

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Liquidazione del patrimonio incapiente e regole di ripartizione. Note a margine di un recente arresto

SOMMARIO: 1.– La recente pronuncia di legittimità in materia di responsabilità del liquidatore *ex art. 2495 c.c.*, nell’ambito del dibattito sui criteri di ripartizione. L’orientamento fondato sulla necessità di applicazione della *par condicio* anche in sede di liquidazione del patrimonio sociale e le differenti argomentazioni: il mandato *ex lege* nell’interesse dei creditori e la *par condicio* come principio generale dell’ordinamento. Il disposto di Cass. n. 521 del 2020: la responsabilità illimitata del liquidatore verso il creditore pretermesso per violazione della parità di trattamento – 2. – Portata e significato dell’art. 2495 c.c. La responsabilità *limitata* dei soci e *illimitata* dei liquidatori per le obbligazioni rimaste inadempite a seguito della cancellazione della società dal registro delle imprese. Il processo riformatore ed ermeneutico che ha portato all’attuale lettura della norma: la successione dei soci alla società estinta nei rapporti non esauriti – 3. – Fondamento e natura della responsabilità *limitata* del socio. Le varie ricostruzioni, non del tutto congrue o compiute, della dottrina – 4. – Necessità di mutamento di premesse concettuali e postulati logici. Il fenomeno societario come organizzazione e destinazione ad attività di impresa. Rilevanza della destinazione a prescindere dalla iscrizione costitutiva della personalità e permanenza in vita di un *centro autonomo di imputazione di rapporti* come (unica) giustificazione della responsabilità dei soci secondo la regola vigente *manente societate*. L’art. 2495 c.c. quale rimedio di natura revocatoria – 5. – La responsabilità *illimitata* del liquidatore e la (poca rilevanza della questione circa la) sua natura contrattuale o extracontrattuale. Il quesito (invece rilevante) circa il contenuto della diligenza, se ispirata o meno al criterio della *par condicio creditorum*. La soluzione affermativa di Cass. n. 521 del 2020 e la posizione divisa della dottrina – 6. – Inconsistenza delle argomentazioni della Corte, fondate tanto sulla natura della *par condicio* di principio generale tanto sulla prevalenza dell’interesse dei creditori. La *par condicio* come (a) operante nel solo momento di attuazione della responsabilità patrimoniale e nel solo ambito della esecuzione forzata per espropriazione; (b) recante una affermazione di prevalenza dell’autonomia negoziale “differenziale” e delle diverse scelte legali. Discrezionalità dell’adempimento nella fase dell’attuazione volontaria, ma rilevanza delle cause legittime di prelazione quali situazioni soggettive sostanziali – 7. – Parità di trattamento, concorsualità e concorsualità «liquidatoria» – 8. – La possibile portata espansiva della regola sulla base del criterio della natura coattivo-pubblicistica ovvero volontario-privatistica del procedimento. Applicazione dei risultati alla liquidazione delle società. L’interesse che connota l’attività liquidatoria come interesse di sintesi, oggettivo e tipizzato, che non muta però la natura volontaristica e privatistica del procedimento. Esclusione dell’applicazione della regola della *par condicio* ma rispetto delle cause legittime di prelazione.

1. La recente pronuncia di legittimità in materia di responsabilità del liquidatore ex art. 2495 c.c., nell'ambito del dibattito sui criteri di ripartizione. L'orientamento fondato sulla necessità di applicazione della par condicio anche in sede di liquidazione del patrimonio sociale e le differenti argomentazioni: il mandato ex lege nell'interesse dei creditori e la par condicio come principio generale dell'ordinamento. Il disposto di Cass. n. 521 del 2020: la responsabilità illimitata del liquidatore verso il creditore pretermesso per violazione della parità di trattamento

Nel corso degli ultimi decenni la giurisprudenza (soprattutto di merito), con argomentazioni alterne ed esiti interpretativi opposti, si è occupata del problema delle regole di ripartizione del patrimonio sociale in liquidazione e delle connesse responsabilità del liquidatore. Constano infatti sul punto due orientamenti delle corti territoriali: il primo, poco nutrito¹, che si fa forte però di due precedenti di legittimità², secondo il quale in difetto di disposizioni espresse - che in particolare impongano una ripartizione proporzionale del patrimonio incapiante - il liquidatore può fare legittimamente applicazione di differenti criteri, anche disattendendo eventuali cause di prelazione; il secondo, più nutrito, che invece riconosce ai creditori il diritto a pretendere che la liquidazione della società avvenga nel rispetto del principio della parità di trattamento salve le cause legittime di prelazione, posto dall'art. 2741 c.c.: sì che sussisterebbe la responsabilità del liquidatore per violazione del criterio laddove uno o più creditore rimanesse insoddisfatto³.

¹ Ci si riferisce sostanzialmente a Trib. Udine, 26 febbraio 2010, in *unijuris.it*, ad App. Palermo, 7 febbraio 1969, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Società*, n. 393 e App. Brescia, 18 luglio 1964, *ivi*, 1965, voce *cit.*, n. 356.

² Si tratta di Cass., 26 aprile 1968, n. 1273, in *Foro it.*, I, 1969, 987 e Cass., 25 marzo 1970, n. 792, in *Giust. civ.*, I, 1970, 829, secondo la quale «la liquidazione ordinaria della società non ha lo scopo di tutelare la *par condicio creditorum* ma quello di definire i rapporti in corso, sottoponendo indistintamente tutti i creditori, privilegiati e chirografari, al medesimo trattamento e mettendoli in grado di essere pagati, entro i limiti delle concrete disponibilità patrimoniali, via via che si presentano ad esigere quanto è loro dovuto».

³ In questo senso in particolare occorre guardare alla giurisprudenza del Tribunale di Milano: Trib. Milano, 21 aprile 2017, in *Dejure online*, Trib. Milano, 7 ottobre 2016, *ibidem*, Trib. Milano, 15 giugno 2015, n. 7267, in *Giur. comm.*, 2018, II, 536

Nell'ambito del secondo - negli anni sempre più incalzante - orientamento, la soluzione della necessaria applicazione della *par condicio* anche in sede di liquidazione del patrimonio sociale è stata poi supportata da due differenti argomentazioni: l'una fondata sulla sussistenza in capo al liquidatore di un mandato *ex lege* nell'interesse dei creditori, desumibile dal divieto di ripartire tra i soci i beni sino a quando non siano stati soddisfatti i creditori sociali (art. 2280 c.c.) e che connoterebbe l'attività dei liquidatori della finalità primaria del loro pagamento integrale o, quanto meno, del pagamento proporzionale rispettoso della *par condicio*⁴; l'altra fondata sulla stessa natura e portata della *par condicio*, da reputarsi «principio generale» «estensibile anche all'ambito delle procedure di liquidazione volontaria, sebbene non espressamente richiamata», così da riempire di contenuto il dovere di diligenza professionale del liquidatore⁵.

C'era forse da attendersi, quindi, ed è giunta con Cass. n. 521 del 2020, una nuova pronuncia di legittimità che ponesse un punto fermo rispetto ai più risalenti arresti e alle oscillanti tendenze di merito⁶.

con nota di A. CAPRARA, *Parità di trattamento dei creditori sociali e doveri dei liquidatori*; Trib. Milano, 6 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 393, con nota di F. RIGANTI, *Par condicio creditorum e procedure di liquidazione di una società di capitali*; nonché a Trib. Genova, 2 aprile 2013, in *Società*, 3, 2014, 301 ss., con nota di M.M. GAETA, *Brevi note in materia di liquidazione della società e par condicio creditorum. Il commento*; Trib. Firenze, 12 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 565, con nota di L. BIAGIOLI, *Le responsabilità dei liquidatori di società di capitali fallite*.

⁴ Cfr. Trib. Firenze, 7 settembre 1995, cit., e Trib. Milano, 19 novembre 2009, in *Giustizia a Milano*, 2004, 77, secondo la quale «la tutela dei creditori della società, pur non enucleandosi espressamente nel principio di *par condicio creditorum* (previsto solo nelle procedure concorsuali che si aprono in caso di insolvenza della società), si attua indirettamente e necessariamente con la salvaguardia dell'integrità del capitale sociale (art. 2394 c.c.), costituente la garanzia tipica predisposta in favore dei creditori. Entro tale logica, dunque, si deve ricondurre l'art. 2280 c.c., laddove pone il divieto di anticipare riparti tra i soci che si pongano in contrasto con le ragioni dei creditori sociali».

⁵ Questo in particolare l'approdo argomentativo di Trib. Genova, 2 aprile 2013, cit., e Trib. Milano, 6 agosto 2014, cit.

⁶ Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, in *Dir. giust.*, con nota di V. PAPAGNI, *La responsabilità 'illimitata' del liquidatore verso i creditori insoddisfatti dopo la cancellazione della società*; in *Foro it.*, 2020, 3, I, 907, con nota di G. NICCOLINI, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*; in *Fallimento*, 2020, 333, con nota di M. FABIANI, *La*

Il caso aveva riguardato un creditore privilegiato *ex artt. 2753 e 2754 c.c.*, il quale, del tutto pretermesso in sede di liquidazione del patrimonio della società debitrice in liquidazione, aveva promosso azione di responsabilità *ex art. 2495, comma 2, c.c.* nei confronti del liquidatore per avere questi pagato con le uniche risorse disponibili altri creditori, anche chirografari, omettendo invece di accordare a lui la dovuta preferenza e financo di iscrivere il relativo debito in bilancio. La domanda veniva accolta in primo grado sulla base della considerazione che la società, risultando gravemente insolvente già all'avvio della fase di liquidazione, avrebbe dovuto essere sottoposta ad una procedura fallimentare su istanza del liquidatore stesso (ed in tale omissione si sostanzialmente la sua responsabilità); e riformata invece in secondo grado, mancando la dimostrazione, a dire della Corte d'Appello, sia che vi fosse un danno imputabile al liquidatore («posto che dal bilancio finale di liquidazione approvato dai soci risultava l'insussistenza di un attivo patrimoniale da distribuire»), sia che la omessa dichiarazione di fallimento avrebbe consentito la soddisfazione in tutto o in parte del credito.

La Corte di Cassazione si allinea con la pronuncia di primo grado affermando che «in tema di responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società *ex art. 2495, comma 2, c.c.*, il conseguimento, nel bilancio finale di liquidazione, di un azzeramento della massa attiva non in grado di soddisfare un credito non appostato nel bilancio finale di liquidazione, ma, comunque, provato, quanto alla sua sussistenza, già nella fase di liquidazione, è fonte di responsabilità *illimitata* del liquidatore verso il creditore pretermesso, qualora sia allegato e dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzia l'esecuzione di pagamenti in spregio del principio della *par condicio creditorum*, applicato nel rispetto delle cause legittime di prelazione *ex art. 2741, comma 2, c.c.* Pertanto, ove il patrimonio si sia rivelato insufficiente per soddisfare alcuni creditori sociali, il liquidatore, per liberarsi dalla responsabilità su di lui gravante in riferimento al dovere di svolgere un'ordinata gestione liquidatoria,

regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso; in Giur. it., 2020, 353, con nota di S. CERRATO, Società commerciali, liquidatori e "fine vita" dell'ente: superiamo antiche credenze?; in Giustiziacivile.com, 17 giugno 2020, con nota di F. RINALDI, Il liquidatore e la par condicio creditorum: il punto della Cassazione.

ha l'onere di allegare e dimostrare che l'intervenuto azzeramento della massa attiva tramite il soddisfacimento dei debiti sociali non è riferibile a una condotta assunta in danno del diritto del singolo creditore di ricevere uguale trattamento rispetto ad altri creditori, salve le cause legittime di prelazione».

2. Portata e significato dell'art. 2495 c.c. La responsabilità limitata dei soci e illimitata dei liquidatori per le obbligazioni rimaste inadempite a seguito della cancellazione della società dal registro delle imprese. Il processo riformatore ed ermeneutico che ha portato all'attuale lettura della norma: la successione dei soci alla società estinta nei rapporti non esauriti

La statuizione richiamata presenta la peculiarità di porsi all'intersezione tra la linea segnata dall'art. 2495 c.c., che regola le sorti dei rapporti non esauriti al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese, e le regole generali della liquidazione alle quali il liquidatore è sottoposto (con conseguenti responsabilità), ma che non presentano, come detto e come la giurisprudenza ha più volte rilevato, alcuna prescrizione circa le modalità di ripartizione del ricavato esito della liquidazione del patrimonio⁷.

Ebbene, l'art. 2495 c.c., per cominciare, dalla apparente linearità (ma dalla effettiva incompiutezza e tormentata interpretazione) dispone per l'appunto al primo comma che, approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese e, al secondo comma, che «ferma restando l'estinzione dell'ente» dopo la cancellazione i creditori sociali insoddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci *fino alla concorrenza di quanto riscosso* da essi in sede di liquidazione, e invece *illimitatamente* nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da loro colpa.

⁷ Con esclusione invece - condivisibile - di un nesso necessario tra la responsabilità del liquidatore *ex art. 2495*, comma 2, c.c. e la mancata attivazione a sua cura del procedimento per la dichiarazione di fallimento: le fattispecie si presentano infatti del tutto autonome e la prima non necessita per la sua integrazione dell'inverarsi della seconda che peraltro richiede, oltre che lo stato di insolvenza dell'ente in liquidazione, l'ulteriore requisito dell'aggravio del dissesto (cfr. Ord. cit., § 3).

Parametro, quest'ultimo, che si riempie del contenuto rinveniente dalla disciplina dei doveri e delle responsabilità dei liquidatori, in special modo posti dagli artt. 2487, 2489 e 2491, comma 2, c.c. Ma che non contiene, lo si ripete, alcun cenno alla necessità di applicare il criterio della *par condicio creditorum*, o altro opposto (il *prior in tempore*, ad es.) e diverso (il pagamento dei creditori "a misura che si presentano"). Lo si ripete perché è su tale aspetto che si concentreranno le considerazioni che seguono e non su altra marginale questione, quale quella che pure ha interessato gli interpreti e i primi commentatori, del significato dell'aggettivo *illimitata* che accompagna la definizione di responsabilità.

L'art. 2495 c.c., frutto della Riforma del diritto societario del 2006, aveva inteso risolvere il problema controverso in dottrina (ma poco avvertito in giurisprudenza) della efficacia costitutiva o piuttosto dichiarativa della cancellazione della società dal registro delle imprese, laddove, pur intervenuta, residuassero debiti non pagati e creditori insoddisfatti ovvero sopravvenissero attività non liquidate⁸.

⁸ La dottrina maggioritaria, nonostante che il testo non facesse riferimento alla estinzione della società, reputava che la cancellazione la determinasse inevitabilmente con effetto *costitutivo*: l'ente sarebbe così inevitabilmente cessato nonostante eventuali successive sopravvenienze attive o passive: in questo senso, fra i meno risalenti G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, 835 ss.; G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1985, 904; R. CAVALLO BORGIA, *Lo scioglimento e la liquidazione nelle s.p.a.*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1985, 174; L. MARCHEGIANI, *Sulla soggettività delle società personali e sulla estinzione della collettiva irregolare*, in *Giust. civ.*, 1999, 2971; M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 281 ss.; A. ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 102; fra i più risalenti T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim.*, 1952, 245; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, 445; R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 280; ID., *La cancellazione della società per azioni e il problema delle sopravvenienze passive*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1358 ss.

Si poneva invece in senso contrario la dottrina minoritaria, ma molto autorevolmente rappresentata: nonostante la cancellazione, doveva reputarsi che la società fosse ancora in vita fino a quando residuavano rapporti giuridici non risolti (G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva della società per azioni e il problema delle cd. sopravvenienze*, in *Riv. trim.*, 1952, 1040, e G. OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 163). Dottrina che aveva altresì il conforto di una

Le innovazioni portate dalla nuova formulazione della norma rispetto alla previgente (l'inciso «ferma restando l'estinzione della società», cioè, e la possibilità di notificare la domanda, se proposta entro l'anno - nei confronti dei soci e del liquidatore «presso l'ultima sede della società») non sedarono il dibattito che anzi si acuì rompendo il fronte della giurisprudenza sino ad allora invece compatta⁹, tanto da richiedere ben tre interventi della Cassazione a Sezioni unite per (tentare, ma senza successo di) risolvere le dispute che ne derivarono¹⁰.

giurisprudenza costante e pressoché unanime nell'affermare che il principio secondo il quale sino a che fossero rimaste situazioni creditorie o debitorie pendenti in capo alla società, essa, pur cancellata dal registro delle imprese, non si sarebbe tuttavia estinta, ma sarebbe rimasta in vita fino alla definizione di tutti i rapporti in essere: da ultimo cfr. in questo senso Cass., 5 dicembre 2007, n. 25363, in *DeJure on line*, ed altresì Cass., 6 gennaio 1981, n. 52, in *Riv. not.*, 1981, 55 ss.; Trib. Napoli, 7 novembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, 268 ss.; Cass., 5 settembre 1996, n. 8099, e Cass., 27 maggio 1996, n. 4884, in *Società*, 1996, 889 ss.; Cass., 20 ottobre 1998, n. 19380, in *Giur. comm.*, 2000, II, 281, con nota di M. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche*, cit.; Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, *ivi*, 2001, II, 50 ss., con nota di A.V. GUCCIONE, *Cancellazione dal registro delle imprese ed estinzione di società. Estraneità dell'atto all'oggetto sociale*.

⁹ All'indomani della Riforma la giurisprudenza si è divisa in due differenti filoni, il primo, di acquiescenza al dato normativo (Cass., 15 ottobre 2008, n. 25192, in *Società*, 2009, 877, in *Riv. not.*, 2010, 1, 190, con nota di E. TIMPANO, *La cancellazione delle società di persone dal Registro delle Imprese: il revirement della Cassazione*; in *Riv. dott. comm.*, 2010, 2, 385, con nota di A. PIANTELLI, *L'effetto estintivo della cancellazione della società di persone dal registro delle imprese: un nuovo orientamento della Suprema Corte*); il secondo invece fedele alla previgente interpretazione secondo la quale fin tanto che permangano in vita rapporti giuridici facenti capo all'ente o vi siano controversie pendenti l'estinzione della società non interviene e resta in essere la legittimazione sostanziale e processuale del liquidatore (Cass., 15 gennaio 2007, n. 646, in *Il civilista*, 2011, 7-8, 40; Cass., 23 maggio 2006, n. 12114, *ibidem*; Cass., 20 ottobre 2003, n. 15691, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10, *ibidem*).

¹⁰ Si tratta di Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061 e 4062, in *Società*, 2010, 1004; in *Foro it.*, 2011, 5, I, 1499; in *Guida dir.*, 2010, 17, 47; in *Il civilista*, 2011, 7-8, 42; in *Vita not.*, 2010, 2, 801; Cass., Sez. un., 9 aprile 2010, nn. 8426 e 8427, in *Notariato*, 2010, 639 ss., con nota di M.S. SPOLIDORO, *Nuove questioni sulla cancellazione delle società davanti alle Sezioni unite*, cit.; G. IACCARINO, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della Cassazione dal 2008 al 2013*, in *Notariato*, 2013, 251, ed infine Cass., Sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6071, 6072, 6073, in *Guida dir.*, 2013, 14, 32; in *Riv. not.*, 2013, 724, con nota di U. LA PORTA, *L'estinzione del soggetto e le vicende delle situazioni soggettive nella cancellazione della società dal registro delle imprese*; in *Giur. comm.*, 2013, 4, II,

L'esito di questo percorso riformatore ed ermeneutico ha portato alla lettura attuale della disposizione - richiamata per l'appunto dalla stessa statuizione della Corte che si commenta¹¹ - secondo la quale, operata la cancellazione dal registro delle imprese, la società si estingue nonostante la persistenza di rapporti attivi e passivi, rispetto ai quali «si determina un fenomeno di tipo successorio, che tale è anche se si vogliono rifiutare improprie suggestioni antropomorfiche derivanti dal possibile accostamento tra l'estinzione della società e la morte della persona fisica»; e per effetto del quale «le obbligazioni si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, essi fossero o meno illimitatamente responsabili per i debiti sociali»; i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione «si trasferiscono del pari ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa».

Intatto, nel passaggio dalla prima alla seconda formulazione della norma, il nucleo principale della responsabilità dei soci per le obbligazioni non soddisfatte, *limitata* alla quota riscossa in sede di liquidazione, e di quella dei liquidatori, *illimitata* invece, qualora il mancato soddisfacimento sia dovuto a loro colpa. Ebbene la dottrina, in commento alla recente statuizione, si è soffermata sulla responsabilità illimitata del liquidatore, che a dire il vero non desta molti problemi, non quanti ne desta invece quella limitata dei soci, fortemente condizionata (diversamente dalla prima) dalla lettura che si è voluto offrire del rapporto tra cancellazione della società ed estinzione del soggetto

603, con nota di E. DE SABATO, *Cancellazione dal Registro delle Imprese, estinzione ed effetti su rapporti giuridici sostanziali e processuali*; in *Riv. not.*, 2013, 4, 1, 951; in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 790, con nota di G.B. BARILLÀ, *Cancellazione della società dal registro delle imprese e sopravvenienze attive: il dibattito prosegue*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 3, II, 237, con nota di C. LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*.

¹¹ «[...]Quando vi è stata una ripartizione dell'attivo andata in favore dei soci [...] è attraverso la vicenda successoria regolata *ex lege* che il socio rimane obbligato nei confronti del creditore sociale [...]» (cfr. Ord. cit., § 12).

3. *Fondamento e natura della responsabilità limitata del socio. Le varie ricostruzioni, non del tutto congrue o compiute, della dottrina*

In ordine alla sorte dei debiti sociali non soddisfatti a seguito di liquidazione del patrimonio (unica ipotesi espressamente posta, non essendo invece disciplinata la regola del subentro nelle poste attive), la dottrina tradizionale si è da sempre mostrata divisa – ed ancora lo è a seguito dell'intervento delle Sezioni unite – nell'individuare il titolo della responsabilità dei soci ora nella successione, *mortis causa*¹² o *inter vivos*¹³ nei rapporti, ora nell'arricchimento senza

¹² A tenore del disposto dell'art. 2495 c.c., si è detto, «[v]i è un soggetto che si estingue, un credito che rimane inalterato nei suoi elementi, un soggetto (il socio) che di esso risponde in luogo del soggetto estinto». Ed «è quanto basta per ritenere verificato il fenomeno tecnico della successione, intesa come “sostituzione di un soggetto ad un altro in una determinata posizione giuridica”» (in questo senso E. CAPOBIANCO, «Morte» della società e sorte dei rapporti attivi e passivi, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 1 ss.).

¹³ Secondo M. SPERANZIN, *Estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 533, titolo dell'attribuzione ai soci dei rapporti pendenti sarebbe una «successione universale *inter vivos* o se si preferisce, una successione a causa di estinzione del soggetto» (riferendosi, in questo secondo caso, alla tesi di F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1958), compatibile anche con l'attribuzione di singoli beni assegnati come quota del patrimonio (ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c.) o con la responsabilità limitata degli eredi, come dimostra la disciplina dell'accettazione con beneficio di inventario. In presenza di beni e crediti sopravvenuti, invece, una «riduzione teleologica» dell'art. 2495 c.c. consentirebbe ai soci di rivolgersi ai liquidatori per provvedere ad un supplemento di divisione (539 ss.). Il complesso dei rapporti «relitti» a seguito della cancellazione della società sarebbe assimilabile invece alla *eredità giacente* e gli ex soci quindi ai chiamati, con conseguente necessità di avvalersi di un curatore giudiziale con il potere di effettuare la liquidazione residua secondo V. SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro delle imprese*, in *Società*, 2008, 930 ss.: la tesi, benché minoritaria, è nota in quanto espressamente richiamata dalle Sezioni unite del 2013 ai fini della sua esclusione.

Parla efficacemente di effetto estintivo «tombale», che determina un effetto successorio operante tanto sul lato passivo quanto sul lato attivo, F. FIMMANÒ, *Cancellazione ed estinzione delle società di persone*, in *Notariato*, 2013, 280 ss.; ID., *Le Sezioni unite pongono una «pietra tombale» sugli «effetti tombali» della cancellazione della società di capitali*, in *Società*, 2013, 542, e già prima delle pronunce a Sezioni unite; ID., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2001, 136 ss.; ID., *La fase dell'estinzione*, in F. FIMMANÒ, C. ESPOSITO, L.

causa¹⁴, ora in quest'ultimo combinato con la permanente destinazione della funzione sociale sulle somme esito della liquidazione¹⁵, ora nella

TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 356; ID. e F. ANGIOLINI, *Gli effetti della cancellazione della società alla luce delle pronunce delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. not.*, 2010, 1465.

Si tratterebbe infine di una successione a titolo particolare secondo D. DALFINO, *Le Sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese*, in *Società*, 2010, 1013; ID., «Venir meno» della società e processi pendenti, *ivi*, 2014, 1226; nonché, prima ancora A. SCHERMI, *Momento ed effetti dell'estinzione di società*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 947 e L. COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim.*, 1949, 803 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 31; E. BIAMONTI, *Questioni in tema di estinzione della personalità giuridica delle società in liquidazione*, in *Foro it.*, 1951, I, 23 ss.

La tesi della successione *mortis causa* come titolo giustificativo della responsabilità sussidiaria dei soci non è però, è opportuno segnalarlo, del tutto nuova né originale: l'affermazione secondo la quale, cessata la società per effetto (costitutivo) della cancellazione, ogni residua pretesa passiva trasmigrasse in capo agli ex soci quali *successori universali* era già M. PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959, spec. 204 ss. e 210, nonché A. BIAMONTI, *o.l.u.c.*, anticipati da una tesi elaborata per le persone giuridiche pubbliche da E. CANNADA BARTOLI, *Note sulla successione degli enti autarchici*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, 23 ss. [e lo rileva puntualmente P. CRISCUOLI, *La cancellazione della cancellazione. Prime applicazioni pratiche dopo l'intervento delle Sezioni unite. Il commento*, in *Notariato*, 2014, 281]. Così come è di risalente elaborazione, e si deve a T. ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim.*, 1952, 261, la costruzione secondo la quale con la chiusura della liquidazione «*spari[sce]* lo schermo della personalità [...sí che] i soci tornano ad essere proprietari (condomini) delle attività e condebitori delle passività (non liquidate)».

¹⁴ Anche la tesi dell'ingiustificato arricchimento ha origini risalenti nella posizione autorevole di chi, reputando la cancellazione comunque dotata di efficacia costitutiva, negava il verificarsi di alcun fenomeno successorio: unitamente alla società, invece, si estinguerrebbero anche i debiti che ad essa facevano capo «per causa non satisfattoria», con conseguente arricchimento dei soci i quali saranno costretti a restituire agli «ex titolari di crediti nei confronti della società» (neppure più creditori sociali, quindi): G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cd. sopravvenienze*, cit., 1017; ma nello stesso senso C. FERRI, *Chiusura della liquidazione ed estinzione della società*, in *Foro it.*, 1939, I, 1320 ss.; F. CARNELUTTI, *In tema di estinzione della società commerciale*, *ivi*, 1940, V, 25 ss.; M. DOSSETTO, *Problemi in tema di liquidazione di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 151 ss.; G. FRÈ, *Società per azioni*, cit., 907 ss.

¹⁵ La teoria dell'ingiustificato arricchimento, dalla sua originaria formulazione, ha subito taluni aggiustamenti e ammodernamenti, combinata come la si rinviene, oggi, a cura dei suoi più importanti esponenti, con la destinazione patrimoniale: i creditori

reviviscenza della società mediante cancellazione della cancellazione¹⁶. Tesi che passano tutte dalla resa all'idea della dissoluzione dell'ente, diversamente da altre che guardando allo stesso in chiave di «tecnica finalizzata all'obiettiva destinazione di valori all'esercizio dell'attività di impresa e a permettere una graduazione delle pretese su tali valori»¹⁷,

sociali possono far valere le proprie ragioni insoddisfatte sulle somme assegnate ai soci in quanto su di esse permarrebbe il vincolo di destinazione all'attività produttiva, prima, alla soddisfazione dei creditori sociali, poi (U. LA PORTA, *L'estinzione del soggetto e le vicende delle situazioni soggettive nella cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Riv. not.*, 2013, 725: non si tratta quindi di una devoluzione successoria delle situazioni soggettive e passive, cui mancherebbe il carattere della volontarietà e necessità, ma di una applicazione del più generale «principio di economicità dei mezzi giuridici» che permette «al creditore di conseguire più rapidamente ciò che comunque otterrebbe facendo valere la innegabile illegittimità del procedimento liquidatorio per mezzo della cancellazione della cancellazione», alla quale invece si deve ricorrere, senza scorciatoie, in caso di sopravvenienze attive).

¹⁶ La strada sembra la più lineare, anche perché ritrova la simmetria tra sopravvenienze passive e attive, entrambe indice di un vizio evidente del procedimento di liquidazione, ed entrambe da rimuovere mediante il rimedio della «cancellazione della cancellazione»: primo fautore della tesi è stato F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 557 (espressa poi, in seguito, ma dubitativamente, in F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 3^a ed. aggiornata da A. Blandini, 2011, 593), secondo il quale l'effetto estintivo si sarebbe prodotto illegittimamente dando così titolo per la sua rimozione attraverso il procedimento disegnato dall'art. 2191 c.c. In senso parzialmente difforme M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, 823 ss. secondo il quale, se l'art. 2645 c.c., in ragione del suo «tenore letterale» regola il caso delle sopravvenienze passive, il caso non contemplato delle sopravvenienze attive dovrà regolarsi mediante cancellazione della cancellazione ex art. 2191 c.c. e riapertura della liquidazione in favore dei soci e dei creditori. Possibilità di reinscrizione che si fonda, singolarmente (e non troppo linearmente), sulla permanenza di una soggettività in capo all'ente pur cancellato: «in mancanza di una definizione legislativa di «estinzione»», si afferma, «bisogna necessariamente verificare se a questo termine faccia riscontro un «significato proprio» della parola (art. 12 delle preleggi) reso «palese» anche dall'intenzione del legislatore».

¹⁷ In questo senso in particolare G. GUIZZI, *Le Sezioni unite, la cancellazione delle società e il problema del soggetto*, in *Società*, 2013, 559, secondo il quale la cancellazione dell'ente con conseguente estinzione del soggetto lascia in vita, «senza soluzione di continuità, un diverso congegno tecnico che conserva l'insieme delle attività non liquidate e delle sopravvenienze attive come patrimonio autonomo»; e i soci potranno continuare ad essere convenuti per l'adempimento delle obbligazioni o

e alla sua disgregazione in chiave di «permanente forza del contratto di società»¹⁸ o di fenomeno riorganizzativo, alla stregua di un'operazione straordinaria societaria¹⁹.

Le posizioni richiamate scontano tutte una certa, più o meno grave, incompiutezza o incongruenza²⁰: le prime, anche in ragione della scelta di premesse concettuali e postulati logici incoerenti rispetto alle dinamiche del fenomeno societario cui invece la problematica

potranno agire per far valere le posizioni attive, ma non già in qualità di titolari del patrimonio bensì di legittimati alla sua gestione.

¹⁸ Che cancellazione ed estinzione non lasciano incompiuto: sopravvive infatti in favore dei soci, così per le sopravvenienze attive che per quelle passive, il vincolo di destinazione che caratterizzava «il programma relativo all'esercizio dell'attività di impresa» (in questo senso G. GIANNELLI, *Sub art. 2495*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, Torino, 2015, 1069).

¹⁹ P. CRISCUOLI, G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, cit., § 6; L. ABETE, *Commento a App. Napoli*, 2 febbraio 2018, n. 22, in *Società*, 2018, 974; A. ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali*, cit., 142; ID., *L'estinzione delle società di capitali: la sorte delle «mere pretese» e «crediti illiquidi»*, in *Giur. comm.*, 2015, 253 ss.

²⁰ Si pensi (ma senza pretesa di esaustività, per la quale si rinvia invece a E. MIGLIACCIO, *Liquidazione del patrimonio sociale ed estinzione del soggetto*, Napoli, 2019, *passim*), alla tesi successiva e alla necessaria confusione nel patrimonio dell'*ex* socio del risultato della liquidazione sul quale i creditori dovranno rivalersi, con concorso inevitabile con tutti gli altri creditori personali, che appare stonata vieppiù dinanzi alla limitazione della responsabilità di cui invece gode il socio debitore; e a questa stessa, operante “secondo il medesimo regime di responsabilità limitata vigente *pendente societate*” e con *persistenza* dell'obbligo di versamento di quanto dovuto *a titolo di conferimento*, che non trovano spiegazione nella teoria successiva medesima e che invece svelano la circostanza che si estingue l'ente ma *sopravvive* la *regola organizzativa* che ne sosteneva la struttura.

E si pensi ancora alla tesi dell'ingiustificato arricchimento (più coerente quella originaria che propugnava l'estinzione della società e connessa estinzione dell'obbligazione, che non quella rinnovata, che ammette l'estinzione della società con sopravvivenza dell'obbligazione che non trasmigra però in capo ad alcuno), che mostra la sua tenuta rispetto alla limitazione di responsabilità e al versamento dei decimi, ma si arresta dinanzi alle sopravvenienze attive per le quali l'unica strada resta il rimedio formale della cancellazione della cancellazione. E infine a quest'ultimo, là dove lo si è voluto utilizzare, in una ritrovata simmetria, così per le sopravvenienze attive che passive, che si rivela certo costruzione rigorosa e concettualmente ineccepibile, ma troppo – ed inutilmente – macchinosa, con totale disapplicazione dell'art. 2495 c.c. in favore dell'art. 2191 c.c. e con completa resa della sostanza alla forma.

appartiene²¹; le seconde, che, pur ponendosi invece molto più propriamente in chiave oggettiva e funzionale, guardando cioè al fenomeno societario come destinazione in senso tecnico di valori all'attività di impresa²², si arrestano comunque un attimo prima del compimento del percorso²³.

4. Necessità di mutamento di premesse concettuali e postulati logici. Il fenomeno societario come organizzazione e destinazione ad attività di impresa. Rilevanza della destinazione a prescindere dalla iscrizione costitutiva della personalità e permanenza in vita di un centro autonomo di imputazione di rapporti come (unica) giustificazione della responsabilità dei soci secondo la regola vigente manente societate. L'art. 2495 c.c. quale rimedio di natura revocatoria

E il percorso si compie laddove si riesca infine ad ammettere che pressoché tutti i tentativi operati, ed *in primis* quello della Corte che ha consacrato la (più fragile) tesi successiva, scontano il vizio originario di voler comparare fattori tra loro eterogenei: da un lato *l'appartenenza* in chiave dominicale delle situazioni giuridiche soggettive, dall'altro la

²¹ Nel senso chiarito da P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma. I. La società per azioni come organizzazione del finanziamento all'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 679: «nel mondo dei “giuristi” gli schemi di disciplina del codice, intendo dire gli istituti, soprattutto quelli di vertice e che sembrano reggere l'intero sistema (per far subito esempi evidenti accenno alla persona giuridica, al diritto soggettivo, ecc.) sembrano avere un valore particolare, e così vengono postulati, spesso del tutto acriticamente, con validità assoluta, onde vengono utilizzati, ma in realtà appunto postulati, come premessa per l'analisi e la ricostruzione non solo dell'esistente, ma anche del nuovo».

²² In particolare G. GIANNELLI, *op. cit.*; G. GUIZZI, *op. cit.*

²³ Si pensi alla tesi della *permanente destinazione* che grava sul patrimonio residuo pervenuto ai soci, che diviene caratterizzato dalla funzione del conseguimento della quota finale per i soci, ma subordinato al soddisfacimento dei creditori sociali; tesi particolarmente efficace anche perché in grado di salvaguardare la prioritaria soddisfazione di questi ultimi rispetto ai creditori personali del socio, ma che non spiega il sorgere *ex novo* della destinazione medesima sui beni sopravvenuti, il generarsi cioè di proprietà funzionalizzate *cessata la matrice della funzione con l'estinzione dell'ente*. E si pensi alla tesi, la più compiuta, che alla scomparsa del soggetto intravede la persistenza di un “patrimonio autonomo” che rimanda ai “diritti senza soggetto” di pandettistica memoria, dei quali però gestori saranno i soci.

destinazione ad *attività*²⁴ di impresa, prima, e alla liquidazione, poi: categorie concettuali che non si pongono su di un piano di naturale progressione (che consentirebbe quindi una altrettanto naturale regressione), ma che richiedono una ‘traduzione’, un mutamento di linguaggio e di valori in comparazione²⁵.

²⁴ La prima frutto della costruzione del diritto soggettivo (i cui limiti sono stati già altrove ampiamente trattati, cfr. in particolare E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, 30 ss.) e alla quale molto difficilmente può invece riportarsi la seconda, l’attività, per la quale v. almeno C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Bari, 2002, 12 («quando si discorre dell’attività, la prospettiva è soprattutto della produzione della ricchezza, ponendosi solo su un piano successivo l’ulteriore problema, pur importante e per certi aspetti decisivo, del modo in cui è ripartita tra i suoi partecipanti. Se così è può comprendersi la diffusa sensazione di una fondamentale inadeguatezza degli schemi concettuali elaborati con riferimento al primo al fine di intendere la seconda»); «[i]l ruolo proprio dell’attività non si coglie per una sua attitudine a provocare l’attribuzione di situazioni giuridiche soggettive, ma quale *centro di riferimento di una disciplina*: nel senso che questa, pur concretamente applicata ai singoli comportamenti e soggetti che vi partecipano, si specifica e caratterizza per la riconoscibilità della prima»); nonché P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 155, nota 18, 173 ss.; 179, 183 ss.: la prospettiva dell’attività si colloca «su di un piano più elevato» rispetto a quello sul quale giacciono i tradizionali istituti, ponendosi come «obiettiva emersione di un comportamento che, in funzione di interessi o valori sociali, collettivi, o comunque ultra individuali, diviene immediato punto di riferimento di una disciplina che ne concerne i diversi aspetti senza filtrare attraverso il soggetto».

²⁵ E spostata l’attività, dallo sfondo sul quale la si rinviene costantemente secondo la prospettiva del diritto privato classico, al centro o al vertice del sistema, come nuovo «*a priori*» che tiene luogo di quelli tradizionali (il soggetto e l’atto), la società, della liquidazione dei cui rapporti si sta trattando, rappresenta non tanto quel *soggetto* (imprenditore) che pone in essere il *comportamento impresa*, bensì «tecnica di organizzazione dell’attività» (C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, cit., 24) «forma dell’impresa» venuta meno la quale non emerge immediatamente alcuna situazione giuridica soggettiva di stampo proprietario, né di natura credito-debitoria in capo ai soci. Emerge invece la destinazione di valori economici all’attività retta da un «interesse al valore produttivo», filtrata a tal punto dall’attività e dall’organizzazione da avere perso la sua originaria connotazione di situazione soggettiva proprietaria. Destinazione rappresentata tecnicamente dal conferimento e che si traduce in partecipazione e in azioni nel modello finanziario puro della s.p.a., come «“diritto” (diritto che male assai si può riportare negli schemi abituali del diritto di credito o reale) ad una percentuale del risultato, periodico o finale, dell’esercizio dell’impresa, e, in principio, in una percentuale di poteri nell’organizzazione dell’esercizio, così interrompendosi, perdendo ogni significato e rilevanza giuridica, il rapporto tra “valore economico” dato in sede di conferimento, valore puntigliosamente

E se il fenomeno societario, letto in chiave oggettiva e di pura funzione, depurato da istanze soggettivistiche, è destinazione di valori economici all'attività di impresa; e se la destinazione si attua mediante la apposizione di una regola, stabile e indisponibile, che formalizza la funzione di un cespite, che viene così asservito all'interesse oggettivo e sottratto al potere libero del proprietario; risulta allora imprescindibile la individuazione di una funzione gestoria, che ricomprenda criteri di contabilizzazione e di misurazione del patrimonio, con correlativi poteri di controllo, ma soprattutto «una adeguata disciplina relativa alle condizioni e alle modalità di cessazione del vincolo: una disciplina cioè della distrazione del patrimonio dalla destinazione per il suo rientro in una sfera soggettiva individuale»²⁶. In naturale regressione, ora sì, e riconduzione dei valori alla medesima area del linguaggio e a comparazione.

Ammettendo poi la destinazione differenti modulazioni in chiave di separazione²⁷, che si attua nella specie, per l'appunto, mediante iscrizione *costitutiva* (della personalità), la mancanza originaria o sopravvenuta della seconda (quindi la mancata iscrizione o la cancellazione dal registro delle imprese) nulla toglie in termini di rilevanza della prima, là dove vi siano già o permangano indici dell'interesse cui la destinazione era asservita, ovverosia dell'attività, che diviene attività diretta alla liquidazione del patrimonio nell'interesse dei creditori dal momento della delibera che accerta la causa di scioglimento. Ed allora: non vi è ragione per non ritenere sopravvissuto alla cancellazione quel *centro autonomo di imputazione di rapporti* (se pur non più rivestito di personalità giuridica né di soggettività) e di *aggregazione di beni destinati all'attività e sensibili alla responsabilità patrimoniale* (eventualmente anche successivi alla cancellazione) che rivela la sua permanente esistenza tutte le volte in cui la sopravvivenza o sopravvenienza di una situazione, attiva o

quantificato (ma agli effetti della “formazione” di un capitale “esistente”), ed il valore economico della “partecipazione” acquisita con il conferimento» (P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma*, cit., 690).

²⁶ R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 958; G. GIANNELLI, *Sub art. 2495*, in *Commentario al codice civile*, E. Gabrielli (diretto da), *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, D.U. Santosuosso (a cura di), cit., 1070.

²⁷ Ancora R. DI RAIMO, *op. cit.*

passiva che sia, dimostri il mancato esaurimento di quella funzione a ridosso della quale si era costituito e che ne era stata la matrice²⁸.

²⁸ Si tratta di quell'interesse oggettivo che, contrariamente all'opinione che ne ravvisa l'emersione solo in presenza di poste passive insoddisfatte (U. LA PORTA, *L'estinzione del soggetto e le vicende delle situazioni soggettive nella cancellazione della società dal registro delle imprese*, cit., § 2), non può non rinvenirsi anche in presenza di situazioni attive sopravvenute, caratterizzandosi come interesse del tutto impersonale e sociale, che oblitera la pertinenza o la spettanza ad un soggetto (quale desiderio o bisogno razionalizzato, secondo lo schema consueto del soggetto-interesse-oggetto) e si riferisce invece alla obiettiva emersione di comportamenti che divengono punto di riferimento di disciplina in chiave di pura funzione (v. massimamente P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 99, nota 20, ed almeno P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 26 ss.; C. BOZZI, *Interesse e diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, 846; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1990, 420; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 ss.; V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, 1047 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 115; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, § 31. Una più ampia ricostruzione in E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 30 ss.).

Conferme circa la correttezza della ricostruzione si traggono dal disposto dell'art. 10 l.fall., che implica che, nonostante la cancellazione, quindi la ritenuta estinzione del soggetto, la posizione del fallito sia assunta dalla società stessa e da chi la rappresentava legalmente (sul punto G. GUIZZI, *Le Sezioni unite, la cancellazione delle società e il «problema» del soggetto: qualche considerazione critica*, cit., 563, nota 14, nonché C. CACCAVALE, *La vitalità del diritto delle successioni*, cit., 992 e M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro*, cit., § 2.2); nonché dall'art. 28, comma 4, d.lg. 21 novembre 2014, n. 175, a tenore del quale «ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi, contributi, sanzioni e interessi l'estinzione della società di cui all'art. 2495 c.c. ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione dal registro delle imprese»: di là dalla discutibile tenuta della norma sul piano costituzionale per violazione del principio uguaglianza [A. BONECHI e C. BAUCO, *Sub art. 2495*, in N. ABRIANI (a cura di), *Codice delle società*, Torino, 2016, 2167], la disposizione costruisce in favore del creditore tributario la soluzione differente della continuazione della società nonostante la formale cancellazione [sul punto v. almeno F. ASTONE, *Cancellazione dal Registro delle Imprese ed estinzione delle società: questioni di costituzionalità aperte*, in *Giur. cost.*, 2016, 1128; E. RIVA CRUGNOLA, *Liquidazione, cancellazione, estinzione delle società di capitali: la posizione dei creditori sociali, casi giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Società*, 2015, cit., 1249; G. NICCOLINI, *A margine di un decreto in tema di cancellazione della cancellazione di società di capitali per mancata approvazione del bilancio finale*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 466 ss.; M. SPERANZIN, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il cd. decreto «semplificazioni»: profili societari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1040; G.

Solo la permanenza in vita del centro autonomo di imputazione di rapporti giustifica la disciplina posta espressamente per le *sopravvenienze passive* che «chiamano» i soci a rispondere «fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione», secondo il modello di responsabilità vigente *manente societate*: il quale intanto può sopravvivere come modello organizzativo in quanto sopravviva quel centro di imputazione (pur non rivestito della *forma del soggetto*) e la funzione che esso esprime²⁹.

La necessità di restituire quanto riscosso (pur depurato, si badi, correttamente, della funzione attraverso l'espletato procedimento di liquidazione) si piega attraverso la peculiare natura del rimedio posto dall'art. 2495 c.c. che individua ed esprime un'ipotesi di inefficacia relativa, o meglio di *inopponibilità nei confronti del creditore sociale dell'attribuzione compiuta al socio*³⁰, se compiuta in spregio alla

FRANSONI, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali (ovvero della società un poco morta e di altre amenità)*, in *Rass. trib.*, 2015, 47 ss.].

²⁹ E la permanenza in vita guida la disciplina, non espressamente posta, delle sopravvenienze attive, che semplicemente *non* cadranno in comunione, ma saranno imputate ancora a quell'autonomo centro di imputazione e saranno liquidate in favore dei soci (previa verifica della esistenza di poste attive insoddisfatte) e così depurate della funzione che – permanendo l'interesse oggettivo – può ancora connotarle. Di recente sul punto v. altresì la ricostruzione di A.A. DOLMETTA, *Cancellazione della società e sopravvenienza di crediti*, in *Il caso.it*, 8 dicembre 2019.

³⁰ Mancano invece i presupposti per poter reputare nulle le attribuzioni compiute in favore dei soci, come invece ritiene ad. es. G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cd. sopravvenienze*, cit., 1033, il quale distingueva a seconda dello stato soggettivo del liquidatore, il quale, se in dolo nell'atto di pretermettere la posta passiva, avrebbe dato vita alla nullità radicale del bilancio ai sensi del precedente art. 2625 c.c. (oggi art. 2633 c.c., *Indebita ripartizione di beni sociali da parte dei liquidatori*); ove semplicemente in colpa, avrebbe dato vita alla fattispecie di cui all'odierno 2495 c.c.

Il problema invece si pone più propriamente su piano dell'efficacia dell'attribuzione, della *inopponibilità dell'effetto* rispetto a terzi portatori di interessi confliggenti con quelli delle parti [sul che v. almeno V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 843, nonché ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *ivi*, 2003, I, 201 ss., e prima ID., *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 322; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 11; G. PERLINGIERI, *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; ID., *Negoziio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003 5 ss.; A. GENTILI, *Nullità annullabilità*

sussistenza o alla sopravvenienza di poste passive da soddisfare. Si tratta di un rimedio di natura revocatoria³¹, che trova giustificazione nel principio di tutela dell'integrità del patrimonio (artt. 2, 3, 24, 41, 42 cost.) e titolo nell'attuazione del sistema della responsabilità patrimoniale³², che in quanto tale consente e giustifica anche la

inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo), in *Contratti*, 2003, 200 ss.]. Il rimedio dell'inefficacia collocandosi sul piano funzionale della fattispecie ed essendo per sua stessa natura il più duttile e il meno invalidante si mostra particolarmente idoneo a operare in chiave di risoluzione o composizione degli interessi confliggenti, ricompresi o incisi da una dinamica negoziale che non presenti vizi di struttura, quindi di per sé potenzialmente idonea alla produzione dell'effetto conforme alla volontà delle parti.

³¹ Appartengono alla multiforme categoria dei rimedi revocatori che il sistema conosce (come esercizio di un potere talvolta riconducibile all'azione surrogatoria o revocatoria, talvolta autonomo e direttamente satisfattivo dell'interesse) ad es. l'azione di simulazione [U. NATOLI e L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, 14; F. ROSELLI, *La garanzia patrimoniale dell'obbligazione, e la sua diminuzione. I mezzi di tutela*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano, 2009, 365]; la facoltà dei creditori del chiamato che abbia rinunciato all'eredità di accettare in nome del rinunziante al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari (art. 524 c.c.); o il potere dei creditori di un comunista di opporsi alla divisione o di intervenire nel relativo giudizio per evitare che si svolga in pregiudizio alle loro ragioni (art. 1113 c.c.) (U. NATOLI e L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 20); e le c.d. azioni dirette (quella del locatore nei confronti del subconduttore, art. 1595 c.c., del danneggiato contro l'assicuratore, art. 1917 c.c.) (R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1953, 53 ss.) o dei dipendenti dell'appaltatore contro il committente (in particolare D. RUBINO, *Dell'appalto*, Bologna-Roma, 1961, 339); nonché – si badi – l'azione concessa ai creditori sociali contro gli amministratori di s.p.a o s.r.l. diretta a far valere la responsabilità per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale (azione ricondotta generalmente all'azione surrogatoria, per la quale v. F. ROSELLI, *op. cit.*, 361).

³² L'identità di funzione che giustifica la comune appartenenza (ma non la perfetta sovrapposibilità) dell'azione revocatoria e dell'azione *ex art.* 2495 c.c. consentono anche di applicare alla seconda talune regole proprie della prima: la legittimazione passiva, che si appunta in capo al socio-avente causa della società e sulla società stessa, la prescrizione dell'azione in cinque anni dall'attribuzione; la trascrizione, sì che l'inefficacia dell'attribuzione pregiudicherà anche i diritti acquisiti a titolo oneroso dai terzi se trascritti successivamente alla domanda di condanna, da ricomprendersi per omogeneità funzionale nell'art. 2652, n. 5 (o, al più, n. 6).

preferenza dei creditori sociali su quelli personali dell'ex socio³³ sulle somme.

La società cancellata conserva così la sua legittimazione attiva e passiva in tutte le controversie aventi ad oggetto sopravvenienze o sopravvivenze, ricadendo la funzione gestoria non sui singoli soci, né come proprietari o titolari passivi del rapporto, né come gestori del patrimonio, ma sul medesimo liquidatore, sul quale graverà l'obbligo di recuperare le somme assegnate in sede di riparto, o chiedere il versamento dei decimi residui o compiere il supplemento di riparto³⁴.

5. La responsabilità illimitata del liquidatore e la (poca rilevanza della questione circa la) sua natura contrattuale o extracontrattuale. Il quesito (invece rilevante) circa il contenuto della diligenza, se ispirata o meno al criterio della par condicio creditorum. La soluzione affermativa di Cass. n. 521 del 2020 e la posizione divisa della dottrina

Il medesimo liquidatore, si diceva, è responsabile nei confronti dei creditori sociali insoddisfatti, *illimitatamente*, qualora il mancato pagamento sia dipeso da sua colpa, in proprio ed in forza di autonomo titolo.

Pare evidente – e la cosa non richiede né merita troppa attenzione – che l'avverbio *illimitatamente* sia utilizzato in contrapposizione con la responsabilità invece *limitata* dei soci, della quale ci si è occupati sin qui. Come pare evidente che il significato della locuzione sia nel senso

³³ Prelazione cd. atipica la cui sussistenza, per l'art 2901 c.c. è pacifica: v. almeno R. NICOLÒ, *Azione revocatoria*, cit., 183 e 257; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, IV, Milano, 1955, 183; F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale: i mezzi di conservazione*, cit., 138; L. BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 2902*, in *Comm. c.c. redatto a cura di magistrati e docenti*, VI, 4, *Della tutela di diritti*, Torino, 1964, 161.

³⁴ Supportano questa conclusione, oltre che il già richiamato art. 10 l. fall., l'art. 118 l. fall., il quale per effetto della modifica apportata con l. 132 del 2015 consente la chiusura della procedura di fallimento nonostante la pendenza di giudizi, «rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio». Ed ancora all'art. 121 l.fall. che, nell'ipotesi di beni residui e sopravvenienze attive successive alla chiusura del fallimento e alla conseguente cancellazione della società, ne prevede la riapertura con il compimento di ulteriori atti di liquidazione (e giammai l'acquisizione automatica dei beni al patrimonio dei soci) (cfr. sul punto le considerazioni di E. RIVA CRUGNOLA, *Liquidazione, cancellazione, estinzione della società di capitali*, cit., 1249).

che al liquidatore possa essere chiesta dal creditore insoddisfatto una somma pari (ma certo circoscritta) all'intero danno patito per effetto della sua negligente condotta, quantificabile nell'ammontare che lo stesso avrebbe percepito ove la liquidazione fosse stata condotta nel rispetto dei doveri di diligenza e professionalità che connotano la funzione liquidatoria³⁵.

³⁵ La disciplina della liquidazione nella società di capitali pone in capo ai liquidatori il potere di compiere tutti gli atti «utili» per la liquidazione (art. 2489, comma 1, c.c.) e dispone che i doveri connessi all'incarico debbano essere adempiuti con la «professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico». Essi hanno in particolare il divieto di ripartire tra i soci acconti sul risultato della liquidazione, salvo che dal bilancio risulti che la ripartizione non incide sulla «integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali» (art. 2491 c.c.). La responsabilità per danni è poi disciplinata secondo le norme dettate per gli amministratori (art. 2489, comma 2, c.c.).

Non diversamente è disegnata la funzione liquidatoria nelle società di persone, là dove i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti necessari per la liquidazione (art. 2278), con obblighi e responsabilità generici ricostruiti su quelli degli amministratori (art. 2276) e specifici: il divieto di nuove operazioni (delle quali risponderà illimitatamente e personalmente, art. 2279), da un lato, ed il divieto di ripartire tra i soci i beni sociali sino a quando non siano stati pagati interamente i debitori (art. 2280), dall'altro. Fra i più recenti contributi sul tema, e senza pretesa di esaustività, G. NICCOLINI, *Contributo allo studio del bilancio finale di liquidazione di società di capitali*, Torino, 2020, spec. 157 ss.; ID., *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, in *Riv. soc.*, 2003, 385 ss.; ID., *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* Colombo-Portale, VII, 3, Torino, 1997, 566 ss.; G. FERRI JR., *La gestione di società in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 412 ss.; P. CRISCUOLI, *Sub artt. 2272-2283*, in N. ABRIANI (a cura di), *Codice delle società*, cit., 216 ss.; A. BONECHI, *Sub artt. 2484-2487-ter*, *ivi*, 2117 ss.; M. CENTONZE, *Sub artt. 2484-2486*, in P. ABBADESSA e G.B. PORTALE (diretto da), *Le società per azioni*, II, Milano, 2016, 2857 ss.; C. FRIGENI, *Sub artt. 2487 e 2487-bis*, *ivi*, 2884 ss.; S. TURELLI, *Sub artt. 2488-2493*, *ivi*, 2922 ss.; P.F. MONDINI, *Sub artt. 2494-2496*, *ivi*, 2967 ss.; P. SPADA, *Sub artt. 2247-2378*, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, *Delle società – Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, cit.; G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, Torino, 2015; M. AIELLO, *La liquidazione delle società di capitali*, in *Tratt. dir. comm.*, Cottino (diretto da), V, 2011, 123 ss.; F. ANGIOLINI, *Sub art. 2484*, in *Commentario del codice civile*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza*, artt. 2452-2510, a cura di D. Santosuosso, cit., 933; V. BUONOCORE, *La fine dell'impresa societaria a base capitalistica*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003; F. FIMMANÒ, *Sub artt. 2495-2496*, in L.A. BIANCHI e G. STRAMPELLI (a cura di), *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F.

E mentre non appassiona la problematica circa la natura di siffatta responsabilità, extracontrattuale (da ricondursi all'art. 2395 c.c., come afferma la statuizione di cui si tratta³⁶) o contrattuale (da ricondursi invece nell'alveo dell'art. 2394 c.c., come altra parte della giurisprudenza e attenta dottrina sostengono³⁷) - categorie che peraltro non posseggono di per se stesse grande rilevanza o portata ordinante ed altra ne perdono laddove dall'astrattezza delle nomenclature si scenda nel concreto del riparto dell'onere della prova, ispirato a principi di effettività e vicinanza³⁸-; acquisisce importanza, invece, e molta, il

Ghezzi, M. Notari, Milano, 2016; R. ALESSI, *I liquidatori delle società per azioni*, Torino, 1994, *passim*.

³⁶ In questo senso S. CERRATO, *Società commerciali, liquidatori e "fine vita" dell'ente: superiamo antiche credenze?*, in *Giur. it.*, 2020, 357 e G. NICCOLINI, *Contributo allo studio*, cit., 193, che intravede nella disposizione una fattispecie di responsabilità di natura extracontrattuale, sussistente allorché si sia in presenza «di una massa attiva che sarebbe stata sufficiente a soddisfare il credito ed è stata invece disattentamente (la legge esige la colpa) distribuita ai soci o utilizzata per pagare crediti di rango inferiore» (considerazioni analoghe da ultimo in ID., *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*, cit., 924). In giurisprudenza Cass., 10 novembre 2006, n. 24039, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Competenza civile*, n. 55; Trib. Roma, 30 gennaio 2019, in [ilcaso.it](#); Trib. Roma, 26 aprile 2016; 19 febbraio 2016, n. 3412; Trib. Monza, 5 febbraio 2013, in [fiscoonline.it](#); Trib. Roma, 19 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2013, 335, con nota di G.M. PLASMATI, *La responsabilità del liquidatore per la cancellazione della società prima della totale liquidazione dei debiti*.

³⁷ G. GIANNELLI, *Sub art. 2495 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, cit., 1078 ss.; R. ALESSI, *I liquidatori delle società per azioni*, cit., spec. 201; M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abadessa e G.B. Portale, 4, Torino, 2007, 84.

³⁸ Ricondotta la responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori *ex art. 2495 c.c.* alla responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, sarebbe stato coerente con la premessa ripartire l'onere della prova nel senso di addossare al creditore danneggiato quello relativo al danno, al nesso causale e alla condotta lesiva, alla negligenza imprudenza o imperizia sostanziatisi, nella specie, nella violazione dei doveri connessi con la funzione liquidatoria, di utile gestione della massa e corretta ripartizione (in questo senso S. CERRATO, *op.cit.*, 357, nonché G. NICCOLINI, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*, cit., 924 e nota 38, secondo il quale si risolve «in un invertire gli oneri probatori circa l'elemento soggettivo della responsabilità extracontrattuale affermare – come fa l'ordinanza – che al creditore privilegiato obliato è sufficiente dimostrare il proprio credito (e il suo rango) e l'esistenza di altri

quesito se quella stessa diligenza e professionalità si riempiano anche del dovere di ripartire il ricavato della liquidazione secondo la *par condicio creditorum*, sì che il danno che il creditore possa lamentare sussista anche qualora (e nella misura in cui) vi sia stata una sperequazione rispetto ad altri creditori, pagati per intero o comunque in misura ingiustificatamente maggiore.

Ed il principio affermato dalla Cassazione nella statuizione di cui si tratta è in senso affermativo, che cioè sia «tra gli obblighi del

crediti pagati, ed allegare di non essere stato soddisfatto, e sta al liquidatore allegare e provare di avere seguito la *par condicio*»). Siamo in verità oramai adusi ad uno stravolgimento del normale assetto dell'ere della prova secondo il cd. principio di vicinanza al quale la Corte stessa fa espresso richiamo (cfr. ord. § 13), che come noto si riferisce al principio espresso da Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di G. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Danno resp.*, 2002, 318; in *Studium Iuris*, 2002, 389; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

Sebbene il riferimento, più che al principio di vicinanza della prova, sia a quello del cd. inadempimento efficiente, come «inadempimento [...] astrattamente idoneo a provocare la lesione» (cfr. ord. §13) che richiama l'arresto della Cassazione del 2008 (Cass. n. 577 del 2008, in *Il civilista*, 2010, 2, 86; in *Diritto e Giustizia online* 2007, in *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532; in *Foro it.*, 2008, 2, I, c. 455, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1, I, 91) che tanto decisivo fu in materia di responsabilità medica e relativo riparto dell'onere della prova, compiuto infatti a prescindere dalla sua qualificazione nel senso di contrattuale o extracontrattuale. Si verte anche nel caso in esame, infatti, in una ipotesi nella quale il problema della riferibilità, facilità di accesso e maggiore disponibilità della fonte di prova si coniuga con condotte caratterizzate da un nucleo di regole tipiche della responsabilità professionale, alle quali il debitore non può che doversi attenere, che sia legato o meno da vincolo contrattuale, in ragione dell'affidamento che lo *status* genera nel creditore (che fu alla base della costruzione del tanto contestato contatto sociale, dotato ancora di ampia diffusività: si pensi alla responsabilità precontrattuale, all'ambito degli incidenti scolastici, alla responsabilità della banca per errata negoziazione di un assegno bancario; alla violazione degli obblighi procedurali assunti dalla PA nei confronti del privato nell'ambito del procedimento amministrativo di recente richiamati da Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1451, con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2016, 2568, con nota di A. DI MAIO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Resp. civ. prev.*, 2016, II, 1950, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale e contatto sociale qualificato*).

liquidatore [...] anche quello di accertare l'insieme dei debiti sociali e di graduarli nel rispetto dei privilegi legali che li assistono»; ciò in quanto, si motiva, «il principio della *par condicio creditorum* [è] certamente corretto parametro per considerare la sussistenza e l'entità di una lesione del credito avvenuta per opera del liquidatore [...] a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale, valendo esso come criterio generale per disciplinare la fase di pagamento dei debiti sociali nel corso della liquidazione», «ricavabile dalle norme generali che negli artt. 2740 e 2741 regolano il concorso dei creditori e le cause di prelazione».

Per parte sua, la dottrina che si è pronunciata all'indomani del nuovo arresto plaude al risultato raggiunto e dissente dallo stesso, quasi in egual misura. Da un lato, si afferma infatti - con ragionamento un po' assiomatico - che se il debitore non ha l'obbligo di rispettare la *par condicio* quando il patrimonio è capiente, né il debitore civile anche quando è incapiente, l'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale od anche a liquidazione da sovraindebitamento avrebbe invece l'obbligo di rispettarla non solo al momento dell'apertura delle procedure concorsuali, ma precedentemente, anche quando cioè il concorso sia solo potenziale³⁹. Da parte di altri, più cautamente, si sostiene che, sebbene sia indubbio che la liquidazione societaria non comporti un mutamento nel regime giuridico delle obbligazioni sociali né che la *par condicio* rappresenti un criterio generale di ripartizione⁴⁰,

³⁹ In questo senso M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fallimento*, 2020, 333 ss., il quale reputa «razionale» la soluzione della Suprema Corte. La posizione dell'A. pare però, invero, un po' assiomatica là dove, posto l'art 2740 c.c. come «principio, generalissimo, secondo il quale il creditore ha uno specifico diritto (o, forse, una aspettativa, peraltro giuridicamente rilevante) sul patrimonio del debitore» che si fonda sulla presenza dei mezzi di conservazione nonché sul «diritto alla attuazione della garanzia patrimoniale» posto dall'art. 2910 c.c., semplicemente afferma che mentre in una situazione patrimoniale non patologica i criteri per l'esecuzione dei pagamenti sarebbero quelli posti dall'art. 1193 c.c. («che può essere trasferito alla fattispecie nella quale non vi sono più debiti bilaterali, ma vi sono più debiti/crediti fra un debitore e più creditori»), «di *par condicio* [...] si deve discutere solo in presenza di un concorso; cioè il concorso di più creditori su un patrimonio insufficiente, ma con l'avvertenza che questo concorso potrebbe essere, per il momento, anche solo potenziale e non attuale e cioè consacrato in una procedura esecutiva o di crisi».

⁴⁰ «[N]el vigente impianto normativo la liquidazione, lungi dal rappresentare un inevitabile “crepuscolo imprenditoriale”, è connotata come una fase della vita

una soluzione equilibrata potrebbe comunque essere quella di ravvisare l'obbligo per il liquidatore di assumere una «prospettiva concorsuale», con «condotta liquidatoria orientata alla *par condicio*» laddove riscontri una insufficienza patrimoniale⁴¹. In senso opposto, invece, criticamente, si ribadisce che prima dell'avvio di una procedura esecutiva individuale o concorsuale non opera l'art. 2741 c.c., né l'art. 1186 c.c.⁴², sí che nulla lascia intendere che il liquidatore debba discostarsi da una gestione dei pagamenti che sia, comunque e ancora, «ontologicamente imprenditoriale»⁴³; né vi sono specifiche disposizioni normative che consentono l'applicazione della parità di trattamento al contesto della liquidazione societaria, sì che la posizione della Corte – si dice – appare «dogmaticamente debole» a meno che ad essa non si voglia riconoscere – ancora – la valenza di principio generale⁴⁴.

dell'ente teleologicamente orientata alla sua dissoluzione nell'interesse esclusivo dei soci» (S.A. CERRATO, *Società commerciali, liquidatori e "fine vita" dell'ente: superiamo antiche credenze?*, cit., 354). E la regola della *par condicio*, precisa il medesimo A., presuppone l'apertura di un concorso effettivo, tipico delle procedure esecutive individuali o concorsuali e di altri specifici ambiti nei quali è espressamente richiamata, quali la *cessio bonorum* o la liquidazione dell'eredità giacente (355).

⁴¹ Ma prima che si versi in una situazione di pericolo di aggravamento del dissesto che avrebbe invece obbligato il liquidatore ad attivare una procedura concorsuale prevista da CCII (S.A. CERRATO, *o.u.c.*, 356): dubitativamente quindi l'A. conclude nel senso che «[l]o spazio effettivo di obbligatorietà di una condotta liquidatoria orientata alla *par condicio* parrebbe dunque compressa fra i due estremi, da un lato, della ricorrenza di una incapacità del patrimonio e dall'altro della insussistenza di un rischio di aggravamento del dissesto».

⁴² Oltre al significato e alla portata degli artt. 2741 c.c. e 1186 c.c., appartenenti a sistema della responsabilità patrimoniale, ulteriori spunti vengono desunti dalla disciplina delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare e della bancarotta preferenziale ad opera di G. NICCOLINI, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*, cit., 920.

⁴³ G. NICCOLINI, *op. cit.*, 921.

⁴⁴ Né affermata dalla Corte stessa nell'ordinanza in commento la quale si limita a richiamare a sostegno «delle proprie conclusioni la considerazione – a ben vedere tutt'altro che pacifica [ed anzi non più attuale, dinanzi alla nuova formulazione dell'art. 2489 c.c., n.d.r.] – che, intervenuto lo scioglimento, il liquidatore debba agire in modo conservativo “sí da evitare la dispersione del patrimonio sociale oramai destinato alla liquidazione” in quanto la liquidazione vede la società entrare in una fase che le preclude di “dinamicamente operare nell'esercizio dell'impresa”» (in questo senso F. RINALDI, *Il liquidatore e la par condicio creditorum: il punto della Cassazione*, cit.).

6. *Inconsistenza delle argomentazioni della Corte, fondate tanto sulla natura della par condicio di principio generale tanto sulla prevalenza dell'interesse dei creditori. La par condicio come (a) operante nel solo momento di attuazione della responsabilità patrimoniale e nel solo ambito della esecuzione forzata per espropriazione; (b) recante una affermazione di prevalenza dell'autonomia negoziale "differenziale" e delle diverse scelte legali. Discrezionalità dell'adempimento nella fase dell'attuazione volontaria, ma rilevanza delle cause legittime di prelazione quali situazioni soggettive sostanziali*

Ed al fronte delle critiche non può che unirsi la voce di chi scrive la quale già in precedenza, prima della statuizione in commento, aveva contestato la deriva della giurisprudenza di merito, soprattutto meneghina, verso l'applicazione generalizzata della *par condicio*, ora in quanto maggiormente rispondente all'interesse dei creditori al quale dovrebbe essere improntata la liquidazione⁴⁵, ora in quanto - per l'appunto - principio generale dell'ordinamento⁴⁶.

La sentenza in esame invero non sposa con decisione né l'una né l'altra strada, o forse le sposa entrambe, da un lato definendo la *par*

⁴⁵ In particolare in questo senso Trib. Firenze, 7 settembre 1995, in *Giur. comm.*, 2, 1996, 562, con nota di L. BIAGIOLI, *La responsabilità dei liquidatori di società di capitali fallite*, secondo la quale il divieto di ripartire tra i soci i beni sino a quando non siano stati soddisfatti i creditori sociali sarebbe indice della centralità nella liquidazione dell'interesse dei creditori, dei quali i liquidatori sarebbero mandatarî *ex lege*, e avrebbe come finalità quella del loro integrale pagamento o, quanto meno, del pagamento nel rispetto della *par condicio creditorum*. In senso leggermente diverso Trib. Milano, 19 novembre 2009, in *Giustizia a Milano*, 2004, 77 (s.m.), secondo il quale la *par condicio* è prevista solo nelle procedure concorsuali che si aprono in caso di insolvenza della società, ma si attua indirettamente e necessariamente tramite i doveri di salvaguardia dell'integrità del capitale sociale (art. 2394 c.c.), costituente la garanzia tipica predisposta in favore dei creditori.

⁴⁶ Così invece Trib. Genova, 2 aprile 2013, in *Società*, 3, 2014, 301 ss., con commento di M.M. GAETA, *Brevi note in materia di liquidazione della società e par condicio creditorum. Il commento*: «sussiste la responsabilità del liquidatore per il mancato rispetto della *par condicio creditorum* in caso di insufficienza all'integrale soddisfazione dei crediti dalla massa attiva» in quanto norma che inserita «all'interno delle disposizioni generali in tema di responsabilità patrimoniale alla stregua di principio generale, può essere [...] considerata estensibile anche all'ambito delle procedure di liquidazione volontaria, sebbene non espressamente richiamata». Nello stesso senso Trib. Milano 21 aprile 2017, in *Dejure online*.

condicio «criterio generale per disciplinare la fase di pagamento dei debiti sociali nel corso della liquidazione» in quanto «principio ricavabile dalle norme generali che negli artt. 2740 e 2741 regolano il concorso dei creditori e le cause legittime di prelazione, laddove si prescrive l'obbligo del debitore di effettuare pagamenti rispettando "il diritto del creditore ad essere egualmente soddisfatti, salvo le cause legittime di prelazione"»⁴⁷; dall'altro rammentando come la giurisprudenza abbia nel tempo sottolineato l'importanza, anzi la «priorità che assume l'interesse dei creditori, *stakeholders* della società, soprattutto nella fase in cui essi non possono fare più affidamento nell'operatività dell'impresa»⁴⁸.

Invero, nessuna delle due strade si mostra percorso utile per giungere alla conclusione della necessaria applicazione del criterio della *par condicio* alla liquidazione volontaria della società.

Non il primo, fondato sull'idea della *par condicio creditorum* quale principio generale dell'ordinamento che in quanto tale riempie di contenuto l'obbligo di diligenza del liquidatore. Di là dalle suggestive ricostruzioni che il riferimento all'uguaglianza ha da sempre sollecitato negli studiosi⁴⁹, ad un esame attento e ben calato nel sistema, l'art 2741

⁴⁷ Cfr. Ord. cit., § 7.

⁴⁸ Cfr. Ord. cit., § 5.

⁴⁹ Per le quali v. L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in *Zeit. ges. Hand. Konk.*, 111 (1946-1948), 75 ss. e i successivi sviluppi in G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, e in P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim.*, 1959, 1515; ID., *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, 415; nonché in D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, 6, nota 6; G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmassigen Behandlung im Privatrecht*, Munchen u. Berlin, 1958; nonché R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1955, 18; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 1991, 60; G. ALPA, *I principi generali*, *ivi*, 1993, 407 ss.; V. ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 398; P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1995, 329 ss.; adesivamente F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 198 ss. (di recente in questo senso pare L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, 26); G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 85 ss. E conclusivamente sia consentito rinviare a E. MIGLIACCIO,

c.c. si rivela invece (a) operante nel solo momento di attuazione della responsabilità patrimoniale e nel solo ambito della esecuzione forzata per espropriazione, riferendosi esclusivamente al «conflitto tra i creditori (chirografari) nella distribuzione del ricavato della singola vendita coattiva»⁵⁰; (b) recante una affermazione di parità tecnicamente recessiva rispetto all'affermazione della soddisfazione prioritaria dei crediti assistiti da cause legittime di prelazione, ovverosia una affermazione di prevalenza dell'autonomia negoziale "differenziale" (cause di prelazione convenzionali, pegno e ipoteca) e delle diverse scelte legali (i privilegi) sul dato della parità, che, essendo i crediti tutti differenti per titolo, fonte, nascita o scadenza, si rivela piuttosto una "scelta legale residuale di parificazione"⁵¹.

Sotto il primo aspetto, infatti, emerge dalla disciplina generale delle obbligazioni (ed anche a prescindere dal riferimento colto da alcuni autori all'art. 1193 c.c.) che, prima dell'avvio della fase della sua attuazione coattiva, la doverosità dell'obbligazione si modula nel senso della discrezionalità dell'adempimento spontaneo, i cui confini sono segnati (soltanto) dai principi di correttezza e buona fede esecutive, dalla disciplina della mora e dell'imputazione dell'inadempimento, nonché dai mezzi di conservazione e specialmente dalla revocatoria ordinaria (che potrebbe paralizzare l'adempimento prioritario di un debito non scaduto); bilanciandosi con la diligenza del creditore cui è affidato l'onere e talvolta l'obbligo di cooperare per l'adempimento della prestazione e di attivarsi per conseguirla, a pena di prescrizione del diritto. In questa fase, che resta di attuazione volontaria dell'obbligazione (e che copre lo spettro che va dalla sua nascita, art. 1173 c.c. alla imputazione dell'inadempimento, art. 1218 c.c.), se anche il patrimonio risulti incapiente, il debitore ha piena facoltà di adempiere a qualsivoglia obbligazione, secondo l'ordine di priorità che meglio gli aggrada, potendo adottare comportamenti anche preferenziali; ed il creditore, al più, per il caso di patrimonio insolvente, di agire

Parità di trattamento e concorso fra creditori, Napoli, 2012, *passim*; nonché ID., *Responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁰ G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 52 ss.

⁵¹ V. anche P. SCHLESINGER, *o.c.*, 329 ss. e adesivamente F. MACARIO, *o.c.*, 198 ss.; V. COLESANTI, *Mito e realtà della "par condicio"*, in *Fall.*, 1984, 32 ss.; E. MIGLIACCIO, *op.cit.*

immediatamente senza attendere la naturale scadenza ai sensi dell'art. 1186 c.c. per richiedere un adempimento *ancora integrale* e financo la soddisfazione coattiva (che sarà *ancora integrale* se sarà unico creditore precedente).

Per altro verso, le situazioni soggettive che danno corpo alle cause legittime di prelazione presentano un contenuto complesso di garanzia e prelazione che (sì) esaudisce (ma non esaurisce) la sua vocazione funzionale al momento patologico dell'esecuzione forzata per espropriazione (azione esecutiva-vendita-attribuzione del ricavato), mostrando una propria rilevanza già sul terreno del diritto sostanziale (prima che processuale) e già in fase fisiologica di adempimento che patologica di esecuzione coattiva⁵². Già nella fase fisiologica dell'adempimento, infatti, l'esistenza delle situazioni soggettive di cui si tratta⁵³ si pongono quanto meno come limiti alla libera circolazione del bene e alla libera disponibilità da parte del suo titolare; ed il danneggiamento o la distruzione del bene oggetto della garanzia, anche in epoca precedente all'esecuzione forzata, può dare titolo ad un'azione

⁵² Peraltro, la necessità che il ricavato della vendita del bene sia utilizzato prioritariamente per il pagamento del creditore che sia titolare della causa di prelazione appuntata su di esso viene espressa – prima che dall'art. 2741 c.c. – dall'art. 2787 c.c. (Prelazione del creditore pignoratizio), per il pegno, dall'art. 2808 c.c. (costituzione ed effetti dell'ipoteca), per l'ipoteca e dall'intera Sezione IV (artt. 2777 ss. c.c.), che si occupa del concorso di più cause di prelazione sullo stesso bene, per i privilegi. Dunque, può forse dirsi che l'art. 2741 c.c. riunisca i titolari di diritti di credito assistiti da cause di prelazione in una categoria unitaria anteposta a quella dei chirografari, ma non la istituisce di certo, trovando la prima - differentemente dalla seconda - il proprio fondamento e la propria disciplina, con specifico riferimento tanto alla prelazione che al séguito, altrove.

⁵³ La cd. *par condicio* invece - e la stessa responsabilità patrimoniale - non fonda alcuna situazione soggettiva rivelandosi regola di ragionevolezza, esito di un giudizio comparativo tra l'interesse dei singoli creditori in concorso su un dato patrimonio nell'esecuzione forzata, individuati *ex art.* 2740 c.c., dinanzi alla sua incapacienza e all'assenza di cause legittime di prelazione: per una analisi della responsabilità patrimoniale in chiave di situazione soggettiva v. E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale e natura dell'interesse del creditore sul patrimonio del debitore*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, I, Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2012, 597 ss.; ID., *Responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, *passim*.

risarcitoria a carico dell'autore del fatto illecito. Limiti e vincoli che nella specie non potranno che ricadere in capo al liquidatore⁵⁴.

7. Parità di trattamento, concorsualità e concorsualità «liquidatoria»

Nel complesso sistema della responsabilità patrimoniale, dunque, la *par condicio* è mera regola distributiva del ricavato dell'esecuzione forzata per espropriazione che crea all'interno del ceto creditorio, individuato tramite il concorso posto dall'art. 2740 c.c., una articolazione, ponendo la categoria dei creditori chirografari in contrapposizione a quella dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione.

Concorso che invece opera a monte, mediante l'individuazione di un complesso di beni (imputati ad un soggetto o asserviti a una funzione) ed un ceto creditorio di riferimento, in modo che il primo sia (potenzialmente) sottoposto all'azione esecutiva del secondo; e che diviene predicato di talune procedure, tecnicamente 'concorsuali', non già in quanto attuative della *par condicio*, ma in quanto coinvolgenti (non più in potenza ma *in acto*⁵⁵), immediatamente e imprescindibilmente, la complessità di un patrimonio nell'interesse della totalità dei creditori (che da quel patrimonio erano garantiti).

Ed allorché sia la funzione liquidatoria come destinazione esclusiva al soddisfacimento dei creditori, a permeare di sé quell'intero patrimonio (già unificato o per tale via unificabile), essa richiamerà la necessità di realizzare il concorso tra i creditori - la «prospettiva

⁵⁴ La dottrina più recente tende oggi a distinguere garanzia e prelazione: L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2012, 27; G. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006, e prima ancora ID., *Pegno*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, 332, consistente la prima della preconstituzione di una riserva, della quale la prelazione rappresenterebbe solo un aspetto di disciplina. Si tratterebbe, anche per i privilegi, di diritti soggettivi di natura sostanziale (financo per quelli generali secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, 16), di natura reale secondo S. CICCARELLO, *Privilegio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 378; ID., *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983; *contra*, specialmente, C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti. Dei privilegi*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, 127.

⁵⁵ Cfr. M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, cit., 333, *retro*, nota 39.

concorsuale»⁵⁶ se si vuole -, in quel contenuto minimo partecipativo che si concreta nel rispetto delle regole di pubblicità del procedimento, ove previste, o nella attivazione di obblighi di avviso, ove non previste, per porre i creditori nelle condizioni di controllare lo svolgimento del procedimento e di fare richiesta della prestazione, se scaduta o ai sensi dell'art. 1186 c.c., se non scaduta. Ma che non ricomprende la regola distributiva della *par condicio*.

8. *La possibile portata espansiva della regola sulla base del criterio della natura coattivo-pubblicistica ovvero volontario-privatistica del procedimento. Applicazione dei risultati alla liquidazione delle società. L'interesse che connota l'attività liquidatoria come interesse di sintesi, oggettivo e tipizzato, che non muta però la natura volontaristica e privatistica del procedimento. Esclusione dell'applicazione della regola della par condicio ma rispetto delle cause legittime di prelazione*

Ferma restando l'esistenza di una vasta zona di intermedio grigiore⁵⁷ tra l'attuazione volontaria dell'obbligazione (cui sono applicabili le regole di cui si è detto) e l'esecuzione forzata (caratterizzata, essa sì, dalla necessaria parità di trattamento), dall'analisi delle procedure concorsuali che contengono la previsione della *par condicio* come regola distributiva⁵⁸ può invece ricavarsi una

⁵⁶ Così S.A. CERRATO, *Società commerciali, liquidatori e "fine vita" dell'ente: superiamo antiche credenze?*, cit., 354, retro nota 40.

⁵⁷ Della quale si rammenta l'importante tentativo di sistemazione ad opera di S. PUGLIATTI, *La cessio bonorum e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto civile. Saggi*, a cura di ID., Milano, 1951, 587 ss.

⁵⁸ È noto quanto pregevole lo studio di M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, 359 ss., il quale riscontra la vigenza del "principio" della *par condicio creditorum*, oltre che nella procedura di esecuzione individuale (art. 2741 c.c., artt. 499 ss. c.p.c.) e concorsuale (art. 111 l. fall.; art. 160 e 161 l. fall. per il concordato; art. 212 l. fall. per la liquidazione coatta amministrativa), anche nella liquidazione generale della persona giuridica privata (artt. 14 ss. disp. att. c.c.: compiuto l'inventario ai sensi dell'art. 13 disp. att. c.c. i liquidatori nominati dal presidente del tribunale del capoluogo di provincia in cui è registrata la persona giuridica dovranno iniziare «la liquidazione generale dei beni nell'interesse di tutti i creditori» qualora le passività siano superiori alle attività o ne faccia richiesta un singolo creditore; ovvero dovranno pagare i creditori «a misura che si presentano», nel caso opposto che il patrimonio risulti capiente per tutti o difetti qualunque opposizione); nella liquidazione dell'eredità accettata con beneficio di

inventario e dell'eredità giacente (498 e 530 c.c.: l'erede trascorso un mese dalla trascrizione della accettazione con beneficio di inventario può procedere al pagamento dei creditori a misura che si presentano, ovvero scegliere la liquidazione dell'eredità nell'interesse di tutti i creditori, dovendovi necessariamente provvedere in caso di opposizione di un creditore o di un legatario); nella cessione dei beni ai creditori (che all'art. 1982 c.c. prevede che «[i] creditori devono ripartire tra loro le somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause di prelazione [...]»); nella limitazione del debito armatoriale (artt. 620 ss. c. nav., là dove, «[d]ecorso il termine fissato per le impugnazioni, ovvero quando il nuovo stato passivo è formato [...], i creditori compresi nello stato passivo possono concordare lo stato di riparto. Se i creditori non raggiungono l'accordo, il giudice designato procede alla ripartizione della somma depositata, secondo l'ordine delle cause di prelazione [...]»).

Fattispecie dall'analisi delle quali l'A. desume la necessità che la *par condicio creditorum* sia applicata tutte le volte che si rinvergono i medesimi presupposti: (a) dell'esistenza di un patrimonio separato (ex ante o a posteriori per effetto della stessa finalità liquidativa da cui risulta pervaso); (b) ed (anche solo presuntivamente) incapiente.

Allorché invece proprio dall'analisi attenta dei medesimi contesti di concorsualità nei quali vige la regola della *par condicio*, si trae la conferma (a) della prevalenza dell'autonomia negoziale differenziale sul dato legale della parificazione; e (b) della non reciproca implicazione tra regola della *par condicio* e cause legittime di prelazione, che debbono essere salvaguardate anche nelle ipotesi di soddisfacimento dei creditori «a misura che si presentano» o secondo diverso accordo. Si pensi all'eredità accettata con beneficio di inventario, là dove la 'liquidazione nell'interesse di tutti i creditori' può essere 'attivata', e quindi anche 'rinunciata', dal singolo creditore che vi avrebbe interesse, a prescindere dalla capienza o incapienza del patrimonio: sì che nulla esclude che in presenza di un patrimonio, pervaso da una funzione liquidatoria e incapiente, i creditori anche solo per inattività e incuria, optino per una liquidazione individuale. Caso nel quale l'erede, ai sensi dell'art. 496 c.c., «paga i creditori e i legatari a misura che si presentano, salvi [soltanto, n.d.r.] i loro diritti di pozziorità». E si pensi ancora alla limitazione del debito armatoriale, da sempre annoverata fra le ipotesi di disciplina recante la regola della ripartizione proporzionale, la quale invece ad una analisi più attenta, manca del tutto della relativa previsione: la divisione del ricavato secondo la regola della *par condicio*, pare piuttosto che si sia voluta inferire dalla presenza delle altre (ma diverse) regole del divieto di azioni esecutive individuali (art. 626 c. nav.) e della scadenza di tutti i crediti. Risulta invece esplicitamente posta quella, opposta, secondo la quale i creditori compresi nello stato passivo possono «concordare» lo stato di riparto e solo se non raggiungono l'accordo il giudice procede secondo [ancora, n.d.r.] l'ordine delle cause di prelazione (a rtt. 275 e 637 c. nav.). (Per ogni ulteriore approfondimento sia consentito rinviare a E. MIGLIACCIO, «Concorsualità liquidatoria». *Spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, 273 ss.).

minima portata espansiva della *regola* sulla base del criterio, diverso, della natura coattivo-pubblicistica⁵⁹ ovvero volontario-privatistica⁶⁰ del procedimento. Nell'un caso appare ragionevole il ricorso analogico alla *par condicio*, se (ma solo se) non sussista altro criterio legale di ripartizione o non sia vi sia prevalenza dell'autonomia negoziale differenziale; nel secondo invece non vi sarebbe ragione per escludere la vigenza delle regole di correttezza e buona fede esecutiva, dalla mora e dell'inadempimento, della revocatoria ordinaria, dalla decadenza dal beneficio del termine, nonché del rispetto delle cause di prelazione, salvo che, essendo prevista la *par condicio* come soluzione più adeguata ad una ipotesi di patrimonio incapiente in liquidazione, negarne l'applicazione ad altra ipotesi si risolva in una violazione del canone di ragionevolezza e del principio di eguaglianza, in presenza dei medesimi interessi e dinanzi alla medesima funzione cui il patrimonio da liquidare è asservito⁶¹.

⁵⁹ Potremmo definire coattive o comunque non esclusivamente privatistiche le procedure che, secondo l'insegnamento autorevole e tradizionale di S. PUGLIATTI, *o.l.u.c.*, siano caratterizzate strutturalmente dall'attività dell'organo pubblico che le rende strumenti alternativi o equivalenti all'esecuzione forzata o suoi perfetti sostituti, nonché, in chiave più moderna, siano connotate *funzionalmente* da un interesse di natura pubblicistica, richiamando così la necessità di un 'potere di dividere' da esercitarsi in maniera svincolata dalla titolarità della situazione soggettiva debitoria, in cui consiste il criterio legale di parificazione. A questa categoria appartengono tutte le ipotesi passate in rassegna e in cui ricorre la *par condicio*: indici ne sono la presenza di organi giurisdizionali o paragiurisdizionali o la funzione di strumenti alternativi alla procedura esecutiva giurisdizionale (per ogni approfondimento E. MIGLIACCIO, «*Concorsualità liquidatoria*», cit., 261).

⁶⁰ Che si avranno invece tutte le volte in cui si «esclud[e] l'attività di organi e poteri pubblici (giurisdizionali o amministrativi), nonché l'esercizio di poteri [...] superiori alla volontà dei soggetti privati interessati: [esse] si esauriscono, dunque, nell'esercizio di diritti poteri e facoltà di carattere privato, nei quali si esprimono iniziative e attività private» (ancora S. PUGLIATTI, *op.cit.*).

⁶¹ Ed è il caso, ad esempio del patrimonio destinato societario che presenta una disciplina della liquidazione volontaria costituita mediante rinvio a quella societaria, *ex art. 2447-nonies*, comma 3, c.c. (che nella specie si risolverà, secondo quanto argomentato nel testo, in una *non* applicazione della regola della *par condicio*), ma non presenta alcuna disciplina della liquidazione coattiva. E non si vede alcuna ragionevole giustificazione per non estendere al patrimonio la procedura (che prevede invece l'applicazione della *par condicio*) riservata generalmente ad altra impresa commerciale privata non piccola, costituita in qualunque altra forma (individuale, collettiva o associativa), trattandosi in entrambi i casi di autonomi centri di

Quanto alle società, dunque, vi è ora da chiedersi se, in difetto di regole di ripartizione espressamente poste, il procedimento di liquidazione si connota in senso tale da giustificare l'applicazione della *par condicio*, vagliando a tal fine la natura dell'interesse che connota l'agire del liquidatore. Ciò che ci conduce altresì ad esaminare la seconda delle argomentazioni della Corte più sopra richiamate.

Una prima precisazione si impone: giustificare l'applicazione della parità di trattamento con «la priorità che assume l'interesse dei creditori» nell'attività liquidatoria, pare argomento fallace. Innanzi tutto in quanto siffatto interesse, quale che sia (dei soci o dei creditori), sarebbe ugualmente soddisfatto (nel caso di patrimonio capiente) o insoddisfatto (nel caso di patrimonio incapiente) da ciascuno dei criteri di ripartizione: la presenza dell'art. 2280 c.c. pone infatti i criteri sempre e identicamente a valle del rapporto tra disponibilità monetarie

imputazione di rapporti, a prescindere dal rivestimento, strutturale, del soggetto (sulle varie soluzioni offerte v. almeno S. ROSSI, *Liquidazione dei patrimoni destinati e tutela dei creditori particolari tra codice civile e nuove norme di diritto concorsuale*, in *Giur. comm.*, I, 2006, 896 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *fallimento.ipsoa.it*; F. D'ALESSANDRO, *Le linee guida della riforma*, in Aa.Vv., *Atti del convegno su «Diritto societario: dai progetti alla riforma»*, Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, 10; G. FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2003, 814; G. BOZZA, *Patrimoni destinati*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, VII, Milano, 2003, 153).

Mentre non è il caso ad esempio delle associazioni riconosciute, là dove, contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina classica (cfr. in particolare F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja Branca*, I, *Delle persone e della famiglia*, artt. 11-35, Bologna-Roma, 1969, 366, nonché M. BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Tratt. Rescigno, Persone e famiglia*, I, 2, Torino, 1992, 466) il riconoscimento non è puro elemento di struttura ma determina un arricchimento del profilo causale, denotando un interesse statale «ulteriore, diretto e indipendente» che si aggiunge all'interesse individuale dei singoli: «[l]'effetto principale e tipico del riconoscimento [è] quello di determinare un indefettibile vincolo di destinazione sul patrimonio dell'associazione; vincolo che finisce per rappresentare il tratto saliente nella stessa connotazione soggettiva dell'ente» (R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1996, 134 ss.). Sì che non sembra corretto trasporre automaticamente alla associazione non riconosciuta, modello partecipativo puro, le disposizioni previste per quella riconosciuta, se non limitatamente alla tutela del singolo nella comunità, ma non per quanto attiene al rapporto ente-soggetto patrimonio (destinazione, liquidazione, devoluzione) (R. DI RAIMO, *op.cit.*).

ottenute/creditori da soddisfare, senza incidere sul rapporto tra soci e creditori, bensì sul rapporto dei creditori tra loro.

Senza poter trascurare, peraltro, che il criterio della *par condicio* avvantaggia certo alcuni creditori (quelli in particolare il cui credito non sia ancora scaduto o quelli sorti più recentemente, magari nella consapevolezza della liquidazione imminente o allorché era in atto persino l'insolvenza) che potranno ottenere un pagamento parziale e *pro quota*; ma pregiudicherebbe altri (quelli il cui credito fosse invece già scaduto, e magari i più risalenti, sorti invece quando la società era perfettamente operativa e sana), che si aspettavano (e legittimamente) un pagamento integrale o ne hanno fatto diligente richiesta. Il che fa poi intuire come la *par condicio* non abbia sempre a che vedere con un principio di giustizia⁶².

In ogni caso, dai medesimi artt. 2280 e 2591 c.c. emerge come l'interesse che connota l'agire del liquidatore sia un interesse ancora dei soci, che non esclude ed anzi implica l'interesse dei creditori: si tratta di un interesse di sintesi, che assume connotati di piena obiettività, tipizzato e indisponibile ai soci - «(i) alla monetizzazione del patrimonio sociale, da effettuarsi nel più breve tempo possibile, ed [a] quello (ii) [de]lla conservazione del suo valore»⁶³ - che non assume però rilievo pubblicistico ed in nulla muta la natura volontaria del procedimento ed il carattere privato dei poteri che vi si esplicano.

La liquidazione della società richiederà dunque:

a) la realizzazione della concorsualità piena, sì che tutti i creditori siano posti nelle condizioni di conoscere l'avvio del procedimento, di controllarlo e di parteciparvi (ciò che si realizza anche solo con

⁶² Efficacemente in questo senso anche P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, cit., 329 ss.

⁶³ G. FERRI JR., *La gestione della società in liquidazione*, cit., 425: «[t]ra l'interesse dei creditori sociali e quello dei soci non è ravvisabile, in fase di liquidazione, un vero e proprio conflitto, quanto piuttosto un rapporto di univoca implicazione: ciò nel senso che i soci intanto possono realizzare il loro interesse, in quanto si sia già realizzato quello dei creditori. In questa prospettiva, il pagamento dei debiti della società se, direttamente, realizza l'interesse di cui sono portatori i titolari dei crediti corrispondenti, risulta allora indirettamente volto – alla luce appunto, di tale implicazione univoca – a soddisfare l'interesse dei soci: anch'esso quindi si iscrive – come fase normativamente necessaria – nell'ambito di quella gestione che anche sotto questo profilo si rivela diretta alla cura degli interessi dei soci e dei soci soltanto».

l'adempimento puntuale dell'obbligo di iscrizione della delibera di messa in liquidazione nel registro delle imprese);

b) ma una ripartizione *non* secondo la regola della *par condicio*, bensì secondo quella opposta, ricavabile dalla disciplina generale delle obbligazioni, dal principio di correttezza e buona fede esecutiva, dalla mora e dell'inadempimento, dalla decadenza dal beneficio del termine. Nonché dalla disciplina specifica connessa alla natura dell'interesse sul quale la liquidazione incide: l'esigenza di celerità connessa alla fase della liquidazione, nonché il principio di massimizzazione del valore del disinvestimento⁶⁴, dovrebbero indurre a ritenere che i liquidatori, lungi dal poter procedere del tutto "casualmente", hanno l'onere di attivarsi anche nei confronti di creditori inerti rispetto ad obbligazione scadute e non esatte, ovvero scadute ma non ancora liquide. Qualora invece il credito non sia esigibile si potrà procedere comunque all'adempimento solo se il termine è a favore della società debitrice o se vi è il consenso del creditore; in caso contrario il liquidatore dovrà procedere all'accantonamento delle somme, come previsto dallo stesso art. 2280 c.c.⁶⁵. Fermo restando che i creditori assistiti da cause legittime di prelazione dovranno invece essere soddisfatti con preferenza sul ricavato dei beni oggetto di garanzia, nei limiti, ovviamente, della loro capienza.

La responsabilità del liquidatore sussisterà dunque, non già qualora un creditore risulti insoddisfatto a fronte del soddisfacimento di altri, bensì laddove, dinanzi al patrimonio incapiente (ad una valutazione che, diligentemente, dovrà avere compiuta *ex ante*), a) abbia pagato un debito non scaduto o scaduto successivamente lasciando insoddisfatto un debito scaduto o scaduto precedentemente; b) a prescindere dalla scadenza, si sia rifiutato di pagare *integralmente* un creditore che ne abbia fatto richiesta a norma dell'art. 1186 c.c.; c) abbia discriminato

⁶⁴ Cfr. G. FERRI JR., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, cit., 395; nonché G. NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990, 23, secondo il quale il difetto di una regola che sospenda gli interessi (analoga a quella fallimentare) deve indurre il liquidatore diligente a non lasciare decorre ingiustificatamente il termine per il pagamento con conseguente maturazione di interessi moratori.

⁶⁵ Ancora G. NICCOLINI, *L'accantonamento delle somme necessarie a pagare i creditori nella liquidazione delle società*, in *Giur. comm.*, I, 2001, 674, nonché G. GIANNELLI e A. DELL'OSSO, *Sub art. 2492*, in *Commentario al codice civile*, E. Gabrielli (diretto da), cit., 1050.

fra creditori a parità di scadenza dell'obbligazione; d) abbia destinato le risorse rinvenienti dalla vendita di un bene sul quale sussisteva la causa di prelazione ad altro creditore non titolare della relativa situazione soggettiva di garanzia o il privilegio.