

TITOLO: Iscrizione della cancellazione, estinzione e fallimento Fonti: Riv. soc., fasc.4, 2010, pag. 720 Autori: Giuseppe Paolo Alleca

CLASSIFICAZIONE: FALLIMENTO - Localizzazione finanziaria RIVISTA DELLE SOCIETÀ

Sommario Sommario: 1. Il Retrogrado Della Disposizione. - 2. La Disposizione Attuale. I Soggetti Fallibili. - 3. Le Eccezioni Al Criterio Dell'iscrizione. - 3.1. La Cancellazione D'ufficio. - 4. Elementi Di Ricostruzione Del Concetto Di Società Estinta. - 5. Le Imprese Non Iscritte.

1. In occasione della riforma del diritto fallimentare, il legislatore si è occupato di riformare la norma, nella versione offerta dal fallimento dell'imprenditore che abbia cessato l'esercizio della propria attività. La riforma, nella versione offerta dall'attuale art. 10, assume la cancellazione dal registro delle imprese quale dies a quo del termine annuale entro il quale può essere dichiarato il fallimento, purché la relativa insolvenza si sia manifestata anteriormente all'iscrizione medesima ovvero nel corso dell'anno successivo.

Com'è già stato altrove sottolineato (1), la previsione di legge, nella sua odierna formulazione, si deve al dibattito originato sin dall'introduzione dell'art. 690 del codice di commercio del 1882. La norma in parola prevedeva il fallimento del commerciante che si fosse ritirato dall'attività, purché la cessazione dei pagamenti si fosse verificata durante l'esercizio o, per debiti dipendenti dall'esercizio stesso, entro l'anno successivo; e identificava, nei cinque anni dal ritiro, il termine ultimo per la dichiarazione di fallimento.

Non è questa la sede per una dettagliata ricostruzione del confronto che ebbe il proprio avvio in virtù della posizione di una regola che, sin da quegli anni, si preoccupava di evitare che lo strategico abbandono dell'attività potesse consentire al commerciante, in mala fede e non più in grado di pagare, di eludere la legge e recare pregiudizio ai creditori, altrimenti legittimati ad ottenere l'apertura del concorso sul suo patrimonio (2).

In questa chiave, la norma stabiliva un principio (che non è più variato da allora e) in virtù del quale la cessazione dei pagamenti (alla quale oggi si è sostituita - peraltro in termini tutt'altro che coincidenti - l'insolvenza) non può più mettersi in relazione (3) con il progresso esercizio dell'attività, tanto da consentire l'apertura del concorso sul patrimonio del debitore, dopo che sia trascorso un anno dal suo ritiro (4) dal commercio.

Occorre, peraltro, sottolineare la maggiore coerenza e la conseguente diversa efficienza di una disposizione come quella coniata dal legislatore di allora che individuava il termine (5) entro il quale potesse avere la conseguente dichiarazione di fallimento, così garantendo un congruo contemperamento degli interessi coinvolti dal dissesto d'impresa (6).

La disposizione del '42 rispecchiava solo in parte la fisionomia di quella che l'aveva preceduta. Essa stabiliva che l'imprenditore che, per qualunque causa, avesse cessato l'esercizio dell'impresa potesse essere dichiarato fallito entro un anno dalla conclusione della sua attività, se l'insolvenza si fosse manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.

Il legislatore storico mutava il principio in cui si risolve la valutazione legale tipica secondo la quale si può avere insolvenza commerciale non oltre l'anno dalla cessazione dell'attività; ma non (anche, almeno formalmente) la previsione che - sotto il codice di commercio - ne ammetteva la rilevanza unicamente quando la stessa dipendesse da debiti contratti in conseguenza dell'esercizio dell'impresa (7). La disciplina del '42 dimostrava, peraltro, un ulteriore limite rispetto a quella che l'aveva preceduta, là dove non teneva conto della difficoltà che può ostacolare la dichiarazione di fallimento quando il dissesto si sia manifestato oltre i primi mesi dell'anno (8).

In secondo luogo, a differenza di quanto poteva dirsi delle posizioni espresse dalla prevalente dottrina con riguardo all'art. 690 del codice di commercio, le quali escludevano dall'ambito di applicazione della disposizione le società commerciali (9), la fattispecie offerta dalla legge fallimentare del '42 rifletteva una differente visione del tessuto produttivo al quale era rivolta e abbracciava quindi - nell'opinione generale - anche le società commerciali (10).

Dato questo assunto, ben presto si prese atto della scarsa univocità del dato normativo costruito sul momento della cessazione dell'attività, con particolare riguardo alle società (11). Alcuni studiosi ritenevano che esso dovesse intendersi quale sinonimo del momento della definitiva disgregazione del complesso aziendale (ovvero dell'effettiva cessazione dell'iniziativa (12)), mentre altri, più inclini ad una ricostruzione basata sui indici formali, consideravano che esso non fosse che il rinvio al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese (13).

Detto ciò con riguardo alle posizioni della dottrina, è a tutti noto come ben diverso sia stato l'orientamento della giurisprudenza (14), che ha considerato la società esistente e, come tale, suscettibile di fallimento sino a che avesse passività da estinguere o attività da liquidare. In diversi termini, fu a pochi anni prima della novella del diritto delle procedure concorsuali, la disposizione volta a definire il limite temporale entro il quale potesse essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore non più in attività è stata disapplicata, alla stregua del diritto vivente, con riguardo alle società commerciali, potenzialmente esposte alla liquidazione concorsuale sino a che - in particolar modo - non avessero integralmente pagato i propri creditori.

Un orientamento come quello invalso sul punto, sino all'intervento della Corte costituzionale, con la sentenza 21 luglio 2000, n. 319 (15), ha collegato, solo nel caso dell'insolvenza degli imprenditori collettivi dei quali si dovesse dichiarare il fallimento successivo, il decorso del termine annuale al momento della loro definitiva estinzione; ovvero alla completa dissoluzione del debitore.

Al contrario, il legislatore fallimentare ha, da sempre, inteso riconoscere rilevanza alla diversa circostanza della conclusione dell'iniziativa. Essa, infatti, è l'unico elemento della fattispecie che ricorre sempre e che può perciò garantire un'equilibrata applicazione del rimedio in discorso, indipendentemente dalla forma giuridica adottata per l'esercizio dell'attività.

Per questo motivo il giudice delle leggi, con la sentenza n. 319, è intervenuto a ripristinare il principio di univocità, misconosciuto dalla giurisprudenza con riguardo all'apertura del concorso sul patrimonio delle entità societarie. La sentenza ha affermato (16) l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, nella parte in cui non prevedeva che il fallimento delle società potesse essere dichiarato entro l'anno dall'iscrizione della loro cancellazione dal registro delle imprese.

2. La versione attuale della disposizione, che definisce la fattispecie del fallimento dell'imprenditore cessato, accoglie l'orientamento espresso dalla Consulta con la sentenza del 2000.

In questa prospettiva può dirsi che il legislatore va anche oltre l'esigenza di purificare le società agli imprenditori individuali, che abbiano concluso l'esercizio dell'attività. L'odierna fattispecie si rivolge allo stesso modo a tutti gli imprenditori collettivi che abbiano iscritto la propria cancellazione dal registro delle imprese. Anche in quest'ultimo senso, peraltro, la disposizione si allinea al tenore formale della posizione espressa (ma non sviluppata nella sentenza) dalla Corte costituzionale (17) nell'occasione alla quale si è già fatto riferimento.

La formula impiegata consente di rivolgere la procedura concorsuale nei confronti di chiunque vada incontro all'insolvenza tanto nel corso dell'attività come nell'anno successivo alla sua chiusura, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta per l'esercizio dell'impresa; in altre parole, la disciplina fallimentare formalizza la soggezione alle regole del concorso anche degli enti del libro primo, dei consorzi con attività esterna e dei p.e.i.e. quando non sia ancora trascorso l'anno dalla iscrizione della loro cancellazione dal registro delle imprese.

Proprio a tale ultimo riguardo si deve aderire alla posizione di chi (18) ha sottolineato come la scelta di costruire sul medesimo adempimento pubblicitario la fattispecie del fallimento successivo dell'impresa cessata, qualunque sia la forma giuridica prescelta per il suo esercizio, rappresenti un'evidente forzatura. Come già viene rimarcato dalla dottrina (19) della quale si condivide la critica al legislatore, infatti, presupposti, oggetto ed effetti dell'iscrizione della cancellazione variano in relazione alla forma giuridica assunta per lo svolgimento dell'iniziativa.

Occorre ricordare che vi sono, tra i casi ricompresi nella fattispecie generale offerta dall'art. 10, ipotesi di cancellazione che identificano il momento della mera cessazione dell'impresa (20), ma non anche quello dell'estinzione del soggetto, ed altre che, viceversa, intervengono a sanire proprio l'estinzione del termine di imputazione dell'iniziativa e alle quali il legislatore (senza le distinzioni che dovrebbero conseguire alla diversa natura dell'effetto in relazione alla classe di appartenenza del soggetto cancellato) associa la previa conclusione dell'attività (21).

Rientrano nel primo ambito sia l'iscrizione della cancellazione dell'imprenditore individuale, sia quella che si riferisce agli enti del libro primo; nel secondo paradigma generale devono collocarsi gli adempimenti pubblicitari che coinvolgono (oltre ai g.e.i.e. e ai consorzi con attività esterna (22), soprattutto) le società per le quali, peraltro, solo nel caso dei tipi capitalistici la cancellazione ha un dichiarato valore costitutivo, con il sicuro effetto di determinare l'estinzione dell'ente.

Al riguardo si deve, infatti, rammentare quale sia stata, in punto di disciplina della cancellazione delle società di capitali, la portata dell'intervento legislativo di riforma del diritto societario, avvenuto in virtù del d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003. Il legislatore storico, ben prima della novella fallimentare, si è dimostrato incline ad armonizzare il tenore delle relative disposizioni del codice alla citata posizione della Consulta. Il risultato si è però rivelato fuorviante di nuove e differenti intonazioni di non facile soluzione.

La norma di cui al secondo comma dell'art. 2495 c.c. collega ineludibilmente l'estinzione della società alla sua cancellazione, nonostante la liquidazione si sia conclusa senza la previa estinzione di tutte le passività sociali (23). L'inciso che apre il suddetto secondo comma (dell'art. 2495 c.c.) (24) rende evidente l'effetto costitutivo dell'adempimento pubblicitario (25) e segna così la distanza dell'attuale disciplina della cancellazione delle società di capitali sia dalla precedente, della quale prende il posto, sia da quella che regola l'omologa fattispecie nel caso delle società di persone; il che solo apparentemente - come vedremo - rivela un'aporia del sistema, a dispetto della recente posizione assunta al riguardo dalle Sezioni unite (26).

La relativa disciplina delle società personali (finalmente prevista per il primo anno di attività) all'ipotesi della cancellazione degli enti capitalistici prima della novella societaria) non annette espressamente alcun rilievo estintivo all'adempimento pubblicitario, pur riservando ai creditori (rimasti) insoddisfatti l'unica possibilità di far valere le proprie pretese nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei loro confronti.

Al riguardo occorre ricordare che la differente disciplina della cancellazione delle società personali deve collocarsi nello specifico ambito dei rapporti più generali tra la classe societaria in discorso e la pubblicità d'impresa. Essa spiega, nel suo insieme, effetti di eguale natura, ma di minore incidenza rispetto a quelli pienamente costitutivi, oggi consolidati - dalla riforma - in capo alle società capitalistiche, quando l'iscrittura appartenga alla suddetta classe dei modelli societari meno sofisticati. In particolare, una società commerciale di persona deriva dall'iscrizione - unicamente - la piena conformità alla legge, con la conseguenza della sua sottoposizione (27) al regime giuridico più favorevole previsto per le società regolari. Il che, come vedremo, non è senza conseguenze anche in relazione al tema trattato.

3. Il legislatore della riforma delle procedure concorsuali ha definito, altresì, i casi nei quali la presunzione di cessazione dell'attività, che discende dall'intervento adempimento pubblicitario, può considerarsi (ancora) relativa (28) e ammettere pertanto la prova contraria.

Si tratta delle ipotesi prese in esame al secondo comma dell'art. 10, le quali si riferiscono alla cancellazione tout court (sia volontaria che d'ufficio) dell'impresa individuale (29) e alla sola cancellazione d'ufficio degli imprenditori collettivi.

Solo in questa ipotesi si fatta salva la facoltà, unicamente per il creditore o per il pubblico ministero, di offrire la prova della prosecuzione dell'iniziativa al fine dello spostamento in avanti del momento della sua effettiva cessazione, dal quale far decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento. L'attuale formulazione si deve all'intervento correttivo del 2007, che ha chiarito quali dei suoi interessi che la disposizione si occupa di salvaguardare, con l'opportuna delimitazione - che mancava nella versione del 2006 - dell'area dei legittimati ad offrire la prova contraria (30).

Il primo profilo che viene all'attenzione dell'interprete riguarda un elemento di incoerenza della disciplina novellata, di nuovo suscettibile - in parte qua - di giustificare l'intervento del giudice delle leggi.

Tra le ipotesi di cui al secondo comma, infatti, abbiamo in un caso - come si è già anticipato - "la cancellazione dell'impresa individuale", con una formula che traslacia l'oggetto dell'iscrizione per rimarcare il significato. Essa nel caso della iscrizione volontaria fa discendere il decorso del termine da un atto dell'imprenditore che non è soggetto ad alcun riscontro da parte del conservatore (31).

Nell'altro - è bene ripetere - l'eccezione riguarda "la cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi", con una previsione che si cura di rimarcare l'oggetto dell'iscrizione, dandone per presupposta la conseguenza.

A quest'ultimo riguardo, occorre segnalare, da una parte, che non esiste alcuna disciplina della cancellazione d'ufficio degli enti del libro primo (come, peraltro, delle altre figure associative diverse dalle società, per le quali si prevede l'obbligo d'iscrizione). La cosa non stupisce, ove si valuti (con riguardo ai primi) il carattere meramente episodico della loro iscrizione nel registro, alla quale non può evidentemente annessi, dal punto d'osservazione assunto in questa sede, alcun effetto estintivo (32) del soggetto quanto - piuttosto - dichiarativo della cessazione dell'attività (il cui esercizio determina in capo all'ente l'obbligo d'iscrizione). Dall'altra, là dove si guardi all'ipotesi della cancellazione intervenuta su impulso dei medesimi enti (del libro primo), viene in evidenza un marcato profilo d'incoerenza della disciplina, che lascia trasparire un elemento di disparità di trattamento di fattispecie equivalenti. Non si comprende, infatti, quale sia la ragione per la quale i creditori di un imprenditore individuale possano vincere la presunzione che discende dalla sua cancellazione volontaria, "della quale deve essere possibile dimostrare la non veridicità" (33), mentre quelli di un'associazione non possano ottenere di porre il termine ultimo per la dichiarazione di fallimento del loro debitore (34), quando questi abbia provveduto altrettanto strumentalmente alla propria cancellazione.

La ricognizione del senso della disposizione consentendo una seconda valutazione. Essa, peraltro, viene ad assumere una rilevanza che travalica l'ambito della norma fallimentare, perché consente di vedere, nella voluntas legis, l'affermazione del valore estintivo anche per la cancellazione volontaria delle società di persone dal registro delle imprese (35).

La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 10, infatti, sottintende che l'anno per la dichiarazione di fallimento di una società personale, volontariamente cancellata, decorra dall'iscrizione del relativo atto, nonostante la pubblicità - con riguardo alla classe societaria in discorso - abbia - come si è già anticipato - un'efficacia su propria, che la distingue da quella integralmente costitutiva che informa la disciplina delle società di capitali e giustifica l'effetto estintivo della loro cancellazione.

A dispetto di quanto appena evidenziato, può assumersi, allora, che la cancellazione volontaria della società personale ne determini - allo stesso modo - la definitiva estinzione (36), proprio perché ai creditori non è consentito di porre il termine ultimo per la sua dichiarazione di fallimento.

In questa chiave, può dirsi che sia proprio la loro verificata ottemperanza agli obblighi pubblicitari a richiedere che le società regolari non possano che considerarsi definitivamente estinte a seguito della cancellazione, in accordo con quanto prevedono - rispettivamente - le norme di cui agli artt. 2312 e 2324 cc.; senza che per l'affermazione di un simile esito sia necessario invocare il carattere generale del principio introdotto dall'art. 2495 c.c. (37).

Da questo punto d'osservazione, può suggerirsi, peraltro, un'eventuale correzione all'esteso fisiologico dell'adempimento pubblicitario, quando risulti evidente la volontà di tutti (38) i soci dell'ente cancellato di eludere la legge, in virtù del ricorso ad una iscrizione strumentale, che consenta loro di anticipare il decorso del termine annuale per la dichiarazione del fallimento successivo, nonostante essi proseguano senza soluzione di continuità nell'iniziativa, anche in virtù della mai interrotta spendita del nome dell'ente (del quale si pretenda, invece, intervenuta l'estinzione ai fini concorsuali) nel traffico giuridico. In questa circostanza, infatti, avremmo un comportamento non conforme alla legge, successivo alla cancellazione, che vanificherebbe l'effetto altrimenti estintivo dell'adempimento pubblicitario, che proprio il regime delle società regolari individua quale naturale estingente della vicenda societaria. Proprio la violazione di quelle regole, in questo caso e non in quello degli enti capitalistici, dato il valore integralmente costitutivo della loro iscrizione), legittimerebbe (39) i creditori e il p.m. a chiedere l'iscrizione della cancellazione d'ufficio (40) (ex art. 2191 c.c.) della precedente cancellazione della società oltre che, naturalmente, a presentare la relativa istanza volta ad ottenere la dichiarazione di fallimento (date le circostanze, non più successive).

3.1. Con riguardo alla cancellazione volontaria delle società e degli altri enti collettivi, dunque, la nuova disciplina assegna al suddetto adempimento valore costitutivo totale del dies a quo del termine annuale per la dichiarazione di fallimento.

Fatta eccezione per quanto disposto con riguardo all'imprenditore individuale (41), il secondo ordine di eccezioni al criterio dell'adempimento pubblicitario si riferisce, infatti, alle sole ipotesi di cancellazione d'ufficio degli enti collettivi.

In tutti gli altri casi, dunque, non è possibile (42) dimostrare diversamente il momento della definitiva cessazione dell'attività in modo da modificare la decorrenza del termine per la dichiarazione del fallimento successivo. Quest'ultimo elemento depone univocamente per il carattere costitutivo dell'iscrizione, che ricorre quando l'adempimento non sia in alcun modo surrogabile in vista della produzione di un determinato effetto (43).

Con riguardo alla cancellazione d'ufficio - come si è già anticipato - essa è contemplata esclusivamente per le società. Nel caso dei modelli personali, la relativa disciplina è contenuta nel d.P.R. n. 247 del 23 luglio 2004 (44), mentre per le società di capitali è offerta dall'art. 2490 c.c. In un caso e nell'altro la ratio che giustifica il provvedimento di cancellazione è la medesima e si risolve nell'esigenza di espungere, dal registro delle imprese, soggetti dei quali si presume la già intervenuta cessazione dell'attività a dispetto della costanza della loro iscrizione. Ciò che varia sono gli elementi di fatto sui quali il legislatore costruisce il presupposto dell'intervento del conservatore.

Anche in questa ipotesi, peraltro, la novella fallimentare adotta un criterio uniforme per tutte le società cancellate d'ufficio che si coordina più facilmente con gli effetti della suddetta iscrizione quando essa abbia ad oggetto una società personale, ma che non altrettanto agevolmente si concilia con il tenore della disposizione che regola la cancellazione d'ufficio degli enti capitalistici. Quest'ultima (recata dal sesto comma dell'art. 2490 c.c.) assegna espressamente (anche) all'iscrizione del provvedimento da parte del conservatore l'efficacia estintiva che altrimenti discende dall'adempimento pubblicitario con il quale si completa la fase di liquidazione, in accordo con il dettato del secondo comma dell'art. 2495 c.c.

In vista di un siffatto quadro normativo, può dirsi che la previsione introdotta con il nuovo secondo comma dell'art. 10 l.f.all. determini la riforma del dettato dell'art. 2490, comma 6, c.c., nella parte in cui quest'ultimo esclude, in termini assoluti, che l'attività successiva alla cancellazione possa essere ancora imputata al soggetto giuridico estinto per via del provvedimento d'ufficio. Esso, infatti, si fonda su una valutazione legale ancorata a degli indici tipici che, in accordo con il senso della norma fallimentare, conservano un valore relativo suscettibile di essere corretto dalla verifica del reale comportamento del debitore.

In questa luce, dunque, deve ritenersi che la norma che si ci commenta deroghi, in virtù del proprio carattere di disposizione speciale, al principio espresso dalla previsione generale contenuta nel codice civile (45) e ammetta la prova dell'effettivo svolgimento di attività successiva, al fine di porre il termine per l'apertura della liquidazione concorsuale.

4. La nuova disciplina dell'estinzione delle società di capitali suscita più di qualche perplessità in una parte della dottrina, preoccupata delle conseguenze che possono derivare dall'effetto estintivo prodotto dall'iscrizione della cancellazione dell'ente dal registro delle imprese. In particolar modo, si sottolineano i problemi che possono derivare, oggi, dalla cancellazione di una società di capitali della quale non sia stato liquidato interamente il patrimonio (46). Ci si interroga, per esempio, su quale sia la disciplina dei beni eventualmente ancora presenti nel patrimonio sociale quando sia intervenuto l'adempimento pubblicitario che determina la "scoperta" del loro titolare. Ci si chiede se gli stessi debbano considerarsi caduti in comunione tra gli (ex) soci (47) ovvero se non si debba, piuttosto, procedere a ripartire in vita il soggetto, in virtù dell'iscrizione della cancellazione d'ufficio della sua cancellazione (operata ex art. 2191 c.c.), perché la stessa sarebbe avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge (48).

Vi è, peraltro, anche chi segnala l'esigenza di interrogarsi sul concetto di titolare al fine di verificare se non si possa comunque considerare la società estinta ancora capace di essere titolare di un patrimonio (49) a dispetto dell'adempimento pubblicitario. La dottrina che indica quella che si potrebbe definire la terza via assegna all'interprete il compito di ricercare un coordinamento tra le disposizioni di cui all'art. 10 l.f.all. e 2495 c.c., dalle quali discende il concetto di estinzione (50). Ed è proprio dall'analisi di quest'ultima relazione che può venire una risposta agli interrogativi, legittimi, emersi sin qui. Al fine di semplificare il discorso, in questa sede si terrà conto unicamente dei due modelli capitalistici principali, nella loro forma pluripersonale o, se si preferisce, contrattuale.

Volendo in parte anticipare l'esito cui conducono le presenti riflessioni, si può dire che dopo la (citata) pronuncia della Corte costituzionale, la novella societaria e la successiva rivisitazione della disciplina delle procedure concorsuali, non si può avere il fallimento delle società cancellate senza limiti di tempo (peraltro non condivisibile neanche prima) ma non si può non avere la loro sopravvivenza almeno fino al momento in cui non sia più possibile aprire la procedura nel loro confronti (51).

La disposizione che si commenta prevede - infatti - che il fallimento di una società di capitali non si possa più avere quando sia già trascorso un anno dalla sua cancellazione, sia che l'insolvenza si sia manifestata prima, come anche nel medesimo intervallo temporale successivo all'estinzione. Con riguardo a quest'ultima eventualità occorre intendere.

Ove non si avesse - come detto - una qualche forma di sopravvivenza dell'ente alla propria cancellazione per il periodo entro il quale se ne può dichiarare il fallimento, non sarebbe possibile capire come possa essere insolvente ovvero incapace di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni un soggetto giuridico estinto e, come tale, non più titolare di alcun rapporto (52), come rappresentante confermato dalla regola che imputa, nei limiti della quota di liquidazione, agli (ex) soci la responsabilità per i debiti sociali che sopravvivono alla chiusura della fase di liquidazione (53) (fatta salva, naturalmente, la possibile colpa dei liquidatori). Non si può fare a meno di ritenere che, entro certi limiti, la società non sia del tutto scomparsa dalla scena, se la si può ancora imputare l'insolvenza (o, al contrario, la si può escludere) per i debiti contratti nel corso della sua attività, peraltro, ormai conclusasi a seguito dell'iscrizione della sua cancellazione dal registro delle imprese.

Con il rovesciamento del ragionamento allora rivolto da un illustre autore (54) alla dimostrazione dell'esistenza, prima dell'iscrizione (55), della società di capitali irregolare, infatti, si può affermare che non può darsi insolvenza della società (né società) la medesima condizione può escludere) dopo la cancellazione, se non sopravvive all'adempimento pubblicitario non essere "il germe di una società mai il nulla". La responsabilità dei soci può (consentire di scongiurare, o) non essere sufficiente ad avviare il fallimento, proprio in quanto la società non viene meno del tutto (56), neanche dopo l'iscrizione della sua cancellazione, proprio in chiuderà, inoltre, in che termini possa ancora profilarsi l'insolvenza in virtù della stessa.

Quando anche vi sia stata la distribuzione di quote di liquidazione tra i soci, il dissesto non può manifestarsi se non nella forma dell'incapacità del residuo (o, allo stesso modo, nella sua assenza) rispetto al complesso delle passività (ancora) esistenti, come peraltro da consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (57), con riguardo al caso in cui l'incapacità di adempiere si presenti nel corso della fase di liquidazione della società. Dato questo assunto, sia che tutti i terzi siano stati interamente soddisfatti dagli (ex) soci, sia che alcuni di loro siano rimasti insoddisfatti, i relativi pagamenti avvengono in adempimento di obbligazioni sociali (58) che, qualora siano superiori per importo alla somma delle quote liquidate (fatta eccezione per l'ipotesi di ulteriori e sufficienti sopravvenienze o sopravvenienze attive nel patrimonio sociale), si traducono nell'insolvenza dell'ente, dalla quale ha origine il fallimento.

Il medesimo esito dell'apertura della procedura potrebbe intervenire anche prima dell'eventuale richiesta di adempimento nei confronti dei soci, sempre nei limiti della loro responsabilità per i debiti sociali dopo la cancellazione dell'ente. In questo caso, i pagamenti eventualmente effettuati, dopo (59) la dichiarazione di fallimento, non potrebbero che essere considerati inefficaci nei riguardi della procedura (art. 44, comma 1, l.f.all.), in quanto rivolti verso i creditori del fallito e, soprattutto, realizzati con l'impiego del suo patrimonio; nell'ipotesi in cui, invece, un residuo fosse stato distribuito senza che le relative somme fossero state (ancora) impiegate al fine di estinguere i debiti sociali, le quote di liquidazione verrebbero automaticamente comprese nel patrimonio fallimentare, data la loro natura di sopravvenienze attive del debitore.

I soci, infatti, sono creditori riservati e come tali possono soddisfarsi solo fuori dalla procedura e dopo la sua conclusione. In questa chiave, quanto sia stato distribuito loro quando vi siano ancora creditori insoddisfatti rappresenta una forma di indebito soggettivo (60), automaticamente compreso nello sposamento che fa seguito alla dichiarazione di fallimento.

La lettera offerta consente, peraltro, di comprendere la ragione della previsione del termine annuale sul quale è costruita sia la disciplina dei finanziamenti effettuati dai soci di s.r.l. (art. 2467 c.c.) sia quella relativa alla medesima fattispecie, quando essa si realizzi nell'ambito del fenomeno che ha origine dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società (art. 2497-quinquies c.c.), qualora intervenga il fallimento della società finanziata. In particolare, nel caso in cui la procedura si apra dopo la cancellazione dell'ente, ma quando non sia ancora trascorso l'anno dall'avvenuto rimborso del finanziamento, esse deve essere restituite alla società che, nonostante l'adempimento pubblicitario, rimane titolare del proprio patrimonio residuo, nel quale confluiscono anche le sopravvenienze attive rappresentate dalle somme rese dai soci finanziari indebitamente rimborsati (alla medesima stregua di quanto avviene con riguardo alla restituzione delle quote di liquidazione, non ancora impiegate al fine di adempiere nei confronti dei creditori sociali insoddisfatti).

Essa mette altresì in chiara evidenza come i soci continuano a distinguersi - anche dopo l'adempimento pubblicitario - dai soci di società di persona, per i quali la norma di cui all'art. 2312 c.c. prevede una responsabilità che non può che rispecchiare le regole dei modelli che non consentono la limitazione del rischio al valore dell'omologa fattispecie nel caso dell'accandita semplice, per la quale la limitazione sussiste a favore degli accomandanti, in ossequio alle previsioni del contratto, che non viene meno a seguito della cancellazione della società; (61) seppure il pagamento possa essere loro richiesto direttamente e non più attraverso il medio necessario rappresentato dalla società che (solo prima della cancellazione e in virtù della sua personalità giuridica e della conseguente autonomia patrimoniale perfetta) funge altrimenti da centro unico di imputazione dei rapporti giuridici originati dalla sua iniziativa.

Questo non toglie, però, che a dispetto della sua cancellazione essa conservi, come può confermare una lettura dell'art. 42 l.f.all. coerente con la tesi sin qui proposta, la titolarità del patrimonio oggetto di sposamento nella procedura di fallimento che si sia aperta per la sua insolvenza successiva.

Può dirsi, a mio modo di vedere, che l'iscrizione della cancellazione determini la perdita della personalità giuridica (62) dell'ente e, con essa, della capacità - da quel momento in avanti - di essere titolare di nuovi rapporti giuridici per via della contestuale e definitiva disapplicazione, che segue all'adempimento pubblicitario, delle regole dell'organizzazione (63) (come testimoniano, da una parte, seppure in una prospettiva rovesciata, la novellata disciplina delle operazioni che precedono l'iscrizione, di cui all'art. 2331 c.c. (64); e, dall'altra, la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 10, con riguardo all'eccezione all'effetto altrimenti - definitivamente - estintivo della cancellazione d'ufficio delle società di capitali, che si risolve nella possibile prova della prosecuzione dell'attività da parte dell'ente cancellato, e che testimoniano del rapporto altrimenti privo di vita del soggetto e disattivazione delle regole che governano l'azione societaria) e che, dal momento della prima discende l'operatività dell'autonomia patrimoniale perfetta (65), con la possibilità per i terzi di pretendere l'adempimento (oltre che da parte della società, ex art. 2495, comma 2, c.c.) anche da parte dei soci, seppure nei limiti della loro partecipazione al rischio.

D'altra parte la valutazione legale tipica, sulla quale è costruita la disposizione sul fallimento dell'impresa cessata, consente di conservare all'ente la capacità di essere titolare del patrimonio, costituito dalle possibili sopravvenienze o sopravvenienze attive che hanno origine nel periodo che precede il momento della cancellazione, per l'intera durata dell'anno successivo all'adempimento pubblicitario durante il quale, l'eventuale pagamento dei creditori insoddisfatti, da parte dei soci, rappresenta comunque adempimento di obbligazioni sociali.

La ricostruzione proposta ha, poi, un'ulteriore conseguenza di sistema. Ove la si accetti, infatti, si dovrà ritenere che tanto nel caso della chiusura del fallimento successivo come nell'ipotesi della cancellazione della società richiesta dal curatore, a seguito della medesima chiusura del fallimento (quando anche il medesimo fosse stato dichiarato nei confronti di un'impresa societaria ancora in attività) che abbia lasciato almeno in parte insoddisfatti i creditori (art. 118, comma 2, l.f.all.), l'ente cancellato rimanga titolare degli eventuali beni residui per i cinque anni che seguono alla suddetta chiusura, nel corso dei quali può aversi la riapertura della procedura, ex art. 121 l.f.all. (66).

In questi precisi limiti, altresì, la società come contratto (67) (e come patrimonio autonomo) si estingue definitivamente solo con il decorso del termine previsto dall'art. 10 l.f.all., come viene indirettamente confermato anche dal tenore della già citata parte finale della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2495 c.c.. Il legislatore si occupa, infatti, di precisare che la domanda da parte dei creditori, se proposta (ancora una volta e non a caso) entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società (68). Quest'ultimo rimane, dunque, ancora titolare di tutti i rapporti originati nel periodo precedente alla cancellazione, tanto da poter andare incontro al fallimento nel caso della sua insolvenza successiva.

In questo modo, il legislatore della novella societaria si è occupato di erigere un sicuro argine a protezione del principio sancito dalla Corte costituzionale con la posizione della regola che esclude che la società di capitali cancellata possa continuare ad essere considerata esistente fino al momento della definitiva estinzione delle sue passività (69). La successiva novella fallimentare ha precisato il senso del suddetto principio codicistico, estendendo (70) alle società di persone (71).

Quel che si vuol dire è che il tenore della disposizione contenuta nell'art. 2495 c.c. dimostra come il concetto generale di estinzione della società discenda dall'esigenza di definire l'ambito temporale entro il quale circoscrivere la possibilità della dichiarazione del fallimento successivo degli enti societari. Se questo è vero, per estinzione si deve intendere null'altro che la disapplicazione, dal momento dell'adempimento pubblicitario, della disciplina dalla quale deriva altrimenti l'imputazione dell'attività in capo all'ente che ha origine dal contratto, così da rendere certo il termine per l'apertura della procedura, rispetto al momento della cancellazione.

Sulla scorta di quanto affermato, si deve concludere che tutte le società cancellate volontariamente cessano da quel momento di essere centri di imputazione di nuova attività, ma non perdono la responsabilità per le obbligazioni contratte sino a quel medesimo momento, per la durata del termine annuale entro il quale può essere dichiarato il loro fallimento (e, in caso di apertura della procedura, per i cinque anni che seguono alla sua chiusura). Entro l'intervallo temporale fissato dall'art. 10 l.f.all., dunque, la società deve sempre considerarsi titolare sia dei beni ancora presenti (o, sopravvenuti) nel suo patrimonio sia - in caso di apertura della procedura - dei valori che le disposizioni concorsuali possono consentire di riportare nella massa fallimentare.

5. L'ultimo profilo di disciplina sul quale occorre soffermarsi è quello che attiene al criterio che deve applicarsi nei riguardi degli imprenditori non iscritti. Quello dell'adempimento pubblicitario rimane l'unico indicatore del momento della cessazione dell'impresa riconosciuta dal legislatore della novella (72), il quale, al più, si occupa di predisporre un meccanismo di integrazione del medesimo, quando dalla sua esclusiva applicazione possa derivare altrimenti un esito non del tutto rispondente alla condotta del debitore (73). In questa chiave, l'effetto costitutivo del dies a quo, che è proprio della cancellazione, assume valore relativo (74), (proprio) perché può essere corretto solo a vantaggio dei creditori ovvero delle istanze di carattere generale che presiedono all'attività del p.m., nei casi già visti.

A quest'ultimo riguardo traspare la volontà legislativa (75) di accordare il beneficio che discende dalla norma che si commenta solo a chi abbia ottemperato agli obblighi pubblicitari (76). In questo senso si rammenta che "la norma non presuppone l'iscrizione, bensì l'obbligo d'iscrizione, che grava su tutti gli imprenditori" (77).

L'esito naturale di un siffatto ragionamento è evidentemente quello che vede gli imprenditori che non hanno assunto l'obbligo d'iscrizione ancora suscettibili di fallimento senza limiti di tempo (78). Essi non sarebbero, infatti, nella condizione di poter offrire la prova dell'intervenuta cessazione della loro iniziativa.

Questo tipo di conclusione viene avvertita da una parte della dottrina, la quale si dimostra incline ad ammettere che, in simili casi, si debba considerare equivalemente alla cancellazione, la prova della conoscenza effettiva della cessazione dell'attività, dalla quale far decorrere il termine annuale (79). L'obiezione a un siffatto ordine di ragionamento viene ove si ammetta il carattere costitutivo (80) che assume in questa circostanza l'adempimento pubblicitario, per il quale non è prevista la prova dell'effettiva conoscenza che consente, altrimenti, l'opponibilità degli atti, nelle ipotesi di omessa pubblicità dichiarativa.

Il rischio, rispetto al rischio della potenziale soggezione a fallimento senza limiti di tempo, può venire - come già posto in evidenza da altri (81) - dall'impedimento tardivo che (a seguito dell'iscrizione dell'impresa individuale o collettiva nel registro) consente, poi, di poter procedere alla sua cancellazione, ottenendo di far decorrere il termine annuale.

La soluzione proposta può consentire di ottenere sempre il decorso del suddetto termine, anche nel caso in cui l'iniziativa si sia nel frattempo definitivamente conclusa. Non sembrano esistere, infatti, nel codice civile, veri ostacoli (82) all'iscrizione di una dichiarazione con la quale l'imprenditore, da conto dell'inizio e della ormai intervenuta conclusione della propria attività, quand'anche quest'ultima sia già definitivamente cessata all'atto della richiesta di iscrizione e immediata cancellazione. In questo specifico caso, peraltro, occorrerebbe unicamente che l'iscrittore desse prova del definitivo compimento dell'iniziativa al momento della presentazione della relativa domanda all'ufficio. Sarebbe, infatti, (sostanzialmente) irrilevante l'indicazione di data precisa, visto che solo l'adempimento pubblicitario consentirebbe l'estinzione dell'impresa (sia individuale che soprattutto) collettiva, in accordo con la nuova disciplina concorsuale (83), la quale fa discendere, altresì, proprio dal medesimo adempimento il decorso del termine annuale e l'eventuale dichiarazione del fallimento successivo.

L'unico problema potrebbe risiedere nella modulistica dell'ufficio del registro delle imprese, nell'eventualità in cui essa non fosse predisposta per accogliere iscrizioni concepite in modo da consentire la cancellazione contestuale (all'iscrizione stessa). In questo modo, peraltro, verrebbe salvaguardata anche la parità di trattamento tra tutti i soggetti fallibili (e i loro rispettivi creditori), dato che il termine - in una simile ordine di cose, - decorrerebbe sempre dal momento dell'iscrizione della cancellazione e non da quello, antecedente, della effettiva cessazione dell'attività.

Correlazioni: Legislazione Correlata (10)

» DPR 23 luglio 2004 n. 247

» DLT 17 gennaio 2004 n. 6

» Codice Civile, Art. 2191

» Codice Civile, Art. 2312

» Codice Civile, Art. 2324

» Visualizza successivi

Doc. associati: » Documenti con la stessa classificazione

» Documenti stesso autore

» Bibliografia Correlata