

## Delibera di fusione

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 13 marzo 2003, n. 3733

Pres. De Musis - Rel. Nappi - P.M. Pivetti (conf.) - Pignataro e Di Felice (avv. Di Giovanni) c. Fall. C.A.P.A. s.a.s ed altri

*Società di persone - Fusione - Opposizione dei creditori - Incorporazione in una società di capitali - Mancata opposizione dei creditori nel termine di cui all'art. 2503 c.c. - Conseguenze - Liberazione del socio accomandatario della società incorporata per le obbligazioni anteriori all'iscrizione della delibera di fusione - Esclusione - Comunicazione ai creditori ex art. 2499 c.c. - Necessità - Mancanza comunicazione - Conseguenze - Responsabilità socio per obbligazioni pregresse - Estensibilità al socio del fallimento della società incorporante*

(Artt. 2499, 2503 c.c.; art. 147, l. fall.)

**Con riguardo ad un'ipotesi di fusione eterogenea di società, e tenuto conto della parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c. (sentenza della Corte costituzionale n. 47 del 20 febbraio 1995) la fusione senza opposizione dei creditori nel termine stabilito dall'art. 2503 c.c. non è sufficiente a determinare la liberazione del socio accomandatario, illimitatamente responsabile, della società incorporata per le obbligazioni sociali anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di fusione, occorrendo a tal fine che nei riguardi dei creditori sia attivato il meccanismo previsto dall'art. 2499 c.c., ossia che a ciascuno di essi sia data comunicazione, con raccomandata, di detta delibera e che il creditore sociale medesimo dia il proprio consenso alla deliberazione ovvero lo neghi espressamente entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione. Ove questa manchi, permane, nonostante l'intervenuta fusione eterogenea, la responsabilità per le obbligazioni pregresse del socio illimitatamente responsabile della società di persone incorporata, del quale può essere, pertanto, dichiarato il fallimento (in estensione) in conseguenza del fallimento della società di capitali incorporante.**

... Omissis ...

### Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti deducono violazione dell'art. 136 Cost. e dell'art. 2 l.c. n. 1 del 1948, nonché insufficienza di motivazione della sentenza impugnata.

Sostengono che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c. non può trovare applicazione con riferimento a una situazione in cui, con il decorso del termine di opposizione alla fusione, i creditori della società incorporata erano già decaduti dal diritto di escludere la liberazione dei soci illimitatamente responsabili.

Il motivo è infondato.

Come risulta dalla motivazione, invero, anche la sentenza costituzionale n. 47 del 1995 fu pronunciata quando erano già decorsi i termini concessi ai creditori per opporsi a una fusione eterogenea; e ciò nondimeno la Corte dichiarò esplicitamente infondata un'eccezione di inammissibilità prospettata in proposito dall'Avvocatura dello Stato, rilevando appunto che la questione sottoposta all'esame della Corte «non è limitata all'interno del regime dell'opposizione alla fusione, ma è più radicalmente diretta a sollecitare il controllo di costituzionalità in ordine al meccanismo che comporta la liberazione del socio illimitatamente responsabile».

E in realtà, come ha già chiarito questa Corte, «l'esauri-

mento o consolidamento di una situazione giuridicamente rilevante, con conseguente inapplicabilità, ad essa, della pronuncia d'incostituzionalità di una norma, può derivare, oltre che dal giudicato o dal decorso di termini di prescrizione o decadenza, anche da atti amministrativi non più impugnabili o da atti negoziali che rendano la situazione giuridica insensibile alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale, restando peraltro escluso che possa considerarsi insensibile a tale pronuncia un rapporto il cui preteso esaurimento derivi proprio dalla norma dichiarata incostituzionale» (Cass., sez. I, 28 gennaio 2000, n. 948, m. 533222, con riferimento appunto a una fattispecie di fusione societaria, in relazione alla quale ha escluso che l'esaurimento del rapporto potesse derivare proprio dall'applicazione della norma di cui all'art. 2563, dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 47 del 1995).

2. Con il secondo motivo i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione dell'art. 147 l. fall., nonché vizi di motivazione della sentenza impugnata.

Sostengono che la fusione comporta lo scioglimento dei rapporti sociali relativi alla società incorporata, perché questa società si estingue; e, quindi, il fallimento non può essere dichiarato quando dalla fusione sia decorso oltre un anno.

Il motivo è infondato.

È vero, infatti, che la fusione per incorporazione comporta l'estinzione della società incorporata (Cass., sez.

II, 13 giugno 1991, n. 6702, Rv. 472648). Ma, secondo una corretta interpretazione della sentenza costituzionale n. 47 del 1995, deve ritenersi che il socio illimitatamente responsabile della società estinta viene dichiarato fallito, a norma dell'art. 147 l. fall., quale socio della società incorporante, anche quando questa sia una società di capitali, non quale socio dell'estinta società incorporata. In particolare si è chiarito che "con riguardo ad un'ipotesi di fusione c.d. eterogenea di società, e tenuto conto della parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c. (sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 20 febbraio 1995), la fusione senza opposizione dei creditori nel termine stabilito dall'articolo citato non è sufficiente a determinare la liberazione del socio accomandatario, illimitatamente responsabile, della società incorporata per le obbligazioni sociali anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di fusione, occorrendo a tal fine che nei riguardi dei creditori sia attivato il meccanismo previsto dall'art. 2499 c.c., ossia che a ciascuno di essi sia data comunicazione, con raccomandata, di detta delibera e che il creditore sociale medesimo dia il proprio consenso alla deliberazione ovvero lo neghi espressamente entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione. Ove questa manchi, permane, nonostante l'intervenuta fusione eterogenea, la responsabilità per le obbligazioni pregresse del socio illimitatamente responsabile della società di persone incorporata, del quale può essere, pertanto, dichiarato il fallimento (in estensione) in conseguenza del fallimento della società di capitali incorporante" (Cass., sez. I, 29 marzo 1996, n. 2921, m. 496691).

Nel caso in esame, perciò, la problematicità del ricorso all'art. 147 l. fall. non si pone in rapporto al tempo decorso dall'estinzione della società originaria, bensì in rapporto all'ammissibilità di un'estensione del fallimento nel caso in cui la illimitata responsabilità riguardi, eccezionalmente, il socio di una società di capitali o, comunque, il socio che, attesa la forma della società incorporante, risulti illimitatamente responsabile solo per esserlo stato in passato rispetto alla società estinta. E in realtà è da tempo discussa in dottrina e in giurisprudenza l'applicabilità dell'art. 147 l. fall. in tali casi.

Questa Corte ha più volte ribadito, in particolare, che «la trasformazione di una società in accomandita semplice in società di capitali, ove i creditori sociali non abbiano dato il consenso, non libera i soci accomandatari dalla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali anteriori l'art. 2499 c.c.); ne consegue che il fallimento della nuova società produce il fallimento dei soci già accomandatari, ove le obbligazioni determinative dello stato d'insolvenza risalgono ad epoca anteriore alla trasformazione» (Cass., sez. I, 6 novembre 1985, n. 5394, m. 442630, Cass., sez. I, 11 maggio 1981, n. 3095, m. 413666).

Un diverso avviso questa Corte ha invece espresso, pur nel contrasto delle opinioni della dottrina, con riferi-

mento al caso, previsto dall'art. 2362 c.c., della illimitata responsabilità dell'unico azionista di società di capitali: soprattutto in ragione della temporaneità, oltre che dell'eccezionalità, di tale situazione (Cass., sez. I, 28 aprile 1994, n. 4111, m. 486402). Tuttavia, pure in questa diversa prospettiva, si è sempre riconosciuto che l'illimitata responsabilità permane rispetto alla qualità di socio della nuova società di capitali, non rispetto alla qualità di socio della preesistente società di persone (Cass., sez. I, 24 marzo 1976, n. 1044, m. 379710). Ma appunto per il fatto che non si è mai discusso della rilevanza del fallimento della società incorporante, non di quella estinta, deve ritenersi che la sentenza costituzionale n. 47 del 1995 abbia ora comportato il superamento della giurisprudenza contraria all'applicabilità dell'art. 147 l. fall. ai soci illimitatamente responsabili di società di capitali.

La pronuncia costituzionale, invero, ha ben distinto i due strumenti di tutela di cui il creditore può avvalersi per evitare una diminuzione delle sue garanzie nel caso di fusione di società: da un canto l'opposizione alla fusione e alla conseguente confusione tra i patrimoni delle società originarie; dall'altro canto il dissenso alla liberazione del socio illimitatamente responsabile di una delle società da estinguere. E poiché i due rimedi possono operare indipendentemente l'uno dall'altro, è evidente che la mancata liberazione del socio illimitatamente responsabile può verificarsi anche quando, in assenza di opposizione alla fusione, le società originarie risultino già estinte, perché l'illimitata responsabilità permane come connotato dalla sua qualità di socio della società incorporante.

Sicché la Corte ha evidentemente presupposto l'applicabilità dell'art. 147 l. fall. anche nei casi in cui permanga la responsabilità illimitata per colui che sia divenuto socio di una società di capitali, pur essendo il fallimento della società nuova non quello della società estinta a estenderglisi.

Il ricorso va pertanto rigettato.

... *Omissis* ...

## FALLISCONO I SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI SOLO PER LE OBBLIGAZIONI ANTERIORI ALLA FUSIONE?

di Flavio Rocchio

La sentenza che si annota offre lo spunto per tornare su un tema assai controverso, quello relativo alla assoggettabilità a fallimento di chi risponde illimitatamente non già di tutte le obbligazioni sociali, ma solo di quelle contratte entro un limitato arco temporale o ad un determinato titolo (1).

Come si vedrà, il problema è più ampio di quanto le poche battute con cui la Cassazione lo liquida farebbero pensare, poiché coinvolge fattispecie assai eterogenee tra esse: oltre al caso che qui viene in rilievo della mancata liberazione dei soci in seguito a fusione (artt. 2499-2503 c.c.), basti pensare alla responsabilità dell'unico azionista di s.p.a. per le obbligazioni contratte quando a questi appartenevano tutte le azioni (art. 2362 c.c.); a coloro che hanno compiuto operazioni in nome della società prima dell'iscrizione (art. 2331 c.c.); all'accomandante che ha contravvenuto al divieto di compiere atti di amministrazione (art. 2320 c.c.); senza trascurare il caso affine della responsabilità illimitata circoscritta alle sole obbligazioni contratte in nome e per conto di una associazione non riconosciuta (art. 38 c.c.).

Si tratta quindi di stabilire se l'art. 147 l.fall. (che appunto estende il fallimento sociale ai soci illimitatamente responsabili) possa applicarsi, oltre che ai casi pacifici dei soci di società in nome collettivo e degli accomandatari, anche alle ipotesi appena elencate, e cioè a fattispecie in cui la responsabilità illimitata e solidale non deriva dal tipo sociale prescelto, come per i soci illimitatamente responsabili di società di persone, ma da situazioni contingenti o comunque eccezionali.

### La vicenda

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte può essere così ricostruito: Tizio e Caia, soci della società X in nome collettivo, in seguito alla incorporazione di questa nella società Y in accomandita semplice, assumono la veste di accomandanti, spogliandosi in tal modo della responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni future, ma non per quelle assunte anteriormente alla fusione, non avendo i creditori prestato il loro consenso alla liberazione ex art. 2499 c.c. (2).

In seguito al fallimento della società incorporante, viene dichiarato anche quello in estensione di Tizio e Caia ex art. 147 l.fall., sul presupposto della loro responsabilità in ordine alle obbligazioni determinative dello stato di insolvenza, in quanto anteriori alla fusione. Contro la sentenza del Tribunale che ha esteso nei loro confronti il fallimento, i due soci propongono opposizione respinta nel merito.

Si arriva così in Cassazione, dove tra i motivi del ricorso gli oppositori deducono l'impossibilità di di-

chiarare il fallimento nei loro confronti, essendo decorso oltre un anno dalla fusione che ha comportato l'estinzione della società nella quale essi avevano assunto la responsabilità illimitata e solidale.

Il Supremo Collegio conviene sulla qualificazione fornita dai ricorrenti dell'istituto della fusione: come l'orientamento consolidato in giurisprudenza non manca di sottolineare (3), fusione e trasformazione costitui-

### Note:

(1) In generale, sull'argomento vedi Costi, *Il fallimento del socio nella letteratura giuridica recente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1976, 708, 1090; Bellini, *Riflessi civili e penali della posizione di socio illimitatamente responsabile*, in *Arch. civ.* 1987, 113; Bertacchini, *La responsabilità illimitata nel fallimento per estensione*, Milano, 1991; Serio, *I soci illimitatamente responsabili nel fallimento della società*, in *Studi Arena*, V, Padova 1981, 2501 e in *Dir. fall.* 1976, I, 317; G. Tarzia, *Responsabilità del socio, scioglimento della società e procedure concorsuali*, *ivi*, 35; Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974.

(2) In realtà il legislatore del 1942 ha dettato questa norma in materia di trasformazione, ma la Corte costituzionale, come sarà chiarito tra breve, con la sentenza del 20 febbraio 1995, n. 47 ne ha esteso l'applicazione anche alle fattispecie di fusione eterogenea.

(3) Sulla natura e struttura del procedimento di fusione, con particolare attenzione alla opposizione dei creditori che qui viene in rilievo, vedi Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società, società costituite all'estero*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1976; Scardulla, *La trasformazione e la fusione di società*, in *Trattato dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1989; Silveti, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973; Santagata, *La fusione tra società*, Napoli, 1964; Cabras, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978; Ferri, *Le società*, Torino, 1987; Ghidini, *Le società personali*, Padova, 1972; Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato dir. comm.* diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985; Serra, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, XVII, Torino, 1985; Fiorentino, *Sulla fusione di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 637.

La giurisprudenza è costante nell'affermare l'effetto estintivo della fusione, come del resto fa Cass., sez. II, 13 giugno 1991, n. 6702 richiamata dalla sentenza in commento, nonché in precedenza Cass., 2 giugno 1980, n. 3596, in *Dir. fall.* 1980, II, 385; Cass., 17 maggio 1978, n. 2385, *ivi*, 1979, 429; Cass., 6 marzo 1987, n. 2381, *ivi*, 1987, II, 880; Cass., 8 novembre 1983, n. 6612, in *Giust. civ.* 1984, 1175.

In dottrina, al contrario, è vivo il dibattito tra chi afferma che la fusione dia vita a un fenomeno successorio (Oppo, in *Riv. dir. civ.* 1991, II, 505) e chi la riconduce ad una mera modificazione dell'atto costitutivo (Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1987, 627; Bosticco, *Fusione tra società di capitali e di persone, obbligazioni dei soci illimitatamente responsabili ed applicabilità dell'art. 147 l.fall.*, nota a Trib. Milano 5 ottobre 1989, in *Giur. it.* 1990, I, 2, 462 (nota 34), che così riassume il dibattito: «Ed, invero, non pare del tutto astruso sostenere che neppure la fusione comporta in senso stretto l'estinzione della società oggetto di fusione: se è vero che, come osserva la dottrina prevalente, l'estinzione è resa possibile dal fatto che tutti i rapporti giuridici pendenti trapassano in capo alla nuova società, è anche vero che gli stessi rimangono in vita, sì che delle preesistenti società rimane tuttora in essere un'ampia sfera giuridica. (...) La giurisprudenza è, invero, costante nel ritenere che le società non si estinguono sino a quando vi sono rapporti giuridici riferibili alle stesse (...). Non si comprende perché, ciò nonostante, l'estinzione dovrebbe automaticamente e definitivamente conseguire alla fusione ai sensi dell'art. 2504 c.c., se è vero che le obbligazioni preesistenti rimangono in vita, ancorché trasmesse ad altro soggetto».

scono vicende della vita societaria non equiparabili, in quanto la prima comporta l'estinzione delle società che vi prendono parte, mentre la seconda costituisce una mera modifica dell'atto costitutivo sotto il profilo della veste societaria (4).

Pur concordando con i ricorrenti sulla natura estintiva della fusione, tuttavia la Cassazione rigetta il ricorso ritenendo che il loro fallimento possa essere dichiarato a prescindere dal momento in cui si è verificata l'estinzione della società in nome collettivo incorporata, in quanto ai soci accomandanti si estende non già il fallimento della s.n.c. estinta, bensì quello della s.a.s. incorporante senza dubbio esistente.

Per comprendere come la Corte di cassazione sia arrivata a questa conclusione, è necessario fare un passo indietro e considerare che i ricorrenti si erano riferiti, nell'impugnazione, alla cosiddetta "tesi intermedia" (5) elaborata dalla dottrina in materia di trasformazione.

In base a questa tesi, il fallimento del socio nei confronti del quale sia venuta meno la responsabilità illimitata può essere dichiarato solo entro l'anno dalla trasformazione, secondo quanto dispone l'art. 10 l.fall. Pur essendo questa norma dettata con riferimento al fallimento dell'imprenditore individuale che ha cessato l'esercizio dell'impresa, secondo alcuni Autori (6) sarebbe nondimeno applicabile anche ai soci illimitatamente responsabili, poiché questi vanno considerati comunque imprenditori, per quanto "indiretti" (7); la trasformazione, inoltre, integrerebbe una ipotesi di cessazione dell'esercizio dell'impresa, in modo tale che ricorrerebbero tutti gli elementi della fattispecie di cui all'art. 10 l.fall.

Questa tesi non aveva trovato il consenso né della dottrina, secondo la quale i concetti di socio illimitatamente responsabile e di imprenditore indiretto non sono sovrapponibili (8), né della giurisprudenza, costante nell'affermare che il socio receduto, escluso e in genere già illimitatamente responsabile, non fallisce per insolvenza propria poiché non esercita attività imprenditoriale (9).

#### Note:

(4) La trasformazione, al contrario della fusione, è considerata una mera modifica dell'atto costitutivo che, non realizzando un fenomeno successorio, comporta l'identità soggettiva della società anche dopo la trasformazione. In questo senso la maggioranza della dottrina (per tutti Cottino, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, 830; Simonetto, *Trasformazione e fusione*, cit., sub artt. 2498-2510) e della giurisprudenza (Cass. 7 settembre 1970, n. 1287, in *Giust. civ.* 1970, II, 351, con nota adesiva di Giannattasio; Cass. 20 ottobre 1975, n. 3427, in *Giur. comm.* 1976, II, 480; Cass. 8 marzo 1977, n. 953, *ivi*, 1977, II, 309; Cass. 20 gennaio 1978, n. 260, in *Giust. civ.* 1978, I, 654; Cass. 11 gennaio 1979, n. 189, in *Giur. comm.* 1979, II, 523; Cass. 10 luglio 1979, n. 3945, *ivi*, 1980, II, 889; Cass. 11 maggio 1981, n. 3095, *ivi*, 1982, II, 463; Cass. 22 giugno 1981, n. 4065, in *Dir. fall.* 1981, II, 466; Cass. 14 gennaio 1982, n. 198, in *Mass. Foro it.* 1982; Cass. 6 novembre 1985, n. 5394, in *Società* 1986, 277, con nota redazionale di Cantele).

Particolarmente interessante è Cass. 24 luglio 1997, n. 6925, in *Fallimento* 1998, 579, la cui massima brilla per sintesi dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario: «La trasformazione di una società di perso-

ne in una società di capitali non comporta l'estinzione di un soggetto e la creazione di un altro soggetto, ma la semplice modificazione della struttura e dell'organizzazione societaria, che lascia immutata l'identità soggettiva dell'ente ed immutati i rapporti giuridici ad essa facente capo e mantiene inalterata ad ogni effetto, per le obbligazioni anteriori alla trasformazione, la responsabilità illimitata dei soci derivante dal precedente assetto giuridico, salvo che i creditori abbiano aderito alla trasformazione; ne consegue che detti soci sono soggetti, ai sensi dell'art. 147 l.fall., alla automatica estensione personale del fallimento della società preesistente e ciò senza che debba ricorrere in loro la qualità di imprenditore o che si realizzi il requisito dell'insolvenza relativamente alla singola sfera soggettiva e, ancora, senza che operi la regola del termine annuale di cui all'art. 10 l.fall.».

(5) Tesi in passato senza seguito in giurisprudenza, ma sostenuta in dottrina da Castellano, *Trasformazione di società e fallimento dei soci*, in *Riv. dir. civ.* 1971, I, 167 e da Ghidini, *Le società personali*, cit., 952; Silveti, voce *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 543; Tantini, *Trasformazione e fusione*, cit., 274; Di Sabato, *L'estensione del fallimento al socio già illimitatamente responsabile*, in *Società* 1990, 185 e in *Dir. fall.* 1990, I, 398; Auletta, *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1954, 555; Di Gravio, *Il fallimento delle società già morte*, in *Dir. fall.* 1991, I, 996; Ragusa Maggiore, *Una delicata questione di interpretazione delle norme sul fallimento; il decorso del termine e il fallimento dei soci illimitatamente responsabili*, in *Dir. fall.* 2000, II, 19.

(6) Vedi nota 5.

(7) Secondo la nota teoria di Bigiavi, in base alla quale anche i soci di società di persone sarebbero caratterizzati da quegli stessi elementi (rischio d'impresa e potere di gestione) che individuano la figura dell'imprenditore individuale: Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, 181; Id., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, 119; Id., *La sentenza c.d. di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.* 1956, 336; Id., *Sulla qualità di imprenditore del socio illimitatamente responsabile*, *ibid.* 1958, I, 296; Id., *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, *ibid.* 1959, II, 144; Id., *L'imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, in *Giur. it.* 1959, I, 2, 149; Id., *Responsabilità illimitata del socio "urano"*, in *Foro it.* 1960, I, 1180. Nello stesso senso si sono espressi Auletta, *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, cit., 540; Buonocore, in *Fallimento e impresa*, 1969, 201; Galgano, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, da lui diretto, Padova, 1988, 74; Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 64.

(8) La dottrina dominante esclude questa identificazione: Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 32; Campobasso, *Diritto commerciale*, Torino, 1995, 42; Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., 67; Graziani - Minervini, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1974, 394; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 209; De Ferrara, *Riflessi del fallimento della società nei confronti degli ex soci illimitatamente responsabili*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 54; Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, I, 1986, 670; Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 549; Ferrara-Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1989, 707; Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1986, 45; vedi, infine, Bertacchini, *Trasformazione della società*, cit., 156, che così chiosa: «Infatti (...) è stato osservato, da un lato, che il regime della responsabilità illimitata dei soci di società in nome collettivo e degli accomandatari di società in accomandita semplice riguarda soltanto il profilo esterno della loro posizione, mentre all'interno della società vige un altro regime, come dimostrato in particolare dalla regola sulla ripartizione delle perdite (artt. 2263, 2265 c.c.); dall'altro, si è rilevato che nelle società a base personale non sempre la responsabilità illimitata dei soci implica un corrispondente potere di gestione degli stessi (come ad esempio nel caso del socio accomandatario di società in accomandita semplice che non sia amministratore). Inoltre, se per l'imprenditore individuale il potere di gestione è assoluto ed originario, per il singolo socio vi è comunque un limite intrinseco, rappresentato dall'interesse della società, al quale il suddetto potere è funzionalmente collegato».

(9) Cass. ord. 21 gennaio 2000, n. 28, cit.; Cass. 24 luglio 1997, n. 6925, in *Il fallimento*, 1998, 579; Cass. 6 luglio 1993 n. 7385, *ivi*, 1241; Cass. 24 luglio 1992, n. 8924, *ivi*, 1993, 48; Cass. 22 luglio 1972, n. 2069, in *Dir. fall.* 1973, II, 77; App. Milano 30 gennaio 1970, *ivi* 1970, II, 823; Cass. (segue)

Nonostante queste critiche, le conclusioni cui giunge la "tesi intermedia" hanno ricevuto l'autorevole avallo della Corte Costituzionale, la quale ha appunto esteso l'applicabilità degli artt. 10 e 11 l.fall. anche al socio illimitatamente responsabile, dapprima con una sentenza - Corte cost. 12 marzo 1999, n. 66 (10) - interpretativa di rigetto, successivamente con la dichiarazione di incostituzionalità - Corte cost. 21 luglio 2000, n. 319 (11) - dell'art 10 l.fall.

Con queste pronunce, comunque, non è stata recepita la teoria dell'imprenditore indiretto: al contrario, Corte cost. 319/00 parte proprio dal presupposto che l'art. 10 non sia direttamente applicabile al socio illimitatamente responsabile. Nondimeno, le esigenze di certezza dei rapporti giuridici sottese all'art. 10 l.fall. sono comuni ai casi in cui il socio perda la responsabilità illimitata, per cui anche in tali ipotesi il fallimento non può essere dichiarato che entro l'anno dal momento in cui la suddetta responsabilità sia venuta meno, tra le altre possibili cause, a seguito di una trasformazione.

Tuttavia, secondo la Cassazione in commento, per quanto l'intervento del Giudice delle leggi abbia reso applicabile l'art. 10 l.fall. in materia di trasformazione, non per questo si deve ritenere operante il limite annuale previsto da questa norma nei casi di fusione. Come già ricordato, infatti, le fattispecie di trasformazione e di fusione sono profondamente distinte, comportando la prima una semplice modifica dell'atto costitutivo e la seconda l'estinzione delle società che si fondono: il che impedisce di riproporre in una sede le teorie elaborate nell'altra.

Del resto, se si applicasse l'art. 10 in materia di fusione, il fallimento del socio finirebbe per dipendere da quello della società preesistente; ma se con l'incorporazione questa si estingue, non si vede come un soggetto non più in vita possa fallire e comportare per questo il fallimento dei suoi soci (12).

Semmai, dunque, il fallimento del socio illimitatamente responsabile è una conseguenza di quello della società ancora esistente, ovvero l'incorporante. E infatti la Cassazione puntualizza, con questa sentenza, che il socio illimitatamente responsabile della società estinta «viene dichiarato fallito, a norma dell'art. 147 l.fall., quale socio della società incorporante, anche quando questa sia una società di capitali, non quale socio dell'estinta società incorporata» (13).

#### Note:

(segue nota 9)

20 ottobre 1960, n. 2849, *ivi* 1961, II, 58; Trib. Genova 25 ottobre 1984, in *Giur. comm.* 1987, II, 368, con nota di Bertacchini; App. Milano 21 maggio 1985, in *Il fallimento* 1986, 55, con nota di Russo; Cass. 17 ottobre 1986 n. 6087, *ivi* 1987, 572; Trib. Roma 6 marzo 1989, in *Temi rom.* 1989, 78; Trib. Catania 21 giugno 1990, in *Dir. fall.* 1992, II, 1162. *Contra*, Trib. Udine 12 marzo 1990, in *Dir. fall.* 1990, II, 1227, con nota adesiva di Bronzini.

(10) Corte cost. 12 marzo 1999, n. 66, in questa *Rivista* 1999, 8, 970, con nota di Frumigli; nonché in *Il fallimento* 1999, 489, con nota di Genovese; in *Dir. fall.* 1999, II, 235, con nota di di Majo; in *Società*, 1999,

815, con nota di Tarzia; in *Foro it.* 1999, I, 1381, con nota di Fabiani. Il giudice delle leggi dichiara costituzionalmente legittima la norma di cui all'art. 147 l.fall., purché «interpretata nel senso che il fallimento del socio può essere dichiarato ai sensi degli artt. 10 e 11 l.fall. solo entro un anno dallo scioglimento del rapporto sociale, in riferimento all'art. 3, 1° comma, cost.». Con questa sentenza il giudice delle leggi smentisce peraltro un suo precedente orientamento, consacrato in Corte Cost. 26 luglio 1988, n. 919, in *Il fallimento* 1988, 1061 dove, respingendo l'eccezione di incostituzionalità per disparità di trattamento tra socio illimitatamente responsabile e imprenditore individuale, sostiene che le due fattispecie non sono sovrapponibili.

Esprime dubbi sulla correttezza della soluzione adottata dalla sentenza della Corte costituzionale, Cass. ord. 21 gennaio 2000, n. 28, in *Dir. fall.* 2000, II, 5, con nota di Ragusa Maggiore, che rimette alle sezioni unite la scelta se recepire integralmente la sentenza 66/99 «ovvero se rimettere nuovamente la questione alla Corte stessa per una riconsiderazione della fattispecie alla luce della complessità degli effetti prodotti sull'intero sistema fallimentare».

(11) Corte cost. 21 luglio 2000, n. 319, in questa *Rivista* 2000, 9, 1174, con nota di Frumigli; in *Dir. fall.* 2000, II, 665, con nota di Ragusa Maggiore; in *Foro it.* 2000, I, 2723; in *Guida al dir.*, 2000, 29, 34, con nota di Scoccianti. Con questo secondo intervento la Corte costituzionale dichiara incostituzionale l'art. 10 l.fall. «nella parte in cui prevede che il fallimento dei soci a responsabilità illimitata di società fallita possa essere dichiarato dopo il decorso di un anno dal momento in cui essi abbiano perso, per qualsiasi causa, la responsabilità illimitata». In entrambe le occasioni la Corte Costituzionale, pur accedendo alla "tesi intermedia", non identifica il socio illimitatamente responsabile con un imprenditore indiretto: nella pronuncia 66/99, infatti, l'applicazione degli artt. 10 e 11 l.fall. è richiamata solo in via indiretta, e cioè per identità di *ratio* e non di fattispecie, fornendone in tal modo una interpretazione estensiva, vincolante peraltro solo nel giudizio *a quo*; in quella successiva, invece, prendendo atto dell'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, che interpreta restrittivamente gli artt. 10 e 11 l.fall. nel senso che non si riferiscono al socio illimitatamente responsabile, non le resta che dichiarare illegittimo l'art. 147 l.fall. che, nel non prevederne identica disciplina, tratta diversamente due fattispecie a suo giudizio simili. La pronuncia della Corte costituzionale ha trovato eco in Cass. 6 ottobre 2000, n. 13322, in questa *Rivista* 2000, 12, 1596 con nota di Frumigli e in Cass. 11 aprile 2001, n. 5379, in *Il fallimento* 2001, 932.

(12) In realtà la Cassazione si era già occupata di questo tema, concludendo in senso nettamente opposto (Cass. 19 giugno 1996, n. 5679, in *Il fallimento* 1997, 378, nonché in *Dir. fall.* 1996, II, 417, dove si afferma che l'art. 10 l.fall. «pacificamente trova applicazione, in carenza di espressa eccezione o deroga, indipendentemente dal fatto che l'imprenditore stesso sia persona fisica o società»). In un'altra pronuncia la Cassazione ha invece sposato la soluzione fatta propria dalla sentenza che si annota (Cass. 29 marzo 1996, n. 2921, in *Il fallimento* 1996, con nota critica di Marchetti).

(13) In tema di trasformazione è stata peraltro avanzata una tesi ulteriore, quella che poggia sul principio di unitarietà del soggetto giuridico tra le società partecipanti all'operazione: se cioè la trasformazione comporta una mera modifica dell'atto costitutivo, il fallimento della società trasformata realizza allo stesso tempo il fallimento della stessa società nella sua precedente veste. In tal modo sarebbe possibile estendere al socio il fallimento sociale in applicazione diretta dell'art. 147 l.fall. Questa è la via principalmente seguita dalla giurisprudenza, per la quale vedi quella richiamata in nota 8.

In questo senso, in dottrina, Giannattasio, *Fallimento della società di persone trasformata in società di capitali e sua estensione ai soci illimitatamente responsabili*, in *Giust. civ.* 1970, I, 1353; Id., *Ancora sul fallimento dei soci illimitatamente responsabili della società di persone trasformata in società di capitali*, in *Giust. civ.* 1972, I, 1963; vedi anche, ma su posizioni non perfettamente coincidenti, Cottino, *Diritto commerciale*, cit., 838; Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., 588; Pellegrino, *Trasformazione, fusione di società e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1975, I, 28-29. La prevalente dottrina è di contrario avviso. Per tutti Simonetto, *Trasformazione e fusione di società*, cit., 14; Gasperoni, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, 237.

(segue)

Il problema consiste a questo punto nel verificare se, scartata la possibilità di estendere ai soci accomandanti il fallimento della s.n.c. estinta, questi possano fallire in relazione al fallimento della s.a.s. incorporante.

### La sentenza della Corte costituzionale n. 47/95

La Corte di cassazione, una volta chiarito che il socio illimitatamente responsabile non possa fallire in relazione al fallimento della società incorporata, prosegue il suo ragionamento affermando che, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale del 20 febbraio 1995, n. 47 (14), il fallimento del socio sia una conseguenza del fallimento della società incorporante.

In tal modo, però, la Cassazione forza la reale portata dell'intervento additivo del Giudice delle leggi che, lungi dall'occuparsi del fallimento di alcuno, si era limitato ad arricchire la disciplina positiva della fusione del disposto dell'art. 2499 c.c. dettato in materia di trasformazione.

In base a questa norma, i soci sono liberati dalla responsabilità per le obbligazioni anteriori alla iscrizione della delibera di trasformazione, o nel caso in cui i creditori abbiano prestato il loro consenso alla trasformazione, o in alternativa qualora questi non abbiano espressamente negato la loro adesione decorsi trenta giorni dalla comunicazione per raccomandata della medesima delibera (15).

Con la sentenza n. 47 del 1995, dunque, la Corte costituzionale aveva superato il contrasto relativo all'applicabilità dell'art. 2499 c.c. nei casi di fusione eterogenea: in passato si era a lungo dubitato se, in queste ipotesi, il consenso prestato dai creditori alla fusione ex art. 2503 c.c. comportasse automaticamente anche la liberazione dei soci illimitatamente responsabili, o se non fosse piuttosto necessaria una ulteriore manifestazione di consenso a tal fine, secondo lo schema dell'art. 2499 c.c.

La Corte Costituzionale sposa questa seconda opinione, come chiarisce la sentenza che si commenta: «La pronuncia costituzionale, invero, ha ben distinto i due strumenti di tutela di cui il creditore può avvalersi per evitare una diminuzione delle sue garanzie nel caso di fusione di società: da un canto l'opposizione alla fusione e alla conseguente confusione tra i patrimoni delle società originarie; dall'altro canto il dissenso alla liberazione del socio illimitatamente responsabile di una delle società da estinguere. E poiché i due rimedi possono operare indipendentemente l'uno dall'altro, è evidente che la mancata liberazione del socio illimitatamente responsabile può verificarsi anche quando, in assenza di opposizione alla fusione, le società originarie risultino già estinte, perché l'illimitata responsabilità permane come connotato della sua qualità di socio della società incorporante».

La sentenza n. 47/95 non fa quindi altro che chiarire che, per quanto i creditori abbiano prestato il loro

consenso alla fusione, i soci restano illimitatamente responsabili fino a quando non sia stato attivato il meccanismo previsto dall'art. 2499 c.c.

La loro illimitata responsabilità, però, non ne implica necessariamente il fallimento, come invece ritiene la Cassazione con la pronuncia che si annota: si vuol cioè dire che il fallimento non è una conseguenza necessaria di qualsivoglia ipotesi di responsabilità illimitata e solidale prevista dall'ordinamento, perché in taluni casi questo regime di responsabilità presenta quelle caratteristiche di eccezionalità e temporaneità che impediscono di ricondurlo entro l'alveo dell'art. 147 l.fall.

Come infatti è stato puntualmente sottolineato, «non esiste collegamento alcuno, né tantomeno automatismo, tra il fallimento della società di capitali e l'estensione di esso ex art. 147 l.fall. ai soci della società di persone, incorporata o fusa, non liberati dalla responsabilità illimitata. (...) Nella fusione eterogenea la permanenza eventuale della responsabilità illimitata dei

#### Note:

(segue nota 13)

A questa tesi, comunque, è possibile muovere le stesse critiche elaborate dalla Cassazione in commento: se la fusione comporta l'estinzione della società preesistente, e non una mera modifica del suo atto costitutivo, è evidente che una società non più in vita non possa fallire.

(14) «La innegabile diversità complessiva dei due istituti (quello della trasformazione di una società di persone in una società avente personalità giuridica, da una parte, e quella della fusione eterogenea di più società, dall'altra) non è di ostacolo ad isolare - e poi comparare - quel segmento di disciplina che riguarda specificamente la liberazione del socio illimitatamente responsabile. In entrambe le fattispecie sussiste l'identico interesse del creditore a continuare a fare affidamento sulla responsabilità patrimoniale (ancorché sussidiaria) del socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali pregresse. (...) Conclusivamente si ha quindi che l'identità dell'interesse in gioco rende ingiustificata la più gravosa disciplina che - secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione - deve leggersi nell'art. 2503 c.c., ed impone conseguenzialmente di parificare le due posizioni estendendo anche alla fusione eterogenea l'interpello previsto dall'art. 2499 c.c. in luogo del più gravoso automatismo liberatorio previsto (ancorché non espressamente) dall'art. 2503 cit. (...) Quindi va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2503 c.c., nella parte in cui non prevede che la liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali anteriori alla fusione consegua esclusivamente al consenso espresso o presunto, nei modi e nel termine di cui all'art. 2499 c.c., dei creditori della società di persone partecipante alla fusione». (Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 47, cit., nel commentare la quale esprime i suoi dubbi in ordine alla opportunità di questa scelta, in luogo di quella più garantistica per i creditori rappresentata dal ricorso alla disciplina generale in tema di accollo, Sarale, *L'opposizione dei creditori nella fusione eterogenea: la Corte costituzionale riformula l'art. 2503*, in *Giur. it.* 1995, I, 308. La sentenza si trova pubblicata anche in *Riv. notar.* 1995, 715, con nota di De Cristofaro; *Dir. fall.* 1995, II, 525, con nota di Ragusa Maggiore; *Giust. civ.* 1995, I, 1151; in *Foro it.* 1995, I, 1763; in *Riv. dir. comm.* 1995, II, 227. Nel senso della Corte costituzionale si era già espressa Cass. 18 gennaio 1994, n. 48, in *Riv. notar.* 1994, 1437).

(15) In seguito alla pronuncia costituzionale, pertanto, non può più condividersi la posizione di chi riteneva che la mancata opposizione ex art. 2503 c.c. dei creditori alla fusione comportasse, in modo implicito, la liberazione contestuale dei soci illimitatamente responsabili (Massa Felsani, *Opposizione e mancato consenso dei creditori alla fusione c.d. eterogenea*, in *Riv. dir. comm.* 1991, II, 267; Dente, *Fusione eterogenea e responsabilità illimitata dei soci*, in *Dir. fall.* 1994, I, 241).

soci non comporta assolutamente l'applicazione dell'art. 147 l.fall.» (16).

Si torna così alla domanda che ci siamo posti dapprincipio, se cioè l'art. 147 l.fall. si riferisca solo alle ipotesi di responsabilità illimitata "strutturali", come affermava il vecchio codice di commercio (17), o anche a quelle in cui la mancanza di un limite alla responsabilità del socio dipende da fattori contingenti (18) come, nel nostro caso, il mancato consenso liberatorio dei creditori ex art. 2499 c.c.

### Natura della responsabilità e fallimento

Per poter rispondere correttamente all'interrogativo, è necessario passare in rassegna la giurisprudenza prodottasi su tutti i casi "anomali" di responsabilità illimitata e solidale: l'opinione che se ne trae è quella di una serie di pronunce tra loro contraddittorie, le quali contribuiscono alla formazione di un panorama giurisprudenziale cui evidentemente manca una visione d'insieme che permetta di esaminare congiuntamente tutte quelle fattispecie, precedentemente individuate, contrassegnate da una responsabilità illimitata non estesa alla generalità delle obbligazioni sociali, ma limitata ad alcune di esse.

A dire il vero, in materia di fallibilità del socio unico di società per azioni (art. 2362 c.c.) si è formato un orientamento che trova d'accordo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti (19), quello in base al quale «la produzione del fallimento dei soci illimitatamente responsabili come conseguenza del fallimento della società, trova applicazione per i soci di società che, in base al loro tipo, siano fin dall'inizio soggetti all'illimitata responsabilità. Questo orientamento giurisprudenziale nega l'assoggettabilità al fallimento dell'unico azionista o quotista (Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577; Cass. 19 novembre 1981, n. 6151), che non potrebbe rispondere di tutte le obbligazioni sociali, ma solo di quelle sorte nel periodo in cui ha rivestito la posizione di unico azionista. In altri termini, secondo l'orientamento prevalente, l'art. 147 l.fall. si riferisce alle società strutturalmente conformate in modo che è il tipo della società che comporta la responsabilità solidale ed illimitata dei soci, e non a quelle in cui tale responsabilità sia ricollegabile a particolari, contingenti situazioni, regolate diversamente dall'ordinamento, che in deroga al principio della responsabilità esclusiva della società di capitali, ha previsto anche quella illimitata dell'unico socio in relazione alle sole obbligazioni contratte dalla società nel periodo di carenza della pluralità degli azionisti» (20).

Questo principio, tuttavia, a parte il fatto che è spesso disatteso dalle Corti di merito (21), viene completamente e clamorosamente ribaltato nel caso dell'accomandante che compie atti di amministrazione (art. 2320 c.c.) (22) e in quello di chi agisce in nome e per conto di una associazione non riconosciuta (art. 38 c.c.) (23), per essere riaffermato con riferimento al caso

di chi compie operazioni in nome della società prima dell'iscrizione (art. 2331 c.c.) (24).

Il fallimento dell'accomandante che abbia violato il divieto di immistione costituisce effettivamente un caso di confine, dal momento che la responsabilità illimitata che l'art. 2320 c.c. ricollega a tale condotta è estesa alla generalità delle obbligazioni sociali. Nondimeno, la dottrina più attenta (25) non ha mancato di

### Note:

(16) Alessi, *Responsabilità illimitata dei soci nel fallimento di società trasformate, fuse o scisse*, in *Fallimento* 1996, 431, dove puntualizza che «fallimento della società e responsabilità illimitata dei soci sono situazioni giuridiche completamente distinte ed autonome». Vedi inoltre Bosticco, *Fusione tra società di capitali e di persone*, cit., 460; in giurisprudenza, Cass. 24 marzo 1976, n. 1044, in *Rivista del notariato*, 1976, 385, richiamata peraltro in motivazione.

(17) Art. 847, primo comma, cod. comm. 1882: «Il fallimento di una società in nome collettivo o in accomandita produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione».

(18) Volpe Putzolu, *Trasformazione della società e fallimento del socio già illimitatamente responsabile*, in *Riv. dir. comm.* 1971, II, 20. A questa conclusione si giungerebbe considerando l'evoluzione storica dell'art. 147 l.fall. - che nel suo antecedente nel codice di commercio si riferiva espressamente alle sole società di persone - nonché alla luce della ratio della norma, che vuole essere di tutela della *par condicio creditorum* e di agevolazione nella tutela del credito, nel senso di evitare due distinte procedure, sui beni della società e su quelli del socio, per raggiungere il medesimo risultato.

(19) Contra Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., 594; Serio, *Il socio illimitatamente responsabile nel fallimento delle società*, Milano, 1977, 11; Severi, *È assoggettabile a fallimento, in caso di insolvenza, l'unico azionista o quotista?*, in *Il fallimento* 1984, 1079; Galgano, *Il fallimento delle società*, cit., 336. Questi autori fondano le loro conclusioni sulla svalutazione della originaria limitazione della responsabilità, caratteristica del socio di una società per azioni.

(20) Cass. 28 aprile 1994, n. 4111, in questa *Rivista* 1994, 7, 843, con nota adesiva di Frumigli.

(21) Trib. Milano, 19 ottobre 1995, in *Società* 1996, 550, con nota di Rordorf; Trib. Milano, 6 ottobre 1997, in *Dir. fall.* 1998, II, 1142, con nota di Valcavi; Trib. S.M. Capua Vetere, 1 marzo 1996, in *Dir. fall.* 1997, II, 1059, con nota di Casale.

(22) Cass. 6 giugno 2000, n. 7554, in *Società*, con nota di Fasolino; Cass. 11 settembre 1999, n. 9688, in *Dir. fall.* 2000, II, 507, con nota di Ragusa Maggiore; Cass. 13 marzo 1982, n. 1632, in *Giust. civ.* 1982, I, 2374, con nota adesiva di Nasi; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6906, in *Società* 1983, 627; Cass. 6 dicembre 1984, n. 6429, in *Il fallimento* 1985, 628; App. Milano 21 maggio 1985, *ivi*, 1986, 55, con nota di Russo; Trib. Roma 19 giugno 1990, in *Giur. mer.* 1992, 631, con nota adesiva di De Marinis. In dottrina vedi per tutti Ferrara, *Il fallimento*, cit., 677; Andrioli, voce *Fallimento*, cit., 306.

(23) Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Giust. civ.* 1994, 65; in *Il fallimento* 1994, 151, con nota critica di Napoleoni; Trib. Roma 6 aprile 1995, in *Giur. mer.* 1995, 911.

(24) Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, cit., 1967; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 219; Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 454.

(25) Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 454, fa notare che l'accomandante che si sia ingerito, «pur assumendo responsabilità illimitata, non diventa per questo accomandatario, e può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c.»; e continua, in nota 22: «A noi pare che la responsabilità solidale e illimitata del socio che si è ingerito abbia di fronte ai soci un carattere sanzionatorio, e non lo trasformi in accomandatario. Solo a questo titolo egli potrebbe in effetti fallire, non essendo accettabile la tesi, (segue)

sottolineare che, pur avendo tale estensione la responsabilità dell'accomandante, questi non diventa per ciò solo accomandatario, il che comporta la carenza del requisito soggettivo necessario per la dichiarazione di fallimento; senza contare che la possibilità di escluderlo contemplata dallo stesso art. 2320 c.c. mal si concilia con il suo coinvolgimento nella procedura concorsuale.

Quanto alla responsabilità dei rappresentanti di associazioni prive di personalità giuridica, la Suprema Corte (26) - in uno con la dottrina maggioritaria (27) - la ritiene idonea a fondare il fallimento in estensione ex art. 147 l.fall. Si tratta di una fattispecie speculare a quella che stiamo esaminando: anche in questa ipotesi, infatti, vengono sottoposti a fallimento soggetti responsabili non per la totalità delle obbligazioni, ma solo per alcune di esse, senza tenere in alcun conto il fatto che casi come questi di responsabilità illimitata circoscritta a determinate obbligazioni sono incompatibili con il principio della concorsualità tipico del fallimento (28).

«Del resto - sottolinea autorevole dottrina (29) - se si considera che, secondo l'orientamento prevalente, non è assoggettabile a fallimento l'unico azionista di una società per azioni; e ciò in quanto quest'ultimo risponde non già di tutte le obbligazioni della società, bensì solo ed esclusivamente di quelle sorte nel periodo in cui si è trovato in tale situazione - a maggior ragione si dovrebbe concludere per la non assoggettabilità a fallimento delle *persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione* non riconosciuta, le quali rispondono (non già di tutte le obbligazioni dell'ente e neppure di tutte le obbligazioni dell'ente sorte in un determinato periodo, bensì) solo ed esclusivamente di quelle obbligazioni che le stesse abbiano, in concreto, assunto in sua rappresentanza».

Inoltre, che l'art. 147 l.fall. si riferisca soltanto ad ipotesi in cui la responsabilità illimitata sia una caratteristica connaturata al tipo di società, viene ulteriormente confermato dall'art. 148 l.fall.: tale norma, stabilendo che il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero anche nel fallimento dei singoli soci, prevede l'identità tra massa passiva del fallimento della società e massa passiva di tutti i fallimenti dei singoli soci, presupponendo pertanto una responsabilità del socio che sia estesa a tutte le obbligazioni sociali (30).

Infatti l'art. 148, comma 3, l.fall. non può non intendersi nel senso che la domanda di insinuazione nel fallimento della società estende la sua efficacia anche nel fallimento dei singoli soci. Il che significa che le domande dei creditori sociali sono uniche per tutti i fallimenti; che su queste domande il giudice procede alla formazione dei diversi stati passivi; ed inoltre che l'ammissione del credito al passivo sociale comporta di per sé l'ammissione dello stesso nel passivo dei fallimenti dei singoli soci.

«Tutto ciò presuppone che la responsabilità del socio al momento del fallimento della società si estende a

tutte le obbligazioni sociali e perciò coincide con la sfera di responsabilità della società» (31).

A parere di chi scrive, pertanto, l'orientamento sopra riportato in materia di socio unico di s.p.a. merita di essere condiviso: la *ratio* e la lettera dell'art. 147 l.fall. inducono a ritenere che questa norma si riferisca soltanto a quelle società che in base al tipo legale comportano la responsabilità solidale e illimitata di tutti i soci (come la società in nome collettivo), o di una categoria di essi (come le società in accomandita) per tutte le obbligazioni contratte dalle società (32).

Se, dunque, l'art. 147 l.fall. si riferisce soltanto ai casi in cui l'illimitata responsabilità si assume per contratto sociale, questa conclusione porta con sé anche la soluzione al caso oggetto della pronuncia in commento.

Non v'è dubbio, infatti, che l'art. 2499 c.c. rappresenti un altro caso "anomalo" di responsabilità illimitata e solidale, non estesa cioè a tutte le obbligazioni sociali e non assunta contrattualmente, bensì prevista dalla legge in via cautelativa e sanzionatoria: ma se que-

#### Note:

(segue nota 25)

pur sostenuta, che egli diventi imprenditore, in quanto per definizione non opera in proprio nome. Viceversa, l'accomandatario subisce l'estensione del fallimento a prescindere dal fatto che abbia svolto atti di amministrazione».

(26) Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, cit.

(27) Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, I, *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1976, 257; Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 1978, 352.

(28) Così Trib. Treviso 25 marzo 1994, in *Giur. mer.* 1995, 911, secondo il quale «la responsabilità di cui all'art. 38 c.c. non investe tutte le obbligazioni dell'associazione ma unicamente quelle scaturenti dai singoli negozi posti in essere in nome e per conto dell'associazione, onde si pone in contrasto con il principio di concorsualità tipico del fallimento».

(29) Granelli, *La responsabilità per le obbligazioni dell'associazione non riconosciuta*, in *Studium juris* 1996, 1343. La stessa opinione è sostenuta da Napoleoni, *Il fallimento delle associazioni non riconosciute*, in *Il fallimento* 1994, 164.

(30) Pellegrino, *Sulla estensione del fallimento della società trasformata agli originari soci illimitatamente responsabili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 172; Ascarelli, *Trasformazione di società e estensione del fallimento*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 285; Andrioli, *Fallimenti sociali*, in *La legge fallimentare*, Milano, 1975, 48; Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1989, 634.

(31) Pellegrino, *Sulla estensione del fallimento della società trasformata*, cit., 177.

(32) Concludono in questo senso, Rescigno, *Trasformazione di società e responsabilità dei soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 49; Pellegrino, *Trasformazione, fusione di società e fallimento*, cit., 29; Giannattasio, *Fallimento della società di persone*, cit., 1352; Id., *Ancora sul fallimento*, cit., 1693; Fiorini, *Fallimenti sociali e Corte costituzionale*, in *Dir. fall.* 1974, I, 60; Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 141; Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 305; Ferrara, *Il fallimento*, cit., 674; Angelici, *Le disposizioni generali sulle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, vol. 16, Torino, 1987; Ghia, *Considerazioni sulla responsabilità patrimoniale dell'unico azionista*, in *Fallimento* 1989, 253; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 219.



sti casi non comportano il fallimento ex art. 147 l.fall., allora i soci accomandanti di s.a.s., per quanto ancora illimitatamente responsabili in quanto ex soci della s.n.c. incorporata non liberati dai creditori, non falliscono in conseguenza del fallimento della società incorporante (33).

Sbaglia pertanto la Cassazione nel dichiararne il fallimento, ed è auspicabile che in futuro ritorni sui suoi passi facendo corretta e consapevole applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza prevalente in relazione al socio unico di società per azioni.

---

**Nota:**

(33) Non appare infatti sostenibile neppure l'argomento residuale elaborato in tema di trasformazione da parte di chi (Ascarelli, *Trasformazione di società e estensione del fallimento*, cit., 285; Andrioli, *Fal-*

*limenti sociali*, cit., 50; De Ferra, *Riflesso del fallimento della società nei confronti degli ex soci illimitatamente responsabili*, cit., 67; Gasperoni, *La trasformazione delle società*, cit., 283; Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, 224; Galli, *Trasformazione di società: fallimento del socio già illimitatamente responsabile?*, in *Dir. fall.* 1968, II, 139; Ferri, *Le società*, Torino, 1971, 667; Id., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1976, 530; Pellegrino, *Sulla estensione del fallimento della società trasformata agli originari soci illimitatamente responsabili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 172), pure, prende atto della conclusione cui siamo pervenuti, e cioè che l'art. 147 l.fall. si riferisce solo a coloro che siano "strutturalmente" responsabili senza limite: questi autori affermano che avvenuta la trasformazione i soci originari non possano più essere assoggettati a fallimento, a meno che non venga dichiarato nullo o annullato l'atto di trasformazione. Ebbene questa conclusione non può essere ripetuta in tema di fusione, laddove l'art. 2504 *quater*, aggiunto dal d. lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, dispone che l'invalidità della fusione non può essere pronunciata per nessun motivo, per cui giammai potrebbe essere accertata l'esistenza dell'ente società di persone al quale solo può essere ancorato il fallimento in estensione ex art. 147 l.fall.