

Federica Pasquariello

---

**LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE  
DI SOCIETÀ INCORPORATA**

---

Estratto

**Fusione per incorporazione - Insolvenza società incorporata - Liquidazione giudiziale nell'anno dalla cancellazione - Ammissibilità.**

(Art. 10 l. fall.).

*In tema di fusione per incorporazione, la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'art. 10 L. fall., entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese (1).*

(*Omissis*). — FATTI DI CAUSA — 1. Espone il ricorrente che la società DOMENICO EDITORE S.P.A., impresa editrice del quotidiano “La SICILIA”, ha avuto nel tempo necessità di sostegno finanziario da parte del socio di riferimento, il dott. Mario il cui patrimonio è stato però colpito, dal 2018 al 2020, dalla misura patrimoniale ablativa del sequestro (poi annullata su provvedimento della Corte di Appello di Catania del 24.3.2020 e poi della Corte di Cassazione del 21.1.2021), sicché, con atto del 24.11.2020, questi, per “mettere in sicurezza” la società editoriale, ha realizzato un’operazione straordinaria di fusione, all’esito della quale la predetta società è stata incorporata nella SOCIETÀ INIZIATIVE EDITORIALI SICILIANE S.R.L., che ha assunto la denominazione di DOMENICO EDITORE SOCIETÀ PER AZIONI.

1.1. A seguito di richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania, la suddetta società incorporata DOMENICO EDITORE S.P.A. è stata dichiarata fallita dal tribunale di Catania con sentenza 11.12.2021, ed il reclamo *ex art.* 18 l. fall., proposto da MARIO nella qualità sia di legale rappresentante della Domenico Editore Società Per Azioni che di cessato amministratore unico della Domenico Editore S.p.A., è stato rigettato dalla Corte d’appello di Catania con la sentenza indicata in epigrafe.

1.2. In particolare, i giudici del reclamo hanno affermato: *i*) l’infondatezza dell’eccezione di nullità dell’istanza di fallimento per omessa individuazione nel ricorso introduttivo del soggetto destinatario; *ii*) l’infondatezza dell’eccezione di nullità del decreto di convocazione per violazione del diritto di difesa; *iii*) la natura estintiva della vicenda di incorporazione per fusione, con conseguente applicabilità dell’art. 10, comma 1, l. fall.; *iv*) il legittimo utilizzo, ai fini della prova dello stato di insolvenza, anche della documentazione postuma prodotta dalla curatela, riferita a fatti anteriori al fallimento; *v*) l’esistenza di debiti tributari oltre la soglia di cui all’art. 15, comma 9, l. fall.

2. Avverso detta decisione MARIO nella duplice qualità di cui sopra, ha proposto ricorso per cassazione in tre motivi, cui il FALLIMENTO DOMENICO EDITORE S.P.A. ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno prodotto memoria. Il Pubblico Ministero ha depositato requisitoria scritta, concludendo per il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE — 2.1. Il primo mezzo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 10 l. fall., 2495 e 2504-*bis* c.c., per avere la corte d’appello affermato l’assoggettabilità a fallimento della società incorporata entro l’anno dalla realizzazione della fusione, in ragione del ritenuto effetto estintivo dell’operazione di fusione, senza dare rilievo alla assoggettabilità a fallimento della società incorporante.

2.2. Il secondo lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 5 l. fall. e 2504-*bis* c.c., per avere la corte territoriale ritenuto irrilevante ogni accertamento circa la solvibilità dell’incorporante.

2.3. Il terzo censura la violazione e falsa applicazione dell’art. 91 c.p.c. per erroneità della condanna di parte reclamante alla rifusione delle spese del grado, in quanto pronunciata in erronea applicazione del criterio della soccombenza.

3. I primi due motivi, da esaminare congiuntamente perché connessi, sono da rigettare, con assorbimento del terzo.

3.1. In sintesi, e per come ricordato in memoria, il ricorrente sostiene che l’orientamento inaugurato da Cass. Sez. U, 21970/2021, che ha “rivitalizzato” la lettura della fusione come vicenda non già evolutivo-modificativa, bensì estintivo-successoria, mancherebbe «di confrontarsi col dato caratte-

ristico e proprio della fusione, che è quello di comportare l'assegnazione di masse patrimoniali — ovvero quote di patrimonio funzionalizzato, ordinate secondo un criterio di appostazione e valutazione contabile che si perpetua, salvo deroghe espresse, nell'ente risultante dall'operazione — e non di semplici beni o insiemi di beni».

Esso sarebbe comunque proteso a coniugare «l'affermazione del principio della continuità nei rapporti giuridici con il disconoscimento dell'ipotesi di una contestuale sopravvivenza, sia pure con assetto organizzativo rinnovato, dell'originario titolare dei detti rapporti» (tanto da negarsi l'effetto interruttivo del processo), sì da finire per declinare «una tesi intermedia, che inquadra la fusione come vicenda modificativa *quoad effectum*», capace di dar vita «ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano» e di determinare «un fenomeno di concentrazione giuridica ed economica», salvo solo negare «il fenomeno che in motivazione viene descritto come sopravvivenza “ad aeternum” della società incorporata o fusa “nonostante la irreversibile riorganizzazione materiale e giuridica operata”».

Non nega, il ricorrente, che le citate Sezioni Unite mostrino «incidentalmente di ritenere vigente, nel nostro sistema, un principio di fallibilità dell'incorporata», ma assume come da verificare il dubbio «se il presunto effetto estintivo a carico della incorporata e la conseguente sua cancellazione dal registro delle imprese corrispondano in tutto all'ipotesi ordinaria di cancellazione prevista dall'art. 2495 c.c., oppure integrino un fenomeno peculiare, equiparabile ad una cancellazione puramente “tecnica”, come tale inidonea ad innescare l'applicazione dell'art. 10 l. fall.», il quale prenderebbe in considerazione un fenomeno — la cessazione dell'attività di impresa — non ravvisabile nella fusione, la cui peculiarità, secondo le stesse Sezioni Unite, «sta nella prosecuzione dei soci nell'attività d'impresa mediante una diversa struttura organizzativa», sicché, «al contrario che nello scioglimento e liquidazione della società», la fusione avrebbe «un significato opposto: non l'uscita dal mercato, ma la permanenza dei soci sul medesimo, sia pure in forme diverse».

Di qui la conclusione che «il presupposto applicativo uniforme degli artt. 10 e 11 l. fall. sia rappresentato dall'esigenza di scongiurare l'improvviso venir meno della tutela concorsuale del ceto creditorio, che potrebbe verificarsi — in assenza delle richiamate norme speciali — per effetto della intervenuta cessazione dell'attività di impresa, oppure del venir meno, quale centro di imputazione di tale attività, di un soggetto suscettibile di fallimento»; esigenza che invece «non si pone in caso di fusione tra società lucrative fallibili, atteso che l'attività prosegue ed il soggetto risultante dalla fusione è parimenti soggetto alle regole del concorso», similmente a quanto accade nell'ipotesi «in cui l'attività di impresa del soggetto imprenditore individuale defunto sia proseguita senza soluzione di continuità dall'erede».

Aggiunge il ricorrente che il dato, riaffermato dalle Sezioni Unite, «della continuità dell'attività di impresa in ipotesi di fusione rende manifesta l'inapplicabilità di un criterio di valutazione dell'insolvenza che cristallizzi la situazione al momento di perfezionamento della fusione, senza tener conto delle modificazioni successivamente intervenute per effetto della continuazione dell'attività»; allo stesso modo, «in ragione dell'intervenuta confusione tra i patrimoni delle società partecipanti alla fusione, nella valutazione della solvibilità attuale della società dovrebbe tenersi conto anche dell'incremento patrimoniale conseguito per effetto della fusione (che nel caso che ha dato origine al presente giudizio era stato particolarmente rilevante), in quanto anch'esso attratto nella garanzia patrimoniale c.d. generica per i debiti già in capo all'incorporata».

L'accoglimento della tesi che predica l'autonoma fallibilità post fusione della società incorporata in altra compagine lucrativa fallibile si rivelerebbe allora: «1) distonico rispetto alla configurazione normativa dell'istituto della fusione come strumento utile alla soluzione anche delle crisi di impresa (arg. ex artt. 2501 c.c. e 160 l. fall., nonché, oggi, 166 CCII); 2) contrastante rispetto alla *ratio* degli artt. 10 e 11 l. fall., che è quella di non privare i creditori della tutela concorsuale e non certo quella di moltiplicare senza costrutto i soggetti fallibili; 3) disfunzionale rispetto all'esigenza di un reale accertamento dell'insolvenza (attuale)».

3.2. Il Fallimento controricorrente sottolinea l'inconferenza dei riferimenti all'art. 2495 c.c. (norma non evocata dalla sentenza impugnata) e all'art. 2504-*bis* c.c. (non essendo in discussione che la società scaturita dalla fusione abbia “assunto” tutte le posizioni giuridiche, attive come passive, già facenti parte del patrimonio dell'incorporata) e valorizza come vero parametro di giudizio l'art. 10 l. fall., cui correla l'art. 11 l. fall., norma da applicare in via estensiva o analogica una volta riconosciuto

che la fusione per incorporazione comporta tanto l'estinzione della società incorporata, quanto la "successione" dell'incorporante *in universum ius* (Cass., sez. un., 21970/2021), «posto che gli effetti normativi implicati non possono più dirsi peculiari e caratteristici dei soggetti, come le persone fisiche, che godono di una vita "biologica"». Pertanto, gli attivi, materiali come immateriali (ivi compresi i rapporti contrattuali) confluiti nel patrimonio dell'incorporante, «o sono da ritenersi già "separati" da quest'ultimo per effetto dello stesso fallimento dell'incorporata, in applicazione analogica dell'art. 11 l.f. [...] oppure potrebbero divenirlo per effetto dell'esercizio delle azioni revocatorie».

Taccia poi come «suggestivo, ma inefficace», l'argomento per cui la scissione sarebbe un fenomeno "disaggregativo" del patrimonio, laddove la fusione invece porterebbe alla "concentrazione" dei patrimoni, dal momento che «anche nel caso della trasformazione "regressiva" i creditori troveranno dopo l'operazione più patrimoni aggredibili di quello della società ante trasformazione (i patrimoni dei soci); ma questo non vale certo ad escludere come è noto il fallimento della società; e comunque il fatto che i creditori della società incorporata trovino un ulteriore patrimonio aggredibile, quello dell'incorporante, non è sufficiente ad escludere il pregiudizio, atteso che la composizione di quest'ultimo, e la necessità di sottostare altresì al concorso con un'ulteriore massa creditoria, potrebbe comunque risultare meno favorevole alla tutela dei primi: si pensi non solo e non tanto al caso [...] della incorporante che si trovi in condizioni patrimoniali peggiori dell'incorporata, ma piuttosto, e ad es., ad un attivo della incorporante fortemente immobilizzato, che induca i creditori della stessa ad iniziative aggressive, che possono provocare la disgregazione e la sottovalutazione dell'intero attivo della società scaturita dalla fusione, con danno anche per i creditori delle società incorporate».

In memoria, poi, il controricorrente sottolinea che l'idea di una "prosecuzione" da parte della società incorporante della medesima impresa della società incorporata — oltre ad essere circostanza irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 10 l. fall. — «deriva da un'erronea sovrapposizione dei concetti di impresa e di azienda», poiché «nei casi, come quello di specie, di fusione per incorporazione, ciò che viene trasferito alla società incorporante è bensì l'azienda già di pertinenza della società incorporata (così come gli altri beni extra-aziendali che eventualmente rientravano nel patrimonio dell'incorporata), ma di certo non anche l'impresa che, in quanto attività (e non un bene o un rapporto giuridico), non è, come detto, suscettibile di trasferimento alcuno».

Di qui la sequenza logica conclusiva: *i*) la fusione per incorporazione determina l'estinzione della società incorporata per tutte le ragioni illustrate da Cass., sez. un., 21970/2021; *ii*) l'estinzione della società incorporata comporta, a sua volta, la cessazione della sua attività di impresa («vuoi perché qualunque soggetto di diritto, una volta estinto, evidentemente non può più operare e, quindi, non può neppure svolgere attività di impresa, vuoi, per altro verso, perché non è giuridicamente concepibile la successione di un altro soggetto nella pregressa attività del soggetto estinto, ma solo, come detto, nei rapporti giuridici conseguenti allo svolgimento di detta attività»); *iii*) «il fatto che la società incorporante, avvalendosi dell'azienda dell'incorporata, nella cui titolarità (di questa sì) è subentrata, non significa anche che l'incorporante sia succeduta e prosegua [...] la medesima attività di impresa dell'incorporata, ma significa semplicemente che l'incorporante ha avviato una nuova attività di impresa ad essa (materialmente e giuridicamente) riferibile, distinta da quella (oramai cessata) dell'incorporata, sebbene avente il medesimo oggetto»; *iv*) «chiarito l'equivoco su cui fonda la tesi avversaria (pretesa unicità dell'impresa delle due società)», la corte territoriale ha correttamente sussunto nella previsione dell'art. 10 l. fall. il caso concreto, in cui ricorrono gli elementi costitutivi della relativa fattispecie (estinzione del soggetto imprenditore e cessazione della relativa impresa).

Sotto il profilo dell'insolvenza, il controricorrente evidenzia che «l'avvenuta estinzione dell'incorporata, insieme alla circostanza che grandissima parte dei suoi debiti fosse ancora esistente, esigibile e scaduta da tempo, al momento della dichiarazione di fallimento (e sulle soglie della scadenza dell'anno dalla fusione)», non potrebbe avere altro significato che quello della sua persistenza — e rispetto ad essa «il fallimento costituisce la risposta inevitabile del sistema» — mentre solo «quando i debiti non configurano una vera e propria insolvenza, per prevenire il pregiudizio che i creditori potrebbero subire dall'operazione il sistema assegna loro un altro strumento di tutela (mai "esclusivo"): l'opposizione, che può essere evitata appunto pagando i crediti residui, oppure garantendone con certezza l'adempimento futuro».

3.3. La richiesta di rigetto del ricorso formulata dal PM muove da un riepilogo dell'evoluzione giurisprudenziale su natura ed effetti dell'istituto della fusione societaria per incorporazione, culmi-

nante nell'affermazione di Cass., sez. un., 21970/2021 — in controtendenza con Cass., sez. un., 2637/2006 — che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, in un'ottica però capace di coniugare «riorganizzazione e concentrazione, da un lato, ed estinzione e successione, dall'altra», poiché «la fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati».

Di qui il rilievo che, dopo la fusione o la scissione, l'assoggettabilità a fallimento della società, ancorché cancellata dal registro delle imprese, «non dipende tanto dalla sua sopravvivenza alla cancellazione, quanto piuttosto dalla presenza nell'ordinamento di una norma speciale come quella dell'art. 10 l. fall.».

Ed infatti, nonostante le oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della fusione, «non è mai stata negata la possibilità di assoggettare al fallimento la società incorporata, sia pure entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese», dal momento che «un fenomeno di riorganizzazione societario [...] come pure, più in generale, di modificazione della struttura conformativa del debitore, non può, come principio, realizzare una causa di sottrazione dell'impresa dalla soggezione alle procedure concorsuali»; sicché il tema della soggezione della società fusa o scissa alle procedure concorsuali attiene non già «al piano dell'organizzazione societaria dell'impresa», quanto, «piuttosto, al piano dell'operatività dell'impresa e dei suoi rapporti coi terzi, contraenti e creditori» (cfr. Cass. 4737/2020, in tema di fallibilità dell'impresa scissa).

Secondo l'ufficio della Procura generale, «la presenza di un soggetto che, a seguito di successione o trasformazione, possa rispondere dei debiti non implica in sé il soddisfacimento dei creditori, i cui diritti non possono perdere, per un'iniziativa del debitore, l'ampia tutela che è assicurata dal concorso fallimentare, nella convinzione che, diversamente ragionando, si giungerebbe “al riconoscimento alla società di un efficace strumento — la fusione — per sottrarsi, in caso di dissesto, al fallimento ed alle sue regole”».

L'art. 10 l. fall. mira perciò, tra l'altro, «a tutelare il ceto creditorio da eventuali comportamenti potenzialmente in grado di diminuire o affievolire la responsabilità dell'imprenditore *ex art. 2740 c.c.* e la fusione per incorporazione, pur dando continuità ai rapporti giuridici in essere, arreca un potenziale pregiudizio al ceto creditorio della società fusa, che si trova a concorrere sul patrimonio di quest'ultima unitamente ai creditori dell'incorporante».

Pertanto, «presupposto dell'applicazione dell'art. 10 l. fall. altro non è — secondo quanto emerge pianamente dalla lettura del suo testo — che la cancellazione dell'imprenditore dal registro dell'impresa», dal momento che «la norma non presuppone necessariamente che anche la corrispondente attività di impresa venga a cessare sul piano oggettivo» (conf. Cass. 23174/2020).

E questa interpretazione «soddisfa pienamente la stessa *ratio* dell'art. 10 l. fall. che, ammettendo la fallibilità dell'impresa cessata, mira: *a*) ad evitare che la condotta del debitore possa vanificare le aspettative dei creditori provocando, con la dissoluzione dell'impresa, quella della loro garanzia; *b*) ad evitare un'infinita incertezza in ordine alla stabilità dei rapporti giuridici coinvolti (Cass. 10302/2020)».

4. Il Collegio ritiene di condividere la ricostruzione sistematica offerta dalla Procura generale e dal controricorrente, in linea con gli approdi nomofilattici precedenti e successivi alla nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2021 — di cui è superfluo qui ulteriormente richiamare le argomentazioni in base alle quali è stato puntualizzato che, anche nel sistema societario successivo alla riforma del 2003, così come in quello antecedente (cfr. Cass. Sez. U., 19698/2010), la fusione per incorporazione estingue la società incorporata — i quali valorizzano l'art. 10 l. fall. come norma affatto speciale che, attraverso una *fiction iuris* (e in perfetta equiparazione al debitore persona fisica), sancisce la fallibilità anche degli imprenditori collettivi, e segnatamente delle società — quand'anche “estinte” a seguito di incorporazione, fusione o scissione totalitaria (Cass. 11984/2020) — entro il termine di un anno dalla loro cancellazione dal registro delle imprese, purché l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla medesima o nel termine detto.

4.1. Anche di recente è stato infatti ribadito che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, rendendone possibile la declaratoria di fallimento solo entro l'anno previsto dall'art. 10 l. fall., pena l'inesistenza della relativa statuizione (Cass. 6324/2023); ma anche, e più direttamente, che

«nell'ipotesi di cancellazione societaria generata dal fenomeno della incorporazione [...] opera la disciplina di cui all'art 10 l. fall.», la quale comporta la «fallibilità della società incorporata entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese» (Cass. 36526/2023).

4.2. Né sussiste la prospettata distonia rispetto alla configurazione normativa dell'istituto della fusione come strumento utile alla soluzione anche delle crisi di impresa, poiché è evidente che ciò vale solo se e nella misura in cui esso sia effettivamente canalizzato nei corrispondenti strumenti concorsuali preventivi, diretti a superare lo stato di crisi o di insolvenza, non potendo invece la fusione, di per sé, scongiurare il rischio della dichiarazione di fallimento o liquidazione giudiziale, essendo quantomeno necessario che l'operazione riesca a coagulare una desistenza dei creditori intenzionati a conseguire quella dichiarazione.

4.3. Se dunque deve ritenersi un punto fermo l'estinzione della società incorporata, e che detta estinzione comporta la cessazione dell'attività d'impresa sua propria — non esclusa dalla prosecuzione dei soli rapporti ad essa connessi in capo alla società incorporante, che in quanto ente distinto svolge una sua propria e distinta attività d'impresa — è inevitabile l'applicazione dello speciale regime declinato dall'art. 10 l. fall., avuto riguardo ad uno stato di insolvenza manifestatosi anteriormente alla cancellazione dal registro delle imprese, o entro l'anno successivo.

4.4. Risulta insomma ancora attuale (sebbene relativo a fattispecie di fusione di società di persone anteriore all'entrata in vigore della riforma del diritto societario introdotta con d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) l'insegnamento per cui è «irrilevante che i debiti siano stati, con la fusione, assunti dalla società incorporante; che la fusione non sia stata contrastata dai creditori; che sia mancato il fallimento della società incorporante; che sia mancata qualsiasi richiesta di pagamento rivolta dai creditori dell'incorporata alla società incorporante», poiché «il fallimento della società incorporata è conseguenza della sua insolvenza e del mancato decorso dell'anno dalla sua estinzione per fusione e prescinde dalla solvibilità o meno della società incorporante, che può semmai costituire ragione di eventuale soggezione di quest'ultima a procedura concorsuale, al pari di quanto si verifica per l'imprenditore individuale defunto ai sensi dell'art. 11, primo comma, legge fall., norma, quest'ultima, che postula una sorta di sopravvivenza dell'impresa rispetto al soggetto che ne era titolare, a garanzia della massa dei creditori» (Cass. 2210/2007).

4.5. Va dunque affermato il seguente principio di diritto:

“In tema di fusione per incorporazione, la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'art. 10 l. fall., entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese.”

5. Al rigetto del ricorso segue la condanna alle spese in favore del controricorrente, liquidate in dispositivo.

6. Sussistono i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 115/02 (cfr. Cass., sez. un., 23535/2019, 4315/2020).

P.Q.M.

Rigetta i primi due motivi di ricorso, con assorbimento del terzo.  
(*Omissis*).

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 25/03/2024.

---

(1) **La liquidazione giudiziale di società incorporata.**

SOMMARIO: 1. La fattispecie. — 2. Le cancellazioni di società fuse nella ricostruzione dottrinale. — 3. Il profilo di diritto concorsuale: la cessazione dell'attività in relazione alla società fusa. — 4. (*Segue*): Lo stato di insolvenza delle società fuse. — 5. (*Segue*): il computo del termine annuale. — 6. Il formante giurisprudenziale. — 7. Note conclusive.

1. *La fattispecie.* — Nella fattispecie, Il Tribunale di Catania aveva dichiarato il fallimento di una società editrice, fusa per incorporazione, sulla scorta della natura estintiva della operazione di incorpo-

razione e conseguente applicazione del termine annuale per la dichiarazione di fallimento, secondo l'art. 10 l. fall. (oggi, art. 33 c.c.i.i.). La Corte d'Appello di Catania ha rigettato il reclamo; contro la sentenza è promosso ricorso per Cassazione, denunciandosi, tra l'altro, violazione e falsa applicazione da un lato degli artt. 10 l. fall., 2495 e 2504-bis c.c., per avere la Corte d'Appello affermato l'assoggettabilità a fallimento della società incorporata entro l'anno dalla realizzazione della fusione, in ragione del ritenuto effetto estintivo dell'operazione di fusione, senza dare rilievo alla assoggettabilità a fallimento della società incorporante; d'altro lato, per violazione e falsa applicazione degli artt. 5 l. fall. e 2504-bis c.c., per avere la Corte territoriale ritenuto irrilevante ogni accertamento circa la solvibilità dell'incorporante.

La Suprema Corte ha invece confermato la soluzione e l'interpretazione già fatte proprie dai giudici del merito, ritenendo applicabile alla società incorporata — e, dunque, cancellata dal Registro Imprese —, il termine annuale per la dichiarazione di fallimento, secondo l'art. 10 l. fall. Gli argomenti a sostegno della decisione possono essere così ricapitolati: *i*) nella fusione, deve ritenersi un punto fermo l'estinzione della società incorporata; *ii*) detta estinzione comporta la cessazione dell'attività d'impresa, non esclusa dalla prosecuzione dei soli rapporti ad essa connessi in capo alla società incorporante, che in quanto ente distinto svolge una sua propria e distinta attività d'impresa; *iii*) è inevitabile allora l'applicazione dello speciale regime declinato dall'art. 10 l. fall., avuto riguardo ad uno stato di insolvenza manifestatosi anteriormente alla cancellazione dal Registro delle Imprese, o entro l'anno successivo.

Ciascuno di questi assunti risulta, invero, disputabile. In questa sede, la massima aderenza al commento del caso di specie consiglia di considerare, ora, le sole operazioni straordinarie di fusione, vuoi proprie vuoi per incorporazione (come nella fattispecie in commento), poiché non sembra che la diversa modalità di fusione incida sulle riflessioni che seguono. Vero che ad un esame congiunto delle due fattispecie di fusione e scissione se ne evidenzia una specularità ed una contiguità tale da consentire di citarle addirittura in un'unica espressione, di "fusione-scissione" <sup>(1)</sup>; ma ben altro approfondimento meriterebbero le questioni legate all'applicazione della liquidazione giudiziale alla società (totalmente) scissa <sup>(2)</sup>, ed anche alla società trasformata <sup>(3)</sup>.

---

(1) Così, sulla base di un richiamo all'ordinamento francese, v. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, II, 875. In entrambi i casi, poi, si opera su segmenti di organizzazione e non già su singoli beni. In tal senso FERRO LUZZI, *La nozione di scissione*, in questa *Rivista*, 1991, I, 1071. I. Per un'indagine sulla natura della fusione, v., anche per gli ulteriori riferimenti, DI SARLI, *Commento all'art. 2501*, in *Trasformazione, fusione e scissione Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, Egea, 2006, 427 ss.; A. GENOVESE, *Fusioni e scissioni*, in AA.VV., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola, Milano, Giuffrè, 2003, 349; LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1370; ID., *Commento all'art. 2504-bis*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini, Stagno D'Alcontres, III, Napoli, Jovene, 2004, 1342; MAGLIULO, *La fusione di società*, Milano, Wolters Kluwer, 2005, 15; C. SANTAGATA, R. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, 7\*\*\*, 1, Torino, Utet, 2004, 41 ss.; TAMBURINI, *Commento all'art. 2501*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, diretto da A. Maffei Alberti, IV, Padova, 2003, 2558; SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, 7\*\*\*, 1, Torino, Utet, 2004, 121 ss. Ampia casistica in CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, Ipsoa, 2003. Resta che, per certo, la scissione non è — diversamente dalla fusione — un evento neutrale dal punto di vista della garanzia patrimoniale, perché "comporta una redistribuzione della attività e delle passività": così SPADA, *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, Cedam, 2009, 178.

(2) Un supplemento di approfondimento meriterebbe il caso della scissione (totale) di società: su questi temi cfr. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in questa *Rivista*, 1993, I, 521 ss.; LBOGGIO, *Scissione totale di società di capitali insolvente; estinzione e dichiarazione di fallimento?*, in nota a App. Torino, 26 luglio 2016, in *Società*, 2017, 695; FIMMANÒ, *Scissione ed insolvenza*, in *Fall.*, 2023, 449; MAGRI, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 11 ss.; MAGLIULO, *La scissione totale costituisce un fenomeno estintivo?*, in *Notariato*, 2020, 495; NATALE, *Il fallimento della società "totalmente scissa"*, in *Liber amicorum A. Dolmetta*, Pisa, Pacini, 2023, 651; ID., *La liquidazione giudiziale della società "totalmente scissa"*, in *N. leggi civ. comm.*, 2022, 1621; PICCIAU, *Art. 2506*, in *Trasformazione — Fusione — Scissione. Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, Egea, 2006, 1040 ss.; PICONE, *Art. 2506-bis, ibidem*, 1086; SPOLIDORO, *Fallimento della società scissa nella scissione totale (con uno sguardo alla fusione)*, in *Società*, 2020, 671.

(3) Cfr. per tutti MOZZARELLI, *Trasformazione e fallimento: una prospettiva evolutiva*, in *Riv. soc.*, 2021, 1287. E v. *infra*, sub par. 7

2. *Le cancellazioni di società fuse nella ricostruzione dottrinale.* — Innanzitutto, è necessario distinguere tra cancellazioni estintive, ossia, eseguite all'esito del procedimento di liquidazione ordinaria di società, e cancellazioni dal Registro Imprese implicate nelle più ampie vicende straordinarie della fusione (trasformazione, scissione). Sul fronte dogmatico, risulta ben condivisa la convinzione che solo in relazione alle cancellazioni estintive sia corretto applicare la logica dell'art. 10 l. fall., ora art. 33 c.c.i.i. (4). Mentre ove una cancellazione sia schiettamente funzionale ad una reinscrizione del nuovo soggetto che risulta dalla fusione, allora vi sia modificazione riorganizzativa e non mera estinzione: scioglimento senza liquidazione (5).

Infatti, stante anche la necessaria componente di concentrazione insita nelle fusioni, che portano sempre al risultato di lasciare in vita una sola società, l'inevitabile estinzione dei soggetti societari preesistenti si apprezza sul piano degli effetti collegati all'operazione e non già sul piano della causa di questa (6), come avviene, invece, quando, a seguito dell'avverarsi di una causa di scioglimento ed espletata la fase di liquidazione ordinaria (7), l'iter dell'estinzione dell'ente va completato con l'adempimento della sua cancellazione dal Registro Imprese. Pure l'accostamento, sovente operato, con la *successione mortis causa*, sfalsa i termini del rapporto causa/effetto: in un caso si rimedia alla morte della persona fisica, mentre nell'altro — la fusione — quello che si vuole e si provoca è l'intervento sul soggetto, ed all'alterazione sul piano soggettivo dell'impresa societaria si accompagna l'integrazione delle compagini sociali degli enti interessati, funzionale a realizzare una riallocazione degli *assets*, con l'assunzione dei rapporti già in essere in capo alla società incorporante/risultante dalla fusione.

Peraltro, non è inutile ricordare che la disciplina codicistica delle fusioni societarie non impiega il termine "cancellazione", in relazione alle società coinvolte, ma prevede il "deposito per l'iscrizione" dell'atto di fusione presso ogni Ufficio del Registro Imprese dove ha sede ciascuna partecipante (art. 2504, comma 2, c.c.) (8). Sempre sul — non secondario — piano esecutivo, va altrettanto ricordato che l'art. 2504-bis, comma 1, c.c., come emendato nel 2003, abbia soppresso l'esplicito riferimento alle società "estinte" e si esprima, piuttosto, in termini di società "partecipanti alla fusione" (9).

Invero, è muovendo da una concezione in senso lato antropomorfa del fenomeno societario, nella

---

(4) Su questi temi v. per tutti SANNA, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2013; ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2014.

(5) Va ricordato che a mente dell'art. 89, Dir. 2017/1132/UE si definisce come "fusione mediante incorporazione [...] l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società o delle società incorporate di azioni della società incorporante"; secondo il successivo art. 90, si intende per "fusione mediante costituzione di una nuova società [...] l'operazione con la quale più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono a una società che esse costituiscono l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società"; agli artt. 105 e 109 si descrivono gli effetti delle due dinamiche di fusione affermando che le società preesistenti o incorporate "si estinguono".

(6) In tal senso cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2, Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2020, 658; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, Cedam, 1987, 641; MOZZARELLI, *Estinzione e continuità nei rapporti giuridici nella fusione, con uno sguardo all'apertura delle procedure concorsuali*, in *Società*, 2022, 834; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econom.*, diretto da F. Galgano, VIII, Padova, Cedam, 1985, 282.

(7) Ovvero, giudiziale e concorsuale: cfr. art. 233, comma 2, c.c.i.i.

(8) Cfr. SANNA, *L'iscrizione della cancellazione della società ed i suoi effetti*, in AA.VV., *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, a cura di Ibba e Demuro, Torino, Giappichelli, 2017, 239. Per l'impossibilità di equiparare iscrizione di atto di fusione e cancellazione della società v. per tutti WEIGMANN, nota a Cass., 18 febbraio 2007, n. 2210, in *Giur. it.*, 2007, 1434.

(9) La disposizione ora vigente stabilisce che la società risultante dalla fusione e quella incorporante "assumono" i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione (mentre in materia di trasformazione l'art. 2498 c.c. afferma che l'ente trasformato "conserva" i rapporti pregressi). La sostituzione del termine "trasferimento" col termine "assegnazione", avvenuto nel 2003 nell'ambito della riformulazione dell'art. 2506 c.c., offre «una stampella normativa alla tesi della natura semplicemente organizzativa e non traslativa dell'istituto»: cfr. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002 in tema di riforma delle società di capitali)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 718, per quanto si obietti che l'opzione lessicale non sia dirimente.

lettura storicamente consolidatasi al tempo del codice di commercio <sup>(10)</sup>, ed anteriore all'armonizzazione eurounitaria, che scaturisce la percezione in termini estintivi della vicenda del soggetto fuso o incorporato (e scisso; trasformato), con conseguente tendenza all'applicazione di un meccanismo per certi versi successorio in relazione ai rapporti giuridici già in essere <sup>(11)</sup>.

Nella più moderna ricostruzione delle operazioni straordinarie in chiave modificazionista <sup>(12)</sup>, si valorizza invece quel principio di continuità che, importato dall'ordinamento comunitario, risulta codificato in tutti i diritti nazionali europei; tale principio porta al risultato che i rapporti obbligatori e processuali, attivi e passivi, vadano "versati" nei nuovi contenitori rispettivamente rappresentati dalle società che risultano dall'operazione. Non resta marginale, in questa prospettiva, ricordare che simile continuità trova riscontro nella preclusione di forme di surrettizia liquidazione e restituzione dei conferimenti ai soci, posto che il conguaglio in denaro, che gli stessi possono percepire, resta circoscritto alla soglia massima del 10% del valore nominale delle azioni o delle quote attribuite (art. 2506 c.c.).

Certamente, ne consegue la dissoluzione delle società, per come preesistevano: in effetti, coglie l'essenza del fenomeno l'interpretazione di sintesi tra estinzione e continuazione, che coniuga la vocazione estintiva con quella riorganizzativa-modificativa, coi conseguenti gli effetti di riassegnazione patrimoniale <sup>(13)</sup>. In altri termini, la perdita di individualità della società incorporata — del suo nome,

---

<sup>(10)</sup> È talmente noto da poter essere qui tralasciato il percorso evolutivo che prese le mosse dall'identificazione di trasformazione, fusione e scissione come vicende estintive, con effetti di successione universale tra enti: v. per tutti SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, Foro italiano, 1928, 50: «se possono rientrare nel concetto di modificazione dello statuto provvedimenti che importano la cessazione della società, non possono però rientrarvi i provvedimenti i quali, come la fusione, produrrebbero non solo la cessazione ma anche la costituzione di un nuovo ente, poiché non si può modificare ciò che più non esiste né può considerarsi come modificazione di un contratto la conclusione di un contratto nuovo».

<sup>(11)</sup> In particolare, sulla componente traslativa della fusione e della scissione, si veda PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1189; ID., *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie di trasferimento d'azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, 1413; l'Autore argomenta dagli effetti traslativi dell'operazione per rendere applicabili frammenti della disciplina civilistica sul trasferimento di azienda. Si veda altresì PALMIERI, *Scissione di società e circolazione di azienda*, Torino, Giappichelli, 1999. Per l'analisi della tesi della successione *inter vivos*, cfr. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, 2501.

<sup>(12)</sup> La riconduzione delle operazioni in parola alla categoria delle modifiche statutarie si deve soprattutto alla intuizione di G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, Foro italiano, 1936 e, in seguito, agli studi di SIMONETTO, *Della trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 2498-2510, Bologna-Roma, Zanichelli-II foro italiano, 1976, 208. Nell'ambito di una letteratura davvero sterminata, si segnalano senza pretesa di completezza: CAVANNA, in AIELLO, CAVALIERE, CAVANNA, CERRATO, SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Cottino, V, II, Padova, Cedam, 2011, 482; JAEGER, DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1994, 831; N. GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 1048; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, XVII, Torino, Utet, 1985, 338; TANTINI, (nt. 6), 280. Secondo una prima declinazione della tesi modificativa, non vi sarebbe traslazione di beni e rapporti tra soggetti: v. FERRO LUZZI (nt. 1), 1065; CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione*, Milano, Giuffrè, 1992, 31 ss.; SERRA, SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni (commento al d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, Utet, 1994, 204; anche per riferimenti giurisprudenziali, IRRERA, voce *Scissione delle società*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XIII, Torino, Utet, 1996, 269; LUCARELLI, *Art. 2506*, in *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, a cura di Santosuosso, in *Comm. Cod. Civile*, diretto da Gabrielli, Torino, Utet, 2015, 1640 ss.; secondo un'altra declinazione, invece, vi sarebbe traslazione, pur in presenza di una vicenda — sotto il profilo soggettivo — meramente modificativa (così BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in questa *Rivista*, 1994, I, 350 ss.; PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999, 19 ss.; PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 480 ss). Sulla fusione come "riorganizzazione" di una pluralità di imprese societarie, cfr. inoltre G. FERRI, GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa, Portale, 4, Torino, Utet, 2007, 235 ss.

<sup>(13)</sup> Questa lettura, che permette di apprezzare appieno la complessità del fenomeno, consente altresì di superare le incongruenze mostrate dall'orientamento strettamente modificazionista allorché debba giustificare ad esempio, scissioni non già parziali, ma totali. Tale visione è sempre più condivisa, fino forse a risultare oggi dalla maggiormente seguita, in virtù del superamento e della rielaborazione della tesi modificativa in senso stretto: per esaustivi riferimenti v. BERTOLOTTI, *Operazioni straordinarie. Fusione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, 2003-2009, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna,

dei suoi organi, del suo capitale e così via — è un dato innegabile, pure nella prospettiva modificazionista delle operazioni straordinarie, che danno luogo a riagggregazioni di patrimoni.

In questa sede non è possibile approfondire (oltre) la ben complessa questione sulla natura giuridica delle fusioni e, soprattutto, l'approfondimento non risulta utile ai fini della risoluzione del problema specifico affrontato dalla sentenza in commento.

Da un lato, infatti, la questione della fallibilità/soggezione a liquidazione giudiziale dell'incorporata va meglio affrontata e risolta sul piano dei principi di diritto concorsuale e non già sulla scorta della dogmatica di diritto societario<sup>(14)</sup>: ferma la distinzione — posta dai principi fondamentali del diritto commerciale — tra soggetto/società e attività/impresa, il diritto societario regola la prima, mentre il diritto concorsuale si occupa, appunto, della insolvenza o crisi generata dalla seconda<sup>(15)</sup>. D'altro lato, se la tesi sulla natura estintiva della fusione è invocata come premessa per la fallibilità dell'incorporata e come presupposto per applicare l'art. 10 l. fall. (o 33 c.c.i.i.), nondimeno la tesi modificazionista non conduce alla rinuncia o alla preclusione dei rimedi concorsuali all'insolvenza, ma pratica tali rimedi senza invocare l'art. 10 l. fall. (o 33 c.c.i.i.).

Di seguito, quindi, si vuole guardare al problema oggetto della sentenza in commento essenzialmente dal punto di vista del diritto concorsuale.

3. *Il profilo di diritto concorsuale: la cessazione dell'attività in relazione alle società fuse.* — Va brevemente ricordato che l'art. 10 l. fall., nella sua formulazione originaria, risalente al 1942, indicava un termine annuale per la persistente fallibilità, termine da conteggiare dalla cessazione dell'impresa, e da ricostruire in logica di effettività<sup>(16)</sup>.

---

Zanichelli, 2009, 1163; CAVANNA, *Fusione delle società*, in *Comm. del c.c. e cod. collegati*, diretto da Scialoja, Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 2018, 14; LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, Giappichelli, 1999, 89; PICCIAU, (nt. 2), 1191; RESCIO, *Fusione e scissione*, in *Le società a responsabilità limitata*, diretto da Marasà e Ibba, III, Milano, Giuffrè, 2020, 2490 ss. (il quale rileva che “la disputa, un tempo accesa tra posizioni decisamente polarizzate, sembra oggi tendenzialmente acquietarsi nel riconoscimento dei limiti connaturati ad entrambe le visioni, se assunte ‘in purezza’, e della loro suscettibilità di fornire più concettualismi di supporto all’argomentazione che risposte adeguate per la soluzione di problemi concreti: con conseguente sostanziale indifferenza della concezione di partenza, spesso incline a incontrarsi con la teoria avversa in formulazioni ibride”); SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, (nt. 1), 108; SCOGNAMIGLIO, SPILATERI, *Commento all'art. 2506*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli, Santoro, 3, Torino, Giappichelli, 2004, 489.

<sup>(14)</sup> Ossia “senza essere costretti ad aderire alla mistica delle modificazioni degli atti costitutivi”; cfr. SPOLIDORO, (nt. 1).

<sup>(15)</sup> Cfr. FIMMANÒ, (nt. 1), 449: “l'antico dibattito sulla natura giuridica della scissione si rivela inutile rispetto al tema centrale della circolazione del patrimonio e della tutela delle diverse categorie di creditori. Come per la persona fisica bisogna seguire “l'eredità patrimoniale” (*follow the heritage*) perché il baricentro del problema non è il soggetto-società ma il relativo *patrimonio*, considerato che la società è una creazione concettuale del diritto proprio finalizzata a personificare un patrimonio”. Si veda anche FIMMANÒ, *Fusione e liquidazione giudiziale della società incorporata*, in *Notariato*, 2024, 546 (in nota alla medesima pronuncia qui in commento). Sulle nozioni di imprenditore ed impresa; di soggetto e attività, la teoria generale del diritto commerciale è sterminata. Cfr. *ex multis* BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, I, 2.1, Torino, Giappichelli, 2002, 92 ss.; MARASÀ, *Cancellazione dal registro delle imprese e procedure concorsuali nel diritto vivente e nei progetti di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 757; OPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 112.

<sup>(16)</sup> Il testo originario dell'art. 10 l. fall. era: «L'imprenditore che, per qualunque causa, ha cessato l'esercizio dell'impresa, può essere dichiarato fallito entro un anno dalla cessazione dell'impresa, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo». La norma ha poi formato oggetto di svariati interventi della Consulta: cfr. Corte Cost., 21 luglio 1999, n. 66, in *Foro it.*, 1999, I, 1381; e Corte Cost. 21 luglio 2000, n. 319 (in *Giur. it.*, 2000, 1857, in *Fallimento*, 2001, 13, con nota di GENOVESE, *Note a margine a Corte costituzionale n. 319 del 2000*; in *Foro it.*, 2000, I, con nota di FABIANI; in *Giur. it.*, 2000, 1857, con nota di S. AMBROSINI; in *Dir. fall.*, 2000, II, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Una sentenza attesa da tempo e che riconduce nei giusti termini la disciplina del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili*; in *N. leggi civ. comm.*, 2000, 1276, con nota di DE SENSI, *Illegittimità costituzionale del fallimento in estensione e del fallimento delle società commerciali cessate*), che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 10 l. fall. vigente *pro tempore*, nella parte in cui non prevedeva che il termine annuale decorresse dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese. Sul tema intervenne financo la Corte Europea dei diritti dell'Uomo (C.e.d.u.), 21 maggio 1997, in *Fallimento*, 1998, 771, con nota di GRANATA), per un caso che riguardava lo sfioramento del termine annuale e la violazione del diritto di accesso ad un tribunale secondo

Nella riformulazione della norma realizzata nel 2006, invece, si era verificato in effetti scollamento tra rubrica e disposto dell'art. 10 l. fall.: il testo della norma, adeguandosi a importanti arresti della Corte Costituzionale, aveva ancorato il *dies a quo* del termine per la fallibilità dalla data della cancellazione per ogni impresa registrata, vuoi esercitata in forma individuale, vuoi in forma collettiva non societaria <sup>(17)</sup>, ovvero societaria (personalistica o capitalistica). Cioè l'aspetto sostanziale sottostante — cioè quello della cessazione dell'attività — si era fatto inconferente <sup>(18)</sup>, a dispetto della rubrica dell'art. 10 l. fall., che continuava a rimandare al «fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa»; mentre il contenuto del disposto normativo non valorizzava l'esercizio dell'impresa, se non nel disposto del secondo comma <sup>(19)</sup>. Vigente l'art. 10 l. fall. così riformulato — e, dunque, fino al 2022 — l'applicazione della norma alle cancellazioni non estintive poteva quindi poggiare sull'argomento letterale, che invero troppo meccanicamente portava a riferire il decorso dell'anno ad ogni cancellazione di società dal Registro Imprese, poiché era senz'altro dalla cancellazione che testualmente trovava applicazione il termine annuale per il fallimento postumo <sup>(20)</sup>.

Invece l'attuale disposto dell'art. 33 c.c.i.i., a partire dalla sua stessa rubrica, ricolloca a fondamento della disciplina il fatto sostanziale della cessazione dell'attività; salvo poi presumerne, per gli imprenditori iscritti, la coincidenza con la cancellazione dal Registro Imprese; mentre per le società irregolari, per le imprese individuali non iscritte, per le imprese sovraindebitate, per i professionisti, la liquidazione giudiziale o controllata può essere aperta nell'anno che decorre dal momento nel quale è ricostruibile in capo ai terzi la conoscenza della cessazione <sup>(21)</sup>. È quindi stabilito che la procedura può essere aperta “entro un anno dalla cessazione dell'attività del debitore”, salvo poi fissare la presunzione che «per gli imprenditori la cessazione coincide con la cancellazione dal registro delle imprese». Si

---

l'art. 6, § 1 della Convenzione. Può essere ricordato che il progetto di legge c.d. Trevisanato al suo art. 40 riformulava in questo modo: «Limiti temporali all'apertura del concorso. Non può essere sottoposto alla procedura di liquidazione concorsuale 1) l'imprenditore individuale o collettivo, decorso un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese; 2) l'imprenditore individuale o collettivo, che dimostra di avere reso conoscibile ai terzi la cessazione da oltre un anno della propria attività operativa o di liquidazione».

<sup>(17)</sup> Per un caso di fallimento della associazione non riconosciuta, cancellata come imprenditore commerciale v. Trib. Gorizia, 18 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 722, con nota di CETRA, *La fondazione insolvente non fallisce se ha cessato l'impresa da oltre un anno*.

<sup>(18)</sup> Questa enfaticizzazione del dato formale — l'adempimento pubblicitario — serve schiettamente ad una logica di certezza del diritto e come tale, ha natura convenzionale; formale, appunto. Favorire un obiettivo di certezza ha per certo comportato una qualche “forzatura” (Così IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. Soc.*, 2008, 944.) nella misura in cui risultano *in parte qua* parificati gli effetti delle cancellazioni di imprese per le quali il regime pubblicitario spiega una diversificata efficacia: innanzitutto al confronto tra imprese esercitate in forma societaria e non societaria; dipoi, in relazione alle società personali, oppure capitalistiche (Cfr. per tutti MARASÀ, *Gli imprenditori soggetti ad iscrizione*, in MARASÀ, IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, Utet, 1997, 55).

<sup>(19)</sup> Corrispondente all'attuale terzo comma art 33 c.c.i.i.: v. di seguito nt. 23.

<sup>(20)</sup> A sua volta, come noto, la cancellazione comporta estinzione di tutte le società, non solo capitalistiche, ma anche personalistiche, dopo i fondamentali arresti di Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, nn. 4060-4061-4062, in *Società*, 2010, 1004, con nota di DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*; in *Giur. it.*, 2010, 1610, con nota di WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*. In letteratura, cfr. anche per gli ulteriori riferimenti M. PERRINO, *L'estinzione delle società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 699; SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in questa *Rivista*, 2000, II, 285; ZORZI, (nt. 4). Per ogni rilievo critico cfr. SPOLIDORO, *La cancellazione delle società davanti alle Sezioni Unite*, in *Studi in onore di P.G. Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 633.

<sup>(21)</sup> In precedenza, la logica della conoscibilità ai terzi del fatto non iscritto era già stata applicata (cfr. Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Dir. fall.*, 2008, II, 246), ma in caso di mancato adempimento degli obblighi pubblicitari circa la perdita della condizione per la fallibilità, non esistendo una data certa dalla quale fare decorrere il termine annuale dell'art. 10 l. fall., era anche stata seguita la soluzione della esposizione *sine die* a fallimento (Cass., 8 settembre 2003, n. 13070, in *Società*, 2003, 1623). Il Decreto Correttivo *ter* al Codice della Crisi, in vigore dal 28 settembre 2024, ha anche previsto al nuovo comma 1-bis art. 33 c.c.i.i. che il debitore persona fisica, dopo la cancellazione dell'impresa individuale, possa chiedere l'apertura della liquidazione controllata anche oltre il termine annuale: si è inteso così rimediare ad applicazioni giurisprudenziali invero criticabili che avevano ammesso il concordato minore anche in epoca successiva alla cancellazione, intendendo che l'art. 33, comma 4, c.c.i.i. (che rende inammissibili le domande per uno strumento di composizione della crisi e insolvenza formulate dall'imprenditore cancellato) potesse riferirsi alla sola impresa collettiva cancellata e non già all'imprenditore individuale.

tratta di una presunzione assoluta <sup>(22)</sup>, suscettibile di essere superata esclusivamente dai riscontri eccezionali di cui al terzo comma <sup>(23)</sup>. In effetti, la formulazione letterale è inequivoca: la cessazione “coincide”, non semplicemente si assume che possa essere individuata nella cancellazione.

Tuttavia, in relazione ad un'operazione di fusione, a ben vedere, manca il presupposto stesso per l'applicazione dell'art. 33 c.c.i.i. (e 10 l. fall.), ossia la cessazione dell'attività; quindi nemmeno trova applicazione il meccanismo presuntivo che serve a semplificare la prova sulle condizioni per l'apertura della procedura, cosicché la cancellazione non assume valenza di presunzione della cessazione dell'attività <sup>(24)</sup>. Ove l'imprenditore societario attui un'operazione di propria riorganizzazione, esegue una cancellazione, ma dà anche luogo ad una (re)iscrizione nel Registro imprese; e, soprattutto, la cessazione di attività non si verifica, ma anzi si verifica continuità — mutando la terminologia del codice della crisi, si tratta di una continuità indiretta o oggettiva e non già diretta o soggettiva — <sup>(25)</sup>. In questa logica diviene inconferente la distinzione — alla quale la S.C. fa cenno in motivazione — tra prosecuzione in (tutti) i rapporti in essere e prosecuzione nell'attività di impresa.

Del resto, è fuorviante lamentare un'asserita disparità di trattamento che si realizzerebbe tra persone fisiche e persone giuridiche: le prime senz'altro esposte a fallimento nell'anno dalla morte — secondo l'art. 11 l. fall./34 c.c.i.i. —; le seconde no, ove, appunto, non si fosse applicato l'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i. ad ogni cancellazione di società, financo relativa a società fusa o incorporata <sup>(26)</sup>. Questo argomento va respinto, poiché, invero, prova troppo: dove è ovvio che la persona fisica, pure imprenditore, non attua le riorganizzazioni soggettive che possono investire l'imprenditore societario; la sua morte di per sé non comporta prosecuzione della sua attività di impresa; il suo patrimonio necessariamente è acquisito dagli eredi, e la dichiarazione di fallimento/liquidazione giudiziale ne mantiene la segregazione a vantaggio dei creditori concorsuali. L'intrinseca disomogeneità tra i soggetti-imprenditori ben può fondare, quindi, differenti regimi di tutela tra i rispettivi creditori, senza che con ciò possa chiamarsi in causa una violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza costituzionalmente tutelato.

A tenere preclusa la procedura liquidatoria secondo l'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i. va aggiunta la sua incompatibilità con l'effetto definitivo e sanante della pubblicità relativa all'atto di fusione (ma anche trasformazione e scissione), sancito dall'2504-*quater* c.c. (e artt. 2498; 2506-*ter* c.c.) <sup>(27)</sup>: tale effetto, capace di rendere irrilevante sul piano reale l'eventuale irregolarità del pregresso procedimento, resta

---

<sup>(22)</sup> In tal senso v. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2022, 53-54; FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Piacenza, La tribuna, 2025, 57; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 28-29; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, Il Mulino, 2023, 124; PACCHI, AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2022, 117 s.

<sup>(23)</sup> Ove si dispone, come noto, che “In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta comunque salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del comma 1”.

<sup>(24)</sup> Cfr. FABIANI (nt. 22), 57.

<sup>(25)</sup> Anzi, l'aspetto della necessaria continuazione dell'attività distingue definitivamente la fattispecie della fusione dalla morte dell'imprenditore persona fisica: cfr. GENOVESE, *Fusione di società in pendenza di istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento*, 2009, 1308. Invece “non si verifica la cessazione dell'attività di impresa. Ciò che viene meno è l'identità autonoma della società o delle società incorporate e di quelle fuse. Ritenerne che queste ultime sopravvivano con una propria autonomia significa in sostanza contraddire la volontà dei soci e la funzione della fusione, che infatti è diretta a realizzare un'aggregazione di varie società in una sola”: cfr. CAGNASSO, *Le sezioni unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*, in *Società*, 2021, 1193.

<sup>(26)</sup> Storicamente, peraltro, la trattatistica fallimentare collocava le fattispecie dell'art. 10 (e 11) l. fall. nell'alveo dello scenario di quelli che la tradizione chiama “fallimenti senza soggetto”: cfr. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996, 39; l'A., dopo avere riferito della elaborazione francese in tema di *faillite sans failli*, cataloga gli artt. 10 e 11 come “casi speciali di fallimento”; si veda altresì NIGRO, VATTERMOLI, (nt. 22), 123 (ivi si presenta il tema *sub* “fallimento senza imprese” e “fallimento senza imprenditore”). Sulle interrelazioni tra artt. 10 e 11 l. fall. v. *ex multis* G. FERRI JR., *sub* art. 11, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, Milano, Egea, 2010, 249. La teoria del fallimento senza soggetto è restata attuale in epoca anche più moderna, dopo l'introduzione dell'istituto dei patrimoni destinati di s.p.a.; sul tema cfr. F. PASQUARIELLO, *Profili dei patrimoni destinati di s.p.a.*, Napoli, ESI, 2012, 17.

<sup>(27)</sup> E su questo passaggio cfr. *ex multis* DE ANGELIS, *La trasformazione delle società: profili generali*, in *Trasformazione fusione e scissione, Opa, società quotate*, a cura di Schiano di Pepe, Milano, Ipsoa, 1999, 22; SARALE, *Trasformazione e continuità nell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1996; G. TANTINI, (nt. 6), 190.

conciliabile coi soli rimedi risarcitori esperibili da eventuali soggetti danneggiati <sup>(28)</sup>, mentre comporta irrettrattabilità degli effetti ed esclude quei rimedi invalidanti di carattere demolitorio che sarebbero sostanzialmente conseguiti ove fosse operata la liquidazione giudiziale della società esistente in epoca anteriore all'operazione. Infatti, non solo la liquidazione giudiziale postuma pratica la *fictione iuris* della persistente esistenza del soggetto, ma soprattutto la procedura concorsuale dovrebbe ricreare quella segregazione patrimoniale — il patrimonio della società preesistente *versus* i suoi creditori concorsuali — che l'operazione straordinaria ha fatto venire meno, in caso di fusione (o ha comunque diversamente perimetrato, in caso di scissione). Quindi è solo scardinando gli effetti di queste operazioni che potrebbe trovare realizzazione la ricostruzione delle masse attive e passive, nell'eventuale liquidazione giudiziale della società, per come preesisteva prima dell'operazione.

L'effetto sarebbe anche iniquo a considerare le esternalità negative a carico dei creditori sociali aventi titolo successivo alle operazioni, i quali avrebbero confidato sulla sua definitività e, così, sulla garanzia generica rappresentata dal patrimonio della (nuova) società <sup>(29)</sup>. Ciò sia detto, per quanto resti vero che, più in generale e quanto ai casi di sicura applicabilità dell'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i., nonostante le opportunità che tali norme procurano, nondimeno, insistere sulla tutela del creditore sociale della società cancellata significa sempre, al contempo, comprimere le ragioni di credito di soggetti terzi, che traggono titolo dall'epoca successiva alla cancellazione. Nelle cancellazioni estintive di società, oltre ai creditori personali dei soci cessati, vengono in considerazione, così, i creditori dei creditori erroneamente liquidati in sede di liquidazione ordinaria. In chiave giuseconomica è possibile ragionare in termini di persistente vincolo *versus* successiva liberazione di risorse che il sistema ha interesse a lasciare ri-immettere nel circuito attivo dell'economia; in particolare, favorendo il reinvestimento in imprese societarie capitalistiche, che assicurano la assoluta compartimentazione e nuova eterodestinazione di valori <sup>(30)</sup>. Queste esternalità negative, per i soggetti terzi che hanno riposto un legittimo affidamento sulla consistenza di un certo patrimonio sussistono; anzi, sono appunto queste le preoccupazioni che supportano l'opzione normativa di contenere nell'orizzonte temporale di un anno il rischio del fallimento/ liquidazione giudiziale di impresa cessata.

4. (Segue): *lo stato di insolvenza delle società fuse*. — Occorre ora concentrarsi sulla affermazione, contenuta nella motivazione della sentenza in oggetto, che sarebbe irrilevante, ai fini della fallibilità dell'incorporata, la solvenza della società incorporante; e ciò, anche sulla scorta del richiamo al precedente di Cassazione che già aveva ritenuto “irrilevante che i debiti siano stati, con la fusione, assunti dalla società incorporante; che la fusione non sia stata contrastata dai creditori; che sia mancato il fallimento della società incorporante; che sia mancata qualsiasi richiesta di pagamento rivolta dai creditori dell'incorporata alla società incorporante [...]”; il fallimento della società incorporata è conseguenza della sua insolvenza e del mancato decorso dell'anno dalla sua estinzione per fusione e prescinde dalla solvibilità o meno della società incorporante, che può semmai costituire ragione di eventuale soggezione di quest'ultima a procedura concorsuale, al pari di quanto si verifica per l'imprenditore individuale defunto ai sensi dell'art. 11, primo comma, legge fall., norma, quest'ultima, che postula una sorta di sopravvivenza dell'impresa rispetto al soggetto che ne era titolare, a garanzia

---

<sup>(28)</sup> Cfr. per tutti FABIANI, *Sistema*, (nt. 22), 58; GENOVESE, *L'invalidità della fusione*, Torino, 1997; nonché CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 1978, 23. In senso critico sull'arretramento della tutela dal piano reale a quello risarcitorio, cfr. CAGNASSO, D'ARRIGO, GALLARATI, PANZANI, QUARANTA, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, 2012, 34. Sui rapporti fra la preclusione di pronunce di invalidità dell'atto di fusione e la responsabilità per danni da fusione prevista dall'art. 2504-*quater* c.c. cfr. BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>(29)</sup> Si veda per tutti GENOVESE, *Fusione di società in pendenza di istruttoria prefallimentare*, in nota ad App. Perugia, 16 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, 1304.

<sup>(30)</sup> Per questo approccio *law and economics* v. per tutti già GALGANO, *Le società per azioni*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, Cedam, 1988, 419 (ove si osserva che il vincolo di destinazione sui beni sociali si giustifica solo in fase attiva, ma va «al più presto eliminato, non importa se con eventuale sacrificio delle ragioni di singoli creditori dopo la cessazione dell'impresa, quando esso non ha più funzione produttiva, ed è opportuno che i beni sociali tornino nella libera disponibilità dei soci per essere destinati a nuove iniziative economiche, creatrici di ricchezza»); nonché GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 112.

della massa dei creditori”<sup>(31)</sup>. Dunque l’incorporata, pure estinta, resta fittiziamente in vita nell’anno supplementare previsto dall’art. 10 l. fall. e in questa prospettiva, solo di quest’ultima occorrerebbe misurare lo stato di insolvenza<sup>(32)</sup>.

Va ricordato che la liquidazione giudiziale può essere aperta secondo l’art. 33 c.c.i.i. (e già 10 l. fall.) a condizione che un’insolvenza si sia “manifestata” anteriormente alla cessazione/cancellazione o, tutt’al più, nell’anno successivo. Si intende, così, che venga in considerazione la sola insolvenza dovuta a debiti anteriori, ossia, l’insolvenza che sia sostanzialmente e causalmente pregressa, salva la sua eventuale manifestazione solo successiva, nella logica della tutela di creditori preesistenti ed eventualmente pretermessi<sup>(33)</sup>.

Il senso di questa precisazione si coglie a riconsiderare la storica sedimentazione della norma, che va inquadrata nella scrittura dell’intera legge fallimentare come improntata sul commerciante-persona fisica; salva la precisazione di alcune regole *ad hoc* in caso di fallimento di società<sup>(34)</sup>. Supponendo il fallimento della persona fisica, la sopravvivenza del soggetto dopo la chiusura della parentesi concorsuale è compatibile con la produzione di nuovo debito, anche non commerciale: di modo che si facesse necessario, ai fini del fallimento postumo, poter collocare ogni debito in un dato spazio temporale. Peraltro, analogamente, ai fini della propagazione al socio cessato degli effetti della liquidazione concorsuale, l’art. 255 (e 270) c.c.i.i. (e già l’art. 147 l. fall.) pone la ulteriore condizione che l’insolvenza della società «dipenda in tutto o in parte» da debiti sorti in epoca anteriore alla fuoriuscita del socio dalla società/perdita della sua responsabilità illimitata<sup>(35)</sup>.

La precisazione sulla anteriorità del debito non risulta utile, a considerare una società irregolare o un imprenditore non iscritto: per tali soggetti, infatti, il momento nel quale matura la conoscibilità all’esterno della effettiva cessazione dell’attività (secondo l’art. 33 c.c.i.i.) già colloca il termine annuale alla fine della fase nella quale l’impresa ha potuto generare insolvenza. Quanto, poi, alle società regolari

---

(31) Così Cass., 18 febbraio 2007, n. 2210, in *Fallimento*, 2007, 793.

(32) La pronuncia App. Catania, 29 aprile 2022, in *Fallimento*, 2022, 1157, con nota di SPADARO, *Fusione per incorporazione e dichiarazione di fallimento*, confermata dalla Cassazione in commento, affermava pure che: “a prescindere dalla circostanza che l’effetto pregiudizievole conseguente all’operazione di fusione può ravvisarsi sia nella confusione dei patrimoni dei soggetti partecipanti all’operazione che nella possibile diminuzione della garanzia patrimoniale della società debitrice derivante da tale confusione e comunque il fallimento dell’incorporata è conseguenza della sua insolvenza al momento della estinzione e del mancato decorso dell’anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese, a prescindere dalla circostanza che i debiti siano stati assunti dall’incorporante, non potendo tale elemento eliminare la responsabilità della società incorporata il cui esonero da responsabilità patrimoniale e dalla procedura concorsuale non potrebbe che essere sancito da una previsione normativa espressa”.

(33) Cfr. per tutti NIGRO, *Commento all’art. 147*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2006, 2177; ZACCARIA, TROIANO, *sub art 33 c.c.i.i.*, in *Comm. breve alle l. su crisi d’impresa ed insolvenza*, diretto da Maffei Alberti, Padova, Cedam, 2023, 226; nonché M. PERRINO, *Commento sub art. 10*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, I, Torino, Giappichelli, 2010, 130 e 137, ove si evoca il carattere «diacronico, fluido e dinamico» delle obbligazioni pregresse, nella prospettiva di un’insolvenza che già esiste, ma solo successivamente si manifesta come effettiva impossibilità ad adempiere.

(34) L’attuale disposto dell’art. 33 c.c.i.i. segna, per certi versi, un qualche ritorno al Codice di Commercio del 1882, che all’art. 690 affermava: «Può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento, e purché la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l’esercizio del commercio o nell’anno successivo, per debiti dipendenti dall’esercizio medesimo. Può anche dichiararsi il fallimento dopo la morte del commerciante, ma entro un anno da tale avvenimento». Si precisava che l’insolvenza rilevante nel fallimento postumo doveva dipendere da debiti contratti nell’esercizio del commercio; precisazione, questa, che trovava giustificazione sull’assunto che il “commerciantе” fosse essenzialmente una persona fisica; invero nella lettura dell’epoca (e v. G. BONELLI, *Commento all’art. 690*, in *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, Milano, Vallardi, 1938, I, 276) si osservava che l’insolvenza successiva doveva essere per forza commerciale, perché questo carattere continuava a connotare il patrimonio del debitore, nell’anno successivo alla cessazione dell’attività

(35) D’altronde, sarebbe ben iniquo che al socio cessato fossero addossati gli effetti di un’insolvenza sociale in ipotesi del tutto sopravvenuta e successiva alla sua esposizione al rischio d’impresa, nonché alla sua titolarità di poteri amministrativi nella società. Pacifico, peraltro che “Ai sensi dell’art. 147 l.f., il fallimento del socio illimitatamente responsabile è dichiarato come effetto del fallimento della società e ciò anche se è decorso il termine di cui all’art. 10 l.f. di un anno dalla cancellazione della società dal registro delle imprese”: Cass., 27 dicembre 2023, n. 35954, in *www.ilcaso.it*.

e a quelle capitalistiche, dopo che la costruzione sostanzialista sulla estinzione delle società è stata definitivamente superata, non risultando più sostenuta in letteratura, ed abbandonata nell'insegnamento della Suprema Corte <sup>(36)</sup>, è ovvio che la società, che cessa di esistere alla data della sua cancellazione, altrettanto cessa non solo di poter produrre nuovo debito, ma anche di essere titolare del pregresso. Sicché è ovvio che, ove venga in considerazione un creditore istante, una liquidazione giudiziale potrà essere aperta, per un'insolvenza che non può che essersi generata in un qualche momento senz'altro precedente. Nella valutazione se tale condizione in concreto sussista o no, vi è che in relazione ad una società cessata ed estinta e in ipotesi di mancanza di residuo attivo di liquidazione, la sopravvivenza/sopravvenienza di anche un solo debito sociale determina la rilevazione di uno stato di insolvenza: là dove può essere trascurata la più complessa indagine reddituale, finanziaria e prognostica, il sopravanzo di debiti in epoca successiva alla cancellazione evidenzia un'incapienza patrimoniale che — data la fase inattiva dell'impresa — è lecito equiparare, in chiave pur meramente statica e patrimoniale, ad una vera e propria insolvenza <sup>(37)</sup>.

Fatta questa breve ricostruzione intorno a nozioni risapute relative al presupposto oggettivo per i fallimenti/liquidazioni giudiziali aperti ai sensi degli artt. 10 l. fall./33 c.c.i.i., occorre ora applicare quelle stesse nozioni al caso che ci occupa.

Innanzitutto, la prosecuzione dell'attività in epoca successiva all'incorporazione ben può generare nuovo debito, che non è possibile imputare fittiziamente al solo segmento patrimoniale della società incorporante. Quindi la percezione della manifestazione dell'insolvenza nell'anno non riesce a prescindere da un apprezzamento complessivo ed attuale, senza potere restare relegato alla istantanea fotografica della condizione patrimoniale alla data dell'incorporazione. In secondo luogo, in relazione, appunto, alla condizione patrimoniale alla data dell'incorporazione, delle due l'una: o la società che risulta dall'operazione non mostra (più) una condizione di insolvenza, e allora l'operazione potrà avere prodotto l'effetto di riallocare proficuamente il patrimonio e l'azienda, ristrutturare il debito preesistente, con vantaggio per i creditori ed alcun risvolto concorsuale rilevante <sup>(38)</sup>; e nessuna insolvenza si “manifesta” successivamente <sup>(39)</sup>. Oppure questa insolvenza risulterà attualmente, ma giocoforza in relazione alla società risultante dall'operazione, e allora certamente opera la soggezione a liquidazione giudiziale/controllata, ma non già in forza dell'art. 33 c.c.i.i./10 l. fall., facendosi questione di società esistente e impresa attiva. Peraltro, nessun limite temporale condiziona l'apertura di questa liquidazione concorsuale, che può essere avviata indipendentemente dal tempo trascorso dalla fusione e interesserà

---

<sup>(36)</sup> In effetti, alle ultime pronunce delle Sezioni Unite si deve un superamento di quel tradizionale insegnamento giurisprudenziale, che ravvisava l'impossibilità di considerare sostanzialmente esaurita una liquidazione pure formalmente chiusa, e predicava la persistente esistenza della società fintantoché fossero state rintracciate situazioni giuridiche soggettive a quella imputabili: cfr. Cass., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070-6071-6072, in *Società*, 2013, 536, con commento di FIMMANÒ, GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il “problema” del soggetto: qualche considerazione critica*; in *Giur. it.*, 2013, 858, con nota di COTTINO, *La difficile estinzione delle società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2013, I, 2204, con nota di LONGO, *Ancora sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese: chiarimenti o nuove incertezze?* e di NIGRO, *Cancellazione ed estinzione delle società: una parola definitiva delle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2014, I, 228, con nota di PROTO PISANI, *Note sulla estinzione delle società per azioni, processi pendenti (e impugnazione della sentenza nei confronti della società estinta)*; in *Notariato*, 2013, 251, con nota di IACCARINO, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della cassazione dal 2008 al 2013*; in questa *Rivista*, 2014, II, 790, con nota di BARILLÀ, *Cancellazione della società dal registro delle imprese e sopravvenienze attive: il dibattito prosegue*; ed in *Fallimento*, 2013, 831, con nota di LA CROCE, *La Cassazione mette la parola fine alla querelle sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*.

<sup>(37)</sup> Sulla misurazione dello stato di insolvenza di società inattiva v. da ultimo Cass., 17 ottobre 2022, n. 30435, in *OneLegaleLeggid'Italia*.

<sup>(38)</sup> Ovviamente, nella fusione (o nella scissione per incorporazione in società preesistenti), la commistione delle masse attive e passive può pregiudicare i creditori della società maggiormente patrimonializzata, che si ritroverebbero a sopportare il maggior debito, già facente capo alla società preesistente; e potrebbe financo darsi che l'esito comporti l'insolvenza della società risultante dall'operazione.

<sup>(39)</sup> Cfr. BASSI, *Il fallimento della società cancellata dal registro delle imprese a seguito di fusione per incorporazione*, in *Fallimento*, 2022, 567, il quale distingue tra fusioni “vantaggiose” e “non vantaggiose” a seconda dell'attitudine ad assorbire l'incapienza/insolvenza delle società fuse o incorporate. Si veda altresì FIMMANÒ, (nt. 1).

tutti i creditori sociali, che concorrono insieme sul patrimonio della società verso la quale hanno titolo.

In altri termini, se pure la società incorporata si trovava in stato di insolvenza al momento della fusione, ciò che nell'anno successivo può manifestarsi è la sola insolvenza della società che dalla fusione risulta; ed affermare l'irrelevanza di simile condizione risulta per lo meno inefficiente, anche al cospetto di un sistema di diritto (societario) della crisi che non solo permette, ma, anzi, favorisce le soluzioni salvifiche alla crisi d'impresa ed incentiva l'*early warning* anche sul piano degli assetti adeguati a rilevare la crisi e reagirvi, certamente pure mediante misure di ordine economico e aziendalistico, prima che mediante l'impiego degli strumenti negoziali tipici di regolazione della crisi o dell'insolvenza regolati dal c.c.i.i. (40).

Invero, la pronuncia in commento prende in considerazione tale risultato salvifico che la fusione potrebbe realizzare su un'insolvenza pregressa, ma alquanto apoditticamente afferma che "ciò vale solo se e nella misura in cui esso sia effettivamente canalizzato nei corrispondenti strumenti concorsuali preventivi, diretti a superare lo stato di crisi o di insolvenza, non potendo invece la fusione, di per sé, scongiurare il rischio della dichiarazione di fallimento o liquidazione giudiziale, essendo quantomeno necessario che l'operazione riesca a coagulare una desistenza dei creditori intenzionati a conseguire quella dichiarazione".

L'obiezione, però, risulta formalistica. Sul piano sostanziale della protezione degli interessi coinvolti, è ovvia qui la preoccupazione di offrire efficiente tutela alle ragioni del credito, che possono essere messe in pericolo dal mutato profilo della società debitrice. Ma, facendosi questione di società insolvente incorporata, sarebbero invero i creditori dell'incorporante a poter lamentare questo aspetto di diminuita garanzia generica e tutela del credito, mentre la dichiarazione di fallimento/liquidazione giudiziale nell'anno intenderebbe proteggere le ragioni del credito dei creditori dell'incorporata.

Vi è che le operazioni straordinarie «hanno un comune fattore che, rispetto alla vicenda estintiva le caratterizza fortemente, ed è l'opposizione dei creditori, posta a controbilanciare la libertà d'impresa» (41). Peraltro, i diritti di opposizione dati al creditore sociale che assiste ad operazioni straordinarie si fondano proprio su quel profilo di merito di "convenienza" che accoglie ed assorbe la loro posizione meritevole di tutela (42). Posto che i creditori già della incorporata e dell'incorporante si ritroveranno a concorrere sulla stessa massa, è proprio questo effetto che poteva essere evitato mediante lo strumento dell'opposizione previsto dal diritto societario (43).

5. (Segue): *il computo del termine annuale*. — Quanto al computo del termine annuale per la apertura della procedura *de qua*, merita di essere condivisa l'impostazione già largamente accolta e praticata: l'anno dell'art. 33 c.c.i.i. (al pari del termine già fissato dall'art. 10 l. fall.) non indica un termine di prescrizione o decadenza (44), ma delinea un profilo, da saldare concettualmente con la descrizione intorno al presupposto soggettivo per la procedura (45). In effetti il termine annuale non è

---

(40) Del resto, le operazioni straordinarie possono pacificamente e tipicamente essere impiegate al servizio di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, segnatamente secondo gli artt. 116 (quanto al concordato preventivo), 240 (quanto al concordato nella Liquidazione giudiziale) e 264 (quanto alla liquidazione giudiziale) c.c.i.i.

(41) Cfr. NICCOLINI, *Gli effetti della cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese: recenti sviluppi e questioni ancora irrisolte*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 690.

(42) Per realizzare effetti di separazione delle masse patrimoniali di società già fuse si potrebbe argomentare una — invero, forzata — applicazione analogica delle regole fissate dall'art. 11 l. fall. in relazione al fallimento dell'imprenditore defunto ed alle modalità di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario: cfr. ZORZI (nt. 4), 373.

(43) La vittoriosa opposizione, poi, paralizza l'operazione e restituisce ai creditori ogni precedente tutela, anche in prospettiva fallimentare: cfr. BLATTI, *Può essere dichiarato il fallimento della società di persone incorporata in altra, senza che sia stato dichiarato il fallimento dell'incorporante?*, in *Fall.*, 2007, 798. In senso difforme cfr. SPOLIDORO, (nt. 1), che considera l'opposizione rimedio solo aggiuntivo rispetto a quello della fallibilità.

(44) Cfr. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 311.

(45) In effetti, la letteratura giusfallimentare, a partire dalla manualistica, espone la materia in discorso per lo più collocandola *sub* presupposti per la fallibilità: cfr. AA.VV., *Le procedure concorsuali* a cura di Tedeschi, I, *Il fallimento*, Torino, Utet, 1996, 56; BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2009, 41; CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, Padova,

presentato quale limite per la presentazione della istanza di parte, in chiave processuale, interferendo sul potere d'azione del creditore, ma, nella logica di garantire al debitore la certezza del diritto, si presta a quella applicazione giurisprudenziale del tutto consolidata che individua il *dies ad quem* nella dichiarazione di fallimento/apertura della liquidazione giudiziale, così che un'istanza, pur tempestivamente presentata dal creditore, non possa produrre effettivi interruttivi né in senso lato prenotativi <sup>(46)</sup>. A conforto, si argomenta muovendo dal riscontro offerto dall'art. 50, u.c., c.c.i.i. (sostanzialmente sovrapponibile al previgente art. 22, ultimo comma, l. fall.): in tema di reclamo in Corte d'Appello avverso il provvedimento che rigetta l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale si stabilisce espressamente che «i termini di cui agli artt. 33, 34 e 35 si computano con riferimento alla sentenza della Corte d'Appello», con ciò individuando un'ipotesi — la sola ipotesi — eccezionale di dilungamento del termine annuale che ci occupa, al fine di evitare che il tempo successivo al provvedimento di accoglimento del reclamo venga ad incidere negativamente sul decorso del termine in questione. Mentre è dato ritenere che, al di fuori del caso specifico, alcuna deroga sia data alla previsione che la apertura della liquidazione giudiziale non possa intervenire trascorso un anno dalla cancellazione.

Questa ricostruzione risulta criticabile, nella misura in cui, facendo leva su di un adempimento pubblicitario (o, in mancanza, sulla conoscibilità della cessazione dell'attività), dovrebbe conseguentemente ricollegarvi un termine decadenziale per i terzi ai quali il fatto *de quo* è opponibile; invece la conoscenza/conoscibilità da parte loro dell'inizio del decorso del termine annuale non concede la pienezza del successivo spazio temporale per l'istanza. Tale spazio risulta in effetti più risicato di quanto non sia enunciato dalla norma, che assegna rilevanza all'insolvenza manifestata “entro l'anno successivo”, poiché lo stesso è, in concreto, compresso da fasi procedurali di istruttoria processuale non disponibili e legati a fattori non controllabili dalla parte <sup>(47)</sup>.

In relazione al nostro caso specifico e nella logica di applicare alla società incorporata l'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i., fermo il *dies ad quem* così — criticabilmente — ricostruito, il *dies a quo* andrebbe fatto decorrere dalla data nella quale prende effetto la fusione: quella, cioè, dell'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2504 c.c., ovvero, in caso di incorporazione, dalla diversa data indicata nell'atto di fusione <sup>(48)</sup>.

6. *Il formante giurisprudenziale.* — La pronuncia in commento si colloca nel quadro di un formante giurisprudenziale, che si riallaccia ad un orientamento tradizionale per vero emergente non solo in sede di merito, ma anche di legittimità; e non solo in tempi risalenti <sup>(49)</sup>, ma pure recenti <sup>(50)</sup>.

---

Cedam, 2008, 67; NIGRO e VATTERMOLI, (nt. 22), 73; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, 411; PACCHI, *Il presupposto soggettivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di Pacchi, Milano, Giuffrè, 2007, 19; ZORZI, *Decorrenza e natura del termine annuale ex art. 10 l. fall. per l'imprenditore individuale*, in questa *Rivista*, 2002, II, 567. Ne discende immediatamente l'inapplicabilità degli istituti della sospensione o dell'interruzione (MELI, in *Le procedure concorsuali - il fallimento* a cura di Tedeschi, Torino, Utet, 1995, 56; JORIO, *Le crisi d'impresa*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 2000, 193; D'ORAZIO, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di Ghia, Piccinini, Severini, I, Torino, Utet, 2012, 81. Inoltre, risulta inapplicabile anche la sospensione feriale dei termini.

<sup>(46)</sup> Si veda per tutte Cass. 12 aprile 2013, n. 8932 e in letteratura FABIANI, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, cit., 650; ID., *L'impresa "fallibile"*, in *Fallimento*, 2007, 322, nonché APRILE, *Dichiarazione d'ufficio di fallimento e cancellazione del debitore*, in *Fallimento*, 2007, 1409.

<sup>(47)</sup> Fatta sempre salva la possibilità, nel caso concreto, di segnalare al giudice questo particolare motivo di urgenza.

<sup>(48)</sup> La sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata oltre il termine annuale è stata ritenuta inesistente (Cass. 2 marzo 2023, n. 6324, in *Fallimento*, 2023, 1047 con nota di FAUCEGLIA, *L'incerta sorte della dichiarazione di fallimento di società estinta*), ovvero nulla, con rilevanza d'ufficio del vizio da parte del giudice del reclamo (Cass. 12 aprile 2013, n. 8932, in *Giur. it.*, 2013, 2537, con nota di IOZZO. Conforme Cass. 25 ottobre 2013, n. 24199, in *Fall.*, 2014, 704).

<sup>(49)</sup> Cfr. da ultimo Cass., 11 agosto 2016, n. 17050, in *OneLegaleLeggid'Italia*.

<sup>(50)</sup> Da ultimo cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970, in *Giur. it.*, 2022, 663, con commento di VITALE; in *Società*, 2021, 1193, con nota di CAGNASSO, *Le Sezioni Unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*; ed in *Società*, 2022, 834, con nota di MOZZARELLI, (nt. 6); in *Notariato*, 2021, 513, con nota di MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*. La S.C. ha affermato questo principio di diritto: “La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può

Va premesso che in giurisprudenza l'applicazione alle fusioni (ed alle scissioni) societarie di un meccanismo estintivo/successorio si mostra funzionale a svariati corollari operativi, sul piano processuale e sostanziale, ulteriori rispetto alla logica di rendere applicabile alle società preesistenti il meccanismo di cui all'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i., per un'insolvenza pregressa<sup>(51)</sup>. E così sono state affrontate e risolte le specifiche questioni relative agli effetti (interruttivi) sui processi in corso<sup>(52)</sup>; alle implicazioni traslative, funzionali alla logica delle azioni revocatorie<sup>(53)</sup>; ed anche ad importanti ricadute in tema di rappresentanza e corretta instaurazione del contraddittorio<sup>(54)</sup>. Ovviamente, l'elaborazione intorno a simili questioni è solo apparentemente eccentrica al nostro discorso, poiché è dalla petizione di principio sulla natura giuridica dell'operazione straordinaria che poi discende la risoluzione di questa o quella questione applicativa.

Volendo fornire qui, sul tema specifico che interessa, una ricostruzione per sommi capi di una elaborazione ricca e complessa, si può in estrema sintesi rintracciare una prima fase nella quale la prassi ammetteva senz'altro la fallibilità delle società fuse/incorporate; una seconda fase (coincidente circa con la riformulazione dell'art. 2504 c.c. eliminando il termine "estinte", come si riferiva sopra), nella quale la fallibilità era negata; e, da ultimo, un ritorno alla prima impostazione.

La Suprema Corte aveva, invero, riscontrato che nella fusione per incorporazione è dato

---

dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, residuando, per converso, la facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano". In precedenza, cfr. Cass., 18 febbraio 2007, n. 2210, (nt. 30), che ha argomentato analogicamente da art. 11 l. fall.; Cass., 27 settembre 2006, n. 21016, in *Fallimento*, 2007, 213 (che ha ritenuto regolare il contraddittorio con il legale rappresentante dell'incorporata e non già con quello della incorporante).

<sup>(51)</sup> Cfr. MOZZARELLI, (nt. 6): "di tutta la sofisticata costruzione teorica evolutivo modificativa della fusione la giurisprudenza avrebbe usato solo il nome e in sostanza unicamente per negare da un punto di vista processuale gli effetti stessi della fusione".

<sup>(52)</sup> Dalla portata traslativa della fusione viene tratta la conseguenza che la stessa, ove intervenga nel corso del giudizio, avrebbe determinato una successione a titolo particolare nel diritto controverso, con applicazione della disciplina di cui all'art. 111 e non dell'art. 110 c.p.c., con prosecuzione del processo fra le parti originarie. L'estinzione delle incorporate (o della scissa) comporta invece che la legittimazione processuale attiva e passiva faccia capo esclusivamente alla incorporante o risultante dalla operazione e, secondo gli artt. 110 e 300 c.p.c., dovrebbe determinare la conseguente interruzione del processo (cfr. tra molti DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. giur.*, 2003, 1086, Id., *La successione tra enti nel processo*, Torino, Giappichelli, 2002, 94; Id., *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 8.). Tale effetto però non si verifica, in quanto l'art. 2504-bis c.c. afferma la prosecuzione senza soluzione di continuità di tutti i rapporti anche processuali in capo alla società incorporante (o risultante). In effetti però la norma non è richiamato per la scissione: sul tema cfr. DE PRA, *Scissione di società e protezione dei creditori*, Pisa, Pacini, 2022, 36.

<sup>(53)</sup> Il tema è troppo ampio per darvi anche solo brevi cenni. Per ogni riferimento cfr. da ultimo PECORARO, *Fallimento della società scissa e revocatoria della scissione*, Salerno, Brunolibri, 2021.

<sup>(54)</sup> Merita di essere segnalata la recente ordinanza Cass., 12 aprile 2024, n. 9955, in *OneLegaleLeggid'Italia*, in materia di legittimazione al reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento, ove si legge che "indubbiamente la fusione per incorporazione determina l'estinzione della società incorporata, che non può iniziare un processo, o resistervi per mezzo del proprio ex amministratore [...]; la fusione determina un fenomeno di successione universale e l'incorporante senz'altro rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati, con la confusione dei patrimoni delle società preesistenti e con la conseguenza che ogni atto, sostanziale o processuale, deve essere indirizzato al nuovo ente, unico e diretto obbligato per i dei soggetti definitivamente estinti; — ciò non toglie, tuttavia, che l'amministratore cessato della società estinta ha interesse a elidere gli effetti negativi che possono derivargli dalla dichiarazione di fallimento, sul piano sia morale, in relazione ad eventuali contestazioni di reati, sia patrimoniale, in relazione ad eventuali azioni di responsabilità. Cfr. altresì Cass. 12 novembre 2019, n. 29256, in *Studium juris*, 2020, 740 ("La fusione di società realizza una successione universale corrispondente a quella "mortis causa" e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a questa dell'incorporante, la quale rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, sicché nel caso di revocatoria fallimentare, al di là del letterale riferimento dell'art. 2504-bis c.c. ai diritti ed agli obblighi, la sostituzione riguarda anche le situazioni di scienza giuridicamente rilevanti, ivi compresa l'eventuale conoscenza dello stato di insolvenza del soggetto incorporato che ha effettuato un pagamento nel periodo sospetto. Rigetta, App. Catania, 09/01/2013").

ricostruire la medesima identità dell'imprenditore-società, pur in un nuovo assetto organizzativo <sup>(55)</sup> ed in una rinnovata scelta per una determinata modalità di regolazione della struttura finanziaria e corporativa. Peraltro, sia in relazione alla fusione <sup>(56)</sup> che in relazione alla scissione la S. C. a Sezioni unite <sup>(57)</sup> aveva valorizzato la componente traslativa dell'operazione, negandone l'effetto estintivo.

Su questi temi torna la più recente elaborazione della Suprema Corte a sezioni unite <sup>(58)</sup>, che nel 2021 ha da ultimo avallato la lettura in chiave estintivo/successoria della fusione per incorporazione, affermando che essa «comporta l'estinzione della società incorporata, con i conseguenti effetti devolutivo-successori nei confronti della società incorporante». Con ciò, allineandosi alla lettura già fornita in relazione alla scissione <sup>(59)</sup>, come vicenda estintiva e traslativa, come tale ben compatibile con la successiva apertura della liquidazione giudiziale/fallimento nell'anno successivo. Alla pronuncia delle sezioni Unite del 2021, che peraltro era investita di questioni procedurali diverse dal tema della fallibilità <sup>(60)</sup>, sono seguiti ulteriori arresti di merito <sup>(61)</sup> e di legittimità, sempre nel senso della «fallibilità della società incorporata entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese» <sup>(62)</sup>.

Infine, del tema non va tralasciato il risvolto penalistico, al quale la giurisprudenza si è mostrata tutt'altro che insensibile: a consigliare il persistente assoggettamento a fallimento della società poi trasformata, fusa o scissa, milita(va) anche l'opportunità di dare applicazione al regime penalistico, che trova(va) nel fallimento la condizione per la punibilità dei reati fallimentari — reati c.d. propri —, in relazione a condotte delittuose dei soggetti preposti all'amministrazione o controllo della società. Infatti, uno sguardo alla giurisprudenza penalistica conferma la preoccupazione che le operazioni

---

<sup>(55)</sup> Così anche da ultimo Cass., 9 ottobre 2017, n. 23575, in *www.unijuris.it*.

<sup>(56)</sup> In giurisprudenza il *leading case* è rappresentato da Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Foro it.*, 2006, I, 1739, ed in *Società*, 2006, 459 con note di DALFINO, PAOLA, RORDORF (argomentando dall'intervenuta riformulazione dell'art. 2504-bis c.c.); Cass., 27 settembre 2006, n. 21016, in *Impresa*, 2007, 489. Sulla valutazione dello stato di insolvenza in capo all'incorporante (e non già all'incorporata) cfr. App. Perugia, 16 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, 1304; Trib. La Spezia, 18 giugno 2010, in *Società*, 2011, 21; Trib. Saluzzo, 19 marzo 2012, *Fall.*, 2012, 1469; Trib. Milano, 6 dicembre 2016, in *Dejure*.

<sup>(57)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225, in *Notariato*, 2017, 159.

<sup>(58)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970, (nt. 50).

<sup>(59)</sup> Cfr. Cass., 21 febbraio 2020, n. 4737, in *Società*, 2020, 671, con nota di M.S. SPOLIDORO, (nt. 1): «Ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio l. fall., ex art. 15, il ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il decreto di convocazione vanno notificati alla società incorporante, che ai sensi dell'art. 2504-bis c.c. assume i diritti e gli obblighi della società partecipante alla fusione, proseguendo in tutti i rapporti della stessa, anche processuali, anteriori alla fusione, pur conservando la propria identità la società incorporata ai fini della eventuale dichiarazione di fallimento».

<sup>(60)</sup> Nella fattispecie, si afferma che l'estinzione delle società incorporate e fuse comporta che la legittimazione processuale attiva e passiva fa capo esclusivamente alla incorporante o alla società risultante dalla fusione. La pronuncia basa la natura estintiva della fusione su questi argomenti: — l'art. 2504-bis c.c. afferma che la società incorporante o risultante dalla fusione «assumono» rapporti e diritti delle società preesistenti (mentre l'art. 2498 c.c. in tema di trasformazione afferma che gli enti «conservano» tali rapporti); — l'art. 2495 c.c. collega alla cancellazione l'estinzione della società; — l'art. 2504, comma 3, c.c. impone che il deposito dell'atto di fusione della società risultante segua le cancellazioni delle società preesistenti; — la normativa unionistica menziona l'effetto estintivo in relazione alle fusioni; — occorre tenere distinti i rapporti negoziali, che proseguono, dall'ente che si estingue.

<sup>(61)</sup> Cfr. App. Catania, 29 aprile 2022 (nt. 32): in motivazione si legge che «La confusione dei patrimoni fra la due società e l'assunzione dei debiti del soggetto definitivamente estinto con l'effetto di trasferire l'insolvenza sui creditori della incorporante, che concorrono con quelli della incorporata a soddisfarsi sul patrimonio divenuto unico, non può escludere che l'impresa in stato di decozione al momento in cui si estingue si possa sottrarre alla dichiarazione di fallimento se insolvente, ostandovi il chiaro disposto dell'art. 101 fall. qualora l'iniziativa del fallimento e la sua dichiarazione venga assunta entro l'anno dalla cancellazione. D'altra parte, l'art. 101 fall. presuppone il dato formale della cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese, non essendo invece necessario che sia cessata la corrispondente attività su un piano oggettivo, quindi, non rileva tanto l'efficacia estintiva dell'operazione di fusione, ma l'efficacia estintiva della cancellazione». *Adde* Trib. Agrigento, 29 dicembre 2021, in *Fallimento*, 2022, 576; Trib. Catania, 9 dicembre 2021, *ivi*, 2022, 564.

<sup>(62)</sup> Cfr. Cass. 29 dicembre 2023, n. 36526, in *OnelegaleLeggid'Italia*, che afferma che «la corretta instaurazione del contraddittorio, ex art. 15 l. fall. non poteva che avvenire mediante notifica della istanza di fallimento (e del pedissequo decreto di convocazione) alla società incorporante, trova applicazione nell'ipotesi di «fisiologica» (reale, effettiva) fusione per incorporazione, nella quale la società incorporata conserva la propria identità anche se al solo fine della dichiarazione di fallimento (sia pure, ex art. 10, l. fall., entro l'anno dalla cancellazione dal registro imprese)».

straordinarie delle società siano piegate ad una tecnica elusiva delle responsabilità penali: quindi, sebbene il fenomeno sia accostato alla successione *mortis causa*, non viene applicata poi la logica della morte del reo <sup>(63)</sup>. In effetti, va riconosciuto che, al cospetto della fusione di società insolvente, mentre le questioni legate al piano civilistico della tutela del credito possono trovare adeguata soluzione, a prescindere dalla soggezione a fallimento della debitrice, invece, sul versante penalistico, il venir meno del soggetto e la disattivazione della disciplina concorsuale preclude anche quell'iniziativa del PM per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 38 c.c.i.i.* che consente, poi, l'azione penale. Tuttavia, è dubitabile che la sanzione penale sia adeguata, nella misura in cui lo stato di insolvenza, nell'ambito del quale pure fossero già maturate condotte di reato, sia stato virtuosamente riassorbito con operazioni a ciò dirette: diversamente ragionando, tali contromisure salvifiche non risulterebbero certamente incentivate.

In proposito, va appena osservato che, tornando al versante del diritto societario, le responsabilità civili per il risarcimento di eventuali, persistenti, danni da *mala gestio* non sono altrettanto interessate dall'operazione straordinaria — salvi, ovviamente, nel tempo, gli effetti della prescrizione delle azioni —.

7. *Note conclusive.* — All'esito delle brevi riflessioni svolte fin qui è utile andare al tema di vertice implicato nel caso, riprendendo uno dei passaggi essenziali della sentenza in commento, per come schematizzati sopra, in apertura, circa l'inderogabilità della disciplina concorsuale relativa all'insolvenza d'impresa, in nome delle esigenze di tutela del credito, esigenze che "impongono allora l'applicazione della *fiction* di cui all'art. 10 l. fall."

La norma esprime senz'altro una soluzione di bilanciamento, da un lato, del bisogno di certezza del diritto e, dall'altro lato, della ricerca di rimedi antielusivi <sup>(64)</sup>. La realtà fatica ad evolvere verso una fruizione delle procedure di insolvenza alla stregua di una "opportunità" <sup>(65)</sup>, pure nella logica della successiva esdebitazione, ed insiste nel mostrare inequivocabilmente la tendenza di ogni debitore ad aggirare la procedura concorsuale liquidatoria e le sue conseguenze. Di qui la fondata preoccupazione del legislatore per quei comportamenti dannosi o financo frodati delle ragioni del credito, che si darebbero se non venisse precluso al debitore di eludere il rischio di insolvenza. E di qui il tema della assoggettabilità a procedura dell'impresa cessata/società cancellata (e del socio che abbia perduto la responsabilità illimitata), ossia, della iniquità di opzioni normative che lasciassero nella piena disponibilità del debitore la repentina fuga della esposizione al rischio di liquidazione coattiva, con unilaterale atto di autodeterminazione che tradisca le regole sulla tutela del credito in sede concorsuale <sup>(66)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Quindi l'analogia resta meramente descrittiva ed esaurisce i suoi effetti sul piano del diritto civile, non potendo certamente ritenersi che per effetto della intervenuta estinzione della società dovuta alla sua fusione per incorporazione con altro soggetto collettivo, si realizzino tutte le conseguenze che sono proprie dell'avenuto decesso dell'imputato: cfr. Cass. Pen. Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 11170, in *Cass. Pen.* 2016, 2893 (in tema di misure cautelari, con estensione del vincolo nei confronti della società incorporante). Si aggiunge il tema della persistenza della responsabilità amministrativa dell'ente fuso/incorporato, ai sensi del d. lgs. 231/2001: questa disciplina prevede che l'ente risultante dalla fusione, anche per incorporazione, risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti all'operazione (art. 29) e che in caso di trasformazione, fusione, scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti dalle operazioni straordinarie (art. 42). Cfr. da ultimo Cass. Pen, 15 febbraio 2023, n. 26787, in *Società*, 2024, 339, con commento di VIGLIONE, *Gli effetti della fusione sul procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica. Perpetuatio o morte del reo?*

<sup>(64)</sup> Il quadro normativo va completato con le corrispondenti disposizioni sulla amministrazione straordinaria (artt. 4 e 23 d. lgs. 270/99); l'art. 10 l. fall. (e 33 c.c.i.i.) viene poi applicato anche alla assoggettabilità a liquidazione coatta amministrativa, in forza di rinvio di legge alle regole sul fallimento — cfr. M. PERRINO, (nt. 34), 143. L'art. 33 c.c.i.i., infine, si applica anche alla liquidazione controllata del sovraindebitato.

<sup>(65)</sup> Sui nuovi approcci del diritto italiano ad un fallimento meno connotato da aspetti punitivi e sanzionatori v. *ex multis* IRRERA, F. PASQUARELLO, M. PERRINO, *Lineamenti di diritto di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2025, 5; P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, in *www.ilcaso.it*, 31 dicembre 2015. Per altre considerazioni sui margini di disponibilità del fallimento — segnatamente, in caso di impresa sottodimensionata che si astenga dal dimostrare il possesso dei requisiti di esenzione dell'art. 1, comma 2, l. fall. — è possibile fare riferimento a F. PASQUARELLO, *Il "diritto" di fallire*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 665.

<sup>(66)</sup> La lettura in questo senso è unanime. Tra tanti v. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*.

In altri termini, e venendo al caso di specie, può dirsi che se dare luogo ad operazione straordinaria fa senz'altro parte della libertà di iniziativa economica, nondimeno tale libertà non si deve tradurre nella improvvisa ed unilaterale mutazione delle condizioni di tutela del credito. È senz'altro vero, come ripete la S.C., che le regole che pretendono che una situazione di insolvenza sia risolta per via concorsuale sono inderogabili, e non possono rientrare nell'ambito della disponibilità del debitore. Si può, anzi, aggiungere, che l'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i., sul piano sistematico, illumina la funzione stessa delle liquidazioni concorsuali, evidenziando che essa vada rintracciata schiettamente nella soddisfazione dei creditori, giacché a null'altro può servire la procedura postuma: non certamente, ad espellere dal mercato un'impresa immeritevole (che infatti si è già dissolta) e nemmeno a preservare valori di continuità<sup>(67)</sup>. È invece opportuno ricreare, ancorché *pro tempore*, la possibilità di quello "spazio" processuale che ripristina la *par condicio*, rimuove trattamenti preferenziali, accoglie azioni di massa risarcitorie, revocatorie e recuperatorie, in favore di ogni creditore concorsuale<sup>(68)</sup>. Quanto alla posizione dei soci della società cancellata, occorre altresì considerare l'eventualità che essi avessero (erroneamente) ricevuto rimborsi dei conferimenti: ebbene, la liquidazione giudiziale postuma rappresenta la sede ideale per ripartire efficacemente questi valori tra tutti i creditori sociali — e non già soltanto tra quelli che, al di fuori di una procedura concorsuale, escutessero il socio o facessero valere le responsabilità del liquidatore *ex artt. 2312-2495 c.c.* —<sup>(69)</sup>. A tacere del fatto che l'apertura della liquidazione giudiziale — lo si vedeva poco sopra — integra il presupposto di quei reati fallimentari, che possono riuscire non solo a sanzionare, ma anche a disincentivare, in ottica *ex ante*, i comportamenti maggiormente offensivi dei beni giuridici tutelati dalla legge.

Tuttavia, quel nocumeto che patiscono i creditori a fronte della cancellazione estintiva della società debitrice non sussiste quando quest'ultima, lungi dall'aver dissolto la propria garanzia patrimoniale e avere lasciato ai creditori i soli rimedi suppletivi di diritto societario, invece è stata incorporata<sup>(70)</sup>. Infatti, come si è cercato di argomentare sopra, nella prosecuzione dell'attività, che segue la riorganizzazione dei soggetti societari, non si avvera la condizione perché vi sia necessità di reagire, con la *factio* della sopravvivenza del soggetto nell'anno, alla fuga dalla disciplina concorsuale, mediante il troppo repentino dissolvimento del debitore<sup>(71)</sup>.

---

*Presupposti e procedimento*, in *La riforma della l. fallimentare*, a cura di Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2006, 13; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Tratt. di dir. fall.*, diretto da Buonocore, Bassi, I, Padova, Cedam, 2010, 77; M. FABIANI, (nt. 22) 56; PACCHI, AMBROSINI, (nt. 22) 88; M. PERRINO, (nt. 34), 129; RAGUSA MAGGIORE, *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 l. fall.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 173; SALANITRO, *sub art. 10, Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, in *Comm. alla l. fall.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1974, 308; ZACCARIA, TROIANO, (nt. 23), 219.

<sup>(67)</sup> Come potrebbe inferirsi da non secondari segmenti della regolazione liquidatoria: si veda, in particolare, la disciplina sull'esercizio (provvisorio) dell'impresa in procedura; e la scelta dell'affittuario nell'affitto endoconcorsuale d'azienda: artt. 211 e 212 c.c.i.i.

<sup>(68)</sup> E d'altronde, va condivisa l'opinione che «l'abbandono della concezione sanzionatoria del fallimento [...] ha reso molto più naturale l'idea che determinate regole, volte a predisporre meccanismi di tutela collettiva degli interessi dei creditori di un imprenditore in crisi, possano e debbano operare anche dopo che si è avuta la cessazione dell'attività imprenditoriale»: cfr. IBBA, (nt. 18), 937.

<sup>(69)</sup> Queste dazioni potranno essere rese inefficaci di diritto se non secondo l'art. 164 c.c.i.i. (mediante la loro equiparazione, forse forzata, a pagamenti di debiti non esigibili né scaduti, che sarebbero scaduti in epoca successiva alla apertura della procedura), almeno, argomentando la natura indebita della restituzione della quota al socio, con azione di ripetizione di indebito quale strumento generale e residuale di tutela, secondo l'art. 2033 c.c.: cfr. F. PASQUARIELLO, *La liquidazione giudiziale di società cancellata*, in *Dir. fall.*, 2024, I, 623.; ZORZI, (nt. 4), 304.

<sup>(70)</sup> Benché i rimedi di tutela del credito di diritto societario — le responsabilità di soci e liquidatori secondo gli artt. 2312 e 2495 c.c.; ovvero le cancellazioni delle cancellazioni *ex art. 2191 c.c.* — risultino meno efficienti della possibilità di fare valere ancora la responsabilità del patrimonio della debitrice/società scissa ed estinta: cfr. F. PASQUARIELLO, (nt. 69), 623.

<sup>(71)</sup> Potrebbe, invero, restare elusa la responsabilità penale, come visto sopra. Ma la questione deve formare oggetto di una riflessione sul fronte della punibilità, impossibile da svolgere in questa sede. Quanto poi al profilo delle responsabilità sul piano tributario e fiscale — tema altrettanto estraneo al presente commento —, va detto che gli approdi della elaborazione di diritto societario condizionano l'applicazione dell'art. 36 d.p.r. 602/73, che prevede la responsabilità di soci, amministratori e liquidatori per le imposte non assolte dalla disciolta società, consentendo all'Amministrazione finanziaria di riscuotere l'imposta secondo le regole proprie del procedimento tributario. In particolare, è così consentito al Fisco escutere in proprio i

Nondimeno, è possibile individuare un caso, nel quale effettivamente l'operazione straordinaria comporta una cancellazione dalla quale risulta corretto fare decorrere il termine annuale per l'apertura della liquidazione concorsuale: si tratta delle trasformazioni eterogenee di società di capitali in comunioni d'azienda, secondo l'art. 2500-*septies* c.c. In effetti in questo caso la cancellazione della società di capitali il cui patrimonio sia confluito in regime di comunione, privo di autonoma soggettività giuridica, ancorché non realizzi una cancellazione in senso proprio estintiva, tuttavia impone di lasciare applicata la tutela del credito offerta dal meccanismo dell'art. 33 c.c.i.i. Consentendo, quindi, che entro un anno dalla cancellazione della società la sua insolvenza continui a poter trovare composizione mediante procedura di liquidazione concorsuale; una procedura che deve poter apprendere, quale massa attiva, il patrimonio caduto in comunione <sup>(72)</sup>.

FEDERICA PASQUARIELLO

---

liquidatori che abbiano soddisfatto crediti di ordine inferiore a quelli tributari o abbiano assegnato beni ai soci senza prima avere soddisfatto i crediti tributari: per una recente applicazione si veda Comm. trib. prov. Milano, 13 ottobre 2011, in questa *Rivista*, 2012, II, 1095, con nota di TASSANI, *La responsabilità del liquidatore per i debiti fiscali della società di capitali cancellata dal registro delle imprese*. Va poi segnalato il d. Lgs 175/2014, del 28 novembre 2014, che all'art. 28, comma 4 dispone che «Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese». Come si evince dalla Relazione Illustrativa, questa disposizione «è finalizzata a coordinare le disposizioni dell'articolo 2495 del codice civile come novellato dalla riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. N. 6 del 2003... e le norme in materia di validità ed efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni ed interessi dovuti dalle società cancellate dal registro delle imprese, al fine di evitare che le azioni di recupero poste in essere dagli enti creditori possano essere vanificate». Restano molte ed assai complesse questioni aperte: cfr. A. CARINCI, *L'estinzione della società e la responsabilità di liquidatori, amministratori e soci*, in *Il Fisco*, 2015, 29, 2843-2852; F. PEPE, *Le implicazioni fiscali della morte (e resurrezione?) delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, 53; G. PORCARO, *La cancellazione delle società dopo il c.d. "decreto semplificazioni": profili tributari*, in *N. leggi civ. comm.*, 2015, 1050 (e v. *ivi*, 1040, SPERANZIN, *La cancellazione delle società dopo il c.d. "decreto semplificazioni": profili societari*). Se l'espedito impiegato dal legislatore nel 2014 risponde alla finalità di consentire all'Amministrazione finanziaria di perfezionare le procedure di accertamento e riscossione del suo credito, sussistono perplessità di ordine costituzionale sulla correttezza di questa opzione normativa: sul tema, si veda Corte Cost., 8 luglio 2020, n. 142, in *Giur. it.*, 2021, 876, con commento di BOGGIO.

<sup>(72)</sup> Su questi passaggi va segnalata la decisione Trib. Padova, 5 novembre 2015, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 861; nonché Cass., 22 febbraio 2023, n. 5553, in *Fallimento*, 2023, 1527, che fa leva sulla insufficienza del rimedio della opposizione dei creditori, secondo l'art. 2500 *novies* c.c., a fronte della perdita di autonoma personalità giuridica/soggettività del debitore. Cfr. Trib. Roma, 20 luglio 2017, in *OnelegaleLeggid'Italia*, per un complesso caso di trasformazione di società in liquidazione in *trust* liquidatorio.