

1. RICHIESTA DI REVOCATORIA, EX ART. 2901 C.C., DI UN ATTO DI SCISSIONE SOCIETARIA E SUA COMPATIBILITÀ CON LE NORME DETTATE IN MATERIA DI FUSIONE E SCISSIONE DI SOCIETÀ DI CAPITALI

Le presenti riflessioni traggono spunto dall'esercizio di un'azione revocatoria nei confronti di un atto di scissione di società di capitali.

Preliminarmente, deve rilevarsi – ad avviso di chi scrive – una **inammissibilità** di tale azione revocatoria.

Ed infatti, in materia di scissione di società, in virtù dell'art. 2506 *ter* c.c. e del richiamo in esso contenuto, trova applicazione l'art. 2503 c.c., il quale – rubricato “*opposizione dei creditori*” – recita testualmente che “*La fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502-bis, salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca, salvo che la relazione di cui all'articolo 2501-sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501-sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori. Se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori indicati al comma precedente possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione. Si applica in tal caso l'ultimo comma dell'articolo 2445*”.

Il citato art. 2502 *bis* c.c. dispone che “*La deliberazione di fusione delle società previste nei capi V, VI e VII deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies. Si applica l'articolo 2436. La decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV deve essere depositata per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies; il deposito va*

effettuato a norma dell'articolo 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII”.

Orbene, è del tutto evidente che chi – assumendo di essere creditore della società scissa – agisce nei confronti di una scissione societaria utilizzando lo strumento dell’azione revocatoria, **avrebbe dovuto, a pena di decadenza, opporsi alla scissione ex art. 2503 c.c. nel termine di 60 giorni**, decorrenti dal deposito della deliberazione di scissione presso il competente Registro delle Imprese.

In tale senso si è espressa la giurisprudenza di merito che si è occupata della questione, affermando che “*All’atto di scissione della società, in virtù del richiamo contenuto nell’art. 2504 novies, comma ultimo c.c. **(n.d.r.: dopo il D. lgs. 6/2003 art.2506ter ultimo comma)**, si applica l’art. 2504 quater c.c. secondo cui l’atto (di fusione) non può essere più invalidato dopo le iscrizioni a norma dell’art. 2504 comma 2 c.c.*” e che “*È **inammissibile** l’azione revocatoria ex art. 67 comma 1 n. 2 l. fall. mediante l’accertamento della nullità e della inefficacia **di una (già perfezionata) scissione di società**” (Tribunale di Roma, 11 gennaio 2001).*

I giudici romani hanno ritenuto **inammissibili e tardivi** i rilievi circa la validità dell’atto di scissione perché i creditori non proposero a tempo debito opposizione avverso la delibera di scissione, delineandosi così il perfezionamento della scissione stessa.

Secondo il Tribunale di Roma, infatti, il deposito dell’atto di scissione assolve la funzione di tutelare gli interessi dei creditori, mentre la relazione illustrativa costituisce elemento di orientamento dei creditori anteriori al deposito del progetto di scissione.

Alla base di questa interpretazione – ampiamente condivisa in dottrina (cfr. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo – G.B. Portale, 2004, VII-2, 294-295, 366; A. Patroni Griffi, *Fusioni e scissioni di società*, 1995, 101) – c’è la convinzione che l’azione revocatoria sia incompatibile con l’istituto della scissione. Decorso inutilmente il termine fissato per l’opposizione, gli

effetti della scissione sono irretrattabili, ed ai creditori della scissa rimane soltanto di far valere la responsabilità solidale delle società beneficiarie della scissione.

Tale tesi trova autorevole conferma nell'opinione di chi (F. FIMMANÒ, in *Scissione e responsabilità << sussidiaria >> per i debiti sociali non soddisfatti*, in *Società*, 2002, 1384) ritiene che **le norme sulla scissione costituiscono un “sistema chiuso” non integrabile dalle disposizioni generali.**

Pertanto, la *ratio* dell'irretrattabilità degli effetti della scissione è costituita dall'intenzione del legislatore della riforma di istituire un sistema basato sulla **tassatività degli strumenti di tutela**; e ciò a garanzia della funzione riorganizzativa riconosciuta alla scissione.

A nulla vale, peraltro, l'affermazione secondo cui l'ammissibilità dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. sarebbe sostenibile considerato che la stessa ha un oggetto diverso rispetto a quello di cui all'art. 2503 c.c., ove è dettata la disciplina per l'opposizione dei creditori alla fusione/scissione di una società di capitali.

Più precisamente, si asserisce che l'opposizione ex art. 2503 c.c. avrebbe il solo fine di impedire la fusione o la scissione della società, mentre la revocatoria ex art. 2901 c.c. mirerebbe a tutelare la garanzia patrimoniale dei creditori da atti che possano dolosamente ridurla.

Tali affermazioni, infatti, appaiono destituite di fondamento giuridico per le seguenti motivazioni.

Innanzitutto, dall'applicazione di una soluzione così prospettata, **l'art.2503 c.c. verrebbe svuotato di qualsiasi contenuto ed il termine perentorio di 60 giorni, ivi stabilito, diventerebbe praticamente *inutiliter dato*, dal momento che – a vantaggio dei creditori di una società – troverebbe applicazione sempre e comunque la disciplina generale (ad es. quella dettata dall'art. 2901 c.c., invocata da controparte) a fronte di quella speciale (art. 2503 c.c.), dettata dal legislatore in siffatta materia.**

Peraltro, è opportuno rilevare che, sul punto, la dottrina è costante nel ritenere che **la ratio sottesa all'art. 2503 c.c. è la stessa di quella che sta alla base dell'art. 2901 c.c.**

Il pregiudizio richiamato dalla norma in esame si riferisce, infatti, alla lesione della garanzia patrimoniale generica e all'insufficienza patrimoniale della società scissa.

Il pregiudizio di cui all'art. 2503 c.c. altro non è che il rischio per il creditore del venir meno, o dell'affievolirsi, delle possibilità di recupero del suo credito.

L'opposizione ex art. 2503 c.c. non può che inquadrarsi nella più ampia categoria dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica (cfr. S. Cacchi Passani, *Trasformazione, Fusione, Scissione* a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, Egea – Giuffrè editore, ed. 2006, 720-721).

Pertanto, è assolutamente chiaro che **l'oggetto dell'una e dell'altra norma sia praticamente identico: evitare la riduzione della capacità patrimoniale di un soggetto giuridico.**

Ora, poiché la normativa societaria è **normativa speciale**, secondo l'antico principio di diritto "*lex specialis derogat legi generali*", deve ritenersi che **l'azione revocatoria sia incompatibile con l'istituto della scissione** (cfr. Scognamiglio, *Le scissione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo – G.B. Portale, 2004, VII-2, 294-295,366; A Patroni Griffi, *Fusioni e scissioni di società*, 1995, 101).

Le norme sulla scissione costituiscono un "sistema chiuso" non integrabile dalle disposizioni di carattere generale (cfr. F. Fimmanò, in *Scissione e responsabilità 'sussidiaria' per i debiti sociali non soddisfatti*, in società, 2002, 1384).

È chiara anche la **motivazione** per cui il legislatore ha introdotto un termine per l'opposizione dei creditori: **la certezza dei rapporti giuridici e tutela dell'iniziativa economica come previsto dall'art. 41 della Costituzione.**

Prevedere la possibilità della revocatoria ex art. 2901 c.c. nei casi di scissione/fusione delle società di capitali **comporterebbe l'assoluta incertezza dei rapporti giuridici delle società scisse, determinando l'impossibilità di un legittimo affidamento da parte di nuovi creditori e frenando – o arrestando – lo svilupparsi dell'economia.**

Come evidenziato dalla giurisprudenza di merito in ordine alle ragioni che hanno portato il legislatore nazionale ed europeo all'introduzione di un sistema così rigido *“la ratio della disciplina introdotta nel 1991 in recepimento della III direttiva CEE risulta essere quella di assicurare la stabilità dei rapporti e dei traffici economici derivanti dalla fusione [n.d.r. scissione], sulla base della considerazione della complessità degli effetti che dall'atto di fusione [scissione] discendono e dall'esigenza di tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi che vengono ad avere rapporti con la società risultante dal procedimento di fusione [scissione]. *Va focalizzato, infatti, a tale proposito, l'impatto dirompente che avrebbe sulla sicurezza dei rapporti e sull'affidamento dei terzi la pronuncia, anche a notevole distanza temporale, della nullità della fusione* [scissione], *cui conseguirebbe l'obbligo di ripristinare una separazione di patrimoni confluiti l'uno nell'altro* [n.d.r. ripristinare l'unione di patrimoni separati] *e di ricostruire anche le compagini societarie secondo la fisionomia precedente al compimento dell'atto nullo”* (Tribunale di Milano, 8 settembre 2003).*

L'oggetto della revocatoria ex art. 2901 c.c. e dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. è identico: **evitare la riduzione della capacità patrimoniale di un soggetto giuridico.**

Non sarebbe ragionevole, da parte del legislatore, l'introduzione di un doppio sistema di garanzia.

Se il creditore potesse proporre la revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., lo strumento di cui all'art. 2503 c.c. sarebbe del tutto inutile stante la possibilità di agire in via ordinaria.

A suffragare questa tesi, basti citare l'art.2504 *quater* c.c. che prevede l'impossibilità di invalidare l'atto di fusione/scissione quando siano state compiute tutte le iscrizioni previste dalla legge.

A tutela dei creditori, lesi da una invalida fusione/scissione già compiuta, il legislatore fa salvo il diritto al risarcimento del danno (art.2504*quater*, comma 2, c.c.).

Ciò che ha effettuato il legislatore è stato *“non già sacrificare completamente la contrapposta esigenza di protezione dei soci ovvero dei creditori anteriori, ma mutare qualitativamente la tutela ad essi accordata, eliminando la tutela reale quale rimedio non adeguato a situazioni giuridiche complesse che coinvolgono ben più che singoli atti e singoli beni, ed introducendo una tutela obbligatoria, di tipo risarcitorio”* (Trib. Milano, 8 settembre 2003).

Ma vi è di più.

I giudici milanesi precisano che la *ratio* della tutela obbligatoria risulta *“espressa nell'art. 2504-quater mediante l'uso del termine 'invalidità', **espressione ampia che non si presta (né in sé, né alla luce delle chiare finalità perseguite dal legislatore) ad essere riduttivamente letta, con esclusione di alcuno dei vizi che possano caratterizzare l'atto**”* (n.d.r. inefficacia relativa).

Di conseguenza, **decorso inutilmente il termine di 60 giorni** dall'ultima delle iscrizioni al Registro delle Imprese, **i creditori non possono più proporre azioni che modifichino gli effetti della scissione.**

Di conseguenza, è del tutto ovvio che – alla luce della normativa speciale dettata dal legislatore in siffatta materia – **gli attori erano tenuti, in quanto creditori potenziali della società scissa, a proporre opposizione alla scissione ai sensi del citato art. 2503 c.c..**

E ciò, tenuto conto che legittimati all'opposizione sono tutti i creditori intesi in senso ampio, ivi compresi i soggetti che vantano un credito sottoposto a condizione, non liquido e non esigibile, ma pur sempre tutelabile (cfr. S. Cacchi Passani, *Trasformazione, Fusione, Scissione* a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, Egea – Giuffrè editore, ed. 2006, 724-725).

2. PRESUNTA INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 2503 C.C.

Priva di fondamento giuridico è, ad avviso di chi scrive, la questione di costituzionalità secondo cui l'art.2503 c.c. violerebbe gli artt.3 e 24 della Costituzione.

Anzitutto, si rileva che la sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 1995 ha emesso una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c., peraltro successivamente modificato.

Siffatta questione di legittimità costituzionale, invero, aveva ad oggetto l'art. 2503 c.c. nella formulazione anteriore e posteriore al D.Lgs. n. 22/91, che ha modificato la norma suddetta.

Deve però rilevarsi che **il legislatore**, con la modifica del diritto delle società di capitali attuata con il D.Lgs. n. 6 del 2003, **ha nuovamente modificato l'art. 2503 c.c., di guisa che ogni precedente pronuncia della Corte Costituzionale deve ritenersi ormai superata dal volere del legislatore.**

Peraltro, poiché il legislatore ha **volutamente e nuovamente introdotto** un termine perentorio di 60 giorni per l'opposizione dei creditori sociali – e ciò, nonostante la precedente pronuncia della Corte Costituzionale – deve ritenersi che la volontà suprema del legislatore medesimo sia stata quella di statuire un termine decadenziale, onde evitare la totale incertezza dei rapporti giuridici delle società per un periodo di cinque anni successivo all'atto di fusione/scissione, periodo evidentemente giudicato dal legislatore eccessivamente lungo con riferimento alla materia societaria.

Pertanto, è chiaro che – alla luce dei successivi interventi legislativi *in subiecta materia* e, proprio, con riferimento all'articolo in questione – **la pronuncia della Consulta del '95 non può ritenersi applicabile alla nuova formulazione dell'art. 2503 c.c..**

Tra l'altro, per mero scrupolo difensivo, vale la pena rammentare che la sentenza n.47/95 emessa dalla Corte Costituzionale aveva, comunque, un oggetto diverso rispetto a quello della fattispecie *de qua*.

La dichiarazione di incostituzionalità, infatti, riguardava la diversità di trattamento dei creditori di società con soci illimitatamente responsabili **nei casi di fusione** rispetto ai creditori di società con soci illimitatamente responsabili **nelle ipotesi di trasformazione** di società.

In quel caso – diverso da quello che ci occupa, sia con riferimento alle società coinvolte (società di capitali e non di persone) sia con riferimento agli istituti giuridici coinvolti (scissione e non diversità di trattamento tra creditori in caso di fusione ed in caso di trasformazione) – la Corte Costituzionale non fece altro che rilevare la diversità di trattamento prevista dalla legge per creditori dello stesso tipo, considerando ciò una violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Si tratta di discipline che stanno su piani diversi: **il diritto delle società è una DISCIPLINA SPECIALE A SISTEMA CHIUSO, non integrabile, cioè, con le norme di carattere generale.**

Non può parlarsi di diversità di trattamento con riferimento a **soggetti giuridici diversi** e, dunque, non è prospettabile alcuna violazione dell'art. 3 Cost..

Infondato è anche il rilievo relativo ad una presunta violazione del diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 Cost..

Innanzitutto, appare opportuno evidenziare che i giudici costituzionali non hanno ritenuto che l'art. 2503 c.c. violasse in alcun modo l'art. 24 Cost..

Inoltre, la *ratio* dell'art. 2503 c.c. si intuisce anche alla luce della tutela dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost..

Tale norma, al secondo comma, prevede che l'iniziativa economica non possa porsi *“in contrasto con l'utilità sociale”*.

Ora, è chiaro che la norma contestata sia posta per rispettare tale principio poiché prevedere la possibilità per i creditori di effettuare un'azione revocatoria ai

sensi dell'art. 2901 c.c., in aggiunta all'opposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 2503 c.c., comporterebbe la **totale incertezza dei rapporti giuridici** sì da ingenerare, nei nuovi creditori delle società scisse, l'impossibilità di un legittimo affidamento, causando, pertanto, l'arresto dello sviluppo economico.

Il legislatore, di fronte ad un contemperamento degli interessi dei creditori della società scissa e del legittimo affidamento dei terzi, ha deciso di tutelare i terzi che nulla conoscono della pregressa situazione della società, garantendo i precedenti creditori attraverso una tutela obbligatoria di tipo risarcitorio.

Se le argomentazioni svolte da controparte dovessero ritenersi fondate, si potrebbe arrivare alla conclusione che anche tutti gli altri istituti posti a tutela della certezza dei rapporti giuridici siano affetti da incostituzionalità (v., ad esempio, le prescrizioni presuntive di cui agli artt. 2954 e ss. c.c., o il termine di decadenza di otto giorni per la denuncia dei vizi della cosa venduta ex art. 1945 c.c.).

Il creditore ha il dovere della diligenza che comporta, nel caso specifico, l'onere di tutelare le proprie ragioni effettuando **periodici accessi** al Registro delle Imprese per verificare che non siano in essere possibili lesioni del proprio credito.

Parte attrice, non proponendo opposizione alla delibera di scissione nel termine perentorio previsto dalla legge, non è stata diligente e, pertanto, DEVE CONSIDERARSI DECADUTA DA OGNI POSSIBILITÀ DI OPPORSI ALLA SCISSIONE DELLA SOCIETÀ SCISSA.