

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione I civile, 13 giugno 2016, n. 12120 –
Presidente DIDONE – Relatore FERRO – P.M. CARDINO (conf.)
[Cassa con rinvio App. Firenze 8 aprile 2015, n. 641]

Fallimento per estensione – Società di fatto tra persona fisica e società di capitali – Ammissibilità

Codice civile, art. 2361; Legge Fallimentare, art. 147

In presenza di una società di persone irregolare insolvente, della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da s.r.l., il fallimento in estensione di queste ultime è una conseguenza prevista "ex lege" dall'art. 147 l. fall., senza che sia necessario accertarne la specifica situazione di insolvenza, e ciò anche nel caso in cui la partecipazione alla società di fatto sia stata assunta in assenza di previa deliberazione da parte dell'assemblea, dal momento che la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 2361 c.c. è dettata in via esclusiva per le s.p.a.

(Omissis) – IL PROCESSO. – Il Fallimento Domus Cantieri s.r.l., in persona del curatore, impugna la sentenza App. Firenze 8.4.2015 con cui, in riforma della sentenza Trib. Firenze 17.11.2014 e così in accoglimento del reclamo di C.L., revocava il fallimento reso dal predetto tribunale verso la società di fatto già ritenuta esistente tra la società Domus Cantieri s.r.l., già dichiarata fallita e C. L., oltre che di quest'ultimo personalmente e della società a responsabilità limitata, quali soci illimitatamente responsabili.

Ritenne la corte d'appello che in nessuna sua parte la L. Fall., art. 147, potrebbe giustificare l'estensione del fallimento, già dichiarato in capo ad una società a responsabilità limitata, altresì ad un terzo, da qualificare socio esterno illimitatamente responsabile con essa, in un sodalizio di fatto così preposto alla titolarità di una comune "impresa irregolare". Le uniche ipotesi di estensione, verso il socio occulto ma da una società di persone ovvero verso la società di fatto ma muovendo dal fallimento individuale, non si attagliavano alla fattispecie. In via sistematica, il coinvolgimento personale dei soggetti operanti abusivamente sotto lo schermo sociale potrebbe invero avvenire solo in virtù di specifici canoni di responsabilità, dovendosi all'opposto ribadire il principio della responsabilità limitata nella società di capitali, l'inesistenza ad essa di un fallimento diretto come socia di una società di fatto con un terzo e dunque, conclusivamente, la tutela per la massa dei creditori costituita dal capitale sociale e dalla responsabilità personale dei suoi organi, palesi o occulti.

Il ricorso è affidato a due motivi, ad esso resistendo C. con controricorso. Le parti hanno depositato memorie.

I FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA E LE RAGIONI DELLA DECISIONE. – Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione della L. Fall., art. 147, e art. 2361 c.c., avendo la sentenza impugnata erroneamente escluso l'esistenza di una società di persone irregolare tra una società a responsabilità limitata ed un socio persona fisica, nonché l'applicazione, in caso di insolvenza di essa, dell'estensione del fallimento alla stessa e ai suoi soci.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce il vizio di motivazione, quale omesso esame di tutti i fatti decisivi per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ove si ritenesse che la corte d'appello ha ritenuto insussistente un'attività d'impresa collettiva di un soggetto terzo rispetto a C. e Domus Cantieri s.r.l.

1. Il primo motivo è fondato ed il suo accoglimento determina l'assorbimento del secondo. Questa Corte ha recentemente dato risposta positiva all'interrogativo circa la fallibilità di una società di capitali, nella specie società a responsabilità limitata, che si accerti essere socia di una società di fatto insolvente, allorchè la partecipazione sia stata assunta in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361 c.c., comma 2 (Cass. 1095/2016), atti dettati a tutela dei soci e, rispettivamente, dei creditori sociali. È stato deciso che proprio la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il necessario rispetto dell'art. 2361 c.c., comma 2, dettato per le società per azioni, e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorchè l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale – la previa decisione autorizzativa dei soci, ai sensi dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5.

Con esclusivo riferimento alle s.r.l., si è anche aggiunto che l'art. 111 duodecies disp. att. c.c. – che detta prescrizioni in tema di bilancio delle società in nome collettivo e in accomandita per azioni i cui soci illimitatamente responsabili siano unicamente società di capitali – si limita ad annoverare le s.r.l. fra le società che possono assumere partecipazioni in società di persone.

Il riferimento contenuto nella norma all'art. 2361 c.c., comma 2, vale ad individuare la fattispecie (partecipazione in impresa comportante l'assunzione della responsabilità illimitata) da cui deriva l'obbligo di redazione del bilancio secondo la disciplina richiamata, ma non estende le prescrizioni formali di cui all'art. 2361 cit. alle s.r.l.. Va escluso, poi, che la partecipazione della s.r.l. ad una società di persone rientri nelle operazioni comportanti "una rilevante, modificazione dei diritti dei soci" che, ai sensi dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5, sono – come detto – riservate alla competenza dell'assemblea: la modifica derivante dall'acquisto della partecipazione consiste infatti nell'assunzione da parte della s.r.l. della responsabilità illimitata per le obbligazioni della partecipata, mentre non muta la posizione dei soci, che continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento.

L'operazione di acquisto potrebbe piuttosto rientrare fra quelle, sempre riservate alla competenza dell'assemblea dei soci, che comportano "una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo", ma in questo caso occorrerebbe accertare – come ripetuto – che la partecipazione in una società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare in concreto l'oggetto (Cass. 10507/2016). La seconda decisione permette altresì di aggiornare l'ampio catalogo motivazionale di Cass. 1095/2016, dovendosi sottolineare – in modo pertinente rispetto alla vicenda di causa, attenente alla regolazione giuridica del fenomeno di fatto della supersocietà – che quand'anche ricorra un vizio genetico nell'atto costitutivo della società fra una società a responsabilità limitata ed una persona fisica, come avvenuto nel caso, se ne trarrebbero comunque conseguenze di ordine sostanziale: per il principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo, se ne darebbe la conversione in una causa di scioglimento, con necessaria apertura della fase di liquidazione, al fine di definire i rapporti pendenti (per la declaratoria di nullità della società di persone equiparata, *quoad effectum*, allo scioglimento della stessa, Cass. 565/1995, 9124/2015).

Ma si tratterebbe di una società nulla, e tuttavia considerata valida per il passato e, per il futuro, società valida nello (e per lo) stato di liquidazione,

senza caducazione retroattiva della sua esistenza, in forza della peculiarità delle nullità societarie, applicabili anche alle società di persone, ai sensi della valenza generale del principio di cui all'art. 2332 c.c., commi 2 e 4.

Pertanto, accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società a responsabilità limitata, il fallimento in estensione di queste ultime costituisce una conseguenza ex lege prevista dalla L. Fall., art. 147, comma 1, senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza. Alla supersocietà di fatto sciolta si attaglierebbero invero lo statuto della società in nome collettivo irregolare e quello dell'imprenditore commerciale che, se insolvente e nei limiti eccedenti le soglie di cui alla L. Fall., art. 1, comma 2, appunto fallisce.

2. Nè è di ostacolo a tale conclusione, va meglio esplicitato, il meccanismo organizzativo di tale accertamento in estensione, per come in realtà meramente esemplificato nella L. Fall., art. 147, commi 4 e 5: la ripercussione del fallimento di società con soci illimitatamente responsabili anche al socio la cui esistenza risulti in un momento successivo al primo fallimento e del pari la scoperta di un sodalizio di fatto che avvenga dopo l'iniziale dichiarazione di fallimento individuale, non escludono – a pena di una lettura non conforme al paradigma costituzionale dell'eguaglianza, stante l'identità di ratio, per Cass. 10507/2016 – che una dichiarazione di fallimento del soggetto collettivo irregolare, all'insegna del principio di effettività, sia pronunciata con un primo ed unitario atto ovvero promani dalla medesima evoluzione accertativa in via logica (ancorchè non descrittiva) presupposta dal comma 5.

Quest'ultimo, ove prevede una progressione dal fallimento individuale a quello della società della quale l'imprenditore individuale sia invece il socio (Cass. 3621/2016), inquadra un più ampio fenomeno di accertamento della reale impresa, definito anche, in dottrina, come subornazione dell'imprenditore palese da parte dell'imprenditore occulto. In realtà, se il paradigma effettuale guida la ricognizione della materiale costituzione organizzativa del titolare dell'attività economica, cioè di colui che la promuove imputandone a se stesso gli effetti e, se occorre, nel suo nome prima ancora gli atti, così da riferire – secondo la dizione sostanziale utilizzata dalla L. Fall., art. 147, comma 5 – soggettivamente l'attività stessa, la tutela dei terzi ed in particolare dei creditori, anche involontari, ha conseguito nel nostro ordinamento livelli ancora differenziati e, per certi versi, avanzati rispetto al dogma della spendita del nome come criterio ricognitivo chiuso dell'imputazione anche sostanziale della responsabilità. Va invero ricordato che, pacifica la fallibilità delle società di fatto – nella presente vicenda disputandosi solo sulla compatibilità della figura allorchè si atteggi nella sua articolazione plurisoggettiva facendo capo anche ad una società regolare ed in combinazione gestoria con una persona fisica – accanto a quella degli imprenditori individuali di fatto, cioè prescindenti le une e gli altri da una formale iscrizione nel registro delle imprese, è altrettanto incontrovertibile che, anche nelle ipotesi delle società occulte ovvero dei soci occulti di società palesi, si ha comunque riguardo a fenomeni di fatto, realmente esistenti ed invero solo per tale ragione apprezzabili, dunque e sempre "che risultino" secondo le locuzioni della L. Fall., art. 147.

3. È così più coerente dare conto di uno spettro della fallibilità che censisce soggetti, cui sia riferibile l'attività economica (organizzata ad impresa secondo la L. Fall., art. 147, comma 5) ovvero la partecipazione uti socius, solo parzialmente occulti, nella limitata considerazione di una non

emersa caratterizzazione come tali e nei confronti di tutti i terzi e però accertati nella loro dimensione fattuale, che deve essere esistita nell'apprezzabilità dei rapporti connotativi l'impresa, verso l'esterno (ancorchè la società o il socio non siano nella condizione iscrivibile o altrimenti formale) o anche solo verso l'interno (nelle relazioni infrasoggettive). Tale realtà ha giustificato, sino a questo momento, la fallibilità - oltre che dell'imprenditore individuale di fatto e palese, eventualmente nelle condizioni di holder (Cass. 3724/2003, 1439/1990) - delle società di fatto e dei soci di fatto, eventualmente occulti ad una parte dei terzi ma non a tutti, nè ovviamente ai soci (Cass. 23344/2010) e la non fallibilità invece del solo imprenditore individuale occulto, che tale sia verso tutti.

4. La ampiezza di tutela dei creditori, anche involontari o privi di adeguata informazione, unitamente alla esigenza di protezione dell'affidamento, hanno infine concorso a fondare la teorica della società apparente, fallibile anch'essa e nonostante l'inesistenza di un contratto di società concluso fra i suoi partecipi ed invece per la sufficienza di un'apprezzabile aspettativa di responsabilità diretta confidata dai terzi verso un fenomeno organizzativo che della società abbia assunto le sembianze e per quanto non voluto dai suoi attori. Si descrive la fattispecie nella giurisprudenza di questa Corte avendo riguardo a due o più persone che operino in modo da ingenerare l'opinione che esse agiscano come soci, suscitando il legittimo affidamento sull'esistenza della società, affidamento che, per il principio di tutela della buona fede dei terzi e dell'apparenza del diritto, attribuisce a coloro che si comportino esteriormente come soci, la responsabilità solidale per le obbligazioni assunte, come se la società esistesse (Cass. 4529/2008). Ma anche in tal caso, potrebbe dirsi che l'imputazione sostanziale di atti - e di atti qualificati siccome d'impresa collettiva - ad un soggetto non formalmente e realmente costituito secondo le regole generali poste a presidio di un modello astratto e tipico poggia su una effettività di condotte riconosciute all'esterno invece quali tipiche del contratto di società, dunque tali, se così percepite dai terzi, da imporsi alla stregua delle conseguenze di realtà relazionali giuridicamente tutelate rispetto alla realtà non contrattuale che abbia governato il diverso rapporto fra apparenti soci. Una volta comunque stabilito, senza controindicazioni a livello di compatibilità costituzionale di tale latitudine (su cui invero Corte cost. nn. 274/2014 e 15/2016 hanno meramente preso atto dello stato incerto e non definitivo del formante giurisprudenziale), che nella disciplina delle società a responsabilità limitata eventuali limiti autorizzati assembleari verso gli atti di amministrazione e diretti alla partecipazione di simili società a società di persone anche irregolari, non reagiscono in termini di validità (o almeno di validità per gli effetti di diritto comune) del tipo societario comunque determinatosi, anche l'insolvenza dell'imprenditore così organizzato risponderà alle regole comuni dell'agire imprenditoriale. Acquisito cioè, secondo un procedimento in dottrina efficacemente definito ascendente, che la cooperazione fra un soggetto persona fisica ed una società a responsabilità limitata ha operato anche solo per fatta concludentia sul piano societario, secondo i consolidati tratti dell'esercizio in comune dell'attività economica, della esistenza di fondi comuni (da apporti o attivi patrimoniali) e dell'effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite, dunque di un agire nell'interesse (ancorchè diversificato e non però contro l'interesse) dei soci, nonchè dell'assunzione ed esteriorizzazione del vincolo anche verso i terzi, ne deriva, in via discendente, dalla conseguente società di persone, di fatto ed irregolare, la necessaria responsabilità personale dei

suoi componenti, così instaurandosi il presupposto per le rispettive dichiarazioni di fallimento, diretta quanto al soggetto collettivo e per ripercussione quanto ai suoi soci, ai sensi della L. Fall., art. 147, colto nella sua valenza precettiva generale quanto al comma 1, e ritenute le due vicende dei commi 4 e 5, soltanto esemplificative e di valore organizzatorio.

5. I citati livelli di protezione dei creditori e dei terzi dell'imprenditore effettivo, individuale e collettivo e dell'imprenditore apparente societario, per come fissati nei principi regolatori della fallibilità soggettiva, esprimono un contemporaneo sacrificio dei creditori dei soggetti che, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento e solo in esso, subiscono la reiscrizione dei rispettivi patrimoni all'interno di meccanismi riorganizzativi della responsabilità secondo i criteri della concorsualità e, in caso di società, della destinazione dell'attivo al pagamento dei debiti dell'imprenditore collettivo. Tale constatazione va ripetuta, per come tenuta presente nel primo arresto cui questo Collegio aderisce, soprattutto con riguardo ai soci e ai creditori di società di capitali, ai quali viene imposto il mutamento del titolo della responsabilità della società loro debitrice ove questa fallisca ai sensi della L. Fall., art. 147, e dunque come socia di una società di fatto con un terzo: la condizione di già fallita in proprio come imprenditore si evolve nell'altra di socio fallito, divaricandosi solo gli effetti della concorsualità completati dalla seconda dichiarazione di fallimento (tant'è che l'eventuale revoca del fallimento individuale, nel frattempo perseguita e ottenuta, di per sé non produce la revoca del secondo fallimento, Cass. 3621/2016).

6. Va poi aggiunto che l'utilizzo strumentale di una o più società di capitali al fine di una diversificazione e delimitazione degli investimenti e della responsabilità di chi le proietta ideativamente, le dirige e le governa, anche con un sistema di direzione coordinato, di per sé non trasmoda in un abuso, posto che proprio tale schema organizzativo è immanente al paradigma delle diverse responsabilità limitate. E nemmeno permette che il predetto beneficio sia perduto dal singolo (oltre che società o ente) per il sol fatto di aver operato – agendo nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, ma violando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dominate – dunque nell'interesse contrario a quello delle società stesse, costituendone reazione ordinamentale espressa, in tal caso, la responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c., eventualmente di concorso. In tale evenienza, la dichiarazione d'insolvenza delle società dominate conferisce all'organo concorsuale unicamente la predetta azione, e soltanto per il profilo di tutela spettante ai creditori sociali. La configurazione fallimentare della responsabilità non è pertanto la prima risposta all'abuso dello schermo societario, essendo diverse le due fattispecie, ma, per potersi dare, esige il rigoroso accertamento dei parametri organizzativi ed essenziali del contratto di società, nel senso sopra inteso e quale principio fissato al giudice del rinvio, finendo solo per questa via con il risolversi la predetta responsabilità nel riflesso della dichiarazione di fallimento. E dunque saranno la prassi e le conseguenti ricerche empiriche, e non una gerarchia di principi, che potranno significare se alla residualità astratta dello schema tratteggiato corrisponda anche, e in che termini, la marginalità quantitativa delle vicende di responsabilizzazione ivi organizzate nelle cd. supersocietà di fatto.

A tale compito, anche nella presente vicenda, saranno tenuti i giudici del merito che, arrestatisi alla preliminare questione della fallibilità, si sono erroneamente attestati sull'indirizzo, qui censurato, dell'impossibile ricorso alla figura della società di fatto tra la società a responsabilità limitata e la



persona fisica ad essa socia. Nel merito, occorrerà pertanto l'accertamento (ovvero la discussione del motivo di reclamo non esaminato perchè assorbito) che la s.r.l. Domus Cantieri presentasse un'*affectio societatis* con la persona fisica del C. e che la società di fatto riconosciuta (dal Tribunale di Firenze) esprimesse una sua autonoma e affatto propria insolvenza, alla cui verifica poter giungere anche eventualmente muovendo – quale fatto indiziante – da quella di uno o più dei suoi soci, ovvero del socio cui era inizialmente imputabile la attività economica, ma senza alcuna automatica traslazione ovvero dogmatico esaurimento in esse della prova richiesta, come per tutti gli insolventi fallibili, dalla L. Fall., art. 5.

Il ricorso va dunque accolto, con cassazione e rinvio al giudice di merito. (*Omissis*).

Il fallimento per estensione della «supersocietà» di fatto, di FRANCESCA LUVISOTTI

(nota a Cass. 13 giugno 2016, n.12120)

SOMMARIO: **1.** LA DECISIONE; **2.** IL FALLIMENTO PER ESTENSIONE; **3.** LA C.D. «SUPERSOCIETÀ» DI FATTO; **4.** L'*AFFECTIO SOCIETATIS*; **5.** CONCLUSIONI

1. La decisione. La Corte si è pronunciata sul ricorso proposto dal curatore fallimentare di una s.r.l. avverso la sentenza dell'8 aprile 2015 con cui la Corte di Appello di Firenze, in riforma della sentenza 17 novembre 2014 di primo grado dello stesso Tribunale, revocava il fallimento della società di fatto ritenuta sussistente, dal giudice di prime cure, tra una persona fisica e una s.r.l. (già fallita) nella quale partecipavano in qualità di soci illimitatamente responsabili. Il curatore fallimentare della s.r.l. ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte di Cassazione con i seguenti due motivi:

1) con il primo, la violazione dell'art. 147 della l. n. 267/1942 (Legge Fallimentare) e dell'art. 2361 c.c., avendo la sentenza impugnata escluso l'esistenza della società di fatto sopracitata e l'operatività dell'estensione del fallimento;

2) con il secondo, il vizio di motivazione derivante dall'omesso esame di tutti i fatti decisivi per il giudizio.

I supremi giudici, accogliendo il primo e ritenendo assorbito il secondo motivo, hanno rinviato alla Corte di Appello di Firenze, in diversa composizione, per gli accertamenti nel merito sulla sussistenza: i) dell'*affectio societatis* tra la s.r.l. e la persona fisica e ii) di una autonoma insolvenza per la società di fatto.

2. Il fallimento per estensione. La Corte, nell'accogliere il primo motivo di ricorso, ha riconosciuto il fallimento per estensione dei soci illimitatamente responsabili a seguito della dichiarazione di fallimento della società di fatto. La Corte si è richiamata a una sua recente pronuncia (Cass. 1095/2016) con la quale aveva ammesso la fallibilità di una s.r.l., risultata socia di una società di fatto insolvente, nonostante la partecipazione fosse stata assunta in mancanza di una previa delibera assembleare¹.

La partecipazione, anche di mero fatto, di una società a responsabilità limitata in una società di persone non esige né la previa delibera assembleare né l'indicazione di tale partecipazione nella nota integrativa – requisiti previsti dall'art. 2361, commi 1 e 2, c.c. per le s.p.a. con l'obiettivo, rispettivamente, di riservare la scelta gestionale dell'assunzione di una partecipazione comportante la responsabilità illimitata ai soci e di rendere consapevoli i creditori delle reali condizioni di rischio². Anche la giurisprudenza di merito aveva ritenuto non necessaria la delibera assembleare per le s.r.l. in forza del richiamo normativo all'art. 2384 c.c., che pone la regola della rappresentanza generale degli amministratori, prevedendo l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni alla stessa³. Tale inopponibilità ha l'obiettivo di tutelare i terzi che

¹ ANGIOLINI, 2016, p. 533, in cui «Si è evidenziato che l'atto di autorizzazione (formalizzato nella delibera) debba essere distinto dall'atto di assunzione della qualità di socio posto in essere dall'organo gestorio munito dei poteri di rappresentanza che è a forma libera. E l'assenza del primo elemento non può incidere retroattivamente così da poter essere opposta dalla società per evitare la declaratoria di fallimento»; FIMMANÒ, 2016, p. 19, dove si legge che «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.».

² FIMMANÒ, 2016, p. 14; IRRERA, 2008, p. 1334, dove si legge «Il fondamento di queste regole appare evidente: dal momento che l'acquisizione della partecipazione comporta per la società di capitali, la responsabilità illimitata per le obbligazioni gravanti sulla società acquisita, il legislatore ha ritenuto che una simile scelta gestionale dovesse essere effettuata dai soci in sede assembleare, e che i creditori sociali ne dovessero avere piena cognizione mediante la nota integrativa»; GUERRERA, 2014, p. 69, il quale sottolinea l'irrilevanza dell'indicazione della partecipazione nella nota integrativa ai fini della validità ed efficacia della partecipazione stessa.

³ Appello Caltanissetta, 28 luglio 2014; Trib. Forlì, sez. fall., 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, in cui i giudici affermano che escludere la costituzione per mezzo di *facta concludentia* di

confidano sulla spendita del nome della società ad opera degli amministratori che con loro atto abbiano autorizzato l'acquisto della partecipazione. Tuttavia, parte della dottrina, in forza del principio della certezza del diritto, ritiene che la delibera dei soci sia necessaria ai fini del valido acquisto di tale partecipazione⁴.

La Corte, inoltre, ha ritenuto che la partecipazione di una s.r.l. in una società di persone non rientri nell'ambito di quelle operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci, attribuita dall'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. alla competenza dell'assemblea⁵: ciò in quanto la posizione dei soci non muta, ed è solo la s.r.l. che assume la responsabilità illimitata per le obbligazioni della società di persone. Tale partecipazione potrebbe invece al massimo comportare una modificazione sostanziale dell'oggetto sociale, qualora venissero perseguiti fini diversi da quelli previsti nell'atto costitutivo (Cass. 10507/2016).

Nella fattispecie, ricorreva un vizio genetico dell'atto costitutivo della società partecipata dalla s.r.l. e dalla persona fisica. Dall'eventuale nullità dell'atto costitutivo della società stipulato tra una s.r.l. e una persona fisica non si esclude possano derivare conseguenze sul piano sostanziale, quali la liquidazione⁶. Si aggiunga che una società nulla è considerata società valida per il passato e in stato di liquidazione per il futuro (FIMMANÒ, 2016a; SCIUTO, 2007): conseguentemente, gli effetti sull'invalidità della società – applicabili anche alle società di persone – non retroagiscono.

una società di persone tra società di capitali significherebbe negare *ab origine* l'ammissibilità della società di fatto.

⁴ AUTUORI, 2008, p. 749, secondo cui l'assenza della delibera assembleare renderebbe nulla la partecipazione; AUDINO, 2005, p. 416, secondo cui l'assenza della delibera impedirebbe anche l'istaurarsi di una società di fatto tra o con una società di capitali.

⁵ FIMMANÒ, 2009, p. 94. L'Autore afferma che per le s.r.l. l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, che comporti una sua responsabilità illimitata per le obbligazioni, sia da considerare quale atto gestorio degli amministratori; CAGNASSO, 2007, p. 297 e ss., sottolinea come siano riservate alla competenza dell'assemblea di una s.r.l. le decisioni che comportino la modifica sostanziale dell'oggetto sociale o una modifica rilevante dei diritti dei soci.

⁶ Scrive FIMMANÒ, 2016a, p. 471: «Il fenomeno della configurazione di una "supersocietà" di fatto, quand'anche fosse viziato sul piano genetico, produce comunque delle conseguenze rilevanti di natura sostanziale», ed ancora che «in forza di un principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo, l'attività di fatto compiuta dall'ente dovrebbe comunque continuare ad avere rilevanza». Sul tema si veda anche PALMIERI, 2004, p. 490.

I giudici concludono sul punto affermando che «accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società a responsabilità limitata, il fallimento per estensione di queste ultime costituisce una conseguenza *ex lege* prevista dall'art. 147, co. 1, l. fall., senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza».

L'art. 147, comma 1, della legge fallimentare stabilisce la regola secondo cui il fallimento di una società in nome collettivo, in accomandita semplice o in accomandita per azioni comporta il fallimento dei soci illimitatamente responsabili. A norma del comma 5 del medesimo articolo, l'estensione opera anche quando sia dichiarato fallito un imprenditore che si scopra essere socio illimitatamente responsabile di una società⁷. La relazione ministeriale al decreto legislativo di riforma della legge fallimentare precisa, peraltro, che la nuova disciplina si applica anche alle società occulte⁸. Conseguentemente, la norma opera anche per la società di fatto scoperta dopo la dichiarazione di fallimento di una società di capitali.

La Corte, quindi, in ossequio a quanto previsto dall'art. 147, commi 4 e 5, l. fall. ha riconosciuto una sorta di progressione dal fallimento individuale a quello della società di fatto di cui tale socio fa parte. Assume, quindi, rilevanza la realtà fattuale che lascia ritenere i soggetti essere soci, sia nei rapporti interni che esterni, col superamento dei principi di spendita del nome o di iscrizione nel registro delle imprese. Tale orientamento origina dalla c.d. dottrina della sovranità, il cui obiettivo primario è quello di evitare la non fallibilità del soggetto occulto, quale effettivo dirigente dell'attività d'impresa⁹. Se così non fosse, si

⁷ GUERRERA, 2014, p. 71. L'Autore sottolinea come l'ipotesi disciplinata dal comma 5 dell'art. 147 l. fall. debba intendersi comprensiva di tutti i casi in cui, a seguito del fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l'attività da esso svolta era riferibile ad una società partecipata da ulteriori parti. Per imprenditore individuale deve intendersi tanto una società tanto una persona fisica.

⁸ *Relazione* al decreto legislativo 5/2006, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, 4, 2006, p. 88.

⁹ Dottrina basata sulla teoria dell'imprenditore occulto di Walter Bigiavi, il quale sosteneva che dovevano essere chiamati a rispondere tutti i soci illimitatamente responsabili che fossero stati scoperti dopo la dichiarazione di fallimento della società.

rischierebbe di chiamare a rispondere il soggetto palese spesso volutamente nullatenente.

Il fallimento per estensione è un istituto eccezionale in quanto il socio fallisce indipendentemente dalla sua eventuale qualifica di imprenditore e a prescindere dalla sua insolvenza (NIGRO, 2007)¹⁰: questi, infatti, fallisce come tale e in conseguenza del fallimento della società. Il legislatore, con la riforma del 2006, ha esteso questa accezione anche a soci non persone fisiche (art. 147, comma 1, l. fall.). Diversa è l'ipotesi in cui si verifichi l'estensione del fallimento a una società occulta quando a fallire sia un imprenditore individuale. In questo caso, la verifica del tribunale non deve limitarsi al solo profilo soggettivo – come nella Sentenza in esame – ma va estesa all'insolvenza, potendo l'imprenditore individuale essere dichiarato fallito esclusivamente per debiti personali con conseguente esclusione della responsabilità della società (FABIANI, 2009).

Nella fattispecie rileva la circostanza che due o più persone operino in modo da far ritenere *ab externo* che agiscano in qualità di soci e sulla quale i terzi abbiano fatto affidamento. Ai fini dell'estensione del fallimento anche ai soci, è sufficiente la presenza di condotte dalle quali si evinca la sussistenza di una società (Cass. 4529/2008), non essendo necessaria la prova del rispetto dei requisiti costitutivi previsti per legge, in virtù del principio di legittimo affidamento e della tutela della buona fede dei terzi. Il fallimento della società di fatto ha, quindi, come obiettivo la tutela dei terzi che abbiano effettuato delle scelte sul ritenuto status di soci delle controparti: escludere la fallibilità della società di fatto contravverrebbe a tale obiettivo. Tuttavia l'apparenza della società non può essere invocata da chi abbia avuto effettiva conoscenza dell'insussistenza del vincolo sociale¹¹.

La Corte di Cassazione ha affermato, in estrema sintesi, che il presupposto per l'operatività dell'art. 147 l. fall. con la conseguente estensione

¹⁰ Poichè l'art. 147, comma 1, l. fall. disciplina il fallimento per estensione solo in determinati tipi di società, per queste, quindi, opera una specifica eccezione normativa a prescindere da criteri sostanziali quali ad esempio la spendita del nome.

¹¹ Cass. Civ., sez. I, 21 marzo 2001, n. 4089.

del fallimento si trovi nella cooperazione tra persona fisica e s.r.l. come esercizio in comune di attività economica, esistenza di fondi comuni, effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite¹². È dunque necessario che la società abbia agito nell'interesse dei soci, sebbene si tratti di un interesse diversificato¹³.

Nel caso di specie, la Corte riconosce l'estensione ascendente del fallimento dalla s.r.l. alla società di fatto. Scelta criticata dalla dottrina in base all'art. 147 l. fall. che consente, invece, di estendere il fallimento dall'imprenditore individuale al socio illimitatamente responsabile in via discendente: il fallimento del socio origina dunque dal fallimento della società di fatto in forza di un nesso causale di logica consequenzialità unidirezionale¹⁴. Appare, quindi, inammissibile la proposizione del ricorso da parte del curatore fallimentare della s.r.l. – come nel caso in esame – in quanto il fallimento di quest'ultima è consequenziale a quello della società di fatto.

La s.r.l. era stata dichiarata fallita in precedenza in qualità di imprenditore: ne è conseguita un'evoluzione dello status di imprenditore fallito in socio fallito e l'eventuale revoca del fallimento individuale non produce la revoca del secondo fallimento. I giudici, con altra sentenza, hanno chiarito come la cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese non escluda la

¹² La giurisprudenza ritiene che l'esistenza della società di fatto possa ricavarsi anche da ulteriori indici, quali: identità della sede legale, amministrativa ed operativa, unicità della struttura organizzativa e produttiva, identità della compagine sociale, perseguimento di un interesse comune.

¹³ Gli ermellini, nella sentenza in esame, scrivono «Acquisito cioè, secondo un procedimento in dottrina efficacemente definito ascendente, che la cooperazione fra un soggetto persona fisica ed una società a responsabilità limitata ha operato anche solo per *facta concludentia* sul piano societario, secondo i consolidati tratti dell'esercizio in comune dell'attività economica, della esistenza di fondi comuni (da apporti o attivi patrimoniali) e dell'effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite, dunque di un agire nell'interesse (ancorchè diversificato e non però contro l'interesse) dei soci, nonchè dell'assunzione ed esteriorizzazione del vincolo anche verso i terzi, ne deriva, in via discendente, dalla conseguente società di persone, di fatto ed irregolare, la necessaria responsabilità personale dei suoi componenti, così instaurandosi il presupposto per le rispettive dichiarazioni di fallimento, diretta quanto al soggetto collettivo e per ripercussione quanto ai suoi soci, ai sensi della L. Fall., art. 147, colto nella sua valenza precettiva generale quanto al comma 1, e ritenute le due vicende dei commi 4 e 5, soltanto esemplificative e di valore organizzatorio».

¹⁴ FIMMANÒ, 2009, p. 94-95. L'Autore, a conferma dell'operatività discendente del fallimento per estensione, sostiene che, data la natura eccezionale dell'art. 147 l. fall., «l'eventuale superamento in via interpretativa non può basarsi su una applicazione meramente analogica».

possibilità di dichiararlo fallito in estensione del fallimento della società di fatto quando abbia comunque proseguito la sua attività come socio di un'altra impresa commerciale (Cass. 3621/2016).

Il riconoscimento della società di fatto e l'estensione del fallimento ex art. 147 l. fall., quindi, rappresenta uno strumento di tutela a favore dei creditori. La Corte ha ribadito l'esigenza di analizzare il dato fattuale nei singoli casi al fine di verificare la sussistenza di una figura occulta che, in questo modo, possa essere chiamata a rispondere: escludere l'operatività del fallimento per estensione significherebbe, infatti, limitare la tutela di tutti coloro che in buona fede negozino con soggetti che all'esterno agiscono come soci.

3. La c.d. «supersocietà» di fatto. Nella Sentenza *de qua* la Corte ha fornito altresì una definizione di supersocietà di fatto chiarendo quando ricorra il suo utilizzo strumentale. Essa afferma infatti che «l'utilizzo strumentale di una o più società di capitali al fine di una diversificazione e delimitazione degli investimenti e della responsabilità di chi le proietta ideativamente, le dirige e le governa, anche con un sistema di direzione coordinato, di per sé non trasmoda in un abuso, posto che tale schema organizzativo è immanente nel paradigma delle diverse responsabilità limitate».

La giurisprudenza ricorre spesso alla figura della società di fatto e lo strumento normativo utilizzato per sanzionarla è appunto l'art. 147 l. fall.¹⁵. Nella pratica, però, solitamente si riscontra l'esistenza di una *dominus* (persona fisica o società) che, esercitando attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società sottostanti, ne possa abusare. Le due ipotesi non vanno confuse.

¹⁵ A favore: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 luglio 2008, con nota di FIMMANÒ, 2009; Trib. Forlì 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425; Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 392; IRRERA, 2008. *Contra*: Trib. Torino 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 1442 e ss., con nota di COTTINO; App. Bologna 11 giugno 2008, n. 965, in *Fallimento*, 2008, con nota di PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*; App. Napoli 15 maggio 2009, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 1, p. 102; App. Venezia 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*.

L'attività di direzione e coordinamento non rappresenta una forma di abuso *ex se*, poiché legittimata dall'art. 2497 c.c. e può essere esclusivamente fonte di responsabilità sotto il profilo risarcitorio. L'abuso si configura qualora l'attività sia esercitata dal *dominus* in dispregio delle normali regole di correttezza gestionale, previste dalla legge nell'interesse del soggetto controllato.

Dalla predetta responsabilità, quindi, può derivare il fallimento della *holding* esclusivamente in via autonoma e non anche per estensione (che opera solo nel caso della responsabilità patrimoniale). Ne consegue che se l'imprenditore si serve di società strumentali nel rispetto della legge è legittimo che esso si avvalga della responsabilità limitata. Ove, viceversa, violi i principi di corretta gestione con il fine di perseguire interessi diversi da quelli delle società utilizzate, allora sarà responsabile nei confronti dei creditori di queste per il danno arrecato (FIMMANÒ, 2016). Sarà necessaria, cioè, una duplice verifica: i) accertare se il *dominus* sia capiente e quindi in grado di soddisfare la pretesa risarcitoria rappresentata dal passivo delle società dominate sottoposte a fallimento e ii) accertare se l'attività di dominio possa essere stata abusiva (FIMMANÒ, 2016a). Da ciò deriva, quindi, che il *dominus* potrà essere dichiarato fallito in via autonoma nel caso in cui risulti insolvente, con la conseguenza che i creditori delle società controllate concorreranno sul patrimonio del *dominus* con i suoi creditori diretti (COTTINO, 2007).

Dalle considerazioni fino ad ora svolte si ricava che nella pratica il fallimento della c.d. supersocietà di fatto e della conseguente estensione ai soci illimitatamente responsabili operi in via residuale (FIMMANÒ, 2016).

4. **L'*affectio societatis*.** La Corte di Cassazione, accogliendo il primo motivo di ricorso, ha cassato e rinviato alla Corte di Appello di Firenze, quale giudice di merito, per gli accertamenti sulla sussistenza dell'*affectio societatis* tra società e persona fisica e sull'autonoma insolvenza della società di fatto.

L'*affectio societatis* è il vincolo di collaborazione esistente tra la s.r.l. e la persona fisica che si manifesta nel perseguimento di un interesse comune,

intesa quale volontà di essere soci e, quindi, come volontà contrattuale di esercitare insieme un'attività volta ad ottenere risultati patrimoniali comuni¹⁶.

In presenza di tale vincolo di collaborazione, che si origina nell'ambito di gruppi orizzontali, si escludono automaticamente forme di abuso – come può accadere, invece, nel caso sopra richiamato della *holding* esistente all'apice di un gruppo di società verticale. Conseguentemente, parte della dottrina ritiene che l'abuso rappresenti una prova contraria all'esistenza di una supersocietà di fatto e una prova a favore della presenza di una *holding* che, in posizione di dominio, controlla le persone giuridiche destinatarie dell'abuso, perseguendo propri interessi – ipotesi, come detto, maggiormente riscontrabile nella pratica e punita ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Ulteriore conferma che la società di fatto possa sussistere solo in un gruppo orizzontale, con esclusione dell'applicazione della disciplina relativa all'esercizio di attività di direzione e coordinamento, la presunzione che le partecipazioni e i poteri dei soci siano uguali¹⁷.

Quanto ai profili di accertamento, l'*affectio societatis* può essere dimostrata attraverso documenti, prove relative alla partecipazione agli utili e alle perdite, *facta concludentia*, presunzioni gravi, precise e concordanti: strumenti, in genere, volti a dimostrare tale collaborazione che è presupposto necessario ai fini dell'operatività dell'estensione del fallimento e quindi della tutela dei terzi.

A seguito della cassazione con rinvio, la Corte di Appello di Firenze dovrà procedere alla verifica di tutte le circostanze del caso, per una valutazione omnicomprensiva dalla quale possa risultare l'esistenza dell'*affectio societatis* e la conseguente operatività del fallimento in estensione alla società di fatto.

Per l'accertamento dell'autonoma insolvenza della società di fatto, la Corte di Appello di Firenze potrà muovere dall'insolvenza di uno o più soci come elemento indiziante, ma non opera alcun effetto traslativo automatico.

¹⁶ BASSI, 2016, p. 32, con riferimento all'*affectio societatis*, scrive che «il concetto è un sinonimo della comunione di scopo dei contratti plurilaterali associativi previsti dal codice civile del 1942»; FIMMANÒ, 2009, p. 96.

¹⁷ FIMMANÒ, 2016, p. 475. L'Autore, sul tema, richiama gli artt. 2253, 2257 e 2263 c.c. che prevedono uguali poteri e partecipazioni dei soci quando non sia previsto diversamente.

5. Conclusioni. La sentenza in esame si pone al termine di una serie di pronunce della Corte di Cassazione orientate nel senso di ampliare la tutela dei terzi che entrino in contatto con società di fatto. Riconoscere, infatti, il fallimento in estensione alla società di fatto vuol dire eliminare il rischio che per le obbligazioni assunte siano chiamati a rispondere soggetti interposti nullatenenti.

La Corte attribuisce rilevanza a due aspetti: i) lo studio della realtà fattuale come unico strumento per rilevare l'esistenza di una società di fatto e ii) il rispetto della regola del legittimo affidamento del terzo che abbia negoziato con soggetti che abbiano agito all'esterno in qualità di soci. Da un lato, infatti, la società di fatto non ha i riscontri tipici delle società regolari quali, ad esempio, l'iscrizione nel registro delle imprese, rendendosi necessario lo studio dell'aspetto fattuale che, nel caso di specie, è rimesso al giudice di merito. Dall'altro, non può omettersi l'importanza dell'affidamento che il terzo ripone nella controparte, considerata socio di una società regolare.

Obiettivo della giurisprudenza è, quindi, quello di individuare la presenza dell'organizzazione di impresa, non rilevando se riconosciuta *ex lege* o di fatto, e chiamarla a rispondere dinanzi ai terzi. Tuttavia, è importante non confondere il caso in cui sussista l'*affectio societatis* tra una persona giuridica e una persona fisica con l'abuso posto in essere da una persona fisica nei confronti di persone giuridiche.

La Corte di Appello di Firenze, avendo escluso l'operatività del fallimento per estensione e avendo omesso di riconoscere la società di fatto, dovrà effettuare le verifiche fattuali necessarie per l'accertamento del vincolo di collaborazione tra la s.r.l. e la persona fisica e, in caso affermativo, dichiarare il fallimento.

Riferimenti bibliografici

ANGIOLINI, F., *Consulta e S.C. a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento*, in *Fallimento*, 2016, p. 533 ss.

AUDINO, A., *Partecipazioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, I, 2005, p. 416 ss.

- AUTUORI, L., *Partecipazioni*, in *Azioni*, a cura di M. Notari, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BANCHI, L. GHEZZI, M. NOTARI, 2008, p. 749,
- BASSI, A., *Il fallimento della società con soci a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da COTTINO e JORIO, 2016, p. 32
- CAGNASSO, O., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, 2007, p. 297
- COTTINO, G., nota a decr. App. Torino 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2222-2223
- FABIANI, M., *Le nuove regole di estensione del procedimento di estensione del fallimento al socio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, I, 2009, p. 440.
- FIMMANÒ, F., *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 1, 2009, p. 94.
- FIMMANÒ, F., *Supersocietà di fatto ed estensione del fallimento alle società eterodirette*, in *Gazzetta Forense*, n. 2, 2016, p. 19,
- FIMMANÒ, F., *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Società*, fasc. 4, 2016(a), p. 471
- GUERRERA, F., *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, 1, II, p. 69
- IRRERA, M., *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Fallimento*, 2008, p. 1334
- NIGRO, A., *Art.147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, diretto da A. JORIO, coordinato da M. FABIANI, vol. 2, 2007, p. 2172;
- PALMIERI, G., *La nullità della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1, Torino, 2004, p. 490
- SCIUTO, M., *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, Torino, 1, 2007, p. 431