

SUPER-SOCIETÀ DI FATTO ED ABUSO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA

FRANCESCO FIMMANÒ

1. Il fenomeno; - 2. La partecipazione di società di capitali a società di persone mediante comportamenti concludenti; - 3. La dipendenza *unidirezionale* del fallimento del socio illimitatamente responsabile; - 4. La prova dell'*affectio societatis* della persona giuridica; - 5. La volontà contrattuale in presenza di vincoli di parentela; - 6. L'assenza di *affectio societatis* nelle situazioni di *abuso del dominio* sulle società di capitali.

1. Il fenomeno

L'art. 147 l. fall., nella versione *ante riforma*, ha rappresentato lo strumento normativo più utilizzato, in dottrina e giurisprudenza, per l'attuazione delle diverse tecniche di «superamento» della personalità giuridica per abuso della stessa¹.

Tra le diverse teorie², emerse già prima dell'entrata in vigore del codice³, quella della società di fatto (od occulta) fra società di capitali⁴ aveva

¹ Sul tema dell'abuso della personalità giuridica cfr. tra gli altri A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, vol. 9, tomo 2, Torino, 1993, 433; B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. impr.*, 1985, 679 ss.; M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999; V. FRANCESCHELLI-M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 71.

² Cfr. in tema W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; ID., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962; ID., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180; ID., *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur.it.*, 1959, I, 1, 623; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, *ivi*, 1954, I, 2, 691; ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, *ivi*, 1959, I, 2, 149; ID., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto*, *ivi*, 1967, IV, 49; F. FERRARA jr., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 668.

³ In senso contrario già Cass. 20 marzo 1930, in *Foro it.*, I, 526; Cass. 14 gennaio 1937, in *Foro it. rep.*, 1937 voce *Società* n. 18 giugno 1930. In dottrina V. SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 290; A. CICU, *Simulazione di società commerciali*, *ivi*, 1936, II, 141.

⁴ Al riguardo innanzitutto T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 256 n. 65; ID., *Studi in tema di società*, Milano 1952, 55; ID., *Società di persone tra società*;

registrato *un certo successo*⁵, arginato poi del tutto dalla questione della nullità di questo tipo di partecipazione societaria, divenuta pacifica in giurisprudenza, specie dopo l'intervento della Suprema Corte a sezioni unite⁶.

La riforma del diritto delle società ha, come noto, superato il problema, almeno apparentemente, rendendo ammissibile, a certe condizioni, la partecipazione di società di capitali a società di persone.

La novella alla legge fallimentare, ha poi, dal canto suo, espressamente contemplato l'estensione del fallimento di uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del codice civile ai soci illimitatamente responsabili *pur se non persone fisiche*.

Questo nuovo quadro normativo potrebbe aver riaperto un antoco *fronte* per poter arrivare allo *squarcio del velo della personalità* attraverso il fallimento della società di fatto (od occulta) tra società di capitali e la conseguente estensione della procedura. E' infatti apparso subito chiaro che il tema dell'insolvenza della c.d. *supersocietà di fatto*, era destinato ad aprire un vero e proprio nuovo filone giurisprudenziale⁷.

imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano, in *Foro it.*, 1956, I, 405; ID., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, *ivi*, 1957, I, 1443; A. BRUNETTI, *Trattato delle società*, Milano, 1948, I, 195; A. GRAZIANI, *Società*, III ed., Napoli, 1952, 61; G. ROMANO PAVONI, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 53.

⁵ In giurisprudenza tra le altre: App. Napoli 4 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, 1726 (pubblicata unitamente a Trib. Ancona 5 luglio 1954 e Trib. Ravenna 10 giugno 1954); Trib. Torino 22 febbraio 1954 in *Foro it.*, 1954, I, 842; e più recentemente Tribunale Torino 27 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 702 (riferita però a società di persone socie tra loro); Trib. Palermo, 29 ottobre 1988, in *Temi Siciliana*, 1989, 75 (secondo cui, allorché i soci di una società di capitali costituiscano una società di fatto collaterale alla prima e che si occupi degli stessi affari, operando con i medesimi strumenti e nella stessa area operativa e di mercato della società di capitali, lo stato di insolvenza della società di fatto coincide con quello della società di capitali).

⁶ In particolare a seguito della notissima sentenza della Cassazione a sezioni unite del 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 59. Ma in tema cfr. pure Cass., 2 gennaio 1995, n.7, *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, 35; Cass., 19 novembre 1981, n.6151, *Foro it.*, 1982, I, 2897, con nota di G. MARZIALE, *Riv. not.*, 1982, 283, *Dir. Fall.*, 1982, II, 302, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE; da ultimo, App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca e borsa*, 2006, I, 22 s., con nota di M. GARCEA, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?*

⁷ Si sono già espressi contro questa impostazione App. Bologna, 11 giugno 2008 n. 965 in *Fall.*, 2008, 1293 con nota di F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*; App. Torino 30 luglio 2007, decr., in *Giur. it.*, 2007, 2219, con nota di G. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*; in *Nuovo dir. soc.*, 2007, n. 18, 59, con nota di M. IRRERA, *Un secondo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Torino 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1442, con nota di G. COTTINO; in *Giur. piem.*, 2007, 1, 326; in *Nuovo dir. soc.*, 2007, n. 9, 59, con nota di M. IRRERA, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra*

Non v'è dubbio che la tecnica può rispondere, anche sul piano della *moralizzazione* di certi contegni palesemente abusivi, ad una esigenza oggettiva dell'ordinamento, utilizzando il combinato disposto normativo in modo efficace a tutela dei creditori e del mercato.

Tuttavia la questione è a nostro avviso, sul piano giuridico, molto più complessa di quanto finora evidenziato dalla giurisprudenza di merito, compresa quella contraria all'ammissibilità del fenomeno.

L'impostazione, infatti, lascia aperti diversi problemi in ordine all'ammissibilità sul piano generale di *una supersocietà di fatto* e alla dimostrazione, sul piano probatorio, dell'esistenza di una concreta *affectio societatis* tra persone fisiche e giuridiche, tale da far qualificare la società di capitali *socio* delle persone fisiche e *non veicolo strumentale* delle loro condotte in mera posizione *di dominata*, come viceversa accade nella gran parte dei casi. Solitamente, infatti, le *paper companies* sono utilizzate da imprenditori (individuali od in società di fatto con altri soggetti), come strumento abusivo di attuazione del c.d. *moral hazard*, e non certo sulla base di un contratto sociale.

D'altra parte, il nuovo comma 1 dell'art. 147 l. fall. circoscrive espressamente la regola dell'estensione ai soci illimitatamente responsabili, di società appartenenti a specifici *tipi*. Per queste ultime in assenza di dati formali riguardanti l'imputazione della responsabilità, la scelta normativa non è l'esistenza nell'ordinamento di criteri di imputazione sostanziale diversi dalla *spendita del nome* oppure l'assimilazione, altrettanto sostanziale ed improbabile, tra socio illimitatamente responsabile e imprenditore individuale, ma una vera e propria *eccezione normativa* che altri ordinamenti

società di capitali. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425; in *Fall.*, 2008, 1328 con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 2008, n. 12, 86, con nota di M. SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*. Al riguardo G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1106.

In senso favorevole invece Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425; in *Fall.*, 2008, 1328 con nota di M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 2008, n. 12, 86, con nota di M. SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; e da ultimo Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *Fall.*, n. 1, 2009, 89 con nota di FIMMANÒ (riferita quest'ultima ad un caso particolarmente sintomatico di abuso, visto che i soci persone fisiche erano, nella fattispecie concreta, formalmente imprenditori individuali con omonimia di ditta, che operavano nello stesso sito, utilizzavano lo stesso compendio produttivo, o meglio la medesima azienda, e svolgevano la stessa attività economica della loro presunta socia-persona giuridica).

hanno peraltro abbandonato⁸. Eccezione che il legislatore fallimentare, alla luce dell'art. 2361 c.c., inevitabilmente (e per alcuni versi pleonasticamente) ha esteso anche ai soggetti diversi dalle persone fisiche che rivestano la qualità di soci illimitatamente responsabili della società fallita.

Anche la responsabilità illimitata per le obbligazioni sorte nel periodo in cui il socio era azionista o quotista unico (che non ha adempiuto ai dettami di cui agli artt. 2325, comma 2, c.c. e 2462 comma 2, c.c.) non produce *più infatti alcuna estensione*, visto che l'art. 147, l. fall., novellato esclude dall'ambito applicativo le società per azioni ed a responsabilità limitata⁹. E l'esclusione dall'alveo della fallibilità dell'unico azionista, o quotista, produce a cascata una serie di conseguenze sulle applicazioni, analogiche od estensive, che si fondavano su questo presupposto. L'eventuale autonomo fallimento del socio unico non è ricollegabile allo *status* di socio, ma al fatto che lo stesso abbia esercitato un'attività di direzione e coordinamento abusiva, utilizzando la condizione di socio, ma anche prescindendo da questa¹⁰, e sia qualificabile come imprenditore commerciale insolvente¹¹.

⁸ Il principio antico dell'automatico assoggettamento dei soci illimitatamente responsabili al fallimento in ripercussione della procedura aperta a carico della società (già contenuto nell'art. 847 del codice di commercio del 1882) è una scelta normativa che non presenta connotati di necessarietà (così A. NIGRO, *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO, Vol. II, Torino, 2007, 2169). Tant'è che molte legislazioni lo hanno da tempo superato: da ultime la legge di riforma spagnola del 9 luglio 2003 e quella francese del 26 luglio 2005 (al riguardo G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa, tit.*, 2007, 372).

⁹ Da ultimo sul rapporto tra art. 2462, comma 2, c.c., ed art. 147, l. fall. (prima della riforma) cfr. Trib. Roma 9 giugno 2004, in *Dir. fall.*, 2005; dopo la riforma Trib. Roma 28 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, 414. In tema cfr. M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999.

¹⁰ Si è peraltro affermato che la eventuale responsabilità del socio unico in quanto tale non possa essere fatta valere dal curatore del fallimento sociale sul piano della legittimazione (Cass 27 maggio 1997, n. 4701 in *Dir. fall.*, 1998, II, 43; Trib. Roma 3 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 708; Trib. Milano, 12 gennaio 1984, in *Banca, borsa, tit.*, 1985, II, 296; in dottrina dopo la riforma nello stesso senso CARIDI, *Articolo 147*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI, T. II, Torino, 2006, 901; *contra*: F. GUERRERA, *Il fallimento delle società*, in www.fallimentoonline.it, che dopo aver lamentato il mancato intervento del legislatore delegato rileva che la concentrazione della legittimazione in capo al curatore sia una soluzione più razionale ed efficiente per la massa dei creditori). Cfr. sul tema cfr. A. NIGRO, *Società unipersonali e procedure concorsuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, II, 1395.

¹¹ E' stato ben evidenziato che la modifica della disciplina codicistica del socio unico di società di capitali con la «normalizzazione» della responsabilità limitata di quel socio ha tolto quasi completamente lo spazio per le tecniche di repressione degli abusi fondate sul «superamento» della responsabilità limitata dei soci e sull'assoggettamento di questi al fallimento in ripercussione del fallimento della società o direttamente (A. NIGRO, *Articolo 147, cit.*, 2184).

2. La partecipazione di società di capitali a società di persone mediante comportamenti concludenti

L'art. 2361, secondo comma, c.c., esige che la partecipazione ad una società di persone, almeno *per le società per azioni*, deve essere *deliberata* dall'assemblea ed evidenziata poi *in nota integrativa*. La preventiva delibera è posta a tutela dei soci, che hanno il diritto di decidere se effettuare un investimento che sottrae la porzione di patrimonio sociale alle regole che disciplinano l'amministrazione e la redazione del bilancio delle società di capitali, mentre l'evidenza della partecipazione nella nota integrativa è posta a tutela dei creditori sociali, affinché abbiano la consapevolezza (ed il conseguente monitoraggio), delle reali condizioni di rischio e di garanzia, influenzate dalle vicende della società partecipata¹². Si è rilevato che sarebbe incongruo che "in antinomia a tali principi, i soci ed i creditori di una s.p.a. vedessero la loro società acquisire, a loro insaputa e in conoscibilità, lo *status* di soggetto fallibile in assenza di insolvenza"¹³.

Una parte della recente giurisprudenza di merito ha perciò ritenuto le disposizioni di cui all'art. 2361, comma 2, c.c. preclusive rispetto alla configurazione di un rapporto partecipativo di fatto od occulto, e comunque attuato sulla base di *facta concludentia* e non di una delibera espressa¹⁴, con

¹² Si è affermato invece che i soggetti che devono essere tutelati sarebbero *i creditori della società di persone* (e non i venditori delle quote) ovvero i soggetti che non sono in grado di conoscere l'esistenza o meno dell'autorizzazione neppure usando la massima diligenza possibile, considerato che le delibere dell'assemblea ordinaria (ovvero dell'organo che dovrebbe concedere l'autorizzazione secondo il disposto dell'art. 2361 c.c.) non sono pubblicate nel registro delle imprese (F. PLATANIA, *op. cit.*, 1298). Si è altresì affermato che la volontà del legislatore della riforma sarebbe nel senso di fare prevalere la tutela dei terzi (nei cui confronti la società non può sottrarsi agli effetti degli atti compiuti dagli amministratori eccedendo i limiti imposti dallo statuto o da una delibera assembleare pubblicata), sull'esigenza di tutelare l'aspettativa dei creditori sociali e l'affidamento dagli stessi riposto sul rispetto di quei limiti da parte degli amministratori. Secondo questa impostazione l'infondatezza dell'eccezione relativa alla necessità di tutelare i creditori della società di capitali emergerebbe anche dalla considerazione che a norma dell'art. 147 l.fall. il socio occulto di società palese, o addirittura di società occulta, fallisce anche se i suoi creditori personali ne vengono pregiudicati e anche se gli stessi creditori sociali non avevano riposto alcun affidamento sullo stesso (Trib. Forlì 9 febbraio 2008, *cit.*, 1331).

¹³ App. Torino 30 luglio 2007, *cit.*, 2221.

¹⁴ App. Torino 30 luglio 2007, *cit.* 2219, con autorevole commento di G. COTTINO, che ha confermato sostanzialmente quanto statuito da Trib. Torino, 4 aprile 2007, *cit.*, 1442. In verità questa giurisprudenza mette insieme i due adempimenti, viceversa la disciplina contenuta nell'art. 2361, comma 2, c.c., nell'ambito della società per azioni si compone di due distinti nuclei aventi ad oggetto il momento anteriore all'atto di assunzione della partecipazione (la delibera assembleare) ed il momento successivo (l'informazione da offrire ad opera degli amministratori nella nota integrativa a tutela dei terzi). La delibera assembleare viene ricondotta allo schema dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. producendo l'inefficacia dell'atto che necessita l'autorizzazione assembleare (cfr. in tema U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività di impresa»*, in *Riv. soc.*, 2006, 194). Nello stesso senso App. Bologna, 11 giugno 2008 n. 965, *cit.* 1298.

la conseguente inapplicabilità dell'art. 147 comma 1, l. fall., ad una società irregolare, *o di mero fatto*, fra società di capitali ¹⁵.

In senso diametralmente opposto si muove altra giurisprudenza basata sulla disposizione di cui all'art. 2384 c.c., che introducendo il principio della rappresentanza generale degli amministratori, travolgerebbe, nell'interesse preminente dei terzi, ogni argine all'efficacia esterna di atti *ultra vires* ¹⁶.

In buona sostanza, poiché la concreta configurazione di una società di fatto fra società di capitali consegue necessariamente a comportamenti concludenti dell'organo amministrativo, la mancanza degli adempimenti (così individuati) non si sottrarrebbe al disposto di cui all'art. 2384 c.c., quale norma che esprime un principio di carattere generale attraverso cui guardare tutte le condotte, anche illegittime, degli amministratori, i quali hanno la rappresentanza generale della società (primo comma) e le limitazioni ai loro poteri «non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate» (secondo comma).

In realtà l'art. 2384, secondo comma c.c. è riferito unicamente alle «limitazioni che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti», ovvero alle sole limitazioni convenzionali e non a quelle legali ¹⁷: l'attribuzione esclusiva all'assemblea della delibera, e non della mera autorizzazione, non solo rappresenta un limite direttamente posto dal legislatore, ma si pone su un piano diverso rispetto a quello della mera limitazione legale dei poteri gestori. Il legislatore riconduce l'oggetto della delibera alla competenza dell'assemblea (art. 2364 n. 5 – ove è chiara al legislatore la differenza fra «oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea» e «autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti amministrativi» – e 2365, primo comma c.c.), sottraendolo alla competenza dell'organo amministrativo e, dunque, all'operatività dell'art. 2384, secondo comma, c.c. ¹⁸.

¹⁵ Il legislatore non richiede che l'autorizzazione dell'assemblea sia espressa e preventiva, sicché la stessa potrebbe intervenire a ratifica della operazione compiuta dagli amministratori, ovvero manifestarsi anche successivamente, laddove l'assemblea approvi il progetto di bilancio predisposto dagli amministratori e nel quale questi danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio. Ciò che deve affermarsi è comunque che la decisione sia presa consapevolmente in seno a una assemblea quale frutto del suo deliberato, sicché a nulla vale a tal fine una decisione extrassembleare (cfr. C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, n. 127).

¹⁶ Trb. Forlì, 9 febbraio 2008, cit., 1330, *prova troppo* quando afferma che escludere la costituzione per *facta concludentia* di una società di persone tra società di capitali significherebbe negare l'ammissibilità della stessa società di fatto tra società di capitali. Infatti non va escluso che il legislatore abbia voluto proprio questo.

¹⁷ In tema Cass. 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Giur. it.*, 2006, 1863.

¹⁸ App. Bologna 11 giugno 2008 *cit.*, 1294, secondo cui, nella fattispecie, non trovano spazio applicativo i principi di effettività dell'attività di impresa, in materia desunta anche dalla conservazione degli atti compiuti da società di capitali nulla *ex art.* 2332 c.c., con conseguente ed inammissibile prevalenza delle

E' stato inoltre rilevato dai fautori della tesi dell'ammissibilità della *super-società di fatto*, che gli artt. 2391, terzo comma, 2385, quinto comma e 2486, secondo comma, c.c., fanno salvi i diritti acquistati dai terzi in ipotesi, rispettivamente, di deliberazioni del C.d.A. assunte in conflitto di interessi, di nullità e/o annullabilità della nomina degli amministratori, di operazioni poste in essere dagli amministratori in caso di sussistenza di una causa di scioglimento della società. Tuttavia anche queste ipotesi sembrano porsi sul piano delle limitazioni inopponibili ai terzi *ex art.* 2384 c.c., e non su quello di distribuzione delle competenze fra gli organi della società.

Quanto agli artt. 2357 c.c. (acquisto di azioni proprie o di società controllate) e 2343 *bis* c.c. (acquisti potenzialmente pericolosi di beni di promotori, fondatori ecc.), queste norme effettivamente non prevedono la nullità o l'inefficacia dell'atto negoziale compiuto senza autorizzazione ma solo l'obbligo per gli amministratori di assumere comportamenti diretti a ripristinare la legalità¹⁹. In realtà però, a ben guardare, tali disposizioni prefigurano mere ipotesi autorizzatorie da parte dell'assemblea, derogano il disposto di cui all'art. 2384 c.c. e comunque non sono direttamente coordinabili con quanto stabilito dall'art. 2361 c.c. Inoltre si tratta di norme dettate per specifiche esigenze e correlate al regime della pubblicità conseguente agli acquisti presi in oggetto²⁰.

esigenze di tutela dei soci e dei creditori della società rispetto a quelle di tutela dell'affidamento dei terzi che con essa entrino in contatto e principalmente espresse proprio dalla disposizione di cui all'art. 2384 c.c. I suddetti principi non hanno alcuna valenza, ove sia lo stesso ordinamento normativo ad escluderli, essendo evidente che nessun affidamento può essere posto dal terzo in presenza di una norma che elimina in radice la possibilità di attribuire ai comportamenti dell'organo amministrativo di una società di capitali valenza di estrinsecazione, giuridicamente tutelabile, della partecipazione della società di capitali amministrata ad una società di mero fatto, con ogni evidente ed ulteriore irrilevanza, sul punto, del disposto di cui all'art. 2384, secondo comma c.c. Né analogamente rileva il diverso richiamo all'art. 2332 c.c., nell'ambito del quale la ragione della tutela dei terzi (e della conservazione degli atti) è prevista solo per gli atti successivi all'intervenuta iscrizione della società – nonostante la nullità – al Registro delle Imprese in ossequio alla generale disciplina pubblicitaria che, per l'appunto, presiede l'agire giuridicamente rilevante delle società di capitali.

¹⁹ La giurisprudenza ha rilevato che l'atto di disposizione delle azioni proprie compiuto dagli amministratori senza l'autorizzazione dell'assemblea non è nullo, ma soltanto annullabile, poiché l'interesse tutelato dalla disposizione di legge sarebbe quello di proteggere la società dal rischio di abusi da parte degli amministratori e di garantire ai soci una eventuale preferenza ai fini del mantenimento degli equilibri interni in atto, senza che in ciò possa configurarsi una norma di ordine pubblico (Cass. 1 aprile 1996, n. 3012, in *Società*, 1996, 1152).

²⁰ Debbono ritenersi eccezionali, in quanto deroganti al principio desumibile dall'art. 2384, secondo comma, c.c., i casi in cui la mancanza della prescritta autorizzazione assembleare non comporta invalidità dell'atto degli amministratori, ma fa sorgere sanzioni di altro genere (responsabilità personale, obbligo di alienare, ecc.) e la loro applicazione violerebbe il disposto dell'art. 14 disp. prel. codice civile (App. Torino 30 luglio 2007, *cit.*, 1444, secondo cui sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori, norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come priva di effetti verso i terzi la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva).

C'è poi da considerare un profilo particolarmente rilevante: la violazione dell'art. 2361, c.c., pur importando la nullità della partecipazione alla società, non comporterebbe comunque la caducazione retroattiva della sua esistenza vista la disciplina peculiare della nullità delle società espressa dall'art. 2332, c.c., ritenuta applicabile anche alle società di persone²¹ e che non produce gli stessi effetti della nullità del contratto²². Trattandosi, infatti, di un ente, devono applicarsi i principi che ne regolano l'estinzione e quindi la patologia si converte in causa di scioglimento con la nomina dei liquidatori. La società di fatto *nulla* continua ad esistere fino alla definizione dei relativi rapporti giuridici pendenti, con tanto di effetti sui diritti acquisiti terzi creditori in buona fede.

In ogni caso gli ostacoli evidenziati per le società per azioni potrebbero non riguardare le società a responsabilità limitata alle quali da un lato non è applicabile per rinvio espresso l'art. 2361 c.c., ma che dall'altro lato, a norma dell'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c., sono annoverate tra le persone giuridiche che possono partecipare a società personali. La norma infatti prevede che *“qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili di cui all'art. 2361, comma secondo siano spa, sapa o srl, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per la spa. Esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art.26 D.lgs 9 aprile 1991 n. 127 ed in presenza dei presupposti ivi previsti”*.

Il legislatore, peraltro, parla semplicemente di s.n.c. e s.a.s. non facendo riferimento al fatto che la stessa società debba essere *regolare*, sicchè potrebbe anche implicitamente dedursi la possibilità di dare vita a società irregolari o più semplicemente di fatto. Ciò che l'art. 2361,c.c.

²¹ In giurisprudenza si è affermato che la declaratoria di nullità della società di persone va equiparata, *quoad affectum*, allo scioglimento della stessa, con la conseguenza che, la ripartizione, fra coloro che hanno agito come soci, delle rispettive spettanze sul patrimonio comune (una volta adempiute le obbligazioni verso i terzi), si configura alla stregua di liquidazione della quota e costituisce debito di valore (Cass., 19 gennaio 1995, n.565, *Giur. it.*, 1995, I,1, *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, 35). In termini contrari si è affermato che non è applicabile alle società di persone il principio della irretroattività degli effetti della nullità del contratto prevista dall'art. 2332 c.c. per le società di capitali. Di conseguenza, al contratto di società di persone nullo si applica il principio generale *quod nullum est nullum producit effectum* (Trib. Alba, 22 ottobre 1999, *Società*, 2000, 319, con nota di E. CIVERRA. Al riguardo cfr. anche R. GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, *Riv. not.* 2005, 81; C. ESPOSITO, *op. loc. ult. cit.*

²² In tema in modo completo ed esaustivo G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1*, Torino, 2004, 490 ss., ove ampi riferimenti sistematici alla applicabilità dell'art. 2332 c.c.

consente, infatti, è la partecipazione “*in altre imprese comportante una responsabilità illimitata*” e la società di fatto è sicuramente tale.

Per le società a responsabilità limitata sembrerebbe quindi, in assenza di prescrizioni normative, che l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, *rappresenti un atto gestorio* proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell’art. 2479, comma 2 n. 5 c.c. Ciò anche se *a contrario* va rilevato che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto²³.

Resta infine la considerazione che l’ordinamento delle società di persone non impone generalmente la forma scritta per esprimere la volontà sociale, ed è quindi preferibile ritenere che la s.r.l. possa assumere tale qualifica *senza una formale deliberazione*²⁴ o *attraverso comportamenti concludenti* anche in una società palese²⁵.

3. La dipendenza unidirezionale del fallimento del socio illimitatamente responsabile

Tuttavia, a prescindere da questi problemi che meriterebbero ulteriori specifici approfondimenti²⁶, e supposta in astratto l’ammissibilità di *una*

²³ O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2007, 298 s..

²⁴ E stata proposta una soluzione di compromesso distinguendo l’acquisto della partecipazione *per facta concludentia* degli amministratori, da quello effettuato in modo espresso e formale ma senza alcuna deliberazione. Si è proposto, in altre parole, di introdurre una distinzione tra le due ipotesi aderendo nella prima alla tesi dell’inopponibilità ai terzi sui quali si potrebbe ritenere non debba gravare l’onere di accertare la previa esistenza di una delibera assembleare, in presenza di un atto formale degli amministratori comportante l’acquisto della partecipazione; nella seconda, invece, andrebbe espunta dal sistema la possibilità di dimostrare, con l’ausilio di discutibili criteri di imputazione della volontà della società-persona giuridica, la presenza di elementi sintomatici univoci in tema di società di fatto (M. IRRERA, *La società di fatto cit.*, 1337). La tesi pur suggestiva è improbabile mancando di qualsivoglia giustificazione normativa o sistematica.

²⁵ In questo ambito va risolto anche il problema del socio amministratore persona giuridica visto che la dottrina preferibile propende per l’ammissibilità (cfr. al riguardo D. REGOLI, *L’organizzazione delle società di persone*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2005, 53).

²⁶ In tema cfr tra gli altri: U. TOMBARI, *op. cit.*, 185 s.; L. AUTUORI, *Art. 2361 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI E M. NOTARI, *Azioni*, a cura di M. NOTARI, Milano, 2008, 739; F. PLATANIA, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, Milano, 2005); A. MIRONE, *Sub art. 2361 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI E A. STAGNO D’ALCONTRES, I, Napoli, 2004, 412; A. AUDINO, *Sub Art. 2361 c.c.*, in *Il Nuovo diritto delle*

super-società di fatto, esiste una ulteriore questione, finora sottovalutata, o meglio neppure considerata.

A nostro avviso, infatti, l'art. 147, comma 1, l. fall., non consente comunque di arrivare *in via ascendente* dalla società di capitali fallita (utilizzata come veicolo strumentale) alla società di fatto (od occulta) *holding*, ma viceversa esige, come emerge dallo stesso art. 147 l. fall., la previa dichiarazione di insolvenza della società di persone, anche se di fatto (od occulta), per produrre poi *in via discendente* il fallimento in estensione della (o delle) società di capitali in successione almeno logica (anche se non cronologica laddove siano *contestuali*). Nè a questo fine è ipotizzabile un fallimento virtuale prima di una sua effettiva dichiarazione²⁷ o comunque *un* accertamento meramente *incidentale* di una *supersocietà di fatto*²⁸, come presupposto per la richiesta di estensione del fallimento ai soci, considerato il carattere costitutivo²⁹ della sentenza di fallimento che ha efficacia *erga omnes* ed *ex nunc*³⁰.

Tra la pronuncia di fallimento della società e quella dei soci illimitatamente responsabili, «esiste un rapporto di dipendenza

società, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, 411 s.; V. DONATIVI, Sub art. 2361 c.c., in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. SANDULLI E V. SANTORO, 2, I, Torino, 2003, 220; N. TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, 1076 s.; A. RICCIO, *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contr. e impr.*, 2004, 314; M. CAVANNA, Sub Art. 2361, 2° comma, c.c., in *Il nuovo diritto societario*, commentario G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, 450; F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, 291; A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum di G. F. Campobasso*, diretto da ABBADESSA E PORTALE, I, Torino, 2007, 99 (secondo cui l'art. 2361, 2° comma, c.c. rappresenterebbe "il frutto di un compromesso tra la posizione rigidamente negativa assunta dalla prevalente giurisprudenza e le nuove linee-guida, dettate in tema di gestione").

²⁷ In questo senso A. PATTI, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, 355.

²⁸ Cfr. già W. BIGAVI, *La sentenza c.d. di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 448 con riferimento anche alla scelta del legislatore francese dell'epoca di escludere il *faillite de fait*.

²⁹ La natura è necessariamente costitutiva in quanto modifica una situazione ed in particolare uno status personale (al riguardo M. PIZZIGATI, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, Padova 1996, 60). In tal senso anche App. Torino 30 luglio 2007 cit., 2220, che pur richiama l'orientamento risalente della Cassazione sull'ammissibilità del fallimento *implicito* della società (Cass. 6 dicembre 1996 n. 10889). In realtà nella fattispecie, anteriore peraltro alle riforme, si trattava del caso completamente diverso del fallimento di un soggetto nella sua qualità di socio di una società di fatto con altro soggetto in precedenza dichiarato fallito quale imprenditore individuale e la Suprema Corte ha ritenuto che il fallimento del secondo soggetto, essendo basato solo sulla qualità di socio di fatto del fallito e non di imprenditore individuale, non potrebbe che essere dichiarato ai sensi dell'art. 147 l. fall., secondo cui la sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento di questi ultimi.

³⁰ La sentenza di fallimento in estensione, pur avendo una funzione integrativa (in senso lato) della sentenza originaria, dal punto di vista dei soggetti da dichiarare falliti, ha natura di provvedimento autonomo e distinto (tra le tante Cass., sez. Unite, 7 giugno 2002, n. 8257, in *Foro it.*, 2002, I, 3082, riferita alla decorrenza del periodo sospetto per la revocatoria degli atti compiuti dal socio dichiarato fallito in estensione).

unidirezionale», nel senso che, anche se non è vero il contrario, «la dichiarazione di fallimento del socio trova il suo presupposto nella dichiarazione di fallimento della società, la cui eventuale nullità infatti travolge anche l'altra dichiarazione»³¹.

Inoltre, non è neppure immaginabile che ai sensi del *quarto comma* dell'art. 147 l.fall. dopo il fallimento di una società di persone regolare possa conseguire il fallimento anche del socio di fatto/società di capitali³², come testualmente escluso dal disposto del *quinto comma* del richiamato art. 147 l.fall.

Quest'ultima disposizione prevede infatti che l'estensione del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili possa conseguire unicamente all'iniziale fallimento di un *imprenditore individuale* ed utilizza quindi una espressione che inequivocabilmente è riferita (e riferibile) soltanto all'*imprenditore-persona fisica*³³. Di conseguenza non è possibile estendere il fallimento iniziale di una società di capitali ad una società di fatto, sia essa formata solo da società di capitali o anche da persone fisiche, anche perché, trattandosi di *norma eccezionale*, l'eventuale superamento in via interpretativa non può basarsi su una applicazione *meramente analogica*³⁴.

Dunque ove si configuri una società sottostante all'attività d'impresa apparsa in un primo momento come gestita da un unico titolare, l'estensione del fallimento dovrà necessariamente passare attraverso il fallimento della società (di fatto od occulta) e solo come effetto di quest'ultimo potrà essere estesa ai soci illimitatamente responsabili non falliti, anche non persone fisiche³⁵.

E' evidente perciò che anche nel caso del fallimento della *supersocietà di fatto* l'estensione non sarebbe l'effetto del superamento della personalità

³¹ Cass. 6 febbraio 2003, n. 1751; App. Bologna 11 giugno 2008, *cit.*, 1296.

³² Così come ritenuto dal Trib. Forlì 9 febbraio 2008, *cit.* 1329 s.

³³ Il quinto comma dell'art. 147 l. fall. recepisce – come sottolinea la *Relazione Ministeriale* – il noto orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta, secondo cui la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società occulta e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa venga successivamente scoperta. Necessario e sufficiente a tal fine è che i terzi provino successivamente l'esistenza del contratto di società e che gli atti posti in essere in nome proprio siano comunque riferibili a tale società (al riguardo Cass. 10 febbraio 2006 n. 2975, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2; Cass. 26 marzo 1997 n. 2700, *Fall.* 1997, 1009; Cass. 30 gennaio 1995 n. 1110, *ivi*, 1995).

³⁴ App. Bologna 11 giugno 2008, *cit.*, 1294, che sottolinea come costituisca una precisa scelta del legislatore il differenziato trattamento offerto dal diritto societario e dell'impresa all'imprenditore persona fisica, alle società di persone ed, appunto, alle società di capitali. Sulla eccezionalità della norma cfr. pure Trib. Roma 28 novembre 2006, *cit.*, 414.

³⁵ App. Torino 30 luglio 2007, *cit.* 2220, secondo cui non è perciò ammissibile istanza di estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, senza previa o contestuale istanza di estensione del fallimento alla società occulta o apparente.

giuridica che *resta intatta ed impenetrabile*, ma la conseguenza di una *mera eccezione tipologica*, l'essere cioè socio illimitatamente responsabile di un certo tipo di società.

La norma insomma non si presta all'estensione al *dominus* abusivo (società o persona fisica) dell'insolvenza di società *strumentali* utilizzate in un gruppo *verticale*, ma tutt'al più all'estensione ad un gruppo *orizzontale* di società (socio tra loro ed eventualmente di persone fisiche) *non soggetto a direzione e coordinamento*. Non va dimenticato, al riguardo, che nella società di fatto le partecipazioni ed i poteri di tutti i soci, anche se persone giuridiche, si presumono uguali, visto che le norme dettate in materia di società semplice prevedono esattamente questo in assenza di diverse previsioni contrattuali³⁶.

Ecco che anche la giurisprudenza di merito favorevole alla configurabilità della *super-società di fatto* confonde talora, nell'applicare la tecnica dell'estensione, *l'affectio societatis* tra persone fisiche e persone giuridiche, con *l'abuso strumentale* delle seconde da parte delle prime³⁷.

Dunque il fenomeno del fallimento della supersocietà di fatto, pur in astratto ammissibile, è una ipotesi che si rivela del tutto residuale nel panorama dell'abuso della personalità giuridica e che comunque richiede la prova rigorosa *dell'esistenza del rapporto sociale* tra le società o tra queste e le persone fisiche, con esclusione di un rapporto di mera strumentalità delle seconde alle prime privo di ogni *volontà contrattuale* per così dire *orizzontale*.

³⁶ In particolare si tratta degli articoli 2253 comma 2, c.c., («Se i conferimenti non sono determinati, si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale»), 2257 comma 1, c.c. «*Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri*» e 2263, comma 1, c.c. («*Le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se il valore dei conferimenti non è determinato dal contratto, esse si presumono eguali*»).

³⁷ Ad esempio una certa giurisprudenza ha affermato, in una fattispecie concreta, che «ad ulteriore conferma dell'*affectio* stabilitasi tra le varie società e tra queste ed una persona fisica che secondo le sue stesse ammissioni ha *gestito il gruppo delle imprese di famiglia come unica impresa*, devono valere le ripetute sistematiche fideiussioni prestate dalla persona fisica in favore dell'una o dell'altra società e da queste stesse reciprocamente l'una in favore dell'altra; la sistematicità delle fideiussioni dimostra anche l'esteriorizzazione dello stretto legame fra le società tra loro e tra queste e la persona fisica, in quanto per concedere credito all'una le Banche pretendevano l'intervento in garanzia delle altre e della persona fisica. L'interpretazione dei rapporti intrattenuti dalle società del gruppo e dalla persona fisica quali indici rivelatori di una vera e propria società di fatto (e non della mera appartenenza ad un gruppo secondo la disciplina dettata dagli artt. 2497 c.c. che delinea un fenomeno che non esclude la contemporanea ricorrenza di una società) è avvalorata dalle dichiarazioni rese al curatore secondo cui la gestione delle attività facenti capo alle società è stata curata dalla persona fisica alla stregua di una unica azienda volta al conseguimento di un vantaggio comune» (Trib. Forlì, 9 febbraio 2008 *cit.*, 1332). Orbene una ricostruzione di questo tipo prova viceversa l'esistenza di un gruppo di società abusate da una o più persone fisiche e non di una società tra persone giuridiche e fisiche.

4. La prova dell'*affectio societatis* della persona giuridica

Nella giurisprudenza di merito precedente e successiva alle riforme del diritto delle società e del diritto fallimentare emerge un'ampia casistica in cui una serie di persone fisiche, imprenditori di diritto (o di fatto), svolgono una certa attività economica, spesso congiuntamente a parenti od affini, utilizzando come cosa propria o come mero veicolo esterno una o più società di capitali (prevalentemente società a responsabilità limitata)³⁸, nella completa confusione dei relativi patrimoni³⁹.

In questo quadro fattuale, che spesso ricorre, vanno quindi accertati i tipici profili del rapporto societario tra le persone fisiche e la persona giuridica della società di capitali, che in realtà appare quasi sempre come un mero veicolo *dominato*, utilizzato nell'interesse dei soli *dominanti* in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Per accertare l'esistenza del vincolo sociale si deve ricorrere *a prove storiche* basate su elementi documentali o, in mancanza a prove critiche basate su mere presunzioni⁴⁰. Evidentemente, a norma dell'art. 2729 c.c., deve trattarsi nella seconda ipotesi di presunzioni gravi, precise e concordanti fondate su elementi assolutamente chiari ed univoci⁴¹. Per dimostrare l'esistenza del rapporto societario occorre provare la *volontà negoziale* dei soci, l'esistenza di un fondo comune, formato in virtù di conferimenti di beni o servizi, la sussistenza di un'organizzazione di tipo imprenditoriale, di un'alea comune nei guadagni e nelle perdite ed infine dell'*affectio societatis*.

Quest'ultima espressione spesso abusata (visto che una società può configurarsi anche in costanza di dissidi) va intesa come volontà di essere soci ossia volontà contrattuale dei singoli di vincolarsi e collaborare

³⁸ Ad esempio il Trib. di S. M. Capua Vetere 8 luglio 2008, cit., 89, fa riferimento ad una fattispecie in cui i soggetti svolgevano congiuntamente la stessa attività di compravendita, con la stessa denominazione con insignificanti e irrilevanti varianti, nella stessa sede legale, amministrativa ed operativa, adoperando la medesima organizzazione d'impresa e lo stesso opificio, nonché le stesse attrezzature e strutture; che risultano provati gli elementi tipici del contratto sociale, e cioè i conferimenti in natura e personali eseguiti da ciascun socio, la volontà di svolgere la medesima attività commerciale in comune, con partecipazione ai guadagni e alle perdite. Inoltre si afferma che i vincoli *di parentela e di coniugio* fra i resistenti dimostra ancor più che vi è stata una commistione tra i patrimoni delle imprese individuali, i cui costi ed i cui profitti vengono indistintamente suddivisi tra tutti i partecipanti, i quali congiuntamente gestiscono l'unica attività commerciale descritta.

³⁹ Cfr. già App. Napoli, 4 aprile 1955, cit., 406.

⁴⁰ Tra le altre: Cass. 18 marzo 1988, n. 2500, in *Dir. fall.*, 1988, II, 913. Cass. 4 marzo 1987, n. 2259, in *Società*, 1987, 654.

⁴¹ Cass., 4 marzo 1987, n. 2259, in *Società*, 1987, 654; Trib. Genova, 13 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 993, con nota di L. GIACCARDI MARMO, *Società di fatto e società di capitali: una convivenza difficile*.

esercitando assieme⁴², *nell'interesse sociale comune*, un'attività economica al fine di conseguire risultati patrimoniali comuni⁴³. Ciò comporta che il risultato patrimoniale che i soci hanno di mira dev'essere raggiunto mediante un'attività comune riconducibile alla *volontà collettiva del gruppo dei soci* sia nella fase esecutiva che in quella deliberativa o genetica.

La comune intenzione costituisce *il contratto sociale*, senza cui la società, qualsiasi società, non può esistere⁴⁴.

L'esistenza del vincolo sociale potrebbe risultare oltre che da prove dirette, relative ai suddetti requisiti essenziali della società, da *manifestazioni esteriori*⁴⁵ che siano sintomatiche e concludenti⁴⁶. Inoltre secondo una

⁴² Sia nel senso che ciascun socio ha il potere di determinare l'attività sociale sia in quello che i risultati positivi e negativi di ciascun atto ricadono su tutti i soci (così Trib. S.M. Capua Vetere, 10 luglio 2007, in *Società*, 2009, 231)

⁴³ Cass. 22 febbraio 2000 n. 1977 in *Dir. prat. soc.* 2000, 10, 90; Cass. 16 luglio 1997, n. 6514, in *Giur. it.*, 1998, 747, in *Giust. civ. mass.* 1997, 1211; Cass. 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1987, 595; Cass. 16 marzo 1986, n. 1843 in *Mass. Foro it.*, 1986, voce *Società* n. 302; Cass. 25 maggio 1983, n. 3591, in *Mass. Foro it.*, 1983, voce *Società*, n. 205; Cass. 23 settembre 1971, n. 2644, *ivi*, 1971, voce *Società*, n. 162; App. Milano 14 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 262; App. Cagliari, 20 luglio 1983, in *Giur. mer.*, 1985, I, 367; App. Bologna, 9 giugno 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, 205 s. con nota di G. SPATAZZA, *Verso la soppressione del socio occulto*); Trib. Napoli, 17 luglio 1996, in *Fall.*, 1997, 103; Trib. Genova, 12 luglio 1994, in *Gius. n.2*, 1995, 167; Trib. Palermo 16 ottobre 1992, in *Società* 1993, 519; Trib. Torino, 23 aprile 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 591.

⁴⁴ Cass. 22 febbraio 2000, n. 1961 in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 12, 78.

⁴⁵ Al riguardo vedi Cass. 26 marzo 1994, n. 2985, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 46 s., con nota di E. NTUK, *Brevi note in tema di società di fatto tra coniugi*, ed in *Fall.*, 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 46 s.; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, in *Fall.*, 1991, 473; Cass. 7 dicembre 1989, n. 5408, in *Società*, 1990, 466; Cass. 5 marzo 1987, n. 2311, in *Dir. fall.*, 1987, II, 88 ed in *Fall.*, 1987, 572; Cass. 7 giugno 1985, n. 3398, in *Fall.*, 1986, 152 s.; Cass. 6 dicembre 1984, n. 6422, in *Società*, 1985, 628; Cass. 30 maggio 1983, n. 3712, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 1318; Cass. 3 dicembre 1981, n. 6397, *ivi*, 1981, 2268; Cass. 8 gennaio 1981, n. 139, *ivi*, 1981, 53; App. Bologna 9 giugno 1981 *cit.*, 205; Trib. Milano, 12 gennaio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, sez. 2, 446, con nota di G. DI CHIO, *Rapporti interni e comportamenti con i terzi come prove dirette dell'esistenza di una società di fatto*.

⁴⁶ Ad esempio per la giurisprudenza i finanziamenti e le fidejussioni a favore dell'imprenditore, se non sono di per sè idonei ad evidenziare il rapporto sociale fra quest'ultimo ed il finanziatore o garante, possono costituire indici rivelatori del rapporto stesso, qualora, alla stregua della loro sistematicità, di ogni altra circostanza del caso concreto quale l'esclusione del diritto di regresso, e del concorso con gli altri elementi strutturali del contratto di società, siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa, qualificabile come collaborazione del socio al raggiungimento degli scopi sociali (cfr. Cass. 14 febbraio 2007, n. 327, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 2, in *Guida al dir.*, 2007, 16, 83; Cass. 6 marzo 2003, n. 3349 in *Giur. it.*, 2003, 1859; Cass. 14 febbraio 2003, n. 2200, in *Giust. civ.* 2003, I, 1220; Cass. 13 maggio 1997, n. 4187, in *Giust. civ. mass.* 1997, 723; Cass. 6 ottobre 1988, n. 5403, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 464, ed in *Fall.*, 1989, 15; Cass. 4 agosto 1988, n. 4827, in *Giur. it.*, 1989, I, 464 s. ed in *Fall.*,

certa impostazione, che non riteniamo di condividere, l'applicazione del regime di responsabilità potrebbe derivare persino da atti o fatti semplicemente idonei a creare nei confronti dei terzi il ragionevole convincimento dell'esistenza del rapporto societario sulla base della mera *apparenza* e prescindendo dall'obiettivo riscontro dell'operatività del patto sociale⁴⁷.

La giurisprudenza usa spesso il *principio dell'apparenza* come una sorta di *second best*, in assenza di prove dell'esistenza della società di fatto, sulla base del ragionamento secondo cui la condotta degli agenti tende comunque a generare nei terzi la convinzione che l'impresa venga gestita in forma collettiva, per cui nei confronti dei terzi che hanno avuto rapporti

1989, 15 s.; Cass. 4 marzo 1987, n. 2297, in *Società*, 1987, 654; Cass. 17 ottobre 1986, n. 6087, in *Dir. fall.*, 1987, II, 416; Cass. 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Fall.*, 1983, 1342 e in *Giur. comm.*, 1983, II, 847; Cass. 8 gennaio 1981, n. 84, in *Giur. it.*, 1991, I,1, 649; Cass. 10 gennaio 1980, n. 189, in *Dir. fall.*, 1980, II, 159; nello stesso senso anche App. Bologna, 15 aprile 1996, in *Gius.*, 13, 1996, 1700; App. Catania, 19 settembre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 608; App. Catania, 8 luglio 1988, in *Fall.*, 1989, 308; App. Firenze, 26 aprile 1985, in *Dir. fall.*, 1985, II, 457 con nota di M. BRONZINI, *Estensione del fallimento: fideiussioni meno pericolose di altre più pericolose*; Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius.*, 1994, n. 14, 143. In tema mi permetto di rinviare altresì a F. FIMMANÒ, *Il fallimento del fideiussore*, in *Banca, borsa*, 1995, II, 619 s.

⁴⁷ Cfr. Cass. 14 febbraio 2001, n. 2095 in *Giur. it.*, 2001, 1885 e in *Fall.*, 2001, 1230; Cass. n. 3163 del 1999; Cass. n. 11975 del 1997; Cass. 9 giugno 1993, n. 6438, in *Dir. comm.*, 1994, II, 297 s.; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, in *Società*, 1991, 767; Cass. 28 marzo 1990, n. 2539, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1727; Cass., 18 marzo 1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, 913 e in *Giur. comm.*, 1990, II, 232; Cass. 4 marzo 1987, n. 2259, in *Società*, 1987, 654; Cass., 7 giugno 1985, n. 3398, in *Dir. fall.*, 1985, II, 883 ed in *Fall.*, 1987, 152 s.; Cass. 7 marzo 1984, n. 1573, in *Società*, 1984, 874; Cass. 26 giugno 1984, n. 3772, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2746 con nota di M. FINOCCHIARO, *Impresa familiare e convivenza tra i vari compartecipi*; Cass., 20 gennaio 1982, n. 381, in *Società*, 1982, 544; Cass., 26 ottobre 1982, n. 5593, in *Società*, 1983, 1013; Cass. 9 gennaio 1975, n. 49, in *Giur. comm.*, 1975, II, 597, con nota di G. MARZIALE, *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*; Cass., 20 giugno 1972, n. 1966, in *Dir. fall.*, 1973, II, 109; Cass. 13 maggio 1964, n. 1156, in *Dir. fall.*, 1964, II, 413 ed in *Foro pad.*, 1964, I, c. 952 con nota di G. A. RAFFAELLI, *Note sulla società di fatto*; Trib. Torino, 25 marzo 1991, in *Fall.*, 1991, 1193; Trib. Torino, 29 marzo 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 468; Trib. Genova, 25 ottobre 1984, in *Giur. comm.*, 1987, II, 368; App. Bologna, 6 dicembre 1977 e Trib. Torino, 25 gennaio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 111. In dottrina: F. GALGANO, *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. impr.*, 1987, 702; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980, 23; F.FERRARA JR., *Il Fallimento*, Milano, 1989, 126; R. COSTI - G. DI CHIO, *Società in generale. società di persone. Associazione in partecipazione*, in *Giur. sistem. dir. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1991, 122 s.; D. TESTI - M.C. PUGLIA, *Società di persone - Panorami di Giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 699 s.; V. FRANCESCHELLI, *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. comm.*, 1977, II, 164; L. DE ROBERTIS, *Il fallimento della società apparente e del socio occulto*, in *Fall.*, 1986, 277; M. PIZZIGATI, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, Padova, 1990, 76; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 1992, 69 s.; Id., *Le Società* (commenti alla giurisprudenza di un anno), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 1234, il quale sostiene che è inaccettabile la pur comoda figura della società apparente e che occorre "individuare e qualificare il comportamento di fatto del preteso socio, giacchè esso, se corrisponde agli elementi essenziali della scocietà, è senz'altro qualificabile come un agire sociale: il comportamento esterno è, dunque, società, se è imputabile al soggetto e se corrisponde allo schema societario".

commerciali con loro si manifesterebbe *una società apparente*. Quest'ultima è in realtà una vera e propria *creazione* della giurisprudenza, secondo cui una società di fatto, ancorché non esistente nei rapporti fra soci, può tuttavia apparire esistente di fronte ai terzi quando due o più persone agiscano in modo da ingenerare nei terzi il ragionevole convincimento che operino come soci, in modo che i terzi siano indotti a fare legittimo ed incolpevole affidamento sull'esistenza della società⁴⁸.

La dottrina ha giustamente escluso l'ammissibilità della figura, in particolare sottolineando che il principio dell'apparenza non consente di recuperare come realtà giuridica effettiva la situazione di fatto che ha generato l'apparenza e che il risultato cui arriva la giurisprudenza contraddice lo stesso punto di partenza perché il fallimento, per la sua ineliminabile caratteristica di universalità, non consente di distinguere fra terzi di buona fede e terzi di malafede⁴⁹.

Invero, soltanto la sussistenza degli altri elementi costitutivi del rapporto societario a cominciare dalla citata volontà dei singoli di esercitare assieme, nell'interesse comune, un'attività economica al fine di conseguire risultati patrimoniali comuni ed il verificarsi di altre circostanze indiziarie, possono determinare una valida configurazione dello *status* di socio di fatto⁵⁰.

⁴⁸ Cfr., fra le tante, Cass. 22 febbraio 2008, n. 4529 in *Guida al dir.*, 2008, 19, 52; Cass. 6 settembre 2003 n. 14338 in *Dir. e prat. soc.* 2004, 19, 90; Cass. 22 marzo 2001 n. 4089 in *Fall.*, 2002, 151; Cass. 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Dir. fall.*, 2002, II, 235; Cass., 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Fall.*, 2001, 1230; Cass. 1 aprile 1996 n. 3003, in *Società*, 1996, 768; Cass., 6 aprile 1996 n. 2339, in *Guida al dir.*, 31 agosto 1996 n. 34, 68; Trib. S. Maria Capua V. 10 luglio 2007, in *Corr. mer.*, 2007, 11, 1250; Trib. S. Maria Capua V. 15 gennaio 2003, in *Vita not.*, 2003, 1467; Trib. Cassino 21 gennaio 2001 in *Giust. civ.* 2002, I, 225; Trib. Napoli 4 ottobre 2000, in *Dir. giur.*, 2000, 308; Trib. Roma 1 febbraio 1999 in *Dir. fall.*, 1999, II, 1096; Trib. Firenze, 3 novembre 1999, in *Foro tosc.*, 2000, 283). In particolare si è affermato «l'esistenza di una società di fatto può ben essere desunta da manifestazioni comportamentali rivelatrici di una struttura sovraindividuale indiscutibilmente consociativa, assunte non per una loro autonoma valenza, ma quali elementi apparenti e rivelatori, sulla base di una prova logica, dei fattori essenziali di un rapporto di società nella gestione dell'azienda, in quanto ciò che viene in considerazione non sono gli elementi essenziali del contratto di società (costituzione di un fondo comune ed *affectio societatis*), rilevanti esclusivamente nei rapporti interni, ma l'esteriorizzazione del vincolo sociale, rilevante nei rapporti esterni (Cass. 20 gennaio 2006, n. 1127).

⁴⁹ Cfr. A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., 181.

⁵⁰ In questo senso F. GALGANO, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, X, 66; M. BRONZINI, *Formalità per l'estensione del fallimento. Fideiussioni non pericolose*, in *Dir. fall.*, 1976, II, 258; Id., *Fideiussioni innocue*, *ivi*, 1975, II, 146; Id., *Estensione di fallimento a chi presta fideiussioni bancarie?*, *ivi*, 1968, II, 900; M. GHIDINI, *Società*

Anzi, in assenza di prove storiche, soltanto la contemporanea sussistenza di tutti gli elementi suddetti potrà consentire e rendere legittima una valida prova per presunzione del vincolo societario. E' indispensabile perciò da parte del giudice di merito una valutazione del caso accompagnata da una analitica indagine sugli elementi e le circostanze della fattispecie concreta. Questa indagine, risolvendosi nell'apprezzamento di elementi di fatto, non sarà censurabile solo se fondata su una motivazione immune da vizi logici e giuridici⁵¹.

D'altra parte, la presunzione quale prova logica che consente di risalire da un fatto noto ad un fatto da dimostrare, il quale deve rappresentare, secondo una tendenza, la conseguenza logica del fatto noto in base all'*id quod plerumque accidit* con riferimento ad un criterio di normalità (ovvero secondo un indirizzo più rigoroso, in una correlazione logica necessaria ed essenziale), esige la sussistenza, nel fatto noto, di un valore sintomatico che renda altamente probabile, se non certa la situazione oggetto di dimostrazione⁵².

5. La volontà contrattuale in presenza di vincoli di parentela

Si tenga conto inoltre che il *contratto sociale* non è l'unico rapporto che può configurarsi in situazioni del genere, in quanto potrebbe trattarsi, nei vari specifici casi, di associazione in partecipazione (2549 ss. c.c.)⁵³ o di cointeressenza "impropria" (art. 2554, c.c.) o, ancora, di finanziamento indiretto⁵⁴ o infine di impresa familiare⁵⁵, come fattispecie *residuale*⁵⁶.

personali cit., 139 s.; A. DI LAURO, *Società di fatto ed "estensione" di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1968, II, 1057.

⁵¹ Sul sindacato di legittimità in caso di motivazione del giudice di merito inadeguata o giuridicamente errata sull'esistenza di una società di fatto, vedi: Cass. 14 agosto 1998, n. 8043, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 1709; Cass. 29 agosto 1997, n. 8187 in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1554; Cass., 7 dicembre 1989, n. 5408, in *Società* 1989, 466; Cass. 28 marzo 1987, n. 3029, *ivi*, 1987, 595; Cass., 4 marzo 1987, n. 2259, *ibidem*, 654; Cass., 7 marzo 1984, n. 1573, *ivi*, 1984, 874; Cass. 12 gennaio 1984, n. 239, in *Arch. civ.*, 1984, 506; Cass., 30 maggio 1983, n. 3712, in *Rep. foro it.*, 1983, voce *Società*, n. 208; Cass. 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Giur. comm.*, 1983, II, 847; Cass., 26 ottobre 1982, n. 5593, in *Società*, 1983, 1013; Cass. 20 gennaio 1982, n. 381, *ivi*, 1982, 544; Cass., 8 giugno 1979, n. 3247, in *Giur. comm.*, 1980, II, 847.

⁵² Cass. 19 gennaio 1991, n. 508, in *Fall.*, 1991, 490.

⁵³ Già in Tal senso T. ASCARELLI, *Società di persone tra società cit.* 410 s.

⁵⁴ Al contrario, secondo App. Bari, 18 ottobre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 827, "non ricorrendo pacificamente lo spirito di liberalità, l'apporto in questione non può essere stato motivato, attesa l'inesistenza di rapporti familiari o di particolare affettività, se non dall'*affectio societatis* al fine di

In particolare se emerge un corrispettivo consistente nella partecipazione del sovventore agli utili dell'impresa, il giudice dovrà accertare se si tratta di conferimento in società oppure di associazione in partecipazione, valutando gli elementi costitutivi della concreta relazione intersoggettiva⁵⁷. Se al contrario emerge l'esclusione del sovventore dalla partecipazione alle perdite e dalla gestione paritetica interna dell'impresa, allora si dovrà necessariamente propendere per la cointeressenza "impropria".

La ricorrente esistenza, poi, tra gli agenti di *vincoli di parentela* pone l'ulteriore necessità di dimostrare la configurazione di rapporti giuridici non imperniati sull'*affectio familiaris* (che si badi bene è sicuramente estranea alle persone giuridiche presunte socie) ma sull'*affectio societatis* come da noi intesa. In generale, quest'ultima si sostanzia nei comportamenti che manifestino l'intenzione dei contraenti di stringere fra loro un vincolo di collaborazione allo scopo di conseguire un interesse comune, mentre l'*affectio familiaris* si concretizza in gesti ed atti che si esauriscono nella semplice volontà di prestare ad altro familiare mera assistenza materiale e morale ed al più di incrementare la posizione economica dello stesso e solo di riflesso quella propria⁵⁸.

Quando i presunti soci sono coniugi, si è rilevato che non è sufficiente «accertare che sussista cointeressenza ed ingerenza del coniuge formalmente estraneo all'attività di impresa, ma è necessario valutare, altresì, se esse

partecipare agli utili ed alle perdite dell'attività commerciale". Sulla distinzione tra rapporti societari e rapporti diversi cfr. M. SARALE, *Riflessioni su società di fatto, associazione in partecipazione, lavoro subordinato*, nota ad App. Firenze 19 maggio 1977 e a Trib. Torino, 29 marzo 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 884.

⁵⁵ La Cassazione, al riguardo, ha affermato che a prescindere dal problema più generale relativo alla natura in sé societaria o meno dell'impresa familiare, in ogni caso, quando il rapporto fra i componenti della stessa si struttura all'esterno, come un rapporto societario, nell'ambito del quale i soci partecipino agli utili ed alle perdite, intrattengano rapporti con i terzi assumendo le conseguenti obbligazioni, spendano il nome della società, manifestando palesemente, nei rapporti esterni, l'*affectio societatis*, si costituisce fra i componenti stessi una società di fatto che si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230 bis . c.c., di talché tale rapporto perde di rilevanza esterna, con conseguente applicazione in relazione alle procedure concorsuali, dei principi generali che regolamentano le società di fatto, tra i quali l'assoggettabilità al fallimento di tutti i soggetti che partecipano al rapporto societario (Cass. 24 marzo 2000 n. 3520 in *Fall.*, 2001, 281).

⁵⁶ Cfr. Al riguardo Cass. 6 agosto 2003, n. 11881 e Cass. 23 settembre 2004, n. 19116, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 47 s., con nota di P. Butturini, *Sull'applicabilità dell'art.230-bis nel caso di esercizio in forma societaria dell'impresa*.

⁵⁷ App. Firenze, 19 maggio 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, 89 s., ha affermato che il patto di ripartizione delle perdite in parti uguali esclude la sussistenza di un rapporto di associazione in partecipazione con colui che apporti una prestazione d'opera.

⁵⁸ App. Caltanissetta, 31 luglio 1982, in *Dir. fall.*, 1984, II, 155.

trovino giustificazione assorbente nel vincolo familiare ed affettivo, ovvero assumano manifestazioni qualitative e quantitative tali da determinare il nascere ed il sovrapporsi di un vincolo societario»⁵⁹.

Il dovere di solidarietà coniugale o comunque il dovere di solidarietà che pervade un rapporto affettivo o di parentela sicuramente impone, o almeno giustifica, l'assistenza finanziaria, anche cospicua e duratura, specie in momenti di difficoltà. La sostanziale coincidenza degli elementi tipici del rapporto coniugale con i requisiti strutturali del rapporto societario⁶⁰ determina che in mancanza di indizi gravi, precisi, concordanti ed inequivoci⁶¹ (quali la partecipazione attiva e documentata nella gestione dell'attività economica della società), la prestazione di apporti o garanzie⁶² va considerata come derivazione del vincolo coniugale e non come manifestazione di cointeressenza a fini di lucro⁶³.

⁵⁹ Cass. 9 maggio 2008, 11562, in *Guida dir.*, 2008, 38, 84; Trib. S.M. Capua Vetere 10 luglio 2007, in *Società*, 2009, 231, con nota di D. FINARDI (ove ulteriori riferimenti). In tema cfr. già G. F. CAMPOBASSO, *Fallimento di società di fatto e partecipazione dei soci al giudizio di opposizione*, nota ad App. Napoli, 30 marzo 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, 968.

⁶⁰ S. DEL CORE, *Fideiussione omnibus e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, II, 251, ricorda che la letteratura canonicistica e la stessa Carta costituzionale definiscono la famiglia rispettivamente, come *societas maris et feminae in humana natura* e "società naturale fondata sul matrimonio".

⁶¹ Cass. 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1987, 595; Trib. Genova 13 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 993.

⁶² Ad es. Trib. Napoli, 22 marzo 1994, in *Banca, borsa*, 1995, II, 616, poneva a fondamento della sua decisione il fatto che i familiari avevano rilasciato fideiussione c.d. *omnibus* ad istituti bancari, e questo solo elemento, in mancanza di allegazioni probatorie contrarie, costituiva, per i giudici napoletani, un sufficiente indice rivelatore dell'esistenza del vincolo sociale e della partecipazione dei sovventori alla gestione economica della società. In tema cfr. A. AIROLDI, *Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari*, in *Banca, borsa tit.*, 1975, I, 485 s.; F. RIOLO, *Garanzie reali e personali prestate dai coniugi in regime di comunione legale*, in *Bancaria*, 1977, 679; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 106; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, 89.

⁶³ Al riguardo: Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Giur. comm.*, 1983, II, 847; Cass., 27 settembre 1956, n. 293, in *Dir. fall.*, 1956, II, 800; App. Bologna, 12 febbraio 2003, in *Fall.*, 2003, 900; App. Napoli, 22 dicembre 1980, in *Fall.*, 1981, 521; App. Roma, 12 ottobre 1963, in *Dir. fall.*, 1972, II, 522; Trib. S. Maria Capua V., 16 aprile 2002, in *Giur. nap.*, 2002, 416; Trib. Cassino, 14 giugno 1995, in *Fall.*, 1996, 293; Trib. Torino 25 maggio 1992, in *Fall.*, 1992, 974; Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius* 1994, n. 14, 143; Trib. Catania 15 luglio 1992, *cit.*, 108 e Trib. Pordenone 8 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 217, con nota di V. COLUSSI, *Società di fatto fra coniugi*; Trib. Verona, 12 dicembre 1988, in *Giur.it.*, 1990, I, 2, 35; Tempio Pausania, 30 aprile 1983, in *Dir. fall.*, 1985, II, 282; Trib. Roma, 23 giugno 1982, in *Dir fall.* 1983, II, 244 con nota di D. DI GRAVIO, *Pregiudizialità fra concordato fallimentare e procedura di estensione. Le società di fatto all'interno delle famiglie*; Trib. Rimini, 25 febbraio 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, 522; Trib. Torino, 20 gennaio 1971, in *Dir. fall.*, 1971, II, 290; Trib. Bari, 18 marzo 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 518; Trib. Roma 2 dicembre 1958, in *Dir. fall.*, 1959, II, 295; Trib. Bologna 28 giugno 1962 in *Dir. fall.*, 1962, II, 727. *Contra:*

6. L'assenza di *affectio societatis* nelle situazioni di abuso del dominio sulle società di capitali

Dunque, anche il fenomeno della supersocietà di fatto finisce col confermare la scelta del legislatore *delle riforme*, in controtendenza rispetto ad altri ordinamenti⁶⁴, di marcare l'autonomia giuridica delle singole società di capitali e rafforzarne la personalità giuridica, garantendo la certezza della responsabilità limitata in caso di uso e *sanzionandone viceversa l'abuso*.

Nella stessa direzione va la disciplina della responsabilità *ex art.* 2476, comma 7, c.c., dei c.d. finanziamenti del socio di società a responsabilità limitata e dei finanziamenti infragruppo, in cui pure si rifiuta l'adozione di modelli di squarcio della personalità tipici di altri ordinamenti, per adottare modelli basati sulla responsabilità da abuso del diritto.

Le tecniche giurisprudenziali di reazione *all'abuso della personalità giuridica*, ed in particolare quella *dell'estensione del fallimento* (come intesa finora) dalla società di capitali ai soci, sono dunque superate dal nuovo impianto normativo che si muove su un doppio binario: l'estensione della responsabilità derivante dalla *eccezione tipologica e la responsabilità risarcitoria* conseguente all'abuso del dominio sull'impresa, che può portare in via autonoma (e non di estensione) alla *responsabilità patrimoniale* ed all'insolvenza.

La normativa di cui agli artt. 2497 ss. del codice civile, unitamente a quella di cui all'art. 147 l. fall., esclude la possibilità dello *squarcio della segregazione* mediante la "estensione" della responsabilità, che rimane una

Cass. 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Giur. it.* 2001, 1885; App. Catania, 19 settembre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 610; App. Messina 26 luglio 1985, in *Banca, borsa*, 1986, II, 565, con nota critica di S. ALAGNA, *Garanzie per i debiti, impresa familiare e società di fatto*; App. Firenze, 3 aprile 1970, in *Dir. fall.*, 1970, II, 840; App. Milano, 2 marzo 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, 253; Trib. Messina 8 gennaio 2003 in *Giur. it.* 2003, 1192; Trib. Padova 26 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 919; Trib. Messina, 14 gennaio 1995, in *Gius.*, 1995, 1646; Trib. Napoli, 30 marzo 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, 968; Trib. Roma, 21 aprile 1971, in *Dir. fall.*, 1951, II, 253; Trib. Pistoia, 15 maggio 1968, in *Giur. mer.*, 1969, II, 137. Molto particolare, infine, è la decisione di App. Firenze, 7 dicembre 1955, in *Giur. Tosc.*, 1956, 250, secondo cui nel caso concreto non v'era *affectio familiae* in quanto tra gli interessati si registravano "continue e violente liti" e conseguentemente gli intervenuti apporti finanziari non potevano essere giustificati dal legame familiare.

⁶⁴ Ci riferiamo in particolare al rifiuto di elaborazioni ispirate alle tecniche utilizzate in altri ordinamenti, ed in particolare a quella del *piercing the corporate veil* (cfr. M. Tonello, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova 1999, 2; J. Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano 1998, 358) e della *Durchgriffshaftung* (al riguardo per tutti l'autorevole ricostruzione di G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Riv. soc.*, 1991, 3 s.).

tecnica possibile solo per i *tipi* che contemplanò una connaturata responsabilità illimitata dei soci o di alcuni di essi (gli accomandatari)⁶⁵.

Le riforme, insomma, hanno delineato un confine tra l'insolvenza dell'imprenditore individuale e delle società di persone ed in accomandita per azioni, dove si rafforza e si amplia la regola dell'estensione, e quello delle altre società di capitali dove viene esclusa. In questo senso vanno anche i commi 4 e 5 del nuovo art. 147, l. fall., che contemplanò il fallimento in estensione del socio *occulto*, scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, ma soprattutto il fallimento in estensione della *società occulta*⁶⁶ insolvente⁶⁷ e dei soci illimitatamente responsabili⁶⁸ quando si scopra successivamente il carattere societario dell'impresa individuale originariamente dichiarata insolvente.

Viceversa, la ripercussione dell'insolvenza di una società di capitali sull'imprenditore occulto, sulla *holding* di fatto od *occulta*, sull'*holder* tiranno, sull'azionista sovrano, non può più passare, neppure sul piano meramente teorico, attraverso il tentativo di trovare nell'art. 147 l. fall., un

⁶⁵ La scelta del legislatore di circoscrivere l'estensione a quei soli soci responsabili illimitatamente per mero connotato tipologico della società può generare qualche dubbio sulla fallibilità in estensione dell'accomandante che si è ingerito nella gestione, che pure risponde illimitatamente per tutte le obbligazioni sociali a norma dell'art. 2320 c.c.. In passato abbiamo sostenuto la tesi della fallibilità con la precisazione che l'estensione non poteva riguardare l'accomandante occulto se non si dimostrava anche l'ingerenza nella gestione (al riguardo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Affectio societatis, affectio familiaris ed accomandante occulto*, in *Riv. not.*, 1996, II, 1246 s.). Tuttavia il sistema delineato dal legislatore potrebbe portare all'assimilazione della responsabilità dell'accomandante ingerito col socio unico di società di capitali che non goda della limitazione, tenuto conto che la responsabilità non è istituzionale né tipologica ma una conseguenza di una violazione (diversamente era orientata la giurisprudenza prima della riforma Cass. 6 giugno 2000 n. 7554, in *Fall.*, 2001, 555; Cass. 28 aprile 2004 n. 8093, in *Fall.*, 2005, 905; e la dottrina prevalente: R. VIGO, *Il fallimento delle società*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA, Torino, 1997, 760). Sul tema cfr. G. PLASMATI, *Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare*, in *Contr. imp.*, 2007, 855.

⁶⁶ Il nuovo comma 5 dell'art. 147, l. fall., sulla medesima linea dell'art. 24 del d. lgs. n. 270 del 1999, sancisce che se dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile a una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile il tribunale su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento degli altri soci illimitatamente responsabili.

⁶⁷ Evidentemente il tribunale oltre che accertare il carattere societario dell'impresa dovrà accertarne anche l'insolvenza, non essendo sufficiente l'accertamento già compiuto nei confronti dell'imprenditore-socio, dichiarato fallito, la cui insolvenza potrebbe ricollegarsi ad obbligazioni personali.

⁶⁸ E' inevitabile in tal caso la dichiarazione di fallimento anche della società, pure se il combinato disposto dei commi 4 e 5, dell'art. 147, l. fall., fa riferimento letterale ai soli soci illimitatamente responsabili. Né è condivisibile ragionare in termini di dichiarazione implicita di fallimento della società (Cass. 6 dicembre 1996 n. 10889, in *Fall.*, 1997, 715). Si è giustamente affermato che l'utilizzazione del meccanismo processuale dell'art. 147, comma 4, l. fall., anche nel caso di società successivamente scoperta deve essere vista solo come semplificazione del procedimento, evitando che si debba procedere a revocare il fallimento dell'apparente imprenditore individuale ed a dichiarare contestualmente il fallimento della società e quindi di nuovo del suddetto imprenditore, questa volta in qualità di socio (A. NIGRO, *Art. 147 cit.*, 2182).

principio generale di imputazione diverso dalla *spendita del nome*⁶⁹, ma passa attraverso il microsistema normativo di cui agli artt. 2497 c.c., ss., (e di cui all'art. 2476, comma 7, c.c., che ne rappresenta una specificazione)⁷⁰.

In ogni caso non si tratterà di squarcio del velo della personalità giuridica (*che resta intangibile ed anzi si rafforza*) ma di *responsabilità risarcitoria* da abuso del dominio, che potendo anche configurare un esercizio professionale dell'attività d'impresa può generare, *in caso di insolvenza*, l'assoggettamento a procedure concorsuali del *dominus*.

Si tratta evidentemente di procedura del tutto autonoma cui può dare impulso il curatore od il commissario, cui l'art. 2497 ultimo comma c.c. attribuisce espressamente la legittimazione all'azione *risarcitoria* nel caso di fallimento, liquidazione coatta e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento. D'altra parte il sistema complessivo in materia, è sempre più orientato verso il modello della *responsabilità risarcitoria* piuttosto che della *responsabilità patrimoniale*, come confermano proprio le due riforme⁷¹. Anche se, laddove venga dimostrato che l'abuso del *dominio* abbia avuto i caratteri tipici dell'attività d'impresa e laddove il *dominus* responsabile in via risarcitoria si riveli insolvente, potrà essere dichiarato fallito in via autonoma ed i creditori delle società eterodirette concorreranno sul suo patrimonio con i suoi creditori diretti⁷².

⁶⁹ La eccezione di cui al 147 comma 1, l. fall., si applica ora espressamente alle S.a.p.a. come peraltro riteneva già la dottrina migliore (cfr. A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 10 s.) anche se non mancavano voci contrarie (Cfr. per tutti R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, 218).

⁷⁰ Al riguardo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, 419; ID., *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. PALMIERI, Torino, in corso di pubblicazione.

⁷¹ A. NIGRO, *Articolo 147 cit.*, 2184, per esempio, evidenzia che il nuovo art. 2476, 7° co., c.c., (disposizione dettata in materia di s.r.l., applicabile in tutti i casi in cui il socio, sia di diritto sia di fatto, si sia ingerito nell'amministrazione della società e, d'altra parte, ritenuta espressione di un principio generale, valido anche per le s.p.a.) ben può essere valorizzato per colpire con lo strumento della responsabilità risarcitoria forme di «dominio» abusivo del socio sulla società e per «compensare», nel caso del socio unico, la drastica riduzione della responsabilità illimitata e la inapplicabilità della regola.

⁷² In tal senso già F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno cit.*, 415; cui aderisce ANGIOLINI, *Dal caso Caltagirone al dominus abusivo: la responsabilità della holding nella insolvenza delle controllate*, in nota ad App. Bologna 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, 323; C. BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate* in *Fall.*, 2008, 568; ed autorevolmente G. COTTINO, *Note minime cit.*, 2223 (che parla di una responsabilità azionabile dal curatore del fallimento della società soggetta a tale direzione e coordinamento e che potrebbe portare, ove si traducesse in una condanna al risarcimento del danno della società dominante, anche al suo fallimento, ma se ed in quanto essa fosse o diventasse a sua volta insolvente).

Per concludere, il fallimento in estensione di società di capitali in quanto socie (tra loro od anche con persone fisiche) per *facta concludentia* di una *super-società di fatto*, pur se fosse ammissibile - superando le questioni poste dall'art. 2361 comma 2, c.c. - riguarderebbe fattispecie concrete in cui, almeno sul piano logico (se non su quello cronologico essendo possibile la contestualità), venga accertata prima l'insolvenza della *super-società*, visto che l'estensione ai soci-persone giuridiche è solo un effetto tipologico. Inoltre sarebbe comunque necessario accertare l'effettiva sussistenza dell'*affectio societatis* tra le persone giuridiche e non l'(ab)uso delle stesse, quali veicoli strumentali dominati da parte di persone fisiche (eventualmente in società-*holding di fatto* tra loro).

Questa ultima ipotesi non potrebbe mai configurare l'eccezione tipologica di cui all'art. 147, comma 1, l. fall., ma sarebbe un *escamotage* diretto a costruire per analogia una *fictio*, che viceversa configura una situazione sanzionata dall'ordinamento in termini di *responsabilità risarcitoria* derivante da attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* contro l'interesse sociale delle persone giuridiche eterodirette ed *abusate*.

D'altra parte se ci fosse *affectio societatis* - e non dominio abusivo - la *super-società* non dovrebbe mai agire *contro* l'interesse dei propri soci (persone giuridiche) in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. L'*affectio*, infatti, presuppone il perseguimento di un comune interesse sociale, e viceversa l'abuso del dominio sulla presunta socia utilizzata come strumento è proprio *una prova contraria* dell'esistenza di una *super-società* con soci persone giuridiche e costituisce *prova a favore* viceversa dell'esistenza di una *holding di fatto* che controlla in posizione di dominio le medesime persone giuridiche *abusate*. L'abuso del dominio si concretizza nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse proprio od altrui, l'*affectio* anche per *facta concludentia* si manifesta nel perseguimento di un interesse comune.