



PROCURA GENERALE
della Corte di Cassazione

Sezioni Unite civili – Udienda del 13 luglio 2021
Causa n. 2 - Ricorso R.G. 6178/2019 Rel. Cons. Nazzicone

**Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla
legge n. 176/2020**

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso per cassazione proposto nell'interesse di _____ ed
(difensore: _____) contro _____, costituitasi con controricorso (difensore: _____)
e nei confronti di _____ e _____, avverso il seguente provvedimento:

- Sentenza pronunciata dalla Corte di appello di Cagliari, Sez. di Sassari, depositata il 7 gennaio 2019;

Premesso che per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia ed al contenuto dei documenti di parte in atti, limitando in questa sede le conclusioni indispensabili al rilievo dei soli elementi di fatto e del processo ed agli argomenti di diritto ritenuti indispensabili per la formulazione delle conclusioni;

Osserva

1.- L'ordinanza di remissione, breve inquadramento dei fatti e sintesi dei motivi del ricorso per cassazione.
Con ordinanza del 25 settembre 2020, il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha assegnato alle Sezioni Unite il presente procedimento evidenziando come "*...nel ricorso è posta la **questione della legittimazione processuale della società incorporata che sia cancellata dal registro delle imprese***" e che "*sulla questione sollevata si registra un contrasto di giurisprudenza, segnalato dall'Ufficio del Massimario con relazione n. 6 del 14 gennaio 2020*".

Nel caso in esame, va premesso sinteticamente che _____, con citazione del 18.3.2008, assumendo di essere creditrice di _____, conveniva in giudizio _____ e _____ in qualità di comproprietari pro-indiviso di due immobili e chiedeva la dichiarazione di simulazione assoluta dei contratti di compravendita stipulati tra _____ (contratto del 14 aprile 2005 rep. N. 57624/19451)

e tra (contratto del 15 aprile 2005 rep. N. 57733/19501) con la retrocessione nel patrimonio dei venditori (in particolare nel patrimonio del suo debitore ; per la comproprietà del 50%). Nel corso del giudizio così incardinato, all'udienza del 6.5.2011, si costituiva in qualità di successore a titolo universale di ad essa incorporata per fusione in data 17.12.2004.

Nel giudizio di appello, proposto da (soccombenti in primo grado) nei soli confronti della ugualmente si costituiva la sempre nella qualità di successore a titolo universale della

A dire della corte territoriale la costituzione, sin dal giudizio di primo grado della , avrebbe sanato la iniziale nullità della citazione per difetto di agire della società incorporata con ratifica dell'operato dell'amministratore della società incorporata, *"i cui rapporti proseguivano appunto nei confronti della incorporante, con efficacia sanante degli atti da questo compiuti in qualità di falsus procurator, essendosi la fusione verificata in epoca antecedente alla costituzione del rapporto processuale"*.

I ricorrenti , nel censurare la sentenza della Corte di appello di Cagliari, Sez. di Sassari, depositata il 7 gennaio 2019; hanno proposto tre motivi di censura.

I ricorrenti, con tali censure, lamentano:

1. **Violazione ovvero falsa applicazione degli artt. 163 n.ri 2 e 6, 164, 83 c.p.c., 1722 n. 4 c.c., 2495 co. 2 come modificato dall'art. 4 D.Lgs 17.1.2003 n. 6 (art. 360, n. 3 c.p.c.):** secondo l'assunto dei ricorrenti, la corte di appello ha ritenuto erroneamente che il giudizio potesse essere introdotto da una società già estinta, a seguito di fusione per incorporazione, con la procura *ad litem* concessa da soggetto che all'epoca non era procuratore dell'incorporante ma della società incorporata già estinta; in materia inoltre, a dire dei ricorrenti, non può essere invocato il tema degli effetti sananti su atti del *falsus procurator* oggetto di ratifica perché si tratta di un giudizio avviato da un soggetto completamente diverso;
2. **Falsa applicazione dell'art. 1414 c.c. nei confronti di , violazione dell'art. 100 c.p.c. ed omesso esame di fatto decisivo (art. 360 n.ri 3 e 5 c.p.c.):** i ricorrenti si dolgono della erronea decisione nella parte in cui ha dichiarato la nullità dell'intera vendita anziché soltanto della quota del 50% appartenente a , unico soggetto debitore dell'attrice originaria;
3. **Falsa applicazione dell'art. 1414 c.c. e dell'art. 2729 c.c. circa la prova della simulazione nei confronti di ed omesso esame di fatti decisivi (art. 360 n.ri 3 e 5 c.p.c.):** a dire dei ricorrenti la corte di appello non ha considerato, nella valutazione degli elementi indiziari dedotti dalle parti, che la simulazione di due atti di compravendita risultava antieconomica a fronte dell'entità del credito vantato dalla società attrice.

Si tratta dunque di focalizzare l'attenzione sul primo motivo di ricorso e di risolvere la **questione di massima di particolare importanza** relativa alla sopravvivenza o meno della società incorporata a seguito di fusione e di cancellazione dal Registro delle Imprese e dei conseguenti effetti sui rapporti processuali

La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite può essere riassunta in questi termini: *"Se in tema di fusione societaria, ai sensi dell'art. 2504 bis c.c., la società incorporante, o partecipe della fusione paritaria, conservi la legittimazione attiva e passiva in sede processuale e se tale legittimazione persista nonostante l'intervenuta cancellazione della società fusa dal registro delle imprese dopo la fusione"*.

2.- La natura giuridica della fusione societaria nell'alternanza tra teorie costitutivo-estintive e teorie modificazioniste.

Il tema introdotto dal presente ricorso, per quanto incentrato principalmente sugli effetti processuali della fusione, esige un inquadramento preliminare sull'istituto e sulla sua controversa natura giuridica perché, solo prendendo le mosse da una speculazione (in apparenza teorica) che ha appassionato la dottrina e la giurisprudenza negli ultimi decenni, può farsi un minimo di chiarezza all'interno del dibattito giuridico.

Il legislatore del 1942 non ha mai definito l'istituto per evitare di ingabbiarlo in abiti predefiniti e statici, preferendo concentrare la sua attenzione sulle forme e sugli effetti della fusione, temendosi che una identificazione degli aspetti tipici della fusione potesse non rispondere alla possibile varietà delle forme da adottare nella pratica societaria.

Infatti, nella prima metà del diciannovesimo secolo, si realizzò una vera e propria espansione della tecnica di fusione societaria tanto che la dottrina la considerava come coeva *"agli albori della grande industria"* e la scelta di non definire l'istituto si rivelò funzionale con la sua espansione pratica.

Gli *"effetti della fusione"*, nella versione originaria del codice civile, erano inseriti nell'art. 2504 c.c. che, fino al 1991, stabiliva testualmente che *"la società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte"*.

L'entrata in vigore del D.Lgs 16 gennaio 1991, n. 22 – in attuazione delle direttive 78/855/CEE e 82/891/CEE – determinava uno scivolamento della norma suddetta nell'ambito dell'art. 2504 bis c.c. senza però apportare modifiche tanto che l'art. 2504 bis replicava in tutto e per tutto la originaria formulazione normativa: *"la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte"*.

La norma in esame, mancando per l'appunto di una definizione dell'istituto, ha finito per incarnare tutte le questioni relative alla natura giuridica della fusione e, partendo dagli effetti della fusione, il ragionamento si spostava immediatamente sul piano teorico della costruzione dogmatica: costituzione di una nuova società e contemporaneamente estinzione della vecchia società? Successione a titolo universale per atto tra vivi o successione a titolo particolare?

Il dibattito era incentrato sul riferimento testuale alle *"società estinte"* e l'opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, qualificava la fusione come fenomeno estintivo-successorio.

Del resto, a ben vedere, il dibattito si alimentò durante la vigenza del codice di commercio a causa di norme (art. 189, n. 7) che annoveravano la fusione tra le cause di scioglimento della società e che facevano riferimento (art. 194, comma 2) alle società che *"cessano di esistere"* ed alle *"società estinte"* (art. 196).

La giurisprudenza pertanto, partendo dalle constatazioni predette, che facevano leva sulla estinzione delle società incorporate o fuse, trasse dalla disciplina delle successioni i principi per risolvere le numerose questioni di natura (in prevalenza) processuale.

Come già detto, la speculazione non era solo teorica perché l'assimilazione della fusione alla successione *mortis causa* era determinata dalla necessità di colmare alcuni spazi non regolamentati: da qui l'esigenza di trovare delle norme applicabili alla fusione a causa della poca analiticità della disciplina originaria.

La regola principe, ricavabile dalla interpretazione analogica della materia successoria, era costituita da una generale trasmissibilità dei rapporti giuridici facenti capo alla società incorporata o fusa, eccezion fatta per una intrasmissibilità di quei rapporti strettamente correlati alla società originaria e considerati non trasmissibili¹.

In questo contesto, la società incorporante assumeva su di sé diritti ed obblighi: il riflesso in sede processuale era costituito da una generale carenza di legittimazione (attiva e passiva) della società estinta² con la contestuale applicabilità degli artt. 110 e 299 c.p.c. quando la fusione si fosse verificata a processo pendente. Ancora, come inevitabili conseguenze di questa interpretazione l'invalidità dell'atto introduttivo del giudizio notificato ad una società fusa o incorporata e l'obbligo generalizzato, come già accennato, di indirizzare tutti gli atti alla società incorporante o risultante dalla fusione.

Va detto, inoltre, che, dagli anni sessanta in poi, si cominciò ad inquadrare la fusione in un ambito più ampio, considerandola all'interno del diritto societario come una vicenda che agisce sugli statuti societari e permea in conformità alle modificazioni da realizzare: si ipotizza l'esistenza di un fenomeno caratterizzato da una *"reciproca modificazione delle società partecipanti all'operazione"* e, quale passo ulteriore, di un fenomeno che si inserisce tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle varie società interessate dalla fusione.

Non è questa la sede per ricostruire in analisi il lungo ed articolato dibattito in ambito societario sulla natura della fusione ma occorre rammentare che la natura della fusione era, senza dubbio alcuno, problematica controversa tanto che, ben presto, la teoria estintivo-constitutiva venne considerata da molti studiosi come il simbolo di una inammissibile antropomorfizzazione degli enti con la tendenza ad estendere a questi le vicende umane della vita e della morte.

¹ Cfr. cass.civ. 28.8.1963, n. 3852

² Cfr. cass.civ. 8.11.1984, n. 6612

Ecco allora che si iniziò ad inquadrare la fusione nell'ambito di una vicenda modificativa dell'atto costitutivo poiché la natura aperta del contratto di società avrebbe consentito l'ingresso di nuovi soggetti nell'accordo sociale: l'ente preesistente non si sarebbe estinto ma avrebbe assunto forme più complesse³

3.-La riforma dell'art. 2504 bis c.c. ed il passaggio giurisprudenziale dalla tesi c.d. estintiva della società incorporata alla tesi c.d. modificazionista

La questione centrale del ricorso – dopo l'iniziale inquadramento sul dibattito riguardante la natura giuridica della fusione – merita di essere ulteriormente esaminata alla luce della riforma di diritto societario del 2003 (d.lgs 9 gennaio 2003, n. 6) che portò ad una diversa configurazione del primo comma dell'art. 2504 bis c.c. mediante la seguente riformulazione del testo normativo *"La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione"*.

L'art. 2504 bis c.c., nel testo ante riforma, prevedeva che: *"La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte"*.

Il legislatore dunque sostituì la dizione *"società estinte"* con quella di *"società partecipanti alla fusione"*, precisando altresì che, per effetto della fusione, si verifica una prosecuzione in tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

La modifica testuale delle norme introduce un tema più ampio: il passaggio da un fenomeno estintivo-successorio ad una vicenda modificativa coinvolgente gli assetti statutari delle società coinvolte nella fusione con l'intento di una continuità sostanziale dell'impresa e dell'attività imprenditoriale.

Nella interpretazione delle norme, al fine di fare chiarezza, occorre ragionare preventivamente se il mutato assetto normativo abbia modificato sostanzialmente l'impianto dell'istituto.

Va osservato come alla modifica normativa abbia fatto seguito in giurisprudenza la tesi c.d. *"modificazionista"* (cfr. **Cass. civ. sezioni unite ord. 8.2.2006, n. 2637**) finalizzata a ricondurre la fusione nell'ambito di **una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico** forse nel principale intento di limitare le dichiarazioni di interruzione del giudizio all'esito delle fusioni societarie.

³ Echi di questa teoria già penetravano nella giurisprudenza di merito cfr. Tribunale Napoli 3.6.1994 e Tribunale Napoli 5.12.1989 in *Società*, 1990, p. 939; tribunale Napoli 17 luglio 1989, in *Società*, 1990, p. 356; nonché **Cass. civ. 25/10/1977**, n. 4565, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p.352 secondo cui *"mentre nella successione universale a causa di morte la successione di un soggetto all'altro è effetto della estinzione di un preesistente soggetto, nella fusione di società l'estinzione della preesistente società è effetto della fusione; ed ancora la particolare successione che si produce con la fusione di società è il risultato di deliberazioni sociali e di accordi (atti giuridici negoziali) e non di fatti (naturali o giuridici)"*.

La tesi giuridica, peraltro già sostenuta da parte della dottrina ed in parte anche dalla giurisprudenza già citata, poggia sulla constatazione che l'ente incorporato non muore per rivivere trasfigurato nel nuovo soggetto giuridico.

Si affermava, da parte di alcuni autori, che la fusione è fenomeno *"di vita...non...di morte"*; che *"attraverso essa gli organismi produttivi non si estinguono, ma anzi si sviluppano e si rafforzano; che l'attività imprenditoriale, lungi dall'essere destinata a cessare, al contrario continua in forme più vigorose e solide. E si conclude che, di fronte a questa funzione dell'istituto, ravvisare in esso una vicenda di estinzione di alcune società e di successione quasi-ereditaria di altre a quelle estinte sarebbe manifestamente incongruo"*.

La vicenda giuridica da cui trae origine la tesi c.d. "modificazionista" invero riguardava un regolamento di giurisdizione e la corte, dovendo valutare una istanza di interruzione del processo per estinzione del soggetto ricorrente in conseguenza di avvenuta fusione per incorporazione, oltre a rilevare che *"l'estinzione del soggetto ricorrente, dichiarata in sede di legittimità dal suo difensore in udienza, non incide sullo svolgimento del processo di cassazione, perché questo è dominato dall'impulso di ufficio"* aggiungeva, con una sorta di *"obiter dictum"* che *"la questione, tuttavia, nella fattispecie, in effetti neanche si pone, perché erroneamente l'istanza postula la perdita della capacità processuale della Lottomatica in conseguenza dell'avvenuta fusione per incorporazione della società stessa. L'art. 2905 bis c.c., nel testo vigente, stabilisce, infatti, al primo comma, che la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti anche processuali, anteriori alla fusione. Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società prevista dagli artt. 2501 c.c. e segg., non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo"*.

La decisione appena esaminata segnava il superamento della tradizionale costruzione giuridica della fusione, nonché del tradizionale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la fusione determinava l'estinzione della società e la conseguente successione a titolo universale del soggetto incorporante (nella fusione per incorporazione) o risultante dalla fusione (nella fusione paritaria) in tutti i rapporti sostanziali e processuali (cfr. per tale indirizzo Cass. civ. sez. III, 7.1.2002, n. 50; Cass. civ. sez. III, 16.1.2004, n. 554; Cass. civ. sez. III, 18.3.2005, n. 5973; Cass. civ. Sez. V, 6.5.2005, n. 8432; Cass. civ. Sez. II, 25.5.2006, n. 1413).

Il principio di diritto così elaborato transitò nelle decisioni successive ma non in assenza di contrasti a causa della permanente vigenza della tesi tradizionale facente leva sulla vicenda estintiva.

Il contrasto origina dunque dalle differenti posizioni sugli effetti (non solo processuali) della fusione e, ancor prima, dalle differenti concezioni sulla natura della fusione che viene concepita, da una parte e sulla scia del

nuovo corso giurisprudenziale, come fenomeno di natura evolutiva e modificativa che non sfocia nella creazione di un nuovo ente distinto dal vecchio con la conseguenza che non si verificherebbe alcun passaggio di beni o patrimoni da un soggetto all'altro e, sul piano processuale, con la ulteriore conseguenza che la società incorporata conserva, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, la legittimazione attiva e passiva in ordine ai rapporti giuridici preesistenti (cfr. la già citata **Cass. civ. sezioni unite ord. 8.2.2006, n. 2637 nella quale venne recepita la tesi modificativo-evolutiva**); dall'altra, sulla scia della concezione tradizionale, come una realtà nella quale la società incorporante prosegue tutti i rapporti giuridici, anche processuali, della società incorporata con la conseguenza che la società incorporata, una volta cancellata dal registro delle imprese, si estingue e non vanta alcuna legittimazione attiva e passiva (orientamento tradizionale anteriore alla riforma del diritto societario). Quest'ultimo orientamento recepisce la tradizione, invero risalente, che identifica la fusione come una vicenda estintivo-constitutiva correlata ad un fenomeno di successione a titolo universale.

Fatta questa premessa di carattere introduttivo, risulta più agevole inquadrare il dato giurisprudenziale attuale e tentare di ricomporre il contrasto tra le varie posizioni giurisprudenziali.

Si possono citare, quale espressione del primo orientamento (quello che poggia sulla natura modificativo-evolutiva della fusione) e sul solco tracciato dalla più volte menzionata pronuncia del 2006 cit., alcune decisioni di legittimità nelle quali si rifugge dall'inquadramento della fusione in termini di vicenda estintiva (cfr. tra le prime **cass. civ. 23.1.2007, n. 1476** dove si argomenta che *"come recentemente puntualizzato da questa Corte, infatti, da detta norma si ricava che la fusione non è più configurabile come un evento da cui consegua l'estinzione della società incorporata, derivandone invece l'integrazione reciproca degli enti partecipanti all'operazione, nell'ambito di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, il quale quindi conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Sez. un. 8/02/2006, n. 2637 e Cass. 23/06/2006, n. 14526). Il che, anzitutto, rende qui irrilevante ogni discussione sul c.d. principio di ultrattività del mandato e sui limiti che esso incontra nel passaggio da un grado di giudizio all'altro: infatti, ove non si dia un evento interruttivo, assimilabile alla morte della parte, neppure vi è materia per ipotizzare l'estinzione del mandato rilasciato dalla parte stessa al proprio procuratore e difensore in giudizio"*).

Ancora, sempre in questo senso, ben più recenti **Cassazione civile Sez. 3 10/12/2019, n. 32142** dove si afferma che *"La fusione per incorporazione non determina l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo"*; **Cassazione civile, sez. trib. 12/02/2019, n. 4042**: *"In tema di fusione per incorporazione, l'art. 2504 bis c.c. (nel testo modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003), nel prevedere la prosecuzione dei rapporti giuridici, anche processuali, in capo al soggetto unificato, quale centro unitario di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, risolve la fusione in una vicenda non estintiva ma evolutivo-modificativa che comporta un mutamento formale di un'organizzazione societaria*

già esistente ma non la creazione di un nuovo ente distinto dal vecchio, sicché è ammissibile l'appello proposto nei confronti della società incorporata, la quale, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, sopravvive in tutti i suoi rapporti, anche processuali, alla vicenda modificativa nella società incorporante"; **Cass. civ. 18.11.2015 n. 24498**: "In tema di fusione per incorporazione, l'art. 2504 bis cod. civ. nel testo modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, nel prevedere la prosecuzione dei rapporti giuridici, anche processuali, in capo al soggetto unificato, quale centro unitario di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, risolve la fusione in una vicenda non estintiva ma evolutivo-modificativa che comporta un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente ma non la creazione di un nuovo ente che si distingue dal vecchio, sicché è ammissibile l'appello proposto nei confronti della società incorporata, che, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, sopravvive in tutti i suoi rapporti, anche processuali, alla vicenda modificativa nella società incorporante".

A ben vedere, le decisioni in oggetto, nel riprendere la tesi c.d. modificazionista della fusione, riprendono l'originario "obiter" inserito nella pronuncia del 2006 in assenza di una ricognizione della fusione nell'ambito del diritto societario e senza verificare preliminarmente se effettivamente la riforma del diritto societario avesse inteso mutare così profondamente l'istituto tanto da considerare reale la possibilità di una contemporanea esistenza in vita di più enti nonostante l'avvenuta fusione e nonostante l'avvenuta cancellazione della società incorporata dal registro delle imprese.

Vanno poi menzionate, quale espressione dell'orientamento per così dire tradizionale e per dare conto della perdurante esistenza di un contrasto giurisprudenziale, alcune recenti decisioni che fanno leva sulla valorizzazione della continuità giuridica per quanto concerne l'attività della società incorporata nell'ambito della società incorporante, così da evitare l'interruzione del processo, ma al contempo evidenziano come la società incorporante non possa proseguire la sua attività in una sorta di *prorogatio* senza termine degli organi rappresentativi. In questo contesto è stata riconosciuta la legittimazione attiva e passiva all'impugnazione alla sola società incorporante alla quale sono stati trasferiti i diritti e gli obblighi della società incorporata e che prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione facenti capo alla società incorporata, salva la possibilità della controparte di notificare l'atto di impugnazione anche nei confronti di quest'ultima, nel caso in cui, nonostante l'iscrizione nel registro delle imprese, non sia stata resa edotta della intervenuta fusione (**Cass. civ. 24/5/2019, n. 14177**; **Cass. civ. 23641/2019**). Il principio è il seguente: la società cancellata dal registro delle imprese conserva solo la capacità di stare in giudizio nei casi in cui sia necessario tutelare l'affidamento della controparte.

A ben vedere, in alcune decisioni, la tesi modificativo-evolutiva della fusione è stata mescolata con la teoria costitutivo-estintiva: nel caso di cancellazione della società incorporata dal registro delle imprese è stata riconosciuta la perdita della legittimazione (attiva e passiva) con conseguente estinzione della società incorporata (cfr. **Cass. civ. 10.12.2019 n. 32208**; **Cass. civ. 15.2.2013, n. 3820**: "In tema di fusione per incorporazione, l'art. 2504 bis cod. civ. nel testo modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003, nel prevedere la

prosecuzione dei rapporti giuridici, anche processuali, in capo al soggetto unificato quale centro unitario di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, risolve la fusione in una vicenda evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che, pur in presenza di un nuovo assetto organizzativo, conserva la propria identità. Ove, peraltro, la società incorporata abbia ottenuto, in epoca successiva all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.lgs. n. 6 del 2003, la cancellazione dal registro delle imprese, si determina, attesa l'efficacia costitutiva del suddetto provvedimento di cancellazione, l'immediata estinzione della società stessa, che non può più mantenere la propria individualità, né può far valere la persistenza di una propria autonoma legittimazione attiva. (In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C., nel rigettare il ricorso, ha ritenuto che, correttamente, il giudice d'appello avesse dichiarato inammissibile l'impugnazione proposta direttamente dalla società incorporata in epoca successiva all'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese)".

Dal complesso panorama giurisprudenziale così ricostruito emerge, da un lato, l'indubbia rilevanza delle decisioni innovative da parte della corte di cassazione, dall'altro la trattazione della questione con una certa volontà di ridimensionamento del profilo dogmatico e da qui l'individuazione, di volta in volta, della questione procedurale e della relativa soluzione pratica.

4.- Profilo giuridico attinente agli effetti derivanti dalla fusione: il corretto inquadramento della vicenda evolutivo – modificativa nell'ambito del rapporto societario.

Al fine di comporre il contrasto tra le varie posizioni giurisprudenziali, come sopra ricostruito e per come originato da una forte contrapposizione dogmatica tra le due opposte teorie sulla natura giuridica della fusione, è opportuno partire dalla collocazione della fusione come istituto di natura tipica che consente di creare una nuova società senza il passaggio di una *"preventiva formale estinzione degli enti partecipanti"* e senza la procedura ordinaria di costituzione del nuovo ente.

Fatta questa precisazione, è necessario inserire la vicenda modificativo-evolutiva che caratterizza la fusione proprio all'interno del rapporto societario, quale effetto tipico della fusione, e distinguerla dalla correlata, sottostante ed immancabile vicenda estintiva dell'ente incorporato.

Nella fusione infatti sono presenti tutti gli effetti di cui si è detto: la modificazione, la successione e l'estinzione che devono essere considerati come effetti peculiari derivanti dall'istituto e dalla sua regolamentazione normativa.

Una simile premessa è necessaria per giungere ad un approdo giurisprudenziale che recepisca la natura complessa della fusione e ne colga le peculiarità tipiche.

Non si può nemmeno sostenere che l'eliminazione del riferimento alle società estinte (art. 2504 bis c.c.) possa di per sé assumere una valenza assoluta e tale da escludere qualsiasi profilo estintivo nella qualificazione giuridica della fusione.

In questo senso può essere di aiuto anche la disciplina euro unitaria: la direttiva 14.6.2017, n. 2017/1132/UE del Parlamento e del Consiglio Europeo, così come novellata dalla direttiva 27/11/2019, n. 2019/2121 UE ha

codificato il diritto societario in ambito europeo⁴ ed ha fornito una definizione della fusione mediante incorporazione (art. 89) e della fusione mediante costituzione di una nuova società (art. 90).

Dalla definizione europeistica si trae la convinzione di quanto argomentato da questo Ufficio, ovvero la peculiarità della fusione che non si presta ad essere assimilata ad istituti affini se non previa perdita delle caratteristiche sue proprie (l'incipit della norma definitoria è comune per i due tipi di fusione *"si intende l'operazione con la quale una o più società, tramite scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti di azioni..."*).

Ancora, gli artt. 105 e 109 della cit. direttiva regolano gli effetti derivanti dalla fusione dai quali scaturisce il seguente meccanismo operativo: a) il trasferimento tanto tra la società incorporata e la società incorporante quanto nei confronti dei terzi dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante; b) gli azionisti della società incorporata divengono azionisti della società incorporante; c) la società incorporata si estingue.

Il legislatore europeo dunque evidenzia a chiare lettere come, nell'ambito della vicenda relativa ai soggetti giuridici, si verifica l'estinzione come scenario inevitabile all'esito del procedimento di fusione.

La legislazione europea, come si è detto, è di grande aiuto nella lettura e nella interpretazione del dato normativo interno perché, se è vero che le norme come sopra modificate hanno maggiormente incentrato l'attenzione sulla vicenda evolutivo-modificativa delle società partecipanti, è evidente che tale lettura va ristretta nell'ambito della società e dei suoi rapporti giuridici (la fusione come fenomeno di *"combined entity"* determina una evoluzione ed una modificazione dei rapporti giuridici societari) e non può essere portata alle estreme conseguenze sostenendo che la società continui ad esistere nella sua originaria configurazione anche dopo la fusione e dopo la cancellazione dal registro delle imprese.

Si tratta di una lettura (quest'ultima) che contrasta con la decisione delle Sezioni Unite n. 6070/13 laddove si afferma che *"è del tutto ovvio che una società non più esistente, perché cancellata dal registro delle imprese, non possa validamente intraprendere una causa, né esservi convenuta"*.

Ne consegue che, nell'ambito degli effetti derivanti dalla fusione societaria, bisogna preoccuparsi di considerare il fenomeno nella sua complessità: la vicenda evolutiva della società può riguardare la modificazione degli originari contratti sociali ma, al contempo, non si può negare l'estinzione dell'ente incorporato e la continuazione da parte dell'incorporante di attività economica in forma unitaria.

Del resto, nell'ambito del procedimento di fusione è innegabile che anche il consolidamento dei dati contabili (OIC 4) e la necessità di predisporre una situazione contabile di chiusura ed una contemporanea situazione contabile di apertura dalla data di efficacia della fusione dimostra come, anche a volersi collocare fuori da una concezione antropomorfa della società, si dia vita, nell'ottica della continuazione dell'attività imprenditoriale, ad una società diversa strutturalmente e contabilmente.

⁴ Il testo della direttiva unifica le precedenti direttive in materia societaria: le nn. 1982/891/CEE, 1989/666/CEE, 2005/56/CEE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE

Una lettura così impostata, oltre a risultare conforme alla legislazione di matrice europeistica, ben si attaglia con il dato normativo interno e con la lettura della dottrina più accreditata che evita consapevolmente di valutare in termini di inconciliabilità i due aspetti sopra indicati (evoluzione del rapporto ed estinzione della società come soggetto di diritto) perché nella fusione sono **presenti contemporaneamente gli elementi della vicenda modificativa e di quella estintiva** così da poter conciliare le due prospettive di inquadramento per un approccio più articolato. Va poi osservato che secondo autorevole dottrina il criterio della continuità nei rapporti interni non è incompatibile dal punto di vista logico con una discontinuità nei rapporti esterni tanto da non potersi escludere che sul fronte esterno si verifichi l'estinzione e la contemporanea costituzione di nuovi soggetti di diritto con le correlate vicende circolatorie dei beni.

In questa ottica, la fusione può essere inquadrata **nell'ambito di una vicenda non solo modificativa nei rapporti interni** (si dà vita ad un nuovo contratto sociale, si inseriscono le reciproche modificazioni negli statuti societari) **ma anche estintiva**: le società incorporate o fuse perdono la propria distinta individualità e cessano di esistere come centro di imputazione autonoma di situazioni giuridiche.

Dal punto di vista processuale, una simile situazione non è priva di effetti perché determina inevitabilmente una successione nel processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c. senza peraltro comportare la necessità di utilizzare l'interruzione del giudizio – situazione che, come già detto, potrebbe avere spinto la giurisprudenza a prendere le distanze dalla concezione tradizionale per approdare alla teoria modificativa.

5.- Profilo relativo alla sopravvivenza (o meno) della società incorporata: conseguenti effetti sui rapporti processuali.

La ricostruzione del quadro giurisprudenziale e dottrinale e l'adesione ad una concezione che tenga conto del profilo inevitabile e consequenziale della **estinzione dell'ente** (per effetto della cancellazione dal Registro delle Imprese) porta a tracciare le prime conclusioni:

- la fusione, inquadrata come complesso e multiforme fenomeno operativo in ambito societario, si caratterizza **per la presenza di elementi della vicenda modificativa e per la contemporanea presenza di elementi che connotano la vicenda estintiva**, attuando quella che in dottrina è stata definita la *"conciliazione normativa fra continuità ed estinzione"*;
- la società incorporante attua la prosecuzione dei rapporti societari e diviene il punto di arrivo e, al tempo stesso di partenza, da cui origina una riduzione ad unità degli enti partecipanti;
- la fusione societaria, sia essa per incorporazione o paritaria, si snoda attraverso una fase procedimentale ben regolata dalle norme ed ha effetto, ai sensi dell'art. 2504 bis secondo comma c.c., al completamento delle operazioni di fusione *quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504 c.c.*;
- il completamento delle operazioni di fusioni (art. 2504 bis secondo comma c.c.) ed il relativo deposito dell'atto di fusione nel registro delle imprese determina inevitabilmente la cancellazione della società incorporata o fusa quale effetto tipico derivante dalla fusione stessa;

- la società incorporata o fusa viene cancellata dal registro delle imprese e, anche in conformità al diritto euro-unitario, a tale circostanza si accompagna l'estinzione della società: cessano di esistere i suoi organi rappresentativi e si verifica una sostanziale continuazione in capo alla società incorporante di tutti i rapporti giuridici (sostanziali e processuali).

Un simile quadro merita di essere analizzato anche alla luce dei possibili effetti processuali, tracciando, sia pure in sintesi, i possibili e prefigurabili scenari:

a) fusione nella pendenza del processo; b) fusione nelle more del giudizio di impugnazione c) fusione ante causam e proposizione della domanda.

Sotto il profilo sub a. (fusione nella pendenza del giudizio) la società incorporata legittimamente partecipa al processo mentre la società incorporante o nascente dalla fusione paritaria può sempre prendervi parte per il principio di continuità dei rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione: in questa ipotesi non è necessario disporre alcuna interruzione, verificandosi una prosecuzione del giudizio con l'avvicendamento della parte ex art. 110 c.p.c.

Nel caso in cui la società incorporante rimanesse estranea al processo, la società (incorporata o fusa) potrà impugnare la decisione ed anche ricevere la notifica dell'impugnazione dalla controparte tramite lo stesso difensore della società incorporata per effetto di procura estesa a tutti i gradi di giudizio, fermo restando il principio che tutti i rapporti sostanziali e processuali continuano nell'ambito della società incorporante o nata dalla fusione paritaria

Nelle ipotesi sub b), ovvero nelle ipotesi di fusione nelle more del giudizio di impugnazione, il difensore della società incorporata potrà proporre il giudizio di appello, ovvero essere destinatario della notifica della controparte in applicazione dei principi di ultrattività del mandato difensivo e purché munito di procura estesa anche al gravame. Non potrà invece proporre ricorso per cassazione perché, ai sensi dell'art. 365 c.p.c., il difensore dovrà munirsi della procura speciale che dovrà essere rilasciata necessariamente dal legale rappresentante della società incorporante o della società nata dalla fusione paritaria: in questo caso la società incorporante o nata dalla fusione paritaria sarà l'unico soggetto legittimato a partecipare al giudizio di legittimità.

Nelle ipotesi sub c) di proposizione della domanda successivamente all'avvenuta fusione occorre ragionare sulla validità dell'atto introduttivo del giudizio e sulla legittimazione processuale attiva e passiva qualora agisca o venga evocata in giudizio la società incorporata o fusa in luogo della società incorporante o costituita a seguito della fusione.

In questo scenario - sulla base dei principi sin qui esposti - sia la *vocatio* della società incorporata sia la notifica dell'atto introduttivo del giudizio (effettuati dopo la pubblicazione della fusione per estratto nella Gazzetta Ufficiale) sono affetti da nullità per l'inesistenza del soggetto.

La nullità della notifica deriva, non solo dalla inesistenza dell'ente, ma anche dal venire meno della sede sociale e degli organi rappresentativi della società.

L'atto notificato nei confronti della società incorporata o fusa, a ben vedere, non è più suscettibile di sanatoria per l'inesistenza della *vocatio in ius* con la conseguenza di una irrilevanza della costituzione della società risultante dalla fusione o di quella incorporante.

La società incorporata o fusa quindi non avrà la necessaria legittimazione processuale (attiva o passiva) perché, una volta cancellata dal registro delle imprese, la società si estingue ed è priva di personalità giuridica e di rappresentatività processuale (cfr. Cass.civ. Sezioni Unite 12/3/2013, n. 6070).

Questo Ufficio conclude auspicando che le S.U. vogliano enunciare il seguente principio di diritto:

“la fusione, inquadrata come complesso e multiforme fenomeno operativo in ambito societario, si caratterizza per la presenza di elementi della vicenda modificativa nell'ambito del rapporto societario, per la contemporanea presenza di elementi che connotano la vicenda estintiva in relazione alle singole società inglobate e per la continuazione da parte dell'incorporante di attività economica in forma unitaria. Ne consegue che l'art. 2504 bis c.c. laddove prevede testualmente che “La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione” non può avere il senso giuridico di affermare una persistente legittimazione attiva e passiva della società incorporata o partecipe della fusione paritaria, nonostante l'intervenuta cancellazione della società stessa dal registro delle imprese dopo la fusione. Ne consegue che il giudizio intrapreso dalla società incorporata - a distanza di anni dalla cancellazione della società dal Registro delle Imprese - non risulta validamente instaurato né può essere considerato legittimamente incardinato sulla base del principio della continuità dei rapporti, anche processuali, perché l'estinzione della società impedisce una valida costituzione del rapporto processuale”.

Facendo applicazione dei criteri sopra esplicitati il primo motivo del ricorso merita di essere accolto, assorbiti i restanti motivi.

La _____, essendosi fusa per incorporazione nella _____ nel luglio del 2004, con contestuale sua cancellazione dal registro delle imprese, non aveva la legittimazione per promuovere alcun giudizio nel marzo del 2008 anche in considerazione del fatto che il diritto di credito risultava trasferito, quale effetto della fusione, in capo alla società.

A quell'epoca, la società era estinta (l'estinzione è databile al _____), era priva di organi rappresentativi e non avrebbe potuto essere applicato il principio relativo alla ultrattività del mandato difensivo perché non conferito prima della cessazione degli organi sociali.

Invero, l'atto introduttivo del giudizio di primo grado fu promosso dalla _____ in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante signora _____ non più in carica ed in virtù di una *procura ad litem* invalida in quanto rilasciata per l'appunto da un organo amministrativo privo di rappresentatività.

Ancora, nel presente giudizio, non avrebbe potuto essere nemmeno applicata la ratifica degli atti compiuti dal *falsus procurator* perché non si tratta di ipotesi di falsa rappresentanza ma di una diversa situazione in

cui la società incorporata sta in giudizio senza averne più la capacità, venuta meno per effetto dell'estinzione: la conseguenza è che la società incorporata non può assumere la veste di rappresentante o di falso rappresentante, presentandosi invece in una diversa veste di soggetto inglobato in una dimensione societaria più ampia e dunque legittimamente rappresentato da una diversa compagine societaria. In conclusione, questo Ufficio insiste perché le Sezioni Unite accolgano il primo motivo di ricorso, assorbiti i restanti motivi;

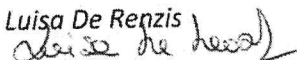
P.Q.M.

Chiede che le Sezioni Unite accolgano il primo motivo di ricorso con assorbimento delle restanti censure.

Roma il 22/6/2021

Per il Procuratore Generale

Luisa De Renzi



Procura Generale c/o Corte Cassazione
Depositato in Segreteria Civile

oggi, il 22 GIU 2021



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Francesca FAZIO



5° 22/6/21
IL PROCURATORE GENERALE AGGIUNTO
Luigi Salvato

