liquidazione introdotta dalla riforma del 2003, sia in considerazione del disposto del successivo terzo comma, che fa decorrere da tale iscrizione la cessazione dalla carica dei precedenti amministratori⁶⁶. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, come ulteriori incertezze interpretative derivino dal fatto che la medesima disposizione fa riferimento alla (presumibile) efficacia costitutiva limitatamente al provvedimento di nomina dei liquidatori ed alla determinazione dei relativi poteri, senza prendere esplicita posizione in relazione alle ulteriori decisioni di impulso della liquidazione di cui all'art. 2487 c.c.; a ciò si aggiunga che, permanendo in capo agli amministratori l'obbligo di eseguire il vero e proprio passaggio di consegne in favore dei liquidatori, sorgono rilevanti perplessità circa il momento a partire dal quale cessi effettivamente l'obbligo di gestione conservativa in capo a questi ultimi ed inizi la

⁶⁵ A quanto consta, in effetti, la tesi è rimasta piuttosto isolata in dottrina: v. A. ROSSI, C. PASQUARIELLO, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti, E. Pederzini, *Trattato Galgano*, Padova, Cedam, 2012, 568 e 574 ss.

⁶⁶ Sul punto, v. F. FIMMANÒ, art. 2487, (nt. 3), 121 ss.; G. NICCOLINI, art. 2487-*bis* c.c., (nt. 1), 1756; N. SALANITRO, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, 678.

vera e propria fase di liquidazione⁶⁷. In sintesi, appare difficilmente sostenibile la tesi della maggiore certezza circa il *dies a quo* di applicazione dell'art. 2487-*ter* ipoteticamente derivante dall'accoglimento della ricostruzione in esame.

Ciò che sembra più rilevante, invece, è che l'adesione a tale opzione esegetica determina un significativo slittamento temporale della tutela di soci e creditori, così come prevista dalla norma in commento. Ebbene, non sembra di poter rintracciare alcun fondamento giuridico alla base di una differente intensità di tutela di tali soggetti tra la fase dello scioglimento e quella della liquidazione propriamente detta (qualora la si faccia coincidere, come nella tesi in esame, dall'iscrizione del provvedimento di nomina dei liquidatori). Il verificarsi di una causa dissolutiva - eventualmente anche per la mancata assunzione dei cd. provvedimenti salvifici da parte dell'assemblea - rappresenta, infatti, il primo passaggio di una fattispecie a formazione progressiva, in grado d'innescare una procedura liquidativa avente effetti all'interno ed all'esterno dell'organizzazione sociale: la mera realizzazione della causa di scioglimento, dunque, è già di per sé idonea a determinare quelle modifiche a livello organizzativo e gestionale della società, nelle quali è plausibile rintracciare il fondamento del diritto di recesso dei soci dissenzienti e del potere di opposizione dei creditori sociali. Semmai, secondo quanto si vedrà a breve, il dubbio potrebbe riguardare il fatto se tali effetti siano tutti da ricondurre all'iscrizione della causa di scioglimento (o del relativo atto di accertamento) nel registro delle imprese o se non sia più corretto anticiparli (almeno in parte) al mero verificarsi dell'evento dissolutivo (sul punto v. oltre).

Al di là di tali considerazioni, poi, è piuttosto evidente come l'estensione della facoltà di eliminare la causa di scioglimento fino alla nomina dei liquidatori - ed all'assunzione degli altri provvedimenti d'inizio liquidazione -, senza l'appesantimento procedimentale derivante dalla disciplina di revoca dello stato di liquidazione, finirebbe concretamente con l'aumentare l'incertezza circa le sorti della società, contrariamente alle intenzioni del legislatore che, seppure non sempre in modo efficace, si propone l'obiettivo di ridurre al minimo l'arco

⁶⁷ Più nel dettaglio, dopo la nomina dei liquidatori e la relativa iscrizione nel registro delle imprese, gli amministratori in carica devono consegnare ai medesimi i libri sociali, una situazione contabile alla data di efficacia dello scioglimento e un rendiconto sulla gestione relativamente al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato (art. 2487-*bis*, terzo comma, c.c.). È evidente, dunque, come la consegna di tale documentazione generalmente avverrà in un momento successivo rispetto all'iscrizione della nomina dei liquidatori dal registro delle imprese, e ciò nonostante la cessazione dalla carica degli attuali amministratori viene testualmente fatta coincidere con la suddetta iscrizione (v. ancora il terzo comma dell'art. 2487-*bis*). Sulla questione, con diversità d'impostazioni, v. G. NICCOLINI, art. 2486 c.c., (nt. 1), 1734-1735; A. PACIELLO, art. 2486, (nt. 30), 246; nonché, per una sintesi dei contrapposti orientamenti, v. M. CENTONZE, (nt. 5), 2880.

temporale entro cui l'organo assembleare è in grado di evitare il verificarsi della causa di scioglimento tramite l'assunzione di opportuni provvedimenti (sul punto v. anche *infra* § 4).

b) *Decorrenza dello «stato di liquidazione» dall'iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento o dal mero verificarsi di quest'ultima.*

Le superiori argomentazioni inducono, dunque, a propendere per l'accoglimento della seconda opzione interpretativa consistente nel far decorrere l'applicazione della disciplina in esame dal momento in cui si è verificata una causa di scioglimento, o piuttosto dal momento in cui il relativo atto di accertamento o la relativa delibera assembleare - qualora da essa dipenda lo scioglimento *ex art.* 2484, primo comma, n. 6 - siano stati iscritti nel registro delle imprese. È a tale iscrizione, infatti, che il legislatore esplicitamente riconnette gli effetti dell'evento dissolutivo (art. 2484, co. 3), a seguito dei quali l'assemblea – salvo che lo statuto non abbia già disposto – deve assumere i summenzionati provvedimenti di avvio della liquidazione (art. 2487)⁶⁸.

Correttamente, tuttavia, è stato sottolineato sin dai commenti immediatamente successivi alla riforma del 2003 che alcuni effetti derivanti dal verificarsi di una causa di scioglimento si producono immediatamente e a prescindere dalla successiva iscrizione della stessa nel registro delle imprese: ci si riferisce, in particolare, agli obblighi di cd. gestione conservativa in capo agli amministratori (art. 2486, primo comma, c.c.), nonché alla possibilità che singoli soci – così come gli amministratori e i sindaci – chiedano al tribunale l'accertamento del verificarsi dell'evento dissolutivo della società, in caso di omissione da parte dell'organo amministrativo (art. 2485, secondo comma, c.c.)⁶⁹. In questa condivisibile prospettiva,

⁶⁸ Nel senso della decorrenza dell'ambito temporale di applicazione dell'art. 2487-*ter* dall'iscrizione nel r.i. dell'atto di accertamento della causa di scioglimento (o della delibera che lo ha determinato), si pronuncia la dottrina prevalente: v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 36 ss.; G. DE MARCHI, A. SANTUS, (nt. 29), 321 ss.; G. GIANNELLI, (nt. 24) 995 ss.; S. SANZO, (nt. 1), 1729; M. SARALE, (nt. 42), 1222; M. VAIRA, (nt. 1), 2085 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Avezzano, 2 dicembre 2004, in *Società*, 2005, 617, con nota di V. SALAFIA, *Perdite superiori al capitale sociale e versamento spontaneo di uno dei soci* (decisione poi confermata da App. L'aquila, 19 aprile 2005).

⁶⁹ Così, in particolare, G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 36 ss. La produzione di effetti endosocietari precedenti all'iscrizione, tuttavia, non sembra necessariamente deporre nel senso di un'efficacia meramente dichiarativa di quest'ultima (così, invece, Trib. Mantova, 23 giugno 2008, in www.ilcaso.it): aderendo a tale soluzione, infatti, dovrebbe trarsene la conseguenza secondo cui lo scioglimento potrebbe, comunque, essere reso opponibile ai terzi tramite comunicazioni singolarmente indirizzate a taluni di essi. Ma tale lettura sembra contrastare con il dato letterale e con le intenzioni del legislatore: sembra più corretto, allora, ritenere che l'iscrizione in commento abbia efficacia costitutiva, ma limitatamente agli effetti verso i terzi. Peraltro, si condividono, sul punto, le osservazioni secondo cui, anche a seguito dell'iscrizione della causa di scioglimento nel registro delle imprese con efficacia costitutiva, non occorrerebbe un procedimento di revoca della liquidazione qualora la causa di scioglimento fosse in effetti inesistente (e, dunque, l'iscrizione difettesse delle condizioni richieste dalla legge): sul punto v. C. IBBA, *Iscrizione nel registro delle imprese e difformità fra situazione iscritta e situazione reale*, in *Riv. soc.*, 2013, 873 ss.

dunque, l'efficacia costitutiva derivante dall'iscrizione della causa di scioglimento nel r.i. sarebbe parziale, in quanto limitata ai cd. effetti esterni verso il mercato e i creditori sociali. È evidente, allora, che solo da tale momento può dirsi concretizzata la legittima aspettativa di questi ultimi allo scioglimento della società, sulla quale parrebbe fondarsi il relativo diritto di opposizione; mentre, è plausibile sostenere che per i singoli soci il presupposto legittimante il diritto di recesso sia già realizzato, o quantomeno indirizzato verso un percorso liquidatorio ben definito ed inarrestabile (se non appunto, attraverso una decisione di revoca della liquidazione adottata con le cautele procedimentali volute dal legislatore), sin dall'avverarsi dell'evento dissolutivo.

Conclusivamente, dunque, con riferimento al *dies a quo* di applicazione dell'art. 2487-ter sembrano condivisibili le affermazioni di coloro che ritengono di dover differenziare i profili relativi agli interessi dei soci di minoranza – immediatamente individuabili e, dunque, tutelabili tramite il diritto di recesso, sin dal verificarsi della causa di scioglimento – da quelli dei creditori sociali – necessariamente da posticipare al momento di efficacia dell'evento dissolutivo anche all'esterno della società, e dunque dalla data della sua iscrizione nel registro delle imprese⁷⁰.

⁷⁰ V. ancora G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 36 ss.; M. AIELLO, (nt. 1), 232 ss. A ben vedere, a conclusioni non dissimili potrebbe forse giungersi attraverso un percorso argomentativo parzialmente differente, che, pur facendo decorrere tutti gli effetti della causa di scioglimento dalla sua iscrizione, individui nella decisione assembleare relativa alla ripresa dell'attività sociale una delibera idonea, comunque, a far sorgere un inderogabile diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti in applicazione della disciplina generale (artt. 2437 e 2473 c.c.). Con riferimento alla disciplina della s.p.a., tale conclusione deriverebbe dall'inclusione della decisione di riattivazione dell'attività sociale nel novero di quelle in grado di modificare i diritti di voto e partecipazione dei soci (art. 2437, primo comma, lett. g, c.c.); per quel che concerne le s.r.l., invece, si potrebbe ritenere applicabile alla fattispecie in esame l'art. 2473, laddove attribuisce ai soci dissenzienti un inderogabile diritto di recesso a fronte di operazioni comportanti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale e/o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci. La portata contenutistica delle disposizioni da ultimo citate, tuttavia, è tutt'altro che certa: con riferimento al recesso nella s.p.a. derivante dalla modificazione dei diritti di voto o di partecipazione dei soci, infatti, non è chiaro se vi siano inclusi anche tutti i diritti patrimoniali, così come non è certo se vi rientrino quelle decisioni che incidono su tali diritti solo in modo indiretto (di recente, in tema, v. A. ABU AWWAD, *I «diritti di voto e di partecipazione» fra recesso e assemblee speciali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 312 ss.; C. ANGELICI, *Sull'art. 2437, primo comma, lettera g) del c.c.*, in *Riv. not.*, 2014, I, 865 ss.; A. DACCÒ, *Il recesso nelle s.p.a.*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010, 1413 ss.; P. PISCITELLO, art. 2437 c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2502 ss.; M. STELLA RICHTER, *Parere sul «punto g» dell'art. 2437 cod. civ. (e su altre questioni meno misteriose)*, in *Riv. not.*, 2017, 383 ss.; M. VENTORUZZO, *Ancora su modifiche dei diritti di voto e partecipazione dei soci e diritto di recesso* (nota a Trib Milano, Sez. spec. Impresa, 31 luglio 2015, n.9189), in *Giur. comm.*, 2017, 177 ss.). Ancor più incerta la possibilità d'invocare, nel caso di specie, la disciplina sul recesso nella s.r.l., rispetto al quale parte della dottrina ritiene che la modifica debba concernere solo i «diritti particolari» dei soci: v. F. ANNUNZIATA, (nt. 52), 491 ss.; M. TANZI, (nt. 55), *sub* nota n. 33.

A fronte di tali difficoltà, qualcuno ha proposto di applicare analogicamente proprio le norme che attribuiscono il diritto di recesso a seguito della delibera di revoca dello stato di liquidazione (art. 2437, primo comma, lett. d e art. 2473, primo comma), così giungendo a soluzioni sostanzialmente coincidenti con quelle esposte nel testo: così A. ROSSI, (nt. 29), 2217-2218.

Qualche ulteriore considerazione deve essere svolta, poi, con riferimento al *dies ad quem* inerente l'applicazione dell'art. 2487-ter, da identificare nel termine ultimo entro cui, seppure nel rispetto di tale norma, l'assemblea potrebbe ancora revocare lo stato di liquidazione della società. Il tema è stato - ed è tutt'ora - oggetto di un vivace dibattito, anche a causa dell'antinomia esistente tra il tenore letterale della norma in commento (ai sensi della quale la società potrebbe provvedere alla revoca «in ogni momento») e le parole della relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma, stando alle quali, invece, tale facoltà assembleare sussisterebbe sino all'inizio della ripartizione dell'attivo di liquidazione⁷¹. A conferire maggior peso interpretativo alla relazione governativa potrebbero contribuire le previsioni che non consentono alle società in liquidazione d'iniziare procedimenti fusione (art. 2501, co. 2, c.c.) o scissione (art. 2506, co. 4, c.c.) a seguito dell'inizio della distribuzione dell'attivo, da interpretare alla stregua di indici normativi di una sostanziale incompatibilità di decisioni implicanti una profonda modifica dell'assetto organizzativo dell'ente in stato di scioglimento dopo l'irreversibile destinazione del medesimo a finalità liquidative, manifestatasi per l'appunto con l'inizio della ripartizione dell'attivo di liquidazione⁷². E simili erano state le conclusioni di parte della dottrina e della giurisprudenza anche in epoca anteriore all'introduzione del più volte citato art. 2487-ter⁷³.

Alla luce della disciplina attuale, invece, la maggior parte degli interpreti propende per una soluzione più fedele al dato letterale della norma, consentendo la revoca dello stato di liquidazione fino alla cancellazione della società, cioè sino al momento di effettiva estinzione della stessa, ritenendo plausibile che, anche nell'ipotesi di avvenuta liquidazione totale o

⁷¹ L'antinomia viene evidenziata dalla generalità dei commentatori: per tutti, v. G. NICCOLINI, art. 2487-ter c.c., (nt. 1), 1762 ss.; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 39 ss.; M. AIELLO, (nt. 1), 541 ss.

⁷² Tuttavia, la tesi secondo cui, dando prevalenza alle indicazioni desumibili dalla Relazione governativa, dovrebbe consentirsi la revoca dello stato di liquidazione soltanto fino a che non sia stata iniziata la ripartizione dell'attivo è rimasta minoritaria in dottrina: v. R. ROSAPEPE, (nt. 29), 431; in senso sostanzialmente analogo sembra esprimersi A. PACIELLO, (nt. 30), 270 ss., il quale afferma che, indipendentemente dalla tesi ritenuta più convincente, non può negarsi che la ripresa dell'attività presupponga ancora esistente un patrimonio organizzativo idoneo all'esercizio dell'attività d'impresa.

⁷³ V. la sintesi di G. NICCOLINI, art. 2487-ter c.c., (nt. 1), 1765 - sostanzialmente riprodotta anche da M. AIELLO, (nt. 1), 232 ss.- sulla base della quale, prima della riforma del 2003, potevano essere individuati differenti orientamenti che rispettivamente facevano coincidere il termine finale per la revoca della liquidazione con: a) la nomina dei liquidatori; b) l'intaccamento degli elementi vitali dell'azienda sociale o il momento in cui il patrimonio si fosse ridotto ad un semplice residuo attivo; c) l'approvazione del bilancio finale di liquidazione e del piano di riparto; d) la cancellazione della società; e) la distribuzione dell'attivo (regola che sembrava suffragata dalle già citate previsioni in tema di fusione e scissione). L'orientamento maggioritario in giurisprudenza propendeva per tale ultima soluzione: Trib. Milano, 27 marzo 1996, in *Notariato*, 1997, 191; Trib. Verona, 23 gennaio 1995, in *Riv. not.*, 1996, 271; ma nel senso della possibilità di revoca della liquidazione sino alla cancellazione della società: v. Trib. Ascoli Piceno, 7 dicembre 1982, in *Società*, 1983, 1033.

parziale dei beni, la società possa ancora essere titolare di risorse patrimoniali compatibili con una riattivazione dell'attività d'impresa (es. avviamento, eventuali licenze ed autorizzazioni amministrative), restando appetibile per i soci ed i terzi che intendano investire in essa⁷⁴.

Rispetto alla soluzione accolta dalla dottrina maggioritaria è stato però obiettato che, una volta approvato il bilancio finale di liquidazione, maturerebbe in favore dei singoli soci un vero e proprio diritto soggettivo alla percezione della quota di liquidazione, intangibile se non con il consenso unanime degli stessi. È da tale momento – decorrente secondo taluni già dal mero deposito del bilancio finale - che la revoca della liquidazione non sarebbe più ammissibile, o meglio sarebbe possibile solo a fronte di una decisione unanime⁷⁵. Una simile conclusione, per quanto ben argomentata, finisce tuttavia con il determinare un'inevitabile contrazione delle possibilità di revoca della liquidazione, rispetto alle quali, invece, il dato normativo sembra indicare un arco temporale estremamente ampio. Peraltro, al di là della sempre discussa individuazione o meno di un diritto individuale del socio alla quota di liquidazione e del momento a partire dal quale lo stesso sorgerebbe⁷⁶, il profilo di maggiore fondatezza della summenzionata tesi sembrerebbe risiedere negli aspetti procedurali legati all'approvazione del bilancio finale e del relativo piano di riparto, demandata, seppure attraverso un sostanziale meccanismo di silenzio assenso, alla volontà unanime dei soci⁷⁷; così che, una volta che tale volontà individuale sia stata espressa (anche se in forma tacita), potrebbe apparire incoerente e giuridicamente irragionevole che tale decisione possa essere indirettamente revocata senza il consenso di tutti coloro che l'avevano approvata, cioè attraverso una delibera assembleare assunta a maggioranza.

Tuttavia, tali argomentazioni sembrano non tenere nella dovuta considerazione il fatto che l'applicazione del procedimento di revoca comporta pur sempre per gli eventuali soci dissenzienti il diritto di recesso, dando così agli stessi la possibilità di ottenere ugualmente il

⁷⁴ V. M. AIELLO, (nt. 1), 232 ss.; G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 541, *sub* nota n. 11; F. FIMMANÒ, (nt. 3), cit., 136 ss.; M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, IV, Torino-Milano, Utet giuridica, 80; S. SANZO, (nt. 1), 1729; M. SARALE, (nt. 42), 1220 ss.; M. VAIRA, (nt. 1), 2085 ss.

⁷⁵ Così in particolare G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 42 ss.; ID., art. 2487-ter, (nt. 1), 1765-1766; e anche C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1590. Simile il ragionamento di S. TURELLI, art. 2487-ter c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2918 e A. ROSSI, (nt. 29), 2216, che ritengono che il *dies ad quem* dovrebbe addirittura coincidere con il mero deposito del bilancio finale di liquidazione.

⁷⁶ Sul tema non si può che rinviare a V. BUONOCORE, (nt. 51), *passim* e soprattutto 274 ss.; in tema interessanti risultano anche le riflessioni critiche di R. COSTI, *Enzo Buonocore: un classico della dottrina commercialistica*, in *Giur. comm.*, 2012, 308 ss.

⁷⁷ G. NICCOLINI, *Appunti sui bilanci di liquidazione*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 603.

rimborso della rispettiva quota di partecipazione, da determinare peraltro secondo i meno penalizzanti criteri previsti dalla disciplina sul recesso⁷⁸. Alla stregua dell'insieme delle superiori argomentazioni, dunque, si preferisce aderire alla conclusione più fedele al dettato normativo, tale da consentire la revoca dello stato di liquidazione «in ogni momento» sino all'estinzione della società tramite cancellazione dal registro delle imprese.

4. La previa (o contestuale) eliminazione delle cause di scioglimento.

Anche in epoca anteriore all'introduzione della disciplina in commento, dottrina e giurisprudenza favorevoli all'ammissibilità di una decisione sociale di revoca dello stato di liquidazione ne subordinavano la validità ed efficacia alla previa (o contestuale) eliminazione dell'evento dissolutivo che alla medesima aveva dato origine. Ed in tal senso si esprime oggi esplicitamente il già più volte menzionato art. 2487-ter, individuando nell'eliminazione della causa di scioglimento il presupposto giuridico per la revoca della liquidazione.

Resta inteso, tuttavia, che non sempre sarà necessaria un'apposita decisione atta a rimuovere l'evento dissolutivo, potendo lo stesso venir meno in conseguenza di altri fatti esterni alla società (es. qualora l'impossibilità di realizzare l'oggetto sociale sia stata determinata da un provvedimento normativo poi abrogato), o essendo tale rimozione automatica conseguenza dell'assunzione della medesima delibera di revoca (es. nel caso in cui lo scioglimento abbia tratto origine dall'impossibilità di funzionamento o dalla continuata inattività dell'assemblea)⁷⁹.

Prendendo le mosse dall'elencazione contenuta nell'art. 2484 c.c., si osserva piuttosto agevolmente come, a fronte di cause di scioglimento la cui rimozione desta pochi problemi interpretativi, ve ne siano altre che generano più di una incertezza. Appartengono senz'altro al primo gruppo il verificarsi dello scioglimento per decorso del termine (art. 2484, primo comma, n. 1), nonché quello derivante da una deliberazione assembleare di anticipata cessazione (art. 2484, primo comma, n. 6).

Quanto alla prima delle summenzionate ipotesi, infatti, l'assemblea può facilmente intervenire con una modifica dell'atto costitutivo e/o dello statuto che proroghi la durata della società: è preferibile, tuttavia, ritenere che, se tale modifica precede la data

⁷⁸ Sottolineano tale aspetto M. AIELLO, (nt. 1), 232 ss.; G. GIANNELLI, (nt. 24), 998 ss.

⁷⁹ Sul punto, v. G. NICCOLINI, art. 2487-ter c.c., (nt. 1), 1762 ss.; G. GIANNELLI, (nt. 24), 1000 ss.; S. SANZO, (nt. 1), cit., 1730.

originariamente stabilita quale termine di durata finale dell'ente, non si sarà tecnicamente in presenza di un'ipotesi di revoca dello stato di liquidazione, sussistendo tale ultima fattispecie soltanto nel caso in cui la posticipazione del termine originario avvenga successivamente alla sua scadenza⁸⁰.

Si fa notare, peraltro, che - a differenza di quanto consentito nelle società di persone (art. 2273 c.c.) ed in linea con l'inammissibilità di modifiche statutarie *per facta concludentia* - nelle società di capitali, non è consentita una proroga di fatto: l'eventuale continuazione in concreto dell'attività di impresa dopo la scadenza del termine, dunque, non potrebbe in alcun modo rappresentare l'antecedente giuridico per la revoca della liquidazione, potendo, al contrario, configurare una condotta illecita degli amministratori o dei liquidatori, qualora svolta con criteri incompatibili con la futura estinzione dell'ente⁸¹.

Nella seconda delle citate ipotesi (*i.e.* deliberazione assembleare di scioglimento anticipato), è piuttosto agevole concludere nel senso che la stessa assemblea possa «ritornare sui propri passi», assumendo una decisione di segno contrario. Similmente, nel caso in cui

⁸⁰ L'interpretazione più rigorosa e aderente al dettato normativo, infatti, sembrerebbe nel senso che il decorso del termine determini il verificarsi di una causa di scioglimento, con conseguente obbligo degli amministratori di procedere al relativo accertamento ed alla successiva iscrizione nel registro delle imprese (art. 2485, primo comma, c.c.), salva naturalmente la possibilità di un'eventuale revoca dello stato di liquidazione *ex art. 2487-ter*, primo comma, c.c.: così M. CENTONZE, (nt. 5) 2858 ss.; in tal senso anche Cass., 28 gennaio 1995, n. 1035, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1675 (seppure a fronte della disciplina previgente, che prevedeva l'operatività automatica delle cause di scioglimento). Quale conseguenza della suddetta conclusione, dunque, sin da tale momento ai soci dissenzienti rispetto alla delibera di revoca dovrà essere riconosciuto un inderogabile diritto di recesso *ex art. 2487-ter* (e non un diritto di recesso derogabile *ex art. 2437*, secondo comma, lett. a, c.c.). Non manca, tuttavia, chi - valorizzando l'efficacia costitutiva dell'iscrizione della causa di scioglimento o del relativo accertamento nel registro delle imprese ai sensi del terzo comma dell'art. 2484 - ritiene che soltanto a far data dall'iscrizione della proroga si applichi la disciplina della revoca dello stato di liquidazione: v. P. BUTTURINI, (nt. 51), 376 ss.; A. SANTUS, G. DE MARCHI, (nt. 29), 315. Dal punto di vista contenutistico, peraltro, è ipotizzabile che l'originario termine di durata sia sostituito dalla previsione di una durata a tempo indeterminato: v. F. FIMMANÒ, (nt. 3), 137.

⁸¹ Il punto è pressoché pacifico: v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 14; M. CENTONZE, (nt. 5), 2858 ss. In generale, sull'inammissibilità di modifiche statutarie di fatto, v. M. ARATO, *Modificazioni dello statuto e operazioni sul capitale*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010, 1293 ss.; M. NOTARI, (nt. 28), 2482 (ove anche altri riferimenti dottrinali).

Alla luce della possibilità, oggi espressamente riconosciuta, di costituire società di capitali a tempo indeterminato, invece, forse potrebbero essere ritenute lecite clausole statutarie atte a consentire la proroga a tempo indeterminato della società a fronte della continuazione dell'attività sociale dopo la scadenza del termine: così M. SARALE, (nt. 42), 1189 ss.; C. CARUSO, *Rassegna di diritto societario (1993-2002)*, *Trasformazione, fusione, scissione, scioglimento*, in *Riv. soc.*, 2004, 1231 ss. (diversamente, prima della riforma, si erano espresse Cass., 4 giugno 1998, n. 5472, in *Società*, 1998, 1296 e Trib Napoli, 16 marzo 1995, in *Società*, 1996, 578); affine sembra essere il caso in cui lo statuto contenga clausole che ricolleghino la proroga al verificarsi o meno di un determinato evento incerto o ad una scelta discrezionale degli amministratori: la dottrina tende a considerare valide simili clausole, partendo proprio dalla già più volte menzionata facoltà di creare società a tempo indeterminato: v. ancora M. CENTONZE, (nt. 5) 2858 ss., il quale riferisce altresì l'opinione di parte della dottrina che ritiene, in tali casi, applicabile la fattispecie del diritto di recesso *ex art. 2437*, comma 3, c.c.

l'evento dissolutivo sia stato previsto dall'autonomia statutaria (art. 2484, primo comma, n. 7)⁸², l'assemblea straordinaria – prima o contestualmente alla delibera di revoca della liquidazione – potrebbe modificare la relativa clausola, eventualmente sopprimendola⁸³.

Maggiori problemi interpretativi, in relazione alla preventiva eliminazione dell'evento dissolutivo quale presupposto giuridico della revoca della liquidazione, pongono le due ipotesi costituite dal conseguimento dell'oggetto sociale o dall'impossibilità di conseguirlo (art. 2484, primo comma, n. 2) e dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 2484, primo comma, n. 4), posto che in entrambi i casi il legislatore ha consentito all'assemblea di adottare dei «provvedimenti salvifici», in grado d'impedire – se presi per tempo – l'operare dello scioglimento. Ne consegue che, sul piano temporale, occorrerà individuare una prima fase durante la quale la causa di scioglimento – secondo la tesi maggioritaria e preferibile⁸⁴ – è da ritenere sottoposta alla condizione sospensiva della mancata adozione in tempi ragionevoli degli opportuni provvedimenti volti ad impedire il verificarsi dell'evento dissolutivo: ne consegue, dunque, che in questo lasso di tempo non si può ancora giuridicamente parlare di rimozione della causa di scioglimento. Solo una volta divenuta efficace quest'ultima (quantomeno nei suoi effetti endosocietari), l'eventuale decisione assembleare volta a rimuoverla dovrà essere accompagnata o seguita dalla delibera

⁸² Da un punto di vista contenutistico, si ritiene che l'autonomia privata, nel prevedere cause statutarie di scioglimento, incontri soltanto i limiti derivanti da norme imperative, ordine pubblico e buon costume: v. M. CENTONZE, (nt. 5), 2866 ss. Solo a titolo esemplificativo, le suddette clausole potrebbero prevedere che lo scioglimento della società discenda dai seguenti eventi: scadenza di una concessione, mancanza di un ammontare minimo di utili annuali e/o dalla chiusura in perdita nel corso di uno o più esercizi, il venir meno di alcuni soci, la scadenza di un determinato brevetto, la risoluzione o la scadenza di determinati contratti, etc. (v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 33; e A. ROSSI, C. PASQUARIELLO, (nt. 66), 573, i quali – con riferimento alla s.r.l. – menzionano la possibilità che, tra le ipotesi convenzionali di scioglimento, sia prevista la volontà di un singolo socio al quale venga riconosciuto un particolare diritto *ex art. 2468, terzo comma, c.c.*). È evidente che la rimozione di una delle cause statutarie di scioglimento presuppone, come per quelle legali, che la stessa sia nella disponibilità dei soci.

⁸³ Così F. FIMMANÒ, (nt. 3), 138.

⁸⁴ La dottrina maggioritaria oggi propende per la tesi della subordinazione dell'operare della causa di scioglimento alla mancata adozione dei cd. provvedimenti salvifici: v., fra altri, M. ARATO, (nt. 82), 1392-1393; A. BONECHI, (nt. 29), 2117 ss.; F. DAL RI, *La ricostituzione del capitale «perduto» nelle s.r.l.: sottoscrizione immediata, condizione e posizione dei soci assenti*, in *Riv. not.*, 2013, 139 ss.; A. PACIELLO, art. 2484 c.c., (nt. 30), 234 ss.; M. SARALE, (nt. 42), 1191 ss. In passato, invece, l'orientamento prevalente, soprattutto in giurisprudenza, propendeva per l'immediata efficacia della causa di scioglimento, da intendersi risolutivamente condizionata all'adozione degli opportuni provvedimenti: Cass., 29 gennaio 1994, n. 8928, in *Società*, 1995, 359 ss.; Cass., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Dir. fall.*, 1980, II, 482 ss.

di revoca dello stato di liquidazione con l'applicazione della relativa disciplina, ed in particolare dell'inderogabile diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti⁸⁵.

Ciò significa che nelle ipotesi in esame il principale problema interpretativo attiene all'individuazione del momento di passaggio dall'una all'altra fase: si tratta, cioè, di stabilire entro che termine i soci possano adottare i necessari provvedimenti volti ad evitare che l'evento dissolutivo produca i suoi effetti. Il dato testuale sul punto non è dirimente, dal momento che il primo comma dell'art. 2484 (n. 2) si limita a richiedere che l'assemblea sia convocata «*senza indugio*», così come, con formulazione equivalente, dispongono gli artt. 2447 e 2482-ter, espressamente richiamati dal medesimo art. 2484, primo comma, n. 4. Parte della dottrina, in proposito, ha ritenuto applicabile il termine di 30 gg., oltre il quale scatta la sanzione per gli amministratori che omettano la convocazione assembleare nei casi in cui essa è obbligatoria (art. 2631 c.c.)⁸⁶; ferma restando la possibilità di avvalersi a fini interpretativi anche di tale previsione – a ben vedere dettata al differente scopo dell'eventuale applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria in caso di inerzia dei componenti degli organi di amministrazione e controllo – è preferibile, comunque, tenere conto di tutte le specifiche circostanze del singolo caso concreto, in modo tale da rendere la valutazione più flessibile e aderente alle peculiarità di ogni singola società⁸⁷. In ogni caso, poi, nulla è previsto circa i termini entro cui l'assemblea dovrebbe deliberare, così che eventuali rinvii e/o atteggiamenti ostruzionistici potrebbero determinare uno slittamento della relativa decisione: in ultima analisi, allora, qualora non si giunga ad una deliberazione entro termini ragionevoli, l'evento dissolutivo dovrà ritenersi verificato⁸⁸. Peraltro, il prolungamento dei lavori

⁸⁵ Una simile conclusione presuppone che si sia optato per la soluzione interpretativa che reputa operante la disciplina della revoca dello stato di liquidazione a far data dal verificarsi di una causa di scioglimento, quantomeno con riferimento agli effetti per i soci e gli organi sociali (sul punto v. *supra* § 3).

⁸⁶ In tal senso, M. CENTONZE, (nt. 5), 2859 ss.; A. BONECHI, (nt. 29), 2117 ss.

⁸⁷ Non è da escludere che, sulla base delle circostanze concrete, il termine di trenta giorni possa essere ritenuto eccessivamente lungo, configurandosi una potenziale responsabilità degli amministratori anche in epoca anteriore alla sua scadenza. Si consideri, in proposito, che gli stessi amministratori sono responsabili del ritardo o dell'omissione dell'obbligo di convocazione, ai sensi del primo comma dell'art. 2485: sebbene la norma si riferisca testualmente all'omissione o al ritardo nell'accertamento del verificarsi della causa di scioglimento e nell'assunzione del successivo adempimento dell'iscrizione nel registro delle imprese, ciò non toglie che il suo ambito applicativo possa estendersi anche alle condotte antecedenti necessarie e strumentali al conseguimento di tale risultato (es. convocazione assembleare): v. soprattutto P. BALZARINI, art. 2485 c.c., (nt. 5), 43 ss. A suffragare tale conclusione, del resto, contribuisce anche la considerazione secondo cui, stando all'orientamento preferibile in dottrina, la responsabilità in questione non rappresenta altro che una specificazione della "ordinaria" responsabilità gestoria *ex* artt. 2392 ss.: in tal senso, fra altri, v. G. NICCOLINI, art. 2485 c.c., (nt. 1), 1731; R. RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di spa per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Società*, 2009, 277 ss.; M. SARALE, (nt. 42), 1202 ss.

⁸⁸ L'irragionevole prolungarsi di una situazione di stallo a causa del mancato funzionamento dei meccanismi endsocietari di convocazione assembleare sembra legittimare, anche su richiesta del singolo socio, l'intervento

assemblarsi senza che si giunga ad una deliberazione in un senso o nell'altro potrebbe di per sé integrare la differente causa di scioglimento di cui al n. 3 dell'art. 2484, con conseguente obbligo degli amministratori di procedere ai relativi atti di accertamento ed iscrizione nel registro delle imprese. In conclusione, dunque, si ritiene che, trascorso un ragionevole lasso di tempo – da valutare secondo le specifiche circostanze di ogni caso concreto – senza che l'assemblea abbia adottato gli opportuni provvedimenti atti ad evitare il verificarsi dell'evento dissolutivo, l'eventuale rimozione della causa di scioglimento sarà sottoposta al rispetto della disciplina prevista per la revoca dello stato di liquidazione, quantomeno con riferimento al riconoscimento di un inderogabile diritto di recesso in favore dei soci dissenzienti⁸⁹.

Resta inteso che a differenti conclusioni dovrebbe giungersi qualora si ritenesse di aderire all'orientamento secondo cui l'ambito di applicazione temporale dell'art. 2487-*ter* inizierebbe a decorrere – anche a livello endosocietario - dall'iscrizione dell'accertamento dell'evento dissolutivo nel registro delle imprese: in tal caso, infatti, dovrebbe conseguentemente ammettersi che, fino a tale iscrizione, l'assemblea sia concretamente nella possibilità di adottare provvedimenti in grado di rimuovere la causa di scioglimento, senza la necessità di osservare i requisiti formali di una delibera di revoca dello stato di liquidazione (v. *supra* § 3).

Dal punto di vista contenutistico non sembra ravvisarsi alcuna sostanziale differenza tra i provvedimenti potenzialmente adottabili da parte dell'assemblea nelle differenti fasi (*i.e.* pre- e post- apertura dello stato di liquidazione). Ciò significa che, sia al fine di evitare il perfezionarsi dell'evento dissolutivo, sia al fine di rimuoverlo una volta che questo possa dirsi verificato, l'assemblea dovrebbe: (i) nell'ipotesi di cui all'art. 2484, n. 2, deliberare una variazione dell'attività sociale o, comunque, decidere in merito alla realizzazione di operazioni tali da rendere l'oggetto sociale ancora possibile e/o non interamente conseguito⁹⁰; (ii) nella

del tribunale volto all'accertamento dell'avvenuto scioglimento con decreto, anch'esso soggetto ad iscrizione nel registro delle imprese (art. 2485, ult. co., c.c.).

⁸⁹ È evidente che talune delibere volte ad eliminare la causa di scioglimento potrebbero di per sé comportare il riconoscimento di un diritto di recesso inderogabile in favore delle minoranze dissenzienti (es. modifica significativa dell'oggetto sociale, fusione, trasformazione, etc.): v. A. PACIELLO, art. 2484 c.c., (nt. 30), 235, il quale pone in evidenza come la procedura di liquidazione delle partecipazioni dei recedenti possa determinare proprio quello scioglimento che l'assemblea intendeva evitare.

⁹⁰ È stato fatto notare come l'espressione utilizzata dal legislatore della riforma del 2003 sia stata «felice» – v. G. NICCOLINI, art. 2484 c.c., (nt. 1), 1717 - , in quanto è verosimile, ma non necessario, che tali provvedimenti consistano in una modifica dell'oggetto sociale, potendo gli stessi sostanzialmente anche in cessione di rami d'azienda o operazioni straordinarie (opinione pacifica: v. P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 16; M. SARALE, (nt. 42), 1191 ss.), così come – specie qualora si accolga la tesi secondo cui rientrerebbe in tale fattispecie anche l'ipotesi di grave crisi economico-finanziaria – in operazioni di ricapitalizzazione e/o finanziamento. Sotto tale

fattispecie di cui all'art. 2484, n. 4, accertata l'entità della perdita⁹¹, deliberare una riduzione del capitale sociale con contestuale aumento oltre il limite legale o, in alternativa, la trasformazione della società⁹².

Nel caso in cui il «provvedimento salvifico» rispetto allo scioglimento consista in un aumento di capitale sociale, peraltro, si pongono alcuni ulteriori problemi interpretativi: il primo attiene all'esigenza di rispettare i termini per l'esercizio del diritto di opzione in favore di tutti i soci, anche se assenti, a fronte dell'esigenza di un'immediata sottoscrizione del capitale sociale (accompagnata dal versamento dei conferimenti, quantomeno nella misura del 25%), onde evitare lo scioglimento della società⁹³. A fronte di tale significativo impedimento, particolarmente avvertito nella s.r.l. la cui disciplina impone un rigoroso rispetto del principio della parità di trattamento dei soci nella realizzazione di operazioni sul capitale sociale (artt. 2481-*bis*, primo comma; 2482-*quater*, c.c.)⁹⁴, tende a prevalere un

ultimo profilo, infatti, la causa di scioglimento in esame ha nel tempo acquisito maggiore rilevanza concreta in ragione di un orientamento interpretativo volto ad estenderne l'applicazione alle ipotesi di impossibilità derivante da situazioni di grave crisi d'impresa, tale da pregiudicare la continuità aziendale. Per l'analisi della questione, senza pretesa di completezza, v. G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, 223 ss.; R. ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, 914 ss.; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 626 ss.; L. TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, 1269 ss.; in giurisprudenza, App. Torino, 26 maggio 2016, in *Fallimento*, 2016, 12, 1386; Trib. di Milano, Sez. spec. impr., decr. 19 aprile 2016, n. 1096, in *Società*, 2017, 299 ss.; Trib. Milano, Sez. spec. imprese, 6 luglio 2016, in *Società*, 2016, 11, 1302, con nota di M. FAGGIANO, *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale*; in senso contrario, v. C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 245 ss.; D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, in *Riv. not.*, 2014, 487 ss. L'accoglimento della suddetta conclusione, comunque, non può prescindere dal presupposto – considerato unanimemente indispensabile al fine dell'applicazione dell'art. 2484, primo comma, n. 2 - di un'impossibilità dell'oggetto sociale *definitiva ed irreversibile*, quantomeno secondo un giudizio *ex ante* che tenga in considerazione la concreta situazione economico-finanziaria della società: M. CENTONZE, (nt. 5), 2859 ss.; M. SARALE, (nt. 42), 1191 ss.; A. BONECHI, art. 2484 c.c., (nt. 29), 2117 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, 1246; Cass., 15 luglio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1432; Cass., 6 aprile, 1991, n. 3602, in *Giur. comm.*, 1992, II, 384; Trib. Prato, 12 dicembre 2010, in *Società*, 2010, 559 ss.; Trib. Lecco, 19 febbraio 2007, in *Società*, 2008, 1027 ss.

⁹¹ Sulla base di un bilancio straordinario aggiornato redatto dai liquidatori: F. FIMMANÒ, (nt. 3), 138.

⁹² La dottrina ha individuato anche provvedimenti atipici atti a riassorbire le perdite, quali l'utilizzo di versamenti dei soci a fondo perduto ovvero la deliberazione di fusione della società stessa con altra società *in bonis* il cui netto patrimoniale sia tale da assorbire la perdita della società incorporata, nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 2501 c.c.: v. M. ARATO, (nt. 82), 1389; F. GUERRERA, artt. 2446-2447 c.c., in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, Jovene, 2004, 1207; v. anche Cons. not. Milano, Massima n. 122 del 18 ottobre 2011.

⁹³ L'adesione alla tesi più rigorosa - secondo cui, al fine di evitare lo scioglimento, sarebbe necessaria l'immediata ed integrale sottoscrizione, con il versamento del 25%, della parte di aumento necessaria a raggiungere il minimo legale -, tenuto conto che nelle s.r.l. la ricostituzione del capitale deve venir offerta in sottoscrizione a tutti i soci, determinerebbe una conseguenza inevitabile: la necessità sia della presenza di tutti i soci, sia della sottoscrizione immediata dell'aumento. V. F. DAL RI, (nt. 85), 139 ss.; e, per l'analisi del problema con riferimento alle s.p.a., v. F. GUERRERA, (nt. 93), 1208 ss.

⁹⁴ Il principio del necessario ed inderogabile rispetto della parità di trattamento tra i soci della s.r.l. nelle operazioni sul capitale è espressamente sancito con riferimento alla riduzione per perdite ed all'aumento

orientamento meno restrittivo, secondo cui è ammissibile la concessione di un limitato *spatium deliberandi* – il cui termine non potrebbe, però, eccedere quello previsto dagli artt. 2441, secondo comma e 2481-*bis*, secondo comma, c.c. –, onde consentire anche agli assenti di esercitare il diritto di opzione sul capitale di nuova emissione: seppure entro un ambito temporale molto ristretto, dunque, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ammettono la possibilità che la sottoscrizione integrale del capitale sociale non sia immediata, anche qualora necessaria ad evitare lo scioglimento della società⁹⁵. Ciò nonostante, l'esigenza di riattivare al più presto la normale operatività sociale – svincolando, peraltro, gli organi gestori dal rispetto dei criteri di gestione conservativa – ha favorito l'elaborazione di prassi concretamente idonee a realizzare tale risultato, nel rispetto della summenzionata disciplina inerente il diritto di opzione dei soci assenti⁹⁶.

Il secondo profilo interpretativo-applicativo degno di attenzione concerne la possibilità che l'efficacia della delibera di aumento di capitale sociale – e la conseguente imputazione dei relativi conferimenti al patrimonio della società – siano condizionate alla mancata opposizione dei creditori sociali alla revoca della liquidazione (o al rigetto della medesima)⁹⁷. Più specificamente, si pone il problema di valutare l'efficacia della delibera di

gratuito di capitale sociale (artt. 2482-*quater*, a e 2481-*ter*, co. 2, e 2481-*bis*, co. 1, c.c.), ma è ricavato in via interpretativa con riferimento alle riduzioni volontarie e agevolmente desumibile dalla disciplina di *default* negli aumenti a pagamento: da ultimo v. A. CETRA, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2016, 812 ss.

⁹⁵ V. soprattutto F. DAL RI, (nt. 85), 139 ss.; Cons. not. Milano, Massima n. 38.

⁹⁶ La prassi notarile ha elaborato varie modalità operative al fine di salvaguardare il socio assente: a) secondo una prima tecnica, i soci presenti sottoscrivono anche la quota spettante al socio assente, con assunzione dell'obbligo di ritrasferirla al medesimo, formulando una proposta irrevocabile di vendita a suo favore; b) una seconda tecnica prevede l'esercizio, da parte del socio presente, del diritto di prelazione sulle quote inopiate accompagnato dal versamento nelle casse sociali dell'intero importo dovuto per il caso in cui la prelazione esercitata si concretizzi in un'effettiva sottoscrizione; questo versamento gli sarà restituito, in applicazione dei principi sulla ripetizione dell'indebitato, se e nella misura in cui pervengano sottoscrizioni da parte dei soci assenti; c) una terza tecnica consiste nella deliberazione di un aumento di capitale scindibile, di ammontare tale che la quota che spetti in sottoscrizione ai soci presenti sia idonea — eventualmente unita ad un congruo sovrapprezzo, in caso di perdite ultrazzeranti — a coprire la perdita e ricostituire il capitale almeno sino al minimo legale. La scindibilità consente il buon esito dell'aumento pur in assenza di sottoscrizione da parte degli assenti, garantendo la ricostituzione del capitale sociale, senza limitare i diritti di ciascun socio; d) un'ultima tecnica consiste nell'integrale sottoscrizione del capitale sociale a cura dei soci presenti, incondizionata in relazione alla quota di spettanza di tali soci, e condizionata in relazione alla quota spettante ai soci assenti; in particolare, il meccanismo condizionale, per garantire l'immediato buon esito dell'operazione, opererebbe *sub specie* di condizione risolutiva, ove evento dedotto sarebbe l'adesione dei soci assenti all'aumento: l'esercizio del diritto di sottoscrizione ed il conseguente versamento da parte del socio assente, oltre a risolvere *ex tunc* il negozio di sottoscrizione già stipulato, comporta anche la nascita di un diritto di credito, in capo all'originario sottoscrittore e nei confronti della società stessa, d'importo pari alla somma versata. Tale ultima soluzione è quella che incontra il maggior favore di dottrina e giurisprudenza: v. M. ARATO, (nt. 82), 1390 ss. e, soprattutto, F. DAL RI, (nt. 85) 139 ss. (ove anche riferimenti ad ulteriori tecniche elaborate dalla prassi notarile al fine di realizzare le medesime finalità).

⁹⁷ Resta inteso come, in linea generale, qualsivoglia sottoscrizione di azioni o quote di nuova emissione sia da ritenere sottoposta alla condizione sospensiva dell'iscrizione della relativa delibera di aumento di capitale sociale

aumento del capitale durante il termine per proporre l'opposizione o in pendenza di quest'ultima, nel caso in cui le due decisioni siano state assunte contestualmente, o, comunque, la seconda sia subordinata all'efficacia della prima: in tali ipotesi la conclusione preferibile è nel senso di ritenere la decisione inerente l'aumento del capitale sociale sottoposta alla condizione sospensiva (e non risolutiva) dell'efficacia della delibera di revoca della liquidazione, che si verificherà trascorsi sessanta giorni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese o, nel caso di effettiva proposizione della stessa nei termini legali, dal momento del suo rigetto⁹⁸. Ciò causa evidentemente una difficoltà aggiuntiva circa la concreta possibilità di riprendere la normale operatività sociale ed una significativa incertezza in merito alle sue effettive prospettive temporali, che determinano, anche sotto tali profili, ulteriori perplessità circa l'opportunità della previsione legislativa di un simile strumento di tutela in favore dei creditori sociali (v. *infra* § 5)⁹⁹.

Resta, infine, da considerare l'ipotesi in cui lo scioglimento sia conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso *ex artt. 2437-*quater* e 2473 c.c.*, ovvero (i) qualora l'assemblea straordinaria, in assenza di utili e riserve disponibili per procedere all'acquisto delle partecipazioni del socio receduto, decida di deliberare lo scioglimento in alternativa alla riduzione del capitale sociale (art. 2437-*quater*, sesto comma), nonché (ii) nel caso in cui – una volta ridotto il capitale sociale – venga accolta l'opposizione dei creditori (art. 2437-*quater*, settimo comma e art. 2473, quarto comma).

Pochi dubbi circa il fatto che, nella prima delle citate ipotesi, l'assemblea possa eliminare la causa dello scioglimento al fine di procedere alla revoca dello stato di liquidazione: tale effetto, se non ci si inganna, dovrebbe derivare dal pagamento del valore della partecipazione in favore del socio receduto, attingendo ad utili o riserve che si siano nel frattempo rese disponibili oppure procedendo alla riduzione di capitale sociale che inizialmente si era preferito evitare, con conseguente riconoscimento, tuttavia, del diritto di

nel registro delle imprese, essendo a quest'ultima assegnata efficacia costitutiva (e lo stesso dicasi per i conferimenti versati a titolo di aumento di capitale sociale, che solo a far data da tale momento entreranno a far parte del patrimonio sociale): v. ancora F. GUERRERA, (nt. 93), 1209; F. DAL RI, (nt. 85), 139 ss.

⁹⁸ v. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 50 ss.; per un'analisi dei problemi applicativi derivanti dall'eventuale sottoposizione della delibera di aumento di capitale sociale alla *condizione risolutiva* della mancata opposizione dei creditori alla revoca della liquidazione, v. G. GIANNELLI, (nt. 24), 1000 ss.

⁹⁹ Onde evitare lo scioglimento – similmente a quanto si ritiene ammissibile per consentire l'acquisizione delle somme versate prima dell'iscrizione della delibera di aumento di capitale nel registro delle imprese - l'immediata percezione degli apporti può avvenire a titolo di «versamenti in conto aumento capitale», come tali da subito acquisiti al netto patrimoniale ed appostati a capitale una volta iscritta la delibera: in tal senso, v. F. GUERRERA, (nt. 93), 1209; nonché la Massima n. 7 del Consiglio Notarile di Milano.

opposizione dei creditori, il cui accoglimento potrebbe nuovamente determinare l'inizio della liquidazione dell'ente. Non sembra da escludere, peraltro, che la società – se ancora in tempo – possa rendere inefficace il recesso già esercitato, revocando la delibera dalla quale aveva tratto origine (art. 2437-*bis*, terzo comma; art. 2473, quinto comma)¹⁰⁰.

Più complessa è la soluzione nel caso in cui lo scioglimento derivi dall'accoglimento dell'opposizione dei creditori all'eventuale riduzione del capitale sociale: in tal caso, infatti, in presenza di un provvedimento giudiziale, è preferibile ritenere che si sia al cospetto di una causa di scioglimento indisponibile, tale da determinare uno stato di liquidazione non più revocabile¹⁰¹. Non è mancato chi, tuttavia, ha ritenuto ipotizzabile, anche a fronte di tale ipotesi, la revoca della liquidazione se accompagnata o preceduta dal pagamento del rimborso della quota in favore del socio attraverso fondi che si siano resi disponibili in un secondo momento¹⁰².

Alcune considerazioni conclusive vanno, infine, dedicate alla possibilità di rimuovere le cause legali di scioglimento, rispetto alle quali, in forza del secondo comma dell'art. 2484, la disciplina sul procedimento di liquidazione – ivi inclusa la possibilità di revoca – trova applicazione nei limiti della compatibilità. Unanimemente dottrina e giurisprudenza, anche in epoca anteriore all'introduzione dell'art. 2487-*ter*, hanno sostenuto la subordinazione della facoltà di revoca dello stato di liquidazione alla disponibilità da parte dei soci della relativa causa di scioglimento (né avrebbe potuto – e potrebbe tutt'oggi - essere altrimenti, in considerazione dell'ovvia necessità della previa eliminazione dell'evento dissolutivo)¹⁰³.

¹⁰⁰ Secondo quanto già accennato, il termine entro cui la società potrebbe revocare la delibera legittimante il recesso è di novanta giorni per le s.p.a. (art. 2437-*bis*, terzo comma), mentre non è specificato per le s.r.l. (art. 2473, quinto comma): in tema, M. MALTONI, F. TASSINARI, *Parere recesso e revocabilità della delibera di trasformazione*, in *Riv. not.*, 2015, 259 ss.; M. PERRINO, (nt. 56), 1453 ss.; M. VENTORUZZO, *Recesso da società a responsabilità limitata*, (nt. 52), 434 ss.; G. ZANARONE, (nt. 56), 817 e *sub* nota 98. Non è univoca, peraltro, la conclusione interpretativa circa il momento di decorrenza del suddetto termine, potendo alternativamente essere individuata: a) nel giorno dell'adozione della delibera; b) nella data d'iscrizione della stessa nel registro delle imprese; c) nella scadenza del termine per l'esercizio del recesso (soluzione preferibile perché consente alla società di valutare l'incidenza del numero dei recessi prima di prendere una decisione: così, fra altri, A. DACCÒ, (nt. 71), 1430 ss.; M. CENTONZE, (nt. 56), 801 ss.)

¹⁰¹ Così M. VAIRA, (nt. 1), 2090; A. PACIELLO, (nt. 57), 433 ss. e *sub* nota 50; sembra orientato negativamente anche G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 44, *sub* nota n. 28.

¹⁰² V. M. AIELLO, (nt. 1), 512.

¹⁰³ G. NICCOLINI, (nt. 4), 658 ss.; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 43-44. Il tema aveva suscitato ampie discussioni con riferimento al mancato tempestivo adeguamento delle società ai nuovi minimi di capitale sociale fissati dalla legge 16.12.1977, n. 904, rispetto ai quali prevaleva, comunque, la tesi favorevole all'ammissibilità della revoca: v. Cass. 19 marzo 1997, n. 2451, in *Giur. comm.*, 1998, II, 583. Per una rimeditazione della questione in epoca più recente, v. M. AIELLO, (nt. 1), 509; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 137 ss.; C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1589 ss.

Da tale premessa veniva fatta discendere la conclusione dell'irrevocabilità dello scioglimento derivante dalla declaratoria di nullità della società (art. 2332 c.c.)¹⁰⁴ e dal provvedimento dell'autorità governativa (ipotesi alla quale veniva generalmente ricondotta la liquidazione coatta amministrativa)¹⁰⁵; mentre maggiormente contrastate erano le soluzioni interpretative con riferimento all'apertura della procedura fallimentare, a far data dalla quale, stando al regime normativo previgente, la società avrebbe dovuto ritenersi in fase di liquidazione: seppure sulla base di percorsi argomentativi differenti, comunque, dottrina e giurisprudenza maggioritarie erano inclini a consentire, una volta chiuso il fallimento, la prosecuzione dell'attività d'impresa, qualora se ne fossero verificati i presupposti economici e giuridici¹⁰⁶.

Mentre restano sostanzialmente inalterate le soluzioni interpretative cui si era giunti con riferimento alle ipotesi di scioglimento sociale derivante dalla dichiarazione di nullità e dalla procedura di liquidazione coatta amministrativa¹⁰⁷, la ben nota eliminazione

¹⁰⁴ Con riferimento all'indisponibilità dello scioglimento derivante dalla dichiarazione giudiziale di nullità, v. G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1*, Utet, Torino, 2004, 563; più di recente, fra altri, P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 35.

¹⁰⁵ V. G. NICCOLINI, (nt. 4), 663 ss.; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 137; C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1589 ss.; V. VIRGA, art. 2308, in *Codice delle società*, a cura di N. Abriani², Milano, Utet giuridica, 2016, 384

¹⁰⁶ Nel vigore della previgente disciplina, la giurisprudenza era solita consentire, una volta chiusosi il fallimento, la revoca dello stato di liquidazione e la prosecuzione della normale attività sociale, qualora naturalmente ve ne fossero i presupposti economici e giuridici (es. integrale pagamento dei creditori e sussistenza del capitale necessario e sufficiente per la ripresa dell'attività sociale): in quest'ottica, dunque, la revoca avrebbe necessitato di un'apposita delibera assembleare (stando alla tesi prevalente, da assumere all'unanimità), pena la persistenza dello stato di liquidazione (in tal senso, v. Trib. Cassino, 29 aprile 1992, in *Vita not.*, 1993, 361; App. Salerno, 28 dicembre 1991, in *Vita not.* 1992, 1228; Trib. Roma, 23 novembre 1995, in *Riv. notariato*, 1996, 1276; Trib. Ascoli Piceno, 26 maggio 1983, in *Società*, 1984, 60 ss.). Secondo un altro orientamento, invece, l'apertura del fallimento avrebbe determinato uno scioglimento sottoposto a condizione risolutiva, consistente nell'eventualità che, a fallimento chiuso, residuasse un capitale necessario e sufficiente per la prosecuzione della attività sociale; pertanto la deliberazione assembleare che, dopo la chiusura del fallimento con pagamento integrale dei creditori ammessi al passivo, avesse accertato l'avveramento della menzionata condizione risolutiva avrebbe avuto carattere meramente ricognitivo dell'inesistenza di una causa di scioglimento attuale ed operante, non comportando una revoca dello stato di liquidazione: di conseguenza, la stessa non avrebbe dovuto necessariamente essere assunta con il consenso di tutti i soci, né essere soggetta alla preventiva omologazione da parte del tribunale (v. App. Torino, 13 ottobre 1988, in *Società*, 1989, 282; in senso critico, v. R. RORDORF, *Chiusura del fallimento e revoca della liquidazione di società per azioni*, in *Società*, 1989, 243 ss.).

¹⁰⁷ Sebbene la nuova formulazione legislativa non menzioni più il provvedimento dell'autorità governativa tra le cause legali di scioglimento – a differenza di quanto previsto dal previgente art. 2448, co. 2 – è stato correttamente fatto notare come si tratti di una procedura indubbiamente volta anche all'eliminazione dell'ente tramite la cancellazione dal registro delle imprese, al termine di un *iter* rispetto al quale soci e amministratori non sono più in grado d'influire: in tal senso si esprimono P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 35-36; A. PACIELLO, art. 2484 c.c., (nt. 30), 239; C. PASQUARIELLO, art. 2484 c.c., (nt. 2), 2164; A. ROSSI, C. PASQUARIELLO, (nt. 66), 572; di contrario avviso A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*⁴, Bologna, Il Mulino, 2017, 475; P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive*, in *La procedura fallimentare*, Tratt. proc. conc., diretto da U. Apice, II, Torino, Giappichelli, 2010, 716; e, se bene si è inteso, M. VAIRA, art. 2484, (nt. 1), 2045. Solo per completezza, si ricorda che altre cause legali di scioglimento della società sono da ravvisare: (i) nell'art. 2437-bis, ult. comma, c.c. (*Termini e modalità di esercizio del recesso*), secondo il quale, entro novanta

dell'apertura del fallimento dal novero degli eventi dissolutivi delle società di capitali ne rende tutt'oggi attuale il dibattito¹⁰⁸. Le ricadute applicative della mancata riproduzione della dichiarazione di fallimento tra le cause legali di scioglimento della società restano controverse: l'opinione prevalente e condivisibile, infatti, non manca di sottolineare come, pur essendo ormai escluso qualsiasi automatismo tra fallimento e scioglimento della società, i presupposti dissolutivi della società fallita potrebbero comunque sussistere quale conseguenza del perfezionarsi di specifiche fattispecie intimamente connesse alla situazione d'insolvenza (es. riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, etc.); così come è plausibile che talune cause di scioglimento, pur non sussistendo all'apertura della procedura concorsuale, si manifestino durante e/o all'esito della medesima per effetto della liquidazione del complesso aziendale¹⁰⁹. In entrambe le ipotesi, dunque, sembra di dover concludere nel senso della persistente necessità di un'esplicita deliberazione di revoca dello stato di liquidazione, qualora i soci intendano riprendere l'attività sociale una volta conclusasi la procedura concorsuale, in presenza dei relativi presupposti giuridico-economici¹¹⁰.

giorni, la società può deliberare – in alternativa alla revoca della delibera che ha legittimato il recesso - il proprio scioglimento, al fine di rendere il recesso inefficace; (ii) nell' art. 2506, comma 3, c.c. (*Forme di scissione*), secondo il quale la società scissa, distribuendo tutto il suo patrimonio tra le beneficiarie, può determinare il proprio scioglimento, pur senza l'apertura di un procedimento di liquidazione (App. Torino, 26 luglio 2016, in *Fallimento*, 2016, 12, 1385); (iii) nell'art. 145 TUF (*Emissione delle azioni*), qualora, per effetto di operazioni di riduzione del capitale sociale per perdite, sia alterata la necessaria proporzione tra azione ordinarie e azioni di risparmio e a voto limitato ed il rapporto imposto dalla legge non sia ristabilito entro i termini stabiliti dalla medesima norma (2 anni o 6 mesi).

¹⁰⁸ Tutti gli interpreti hanno evidenziato come la principale differenza rispetto al testo previgente (art. 2448, co. 2, v.t.) sia costituita dalla scomparsa del riferimento al fallimento, non più qualificato alla stregua di una causa di scioglimento delle società di capitali, in considerazione delle nuove finalità della procedura concorsuale prioritariamente dirette ad agevolare il recupero dei valori d'impresa: P. BALZARINI, art. 2484 c.c., (nt. 5), 35-36; M. BUSSOLETTI, *Lo scioglimento e l'estinzione della società fra apertura, chiusura e riapertura del fallimento*, in *RDS*, 2009, 456 ss.; M. CENTONZE, (nt. 5), 2867 ss.; P. L. PELLEGRINO, *op. ult. cit.*, 713 ss.; e G. FERRI JR., *Fallimento e scioglimento delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 1 ss., il quale sottolinea come, alla luce della riforma delle procedure concorsuali, ricondurre alla dichiarazione di fallimento lo scioglimento della società sarebbe «quantomeno incongruo, e forse addirittura contraddittorio», dal momento che, da un lato, continuerebbero a porsi i tradizionali dubbi in ordine alla compatibilità tra lo stato di liquidazione e le operazioni di riorganizzazione della società, e, dall'altro, l'eventuale ripresa della piena operatività della società al termine della procedura risulterebbe meno agevole, richiedendo l'adozione di una deliberazione di revoca della liquidazione. Date tali premesse, dunque, non risulta agevole trovare una *ratio* al differente trattamento giuridico delle società di persone, per le quali l'art. 2308 c.c. continua a sancire l'efficacia dissolutiva della dichiarazione di fallimento.

¹⁰⁹ Fra altri, v. M. BUSSOLETTI, (nt. 108), 456 ss.; G. FERRI JR., (nt. 107), 1 ss.; A. ROSSI, C. PASQUARIELLO, (nt. 66), 572; L. TRONCI, (nt. 108), 1269 ss.; M. VAIRA, art. 2484, (nt. 1), 2046.

¹¹⁰ Strettamente connesse a tali considerazioni sono quelle, di carattere più generale, inerenti l'applicabilità o meno della disciplina delle cause di scioglimento di cui all'art. 2484 c.c. durante la pendenza della procedura concorsuale (ferma restando la possibilità, pacificamente ammessa, che sia dichiarato il fallimento di una società già in liquidazione), e le norme concernenti l'eventuale revoca dello stato di liquidazione: in tema, v. G. FERRI JR., (nt. 107), 1 ss.; M. BUSSOLETTI, (nt. 108), 456 ss. Incidentalmente, si fa notare che, con riferimento al

Al contempo, il secondo comma dell'art. 118 l. fall. ha introdotto un'esplicita disciplina volta a regolare gli esiti delle differenti modalità di chiusura del fallimento sull'organizzazione della società fallita, prevedendone la cancellazione dal registro delle imprese soltanto nei circoscritti casi di integrale ripartizione dell'attivo o di chiusura della procedura per evidente insufficienza dell'attivo medesimo (nn. 3 e 4 dell'art. 118 l. fall.); sembra di poter concludere, dunque, nel senso che – nelle intenzioni del legislatore – solo le due fattispecie da ultimo citate configurino cause estintive automaticamente connesse alla conclusione del fallimento, non precedute tuttavia da alcuna procedura di liquidazione ordinaria (essendo la stessa sostituita dalla liquidazione in sede fallimentare), né dal previo accertamento dell'evento dissolutivo da parte dell'organo amministrativo delle società interessate¹¹¹. Anche a fronte delle ipotesi da ultimo citate, comunque, sembrerebbe ipotizzabile, quantomeno a livello teorico, una decisione di revoca della liquidazione, previa o contestuale rimozione della relativa causa di scioglimento attraverso, ad esempio, il ripianamento delle perdite e la ricostituzione di un attivo sufficiente alla continuazione dell'attività d'impresa; concretamente, una simile deliberazione di revoca, tuttavia, dovrebbe avvenire nel (breve) periodo di tempo intercorrente tra la chiusura del fallimento e la successiva cancellazione della società fallita ad opera del curatore. A tale concreta difficoltà

concordato preventivo, la questione è stata risolta dal nuovo art. 182-*sexies* l. fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), nel senso che l'ammissione alla relativa procedura rende inoperante la causa di scioglimento costituita dalla riduzione del capitale sociale per perdite, ma non gli altri eventi dissolutivi: in tema v., con diversità d'impostazioni e conclusioni, P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2016, 241 ss.; C. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 754 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; U. TOMBARI, *Principi e problemi i «diritto societario della crisi»*, in *Riv. soc.*, 2013, 138 ss.; M. MIOLA, *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-*sexies* L. fall. (parte I e II)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 171 ss. e 409 ss.; così che, secondo parte della dottrina, analoga soluzione potrebbe valere oggi con riferimento all'apertura del fallimento di società di capitali e cooperative: v. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, (nt. 107), 314. È piuttosto evidente, comunque, che tanto l'accertamento e l'iscrizione dell'eventuale causa di scioglimento sopravvenuta all'apertura della procedura concorsuale, tanto la successiva ed eventuale revoca dello stato di liquidazione da parte dell'assemblea (previa la necessaria eliminazione dell'evento dissolutivo) rappresentano questioni strettamente connesse alle finalità delle procedure concorsuali ed alle competenze degli organi sociali durante le medesime: in tema v. V. CALANDRA BONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum* Pietro Abbadessa, III, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, Torino-Milano, Utet giuridica, 2014, 2593 ss. e soprattutto 2615 ss.; F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 1114 ss.; P. L. PELLEGRINO, (nt. 107), 722 ss.

¹¹¹ Solo nelle ipotesi citate, infatti, l'amministrazione del fallimento ha già compiuto la liquidazione totale dell'attivo (così disgregando l'organizzazione aziendale) o ha constatato che la società non possiede un attivo da liquidare in favore dei creditori sociali (fatto salvo il caso del limitato «patrimonio personale» della società): così M. BUSSOLETTI, (nt. 108), 458; conclusioni parzialmente difformi in A. NIGRO, D. VATTERMOLI, (nt. 107), 318 ss. e G. FERRI JR., (nt. 107), 17 ss., secondo i quali è da escludere che il curatore possa chiedere la cancellazione in presenza di un patrimonio «personale» residuo.

è da aggiungere l'eventuale riapertura del fallimento, che – pur non determinando automaticamente lo scioglimento della società – potrebbe comprometterne concretamente l'operatività, nonostante la revoca dello stato di liquidazione (art. 121 l. fall.)¹¹².

5. La tutela dei creditori sociali attraverso l'opposizione alla revoca dello stato di liquidazione: un tentativo d'interpretazione sistematica.

Sin dai primi commenti successivi alla riforma del 2003, il fondamento giuridico della tutela apprestata dal legislatore ai creditori sociali in caso di revoca dello stato di liquidazione ha generato un ampio dibattito, sovente in chiave critica, suscitando peraltro differenti orientamenti interpretativi su alcuni aspetti più squisitamente procedurali relativi alle modalità attraverso le quali proporre l'opposizione e agli strumenti a disposizione della società per impedirla *ex ante* e/o per ottenere, generalmente in via cautelare, l'autorizzazione a procedere da parte dell'autorità giudiziaria.

In sintesi, la disciplina attuale prevede che la delibera di revoca dello stato di liquidazione produca i suoi effetti solo dopo sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese, salvo che i *creditori anteriori* abbiano acconsentito a tale operazione ovvero siano già stati pagati dalla società¹¹³. In assenza di tali presupposti ed entro il termine legislativamente previsto, dunque,

¹¹² La riapertura del fallimento, tuttavia, rappresenta un evento molto raro nella prassi; peraltro, in dottrina si dubita della possibilità di riaprire il fallimento di società estinte, in quanto cancellate dal registro delle imprese (in generale v. R. BONAUDI, *Chiusura del fallimento e riapertura del fallimento*, in *Formulario commentato del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, III ed., diretto da L. Panzani, Torino-Milano, Utet giuridica, 2013, 1398-1399; B. LUNGHINI, Art. 121 l. fall., in Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, Cedam, 2013, 829-830), anche in considerazione del non facile coordinamento tra tale disciplina (art. 121 l. fall.) e l'art. 10 l. fall. (sul punto, v. in particolare, G. CAPO, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in *Tratt. dir. fall.*, diretto da V. Buonocore, A. Bassi, continuato da G. Capo, F. De Santis, B. Meoli, vol. III, Padova, Cedam, 2011, 542-543; L. D'ORAZIO, *Chiusura del fallimento e impugnativa*, in L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Torino-Milano, Utet giuridica, 2010, 760 ss.; M. FABIANI, *La chiusura del fallimento e la riapertura*, in *Il processo di fallimento*, Tratt. dir. fall., diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, vol. II, Torino, Giappichelli, 2014, 844-845). A ciò si aggiunga che, secondo un certo orientamento dottrinale, nell'ipotesi in cui il debitore abbia iniziato una nuova attività imprenditoriale, non potrebbe applicarsi l'istituto della riapertura del fallimento, dovendosi richiedere una nuova dichiarazione di fallimento, sempre che ne sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi (così in particolare F. IOZZO, *Riapertura del fallimento*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Milano, Utet giuridica, 2016, 2324); di conseguenza, aderendo a tale conclusione, - onde valutare l'applicabilità del citato art. 121 l. fall. - occorrerebbe di volta in volta verificare se la revoca dello stato di liquidazione determini la ripresa dell'originaria attività imprenditoriale della società o viceversa l'inizio di una nuova attività d'impresa.

¹¹³ E, stando all'interpretazione preferibile, il termine per l'opposizione – in questa così come nelle altre ipotesi in cui è previsto dalla disciplina sulle società di capitali – non subirebbe l'ulteriore allungamento di quindici giorni decorrenti dall'iscrizione della relativa delibera nel registro delle imprese *ex art.* 2448, co. 2, c.c., in favore dei creditori che dovessero dimostrare di essere stati nell'impossibilità di esserne a conoscenza: così, fra altri, S. FINARDI, *Il regime di efficacia degli atti delle società di capitali soggetti a iscrizione nel registro delle imprese (art. 2448 c.c.)*, in *Riv. not.*, 2011, 63 ss.; L. SALAMONE, *art. 2448 c.c.*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, Jovene, 2004, 1287, *sub nota* n. 5.

i suddetti creditori potranno proporre opposizione con la conseguente applicazione dell'art. 2445 c.c., alla stregua del quale il tribunale potrebbe comunque autorizzare la revoca dello stato di liquidazione, nel caso in cui ritenga infondato il pericolo di pregiudizio lamentato dagli attori oppure la società interessata acconsenta a prestare idonea garanzia (art. 2487-ter, co. 2).

Come anticipato, tale disposizione è stata oggetto di numerose critiche in relazione alla difficoltà d'individuare un interesse meritevole di tutela in capo ai creditori sociali anteriori alla delibera assembleare di revoca della liquidazione¹¹⁴. Si è convincentemente sostenuto, infatti, che – a differenza di quanto accade a seguito dell'apertura delle procedure concorsuali - l'inizio della fase di liquidazione non determina un mutamento delle pretese dei creditori, né nel senso della loro attualizzazione e/o cristallizzazione alla data del verificarsi della causa di scioglimento, né sotto il profilo della necessità del rispetto della *par condicio creditorum* da parte dei liquidatori. A ciò si aggiunga che non sembra ravvisabile neppure un incremento del loro potere decisionale in relazione ai cd. atti di impulso della liquidazione (*i.e.* nomina e determinazione dei poteri dei liquidatori e fissazione dei criteri di liquidazione), né tantomeno in relazione alle scelte inerenti la concreta gestione liquidativa, consistente o meno in una prosecuzione dell'attività di impresa. Tale ultima considerazione, in particolare, comporta che i creditori non abbiano alcuna voce in capitolo con riguardo ad una possibile revoca (anche per giusta causa)¹¹⁵ dei liquidatori, alle decisioni assunte da questi ultimi circa la distribuzione ai soci di acconti sulla liquidazione, nonché alle scelte circa le modalità liquidative, la prosecuzione dell'attività sociale ed il piano di riparto finale¹¹⁶. In sintesi, nessuna variazione nella sfera dei diritti patrimoniali e/o di eventuali diritti amministrativi dei creditori sociali deriva dall'apertura della fase di liquidazione, così che la sua eventuale

¹¹⁴ Tra i numerosi commenti critici verso la norma, v. M. AIELLO, (nt. 1), 232 ss.; F. FIMMANÒ, (nt. 3), 133 ss.; G. NICCOLINI, art. 2487-ter, (nt. 1), 1769 ss.; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 33 ss.; A. PACIELLO, (nt. 30), 272 ss.; A. ROSSI, (nt. 29), 2218 ss.; G. RACUGNO, *Interessi, poteri e criteri nella liquidazione dei beni degli enti*, in *Giur. comm.*, 2014, 33 ss.; M. SARALE, (nt. 42), 1224 ss.; M. VAIRA, (nt. 1), 2094 ss.

¹¹⁵ Salvo non voler interpretare in tal senso la legittimazione riconosciuta al PM *ex art.* 2487, ult. co., c.c.: ma si esprime in senso contrario G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 61 ss.; nonché, in precedenza, lo stesso G. NICCOLINI, *Interessi pubblici e privati nella estinzione della società*, Milano, Giuffrè, 1990, 119 ss.

¹¹⁶ Così, in particolare, G. NICCOLINI, art. 2487-ter, (nt. 1), 1769 ss.; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 61 ss.; ID., *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Giur. comm.*, 2010, 517 ss.

revoca dovrebbe restare una decisione rientrante nel novero di quelle unilateralmente attribuite alla società, senza alcuna possibile interferenza da parte di terzi¹¹⁷.

Al di là di tali fondate considerazioni, si ritiene che l'interesse del ceto creditorio, che evidentemente il legislatore ha inteso tutelare per il tramite della norma in esame, debba essere individuato ed analizzato in relazione al più ampio scenario del rimedio della «opposizione» e della sua crescente importanza quale strumento di tutela di carattere generale nel sistema normativo delle società di capitali (artt. 2437-*quater*, ult. co.; 2445, terzo e quarto comma; 2447-*quater*, secondo comma; art. 2473, quarto comma; 2482, secondo e terzo comma; 2487-*ter*, secondo comma; 2500-*novies*, 2503; 2506-*ter*, quinto comma; 2497-*quater*, secondo comma, c.c.)¹¹⁸.

All'esito di un sintetico esame di tale complesso normativo, sembra doversi giungere alla conclusione secondo cui le fattispecie «oppositive» sono tutte accomunate dal verificarsi di un significativo mutamento patrimoniale e/o organizzativo della società interessata, al quale viene associato un (potenziale) pericolo per il soddisfacimento in termini economici delle pretese dei creditori anteriori a tali operazioni, in ragione del legittimo affidamento riposto da questi ultimi sul perdurare di un assetto giuridico e/o economico-patrimoniale ritenuto tendenzialmente più favorevole¹¹⁹.

¹¹⁷ Peraltro, si coglie una certa dissonanza fra l'atteggiamento protettivo qui assicurato al creditore e la mancanza di un'analogo tutela a fronte di deliberazioni tese ad evitare che la società per la quale si stia per verificare, o si sia già verificata, una causa di scioglimento, si sottragga alla liquidazione (così, ad esempio, il creditore non ha modo di impedire che la società proroghi, prima che maturi, il termine stabilito dallo statuto o adottati, per fronteggiare una perdita del capitale minimo, uno dei provvedimenti salvifici indicati negli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.): in questi termini, v. ancora G. NICCOLINI, (nt. 117), 517 ss.

¹¹⁸ L'opposizione dei creditori è divenuta un rimedio trasversale nel sistema normativo delle società di capitali; fatta eccezione per l'opposizione alla costituzione di patrimoni destinati (art. 2447-*quater*, secondo comma, c.c.) – generalmente ritenuta di stretta applicazione alle società azionarie – le delibere opponibili sono le medesime indipendentemente dalla forma societaria adottata: riduzione del capitale (facoltativa o strumentale alla liquidazione delle azioni o al rimborso della partecipazione del socio receduto); operazioni straordinarie (trasformazione eterogenea; fusione; scissione) e revoca della liquidazione. Sotto diverso profilo, la scarsa disciplina sui presupposti di accoglimento dell'azione è comune a tutte le fattispecie: gli artt. 2445 e 2482 c.c. sono richiamati da tutte le disposizioni sulle opposizioni rispettivamente in materia di s.p.a. e di s.r.l. (v. F. NIEDDU ARRICA, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2014, 1358 ss.).

¹¹⁹ L'orientamento ad oggi di gran lunga prevalente in dottrina, infatti, ravvisa il fondamento delle differenti ipotesi di opposizioni creditorie nella tutela delle ragioni dei creditori a fronte di un verosimile pregiudizio alle aspettative di recupero del credito: v., senza pretesa di completezza, G.A. RESCIO, *La fusione e la scissione*, in *La trasformazione. La fusione e la scissione. Lo scioglimento e la liquidazione*, Trattato Ibbra-Marasà, VII, Milano-Padova, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, 289 ss.; M. PERRINO, artt. 2503 -2503 bis c.c., (nt. 44), 1542 ss.; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7 ** 1, Fusione-Scissione, Torino, Utet, 2004, 485 ss. e 518 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7** 2, Fusione-Scissione, Torino, Utet, 2004, 280 ss.; E. CIVERRA, *La tutela dei creditori nella scissione tra rimedi preventivi e successivi* (commento a Trib. Milano, sez. impresa, 23 luglio 2013), in *Società*, 2014, 408 ss.; P.P. FERRARO, *La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea*, in *Società*, 2011, 566 ss.; F. NIEDDU ARRICA, (nt. 118), 1358 ss.; R. GUIDOTTI, *Sull'opposizione dei creditori alla fusione*, in

Da tali considerazioni è lecito desumere che la previsione legislativa di un diritto di opposizione in favore dei creditori a fronte di decisioni di revoca dello stato di liquidazione sia indicativa del fatto che, quantomeno nelle intenzioni legislative, simili operazioni siano in grado di mettere in pericolo le probabilità di soddisfacimento economico dei potenziali opposenti. Una simile premessa viene criticata da quanti sostengono che la ripresa della normale operatività sociale derivante dalla revoca della liquidazione, lungi dal rappresentare un pericolo per il ceto creditorio, dovrebbe incrementarne le probabilità di soddisfacimento, soprattutto in considerazione del fatto che essa presuppone la previa eliminazione della causa di scioglimento e la contestuale sussistenza (quantomeno) di tutti i requisiti necessari per la costituzione di una nuova società (es. capitalizzazione minima)¹²⁰. A ciò potrebbe aggiungersi l'ulteriore considerazione secondo cui – viepiù alla luce dell'attuale testo normativo - le concrete modalità di svolgimento della gestione conservativa caratteristica della fase di liquidazione potrebbero includere la prosecuzione dell'attività d'impresa, così da non determinare alcuna significativa cesura tra lo svolgimento dell'attività sociale prima e dopo l'eventuale revoca dello stato liquidativo.

Seppure a livello generale e statistico è condivisibile l'idea secondo cui il ritorno al *going concern* tipico delle società in *integro statu* non costituisca di per sé un evento pericoloso per le pretese creditorie, tuttavia, non può concretamente escludersi che l'abbandono delle finalità liquidativo-conservative tipiche della gestione in fase di scioglimento da parte dei liquidatori - ed ancor prima degli amministratori al mero verificarsi dell'evento dissolutivo¹²¹ - possa

Contr. impresa, 2000, 874 ss.; L. ZAMPAGLIONE, *Termine per l'opposizione dei creditori nella scissione di società non azionarie*, in *Notariato*, 2007, 430 ss. (ove anche numerosi riferimenti alla dottrina più risalente). E simili affermazioni sono altresì ricorrenti nella giurisprudenza: tra le numerose decisioni in tal senso, cfr. Trib. Milano, sez. impr., 20 agosto 2015, in *Società*, 2016, 846 ss., con commento di L. Lopez, *ivi*, 851 ss.; Trib. Milano, sez. impr., 23 luglio 2013, in *Società*, 2014, 408 ss., con commento di E. Civerra; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Società*, 1998, 337; Trib. Genova, 13 luglio 1992, *Società*, 1993, 501; Trib. Brindisi, 17 luglio 1998, in *Società*, 1999, 1348; Trib. Bologna, 13 gennaio 1987, in *Società*, 1988, II, 531; Trib. Prato, 8 gennaio 1986, in *Riv. not.*, 1987, 890. Assolutamente minoritario, invece, è rimasto l'orientamento dottrinale che individuava la *ratio* dell'opposizione nel «principio di intangibilità della sfera giuridica altrui senza il consenso dell'interessato», conferendo all'opposizione il ruolo di tecnica di tutela sostitutiva del consenso, per l'esercizio della quale non sarebbe stato neppure necessario motivare il dissenso adducendo un concreto pericolo di mancato soddisfacimento: in tal senso si era espresso soprattutto G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 1978, *passim*.

¹²⁰ La ripresa della normale attività sociale, del resto, non implica – neppure a livello solo potenziale – una riduzione del patrimonio sociale, né significative modifiche dell'assetto organizzativo della società: v. M. AIELLO, (nt. 1), 230 ss.; G. NICCOLINI, (nt. 117), 517 ss.; ID., *La « revoca dello stato di liquidazione » ...*, (nt. 1) 63 ss.; ID., art. 2487-ter, cit., 1768 ss.; A. PACIELLO, (nt. 30), 272 ss.

¹²¹ Si è ritenuto, infatti, di aderire alla tesi secondo cui la disciplina della revoca dello stato di liquidazione (*ivi* inclusa quella concernente l'eventuale opposizione) trova applicazione, da un punto di vista temporale, sin dall'iscrizione nel registro delle imprese della relativa causa di scioglimento: ne consegue che la revoca potrebbe

accrescere le difficoltà di soddisfacimento del ceto creditorio, specie nel caso in cui la ripresa della normale vita sociale non si accompagni ad un piano economico-finanziario adeguato a supportare le effettive possibilità di continuazione dell'attività di impresa. E simili argomentazioni non appaiono in contrasto con il fondamento generale alla base del sistema delle opposizioni dei creditori, posto che la progressiva estensione di queste ultime anche a fattispecie non connesse ad una potenziale riduzione del patrimonio delle società coinvolte - si pensi all'ipotesi delle trasformazioni eterogenee - rende plausibile la tesi secondo cui il pregiudizio economico dei creditori interessati s'identifichi con la più ampia fattispecie della lesione della cd. garanzia commerciale (e non soltanto della garanzia patrimoniale in senso stretto)¹²². In questa prospettiva, dunque, finisce con l'assumere particolare rilievo un'indagine dinamica da svolgere in relazione alla situazione di equilibrio finanziario ed alle concrete prospettive di continuità aziendale a seguito dell'operazione contro la quale l'opposizione è proposta¹²³.

essere deliberata in un momento anteriore alla nomina dei liquidatori ed all'inizio della gestione di questi ultimi (v. *supra* § 3).

¹²² Nella più tradizionale prospettiva della tutela della garanzia patrimoniale assume rilievo, in un'ottica essenzialmente statica, la situazione patrimoniale della società prima e dopo l'operazione potenzialmente atta a ridurne il patrimonio (es. riduzione volontaria del capitale sociale, fusione o scissione); al contrario, nella più ampia e dinamica prospettiva della tutela della «garanzia commerciale», il potenziale pregiudizio per i creditori dovrebbe essere valutato prioritariamente in ragione delle prospettive di reddito della società a seguito dell'operazione e delle loro potenziali ricadute in relazione alla regolare esecuzione del rapporto contrattuale: v. G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato Galgano*, VIII, Padova, Cedam, 1985, 329-330; nonché più di recente C. SANTAGATA, (nt. 119) 521 ss. E tali ultime considerazioni si attagliano in particolare a quelle fattispecie «oppositive» che non concernono operazioni atte ad intervenire direttamente sul patrimonio delle società coinvolte, quanto piuttosto sull'organizzazione e/o sulla destinazione causale dell'attività d'impresa: si pensi, in particolare, al caso della trasformazione eterogenea, rispetto alla quale il fondamento dell'opposizione sembra dover essere rintracciato nel cambiamento delle regole di destinazione – oltre che di organizzazione - del patrimonio e dei risultati economici, ritenuto in grado di incidere sulle chance di soddisfazione delle ragioni creditorie: v. P.P. FERRARO, *La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea*, in *Società*, 2011, 566 ss.; R. CENTONI, art. 2500 *novies* c.c., in *Codice delle società*, a cura di N. Abriani², Milano, Utet giuridica, 2016 2286; va tuttavia ricordato che parte della dottrina, anche con riferimento alla trasformazione eterogenea, sembra continuare a propendere per un'interpretazione più rigorosamente legata alla lesione della sola garanzia patrimoniale: v., ad esempio, G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, I, 590 ss.; nonché, se bene si è inteso, C. G. GENOVESE, art. 2500-*novies* c.c., in *Commentario Sandulli-Santoro*, III, Torino, Giappichelli, 2003, 407; D.U. SANTOSUOSSO, art. 2500-*novies* c.c., in *Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, Jovene, 2004, 1931.

¹²³ Appaiono interessanti, sotto quest'ultimo punto di vista, le osservazioni svolte da F. NIEDDU ARRICA, (nt. 118), 1358 ss., secondo il quale l'inidoneità del patrimonio e dell'attivo patrimoniale a garantire direttamente i creditori sociali è concetto ormai acquisito nel pensiero giuridico ed aziendalistico, oggi sostanzialmente concorde nell'individuare il fulcro della tutela del ceto creditorio nel *corretto funzionamento dell'impresa* quale conservazione delle sue condizioni di equilibrio e solvibilità. La capacità di adempimento è quindi conseguenza della positiva evoluzione della gestione e della creazione di reddito, più che della sussistenza di un patrimonio capiente e suscettibile di azione esecutiva; sotto diverso profilo, la società di capitali priva di un patrimonio aggredibile non può ritenersi fenomeno patologico dal punto di vista economico, né qualificarsi in termini di illiceità.

Alla luce di tali considerazioni, si deve ribadire, in primo luogo, l'esigenza che gli opposenti motivino in modo circostanziato e specifico le ragioni alla base del dissenso espresso nei confronti della delibera di revoca della liquidazione, dovendo dimostrare l'esistenza di un concreto ed attuale pericolo di soddisfacimento delle rispettive pretese derivante dall'abbandono delle finalità liquidative¹²⁴. Quanto alla valutazione eventualmente rimessa all'autorità giudiziaria investita dell'opposizione, essa dovrebbe vertere sulle concrete possibilità e probabilità di soddisfacimento degli opposenti prima e dopo la revoca della liquidazione, impedendo tale operazione nella sola ipotesi in cui, all'esito di tale non facile valutazione comparativa e prognostica, sia nei fatti ravvisabile un potenziale pregiudizio a danno degli opposenti¹²⁵. Più nel dettaglio, sembra che una simile valutazione debba necessariamente spingersi oltre la verifica della mera sussistenza dei requisiti minimi di costituzione *ex novo* del tipo di società di capitali scelto e/o l'assenza di altre cause di scioglimento tali da impedire la revoca della liquidazione, sostanziandosi essenzialmente in un giudizio circa l'equilibrio finanziario e le concrete possibilità di continuazione dell'attività sociale¹²⁶.

Nel tentativo di ricondurre ad unità il sistema, allora, ciò che sembra destare le maggiori perplessità non è tanto l'ammissibilità di una valutazione del tribunale che tenga conto del potenziale pregiudizio degli opposenti fondato sulle prospettive di reddito della società che si «riattiva», quanto il riconoscimento della legittimazione attiva a proporre l'opposizione in favore genericamente dei creditori «anteriori». Tale previsione – quantomeno se letteralmente

¹²⁴ Similmente C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1590 ss.; M. AIELLO, (nt. 1), 230 ss.; A. ROSSI, (nt. 29), 2220 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Salerno, 10 ottobre 2006, in *dejure.it*, secondo cui è necessario che i creditori oppositori dimostrino in concreto l'esistenza di un pericolo di pregiudizio in relazione alla «entità e qualità della garanzia sulla quale i creditori contano». Non sembrerebbero assumere rilievo giuridico, invece, le utilità meramente pratiche che i creditori potrebbero concretamente trarre dalla monetizzazione dei beni sociali, nella misura in cui essa sia idonea ad accelerare l'espletamento di eventuali procedure esecutive sul patrimonio della società: per alcuni spunti critici, v. G. NICCOLINI, *art. 2487-ter*, (nt. 1), 1767.

¹²⁵ Ed in tal senso sembrerebbero deporre anche i pochi precedenti giurisprudenziali, fra i quali si vedano in particolare le decisioni di Trib. Roma, 2 novembre, 2006 e App. Roma, 11 dicembre 2007, entrambe riassunte e commentate da G. NICCOLINI, (nt. 117), 517 ss.

¹²⁶ Secondo M. VAIRA, (nt. 1), 2095-2096, invece, il pericolo di pregiudizio dovrebbe essere infondato qualora la società disponga di un patrimonio analogo a quello richiesto per la sua costituzione iniziale, pena il rischio di pericolose intromissioni circa la congruità del capitale sociale rispetto all'attività che ci si propone di svolgere. Correttamente M. AIELLO, (nt. 1), 230 ss. ritiene non condivisibile tale conclusione, evidenziando come il possesso di un capitale non inferiore a quello previsto per la costituzione costituisca un prerequisito della revoca, che ha luogo soltanto laddove siano state eliminate le cause di scioglimento, originarie o sopravvenute durante la liquidazione. In altre parole, l'insufficienza del capitale rispetto al minimo legale costituisce di per sé atto ostativo alla revoca (con conseguente impossibilità di procedere alla relativa iscrizione), indipendentemente dall'esperimento dell'opposizione, il cui oggetto resta incentrato sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori dissenzienti, nell'ottica della comparazione tra l'impostazione liquidatoria e quella speculativa.

interpretata come facente riferimento a tutti coloro che hanno maturato pretese creditorie in data anteriore all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di revoca – appare mal collocarsi nel sistema generale delle opposizioni, tipicamente concepite come strumenti in grado di tutelare la legittima aspettativa dei creditori a fronte di un significativo incremento del rischio derivante da successivi mutamenti di tipo patrimoniale e/o organizzativo rispetto al momento in cui la relativa posizione giuridica attiva è sorta¹²⁷.

Nel caso di specie, invece, il diritto di opposizione sembra essere attribuito non soltanto – secondo quanto ci si sarebbe aspettato sulla base delle suaccennate premesse – nei confronti dei soggetti le cui pretese creditorie siano sorte durante la fase di liquidazione, ma anche di tutti coloro che siano divenuti tali in un momento anteriore al prodursi degli effetti di una causa di scioglimento. È del tutto evidente come per tali ultimi soggetti la revoca dello stato di liquidazione non determini un significativo mutamento rispetto al momento in cui hanno assunto la qualifica di creditori, comportando piuttosto il ritorno ad uno svolgimento dell'attività sociale secondo modalità potenzialmente analoghe a quelle che caratterizzavano l'operatività della società debitrice nel momento in cui i rispettivi crediti sono sorti: non appare giuridicamente configurabile in loro favore, dunque, alcuna legittima aspettativa alla prosecuzione dell'attività liquidativa, tale financo da poter determinare un'ingerenza così penetrante da parte dell'autorità giudiziaria competente a valutare l'eventuale opposizione. In altri termini, non sembra di poter ravvisare alcuna fondata giustificazione nel riconoscimento in favore di tali soggetti di una tutela più forte ed incisiva rispetto a quella genericamente prevista per i creditori delle società di capitali che non abbiano transitoriamente attraversato una o più fasi del procedimento di liquidazione, soprattutto in

¹²⁷ Con riferimento all'opposizione alle operazioni di fusione, v. ad esempio G.A. RESCIO, (nt. 119), 289 ss., il quale evidenzia come - nella visione semplicistica, ma funzionale all'intento di agevolare l'operazione sottesa alla norma - i creditori divenuti tali dopo la pubblicità del progetto di fusione sono già in condizione di avere conoscenza di ciò che si progetta e pertanto di evitare, ove ravvisino pericoli per le loro ragioni, di assumere la posizione creditoria senza adeguate garanzie. Analogamente v. C. SANTAGATA, (nt. 119), 491 ss., il quale specifica che, in determinate ipotesi, al fine di determinare l'antioriorità deve ritenersi decisivo il momento in cui si è verificato il contatto giuridicamente rilevante con la società da cui scaturisce la pretesa, non già il completamento della fattispecie creditoria: il suo perfezionamento, infatti, potrebbe anche verificarsi indipendentemente da una determinazione volitiva del creditore (es. può ipotizzarsi una trattativa contrattuale interrotta, che abbia determinato l'insorgere di una responsabilità *ex art. 1337 c.c.* in capo alla società che ha interrotto la trattativa durante il procedimento di fusione: in tal caso il terzo, al momento in cui ha iniziato la trattativa, ignorava la futura determinazione di procedere alla fusione, sicché deve essergli riconosciuto il rimedio dell'opposizione) (492, *sub* nota n. 16).

considerazione del fatto che indispensabile presupposto della revoca dello stato liquidativo è la previa eliminazione della causa di scioglimento dell'ente¹²⁸.

L'insieme delle superiori considerazioni induce a propendere per un'interpretazione restrittiva del secondo comma dell'art. 2487-ter, tale da limitare la facoltà di opposizione ai soli creditori «anteriori» alla revoca il cui credito sia però sorto durante la fase di liquidazione, cioè a far data dall'iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento e/o dell'atto di accertamento della medesima¹²⁹.

Si ritiene infatti che tale conclusione abbia il pregio teorico di essere sistematicamente coerente con le altre ipotesi di opposizione previste dal diritto societario e quello pratico di limitare le opposizioni ad ipotesi numericamente più circoscritte, così da evitare il fraporsi di ostacoli eccessivi alle operazioni di revoca dello stato di liquidazione (sul punto v. anche oltre nel testo).

Non si può omettere di considerare, tuttavia, come una simile interpretazione non abbia ancora avuto alcun riscontro in dottrina e giurisprudenza, potendosi verosimilmente obiettare rispetto al suo accoglimento un contrasto con il dato letterale: la norma, infatti, testualmente fa riferimento ai «creditori anteriori all'iscrizione», così facendo intendere che si tratti dell'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di revoca dello stato di

¹²⁸ Per talune connotazioni critiche, seppure espresse in una differente prospettiva, circa la mancata distinzione ad opera del legislatore tra le differenti classi di creditori anche da un punto di vista temporale, v. G. NICCOLINI, art. 2487-ter c.c., (nt. 1), 1766 ss.; ID., *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 59 ss.; ID., (nt. 117), 517 ss.

¹²⁹ Riproponendo conclusioni pressoché pacifiche con riferimento alle altre ipotesi di opposizione, si ritiene che il significato da attribuire all'espressione «creditori» sia ampio, cioè tale da includere tutti i tipi di crediti (liquidi o illiquidi, esigibili o non esigibili, privilegiati o chirografari, pecuniari o meno, etc.) e persino quelli contestati, rispetto ai quali in sede di opposizione sarebbe sufficiente accertare la ragionevole fondatezza: v. F. FIMMANÒ, (nt. 3), 141; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 59. Più in generale, prevalentemente con riferimento alle opposizioni di cui agli artt. 2503 e 2445 c.c., v. R. GUIDOTTI, (nt. 119), 876 ss.; M. PERRINO, artt. 2503 -2503 bis c.c., (nt. 44), 1548 ss.; G.A. RESCIO, (nt. 119), 290; C. SANTAGATA, (nt. 119), 492 ss.; M. SFERRAZZA, *Sull'efficacia dell'atto di fusione iscritto in pendenza del giudizio di opposizione dei creditori*, in *Società*, 2013, 413 ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, sez. spec. imprese, 26 ottobre 2016, in *RDS*, 2016, 739 ss.; Trib. Milano, 26 febbraio 2015, in *Società* 2015, 1106 ss., con commento di E.E. BONAVERA, *Questioni processuali e sostanziali in tema di opposizione del creditore alla riduzione del capitale sociale, in*, 1105 ss.; Trib. Milano, ord. 14 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1351.

Per quel che concerne, poi, la particolare posizione degli obbligazionisti, si ritengono condivisibili le argomentazioni di G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 59, *sub* nota n. 88, il quale, facendo proprie conclusioni già raggiunte con riferimento alla disciplina di altre fattispecie oppositive (es. riduzione del capitale, fusione), ritiene che gli obbligazionisti perdano il diritto di opposizione nell'ipotesi in cui la relativa assemblea si sia già pronunciata favorevolmente (art. 2415, co. 1, n. 5). Più complessa si presenta la soluzione interpretativa con riferimento ai possessori di titoli di debito della s.r.l.: fermo restando il diritto di opposizione di questi ultimi, si discute circa la possibilità che anche ad essi si applichi l'art. 2503-bis c.c.; è plausibile che l'applicazione analogica di tale norma sia da verificare caso per caso, a seconda della sussistenza o meno di un'organizzazione di gruppo nel caso dei titoli di debito: così G.A. RESCIO, (nt. 119), 290 ss.

liquidazione, alla quale lo stesso legislatore fa riferimento nella prima parte del medesimo secondo comma dell'art. 2487-ter.

Pur auspicando un esplicito intervento normativo in senso correttivo, si ritiene che il dato testuale non debba essere sopravvalutato, sia perché desunto comunque sulla base di un'interpretazione coordinata della prima e della seconda parte della norma in commento (e, dunque, non così univoco), sia e soprattutto perché nel medesimo articolo il legislatore ha dato prova di ulteriori imprecisioni letterali riguardanti i creditori legittimati all'opposizione, rispetto alle quali la dottrina si è trovata nella necessità di ricorrere ad un'interpretazione sistematicamente orientata: ci si riferisce, in particolare, alle misure preventive che la società potrebbe adottare per rendere immediatamente efficace la delibera di revoca della liquidazione (*i.e.*, «*il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso*»); è evidente che anche in tal caso il legislatore ha utilizzato una terminologia più ampia di quella desumibile dalla *ratio* della norma, la qual cosa non ha impedito agli interpreti di circoscrivere il riferimento testuale a *tutti* i «creditori della società» ai soli soggetti legittimati a proporre l'opposizione¹³⁰.

Seguendo un ragionamento per alcuni versi simile, allora, si potrebbe fondatamente ritenere che – ferma restando la necessaria anteriorità del credito rispetto all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di revoca della liquidazione – la legittimazione attiva sia da circoscrivere ai soli creditori che, ai sensi di una lettura coerente con il sistema generale delle opposizioni, vantino una legittima aspettativa a che perduri l'assetto organizzativo-patrimoniale della società esistente al momento nel quale è sorta la pretesa creditoria (*i.e.* quelli i cui crediti siano sorti tra l'iscrizione della causa di scioglimento - o del relativo atto di accertamento - e quella della delibera assembleare di revoca dello stato di liquidazione)¹³¹.

¹³⁰ Il punto è sostanzialmente pacifico in dottrina: v. per tutti F. FIMMANÒ, (nt. 3), 140-141; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 68, *sub* nota n. 115.

¹³¹ Non si condivide, invece, il ragionamento secondo cui l'inizio della fase di liquidazione determinerebbe per tutti i creditori una modifica della rispettiva situazione soggettiva, comportando quantomeno una variazione delle modalità di soddisfacimento delle loro pretese consistente nel passaggio da una soddisfazione di tipo reddituale ad una di tipo patrimoniale e nel passaggio da un rischio reddituale ad uno patrimoniale. La premessa di tale ragionamento è che i creditori soddisfatti prima dell'ingresso in fase di liquidazione lo sono stati con i proventi di un'attività d'impresa, mentre dopo l'apertura della liquidazione subentra una gestione conservativa: dopo tale evento, cioè, i creditori avranno il diritto di essere soddisfatti non attraverso i flussi di cassa di un'attività economica, ma attraverso l'assegnazione di una quota del valore del patrimonio liquidato (così G. GIANNELLI, (nt. 24), 1004 ss.). Tuttavia, da un lato, tale distinzione tende a diventare veramente labile laddove l'assemblea autorizzi la prosecuzione dell'attività d'impresa durante la fase di liquidazione: seppure quest'ultima debba essere assistita da una logica di conservazione del valore aziendale, infatti, è plausibile che il soddisfacimento dei creditori derivi pur sempre dai flussi di cassa dalla stessa generati. A ciò si aggiunga che la distinzione proposta non comporta alcun mutamento nell'entità, nella tempistica e/o in altre componenti delle

Per quel che concerne, invece, i creditori «anteriori» anche al verificarsi di una causa di scioglimento ed alla relativa iscrizione, sembra di doverne limitare la tutela all'effettiva e preliminare (o contestuale) eliminazione dell'evento dissolutivo, quale presupposto di una legittima revoca dello stato di liquidazione. A seconda delle concrete circostanze, infatti, la mancata rimozione della causa di scioglimento rischierebbe di compromettere le possibilità di soddisfacimento dei creditori a fronte della ripresa della normale operatività d'impresa: tale potrebbe certamente essere l'ipotesi di una mancata ricapitalizzazione della società al ricorrere dei presupposti applicativi dell'art. 2484, primo comma, n. 4.

A fronte di simili situazioni, tuttavia, l'opposizione appare un rimedio incongruo: secondo quanto già analizzato, infatti, tale strumento è volto a tutelare le aspettative di soddisfacimento del credito a fronte di situazioni che potrebbero metterlo in pericolo alterando l'assetto patrimoniale e/o organizzativo dell'ente debitore, non concernendo invece gli eventuali vizi delle decisioni imputabili agli organi sociali¹³². A tal fine, infatti, soccorrono le differenti azioni volte ad ottenere la dichiarazione d'invalidità delle relative deliberazioni, la cui legittimazione – quantomeno con riferimento alle ipotesi di nullità – viene estesa a «chiunque vi abbia interesse» (art. 2379, co. 1, c.c.; art. 2479-ter, co. 3, c.c.)¹³³;

pretese creditorie; tanto è vero che ai medesimi creditori anteriori all'eventuale ingresso in fase di liquidazione non è consentita alcuna ingerenza con riferimento a decisioni sociali in grado di evitare la liquidazione attraverso l'impedimento dell'operare di una causa di scioglimento legale o statutaria (es. decisione di proroga della società; assunzione di rimedi ostativi all'operare di eventi dissolutivi ai sensi dell'art. 2484, primo comma, nn. 2 e 4).

¹³² Si tratta di affermazioni sostanzialmente unanimi in dottrina: v. R. GUIDOTTI, (nt. 119), 887-888; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 63, *sub* nota n. 101; F. NIEDDU ARRICA, (nt. 118), 1358 ss.; C. SANTAGATA, (nt. 119) 530.

¹³³ Si ritiene che l'eventuale delibera di revoca che non sia accompagni, o sia stata preceduta, dall'eliminazione della causa di scioglimento, sia da ritenere nulla per illiceità dell'oggetto (o per «impossibilità giuridica» del medesimo, vista la tendenziale coincidenza tra le due ipotesi: su tale ultimo aspetto, v. in particolare G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, Utet, 1993, 439 ss.). Sembra, infatti, sufficientemente consolidato in dottrina e giurisprudenza l'orientamento secondo cui tale fattispecie ricorrerebbe non soltanto nel caso di illiceità dell'oggetto (in senso stretto) della delibera, ma altresì nell'ipotesi di illiceità del suo contenuto: così, fra tanti, G.F. CAMPOBASSO, (nt. 6), 349 ss.; R. LENER, art. 2379 c.c., in *Commentario* Niccolini- Stagno d'Alcontres, I, Napoli, Jovene, 2004, 566 ss.; R. SACCHI, A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, opera diretta da O. Cagnasso, L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010, 693 ss.; la conclusione, tuttavia, non è unanime: v. ad esempio G. GUERRIERI, artt. 2379 – 2379 *ter* c.c., in *Commentario* Maffei Alberti, I, Padova, Cedam, 2005, 586 ss. (non si può fare a meno di notare, comunque, come l'adesione – anche da parte di quest'ultimo A. – della tesi secondo cui sarebbe rilevante l'oggetto «in concreto» della delibera assembleare finisce per assimilare di molto le due fattispecie – *i.e.* oggetto e contenuto). Né sembra che la conclusione raggiunta nel testo possa essere ribaltata dall'adesione all'orientamento, prevalente in giurisprudenza, ai sensi del quale la nullità della delibera sarebbe determinata unicamente dalla contrarietà a norme imperative a tutela di interessi generali e non di singoli soci o di gruppi di essi: fra altre, v. Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Società*, 2013, 692; Cass., 24 luglio 2007, n. 16390, in *Società* 2008, 44; per ulteriori riferimenti, v. G. PIZZIRUSSO, art. 2379 c.c., in *Codice delle società*, a cura di N. Abriani², 2016, Milano, Utet giuridica, 1004-1005; R. SACCHI, A. VICARI, (nt. 133), 693 ss.; *contra* R. LENER, (nt. 133), 567 ss.; G. PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, *Trattato Ibbamarasà*, IV, Padova, Cedam, 2009, 206-207; e, in precedenza, G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per*

ne consegue che – stando all’interpretazione ritenuta preferibile - i creditori sociali (tutti) potrebbero essere legittimati a far valere la nullità della delibera di revoca dello stato di liquidazione derivante dalla carenza dei necessari presupposti legali (*i.e.* la previa o contestuale rimozione della causa di scioglimento) - peraltro nel ben più ampio termine di tre anni dall’iscrizione della relativa delibera -, sempre che dimostrino un interesse concreto ed attuale ad una ripresa dell’attività sociale nel rispetto della legge, ed in particolare dei principi di integrità ed effettività del capitale sociale¹³⁴. Le superiori considerazioni sembrano, dunque, confermare la conclusione secondo cui la tutela dei creditori anteriori all’apertura della fase di scioglimento andrebbe ricercata piuttosto nella disciplina volta a garantire la legittimità della decisione di revoca dello stato di liquidazione, e sempre che sia possibile individuare un concreto e attuale interesse di questi ultimi a far valere la relativa azione di nullità.

L’interpretazione che si è ritenuto di proporre comporta delle rilevanti conseguenze anche in ordine ad altre questioni ermeneutiche tutt’oggi poco chiare in relazione al secondo comma dell’art. 2487-*ter*. Ci si riferisce, in prima battuta, agli adempimenti sociali volti ad inibire *ex ante* la facoltà di proposizione dell’opposizione: aderendo all’interpretazione proposta, infatti, il consenso all’operazione e/o il previo soddisfacimento del credito da parte della società dovrebbero riguardare unicamente i creditori le cui pretese siano sorte in epoca successiva all’iscrizione nel r.i. della causa di scioglimento o del relativo atto di accertamento¹³⁵. Una simile conclusione avrebbe altresì il pregio - nell’ottica di un positivo

azioni, Milano, Giuffrè, 1979, 62 ss. La previa o contestuale eliminazione della causa di scioglimento della società, infatti, rappresenta un presupposto di validità della revoca della liquidazione certamente rispondente alla tutela dell’interesse di terzi (ed in particolar modo dei creditori sociali), oltre che dell’interesse generale ad una corretta estinzione e fuoriuscita dal mercato dell’ente collettivo.

In linea generale, peraltro, si ritiene che le considerazioni espresse con riferimento alla nullità per illiceità dell’oggetto delle deliberazioni assembleari di s.p.a. siano valide anche per le decisioni dei soci di s.r.l.: v. G. PALMIERI, (nt. 133), 206-207; N. SOLDATI, (nt. 32), 464 ss.; S. SANZO, *L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario Cottino e altri, Bologna, Zanichelli, 2009, 443 ss.

¹³⁴ Il conferimento ad ogni «interessato» della legittimazione ad esperire l’azione di nullità della delibera assembleare comporta la necessità che l’attore dimostri la sussistenza di un proprio interesse concreto, volto ad eliminare o prevenire un potenziale pregiudizio alla propria sfera giuridica derivante dalla delibera viziata (ferma restando la rilevanza *ex officio*, che però in quest’ambito avrà un’applicazione piuttosto circoscritta, anche in considerazione dello stringente limite temporale del triennio): G. PALMIERI, C. PATRIARCA, art. 2379 c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, t. II, Giuffrè, Milano, 2016, 1120 ss. (ove anche ampi riferimenti giurisprudenziali).

¹³⁵ Tra l’altro, stando all’orientamento prevalente e preferibile, il consenso dei creditori anteriori dovrebbe essere esplicito e preferibilmente espresso per iscritto: v. F. FIMMANÒ, (nt. 3), 140 ss.; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 68; A. PACIELLO, (nt. 30), 272; mentre il pagamento dovrebbe essere integrale, salvo che ad un pagamento parziale non si accompagni il consenso del medesimo creditore per la parte residua del credito (v. G. NICCOLINI, *op. ult. cit.*, 68-69). A differenza di altre norme che contemplano in favore dei creditori il rimedio dell’opposizione, nel caso in esame, invece, non è prevista, in alternativa al pagamento, la possibilità

recupero dei valori aziendali - di rendere più agevoli le prospettive di revoca della liquidazione, eliminando al contempo quel differimento degli effetti della revoca che non soltanto rende di difficile identificazione i criteri cui dovrebbe ispirarsi la gestione dell'impresa (*i.e.* conservativi o meno), nel corso dei sessanta giorni concessi ai creditori per proporre l'eventuale opposizione ed in pendenza della stessa, ma rischia altresì di dimostrarsi poco efficiente e concretamente ostativa rispetto alla normale ripresa dell'operatività sociale¹³⁶.

Resta impregiudicata, invece, la questione – anch'essa comune alle altre fattispecie oppositive - circa la necessità o meno che l'opposizione sia giudizialmente proposta, rispetto alla quale si ritiene opportuno aderire alla soluzione più rigorosa che ne richiede la proposizione in forma giudiziale, specialmente al fine di evitare iniziative pretestuose o meramente ostruzionistiche da parte dei creditori, grazie alla verifica giudiziale dei requisiti

di depositare presso una banca la somma corrispondente: con riferimento alla fusione, v. in particolare C. SANTAGATA, (nt. 119), 501 ss. Tale ultima circostanza, specie in presenza di un credito condizionato, non scaduto, illiquido o contestato, potrebbe porre seri ostacoli alla revoca della liquidazione (v. ancora G. NICCOLINI, *op. ult. cit.*, 69, *sub* nota n. 121). Resta inteso, comunque, che il consenso ed il pagamento potrebbero verificarsi anche in pendenza dell'opposizione: così in particolare BUSANI, *La stipula dell'atto di fusione nonostante l'opposizione dei creditori*, in *Società*, 2015, 1227 ss.; R. GUIDOTTI, (nt. 119), 893 ss.

¹³⁶ Prolungando la sospensione degli effetti della delibera di revoca oltre i sessanta giorni previsti dalla legge, la proposizione dell'opposizione impedisce alla società la ripresa della normale operatività, imponendo all'organo amministrativo (presumibilmente da individuare ancora nei liquidatori in carica) di non abbandonare la gestione conservativa tipica della fase di liquidazione. E a ciò si aggiunga che, secondo l'orientamento più rigoroso, la sospensione degli effetti della delibera impedirebbe, altresì, di dare attuazione alle decisioni ad essa strettamente connesse e relative, ad es., la contestuale eliminazione delle cause di scioglimento: così, G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 67, *sub* nota n. 112; sembra più permissivo M. NOTARI, art. 2436 c.c., in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2494 ss., secondo il quale non sarebbero preclusi decisioni e/o atti di esecuzione, sia pure con efficacia subordinata.

È evidente, comunque, come l'effetto interdittivo dell'opposizione potrebbe concretamente rappresentare un serio ostacolo al ritorno della società nel mercato (specie qualora la stessa non abbia optato per l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa durante la liquidazione). La gravità di tale situazione, come noto, consente al tribunale – eventualmente anche in via d'urgenza – di autorizzare ugualmente la revoca, qualora ritenga infondato il pregiudizio lamentato dai creditori oppositori o la società presti idonea garanzia: in tema v. P.P. FERRARO, *La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea*, in *Società*, 2011, 566 ss. C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 2591; e soprattutto F. P. PETRERA, A. RUOTOLO, *Scioglimento e liquidazione nelle società di capitali*, Cnn - Studio n. 186-2011/I, 9 ss.

Sebbene, poi, il tenore letterale dell'art. 2445, quarto comma, possa far pensare che l'assenza di un potenziale pregiudizio debba concernere l'intero ceto creditorio, la tesi più accreditata è nel senso che la stessa debba concernere soltanto la posizione degli oppositori: non vi è dubbio, infatti, che – quantunque l'opposizione produca un effetto interdittivo assoluto e generale – il creditore agisca nel suo esclusivo interesse (tanto è vero che potrebbe essere soddisfatto con un pagamento) e dunque deve essere valutato il pregiudizio del suo credito, seppure in relazione alla complessiva situazione patrimoniale o reddituale della società: v. G. GIANNELLI, (nt. 24), 1006-1007; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 73, *sub* nota n. 137. Ne consegue, dunque, che anche la garanzia eventualmente prestata dalla società - nelle varie forme che la stessa potrebbe assumere (es. fideiussione, pegno, deposito vincolato o postergazione di altri crediti sufficienti a rimuovere il pericolo di mancato pagamento del credito dell'opponente: v. A. DACCÒ, (nt. 71), 1458; ID., (nt. 57), 2549 ss.) dovrebbe riguardare esclusivamente i creditori oppositori.

soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge¹³⁷. Aderendo alla tesi opposta, peraltro, si finirebbe con l'addossare alla società l'onere di agire in via giudiziale, eventualmente anche in sede cautelare¹³⁸, al fine di ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione dell'operazione a seguito di qualsivoglia manifestazione di volontà dei creditori in senso contrario alla revoca della liquidazione: in altri termini, si verificherebbe una sorta di ribaltamento dell'onere probatorio, posto che graverebbe sempre e comunque sulla società quello di dimostrare l'insussistenza del potenziale pregiudizio e/o l'adempimento delle misure interdittive dell'opposizione (es. pagamento, garanzia e/o ottenimento del consenso)¹³⁹.

¹³⁷ La dottrina più recente si è prevalentemente espressa nel senso di ritenere necessaria una proposizione dell'opposizione in forma giudiziale: G. DE MARCHI, A. SANTUS, (nt. 29), 333; G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 70 ss.; G.A. RESCIO, (nt. 119), 299 ss.; C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 1591; M. PERRINO, artt. 2503-2503 bis c.c., (nt. 44), 1549 ss.; M. SFERRAZZA, (nt. 129), 411 ss.; S. TURELLI, art. 2487-ter, in *La società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, II, Milano, Giuffrè, 2016, 2921. In senso contrario, v. G. CAPPARELLA, *Riflessioni sulla natura dell'opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, 1503 ss.; R. GUIDOTTI, (nt. 119), 880 ss.

Quanto al rito, il contrasto di opinioni precedentemente maturato era stato risolto dal legislatore della riforma con l'applicazione delle norme regolatrici del procedimento speciale di cui all'art. 33 d.lgs. n. 5/2003, ma la successiva abrogazione del rito societario (L. n. 69/2009) ha riaperto il dibattito: sul punto v. C. PASQUARIELLO, (nt. 2), 2591 (che ritiene presumibile l'applicazione del procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.); in senso dubitativo G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 71, il quale sembra più propenso a ritenere che il rito camerale si applichi al giudizio incidentale volto ad ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione, mentre l'opposizione dovrebbe essere proposta instaurando un ordinario giudizio di cognizione. La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso della necessità dell'atto di citazione introduttivo di un giudizio di cognizione ordinario: v. Trib. Milano, 26 febbraio 2015, in *Società*, 2015, 1106 ss.; Trib. Milano, ord. 14 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1351; Trib. Milano 18 luglio 2011, in *Società*, 2011, 1231; anche prima dell'introduzione del cd. rito societario (ora abrogato), parte della giurisprudenza aveva affermato la natura contenziosa del procedimento di opposizione alla fusione, in quanto diretto ad accertare l'insufficienza patrimoniale della società che risulta dalla fusione quale debitrice in luogo di quella originaria: v. Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Società*, 1998, 437, con il commento di F. FIMMANÒ, *Funzione, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, nello stesso senso, già App. Genova, decr. 15 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 1057, con il commento di M. IRRERA, *Autorizzazione alla fusione in pendenza di opposizione*.

¹³⁸ L'autorizzazione a proseguire il procedimento di trasformazione in pendenza dell'opposizione può essere richiesta anche ai sensi dell'art. 700 c.p.c., laddove il ricorso presenti *petitum* e *causa petendi* conformi allo schema tipico, non essendo vincolante per il giudice il *nomen iuris* adoperato dal ricorrente (Trib. Napoli, sez. spec. imprese, 5 aprile 2016, in *RDS*, 2016, 554)

¹³⁹ V. G. NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione»*, (nt. 1), 70 ss.; G.A. RESCIO, (nt. 119), 300; ma in senso contrario R. GUIDOTTI, (nt. 119), 80 ss., secondo il quale l'attribuzione alla società dell'onere di assumere l'iniziativa per ottenere l'accertamento giudiziale dell'infondatezza della pretesa del creditore opponente non comporta necessariamente un'inversione dell'onere della prova in senso sostanziale, dal momento che, in presenza di una generica contestazione giudiziale da parte della società spetterebbe comunque al creditore dimostrare la fondatezza della propria pretesa.

THE LAW OF GROUPS OF COMPANIES ACCORDING TO THE EUROPEAN MODEL COMPANY ACT (EMCA)

J.M. COUTINHO DE ABREU*

SOMMARIO: 1.Introduction.–2.Definition of group of companies.–3.Right of a parent company to give instructions and group interest.–4.Protection of controlled companies, their minority shareholders and creditors.–5.Between the EMCA regulations and the non-general regulations of groups of companies.

1.Introduction.

1.1. It is not the same thing for a controlling shareholder to be a (non-entrepreneurial) natural person or a company. In both cases conflicts of interests between the controlling shareholder and the minority shareholders and/or the company are or may be present. But, normally, the content, intensity and nature of the diverging interests or purposes in each of the cases are different.

In general, the ultimate interests of the natural person-controlling shareholder are convergent with those of the minority shareholders: all of them want to earn as much as possible in the same company; the diverging interests are normally sporadic and circumstantial. This is normally not the case in groups of companies (in an ample sense).

The controlling company acts in accordance with business strategies that count on the controlled companies; the shareholder(s) of the controlling company wish to earn as much as possible in their company, even if at the expense of the controlled companies; if the controlling company, by carrying out its influential power, loses or earns less in a controlled company it is because it is trying to earn more inside itself or in another controlled company; the diverging interests are normally systematic, structural.

Not rarely, for example, do the controlling companies impose non-compensated prices on one or another controlled company in intra-group transactions or in licenses for intellectual property rights; determine free financing or financing with low interest rates or with an unreasonable risk; transfer the activity of one of the controlled companies to another which is formed in another country or region; directly or indirectly, exploit the business opportunities of the controlled companies.¹

If the danger of possibly caused damage by the controlling company in a controlled company is a danger of (indirect) damage for the minority shareholders of the controlled company, it

* University Of Coimbra, Faculty Of Law

¹ This does not mean that the controlled companies, or at least some of them, cannot extract benefits from the fact that they belong to a group of companies – the (good) image of the group could facilitate obtaining external credit, the complementarity of company affairs would promote the enlargement of markets, the transference of technology and shared services could potentiate productivity. But what is typical is the instrumentalization of the controlled companies by the controlling companies, for the promotion of their own ends. Normally, whoever possesses (economic) power uses it primarily to their own interest.

is also a danger for the controlled companies' creditors and other third parties: if the net assets of the controlled company decrease, its security to current and potential creditors will also decrease. And the danger increases when multiplication of companies composing the group means the fragmentation of a homogeneous enterprise in sub-capitalized units of limited liability.

1.2. So, it is not surprising that (the few) legislations which intended to globally regulate the groups of companies (the German *Aktiengesetz* from 1965 – AktG – in the first place) have a main tendency to defend against abuses: at the same time as ascribing the right to manage the subsidiary companies to the parent company, they establish protection mechanisms for the interests of the minority shareholders and/or the creditors of the controlled companies. However, the majority of national legislations do not present any special or exceptional and systematic regulation for groups of companies, so it seems that those general rules and principles of company law are enough. Also it seems that this pleases groups of companies (better, it pleases the controlling companies and shareholders): they do not want to be subject to special laws, unless they gain benefits from such laws.

1.3. Chapter 15 of the EMCA (European Model Company Act)² is entirely dedicated to groups of companies. Maybe what is provided there will please groups. So, as is stated in the chapter's General Comments, it does not fundamentally look to the protection of controlled companies, of their minority shareholders and creditors, but, instead, looks to establish rules that facilitate and reinforce “the flexibility of the formation, organization and functioning of this leading form of business organization nowadays”.

Chapter 15 “legalizes” what controlling companies have been doing, but (according to company law in general) do not have the right to do – namely, give instructions, which may inclusively be unfavourable, to the management of controlled companies – and, without prescribing, on the other hand, significant protection rules of minority shareholders and/or creditors of the controlled companies. In the words of the quoted General Comments: “the *right of a parent company to give instructions to a subsidiary* is recognized, without creating a specific liability or burden on the parent company, as this power corresponds to reality”. This is the “reality”, these are the facts, the reality of the facts imposing itself, as such, over the law. As if that reality was simply natural or spontaneous, without legal coverage or tolerance; as if a certain business reality could not or should not be conformed-altered politically-legally... It is true that the political-legal has revealed strong “factodependency” or “factosubservience”, that it has normalized the “reality” of the economic-corporate power (especially financial). But, should it not do anything more? “Is there no alternative”?

1. *Definition of group of companies.*

² Available at <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca>.

According to section 1 of Ch. 15 of the EMCA, a group is the entity, comprising of the parent company and all its national or foreign subsidiaries or entities. A subsidiary is a company subject to direct or indirect control, whole or not, by the parent company (Sections 2 and 3). Control is defined as the power of the parent company to “govern, alone or with other shareholders, the financial and operating policies of a subsidiary” (Section 4). It may be *de jure* – the control exists, normally, if the parent company, directly or indirectly, detains more than half of the voting rights of the subsidiary (Section 5) – or *de facto*, if the parent company, besides holding half or less than half of the voting rights, has the possibility, by other means, to determine the subsidiary’s policies (Section 6).³

The standard used to define (vertical) groups of companies seems appropriate. And is more simple than the standards of “unitary management”, “subordination contracts” or “integration” and “whole control”.

It is interesting to note that Section 1 speaks of a group as an “entity”. Although without attribution of legal personality, the set of composing members of the group seems to be understood as something with an individual identity. If to this we added the perception of the group as an enterprise⁴, we would hope for an assertion of a common liability for the debts of each of the members towards third parties – the liability of all the companies in the group or, at least, the liability of the parent company for the debts of its subsidiaries.⁵ But we would look for the mentioned liability in Ch. 15 of the EMCA without success.

3. Right of a parent company to give instructions and group interest.

3.1. According to the general rules and principles of company law, no shareholder has the right to give instructions to the management of its company. Be it a natural person or a legal entity, or be it a controlling or a non-controlling shareholder.

It is within the management board’s power to manage and represent the company. According to the law and the articles of association, in matters of management, the board may be subject to decisions and instructions of the general meeting. In the general meeting, the controlling shareholder may, evidently, determine the legal will imputable to the company. But, outside the general meeting, he does not have the power to, *de jure*, determine directors’ behaviour. Of course he has the power to do so *de facto*. But if he does, he will be subject to penalties (mainly when his influence is revealed as a harm to the company).

This is also the same, in general, for single-person companies. The sole-shareholder carries out the powers the law or the articles of association give the general meeting of the

³ Section 7 contains special rules on the calculation of the voting rights, relevant and irrelevant, to the determination of control.

⁴ See the first paragraph of no. 2 of the General Comments: “the group of companies – and not the single company – is the prevailing form of modern enterprise”.

⁵ The “enterprise” theories developed by case law and doctrine in the USA are on the same track – See for ex. K.A. STRASSER, “*Piercing the Corporate Veil in Corporate Groups*”, Connecticut Law Review, 2004-2005, 646 *et seq.*

corresponding type of company. He does not have the right to give instructions to the management board outside of those powers and of the pertinent organic procedure.⁶

However, this is not so in *de jure* groups of companies. The laws with special regulation for groups give the parent companies the right to give instructions⁷, including unfavourable ones to the controlled companies (*v.g.*, AktG, §§ 308, 323, Portuguese Company Code – CSC –, art. 503). It is a special and exceptional right, a “privilege”. But justified or balanced, since such laws impose special obligations towards controlled companies (and minority shareholders, if they exist) and/or creditors of controlled companies.

3.2. EMCA’s perspective is different. The attribution to the company – note, not to any natural person-controlling shareholder – of the right to give instructions to the management of the controlled company does not have, as in compensation, the imposition of a special liability.

In all honesty, the Comments to Section 9 state: “The approach chosen in EMCA is to consider groups and the power of direction of the parent companies over subsidiaries as a reality which has not to be formally ‘legalized’ or ‘declared’. Why would the parent company form a ‘legal group’ with their subsidiaries, if the price for obtaining a legitimation of its power of direction is so high? Why would the parent enter into such ‘unilateral declaration’, whereas as a matter of fact, it can already instruct the subsidiary, and face increase risk of liability?”

3.3. After establishing in paragraph (1) of Section 9 the right of the parent company (national or foreign) to give instructions to the management board of the subsidiaries – governing body, which, in general, must comply with such instructions (paragraph (2)) –, in paragraph (3) it establishes that some of the members of the subsidiary companies are not bound by these instructions: directors who are not appointed by the parent company, “independent directors” (as qualified by the applicable corporate governance code) and directors who are employee representatives.

These exclusions raise doubts. The instructions are given to the management board as such (even if through any of its members), not to each of its members. It should be the management board that is bound by the instructions, and so consequently it should execute them through director(s) necessary (in number) to represent the company. If one of the mentioned directors in paragraph (3) receive instructions, even though he is not obliged to comply with them, does he not have the duty to pass them on to other directors or the board? If the number of directors not included in that paragraph is insufficient to resolve or represent the subsidiary, will the subsidiary become free of the duty to carry out the instructions? ...

⁶ Nevertheless, the proposed Directive on single-person limited liability companies (*Societas Unius Personae – SUP*) – COM (2014) 212 final – in no. 1 of *article 23* expresses that: “The single-member shall have the right to give instructions to the management body”. But no. 2 adds: “Instructions given by the single-member shall not be binding for any director insofar as they violate the articles of association or the applicable national law”.

⁷ Or the controlling “enterprise”.

3.4. Meanwhile, the management board of the subsidiary is only obliged to comply to instructions from the parent company if they are in conformity with the “interest of the group” (paragraph (2) of Section 9, referring to Section 16).

Section 16 (entitled “interest of the group”), paragraph (1) states: “If the management of a subsidiary, especially as a result of an instruction issued by the parent company, takes a decision which is contrary to the interest of its own company, it shall not be deemed to have acted in breach of their fiduciary duties if:

- (a) the decision is in the interest of the group as a whole, and
- (b) the management may be reasonably assume that the loss/damage/disadvantage will, within a reasonable period, be balanced by benefit/gain/advantage and,
- (c) the loss/damage/disadvantage, referred to in the first sentence hereof, does not include any which would place the continued existence of the company in jeopardy.”

(a) The rule does not state what the group interest is. The Comments to Section 16 explain why: “a satisfactory definition would be very difficult, if not impossible, to find given the almost infinite diversities of situations in groups”.

It would be reasonable to refer to “interest of the group” as a simplifier or easy summary-phrase meaning that the interest of the controlling company and/or (if present) of other companies in the group justifies the sacrifice of the interest of the controlled company.⁸ It is in this sense that the expression is used in regard to certain legal rules (*v.g.*, § 308(1) of the AktG and art. 503(2) of the CSC).

Sub-heading (a) of paragraph (1) of Section 16 does not give any signs that this is the aimed meaning. Nor does it give sufficiently clear signs of another meaning. Such indefiniteness would potentiate the legitimization of the infringement of fiduciary duties by directors. Calling upon the abracadabra, the magic formula “interest of the group”, which indicates very little and is able to nearly justify everything, the directors of the controlling company and of the controlled company will easily reach a “safe harbour” of unaccountability (civil, etc.).

Further more, Section 16 (1) allows the directors of the controlled companies, in name of the interest of the group, to decide against the interests of their own company, even if they do not receive instructions from the parent company to decide in that way. It would be logical to think that the parent company has the power to define the “interest of the group”. Since it is this one, as “head” of the group, which has the right to give instructions to the controlled companies (Section 9) and (also because of that) the right to demand information from the controlled companies (Section 10)...⁹ So, how can the management of a company

⁸ As the interest of the controlling company is the ultimate reference – the satisfaction of the controlled companies’ interests is instrumental for the overall satisfaction, ultimately, of the interest of the controlling company (primarily, the common interest of its shareholders).

⁹ The shareholders of the parent company also have the right to information about the relations between companies in the group (Section 12).

– without a similar right to information¹⁰ – decide against the interests of its own company in name of the “Interest of the group”? In the absence of instructions, the directors of controlled companies should observe duties of care and loyalty towards their own company, they should act in its interest – interest that they should know and/or define. As directors of a controlled company they do not define or do not even have to know the interest of the controlling company or other companies in the group (sometimes, very numerous), or the “interest of the group”. Besides, managing a controlled company in its own benefit normally results in a (direct or indirect) benefit for the parent company.

Nevertheless, it is a very diffused idea that “interest of the group” means – as a simile of the “overriding” interest of a (autonomous) company – a common interest to all companies in the group prevailing above the interests of each of them¹¹, or the interest of a superior entity, based on an entrepreneurial unity, to which the interest of each of the constituents of the group are subject to.

I think this is a fragile idea. A (vertical) group of companies is not a group coordinated for the attainment of common ends, rather it is based on subordinate or dependent relations for (primarily) unilateral ends (of the controlling company); neither is it a new (legal) entity of a superior level with its own corporate nature and interests different and superior to those of the grouped entities. Normally a company in control of another tends to use the power of control to its own benefit. Therefore, it would compete the law to establish measures for the protection of minority shareholders and for the creditors of controlled companies.

(b) In relation to sub-heading (b) of paragraph (1) of Section 16¹² I ask: what, how much and when? – what are the losses/damages/disadvantages and benefits/gains/advantages to take into account; how are they proven and what are the ways of quantifying ones and the others; what is the “reasonable period” to carry out the compensation? In this regard, it seems to me that the proposals of the FECCG, especially the ones applicable to “service companies”, are more reasonable: “A Service Company must observe all directions coming from the parent company, unless the directions have the effect of precluding the Service Company from fulfilling its obligations falling due within a 12 month period following the direction. Alternatively, a guarantee may be provided by the parent company, another company of the

¹⁰ However, controlled companies should, in some cases, have the right to be informed about the compatibility of certain behaviours demanded by the parent company in the “interest of the group” – P.O. MÜLBERT, “*Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?*”, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), 2015, 660, *et seq.*

¹¹ This seems to be the understanding of the so-called *Rozenblum* doctrine (on which the EMCA is inspired – see Comments to Section 16), risen on 4/2/1985 in a decision of the french Cour de cassation’s criminal section – see for ex. M. E. BOURSIER, “*Le fait justificatif de groupe dans l’abus de biens sociaux: entre efficacité et clandestinité – Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle*”, Revue des Sociétés, 2005/2, 279, 295 *et seq.* But it should be added that the majority of the decisions of the same section that confronted the same question did not apply the justifying fact of a group – see *ibid.*, 281.

¹² According to paragraph (2) of the same Section, this is not applicable to wholly owned companies – so it does not caution the interests of the company’s creditors.

group or a third party covering the debts of the subsidiary falling due within a 12 month period at all times, i.e. on a revolving basis.”¹³

(c) Sub-heading (c) of paragraph (1) of Section 16 – the detrimental decision of the management of the controlled company, be it autonomous or heteronomously determined, that jeopardizes the existence of the company is not licit – deserves, it seems, a general reception.

Nevertheless it may occur that an irreversible insolvency situation of a controlled company is caused not only by one sole detrimental decision, but also by a series of unfavourable decisions more or less undetermined in time...

3.5. Here it is important to mention, very briefly, the rules on transactions between a (listed) company and related parties provided for in article 9-C of the Directive 2007/36/EC, article added by the Directive (EU) 2017/828, from 17th May 2017. Transactions between controlling and controlled companies are, certainly, amongst the most relevant transactions with related parties.

According to article 9-C, number 2, the company must publicly announce the material transactions¹⁴ with related parties at the latest at the time of the conclusion of the transaction. The announcement shall contain information “necessary to assess whether or not the transaction is fair and reasonable from the perspective of the company and of the shareholders who are not a related party, including minority shareholders”.

Member-States may establish that the referred public announcement is accompanied by a report assessing whether or not “the transaction is fair and reasonable from the perspective of the company and of the shareholders who are not a related party, including minority shareholders” (article 9-C, number 3).¹⁵

Article 9-C, number 4, states that related party transactions have to be “approved by the general meeting or by the administrative or supervisory body of the company according to procedures which prevent the related party from taking advantage of its position and provide adequate protection for the interests of the company and of the shareholders who are not a related party, including minority shareholders”.

The fairness and reasonability of the transactions from the perspective of the company and of the shareholders who are not a related party are the purpose of the referred public announcement and the guidance for the eventual assessment report and for the approving resolutions. The same criteria are valid for the transactions between a company and other companies in its group (companies in a controlling relation), also the “interest of the group”

¹³ Forum Europaeum on Company Groups, “*Proposal to facilitate the management of cross-border company groups in Europe*”, *Direito das Sociedades em Revista (DSR)* 14 (2015), 16 and 23, no. (11) – the text appears in Portuguese and in the original English version. Various members of the Forum are also members of the EMCA group.

¹⁴ Contrary to the Proposal of Directive altering the Directive 2007/36/EC COM (2014) 213 final, of 9/4/2014), article 9-C, number 1 now grants Member-States the task of defining the material transactions.

¹⁵ This report was generally mandatory in the referred proposal of Directive from 2014.

does not have and autonomous relevance,¹⁶ diverging, therefore, from the idea present in Chapter 15 of EMCA.

However, article 9-C, number 6 (a) establishes that Member-States may exclude, or may allow companies to exclude, from the requirements mentioned in numbers 2, 3 and 4 “transactions entered into between the company and its subsidiaries provided that they are wholly owned or that no other related party of the company has an interest in the subsidiary undertaking or that national law provides for adequate protection of interests of the company, of the subsidiary and their shareholders who are not a related party, including minority shareholders in such transactions”. Nevertheless, this exclusion, besides being a permission to Member-States (not an obligation), does not comprise each or every group of companies.¹⁷

4. Protection of controlled companies, their minority shareholders and creditors.

Although Ch. 15 of EMCA does not establish special regulations of parent companies' liability, it contains some provisions that protect (or can protect) controlled companies, their minority shareholders and creditors.

(1) When a subsidiary company is not wholly owned, its corporate opportunities should not be exploited by the parent company, directly or through another subsidiary, unless there has been authorization from the “disinterested directors” of the subsidiary or, if there aren't any, from its non-controlling shareholders (Section 13).

A corporate opportunity belongs to a subsidiary when it is insertable in its activities, or when it receives a business proposal from a third party or it is in negotiations with him for the conclusion of a contract.

The provision in Section 13 does not seem in perfect tune with the provisions that grant the controlling company the right to give instructions in the “interest of the group”. And may cause complex questions.

Imagine subsidiary **A**, seated in country **X**, receives a very beneficial business proposal from a third party domiciled in country **Y** (adjacent to **X**), where subsidiary **B** is seated. Will the parent company with seat in country **Z** be forbidden to exploit this corporate opportunity through **B** in case of no approval from the “disinterested directors” or from the minority shareholders of **A**, when it is known, for example, that country **Y** is more relaxed on tax matters or on labour legislation?

On the other hand, if the parent company does not respect Section 13, will it only have to pay damages to the subsidiary to which the corporate opportunity belonged?

¹⁶ With a similar understanding, see A. TARDE, “Die verschleierte Konzernrichtlinie – Zu den neuen EU-Vorgaben für related party transactions und ihren Auswirkungen auf das deutsche Recht”, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), 2017, 382, 387-388.

¹⁷ Note that in the proposal of 2014 the possibility of exclusion was only foreseen for wholly controlled groups.

(2) Section 14, which refers to Section 12, which in itself refers to Ch. 11 of EMCA, establishes the right of the shareholders of a subsidiary to request a special investigation in the parent company relating to decisions that have affected the subsidiary.

(3) The expression present in Section 15's heading – *Right to sell-out* – has been used for cases like those established in its paragraph (1): “When a parent company owns directly or indirectly more than 90% of the shares and of the voting rights, the others shareholders may request that their shares be purchased by the parent company”.

The provision in paragraph (2) – “The shareholders of a subsidiary can request that the parent company or another person designated by it purchases their shares” – is largely undefined. Through the respective Comments, it is understood that it is applied to shareholders who consider “that they are victim of an abuse by the majority shareholders”, for example “unfair prejudice, the lack of payment of dividends for a long period, the existence of detrimental related party transactions, etc.”

Paragraph (3) establishes rules on the procedures for determining the terms of sale, namely the price. And, strangely, paragraph (4) establishes that the provisions in Section 15 do not apply to foreign subsidiaries.

In regard to paragraph (1), what is there stated seems reasonable. When a company acquires shares corresponding to more than 90% of the share capital and the voting rights, the minority shareholders see the value of their shares reduced: they lose rights or possibilities of participation in the conduction and control of the company (its functioning will, largely, start to be determined extra-organically by the controlling company) and the sale to third parties at a good price will become more difficult.

Nevertheless, it would have been preferable to enlarge the possibilities of sell-out.¹⁸ In accordance with EMCA's definition of group: if control is enough for a company to be able to conduct the life of the controlled company, with potential harm being caused to it and to its minority shareholders, the right to sell-out should be ascribed without demanding the quoted 90%.

The right to *sell-out* is seen as the “equivalent” of the right to *squeeze-out* provided for in Section 11.¹⁹

It is not easy to justify that a shareholder with more than 90% of the shares and of the voting rights has the right to acquire the shares of the minority shareholders.²⁰ Less so in the EMCA. Not only because it is applied to public companies as well as private companies, but also because it is satisfied with the simple control for a controlling company to be able to conduct and give instructions to the controlled company. What is stated in the Comments to Section 11 does not seem enough: “The possibility to squeeze-out minority shareholders is the

¹⁸ See also T. H. TRÖGER, “Corporate groups”, SAFE Working Paper n. 66 (2014), 40.

¹⁹ See the Comments to Section 15.

²⁰ Critically analysing various justifications, see J. M. COUTINHO DE ABREAU/A. SOVERAL MARTINS, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Directed by Coutinho de Abreu), vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014, 143 *et seq.* (in regard to art. 490 of the CSC).

counterpart of the sell-out rights included in the EMCA. It is also a way to facilitate the formation of fully integrated groups”.

(4) Under the title “Wrongful trading”, Section 17 starts by stating that, if a subsidiary company which has been managed in accordance with instructions of the parent company does not, at a certain moment, have any reasonable prospect, by means of its own resources, avoiding insolvency, then the parent company is obliged to, without delay, perform a fundamental restructuring of the subsidiary, or initiate its winding up procedure.

Paragraph (2) then states that if the parent company does not promote any of those procedures (restructuring or winding up), or if it has managed the subsidiary (meanwhile fallen into insolvency) to its own detriment, it shall be liable for any unpaid debts the subsidiary incurred in before the moment (*crisis point*) where the parent company became aware of or should have become aware of the critical situation.

The interpretation of Section 17 raises many doubts.

If the parent company, which managed the subsidiary in the interest of the group, restructures it after crisis point or initiates procedures for its winding up, is it not liable for the referred debts? It seems more reasonable to affirm the liability towards the subsidiary’s creditors...

If after crisis point, the subsidiary continues to act unduly until it has been declared insolvent, does the parent company, which knew of or should have known of the situation, not also answer to the debts incurred after that moment? It very well seems so.

It seems that section 17 makes the liability of the parent company towards creditors (voluntary or involuntary) of the subsidiary depend on the moment it enters into insolvency. Suppose that a subsidiary, formed and managed by the parent company, operates in a country (to whose law it is subject to) with relaxed environmental, labour, etc. rules. Due to a lack of security or of health conditions of the mine or the factory exploited by the subsidiary, some people are gravely hurt, or contract a grave illness, or die. According to that country's legal system, the victims do not have a right to damages or have the right to a poor compensation. The subsidiary does not have to pay, or has to pay manifestly unjust compensations and continues perfectly solvent in order to operate. In cases like these is it fair that the parent company continues free of any liability? Suppose still that the subsidiary operates in a developed and more demanding country. Due to poor conservation of dangerous waste, the subsidiary causes damages to third parties. In order to make the parent company liable, would it be necessary to verify if the compensation of the damages causes the insolvency of the subsidiary? Would it be reasonable to subject the injured to the wait of insolvency proceedings? Would it be fair that the subsidiary be extinct, with all the harmful consequences this could result in, when the parent company continues in a prosperous situation?

5. Between the EMCA regulations and the non-general regulations of groups of companies.

5.1. Between the proposed legal model of the EMCA and the German legal model of *Konzernrecht*, I believe that, besides its imperfections, this last one is preferable. For it gives more protection to those who need it: controlled companies and their minority shareholders and creditors.

5.2. In civil liability, if you give (like EMCA does) a controlling company the power/right to manage the controlled company, there should be a corresponding liability.²¹

If, because a company has the right to manage its own business, it assumes the responsibility for the obligations that emerge from that business, a company, which dominates another and has the power to manage its business, should also assume the corresponding obligations. When the legal-subjective autonomy of a (controlled) company is only formal, whoever detains the materially derogating power of that subjectivity should be liable. Just as an autonomous company answers, with all its assets, for obligations originated in any of its business branches or departments, so should a controlling company answer for the obligations created in a company materially converted into a business branch or department of the controlled company.

Does this go against the “Holy Grail” of limited liability? Yes, but justly. Besides, limited liability became widespread in the middle of the nineteenth century. And only at the end of that century were inter-corporate stock ownership and the constitution of holding companies admitted.²² Allowing a group of companies with multiple layers of limited liability to insulate the group as a whole and externalize the risk for the involuntary creditors is “a consequence unforeseen when limited liability was adopted long before the emergence of corporate groups”.²³

5.3. With regard to civil liability, I doubt the EMCA’s regulatory model is more beneficial than the regulation of groups of companies in the rules and principles of company law in general (and of civil law).

In fact, in a large number of national legal systems, in order to make the parent company liable (besides various difficulties) it is possible to resort to means such as *de facto* directors (including shadow directors), piercing the corporate veil²⁴, the liability resulting from abusive resolutions (of the general meeting and the management board).²⁵

²¹ In this line of thought, see for ex. Nina A. Mendelson’s proposal, “A control-based approach to shareholder liability for corporate torts”, 102 *Columbia Law Review*, 2002, 1271 *et seq.*

²² P. MUCHLINSKI, “*Limited Liability and Multinational Enterprises: a Case for Reform?*”, *Cambridge Journal of Economics*, 2010, 34, 916 *et seq.*

²³ P. MUCHLINSKI, (nt. 22), 922, quoting Philip Blumberg (author of the transcript in the text). Note, in this regard, Muchlinski’s regulatory proposal (*ibid.*, p. 926-7): based on the enterprise liability principle, a statutory rule should attribute liability to the parent company for negligent acts of the subsidiary.

²⁴ K.A. STRASSER, (nt. 5), 645: “*Piercing the veil is the most familiar and most frequently used tool to limit parent company shareholder liability*”.

²⁵ About these tools, J.M. COUTINHO DE ABREU, “*Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio*”, *Scientia Iuridica*, 329, (2012), 223 *et seq.* On some of them and on others see K. J. HOPT, “*Groups of companies – A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*”, 2015 (available at <http://ssrn.com/abstract=2560935>). Note still MUCHLINSKI’s reference (nt. 22), 229, to (minority) case law in Australia and the USA that in some circumstances makes the parent company liable for violating the duty of

5.4. It would be recommendable for a legal model of groups of companies for European countries to take into account consolidated European case law on the subject of groups of companies within competition law.

Amongst the most recent examples of this type of case law, one should note the decision of the European Court of Justice from 8/5/2013 (C-508/11, Eni/Commission). The decision reads: “it is established case-law that the conduct of a subsidiary may be imputed, for the purposes of the application of Article 101 TFEU, to the parent company particularly where, although having separate legal personality, that subsidiary does not autonomously determine its conduct on the market but mostly applies the instructions given to it by the parent company, having regard in particular to the economic, organisational and legal links which unite those two legal entities”. “It also follows from settled case-law that, in the particular case in which a parent company holds all or almost all of the capital in a subsidiary which has committed an infringement of the European Union competition rules, there is a rebuttable presumption that that parent company exercises an actual decisive influence over its subsidiary.”

care towards third parties; it should also be added that, in 2012, the British courts recognized a duty of care of the parent companies towards the employees of the companies in the group – see L. TALBOT, *Critical Company Law*, 2nd ed., Routledge, London/New York, 2016, 84-85.