

# GIUSTIZIA CIVILE .COM

22.05.2018

**Società e concorrenza**

## **Scissione societaria e revocatoria: i limiti all'intangibilità dell'operazione**

di Massimo Rubino De Ritis

[TRIBUNALE DI NAPOLI NORD, 24 luglio 2017](#)

*La scissione societaria è una fattispecie a formazione progressiva, attraverso un primo atto di modifica dell'atto costitutivo della società, riferibile ai soci, e un secondo atto di gestione della società, rappresentato dall'atto di assegnazione degli elementi patrimoniali alla società beneficiaria, riconducibile ad un atto di disposizione a titolo gratuito e, come tale, revocabile ex [art. 2901 c.c.](#), per cui è ammissibile il sequestro giudiziario in via cautelare dei beni oggetto di assegnazione.*

**IL CASO** - Una società per azioni, poi trasformatasi in società a responsabilità limitata e successivamente fallita, aveva deliberato il progetto di scissione parziale della società mediante assegnazione di parte del patrimonio di quest'ultima a due società di nuova costituzione. Con successivo atto di scissione si dava attuazione al progetto di scissione con costituzione delle due società beneficiarie ed in particolare ad una delle due era stato assegnato un immobile di rilevante valore.

La curatela del fallimento ha proposto dinanzi al Tribunale, presso cui era stato dichiarato il fallimento, un ricorso per sequestro conservativo ai sensi degli [artt. 2905, comma 2, c.c.](#) e 671 c.p.c., rilevando la sussistenza del *fumus boni iuris*, ricorrendo tutti i presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, tenuto conto del mutamento della titolarità soggettiva del bene immobile, dalla società poi fallita alla *newco* costituitasi, e il *periculum in mora*, per il timore che quest'ultima alienasse a terzi l'immobile. In via subordinata la Curatela ha richiesto il sequestro giudiziario ex [art. 670, n. 1, c.p.c.](#), al fine di provvedere alla custodia e gestione temporanea del bene immobile in pendenza del giudizio di cognizione ordinaria.

Il Giudice del Tribunale di Napoli Nord, designato per i provvedimenti inerenti alla misura cautelare richiesta, con un'elaborata e ben motivata ordinanza, autorizza il sequestro giudiziario dell'immobile trasferito in esecuzione della scissione societaria, affermando, attraverso una ricostruzione dell'operazione di scissione, la revocabilità dell'atto dispositivo.

**LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE** - La Cassazione non si è mai pronunciata sulla revocatoria della scissione, mentre la dottrina è perplessa sulla soluzione positiva, accolta nel provvedimento in esame, e ciò spiega il complesso *excursus* dell'ordinanza in commento. A quanto sembra, poi, la revocatoria non è stata quasi mai esperita da semplici creditori, ma, da quanto risulta dai provvedimenti editi, solo dalle curatele fallimentari, quasi demandando alla procedura concorsuale il compito della soluzione finale in ordine alla tutela delle posizioni creditorie.

Dalla lettura del provvedimento, emerge, pertanto, una particolare cura da parte dell'estensore nell'esame della struttura dell'atto di scissione e nella verifica dei singoli presupposti richiamati dall'[art. 2901 c.c.](#) ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, quali l'esistenza di un diritto di credito, l'*eventus damni*, l'elemento soggettivo da parte del debitore e del terzo contraente (*scientia damni e consilium fraudis*), che invitano alla pubblicazione del provvedimento ed ad alcune, sia pur brevi, riflessioni. Nel provvedimento in commento, il Giudice affronta, però, anche altre due interessanti questioni preliminari su aspetti processuali della fattispecie al suo esame: a) la competenza del Tribunale fallimentare per l'azione revocatoria esercitata ai sensi degli [artt. 66 e 2901 c.c. ex art. 24 l. fall.](#); b) l'utilizzabilità del sequestro giudiziario [ex art. 670 c.p.c.](#) in relazione ad un'azione revocatoria ordinaria di un atto di scissione da cui conseguiva la disposizione di un immobile.

La prima questione viene agevolmente e correttamente superata. L'[art. 24 l. fall.](#) non pone dubbi sulla sua applicazione per l'esercizio delle azioni i cui presupposti sorgono a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento (revocatoria fallimentare, responsabilità degli organi fallimentari, azioni [ex artt. 72 ss. l. fall.](#) riguardanti la modifica del rapporto negoziale in corso), da incardinare dinanzi al tribunale fallimentare; così come non pone dubbi per escludere dal suo ambito di applicazione quelle azioni relative al pagamento di prestazioni per crediti preesistenti (ora, sulla competenza dei tribunali, sede delle sezioni specializzate in materia di impresa, v. art. 2, comma 1, lett. n), n. 1, nonché, sui vigenti criteri di attribuzione della competenza, [n. 2](#) e [3](#), [l. 19 ottobre 2017, n. 155](#), sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza). Per quanto attiene, più in particolare, all'azione revocatoria ordinaria di un atto dispositivo del fallito, il problema è risolto dall'[art. 66 l. fall.](#), il cui secondo comma indica la competenza del tribunale fallimentare per tutte le azioni dirette a dichiarare l'inefficacia degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori. Diverso sarebbe se l'azione revocatoria ordinaria, esperita dal curatore fallimentare, attenesse ad un atto dispositivo posto in essere da amministratori, componenti organi di controllo, direttori generali nonché liquidatori di una società di capitali, nei cui confronti esperire un'azione di responsabilità [ex art. 146 l. fall.](#) (quest'ultima di competenza del tribunale delle imprese [ex art. 3, comma 2, lett. a\), d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168](#), così come novellato dall'[art. 2, comma 1, lett. d\), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1](#), convertito in [l. 24 marzo 2012, n. 27](#)), in quanto non si verte di atti disposti dal debitore (fallito) [ex art. 66 l. fall.](#) Analoghe considerazioni valgono in caso di esercizio di azioni [ex art. 146 l. fall.](#) nei confronti dei soci responsabili ai sensi dell'[art. 2476, comma 7, c.c.](#)

In ordine alla seconda questione preliminare affrontata dal tribunale, relativa all'ammissibilità di un ricorso per sequestro giudiziario, quale strumento di tutela urgente rispetto alla revocatoria ordinaria, la soluzione affermativa trova fondamento, nell'ordinanza in commento, sia sulla funzione del sequestro giudiziario [ex art. 670 c.p.c.](#) che sugli effetti dell'azione revocatoria esperita dal fallimento [ex art. 70 l. fall.](#) In ordine all'[art. 670, comma 1 n. 1 c.p.c.](#) – secondo cui il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso – l'ambito applicativo va delineato sulla base della funzione, da riconoscere al sequestro giudiziario, che è quella di garantire l'utilità dell'esecuzione in forma specifica: il sequestro giudiziario è, dunque, configurabile, quando il ricorrente voglia conseguire, attraverso la condanna alla restituzione o al rilascio, la disponibilità giuridica del bene. Relativamente agli "effetti della revocazione", per il tribunale [l'art. 70 l. fall.](#), nel riconoscere al terzo il diritto di insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito, stabilisce implicitamente, che il giudice, nel revocare l'atto, deve disporre la restituzione del bene alla curatela fallimentare. La ricostruzione teorica dell'azione fallimentare quale domanda

diretta a ottenere dal giudice una sentenza declaratoria di inefficacia dell'atto con diritto della curatela alla restituzione del bene – in deroga a quanto previsto dall'[art. 2902 c.c.](#) con riferimento all'azione revocatoria ordinaria che, invece, prevede il diritto del creditore, conseguente alla pronuncia giudiziaria di inefficacia dell'atto impugnato, di agire esecutivamente nei confronti del terzo – si giustifica con il carattere universale della procedura fallimentare, diretta a concentrare nell'ambito della stessa tutte le azioni strumentali alla liquidazione dell'attivo destinato a soddisfare il ceto creditorio. Logico corollario è che con la domanda revocatoria il curatore fa valere il diritto alla restituzione del bene.

L'ordinanza, come anticipato, è, però, di grande interesse soprattutto per la soluzione cui perviene relativamente ai rimedi esperibili dal curatore fallimentare rispetto ad una operazione di scissione della società, precedente alla sua dichiarazione di fallimento, riconducendo la conseguente attribuzione patrimoniale nel novero degli atti a titolo gratuito. Per il tribunale, infatti, la scissione si presenta come una fattispecie a formazione progressiva nel cui ambito sono compiuti due negozi giuridici autonomi e collegati: il primo negozio (di riorganizzazione della struttura societaria, con assegnazione di quote o azioni ai soci della società scissa) diretto alla modifica dell'atto costitutivo della società che è riferibile giuridicamente ai soci ([art. 2502 c.c.](#), applicabile alla scissione in base al richiamo operato dall'[art. 2506-ter, comma 5, c.c.](#), secondo cui il progetto di scissione deve essere approvato nelle società di capitali secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto); il secondo negozio giuridico, che è propriamente un atto di gestione della società, rappresentato dall'atto di "assegnazione degli elementi patrimoniali alla "società beneficiaria". L'esame della struttura dell'operazione di scissione, della sua funzione sul piano economico e giuridico, delle distinte tesi dirette a qualificare la vicenda giuridica, consente al Tribunale di ravvisare nella scissione la struttura di una fattispecie composta dalla delibera dei soci e dall'atto di scissione, compiuto dagli amministratori, che – essendo negozi autonomi ma collegati – determinano effetti modificativi sul piano della struttura organizzativa e patrimoniale della società, con la divisione ("frazionamento") delle partecipazioni dei singoli soci e dei beni della medesima società. In particolare, l'atto di assegnazione, quale atto di modifica della situazione patrimoniale della società, viene ricondotto nel novero degli atti a titolo gratuito, con la conseguente applicazione dell'[art. 2901 c.c.](#) Il tema merita di essere approfondito in relazione agli strumenti previsti dal legislatore a tutela dei creditori, in quanto sono essenzialmente due gli argomenti contrari all'esercizio dell'azione revocatoria in caso di scissione: *a*) l'irregredibilità degli effetti della scissione (non pronunciabilità della invalidità della scissione post iscrizione); *b*) la previsione di un sistema di tutela dei creditori tipico ed autosufficiente previsto in caso di scissione (attraverso l'opposizione, l'azione risarcitoria e la responsabilità sussidiaria delle società coinvolte nell'operazione).

Tuttavia, occorre porsi una domanda di vertice, sul perché il problema perviene all'esame del Tribunale, dato che i creditori della società fallita (già creditori della società scissa), anche eventualmente ammessi al passivo della fallita, ben potrebbero agire per il soddisfacimento dei propri crediti ai sensi dell'[art. 2506-quater c.c.](#) direttamente nei confronti della società beneficiaria, ancorché nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto a quest'ultima trasferito, senza passare attraverso la revoca (cioè la declaratoria di inefficacia) dell'atto di scissione. Ed invero, potrebbero richiedere un sequestro conservativo sui beni della società figlia. La conclusione, infatti, cui si approderà con le osservazioni che seguono, trae spunto proprio da una banale quanto ovvia considerazione: l'inutilità per un creditore di agire con la revocatoria per espropriare un bene che può comunque aggredire, perché già appartiene al suo debitore. E di qui un ulteriore spunto di riflessione (che, invece, non sarà trattato in questa sede) sul perché i

creditori demandino alle procedure concorsuali (*rectius*: ai curatori fallimentari) di fare quanto già era (e, nella vicenda esaminata, tuttora è) nel loro potere fare (la questione coinvolge più ampiamente la riforma della disciplina delle imprese in crisi e verrà separatamente trattata).

**OSSERVAZIONI** - Il problema dell'esercizio della revocatoria ordinaria affrontato dall'ordinanza in commento riguarda l'ipotesi di una scissione parziale, per cui parte del patrimonio della società che si scinde, poi dichiarata fallita, viene attribuita ad una o più società. La società scissa resta, perciò, in vita, sia pure con un patrimonio (attività e passività) ridotto, continuando l'attività parallelamente alle società beneficiarie. Nel caso della scissione totale, invece, la società che si scinde si estingue, senza che però si abbia liquidazione della stessa. Tuttavia, prescindendo dalle inutili e risibili affermazioni sulla "natura giuridica" della scissione, effetto tipico in tutti i casi di articolazioni della scissione è la diretta attribuzione ai soci della società scissa delle azioni o quote della o delle società beneficiarie, distinguendosi così dal c.d. scorporo, in cui le azioni o quote della società beneficiaria sono attribuite alla stessa società, che, attraverso un conferimento, trasferisce parte del patrimonio ad una società preesistente o a una nuova società. Orbene, diversamente dal conferimento, tuttora permangono dubbi sull'esperibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione o, meglio, dell'atto attraverso cui avviene un'attribuzione patrimoniale a favore di società preesistenti o di nuova costituzione. Eppure la scissione non è la sola operazione che può essere realizzata per pregiudicare i creditori e in altre operazioni, pure utilizzate in pregiudizio dei creditori, si pongono analoghi dubbi.

È il caso della costituzione di patrimoni destinati, per i quali anche è prevista una specifica disciplina a tutela dei creditori, costituita dall'opposizione ([art. 2447-quinquies c.c.](#)), ma ciò nonostante si afferma che è proponibile l'azione revocatoria ordinaria. Recentemente, poi, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha affermato l'ammissibilità dell'azione revocatoria anche nei confronti di atti abdicativi deliberati dall'organo assembleare, come nel caso di soppressione di clausole statutarie c.d. di ribaltamento perdite a carico dei soci nell'ambito di una società consortile, in quanto la rinuncia ad un diritto è astrattamente idonea a provocare modifiche sotto il profilo giuridico-economico della situazione patrimoniale del debitore.

Coloro (giudici, professori e dottori) che ammettono la tutela dei creditori attraverso l'utilizzo della revocatoria ritengono che non possa costituire ostacolo alla revocatoria la circostanza che il legislatore abbia previsto, in caso di scissione, rimedi tipici a tutela dei creditori, costituiti non solo dall'opposizione ([art. 2503 c.c.](#)) ma anche dall'azione di risarcimento del danno ([art. 2504-quater c.c.](#)) e finanche dal regime di responsabilità delle società scisse nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato ([art. 2506-quater, ultimo comma, c.c.](#)). Sarebbe davvero una strana discrasia del sistema tra operazioni revocabili ed altre non diversamente "aggredibili" dal ceto creditorio, sulla base di un principio di stabilità, valido per le operazioni di fusione e scissione, desumibile dall'[art. 2504-quater c.c.](#) (richiamato dall'[art. 2506-ter, comma 5, c.c.](#)), che prevede l'inammissibilità di tutti i rimedi diretti a invalidare l'operazione di scissione. Per coloro che ammettono la revocatoria, questa disposizione, infatti, non preclude la revocabilità dell'atto di assegnazione dei beni che è proprio della società scissa con cui si realizza la modifica sul suo patrimonio, fermo restando la modifica della struttura organizzativa societaria che è diretta conseguenza dell'atto dei soci: la revocatoria della scissione non cancellerebbe il complesso degli effetti organizzativi derivanti dall'operazione, ma si limiterebbe a far rientrare i beni assegnati alla società figlia nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita. La revocatoria, perciò, sarebbe riferita agli effetti

patrimoniali discendenti dalla scissione e mediante tale azione non si mirerebbe a ricostituire l'assetto societario preesistente, ma solo alla reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore inciso da tale operazione attraverso la declaratoria di inefficacia dei "trasferimenti" patrimoniali scaturiti dalla stesso.

D'altronde, gli altri rimedi a tutela dei creditori previsti in caso di scissione si presentano differenti rispetto all'esercizio della revocatoria: a) l'opposizione [ex art. 2503 c.c.](#) (richiamato da [art. 2506-ter, comma 5, c.c.](#)), preclude il perfezionamento dell'operazione (quindi anche la modifica dell'atto costitutivo), salvo quanto dispone l'[art. 2445, comma 4, c.c.](#) (richiamato dall'ultimo comma dell'[art. 2503 c.c.](#)), e tutela solo i creditori anteriori alla 4, a differenza della successiva revocatoria; b) l'azione di risarcimento del danno [ex art. 2504-quater, comma 2, c.c.](#) (richiamato dall'[art. 2506-ter, comma 5, c.c.](#)) presuppone un danno diretto ed immediato a seguito della scissione, diversamente dalla revocatoria, che presuppone un pregiudizio arrecato dall'atto (lesione della garanzia patrimoniale); c) il regime di responsabilità sussidiaria [ex art. 2506-quater, comma 3, c.c.](#) prevede una tutela limitata ai creditori della società scissa, anteriori alla scissione, non soddisfatti dalle società che si sono fatte carico dei relativi debiti.

La revocatoria viene anche ammessa in caso di scissione totale. Il fatto che alla ripartizione di tutto il patrimonio tra le società beneficiarie segua l'estinzione della società e dunque del debitore – con la conseguenza che dei debiti assunti risponderanno le beneficiarie (con il loro patrimonio, costituito, anche o solo, da quanto trasferito per effetto della scissione) – non esclude in teoria l'operatività della revocatoria: il creditore, come anche il curatore fallimentare, potrebbe chiedere la declaratoria dell'inefficacia degli effetti patrimoniali, convenendo in giudizio la società o le società avvantaggiate dalla scissione, quali destinatarie della disposizione patrimoniale. Può obiettarsi che tra le società beneficiarie non vi sia un rapporto giuridico cui riferire il pregiudizio e che lo scopo cui tenderebbe la domanda (in sede sia di revocatoria ordinaria che fallimentare) sembrerebbe essere la ricostituzione di un patrimonio iniziale facente capo alla scissa (poi ripartito), quasi per far "rivivere" fittiziamente il soggetto oramai estinto. Però, a ben vedere, in primo luogo, l'assegnazione a favore di ciascuna beneficiaria, per cui alcuni originari creditori resterebbero pregiudicati (per gli elementi del passivo non desumibili dal progetto di scissione rispondono in solido tutte le società beneficiarie), è strettamente dipendente da un unico atto di scissione: perciò, non può escludersi la correlazione tra maggiori vantaggi acquisiti da una beneficiaria rispetto ad un'altra. In secondo luogo, non è inconsueto nel nostro sistema la formazione di una massa attiva, quando il soggetto si è estinto, come accade in caso di dichiarazione di fallimento di una società estinta: di conseguenza, ciò che interessa, è il soddisfacimento dei creditori, anche attraverso l'utilizzo dello strumento della revocatoria (fallimentare e ordinaria).

In tal modo, i sostenitori della revocatoria, superati tutti gli ostacoli normativi propri delle regole della scissione, giungono a dover risolvere un dubbio amletico: l'atto di assegnazione di elementi patrimoniali va annoverato tra gli atti a titolo gratuito, come affermato dal Tribunale? La gratuità dell'atto (ai fini della verifica dei presupposti dell'[art. 2901 c.c.](#)) viene affermata nell'ordinanza in commento sulla base delle peculiarità dell'atto oneroso, per il quale deve configurarsi una reciprocità di "attribuzioni" (*rectius*, prestazioni). Non manca chi, per escludere la gratuità, presuppone che nella scissione vi sia una "divisione" (intesa come contratto a prestazioni corrispettive il cui sinallagma si ritroverebbe nella interdipendenza fra porzioni attribuite, quindi revocabile: ma si tratta di una fattispecie ben diversa dalla scissione) e in giurisprudenza ci si è anche spinti ad applicare la revocatoria fallimentare [ex art. 67, comma 1, n. 1, l. fall.](#), per sprorporzione di oltre un quarto tra attività e passività, sul presupposto che l'onerosità si evidenzi dall'esistenza di passività (con la conseguenza che, se ci fossero solo attività assegnate, l'atto sarebbe inefficace nell'ipotesi di cui all'[art. 64 l. fall.](#)). In tal caso, si pone l'ulteriore

problema se sia possibile verificare la sproporzione tra attività e passività dell'assegnazione, come è stato sostenuto, malgrado non vi sia alcun rapporto tra "le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito" (valore dell'assegnazione) e "ciò che è a lui è stato dato o promesso", a meno che non si voglia qualificare l'assunzione di responsabilità (a seguito delle passività trasferite) come qualcosa di "promesso" (l'estinzione delle passività di cui all'assegnazione). Peraltro, l'affermata gratuità dell'assegnazione patrimoniale in sede di scissione (sia considerando gli effetti generali della scissione sia verificando in concreto l'insussistenza di trasferimenti di passività) porterebbe anche all'applicazione dell'[art. 64 l. fall.](#), per cui andrebbe ricostruito anche l'ambito applicativo di quest'ultima disposizione, secondo cui sono "privi di effetto" (mentre l'[art. 67 l. fall.](#) tratta delle ipotesi revocabili) gli atti posti in essere a titolo gratuito nei due anni anteriori al fallimento: di conseguenza, con scissioni pre-fallimentari, potrebbero costituirsi società senza patrimonio (distinguendo l'attribuzione patrimoniale senza effetto dalla costituzione delle società beneficiarie del nulla). E ciò diversamente dalla revocatoria del (singolo) conferimento, in considerazione, tra l'altro, della differenza tra c.d. revocatoria di diritto e quella giudiziaria.

Sarebbe allora preferibile ricondurre l'operazione ad un atto a titolo oneroso, riconducendola al contratto di società, la cui modificazione è il presupposto per la successiva assegnazione di parti di patrimonio. Ma una cosa è certa (indipendentemente dall'ulteriore problema sul *numerus clausus* degli atti revocabili): non si potrebbe qualificare come gratuito l'atto, quando si tratta di applicare l'[art. 2901 c.c.](#), come accaduto nella vicenda in esame, e come oneroso, quando si tratta di applicare l'[art. 67 l. fall.](#), come invece complessivamente appare dall'esame della giurisprudenza che si è positivamente pronunciata sulla revocatoria della scissione. Risulta allora necessaria una breve riflessione anche per evitare risultati aberranti.

Il punto da cui partire è la verifica della sussistenza di un'attribuzione patrimoniale intesa come arricchimento dell'altrui sfera patrimoniale da cui consegue una perdita (uno svantaggio) a carico di chi la effettua. Quando, infatti, ci si pone il problema della revocatoria degli atti a titolo oneroso, si va a verificare se, rispetto a quanto fuoriesce dal patrimonio del debitore, vi sia una contropartita: non ha importanza misurare l'entità della contropartita a fini della qualificazione come "oneroso" dell'atto in concreto posto in essere e per verificare la sussistenza degli ulteriori presupposti previsti dall'[art. 2901 c.c.](#) riferiti al terzo contraente (consapevolezza del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, partecipazione alla dolosa preordinazione). Tanto è vero che, nel caso della revocatoria fallimentare, nell'ipotesi di sproporzione tra prestazioni, si applica comunque l'[art. 67, comma 1, n. 1, l. fall.](#) (se supera la soglia fissata dalla norma), e non si addivene all'applicazione dell'[art. 64 l. fall.](#) (si tratta di problemi che spesso si presentano in diritto societario nel dover qualificare le prestazioni dei soci a condizioni particolarmente vantaggiose per la società come apporti di patrimonio, anche in ipotesi diverse dalla vendita a prezzo simbolico o irrisorio).

Nel caso della scissione, più che richiamare un'ipotesi di particolare "successione pro quota" delle beneficiarie (pur presentandosi analogie tra scissione e successione particolare, essendo escluse in entrambi i casi i trasferimenti solo di passività), viene piuttosto prestata attenzione al trasferimento (come era indicato nell'[art. 2504-septies c.c.](#), nel testo ante riforma 2003) ovvero all'assegnazione del patrimonio (come dispone l'[art. 2506 c.c.](#)), inteso come un complesso di posizioni giuridiche tra loro autonome (secondo quando risulta già in sede comunitaria nelle terza direttiva, in cui gli artt. 3 e 4 delineano la scissione come procedimento fondato sul trasferimento del patrimonio), anche se non necessariamente integranti un'azienda. Di conseguenza, è comune l'affermazione secondo cui alla scissione è connaturata un'oggettiva riduzione del patrimonio della società che si scinde (data la consistenza almeno minima del

patrimonio trasferito ed almeno là dove le attività superino le passività), con la conseguenza che la diminuzione della garanzia non sia una mera eventualità, ma un effetto dell'operazione, a meno che non ci si trovi dinanzi alla c.d. scissione negativa (dovendo però distinguere la scissione a valore contabile negativo ma a valore reale positivo rispetto a quella con assegnazione di elementi patrimoniali di valore sia contabile che economico negativo). In altre parole, l'assegnazione di patrimonio con la scissione (come del resto l'atto di segregazione nel caso della costituzione di patrimoni destinati), secondo questa prospettiva comune a molti, avrebbe un effetto modificativo della responsabilità patrimoniale della società, tale da poter pregiudicare o rendere più difficoltosa la realizzazione del credito. In effetti, è ciò che può accadere anche nel caso di patrimoni destinati messi in *stand-by*, allorquando neanche si avviano le attività dirette a compiere l'affare, per cui nemmeno può procedersi alla cessazione della segregazione [ex art. 2447-novies c.c.](#), non ricorrendo l'ipotesi di impossibilità di realizzare l'affare. Anche la scissione (pure più frequente della costituzione di patrimoni destinati), pertanto, può essere utile strumento per "salvare" parte degli *asset* a sfavore di creditori, sottraendo alcune risorse finanziarie o anche solo i beni più facilmente espropriabili. Può avvenire, per la verità, anche il contrario: e cioè che resti in capo alla società scissa la "parte buona", producendosi un pregiudizio per coloro che si troveranno ad essere creditori di una nuova società, costituita ad hoc con la scissione, essendo in tal caso previsto l'esercizio dell'opposizione. Si tratta del medesimo problema che ci si pone per un patrimonio destinato che, per l'entità delle passività, si dimostri essere un "buco nero", malgrado il contenuto del piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, tenendo conto di eventuali apporti di terzi (e che ho altrove già affrontato).

In realtà, la scissione può anche benissimo aumentare e anche di parecchio le possibilità dei creditori attuali di essere pagati: ciò accade ogni volta che la scissione comporti assegnazione di elementi del passivo da un patrimonio incapiente o insolvente a un patrimonio più capace di garantire il pagamento per il tramite di *asset* patrimoniali o flussi finanziari, come accade quando la scissione si attui con beneficiarie società iperpatrimonializzate. Di conseguenza, è sbagliato sostenere che la scissione attui una riduzione della garanzia patrimoniale dei creditori. Anzi, a ben vedere è l'esatto contrario, perché attraverso l'[art. 2506-quater, comma 3, c.c.](#) i creditori della società scissa godono di una tutela superiore, quanto meno in relazione alla sussistenza di più soggetti debitori. Non si vede poi perché debbano essere tutelati gli eventuali creditori successivi, i quali non possono fare affidamento sul patrimonio originario della società scissa, mentre andrebbero con la revocatoria pretermessi i creditori beneficiaria successivi alla scissione, senza parlare poi dei soci, beffati dal fatto che gli effetti patrimoniali sono inefficaci, ma restano quelli organizzativi.

Il problema, più in generale, va dunque completamente rivoltato: dall'esame più che del trasferimento delle attività attraverso la scissione, al trattamento passività, in base alla regola, prevista [art. 2506-quater, comma 3, c.c.](#), secondo cui «ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico». Di conseguenza, può essere in concreto escluso che l'operazione sia idonea a pregiudicare il creditore della società scissa, con la conseguenza che viene meno in concreto il presupposto principale per l'applicazione dell'[art. 2901 c.c.](#) Ed è situazione ben diversa dal conferimento di azienda commerciale, che determina responsabilità del soggetto beneficiario (peraltro non sussidiaria ma) a condizione che le passività risultino dalle scritture contabili obbligatorie: nel caso di scissione, per gli elementi del passivo la cui destinazione non è desumibile dal progetto, è prevista la responsabilità delle beneficiarie, anche se con il limite costituito dal valore effettivo del patrimonio attribuito a

ciascuna ([art. 2506-bis, comma 3, c.c.](#)): e, deve intendersi, indipendentemente da quanto risulti dalle scritture contabili, data l'evidente differenza del dato normativo con l'[art. 2560, comma 2, c.c.](#) e malgrado sia stata sostenuta in passato l'analogia della scissione con il trasferimento di azienda.

Il pregiudizio dei creditori della società che si scinde si avrebbe, in realtà, là dove le beneficiarie avessero subito rilevanti perdite: la scissione sarebbe allora utilizzata per prevenire l'ammissione di queste ultime a procedure di crisi e i creditori della scissa, anteriori all'operazione, non beneficerebbero di fatto della responsabilità delle altre società. Dinanzi ad assegnazioni di patrimonio a favore di società fortemente indebitate, i beni acquisiti potrebbero essere subito aggrediti dai creditori delle società beneficiarie. Possibili pregiudizi delle aspettative dei creditori si avrebbero anche quando la "riallocazione", a favore di società beneficiarie di beni e rapporti giuridici della società scissa, non comportasse i risultati aspettati, peggiorando complessivamente i risultati di tutte le società coinvolte nell'operazione. Ma si tratta di pregiudizi che emergono solo attraverso valutazioni *ex post* sulla base dei risultati ottenuti dalle società coinvolte nelle operazioni. Più in generale, può aversi pregiudizio per la necessità di dover esercitare le proprie ragioni nei confronti di più società, dato il limite della propria responsabilità in base al valore effettivo del patrimonio assegnato o rimasto e la possibilità che si possa avere anche incapienza parziale.

In ogni caso, seppure esclusa nel caso concreto la sussistenza di un pregiudizio di cui all'[art. 2901 c.c.](#), resterebbe il problema di verificare l'applicazione della revocatoria fallimentare e molti si porrebbero l'annoso problema di accogliere la teoria indennitaria oppure quella redistributiva (o antindennitaria) .

La questione, in realtà, sta nella corretta interpretazione della c.d. irregredibilità degli effetti della scissione e sull'uso del termine "invalidità" contenuto nell'[art. 2504-\*quater\* c.c.](#) Però, fermo restando a volte l'uso non corretto del termine da parte del legislatore (si pensi alla nullità di cui all'[art. 2332 c.c.](#)), quale è l'intenzione legislativa già in sede comunitaria? Il disposto dell'[art. 2504-\*quater\*](#) è stato introdotto dal [d.lgs.n. 22 del 1991](#), che ha dato attuazione alla terza direttiva relativa alle fusioni delle società per azioni 78/855/CEE e alla sesta direttiva relativa alle scissioni delle società per azioni 82/891/CEE. Traendo spunto dall'ultimo considerando della [direttiva 82/891/CE](#) sulle scissioni societarie, l'elemento da non poter attaccare (in termini preclusivi di nullità o più in generale di invalidità) è l'effetto, non il vizio in sé: il principio di fondo è espressamente quello di rendere sicure le relazioni fra le società partecipanti alla scissione che fra queste e i terzi nonché fra i soci di tali società. La revocatoria, ordinaria e fallimentare (al pari o forse peggio di altre azioni, se si pensa all'applicazione dell'[art. 64 l. fall.](#)) pone in grave pericolo la sicurezza di "valori" protetti dalla direttiva ossia le relazioni fra le società coinvolte nelle operazioni e gli altri soggetti (creditori e soci) , che fanno affidamento sul fatto che le singole società legittimamente e pacificamente detengono i beni assegnati secondo il progetto pubblicato nel registro delle imprese, tanto che non manca chi si è spinto a ritenere opportuno l'intervento della Corte di Giustizia ai sensi dell'[art. 267 TFUE](#) ([trattato sul funzionamento dell'Unione Europea](#)).

**RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI E BIBLIOGRAFICI** - Sull'ammissibilità della revocatoria dell'atto di scissione e di conseguenza sull'ammissibilità di misure cautelari prima dell'esperimento dell'azione, la giurisprudenza è divisa. Nello stesso senso dell'ordinanza commentata, in sede di procedimento *ante causam* introdotto da una curatela di un fallimento di società scissa, [Trib. Roma, 16 agosto 2016](#), in [Dirittobancario.it](#), che ritiene ammissibile la revocatoria *ex art. 2901 c.c.* dell'atto di scissione, ma rigetta, però, l'istanza di sequestro giudiziario, autorizzando quello

conservativo (ordinanza poi revocata in sede di reclamo dal [Trib. Roma, 7 novembre 2016](#)). Più in generale, favorevoli alla revocatoria ex [art. 2901 c.c.](#) dell'atto di scissione, Trib. Benevento, 17 settembre 2012, in *ilcaso.it*; [Trib. Venezia, 5 febbraio 2016](#), in *Ilcaso.it* e in *Soc.*, 2017, 67, con nota di CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*; [Trib. Pescara, 17 maggio 2017](#), in *Soc.*, 2017, 1082, con nota di MALTONI-SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*. Per la revocatoria ex art. 67 l., comma 1, n. 1 fall., Trib. Catania, 9 maggio 2012, in *Fall.*, 2013, 983, con nota di MILANO, *Revocatoria della scissione societaria* (poi recentemente revocata da [App. Catania, 19 settembre 2017](#), in *Pluris*). In dottrina, MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1131 ss. ed ivi riferimenti.

Escludono l'ammissibilità della revocatoria [Trib. Napoli, 18 febbraio 2013](#), in *Giur. comm.*, 2014, II, 1040, con nota di RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*; [Trib. Bologna, 1° aprile 2016](#), in *Notariato*, 2016, 604, con nota di MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*, e in *Fallimento*, 2017, 48, con nota di POTOTSCHNIG, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?* In dottrina, in senso contrario, ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 120 ss. ; CASSANI, *op. cit.*, 76 ss.; FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in BUONOCORE-BASSI (diretto da), *Tratt. di dir. fall.*, Padova, 2010, 2, 591.

L'interessante sentenza che ammette la revocatoria di una delibera societaria modificativa di atto costitutivo, eliminando la clausola di ripianamento delle perdite con apporti dei soci, cui si è fatto cenno in nota, è Trib. Santa Maria Capua Vetere, 21 settembre 2015, in *Giust. civ. comm.*, 22 aprile 2016, con nota di PASSARETTA, *Revocatoria ex art. 2901 c.c. delle delibera assembleari dirette alla eliminazione delle clausole c.d. di ribaltamento perdite a carico dei soci, ed ivi ulteriori riferimenti*.

Sulla c.d. scissione negativa, considerata vietata, ma di cui non si può accertare l'invalidità ex [art. 2504-quater, comma 1, c.c.](#), dettato in tema di fusione, richiamato dall'[art. 2506-ter, comma 5, c.c.](#), in tema di scissione, [Cass., 20 novembre 2013, n. 26053](#), in *Giur. it.*, 2014, 1415, con nota di CAVANNA, *La scissione: un'operazione intangibile?*, ed ivi riferimenti, cui adde BUSANI-MONTINARI, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, in *Società*, 2011, 648.

Sulla teoria antindennitaria della revocatoria, cui si è fatto cenno in nota, [Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028](#), in *Foro. it.*, 2006, I, 1718. Malgrado l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, della funzione antindennitaria si dubita, in ragione delle numerose esenzioni introdotte dalla riforma della revocatoria fallimentare: in proposito, per tutti, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, III, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Torino, 2014, 375 s., in part. nt 78, ed ivi riferimenti, cui adde A.S. RABUANO-R. RABUANO, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Roma, 2017, 183 ss., anche in relazione al rapporto tra revocatoria e l'azione ex [art. 2929-bis c.c.](#), su cui v. anche CATALANO, *L'art. 2929-bis c.c. nel sistema dei rimedi revocatori*, Napoli, 2016, 37 ss.

L'opportunità di un intervento della Corte di Giustizia, in tema di revocatoria della scissione, è segnalato MALTONI-SPOLIDORO, *op. cit.*, 1091 ss.

Più in generale, su temi di fondo, da cui si trae spunto sulla qualificazione della scissione societaria, senza poter riprodurre qui l'intera bibliografia in proposito, v. innanzitutto PALMIERI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 119 ss., e per l'applicazione analogica della disciplina sul trasferimento di azienda, 166 ss. Più recentemente CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 218 ss. Per la preclusione al creditore dell'azione risarcitoria ex [art. 2504-quater c.c.](#) in caso di mancata sua precedente opposizione all'operazione, C. SANTAGATA-R. SANTAGATA, *Fusione-scissione*, in COLOMBO-

PORTALE (diretto da), *Tratt. delle s.p.a.*, VII, Torino, 2004, 667 ss. Sull'inquadramento della scissione come vicenda inquadrabile nella divisione, al fine di escludere la gratuità dell'assegnazione, MILANO, *op. cit.*, ed ivi riferimenti in nota 39, cui *adde*, di recente, in tema di qualificazione della divisione ai fini della sua revocatoria, Trib. Mantova, 11 luglio 2017, in *Il caso.it*.

Sugli ulteriori argomenti trattati in nota, come la revocatoria della costituzione dei patrimoni destinati, si rinvia a M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, I, 2006, 817 ss., in part. 817 ss., in part. (sul patrimonio destinato con saldo negativo) 843 ss., 850 ss. (sulla eteroformazione di patrimoni destinati con apporti di terzi), 860 ss. (sulla tutela dei creditori), ed ivi riferimenti anche della dottrina contraria. Relativamente, invece, al problema della gratuità dell'operazione societaria, con particolare riguardo al concetto di attribuzione patrimoniale, M. RUBINO DE RITIS, *Apporti "spontanei" in società di capitali*, Torino, 2001, 4 ss., ed ivi in nt. 8 ulteriori riferimenti.