



# **LUISS Law Review**

N. 1/2016

*Luiss Law Review* è il periodico del Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli e fa capo al suo centro di ricerca “Luiss Dream - Diritto e Regole per Europa Amministrazione e Mercati”.

La Rivista intende affrontare i prolemi giuridici e regolatori dell’impresa e del mercato in una prospettiva multidisciplinare, con un’attenzione particolare anche ai profili economici.

Il nome *Luiss Law Review* sottolinea l’apertura della Rivista al contesto internazionale, anche nell’auspicio di un confronto costante con la comunità scientifica, non solo italiana, alla quale si rivolge con l’obbiettivo di consolidarsi come un utile strumento di lavoro e di aggiornamento. La diffusione telematica vuole consentire un accesso agevole e aperto a tutti gli interessati.

La Rivista è divisa in due parti. La prima, di carattere propriamente scientifico, contiene una sezione dedicata ai saggi e ai contributi dottrinali (*Articoli*) e un’altra a interventi più brevi destinati a fornire spunti di riflessione o a fare il punto sulle novità legislative, della giurisprudenza e della dottrina (*Schede e attualità*).

La seconda parte è riservata agli studenti del Dipartimento di Giurisprudenza, chiamati ad annotare le decisioni giurisprudenziali di maggiore interesse. Si vuole, in questo modo, consentire ai nostri laureandi di iniziare a scrivere “di diritto” e a riflettere sulla sua interpretazione, arricchendo così la loro preparazione con l’esperienza della concreta applicazione critica di quanto si sta studiando.

# INDICE

## PARTE PRIMA

### ARTICOLI

<i>Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il «Jobs Act», di Roberto Pessi.....</i>	5
<i>La s.r.l. semplificata e la s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro, di Raffaella Scarabino .....</i>	26
<i>Esternalizzazione di funzioni aziendali nelle imprese di assicurazione: il modello dei consorzi e delle società consortili, di Margherita Manzato.....</i>	45
<i>Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, di Gian Domenico Mosco e Salvatore Lopreiato.....</i>	64

### SCHEDE E ATTUALITÀ

<i>«Competition on the merits»: a pseudo-concept?, di Gustavo Ghidini.....</i>	84
<i>La riforma costituzionale e l'impatto sul mondo delle imprese, di Marco Cecili.....</i>	88
<i>Servizi pubblici locali a rete e affidamento senza gara: società di capitali o azienda speciale? Pro e contro di un possibile futuro divieto, di Giuliano Vosa.....</i>	94

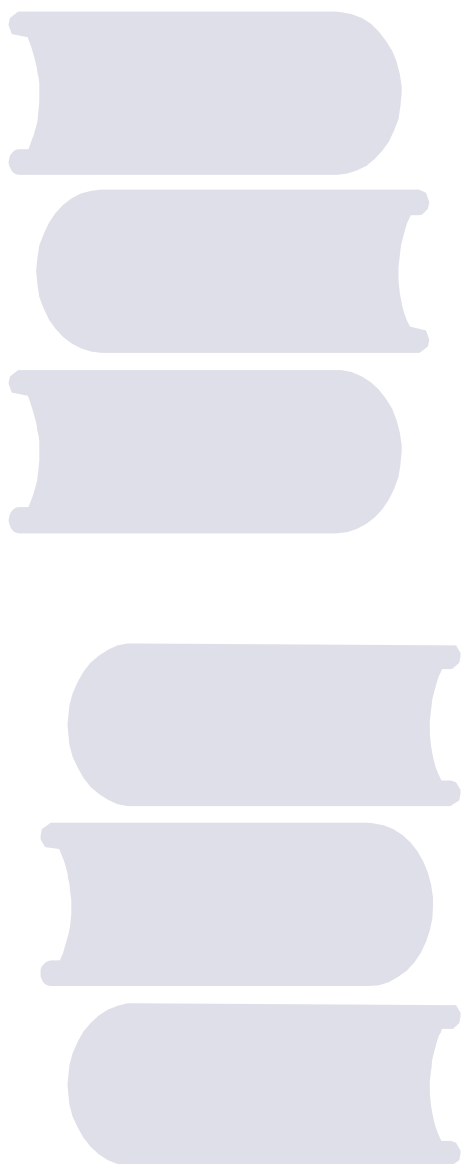
## PARTE SECONDA

### NOTE A SENTENZA DEGLI STUDENTI

<i>La natura giuridica dei fondi comuni di investimento dopo il «leading case» della Cassazione, di Raffaele Felicetti (Cass., 15 Luglio 2010, n. 16605).....</i>	102
<i>Il fallimento per estensione della «supersocietà» di fatto, di Francesca Luvisotti (Cass., 13 Giugno 2016, n. 12120).....</i>	113
<i>Autori.....</i>	129

### LUISS Law Review

LUISS Law Review - Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli  
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016  
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco  
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino  
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009



**Parte prima**

# Articoli



## *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il «jobs act»*

di **ROBERTO PESSI**

**SOMMARIO** 1. ANCORA SUL TIPO CONTRATTUALE; 2. GIURISPRUDENZA ED INDICI DI SUBORDINAZIONE; 3. LE DIVERSE LETTURE DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 81/2015; 4. L'IPOTESI RICOSTRUTTIVA, COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA; 5. LA NOZIONE DI ETERO-ORGANIZZAZIONE; 6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

### **Abstract**

The essay, from a synthetic reconstruction of the evolution of doctrine concerning the qualifiers profiles of the employment relationship, proceeds with an analysis of the provisions of art. 2 of Legislative Decree n. 81/2015, taking into account the different doctrinal reconstructions relating to the nature of organized collaborations. The Author then offers an interpretation that such collaborations are attributable to the field of autonomy, not feeling so that the rule has had an impact on the subordinate employment type, either on the scope of application of article. 2094 on Italian Civil Code. He then proposed an interpretation that gives to the collective autonomy the main role in the discipline of the new institute, also with reference to the identification of guarantees going in favor of the collaborators.

**1. Ancora sul tipo contrattuale.** Non è dubbio che l'intervento del *Jobs Act*, di «riordino» dei modelli di rapporto di lavoro, tutto giocato sul bilanciamento tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale (ZOPPOLI, 2014), sia stato indotto dal vivace dibattito dottrinale conseguente alla nuova regolazione della materia operata dalla l. n. 92/2012 (MAGNANI, 2013; MARAZZA, 2012; MARTELLONI, 2013; PALLINI, 2003 e 2013; PERULLI, 2014; PERSIANI, 2005 e 2013; PEDRAZZOLI, 1995; SANTONI, 2014; SPEZIALE, 2014).

Questo dibattito ha determinato l'impianto dell'intervento di cui al d.lgs. n. 81/2015: attribuzione ai collaboratori autonomi etero-organizzati dello statuto protettivo del lavoro subordinato; eliminazione dello statuto protettivo dei lavoratori a progetto; conservazione della parasubordinazione genuina.

Proprio l'assetto conclusivo spiega perché ci si interroghi sulla natura del

saldo complessivo dell'operazione (M.T. CARINCI, 2015), quanto all'arretramento o meno delle tutele riferite al lavoro autonomo (TURSI, 2015).

Del resto, il passaggio dalla delega al decreto delegato che qui interessa è stato accompagnato da una serie di pressioni divergenti (oltre che ad opera delle parti politiche e di quelle sociali) da parte della dottrina giuslavoristica (F. CARINCI, 2014 e 2015; GARILLI, 2014; MISCIONE, 2014; SANTONI, 2014; PIZZOFRERATO, 2015; SPEZIALE, 2014; TIRABOSCHI, 2014; VALLEBONA, 2014; ZOPPOLI, 2014).

La realtà è che nell'ultimo decennio del vecchio secolo molto era accaduto nella dialettica tra autonomia e subordinazione.

Basti, in proposito, ricordare un noto contributo di Mattia Persiani del 1998 (PERSIANI, 1998) in cui l'Autore dava atto del processo di progressiva erosione subito dal tipo contratto di lavoro subordinato, sia dall'interno, in ragione del moltiplicarsi di nuovi modelli contrattuali caratterizzati da variazioni causali o modali rispetto all'archetipo codicistico, sia dall'esterno, per effetto del succedersi di un complesso di interventi legislativi nell'area del lavoro autonomo coordinato e continuativo, che avevano ridisegnato i confini dell'istituto disciplinato dall'art. 2094 c.c..

Peraltro, seguendo il classico movimento oscillatorio del pendolo, tutto poi era stato ridimensionato in senso uguale e contrario, sin dall'inizio del nuovo secolo, con un "crescendo rossiniano", che si era concluso con la legge n. 92 del 2012 (DE LUCA TAMAJO, 2003; DE MARINIS, 2009; FERRARO, 2009, 2012 e 2013; SANTORO PASSARELLI, 2009, 2012 e 2013; PERULLI, 1996 e 2012; PASSALACQUA, 2012; PROIA, 2002; VALLEBONA, 2012; MASCARELLO, 2012; MAGNANI, 2013; MARAZZA, 2012; CARINCI 2012).

Questo riassetto regolativo si completa con il d.lgs. n. 81/2015, che, in continuità con i precedenti interventi progressivamente più restrittivi dell'area della parasubordinazione (quanto meno sotto il profilo della ricorribilità concreta a forme contrattuali aventi tale natura), ricentralizza l'asse della disciplina del rapporto intorno all'archetipo del lavoro subordinato.

Il nuovo quadro normativo è preceduto ed accompagnato dall'intervento

sui contratti a termine (con la significativa estensione temporale della acausalità), ora concorrenziali rispetto alle collaborazioni a più incerta tutela qualificatoria, laddove investite dal controllo giudiziario, il quale promuove il primo “traghettamento” spontaneo dall’autonomia alla subordinazione.

La riforma è altresì assecondata dal più flessibile regime protettivo in materia di licenziamenti, introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 (che, peraltro, nonostante il richiamo al «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti», non incide sui profili qualificatori inerenti il tipo contrattuale).

L’operazione di riordino è infine conclusa dal sopra richiamato, successivo, d.lgs. n. 81/2015, che, pur facendo salvo il disposto dell’art. 409 c.p.c., n. 3, ha abrogato la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto ed ha previsto che, a fare data dal 1° gennaio 2016, trovi applicazione la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretizzano in prestazioni di lavoro esclusivamente personale e continuative, e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

**2. Giurisprudenza ed indici di subordinazione.** Tuttavia, la tecnica dell’intervento normativo (sugli indici e non sulla definizione) non sarebbe comprensibile se non si tenesse conto che, all’alternarsi delle linee direzionali dei processi di regolazione, ha fatto da contrappunto un’analogia dinamicità negli orientamenti giurisprudenziali, peraltro non sempre in chiave sintonica con gli obiettivi perseguiti, di periodo in periodo, dal legislatore.

Certo, resta l’interrogativo in ordine alle ragioni che hanno determinato l’addensarsi delle oscillazioni qualificatorie da parte della giurisprudenza, in un assetto codicistico saldamente ancorato alle due fattispecie minime unitarie del 2094 e del 2222 c.c. (ulteriormente rafforzato dalla tipizzazione delle ipotesi mediane come l’agenzia e l’associazione in partecipazione).

Una risposta all’interrogativo di cui sopra è stata offerta da autorevole collega (Tosi, 2015), che, operando una ricostruzione storica degli andamenti giurisprudenziali, è partito dalla premessa che la formulazione dell’art. 2094



cod. civ. sconti a livello genetico (anche in virtù del compromesso tra teoria barassiana ed ideologia corporativa) una limitata capacità definitoria; questa premessa spiegherebbe perché, nello scorrere del secolo, essa abbia offerto spazio a letture e riletture, connesse anche al variare del modello socio-economico di riferimento.

La convinzione della ridotta capacità definitoria dell'art. 2094 c.c. matura a partire dagli anni '60, con l'accantonamento delle teorie istituzionalistiche (funzionali all'edificazione ed al consolidamento della fabbrica fordista), per l'affermarsi dell'impostazione dogmatica centrata sul sinallagma contrattuale; l'attenzione viene, allora, a concentrarsi sul tema della qualificazione del rapporto, che viene affidato (dalla dottrina prevalente) ad un giudizio di approssimazione orientato al social-tipo (SPAGNUOLO VIGORITA, 1976).

Se sul piano dogmatico «la scissione barassiana tra contratto e subordinazione» (NOGLER, 2002), spostando l'attenzione dell'interprete dall'assetto di interessi dichiarato dalle parti alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, appare coerente alla funzione affidata dall'ordinamento allo statuto protettivo del lavoro subordinato, la stessa, sul piano applicativo, sconta l'integrale affidamento della qualificazione alla giurisprudenza, secondo una logica casistica costruita per indizi, e necessariamente concretizzata *ex post*.

L'operazione ricostruttiva, peraltro, realizza gli obiettivi dei suoi elaboratori, riuscendo nel trentennio successivo, ad acquisire al lavoro subordinato tutti i rapporti di confine, non connotati integralmente dai caratteri identitari del lavoro autonomo di cui all'art. 2222 c.c. Al suo successo contribuisce la staticità del sistema produttivo, ancora ispirato al modello fordista, e quindi sostanzialmente non interessato all'esito del processo in corso.

È proprio il modificarsi di quest'ultimo riferimento (ovvero il modificarsi, improvviso e rapidissimo, dei modelli produttivi), che spiega come alla fine degli anni '80 si concretizzi un imprevisto rovesciamento di tendenza, che segnala, anche a livello dottrinale (PESSI, 1989; ICHINO, 1989), «una convinta rivalutazione dell'autonomia negoziale individuale» (FERRARO, 2008), ed una

conseguente più stretta connessione tra autonomia privata e metodo qualificatorio (anche in termini di recupero del procedimento sillogistico).

Non è dato sapere se furono gli indirizzi dottrinali sopra richiamati e/o il cambiamento degli assetti organici del mercato del lavoro (con una subordinazione meno baricentrica) a determinare il modificarsi degli orientamenti giurisprudenziali. Certo è, peraltro, che agli inizi degli anni '90 la Cassazione inizia ad affermare (dopo un silenzio pluridecennale) che, in assenza di un quadro istruttorio adeguato sulle effettive modalità di svolgimento del rapporto, il giudice può operare la qualificazione in base al testo contrattuale stipulato dalle parti (piuttosto che sulla base di indizi puramente presuntivi).

È questa, del resto, la fase storica in cui si concretizza il tentativo di costruzione tipologica del c.d. *tertium genus*, finalizzata ad assecondare l'affermarsi (specie nel settore dei servizi a basso valore aggiunto) di nuove figure professionali a basso costo ed alta flessibilità (gestionale e risolutoria), idonee a garantire competitività alle imprese (direttamente e/o per via di esternalizzazione), ma tali da generare masse significative di lavoro precario (con connesso e conseguente disagio sociale).

Il fenomeno, potenzialmente dirompente, nonché ricco di ambiguità ed abusi, riattiva il pendolo in senso contrario, generando un crescente disfavore nei confronti della "nuova" parasubordinazione e delle figure limitrofe, anche ove codicisticamente tipizzate (vedi, ad esempio, l'associazione in partecipazione).

Peraltro, questo disfavore si concretizza in modo diverso nella legislazione e nella giurisprudenza. Quanto alla prima, esso oscilla tra la tipizzazione delle nuove figure professionali "genuine" (con la limitazione degli ambiti a fini di controllo e la dotazione di uno statuto protettivo via via incrementale) ed il contrasto delle ricorrenti ipotesi simulatorie (sempre più affidato alla tecnica delle presunzioni), con andamenti sussultori concretizzatisi nei passaggi, centrali, del 2003, del 2012 e del 2015 (TOSI, 2016; SANTORO PASSARELLI, 2015; PERULLI, 2016). Quanto alla seconda, esso si concretizza nel ritorno ad un procedimento qualificatorio per approssimazione, centrato sulle concrete

modalità di svolgimento del rapporto ed affidato al metodo indiziario, in un contesto, peraltro, in cui gli indici della subordinazione sono sempre più impalpabili, e sempre più accentuatamente presuntivi, per la parziale frantumazione del social-tipo (SUPIOT, 2000).

È in questo contesto che trova motivazione la tecnica normativa dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, laddove il legislatore viene chiamato a consolidare una evidenza empirica, ovvero, insieme, la forte persistenza di collaborazioni coordinate e continuative di incerta legittimità e la contestuale presenza di una parasubordinazione genuina, e, quindi, a correggerne solo la parte distorsiva.

**3. Le diverse letture dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.** È proprio la tecnica normativa utilizzata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, con l'opzione di non operare per via definitoria una riscrittura dei tipi (che si potrebbe definire necessitata dalla mediazione tra i diversi obiettivi che gli venivano dettati dall'evidenza empirica sopra richiamata), che spiega l'aprirsi in dottrina di diversi orientamenti ricostruttivi, che investono la stessa nozione del tipo lavoro subordinato, sia quanto all'impianto determinativo, sia quanto ai confini del suo insieme.

Autorevole collega ha avanzato la suggestione che la previsione legislativa contenga una «norma apparente», la quale si concretizza soltanto «in un sostegno, *a latere* dell'art. 2094 c.c., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza, improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro» (TOSI, 2016).

In questa stessa linea di pensiero altra autorevole dottrina ritiene che l'intervento riformatore sia diretto solo a determinare un effetto necessitato nel procedimento qualificatorio del Giudice (SANTORO PASSARELLI, 2016).

L'art. 2, dunque, sarebbe funzionale a positivizzare «alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato» (SANTORO PASSARELLI, 2016).

Così, l'estensione dello statuto protettivo della subordinazione avverrebbe

per via di conversione automatica, essendo tenuto il giudice ad operarlo, laddove constati nella fattispecie concreta la sussistenza dell'etero-organizzazione.

Il legislatore, dunque, non potendo intervenire in modo organico sullo statuto del lavoro autonomo, ma temendo gli effetti negativi conseguenti all'abrogazione dello statuto protettivo costruito per il lavoro a progetto con la tipizzazione del 2003, avrebbe ritenuto necessario operare un «almeno apparente riordino» dei confini delle singole fattispecie, in attesa di poter porre mano ad una complessiva risistemazione della «disciplina organica dei contratti di lavoro» (TOSI, 2016).

A fronte di questa lettura, da alcuni giudicata minimalista, si pone la dottrina prevalente, che è orientata a ritenere che l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 modifichi la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., in quanto la nuova fattispecie del lavoro etero-organizzato verrebbe «ad inglobare in sé il lavoro subordinato» (M.T. CARINCI, 2015; TREU, 2015; RAZZOLINI 2015).

Si parla anche, nella stessa linea di pensiero (GHERA, 2016), di una «disposizione di normalizzazione» finalizzata ad estendere la disciplina del lavoro subordinato alle aree limitrofe «di fatto assimilabili al lavoro dipendente», e quindi idonea ad operare una rielaborazione del tipo (MARAZZA, 2015).

Non manca, invero, in questa lettura interpretativa, la consapevolezza che l'estensione dello statuto protettivo, obiettivo evidente e dichiarato della riforma, non comporti di per sé la rielaborazione della nozione storica e fondante della subordinazione, in ciò sintonicamente con gli Autori che negano la modifica dell'art. 2094 c.c. (DEL CONTE, 2016; MEZZACAPO, 2015; PERULLI 2015).

Proprio questa consapevolezza spiega la propensione di alcuni Autori, ugualmente orientati a sostenere la modifica dell'art. 2094 c.c., a descrivere l'intervento normativo come una «specificazione» e/o una presa d'atto della nozione di «subordinazione allargata», già elaborata dalla giurisprudenza, ed ascrivibile, quindi, al diritto vivente (MARIUCCI, 2015; NOGLER 2015; RAZZOLINI, 2015).

In questa linea ricostruttiva si «razionalizza» la tecnica normativa utilizzata

dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, non più imputabile ad un compromesso discendente dai discordanti segnali provenienti dalla realtà fattuale, ma frutto di una precisa opzione regolativa che tende ad abbandonare «la tecnica definitoria-precettiva», in favore dell'adozione di formule «ricognitive-funzionali», che si concentrano sugli indizi di connotazione dei rapporti implicati, favorendo quindi l'opera ricostruttiva dell'interprete nel corso del giudizio qualificatorio (FERRARO, 2016).

In buona sostanza, la ridefinizione, seppur indiretta, del tipo lavoro subordinato è funzionale alla semplificazione qualificatoria, al fine di includere nello statuto protettivo pieno tutti quei rapporti che presentino «gli elementi indiziari caratteristici della subordinazione, o per meglio dire quelli che storicamente definiscono un lavoro costante e continuativo alle dipendenze altrui» (FERRARO, 2016).

In realtà, così ragionando, la portata definitoria indiretta attribuita all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 resta affidata al riconoscimento della natura subordinata ad ogni collaborazione organizzata dal committente (GHERA, 2016). Ma questa affermazione rende esplicito che l'intera proposta di leggere un nuovo art. 2094 cod. civ. è affidata alla definizione di etero-organizzazione, o meglio ancora, alla sua capacità di segnare una linea di confine, netta, semplice e percettibile nel concreto, rispetto al contiguo fenomeno (spesso apparentemente identitario) del coordinamento (M.T. CARINCI, 2015).

Infatti, non è contestato nelle diverse letture dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, che, dopo la riforma operata, le collaborazioni, quali disegnate dall'art. 409, n. 3, c.p.c., «tornano ad assumere centralità quale modello tipico del lavoro parasubordinato» (FOGLIA, 2015).

Ma è questo il problema: segnare un confine così chiaro da essere percettibile non dagli *juris prudentes* ma dalla “gente comune”. È per questo che incisiva dottrina, spesso “controcorrente”, avanza il dubbio che «l'elemento dell'eterorganizzazione» non abbia «un'apprezzabile valenza definitoria» (ICHINO, 2015); un dubbio che è confortato dalla circostanza che anche il legislatore prevede numerose ipotesi di esclusione dal raggio di applicazione

della norma, «ipotesi in cui potrebbe ricorrere in concreto il requisito dell'etero-organizzazione» (ICHINO, 2015).

La strada ricostruttiva della riscrittura dell'art. 2094 c.c. sembra, dunque, difficile da percorrere, pur ponendosi come suggestiva, ed in qualche misura semplificante, anche sul piano didattico.

Nel breve, tuttavia, è ipotizzabile che questa lettura risulti prevalente, sia nella versione ridefinitoria, che in quella della introduzione di una presunzione assoluta (NOGLER, 2015), perché generatrice di un motore promozionale per l'implementazione "spontanea" della subordinazione, cumulativo ai significativi incentivi per il contratto a tutele crescenti ed alle importanti semplificazioni per il contratto a termine.

Resta, in ogni caso, il problema dogmatico di stabilire se sia effettivamente o meno intervenuta una modifica della nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. In proposito, altro giovane e valente collega prospetta una diversa lettura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, secondo la quale la riforma non avrebbe spostato l'asse qualificatorio della subordinazione dall'etero-direzione all'etero-organizzazione (PERULLI, 2015).

Si osserva, al riguardo, come il disposto normativo di cui all'art. 2 appaia «sprovvisto di ogni elemento definitorio e sistematico che possa fare ritenere attuata una modifica, in senso tipologico, della norma a base del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.)».

Né sembra prospettabile un percorso ricostruttivo ispirato ai sottotipi, atteso che nell'impianto regolativo non vi è la previsione di un sub-fattispecie del lavoro subordinato, la quale, infatti, «non è neppure definita e/o limitata tipologicamente», in quanto l'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, «facendo generico riferimento a rapporti di lavoro intercorrenti con un altrettanto generico soggetto denominato committente (e non datore di lavoro) può trovare applicazione indistintamente ed estensivamente a qualsiasi tipologia contrattuale, avente ad oggetto un *facere* lavorativo, che, in ipotesi, realizzi le condizioni prestatorie ivi contemplate» (PERULLI, 2015).

La lettura ricostruttiva proposta è, quindi, quella per cui la collaborazione

organizzata costituisce una fattispecie che permane sul confine tra autonomia e subordinazione (e che pare riferibile ancora all'art. 2222 c.c.); ma che, tuttavia, a fini protettivi della debolezza contrattuale del prestatore d'opera, viene «ricondata solo *per l'effetto* nell'area subordinazione, senza che essa sia qualificabile come tale, ovvero che ne venga disposta la conversione automatica» (PERULLI, 2015).

**4. L'ipotesi ricostruttiva, costituzionalmente orientata.** La tesi prima sinteticamente ricordata (ma ampiamente argomentata con una sistematica ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia) appare convincente, pur non negando la sussistenza di fondate diverse suggestioni negli apporti dottrinali di cui si è dato sin qui conto.

Non si può non concordare con la circostanza che il legislatore non abbia inteso modificare l'art. 2094 c.c.. e che, quindi, lo stesso non abbia introdotto una nuova definizione legale di subordinazione: la norma in commento, infatti, al pari dell'art. 409, n. 3, c.p.c., è da qualificarsi quale «norma sovratipica e non come norma sulla fattispecie» (PERULLI, 2015), potendo, quindi, costituire, allo stato, una mera «norma di disciplina» (RAZZOLINI, 2015).

L'impressione è, infatti, che si sia preso atto dell'esistenza (diffusa) di collaborazioni, le cui modalità di esecuzione, più che coordinate con il committente, siano dallo stesso organizzate.

Naturalmente, non ci si riferisce a fenomeni elusivi della subordinazione, ma a quelle situazioni ("genuine"), in cui le oggettive esigenze produttive rendono necessaria una determinata organizzazione «anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro». Nell'ambito di tale etero-organizzazione, tuttavia, il collaboratore mantiene la propria autonomia nello svolgimento delle obbligazioni contrattuali, anche se la stessa si fa "virtuale", perché le modalità sono oggettivamente dettate dal modello produttivo (e, quindi, si impongono all'imprenditore ed al prestatore d'opera).

Se così non fosse – vale a dire, se il legislatore avesse voluto integrare o modificare la definizione legale di subordinazione – risulterebbe di difficile

comprensione il senso della riforma; per un verso, in quanto non ve ne sarebbe stata la necessità, avendo la giurisprudenza costantemente valorizzato l'etero-organizzazione (ed i profili legati all'orario ed al luogo di lavoro) tra gli indici sintomatici della subordinazione; per altro verso, in quanto sarebbe stato molto più semplice (e coerente) intervenire direttamente sulla previsione dell'art. 2094 c.c.

Dunque, l'obiettivo della disposizione appare essere altro, e cioè quello di attribuire maggiori tutele (tipiche del rapporto di lavoro subordinato) a forme di collaborazione che, pur essendo autonome, sono caratterizzate da una dipendenza (se non necessariamente economica, almeno) organizzativa, con conseguente necessità di protezione sociale.

E qui risiede la questione più complessa, ove ci si ponga in un «itinerario concettuale che fa perno sull'individuazione della fattispecie» (SANTORO PASSARELLI, 2015).

Infatti, procedendo per questo itinerario, occorre domandarsi se l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato avviene mediante la conversione legale del rapporto di collaborazione etero-organizzato (da autonomo a subordinato), o piuttosto mediante l'estensione della predetta disciplina al rapporto di collaborazione (che, però, mantiene la sua natura autonoma).

Nel primo caso, la ricorrenza dell'etero-organizzazione (nei canoni indicati nella previsione in commento) avrebbe quale effetto diretto la modifica della natura del rapporto (da autonomo a subordinato).

Tale interpretazione, tuttavia, per un verso, conferirebbe alla disposizione una connotazione sanzionatoria (che non sembra avere); per altro verso, non terrebbe conto delle esigenze (spesso, sia aziendali, che dei lavoratori) di utilizzare rapporti di collaborazione, seppur con una organizzazione che va oltre il mero coordinamento.

Nel secondo caso, invece, la natura autonoma del rapporto (e, probabilmente, la volontà delle parti negoziali) sarebbe preservata, essendo solo riconosciute al collaboratore organizzativamente dipendente le maggiori



tutele previste per la subordinazione.

Resta aperto, logicamente, il problema delle definizioni di etero-organizzazione e di coordinamento, in quanto la “norma di disciplina” vale per la prima e non per la seconda.

Anche qui la dottrina è divisa, laddove ciascun Autore è condizionato dalle specifiche sensibilità di ricerca e di contesto. Così, mentre alcuni Autori vedono nell’etero-organizzazione l’attribuzione di un potere unilaterale al committente, mentre nel coordinamento il concretizzarsi di un accordo tra le parti quanto alle modalità della prestazione (RAZZOLINI, 2015; MEZZACAPO 2015; NOGLER 2015); altro propone, invece, di distinguere il coordinamento dalla etero-organizzazione in relazione all’oggetto verso cui si dirige, così che «il coordinamento riguarderebbe i casi in cui i rapporti di lavoro, tra le parti, e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore, sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione; mentre, viceversa, nelle prestazioni organizzate dal committente, le modalità di esecuzione, e i relativi vincoli di tempo e di luogo richiesti al collaboratore, sono quelli più generali, e per certi versi indeterminati, propri di un’organizzazione e di chi vi è inserito» (TREU, 2015).

La problematica della distinzione tra etero-organizzazione e collaborazione è, del resto, essenziale per confortare questa o quella lettura dell’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. Infatti, come si è già detto, la norma contiene alcune ipotesi di esclusione dell’applicazione dello statuto protettivo, ipotesi in cui pure, in ragione della definizione di etero-organizzazione assunta, potrebbero determinarsi differenziazioni di regime non motivate (M.T. CARINCI, 2015).

Tra queste la più significativa è quella che delega la contrattazione collettiva a disciplinare il regime normativo dei lavoratori etero-organizzati rientranti nell’ambito di applicazione della riforma.

Qui, anzitutto, il problema è stabilire l’ambito su cui insiste la delega, e cioè se la stessa sia soltanto riferita «alla facoltà di identificazione dei vari contesti produttivi di concrete forme di collaborazione riconducibili all’ipotesi

astratta definita dall'art. 2» (FOGLIA, 2015), ovvero se la stessa sia costruita come potere legittimante per l'autonomia collettiva (alla stregua di quello a suo tempo affidato per la causale dei contratti a termine) alla identificazione di statuti protettivi alternativi a quello proprio del lavoro subordinato per i prestatori d'opera interessati, investiti dalla "norma di disciplina".

Linearmente per quegli Autori, che propendono per la tesi secondo cui l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 ha modificato il tipo del lavoro subordinato, la soluzione è tutta nella prima delle due opzioni sopra richiamate. Ed è in questa rilettura della riforma che questa linea di pensiero supera anche la problematica dell'indisponibilità del tipo, che viene "rovesciata", riaffermandosi (ma non vi era dubbio) che il legislatore può «modificare i caratteri del tipo da esso storicamente configurati e disciplinati, non avendo al riguardo le sentenze della Corte Costituzionale posto alcun vincolo» (TREU, 2015).

Diversamente, chi sostiene che non vi siano state modifiche del tipo, ricorda, con argomento uguale e contrario, che la Corte Costituzionale ha ulteriormente confermato, con la sentenza n. 76/2015, il suo costante orientamento in ordine alla indisponibilità del tipo (DE LUCA TAMAJO, 2006; SCOGNAMIGLIO, 2001; D'ANTONA, 1995), che si concretizza nell'illegittimità dell'esclusione dall'ambito dello statuto protettivo di riferimento di categorie di rapporti, in tutto corrispondenti ad elementi della fattispecie generale, qualificandoli nominalmente in altro modo.

Ora, assunte le coordinate di rotta, resta il dato testuale dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, che non modifica il testo dell'art. 2094 c.c., ma si limita ad attribuire lo statuto protettivo dei prestatori etero-diretti anche ai prestatori etero-organizzati, peraltro con molte significative eccezioni.

È difficile, allora, con attitudine interpretativa sistemica, riuscire a comprimere l'ambito della delega all'autonomia collettiva, laddove in un contesto di "traghetramento forzoso", da uno statuto protettivo debole ad uno statuto protettivo forte, appare del tutto ragionevole la promozione "morbida" di passaggi convenzionali, modulati nelle tempistiche e nelle discipline di gestione del rapporto, con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese

e, quindi, della occupazione.

La conclusione è in sé non contestabile: anche perché documentata dalla storia della elaborazione del testo, specie in ordine ad alcuni, non pubblicizzati, passaggi concertativi.

Per opporsi ad essa, ovvero al suo effetto conclusivo (ovvero la non modificazione del tipo lavoro subordinato ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015), uno dei più acuti giuslavoristi italiani contrasta l'argomentazione su due fronti diversi: per un verso, sostenendo (ragionevolmente) che si sia concretizzata una «relativizzazione del principio di indisponibilità del tipo» (e quindi una perdita della sua «pregnanza precettiva»), per l'altro, imputando alla tesi negazionista della modifica dell'art. 2094 cod. civ. «di ricostruire la categoria generale sulla base della disposizione esoneratrice» (FERRARO, 2015).

Le obiezioni sono “brillanti”, come la mente di chi le ha formulate; ma sono replicabili. Alla prima può risponderci che è proprio la “relativizzazione” che consente una “norma di disciplina”; alla seconda che la prospettata modifica dell'art. 2094 cod. civ. è dedotta dalla norma attributiva dello statuto protettivo, senza alcuna presenza di una valenza definitoria.

Sembra a questo punto possibile concludere per una ricostruzione dell'intervento riformatore come confermativa della natura autonoma del rapporto di lavoro del prestatore d'opera etero-organizzato, ed insieme attributiva, ferme le eccezioni, dello statuto protettivo della subordinazione.

Va detto, peraltro, che la conclusione raggiunta genera una serie di questioni di complessa risoluzione, quali, in particolare, quelle relative alla disciplina previdenziale ed amministrativa da applicare, ovvero quella degli obblighi imputabili al collaboratore, nonché di contro dei parametri di valutazione del corretto adempimento.

Personalmente ritengo che le difficoltà sopra richiamate siano superabili assumendo, per un verso, la disciplina del lavoro subordinato quanto ai profili amministrativi e previdenziali, in quanto strettamente connessi allo statuto protettivo e, quindi, alla *ratio* della sua estensione, per l'altro, quella del lavoro autonomo quanto ai profili gestionali, qui in ragione della persistente conferma

della natura intrinseca del rapporto instaurato.

Certo la problematica sin qui esposta sarebbe superata se si condividesse la tesi di chi ritiene che dal dato letterale dell'art 2, comma 1, del d.lgs n.81 del 2015 «si ricava che ai rapporti in questione» (ovvero a quelli che "transitano dal 1 gennaio 2016) «si applica l'integrale disciplina prevista per il rapporto di lavoro», e quindi, anche quella parte «che attribuisce al datore una serie di poteri, tra cui anche quello direttivo» (ivi compresi quelli di cui all'art. 2104 c.c.) (PISANI, 2016).

Non ritengo di poter condividere questa pur suggestiva ricostruzione, in quanto, seppur per una via argomentativa diversa, si perviene alla tesi della modifica della nozione di subordinazione, ovvero alla subordinazione "allargata" qualificata dalla etero-organizzazione.

Resta, quindi, a mio avviso centrale il tema della disciplina applicabile ai prestatori d'opera etero-organizzati, che fruiscono dello statuto protettivo della subordinazione, ma sono sostanzialmente autonomi (laddove, diversamente avrebbero fruito della conversione del rapporto in forza della evidenza simulatoria).

Qui le difficoltà applicative saranno significative, laddove, per un verso, i datori di lavoro saranno orientati a novazioni del rapporto (risultando di maggiore utilità l'acquisizione di un più accentuato potere direttivo e specificativo a fronte della applicazione dello statuto protettivo della subordinazione), per l'altro, i collaboratori privilegeranno la conservazione della loro autonomia (seppur etero-organizzata), specie quanto ai parametri valutativi dell'adempimento (e della connessa limitazione dei motivi giustificativi del recesso).

Sarà probabilmente decisiva l'autonomia collettiva: ed è questo il senso della delega di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. Se ben utilizzata essa dovrà garantire quel processo di graduale armonizzazione, non solo nel passaggio da uno statuto protettivo ad un altro, quanto e soprattutto nel transito da uno *status* professionale ad un altro (nella convinzione che, in definitiva, non potrà essere quello di "partenza", ma neppure quello immaginabile come di

“arrivo”, in ragione della disciplina attribuita *ex lege*).

Sarà questa la vera sfida per il sistema delle relazioni industriali; certo più complessa di quella gestita con gli accordi di armonizzazione per il trasferimento di azienda o di un ramo di essa.

In ogni caso, sarà proprio la problematica dei profili gestionali che affaticherà gli interpreti, le parti sociali e la giurisprudenza nel complesso percorso applicativo dell'art. 2 del d.gs. n. 81 del 2015. Da questi ulteriori sforzi potrebbe, tuttavia, prodursi una soddisfacente ridefinizione dei confini tra autonomia e subordinazione, idonea a recuperare le collaborazioni coordinate e continuative connotate dalla genuinità.

**5. La nozione di etero-organizzazione.** Il tema centrale è, in ogni caso, quello della individuazione dei caratteri della etero-organizzazione, che, qui, nell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, non sono rinvenibili in quelli elaborati dalla giurisprudenza per ampliare l'ambito di insistenza del potere direttivo-specificativo, ma sono identificabili, solo ed esclusivamente, nella «facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore, anche in ragione del tempo e del luogo, rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente stesso» (PERULLI, 2016).

Ora, è in questa indicazione che può determinarsi la parziale ricomposizione delle tesi ricostruttive che sostengono la modifica dell'art. 2094 cod. civ. e di quelle che la negano, se non a livello di rilettura sistematica, certo nella concretizzazione, sul mercato del lavoro e sul sistema produttivo, degli effetti della riforma.

Infatti, la nozione di etero-organizzazione avanzata neutralizza il dato dell'esercizio di un potere unilaterale e, alternativamente, della sussistenza di un accordo in ordine alle modalità della prestazione, in quanto la oggettivizza, correlandola all'immanenza immodificabile di un'organizzazione-conseguenza del modello produttivo prescelto (TREU, 2015).

Quindi, l'etero-organizzazione sussiste anche in assenza di un intervento del committente «sulle modalità organizzative intrinseche delle prestazioni», e

cioè in assenza di un concreto assoggettamento alla sua sfera di comando, in quanto indotta da un «dispositivo organizzativo» idoneo a «formattare» la prestazione «anche sotto il profilo spazio-temporale» (PERULLI, 2016).

Da questo angolo visuale, si osserva, in modo condivisibile, che, a differenza del potere direttivo-organizzativo (che nella lettura contrattualista è un effetto tipico del negozio), nella fattispecie in esame l'etero-organizzazione discende «principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall'inserimento materiale della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione» (TURSI, 2015).

**6. Riflessioni conclusive.** In coerenza, l'approdo finale dovrebbe aversi con l'ulteriore intervento normativo annunciato, che dovrebbe concludere la tipizzazione della parasubordinazione "genuina" di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., con la specificazione che la genuinità sussiste solo laddove il prestatore d'opera organizzi «autonomamente la propria attività». In questa sistemica, conseguentemente, si identifica il valore qualificatorio del coordinamento, ponendo l'accento sulla autonomia organizzativa, sia sotto il profilo soggettivo della volontà, che sotto quello oggettivo della possibilità.

Per questa via, al termine del periodo di concretizzazione dell'intervento di riforma, il diritto del lavoro sarà tornato alle origini con le due fattispecie minime unitarie dell'art. 2094 e dell'art. 2222 c.c. a segnare i confini dei rispettivi statuti regolativi, laddove il lavoro coordinato e continuativo si connaturerà come sottotipo del lavoro autonomo *tout court*.

Non so dire se il risultato prodotto sia coerente con il nuovo mercato del lavoro e con le nuove professioni. Registro qualche perplessità di chi avrebbe ritenuto più opportuno non abbandonare «la saggia via della tutela "proporzionata", ispirata alla teoria dei cerchi concentrici, che caratterizzava la proposta della carta dei diritti del 2002» (TURSI, 2015).

Invero, tuttavia, nel complesso, l'approdo finale sembra equo, perché recupera la trasparenza originaria e ridimensiona gli allarmi sociali.

È vero che, ancora, la stessa dottrina (TURSI, 2015) auspica «il recupero di quell'inattuato oggetto di delega, contenuto nella legge n. 183/2014» per emanare «un testo organico delle discipline delle tipologie contrattuali». Ed è vero che la proposta è utile, specie laddove consenta il recupero di opportunità lavorative forse troppo frettolosamente bandite dal legislatore, come quelle offerte dal tipo associazione in partecipazione.

Devo dire, comunque, a chiusura di questa relazione, che se l'intervento riformatore riuscirà, nell'effettività del concreto, a riportare il baricentro del Diritto del lavoro sull'asse della storica distinzione tra subordinazione ed autonomia (quest'ultima inclusiva del sotto-tipo delle collaborazioni coordinate e continuative) il risultato prodotto (che mi riporta ai miei studi del 1989) sarà di particolare significatività, specie per il recupero della coesione sociale, in quanto realizzerà l'equilibrato contemperamento degli interessi coinvolti nella produzione e l'equo bilanciamento tra i valori dell'impresa e quello della persona umana.

## Riferimenti bibliografici

- CARINCI F. - ZILIO GRANDI G. (a cura di), *Le politica del lavoro del governo Renzi. Atto I*, Adapt Labour Studies E-book Series, n. 30,
- CARINCI F., *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1
- CARINCI M.T., *All'insegna della flessibilità*, in Aa.Vv., *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti* (a cura di M.T. Carinci e A. Tursi), Torino, 2015
- CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2015
- D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 1995
- DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 9/2003
- DE LUCA TAMAJO R., *Il limite della discrezionalità qualificatoria del legislatore*, in Scognamiglio R. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- DE MARINIS N., *Il contratto di lavoro*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro, Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., Torino, 2009
- DEL CONTE, *Premesse e prospettive del "Jobs Act"*, in *Dir. rel. ind.*, 2016
- FERRARO G., *Alla ricerca del lavoro a progetto*, in G. Santoro Passarelli - G. Pellacani (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Torino, 2009
- FERRARO G., *Flessibilità in entrata, vecchi e nuovi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. it. dir. lav.*,

2012, I

FERRARO G., *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione al nuovo secolo*, Milano, 2008

FERRARO G., *Il lavoro autonomo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013

FOGLIA L., *Actio finium regundorum tra lavoro subordinato e lavoro autonomo nel Jobs Act*, in *Mass. giur. lav.*, 2015

GARILLI A., *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 226/2014

GHERA E., *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Mass. giur. lav.*, 2016

ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989

ICHINO P., *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo ed in quello degli Stati membri*, RIDL, 2015, 577.

MAGNANI M. – TIRABOSCHI M., *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012*, n. 92, Milano, 2012

MAGNANI M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione, nel gioco delle presunzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 174/2013

MAGNANI M., *La riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 2012

MARAZZA M., *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, supplemento de Il Sole24 Ore, luglio 2015

MARAZZA M., *Il lavoro autonomo dopo la riforma Monti*, ADL, 2012;

MARIUCCI L., *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015

MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna 2012

MASCARELLO G., *Il lavoro non subordinato: il contratto a progetto*, in F. Amato - R. Sanlorenzo, *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), 2012

MEZZACAPO D., *La nuova figura delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime osservazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 59

MISCIONE M., *"Jobs Act" con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega*, *Lavoro e Giustizia*, 2014

NOGLER L., *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002

NOGLER L., *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015

PALLINI M., *Il lavoro a progetto, ritorno al futuro?*, in M. Pallini (a cura di), *Il lavoro a progetto in Italia ed in Europa*, Bologna, 2003

PALLINI M., *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, I

PASSALACQUA P., *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato. Il lavoro coordinato e a progetto, il lavoro del socio di cooperativa, l'associazione in partecipazione dopo la "riforma Fornero"*, Torino, 2012

PEDRAZZOLI M., *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1995;

PERSIANI M., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, *Dir. Lav.*, 1998, I

PERSIANI M., *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I

PERSIANI M., *Individuazione delle nuove tipologie, tra subordinazione ed autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005



- PERULLI A., *Il falso superamento dei co.co.co nel Jobs Act*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 6.3.2015
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. giur.*, 2012
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, in *Dir. rel. ind.*, 2013
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, in A. Cicu – F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, 1, Milano, 1996
- PERULLI A., *Prestazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, in A. Perulli – L. Fiorillo (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2016
- PERULLI A., *Un Jobs Act per il lavoro autonomo, verso una nuova disciplina della dipendenza economica* in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 235/2014
- PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989
- PINTO V., *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in Chieco P., (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro*, Bari, 2013
- PISANI C., *Eterorganizzazione ed eterodirezione: c’è davvero differenza tra l’art.2 d.lgs, n.81/2015 e l’art. 2094 cod. civ?*, in *Guida al Lavoro*, 2016
- PIZZOFERRATO A., *Il percorso di riforme del diritto del lavoro nell’attuale contesto economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015
- PROIA G., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002
- RAZZOLINI O., *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 266/2015
- SANTONI F., *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci F. (a cura di), *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Milano, 2014
- SANTORO PASSARELLI G., *Crisi economica e globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2013
- SANTORO PASSARELLI G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino, nozioni a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013
- SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 278/2015
- SANTORO PASSARELLI G., *Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite Iva nella legge n. 92/2012*, in F. Carinci - M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012
- SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Napoli, 1976
- SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 233/2014.
- SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, DRI, 2000.
- TIRABOSCHI M. (a cura di), *Jobs act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt Labour Studies e-Book Series, 2014
- TIRABOSCHI M., *Una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul d.d.l. 3249/2012*, in *Adapt press*, aprile 2012
- Tosi, *L’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016
- TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013

TREU T., *Job Act: prime note*, DPL, 2014, 979; A. Vallebona, *Lavoro e vita economica: un numero per salvare l'Italia*, Mass. giur. lav., 2014

TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2015

TURSI A., *Dalla riforma dell'art. 18 al Jobs Act. Riproposizione o ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?*, in Aa.Vv., *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti* (a cura di M.T. Carinci e A. Tursi), Torino, 2015

TURSI A., *Jobs act. Riforma del lavoro autonomo: i due punti deboli*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 4 aprile 2015.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, Torino, 2012

ZOPPOLI L., *Il riordino dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 213/2014.



## *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro*

di **RAFFAELLA SCARABINO**

**SOMMARIO** **1.** DALLA S.R.L. ORDINARIA AI NUOVI MODELLI: VERSO UN TIPO SOCIETARIO “POLIFUNZIONALE”; **2.** LA TRAVAGLIATA GENESI DELLA S.R.L. SEMPLIFICATA (S.R.L.S.) E DELLA S.R.L. ORDINARIA CON CAPITALE INFERIORE A 10.000,00 EURO; **3.** PROFILI DI DISCIPLINA E PRINCIPALI DIFFERENZE; **4.** NORME SUL CAPITALE TRA INAPPLICABILITÀ ED EFFETTIVITÀ; **5.** S.R.L.S. E S.R.L. ORDINARIA CON CAPITALE INFERIORE A 10.000,00 EURO UNIPERSONALI

### **Abstract**

Starting from 2012, the limited liability company (*società a responsabilità limitata*) has been subject to various legislative amendments, all introduced in a very short time frame. Accordingly, the regulatory framework appears to be inconsistent and in constant evolution. The current research aims to analyse the rules concerning the simplified and ordinary limited liability company with share capital of less than 10.000 euro, taking into account differences and similarities.

**1. Dalla s.r.l. ordinaria ai nuovi modelli: verso un tipo societario “polifunzionale”.** La s.r.l. è stata disciplinata per la prima volta dal codice del 1942<sup>1</sup> al fine di creare una s.p.a. semplificata con partecipazioni non incorporabili in azioni, caratterizzata da maggiore “personalizzazione” ma comunque dotata di autonomia patrimoniale perfetta. Si trattava quindi di un tipo societario volto ad evitare la creazione di società per azioni anomale, costituite non per mobilitare il risparmio diffuso ma semplicemente per accedere al beneficio della limitazione della responsabilità. In termini di *governance*, la s.r.l. era dotata di un’assemblea dei soci, di un organo amministrativo e, le sole s.r.l. di maggiori dimensioni, di un collegio sindacale. Quanto alla tecnica legislativa adottata, la s.r.l. era per lo più disciplinata attraverso generalizzati

<sup>1</sup> In verità il codice di commercio del 1882 prevedeva già che la società anonima potesse essere per azioni o per quote, senza però introdurre alcuna disposizione specificamente applicabile all’anonima per quote. L’anonima per quote era pertanto affine ad un’anonima per azioni che si fosse avvalsa della facoltà di non emettere i certificati azionari. Pur con gli evidenti limiti derivanti dall’assenza di una disciplina autonoma e peculiare, è quindi possibile individuare nell’anonima per quote l’archetipo della s.r.l., la quale, più che un tipo societario realmente innovativo, ne rappresenta un’evoluzione maggiormente articolata.

rinvii alle disposizioni dettate in materia di s.p.a. senza grosse deviazioni in grado di accentuarne l'autonomia tipologica<sup>2</sup>.

La Riforma del 2003, adottando una tecnica opposta rispetto alla precedente, ha invece dedicato a tale tipo societario un autonomo e organico insieme di norme. In estrema sintesi la s.r.l. riformata si presenta come tipo "a metà strada" tra la s.p.a. e le società di persone, una sorta di società di persone a responsabilità limitata (ASSOCIAZIONE PREITE, 2003; CAMPOBASSO, 2003; MONTAGNANI, 2003). Tale sensazione deriva dalla lettura delle norme in materia di organizzazione e processi decisionali, le quali, riconoscendo all'autonomia statutaria uno spazio di intervento sino ad ora ignoto alla disciplina delle società di capitali, consentono ai soci di dotarsi di modelli organizzativi strutturati sulla falsariga di quelli operanti nelle società di persone, ben lontani dalla rigida struttura corporativa tipica delle società di capitali. Pur a fronte di un indubbio affievolimento del principio corporativo, non pare tuttavia corretto parlare di una sua totale soppressione, posto che il legislatore riserva comunque – e inderogabilmente - talune materie alla competenza dell'organo amministrativo e altre ai soci. Sembra pertanto maggiormente aderente al dettato normativo propendere per la permanenza di un'organizzazione corporativa, seppur embrionale e molto semplificata (in questo senso CAGNASSO, 2007; MOSCO, 2012; *contra*: SCIUTO E SPADA, 2004).

---

<sup>2</sup> In termini di autonomia tipologica nel Codice del 1942 si era infatti registrato un arretramento tra quanto previsto dal progetto Vivante del 1922 e dal progetto D'Amelio del 1925 e quanto effettivamente tramutatosi in diritto positivo. Sul punto SANTINI, 1984; di diverso avviso RIVOLTA, 1982. SANZO, 2008, 336 sottolinea appunto come la differenziazione della s.r.l. rispetto alla s.p.a. fosse minima e per lo più "determinata sia dal diverso mezzo di partecipazione al capitale sociale, sia da un'idea di minore formalismo dei meccanismi di funzionamento, da ricollegarsi ad una base di partecipazione più ristretta rispetto a quella ipotizzata per la s.p.a.". BENAZZO, 2004, 808, rileva che non c'era però perfetta identità tra s.p.a. e s.r.l. sul piano della struttura ed infatti nelle s.r.l. "l'organo dei soci esisteva solo sulla carta", mentre sul piano del funzionamento "il sistema delle azioni di responsabilità e, più in generale, quello dei controlli risentiva dei difetti legati al meccanismo maggioritario plutocratico che la s.r.l. mutuava dal modello azionario. Con la conseguenza che, molto spesso, la s.r.l., quale società per sua natura priva di un effettivo mercato secondario per la circolazione delle quote, diveniva la prigioniera (non certo dorata) per i soci sotto la soglia del controllo. Prigioniera la quale, a sua volta, o finiva per legittimare posizioni di dominio (per lo più individuale) opache, ovvero scatenava lotte intestine senza fine, con buona pace tanto di un corretto esercizio del potere di impresa, quanto dell'istanza di efficiente allocazione delle risorse economiche".

Tuttavia, a partire dal 2012, la s.r.l. è stata oggetto di molteplici interventi normativi, a distanza di pochi mesi gli uni dagli altri, che non hanno riguardato la s.r.l. “ordinaria” o “di base” ma hanno piuttosto introdotto modelli ulteriori, alcuni dalla vita peraltro assai breve: dalla s.r.l. semplificata alla s.r.l. ordinaria con capitale inferiore ai 10.000 euro passando per la ormai abrogata s.r.l. a capitale ridotto fino alla più complessa e articolata s.r.l. *start-up* innovativa introdotta dal D.L. Crescita bis (182/2012). Se s.r.l. semplificata e s.r.l. con capitale inferiore al minimo possono agevolmente essere qualificate come “*species*” di un medesimo *genus*, lo stesso non può dirsi con altrettanta facilità della s.r.l. *start-up* innovativa. Le quote di quest’ultima possono infatti – in deroga a quanto previsto dall’art. 2468 c.c. – essere oggetto di offerta al pubblico mediante portali *online* (cd *equity crowdfunding*). A ben vedere la struttura finanziaria delle s.r.l. *start-up* – grazie alla possibilità di “oggettivizzare” la partecipazione sociale anche mediante la creazione di categorie di quote a voto limitato o escluso e di strumenti finanziari – è innegabilmente affine a quella della s.p.a. Tale scenario induce a chiedersi se, pur in presenza di deroghe così vistose incidenti sulle caratteristiche tipologiche della fattispecie, sia comunque ancora possibile ricondurre la s.r.l. *start-up* al tipo societario s.r.l. o se in realtà il decreto Crescita bis abbia dato vita a un distinto e autonomo tipo societario.

In ogni caso, al di là della s.r.l. *start-up* che merita riflessioni maggiormente approfondite, la s.r.l. semplificata e, ancor di più, la s.r.l. ordinaria con capitale inferiore al minimo, alle quali è dedicato il presente contributo, sembrano riconducibili al tipo s.r.l. Tuttavia, pur non essendo consentita la qualificazione dei diversi modelli di s.r.l. come veri e propri sottotipi, è innegabile che la s.r.l. possa assumere molteplici volti ed essere impiegata per finalità tra loro antitetiche: dall’appello al pubblico risparmio mediante *equity crowdfunding* all’esercizio di attività di impresa da parte di MPMI sostanzialmente prive di capitale (CAGNASSO, 2013).

**2. La travagliata genesi della s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e della s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro.** Per la costituzione di una s.r.l. fino all'agosto del 2013 era richiesto un capitale sociale minimo di almeno 10.000 euro. Tale scelta legislativa suscitava però non poche perplessità. È infatti da anni in corso un vivace dibattito in ordine all'utilità delle regole sul capitale, giudicate costose ed inefficienti soprattutto in virtù del fatto che il ceto creditorio – ad eccezione dei creditori involontari – è in grado di disporre di strumenti contrattuali di autotutela richiedendo garanzie personali ai soci. Nello specifico, controverso è sempre stato il ruolo del capitale sociale in tutte le *cd limited liability companies non public*, anche alla luce delle differenti soluzioni adottate in altri Paesi europei (ENRIQUES E MACEY, 2002; MIOLA, 2005; PORTALE, 2010). Al di là della fortunata esperienza della *private company* inglese, la Francia già dall'agosto del 2003 aveva infatti abolito il capitale minimo di 7.500 euro per la *société à responsabilité limitée* (SARL), concedendo la possibilità di costituirla con un solo centesimo di euro. In Spagna era stata introdotta la *Sociedad Nueva Empresa* con capitale minimo non inferiore a 3.102 euro e in Germania la *Unternehmergesellschaft Haftungbeschränkt* (UG) con capitale di almeno un euro (ASSONIME, 2012).

In quest'ottica anche il legislatore italiano ha ritenuto di uniformarsi alle spinte provenienti dagli altri Paesi dell'Unione Europea. Per tale ragione si sono susseguiti molteplici interventi normativi – peraltro tutti attuati mediante decretazione d'urgenza – che, all'esito di una travagliata gestazione determinata dall'assenza di *guidelines* frutto di una "strategia" di riforma condivisa in grado di indirizzare l'azione normativa, hanno, tassello dopo tassello, contribuito al delinearsi dell'attuale fisionomia della s.r.l. semplificata e della s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro. La disciplina attualmente vigente è l'emblema dei problemi di tecnica legislativa che da tempo interessano il nostro Paese e che nel caso di specie risultano evidenti già a partire dall'inidoneità dello strumento utilizzato per legiferare. A prescindere infatti dall'ovvia constatazione dell'inopportunità di un reiterato impiego dei decreti legge, il ricorso alla decretazione d'urgenza per

l'introduzione di novità di sistema in un settore così delicato quale è quello del diritto societario appare del tutto incongruo.

Cionondimeno la s.r.l. semplificata, con capitale sociale compreso tra 1 e 10.000 euro, è stata introdotta dal D.L. 1/2012 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito con modificazioni dalla L. 27/2012. In questa prima versione la s.r.l. semplificata era riservata a soci persone fisiche di età inferiore ai 35 anni, tra i quali dovevano essere necessariamente scelti gli amministratori, ed era obbligata ad adottare uno statuto con caratteristiche standard. In un secondo momento, l'art. 44 del D.L. 83/2012 aveva previsto un ulteriore modello "speciale" di s.r.l. con capitale minimo pari ad 1 euro, la s.r.l. a capitale ridotto, fruibile anche da soggetti *over 35* i cui amministratori potevano essere anche non soci. Tale modello è stato abrogato dopo pochi mesi ad opera del D.L. 76/2013 il quale ha però consentito l'accesso alla s.r.l. semplificata anche a soggetti di età superiore a 35 anni<sup>3</sup>, prevedendo altresì che l'amministrazione possa essere affidata a non soci. Le s.r.l. a capitale ridotto già costituite sono state, pertanto, *ex lege* riqualficate come s.r.l. semplificate. In sede di conversione del predetto decreto ad opera della L.99/2013 è stata inoltre estesa anche alla s.r.l. ordinaria la possibilità di determinare l'ammontare del capitale sociale in misura inferiore a 10.000 euro, fino ad 1 euro, prevedendo però un obbligo di patrimonializzazione forzata da attuarsi mediante l'accantonamento annuale in una riserva di quota parte degli utili netti.

La schizofrenia che sembra aver colpito il legislatore – di cui i nuovi modelli di s.r.l. costituiscono un esempio particolarmente rappresentativo – ha pertanto determinato un quadro normativo incoerente e in continua evoluzione a discapito della certezza del diritto (BUSANI E BUSI, 2012).

---

<sup>3</sup> Sono invece tuttora riservate ai soli soggetti di età inferiore ai 35 anni le agevolazioni di cui all'art. 44 del D.L. 83/2012 così come modificato dal D.L. 76/2013 ai sensi del quale «Al fine di favorire l'accesso dei giovani imprenditori al credito, il Ministro dell'economia e delle finanze promuove, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, un accordo con l'Associazione bancaria italiana per fornire credito a condizioni agevolate ai giovani di età inferiore a trentacinque anni, che intraprendono attività imprenditoriale attraverso la costituzione di una società a responsabilità limitata semplificata».

**3. Profili di disciplina: tratti comuni e principali differenze.** La disciplina della s.r.l. semplificata e della neonata s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro converge per molteplici profili. Si registrano tuttavia significative differenze che rendono i due modelli autonomi l'uno dall'altro (BARTOLACELLI, 2013; BAUDINO, 2012).

Prendendo le mosse dalle affinità, va in primo luogo rilevato che entrambe le tipologie di s.r.l. a ridotta capitalizzazione conservano il riferimento al capitale sociale, il quale, ancorché di importo simbolico, ha comunque una funzione organizzativa. In entrambi i casi – in un'ottica quantomeno inusuale – è previsto però un tetto massimo di capitale, il quale non può infatti superare la soglia di 10.000 euro. Sussiste pertanto una sorta di limite dimensionale in negativo: superata la soglia di rilevanza di 10.000 euro il capitale riacquista la sua tradizionale funzione di garanzia e non è più possibile fruire dei modelli speciali. Quanto alla formazione del capitale, i conferimenti devono essere necessariamente effettuati in denaro e devono essere interamente versati nelle mani degli amministratori al momento della costituzione<sup>4</sup>. La circostanza che i conferimenti debbano essere interamente versati consente quindi di escludere che si possa ricorrere ai meccanismi previsti dal 4° comma dell'art. 2464 c.c. del versamento parziale del conferimento in denaro o della sua sostituzione con una polizza assicurativa o una fideiussione bancaria. Non è comunque consentito conferire beni in natura, crediti e prestazioni di opera o servizi. Verosimilmente la *ratio* di tale divieto va ricercata in esigenze di semplificazione. I conferimenti in natura richiedono infatti la presentazione da parte del socio conferente di una relazione giurata di stima redatta da un revisore o da una società di revisione che appesantirebbe il procedimento di costituzione della società. Tuttavia una limitazione così drastica del perimetro delle entità conferibili rischia di non essere una soluzione coerente rispetto

---

<sup>4</sup> A seguito delle modifiche introdotte dal D.L. 76/2013, convertito in L. 99/2013 ai sensi dell'art. 2464 4° comma c.c., attualmente in tutte le s.r.l. al momento della costituzione il versamento dei conferimenti deve avvenire non più presso una banca ma all'organo amministrativo nominato nell'atto costitutivo.



all'intento perseguito di agevolare la nascita di nuove imprese che – soprattutto in fase di *start-up* – potrebbero trarre notevoli benefici dalla possibilità di imputare a capitale entità diverse dal denaro. Occorre inoltre chiedersi se il divieto di effettuare conferimenti diversi dal denaro valga solo in sede di costituzione o anche in sede di aumento di capitale<sup>5</sup>.

Come è evidente, s.r.l. semplificata e s.r.l. con capitale inferiore al minimo sono modelli molto simili. Esistono tuttavia, come accennato, delle differenze in termini di disciplina tutt'altro che trascurabili.

In via preliminare è necessario chiarire che la s.r.l. ordinaria con capitale inferiore al minimo soggiace interamente alle norme dettate per il tipo societario di riferimento, seppur con le peculiarità previste dagli ultimi due commi dell'art. 2463 c.c. Al contrario alla s.r.l. semplificata – cui è per la verità dedicato un solo articolo del codice civile – le disposizioni in materia di s.r.l. ordinaria si applicheranno, salvo quanto previsto appunto dall'art. 2463 bis c.c., esclusivamente con il filtro della compatibilità.

Pertanto, ogniqualvolta si intenderà applicare alla s.r.l. semplificata una disposizione rientrante nella disciplina della s.r.l. ordinaria, sarà necessario chiedersi se essa è compatibile col modello speciale. Inoltre la sola s.r.l. semplificata è destinataria di agevolazioni fiscali in sede di costituzione ed è per essa previsto l'esonero dagli onorari notarili per la stipula del relativo atto costitutivo.

Fatta questa doverosa premessa, nel dettaglio le differenze più marcate tra le due tipologie di s.r.l. a ridotta capitalizzazione si riscontrano in materia di

---

<sup>5</sup> BUSANI, 2013, ha rilevato che “anche se appare senz'altro suggestivo l'argomento secondo il quale la forma semplificata di questa s.r.l. potrebbe far propendere per l'estensione, all'intera esistenza della s.r.l.s., delle regola dettate per la sua costituzione, sembra più plausibile l'impressione che, trattandosi di norme di divieto, è complicato immaginarne l'applicazione al di là delle fattispecie per le quali esse sono espressamente dettate”. Il Consiglio Notarile di Milano con Massima n. 130 del 5 marzo 2013 al riguardo ha osservato che “tale obbligo e tale divieto, tuttavia, non si applicano ai conferimenti da eseguire in sede di aumento di capitale di s.r.l. semplificate [...] nemmeno nelle ipotesi in cui il capitale non venga aumentato a un importo pari o superiore a euro 10.000 e la società mantenga la forma di s.r.l. semplificata [...] le operazioni di aumento di capitale in tali sotto-tipi di s.r.l., pertanto, sono interamente disciplinate dalle norme dettate per la s.r.l. ordinaria” (cfr. BUSANI, 2013, 723).

requisiti soggettivi dei soci, obbligo di adottare uno statuto standard, obblighi informativi e pubblicitari e obblighi di patrimonializzazione forzata.

Quanto al primo profilo, pur essendo venuti meno i requisiti anagrafici in un primo momento richiesti ai soci per la costituzione di una s.r.l. semplificata, l'accesso a tale modello è comunque consentito esclusivamente alle persone fisiche. Non esiste invece un'analogia previsione nell'ambito della s.r.l. ordinaria sotto-soglia.

In termini di *governance* e, più in generale, per tutto quel che concerne i profili organizzativi, l'autonomia statutaria della s.r.l. semplificata è stata fortemente compressa. L'atto costitutivo della sola s.r.l. semplificata e non anche quello della s.r.l. ordinaria con capitale inferiore al minimo, ai sensi dell'art. 2463 bis 2° comma c.c., deve essere infatti redatto per atto pubblico in conformità a un modello standard tipizzato con decreto del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, e le clausole del modello standard tipizzato sono espressamente qualificate come inderogabili dall'ultimo comma del medesimo articolo, così come modificato dal DL 76/2012 convertito in L. 99/2013.

Nello specifico, con riferimento alle regole di *governance*, per la verità assai scarse, il modello si limita a prevedere che all'organo amministrativo spetta la rappresentanza generale della società e che l'assemblea dei soci, ove sia richiesta deliberazione assembleare per la decisione dei soci, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione. Pertanto, nel caso di organo amministrativo pluripersonale, si costituirà un consiglio di amministrazione che opererà con metodo collegiale e sarà preclusa l'adozione dei modelli di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva. Per tutti gli altri profili, ivi incluso il riparto di competenze tra organi, si applicherà la disciplina legale del tipo societario. Il modello non prevede inoltre regole semplificate per la convocazione dell'assemblea né per l'adozione delle decisioni dei soci, facendo anzi espresso riferimento all'assemblea dei soci. Si deve quindi ritenere che nella s.r.l. semplificata, oltre al metodo collegiale per le decisioni dell'organo amministrativo, sia altresì inderogabile il metodo

assembleare per le decisioni dei soci. La sensazione è che lo statuto tipo, in controtendenza con le istanze di semplificazione perseguite, abbia previsto una sorta di “contrappeso organizzativo” per i fruitori del modello s.r.l. semplificata, adottando, tra tutte quelle disponibili, le opzioni di *governance* maggiormente complesse e procedimentalizzate. Non è stata però prevista la possibilità per i soci di dotarsi di un organo di controllo. Al riguardo si può osservare che, nonostante l’art. 2463 bis c.c. espressamente qualifichi come inderogabili le clausole del modello standard, nulla vieta che lo statuto tipizzato possa essere integrato con previsioni ulteriori. In realtà la *ratio* dell’obbligatorietà di uno statuto standard va ricercata nell’azzeramento degli onorari notarili e quindi nella conseguente esigenza di ridurre al minimo gli oneri a carico dei notai. È per questa ragione che non è previsto alcun apporto migliorativo del notaio. Tuttavia, ferma l’inderogabilità delle previsioni contenute nel modello tipizzato, non sembrano esserci ragioni per escludere che chi voglia farsi carico dei costi notarili o degli onorari di altro consulente possa integrare lo statuto standard con disposizioni ulteriori<sup>6</sup>. D’altro canto l’art. 1 dello stesso dm 138/2012 espressamente prevede che *“si applicano, per quanto non regolato dal modello standard di cui al comma 1, le disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII del codice civile, ove non derogate dalla volontà delle parti”*.

---

<sup>6</sup> La circolare 3657/C del Ministero dello Sviluppo Economico che recepisce il contenuto della nota del Ministero della Giustizia prot. 43644 del 10.12.2012 ha precisato che l’atto costitutivo e lo statuto delle s.r.l.s. possono essere integrati dalla volontà negoziale delle parti tenuto conto che “in un sistema che delinea il paradigma della società a responsabilità limitata in chiave di ampia derogabilità da parte dei soci, appare del tutto incongruo ritenere che la norma primaria abbia voluto (non espressamente) limitare l’autonomia negoziale rimettendo ad una normativa regolamentare, l’individuazione delle innumerevoli possibili opzioni concernenti l’organizzazione ed il funzionamento della società, senza peraltro che la selezione fosse dalla legge in alcun modo indirizzata con la formulazione di criteri e principi volti a conformare il modello inderogabile di costituzione dell’ente”. Tale circolare è però anteriore all’entrata in vigore del D.L. 76/2013 come modificato dalla legge di conversione 99/2013 che ha sancito l’inderogabilità dello statuto standard. Il Consiglio notarile di Milano, con massima n.127 del 2013, sui limiti di ammissibilità di clausole convenzionali nella s.r.l. semplificata, ha osservato che non si collocano “al di fuori del perimetro del modello della s.r.l. semplificata, tenuto conto del disposto dell’art. 1 comma 2 D.M. giustizia 138/2012, le eventuali clausole concernenti la scelta del modello di amministrazione” né le eventuali clausole concernenti la previsione della possibilità di decisioni non assembleari. Tuttavia in precedenza il Consiglio Nazionale del Notariato si era espresso in termini difforni sull’autonomia statutaria delle s.r.l.s. avendo ritenuto che l’atto costituito tipizzato non consente alcuna integrazione, v. Consiglio Nazionale del Notariato, *segnalazione novità normative*, in *CNN Notizie del 5 novembre 2012*, riportata in BUSANI, 2013, 723.

Ulteriori disposizioni specificamente dettate per la sola s.r.l. semplificata riguardano inoltre gli obblighi informativi e pubblicitari sulla stessa gravanti. Ed infatti, per ragioni di trasparenza e a tutela dei terzi che entrano in contatto con la società, nella denominazione sociale deve essere indicato che si tratta di una s.r.l. semplificata; la denominazione sociale così integrata, l'ammontare del capitale sottoscritto e versato, la sede della società e l'ufficio del registro presso cui questa è iscritta devono essere indicati negli atti, nella corrispondenza e nello spazio elettronico destinato alla comunicazione collegato con la rete telematica ad accesso pubblico.

Per la s.r.l. ordinaria con capitale inferiore ai 10.000,00 euro è prevista invece un'unica disposizione specifica, da applicarsi in aggiunta a tutte quelle dettate per il tipo. L'ultimo comma dell'art. 2463 c.c. prevede infatti che nell'ipotesi di s.r.l. sotto-soglia *“la somma da dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall'art. 2430, deve essere almeno pari ad un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro. La riserva così formata può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per copertura di eventuali perdite. Essa deve essere reintegrata a norma del presente comma se viene diminuita per qualsiasi ragione”*. Si tratta di una norma che impone una sorta di patrimonializzazione forzata qualora i soci decidano di costituire una s.r.l. ordinaria pur non disponendo dei capitali necessari. È come se il legislatore avesse consentito la possibilità di una sottocapitalizzazione della società esclusivamente in fase di *start-up*, imponendo comunque alla stessa di dotarsi nel corso del tempo delle risorse ritenute necessarie per operare “in sicurezza”. Non si può tuttavia evitare di rilevare, a rigore, che non è stato previsto un arco temporale massimo per il raggiungimento dell'importo di 10.000 euro.

In ragione degli elementi che accomunano la s.r.l. ordinaria con capitale sotto-soglia e la s.r.l. semplificata, è lecito chiedersi se questa previsione debba applicarsi anche alla s.r.l. semplificata. In realtà, oltre al dato ricavabile dall'eloquente silenzio del legislatore sul punto, la risposta positiva non sembra

convincente, tenuto conto che, diversamente, la disciplina dell'uno e dell'altro modello finirebbero col sovrapporsi<sup>7</sup>.

**4. Norme sul capitale tra inapplicabilità ed effettività.** Date le peculiarità della disciplina dei modelli di s.r.l. in esame, occorre interrogarsi sull'applicabilità delle disposizioni normative dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale durante *societate*, una volta ammesso che in fase di costituzione il capitale medesimo possa anche sussistere esclusivamente come dato privo di rilevanza sostanziale. Nello specifico il riferimento è all'applicabilità degli artt. 2482 bis c.c. in materia di riduzione del capitale per perdite e 2482 ter c.c. in materia di riduzione del capitale al disotto del minimo legale in combinato disposto con l'art. 2484 n. 4 c.c.

È evidente che, ancorché ritenute applicabili, le sopra citate disposizioni potrebbero risultare *prima facie* prive di concreta rilevanza, soprattutto nei casi in cui la società abbia deciso di dotarsi di un capitale meramente simbolico. A ben vedere però l'interrogativo da porsi è il seguente: è possibile che una società di capitali, i cui soci godono del beneficio della limitazione della responsabilità, sia legittimata ad operare in perdita e quindi anche in mancanza di un patrimonio netto positivo?

In verità – stando alla lettera della legge – non è previsto alcun esonero dall'applicazione delle regole sul capitale, contrariamente a quanto avviene per la s.r.l. *start-up* innovativa. D'altro canto anche nell'ambito delle s.n.c. – in relazione alle quali, come noto, il capitale sociale non riveste tipicamente una funzione di garanzia – una volta fissato il capitale in un determinato ammontare, di cui la legge non impone un importo minimo, ai sensi dell'art. 2303 2° comma c.c. “*se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente*”. In più, andando oltre il semplice dato letterale, l'applicazione delle regole sul capitale – a prescindere dal suo ammontare – è funzionale al monitoraggio da parte degli amministratori sull'attività di impresa, al fine di

---

<sup>7</sup> Ritiene che la norma debba applicarsi anche alle s.r.l. semplificate MARASÀ, 2013.

evitare che essa prosegua in presenza di perdite che i soci non sono in grado di coprire<sup>8</sup>. In questo contesto l'applicazione delle regole a presidio dell'integrità del capitale garantisce l'apporto da parte dei soci delle risorse necessarie quantomeno a coprire eventuali perdite onde evitare che la società sia legittimata dall'ordinamento a esternalizzare sui terzi rischi maggiori di quelli già fisiologicamente esternalizzati in conseguenza della responsabilità limitata dei soci. D'altro canto le s.r.l. semplificate e le s.r.l. ordinarie con capitale sottosoglia sembrano essere l'ambito applicativo di elezione dell'art. 2467 c.c. I requisiti di operatività della postergazione dei finanziamenti dei soci<sup>9</sup> hanno infatti carattere per certi versi sistematico nelle s.r.l. a ridotta capitalizzazione<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Così RESCIGNO, 2013, 65, il quale osserva che “sotto il profilo sistematico la riforma – se così va interpretata – sembra allora ricordare all'interprete che, in realtà, il beneficio della responsabilità limitata trova la sua giustificazione non tanto in una soglia di capitale, alta o bassa che sia, ma nella regola che l'attività di impresa, quando la si voglia svolgere con tale beneficio, comunque debba cessare quando i soci non ritengano di coprire le perdite superiori al capitale sociale con proprio sacrificio, e che in tale situazione non possa continuare a rischio dei creditori. Il sistema di oggi – anche con capitale nummo uno – chiede allora che gli amministratori monitorino e i soci intervengano rispetto a un parametro che resta fissato nel capitale sociale, per poter continuare legittimamente l'attività, eliminando senza indugio le perdite”. Il Consiglio Notarile di Milano con massima n. 131 del 5 marzo 2013 ha chiarito che “la disciplina degli artt. 2482 bis e 2482 ter c.c. trova piena applicazione anche nelle s.r.l. semplificate [...] con riferimento al diverso limite legale minimo del capitale sociale, pari a euro 1, anziché euro 10.000,00”.

<sup>9</sup> L'art. 2467 c.c. qualifica come finanziamenti dei soci che soggiacciono alla disciplina ivi prevista quelli effettuati dai soci “a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”. Si tratta pertanto di presupposti fisiologicamente destinati a verificarsi nelle s.r.l. a ridotta capitalizzazione. In generale per la ricostruzione della fattispecie PORTALE, 2003, 663; PRESTI, 2006; TERRANOVA, 2004; FERRI JR, 2004, 969; SALAFIA, 2005, 1077; TOMBARI, 2004; MAUGERI, 2005; BARTALENA, 2003, 387; TASSINARI, 2003.

<sup>10</sup> RESCIGNO, 2013, 65, rileva appunto come le s.r.l. a ridotta capitalizzazione siano “il regno dell'applicazione dell'art. 2467 c.c.: è pur vero che la norma ha dei misuratori di applicabilità differenti dal capitale sociale, ma nello stesso tempo – e specie in una fase iniziale in cui presumibilmente si vuol fruire del beneficio del capitale ridotto – vedrà i soci in prima linea apportare di volta in volta, a titolo di finanziamento, quel che si rivelerà necessario per l'esercizio dell'attività di impresa”. In chiave critica SALAFIA, 2012, 151, si interroga sul “perché, una volta permessa la sottocapitalizzazione della società, non sia stata disposta l'inapplicabilità della misura di contrasto alla stessa sottocapitalizzazione contenuta nell'art. 2467 c.c., con cui viene postergato il rimborso dei crediti dei soci per finanziamento, in qualunque forma concesso alla società. Anche se non è facile immaginare che i soci costituenti, che siano ricorsi alla forma semplificata della s.r.l. per risparmiare sulle spese di costituzione, abbiano disponibilità adeguate per finanziare successivamente la loro società, soprattutto in coincidenza dell'inizio dell'attività sociale”.

**5. S.r.l.s. e s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro unipersonali.** Il principio della responsabilità limitata, che consente di riallocare almeno in parte il rischio su soggetti diversi dall'imprenditore, si impone ormai come "situazione normale nel mondo degli affari" (COURIR, 1997) soprattutto a seguito della sua sostanziale estensione anche all'esercizio individuale dell'impresa mediante l'utilizzo delle società di capitali unipersonali (IBBA, 2006; ZAMPERETTI, 1996; GUGLIELMO, 2004, SCOGNAMIGLIO, 1994; TASSINARI, 1994; NAZZICONE, 1993; ROSSI, 1997). Sembra però inevitabile la ricerca di un *trade-off* tra l'esigenza di arginare i risvolti patologici della *limited liability* – che si impongono con tutta la loro evidenza in presenza di iniziative imprenditoriali individuali in relazione alle quali manca il reciproco controllo insito nell'esercizio in comune di un'attività di impresa e, quindi, nella fenomenologia societaria – e l'esigenza, altrettanto meritevole di tutela, di incentivare un adeguato sviluppo delle imprese al fine di favorirne l'espansione e la redditività.

È per questa ragione che va valutata con la dovuta cautela la possibilità di utilizzare i nuovi modelli di s.r.l. a ridotta capitalizzazione nella variante unipersonale. Come noto il codice civile – tanto per le s.r.l. quanto per le s.p.a. – prevede la responsabilità limitata in favore del socio unico a patto che siano adempiuti specifici obblighi di pubblicità e che i conferimenti siano versati nel loro intero ammontare. Allo stesso modo, nell'ipotesi di unipersonalità sopravvenuta, i versamenti ancora dovuti dal socio unico – che non voglia rispondere illimitatamente per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione gli è appartenuta – devono essere effettuati nel termine di novanta giorni. Nei nuovi modelli di s.r.l. tali prescrizioni perdono evidentemente ogni utilità sostanziale, quantomeno in termini di garanzia diretta del ceto creditorio, laddove il capitale sia fissato nell'importo minimo consentito di 1 euro.

Lo stesso assetto organizzativo della società andrebbe inoltre modulato tenendo conto del fatto che i rischi legati all'esiguità del capitale sono aggravati dalla circostanza che, pur avendo adottato lo schema societario, l'iniziativa economica è in realtà riferibile ad un solo soggetto. Si impongono pertanto

opportuni adeguamenti anche in termini di *governance* che consentano di fruire di quei meccanismi di controllo che solo la scelta di un tipo societario sufficientemente articolato è in grado di garantire.

Talune criticità del tipo societario risulterebbero inoltre ulteriormente aggravate dalla combinazione tra sostanziale assenza di capitale sociale e uni personalità (SPIOTTA, 2012). Il riferimento è all'arretramento delle esigenze di tutela dei creditori che si è registrato all'esito della riforma del 2003 in favore di meccanismi di "internalizzazione" del controllo che vedono la figura del socio quale fulcro del monitoraggio sulla gestione<sup>11</sup>. Un primo arretramento di tutela – almeno apparente – deriva dalla circostanza che nella disciplina della s.r.l. riformata manca ogni riferimento testuale all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori esperibile da parte dei creditori, pur essendo comunque prevista la responsabilità degli amministratori – la cui applicazione alle s.r.l. a ridotta capitalizzazione presenta dei profili evidentemente problematici – nei confronti dei creditori per i danni procurati al patrimonio sociale a causa del mancato avvio della procedura di scioglimento nelle ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. Il silenzio del legislatore è stato in un primo momento interpretato dalla giurisprudenza come espressione della volontà di espungere la suddetta azione di responsabilità dalla disciplina della s.r.l.<sup>12</sup>. Tuttavia un diverso orientamento, in verità maggioritario, sostiene invece l'applicabilità in via analogica dell'art. 2394 c.c., ritenendo una diversa soluzione non costituzionalmente orientata<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Il riferimento è ovviamente al diritto di controllo previsto dall'art. 2476 2° comma c.c., di cui è stata da più parti rimarcata la strumentalità rispetto alla legittimazione attiva riconosciuta a ciascun socio ai fini dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (CORAPI, 2003, 1572; SANTOSUOSSO, 2003; ARATO, 2004, 1194; BUTA, 2006; BENAZZO, 2004, 808).

<sup>12</sup> Il Tribunale di Milano, sentenza 25.1.2006 si esprime in questi termini: "per effetto della Riforma del diritto societario, i creditori sociali non possono più esercitare l'azione nell'interesse sociale, come era previsto nell'art. 2394 c.c., oggi sostanzialmente non più riferibile alla disciplina della società a responsabilità limitata".

<sup>13</sup> Tribunale di Napoli, sentenza 12.5.2004. Tribunale di Pescara, sentenza 15.11.2006 parla al riguardo di una svista del legislatore che troverebbe "ulteriore conferma nella circostanza che anche nel nuovo codice societario è espressamente prevista la legittimazione dei creditori sociali ad agire nei confronti dei sondaci – ove questi siano stati nominati – e ciò in virtù del richiamo previsto dall'art. 2477 c.c. alla disciplina in materia di società per azioni – e dunque anche all'art. 2407 del codice civile – e dei liquidatori e ciò in virtù della previsione di cui all'art. 2489 del codice che consente di ritenere applicabile anche ai liquidatori di s.r.l. tutte le



Parimenti pare sia stata espunta la possibilità per i sindaci di usufruire dello strumento di controllo di cui all'art. 2409 c.c. a presidio di una corretta gestione. Tale norma è sicuramente inapplicabile nelle ipotesi di nomina facoltativa dell'organo di controllo. Tuttavia nei casi di nomina obbligatoria si applicano, per espressa previsione normativa, le disposizioni dettate in tema di s.p.a. In virtù di tale rinvio potrebbe ritenersi applicabile anche il meccanismo previsto dall'art. 2409 c.c.<sup>14</sup>. L'orientamento negativo, prevalente<sup>15</sup> e di recente avallato da una pronuncia conforme della Suprema Corte<sup>16</sup>, suscita infatti non poche perplessità<sup>17</sup>.

---

norme in tema di responsabilità degli amministratori e dunque anche quella di cui all'art. 2394 del codice civile". Analogamente Tribunale di Milano, sentenza del 11.11.2010 sostiene che "l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. discende dalla constatazione di un vuoto normativo che pare ascrivibile più ad una svista di coordinamento della normativa in tema di s.r.l., piuttosto che ad una specifica scelta legislativa di cui – peraltro – non si trova traccia nella legge delega e nella relazione alla legge. Un'eventuale precisa scelta in questo senso – ossia l'assenza di una disciplina concernente la responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori per la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio – sarebbe inconciliabile con il sistema di responsabilità degli organi gestori come delineato dalla riforma, dal momento che la disciplina della s.r.l. non sarebbe coordinata con quella di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c., con quella dei gruppi, con la regolamentazione della responsabilità dei sindaci". Conforme Tribunale di Nola, sentenza del 1.3.2010; Tribunale di Vicenza, ordinanza del 26.7.2010.

<sup>14</sup> Per la tesi dell'applicabilità Tribunale di Roma, decreto 6.7.2004; Tribunale di Treviso, decreto 28.9.2004; Tribunale di Napoli, decreto 14.5.2008; Tribunale di Napoli, decreto 8.10.2008; Tribunale di Udine, decreto del 18.6.2004; Tribunale di Milano, ordinanza 8.7.2005. In dottrina sostengono l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio RIVOLTA, 2003, 691; CORAPI, 2003, 1574; TRIPALDI, 2005, 76; MAINETTI, 2003; DALMOTTO, 2004.

<sup>15</sup> Tribunale di Lecce, decreto del 16.7.2004; Tribunale di Palermo, decreto 16.4.2004; Corte d'Appello di Roma, 7.4.2005; Tribunale di Bologna, decreto 21.10.2004. La Corte Costituzionale ha poi dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2409, 2476, 3° comma e 2477, 4° comma c.c. nella misura in cui non prevedono l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. argomentando proprio sulla base della diversità tipologica che caratterizza s.p.a. e s.r.l. all'esito della Riforma. La questione di legittimità era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Trieste, 5.11.2004 e dal Tribunale di Cagliari, 4.2.2005 con riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione. In dottrina per l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l. a prescindere dalla presenza del collegio sindacale AMBROSINI, 2005; seppur in chiave critica DE ANGELIS, 2003, 475; ROCCO DI TORREPADULA, 2004.

<sup>16</sup> Cass., sez. I civile, sentenza 403/2010.

<sup>17</sup> Perplessità ben argomentate dal Tribunale di Milano, decreto 26.3.2010 che, discostandosi da quanto statuito dalla Suprema Corte con la citata sentenza 403/2010, sostiene l'applicabilità dell'art. 2409 c.c., in virtù del richiamo di cui all'art. 2477 c.c., alle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio osservando che "è in effetti connaturato al controllo, un tempo solo contabile, ora anche gestionale, sugli atti sociali tipico dei sindaci, il potere di suscitare i provvedimenti di cui all'art. 2409 c.c., al fine di poter avviare alle gravi irregolarità riscontrate durante i loro compiti, dei quali, altrimenti dovrebbero restare impotenti spettatori... Non può non rilevarsi come il ruolo del sindaco comporti anche una responsabilità per atti sociali, atti sui

È pertanto evidente che nelle società unipersonali – tanto più se sprovviste dell'organo di controllo – manca la dialettica che di norma caratterizza i rapporti tra soci, che è per certi versi essa stessa garanzia di corretta gestione. Consentire anche alle società unipersonali la facoltà di accedere al meccanismo di cui all'art. 2463 4° comma e, ancor di più, al modello disciplinato dall'art. 2463 bis c.c. – il quale è non solo “blindato” in termini di *governance* ma altresì privo di meccanismi di patrimonializzazione forzata – equivarrebbe quindi a riconoscere che l'assenza di efficaci meccanismi di controllo interno non debba nemmeno essere bilanciata da un'adeguata capitalizzazione della società, pur essendo questa la finalità ultima

---

quali egli ha un potere (dovere) di controllo, ma nessuno di intervento: negargli l'unico strumento in tal senso, il ricorso ex art. 2409 c.c., lo porterebbe ad essere esposto ad una responsabilità per fatto di terzo – l'amministratore – rispetto al quale non disporrebbe, in realtà, di alcun potere. Vero è che la attuale s.r.l. si caratterizza per una concezione del tutto autonoma rispetto alla s.p.a., per cui va negato un rapporto di derivazione legislativa dell'una rispetto all'altra, a differenza della legislazione vigente prima del 2004, ma nel caso di specie è presente un esplicito rinvio. Non è la disciplina delle s.r.l. ad essere omogenea rispetto a quella delle s.p.a., ma è un'esigenza unitaria quella di estendere il controllo legale dei conti – e della gestione – alle società che raggiungano dimensioni tali, per capitale o fatturato e numero di dipendenti, da divenire realtà economiche imprenditoriali meritevoli di attenzioni pubbliche. La unitarietà, se si vuole, è quella dell'istituto dei sindaci... È noto ed è scritto anche nella relazione alla nuova disciplina delle società che la esclusione del controllo ex art. 2409 c.c. per le s.r.l. è il portato del riconoscimento di poteri penetranti in capo al socio, con l'art. 2476, c. 2 e c. 3. Ciò comunque non pone al riparo dagli abusi degli amministratori quando siano voluti anche dai soci: è proprio quando si depauperava la società a favore del patrimonio dei soci stessi che si avrà una divergenza fra gli interessi del patrimonio sociale e quelli dei soci, che può ripercuotersi in gravi danni per la società e per i terzi”. Il Tribunale di Milano critica anche l'assunto della Cassazione secondo il quale l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. discenderebbe da quanto previsto dall'art. 92 disp. att., affermando che “appare del tutto superabile l'argomento letterale ... per cui l'art. 92 disp. att. c.c. novellato, nel menzionare il decreto dell'art. 2409 c.c., fa riferimento alle società dei soli capi 5 e 6 del titolo 5 del libro 5 del c.c. (cioè alle spa e alle sapa) e pertanto escluderebbe le srl dal novero cui si può applicare questo controllo giudiziario. Infatti poiché la ragione del rinvio dell'art. 2477 cc è l'unitarietà dell'istituto dei sindaci, quando essi siano prescritti inderogabilmente, il decreto di cui all'art. 92 disp. att. c.c., anche in tema di srl, resta previsto da una norma stabilita dal capo 5 del titolo 5 del libro 5: l'art. 2409 cc appunto”, aggiungendo che vi sono anche dei principi costituzionali “che inducono a ritenere la possibilità ed opportunità dell'inserzione del controllo legale dei sindaci...che sono la libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41) che non sia, però, in contrasto con l'utilità sociale o possa recare danno alla sicurezza, nonché, lato sensu, il dovere di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2: ne deriva la possibilità di prevedere controlli sulla attività economica ove questa abbia dimensioni tali da poter concretamente incidere su interessi che non possono ritenersi esclusivamente dei soci... Il controllo del socio ha finalità diverse e più limitate rispetto a quello dei sindaci, al quale solo è possibile ricondurre un carattere pubblicistico, che è quello che ha indotto il legislatore a considerare differente il caso di piccola srl da quello di società con capitale o attività economica importanti”.

delle norme attualmente previste in materia di conferimenti nelle società unipersonali.

## Riferimenti bibliografici

- S. AMBROSINI [2005], *Il controllo giudiziario, in Il nuovo diritto societario, Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, AMBROSINI, (a cura di), Torino, p. 377 ss.
- M. ARATO [2004], *Il controllo individuale dei soci e il controllo legale dei conti nella s.r.l.*, in *Società*, p. 1195 ss.
- ASSOCIAZIONE PREITE [2003], *Il nuovo diritto delle società* (a cura di OLIVIERI, PRESTI, VELLA), Bologna.
- ASSONIME [2012], *Circolare n. 29/2012 - La società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, p. 1268 ss.
- A. BARTOLACELLI [2013], *“Nuovissime” modifiche alla disciplina della S.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio*, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 7 ss.
- A. BAUDINO [2012], *La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi*, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 21 ss.
- A. BARTALENA [2003], *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Analisi giuridica dell'economia*, p. 387 ss.
- P. BENAZZO [2004], *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, p. 7 ss.
- A. BUSANI [2013], *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Società*, p. 1069 ss.
- A. BUSANI [2013a], *Massime notarili e orientamenti professionali*, in *Società*, p. 1069 ss.
- A. BUSANI E C.A. BUSI [2012], *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s) e a capitale ridotto (s.l.r.c.r.)*, in *Società*, p. 1305 ss.
- G.M. BUTA [2006], *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA, PORTALE, (diretto da), Torino, vol. 3, p. 583 ss.
- O. CAGNASSO [2007], *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di Diritto Commerciale – Volume quinto*, COTTINO, (diretto da), Padova.
- O. CAGNASSO [2013], *La s.r.l.: un tipo societario “senza qualità”?*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, p. 15 ss.
- G. F. CAMPOBASSO [2003], *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino.
- D. CORAPI [2003], *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, p. 1572 s..
- E. COURIR [1997], *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano.
- L. DE ANGELIS [2003], *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, p. 485 ss.
- L. ENRIQUES E J. MACEY [2002], *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, p. 78 ss.
- G. FERRI JR [2004], *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, p. 969 ss.
- R. GUGLIELMO [2004], *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Riv. not.*, I, p. 623 ss.

- F. MAINETTI [2003], *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *La riforma delle società, Profili della nuova disciplina*, AMBROSINI, (a cura di), Torino, p. 89 ss.
- M. MAUGERI [2005], *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano.
- G. MARASÀ [2013], *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, p. 1086 ss.
- M. MIOLA [2005], *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, p. 1199 ss.
- C. MONTAGNANI [2003], *La fattispecie costitutiva*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, SANTORO, (a cura di), Milano, p. 42 ss.
- G. D. MOSCO [2012], *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, vol. V, Padova.
- L. NAZZICONE [1993], *Le società unipersonali*, Milano.
- G.B. PORTALE [2003], *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, p. 663 ss.
- G.B. PORTALE [2010], *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, p. 1237 ss.
- G. PRESTI [2006], *Commento all'art. 2467*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, BENAZZO, PATRIARCA, (diretto da), Torino.
- M. RESCIGNO [2013], *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 82 ss.
- G. C. RIVOLTA [2003], *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU, A., MESSINEO, F., (già diretto da), MENGONI, L., (continuato da) Milano.
- N. ROCCO DI TORREPADULA [2004], *La società a responsabilità limitata e il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409*, in *Riv. dir. impr.*, p. 587 ss.
- A. ROSSI [1997], *S.r.l. unipersonale e tramonto dello scopo lucrativo*, in *Giur. comm.*, I, p. 115 ss.
- V. SALAFIA [2005], *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, p. 1077 ss.
- V. SALAFIA [2012], *La società a responsabilità limitata semplificata e il tribunale delle imprese*, in *Società*, 2012
- G. SANTINI [1984], *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA, A., BRANCA, G., (a cura di), Bologna-Roma.
- D. SANTOSUOSSO [2003], *La riforma del diritto societario, prima interpretazione*, Milano.
- S. SANZO [2008], *Le decisioni dei soci*, in *Le nuove s.r.l.*, SARALE, M., (diretto da), Bologna, p. 336 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO [1994], *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. comm.*, I, p. 254 ss.
- M. SCIUTO E P. SPADA [2004], *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO, G., E., PORTALE, G., B., Volume 1\*, Torino.
- M. SPIOTTA [2012], *S.r.l. unilaterale "semplificata" o a "capitale ridotto": problemi e prospettive*, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 54 ss.
- F. TASSINARI [1994], *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. Comm.*, I, p. 734 ss.
- F. TASSINARI [2003], *Sottocapitalizzazione delle società di capitali e riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Corporate Governance e nuovo diritto societario*, Milano, p. 1803 ss.

G. TERRANOVA, *Commento all'art. 2467*, in *Società di capitali, Commentario*, NICCOLINI, STAGNO D'ALCONTRES, (a cura di), Napoli, 2004.

U. TOMBARI [2006], "Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci in società di capitali, in *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, ABBADESSA, PORTALE, (diretto da), Torino, p. 555.

G. M. ZAMPERETTI [1996], *La società unipersonale a responsabilità limitata. Organizzazione interna e procedimenti decisionali*, Milano



*Esternalizzazione di funzioni aziendali nelle imprese di assicurazione: il modello dei consorzi e delle società consortili*  
di **MARGHERITA MANZATO**

**SOMMARIO** **1.** QUADRO NORMATIVO E PRINCIPI CARDINE: LE MODIFICHE AL REGOLAMENTO IVASS N. 20/2008 E AL CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE IN RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA SOLVENCY II; **2.** LA DISCIPLINA IN TEMA DI ESTERNALIZZAZIONE DI FUNZIONI “CHIAVE”, “ESSENZIALI O IMPORTANTI” O “ALTRE ATTIVITÀ”: I PRINCIPALI OBBLIGHI IN CAPO AL SOGGETTO ESTERNALIZZANTE; **3.** LA NOZIONE DI ATTIVITÀ “ESSENZIALE O IMPORTANTE”: PROFILI DI PROBLEMATICITÀ, L’OUTSOURCING NELL’AMBITO DEL GRUPPO E IL RICORSO ALL’ISTITUTO DEL CONSORZIO O DELLA SOCIETÀ CONSORTILE; **4.** APPROFONDIMENTO SULLA PROPOSTA DI ANIA IN SEDE DI CONSULTAZIONE: AMMISSIBILITÀ DI UN CONSORZIO (O DI UNA SOCIETÀ CONSORTILE) COSTITUITO TRA IMPRESE APPARTENENTI A UN GRUPPO; **5.** PROSPETTIVE EVOLUTIVE

## Abstract

The essay, starting from a synthetic overview of the regulatory framework in banking and investment sectors, proceeds with an analysis of the main aspects regarding outsourcing operational functions in Italian insurance sector, describing the discipline as set out by the supervisory authority (IVASS) in Regulation n. 20/2008. In compliance with Solvency II Directive, the legislative framework is proportionally tailored on the type of the outsourced function: therefore, different obligations shall be due if a company decides to outsource crucial functions, important and essential functions or others. Furthermore, rules less stringent are set if outsourcing is made in favor of a company belonging to a group of enterprises. The author then proposes the analysis of an issue raised by ANIA (Italian insurance intermediaries' association) during the last public consultation for amending Regulation n. 20/2008: it concerns the possibility of founding a consortium between corporations that already belong to a group and are under the same holding's management and coordination activity. After a short overview of the doctrine's evolution on the relationship between consortiums and groups, the author proposed the interpretation that is possible to create a consortium inside a group and that is desired to improve the use of consortiums in outsourcing functions, since they can offer specific guarantees and therefore deserve a less stringent discipline, as in case of intra-group outsourcing.

## **1. Quadro normativo e principi cardine: le modifiche al Regolamento IVASS n. 20/2008 e al Codice delle assicurazioni private in**

**recepimento della Direttiva Solvency II.** Gli studi di organizzazione aziendale identificano con il termine *esternalizzazione* (o *outsourcing*) la tecnica di gestione imprenditoriale mediante la quale l'impresa si avvale di una fonte produttiva esterna per lo svolgimento di una specifica funzione. L'istituto, di derivazione anglosassone, è stato in origine utilizzato dalle società industriali esclusivamente per le funzioni di supporto e ha subito, nel corso del tempo, un'espansione dell'ambito di utilizzo sia sotto il profilo soggettivo (*outsourcing* effettuato da parte di imprese operanti in settori diversi da quello industriale) sia oggettivo, ovvero *outsourcing* per funzioni ulteriori rispetto a quelle originarie (CULLITON, 1956; LARGE, 1991; FORD - COTTON - FARMER - GROSS – WILKINSON, 1993).

L'obiettivo è, da un lato, quello di migliorare l'efficienza aziendale complessiva attraverso una sostanziale riduzione dei costi operativi interni e, dall'altro, quello di innalzare il livello di qualità della funzione interessata, attraverso il godimento del bagaglio di conoscenze specialistiche vantate dall'*outsourcer* o *service provider* (PIERAZZI, 2009). La scelta di esternalizzare una o più funzioni aziendali costituisce peraltro una possibile espressione del potere/dovere degli amministratori di imprimere un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2381 c.c. (MAUGERI, 2010).

Data la rilevanza del fenomeno e la sua diffusione, il legislatore nazionale è intervenuto nel corso del tempo a disciplinare l'esternalizzazione in diversi settori, tenendo in considerazione gli influssi derivanti dall'ordinamento internazionale e comunitario.

Nel settore bancario, la disciplina dell'esternalizzazione di funzioni aziendali è contenuta nella Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 e, segnatamente, nella parte I, titolo IV, capitolo 3, sezioni nn. IV e V, dedicate rispettivamente all'esternalizzazione di funzioni al di fuori del gruppo bancario e infragruppo. Come emerge dalla Relazione sull'analisi d'impatto del giugno 2013, la disciplina risponde a plurime esigenze quali la garanzia della predisposizione di strumenti di controllo adeguati, la tutela dell'autonomia delle scelte imprenditoriali e il principio di proporzionalità. Peculiare caratteristica è la

differenziazione della disciplina applicabile in caso di *outsourcing* di funzioni aziendali infragruppo o al di fuori del gruppo stesso.

Per quanto riguarda il settore finanziario, si segnala che l'esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti è attualmente disciplinata dal Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio del 29 ottobre 2007 (e successive modificazioni). La disciplina in particolare si concentra sulle cautele da adottare in caso di esternalizzazione di funzioni operative "essenziali o importanti".

Quanto al settore assicurativo, il decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209 - c.d. Codice delle assicurazioni private - ha riconosciuto all'Autorità di vigilanza poteri di natura regolamentare, che sono stati esercitati con l'emanazione del Regolamento 26 marzo 2008, n. 20 in materia di controlli interni, gestione dei rischi, *compliance* ed esternalizzazione delle attività delle imprese di assicurazioni. Il Regolamento n. 20/2008 nel delineare il *framework* normativo ha mutuato i principali orientamenti emersi nel *Joint Forum "Outsourcing in Financial Services"*, tenutosi nel 2005 nell'ambito del Comitato di Basilea e, a seguito delle modifiche apportate con il Provvedimento IVASS 15 aprile 2014 n. 17, è stato in esso recepita la Direttiva 2009/138/CE (meglio nota come *Solvency II*) in conformità alle relative linee guida emanate nel 2013 e 2014 dall'Autorità europea competente per il settore assicurativo, la c.d. "EIOPA", volte a garantire un avvicinamento armonizzato al nuovo regime nei diversi Stati membri.

In particolare, il tema dell'esternalizzazione delle funzioni aziendali è preso in considerazione dal legislatore europeo nei Considerando di *Solvency II* che definiscono l'*outsourcing* quale principio generalmente riconosciuto e da valorizzare nell'ambito dell'autonomia organizzativa della singola assicurazione. La Direttiva esalta la libertà dell'impresa di decidere in che modo concretamente organizzare ogni singola funzione, contemplando la possibilità sia di avvalersi di consulenti esterni sia di esternalizzare a esperti nei limiti



fissati dalla Direttiva stessa. Il legislatore pertanto cristallizza il principio in base al quale ogni singola fase del processo produttivo di un'impresa assicurativa - ivi comprese quelle "cruciali" - è passibile di esternalizzazione, rispondendo cioè a una logica di specializzazione che caratterizza sempre di più il mercato assicurativo.

A completamento del quadro normativo, la recente modifica al Codice delle assicurazioni private, intervenuta ad opera del decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 74, ha introdotto l'art. 30-*septies* dedicato al tema dell'esternalizzazione delle funzioni aziendali da parte di imprese assicurative. L'introduzione in normativa primaria di una specifica disposizione conferma il crescente interesse dimostrato nei confronti dell'*outsourcing* dal legislatore nazionale, in considerazione sia della rilevante diffusione del fenomeno sia della strategicità dello stesso per la sana e prudente gestione delle imprese assicurative: quanto alla diffusione del fenomeno, in sede di Relazione Illustrativa di accompagnamento al testo originario del Reg. 20/2008, era stato messo in luce come il mercato assicurativo mostrasse - già all'epoca - una crescente tendenza verso l'adozione di modelli organizzativi caratterizzati dall'affidamento di attività o di alcune fasi di esse a soggetti terzi, giuridicamente autonomi, appartenenti o meno al medesimo gruppo dell'impresa.

Dall'analisi delle disposizioni di riferimento, appare chiara, primariamente, la volontà del legislatore di evitare il fenomeno delle c.d. *empty boxes*, sia in fase di costituzione dell'impresa sia durante la vita della stessa. Un ricorso eccessivo all'istituto dell'*outsourcing* - in nome di un immediato vantaggio economico - potrebbe infatti non risultare in linea con lo scrutinio di adeguatezza svolto dall'Autorità di vigilanza, in grado di imporre la modifica del contratto ovvero, nei casi più gravi, il recesso dallo stesso. Ne è esplicitazione l'articolo 29 del Regolamento n. 20/2008, il quale riconosce alle imprese la possibilità di sottoscrivere accordi di esternalizzazione a condizione che la natura e la quantità delle attività esternalizzate oltre che le modalità della cessione non determinino lo svuotamento dell'attività dell'impresa cedente. Per

altro verso, a corollario del divieto di *empty boxes*, si prevede che le imprese di assicurazione, in caso di esternalizzazione di una funzione aziendale, restino pienamente responsabili di tutti gli obblighi imposti loro dalla normativa e che siano adottate politiche scritte in materia di *outsourcing*, da riesaminare almeno con cadenza annuale.

Ulteriore principio cardine alla base della normativa vieta alle imprese di esternalizzare l'attività *core* di assunzione dei rischi, oggetto di riserva di attività: ciò in conformità ai principi internazionali comunemente accettati, come ricordato dalla Relazione Illustrativa di accompagnamento al Reg. 20/2008 ove si specifica che i divieti imposti dalla normativa mirano a impedire sia la violazione della riserva di attività - tramite il divieto di esternalizzare l'attività assuntiva ex art. 29, comma 2, Reg. 20/2008 - sia l'elusione della stessa, attraverso la riduzione a una "scatola vuota" dell'impresa assicurativa, avendo quest'ultima affidato a terzi la quasi totalità delle proprie funzioni.

Di rilievo è infine la graduazione della normativa in ragione della diversa natura delle attività oggetto di *outsourcing*, in conformità all'art. 191, comma 2, cod. ass. priv. che prescrive che i regolamenti adottati dall'IVASS risultino conformi al principio di proporzionalità per il raggiungimento del fine con il minor sacrificio possibile per i destinatari. Tale approccio - adottato anche nel settore bancario in riferimento all'esternalizzazione di funzioni aziendali "importanti" e "di controllo" - è applicabile sia al contenuto obbligatorio degli accordi di esternalizzazione sia agli obblighi di comunicazione all'Autorità di vigilanza (*ex ante* o *ex post*) secondo quanto tracciato da *Solvency II* che ha previsto una netta distinzione di disciplina tra funzioni "chiave", funzioni "sostanziali o importanti" e "altre attività" riconducibili alle imprese assicurative.

**2. La disciplina in tema di esternalizzazione di funzioni "chiave", "essenziali o importanti" o "altre attività": i principali obblighi in capo al soggetto esternalizzante.** L'articolo 49 della Direttiva *Solvency II* riferito alle funzioni "sostanziali o importanti" (tradotte dal legislatore italiano in attività "essenziali o importanti"), nel ribadire la piena responsabilità dell'impresa in

caso di esternalizzazione delle stesse, dispone che l'*outsourcing* non debba avvenire con modalità che possano determinare un grave pregiudizio alla qualità del sistema di *governance* o alla capacità delle Autorità di vigilanza di controllare che l'impresa adempia a tutti i propri obblighi, un indebito incremento del rischio operativo o la messa a repentaglio di un servizio continuo e soddisfacente. Sul punto, l'articolo 30 del Regolamento n. 20/2008 se da un lato appare più stringente in quanto prescrive che l'*outsourcing* sia attuato anche senza compromissione dei risultati finanziari e della stabilità dell'impresa, dall'altro non esplicita l'esigenza di salvaguardare la capacità effettiva dell'Autorità di settore di svolgere la propria attività di vigilanza (esigenza peraltro richiamata anche nell'ordinamento bancario dalla Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013). Soccorre al riguardo la recente introduzione dell'articolo 30-*septies*, comma 2, cod. ass. priv., che invece richiama esplicitamente l'attività di supervisione dell'IVASS, rendendo pertanto ipotizzabile una modifica al Regolamento n. 20/2008.

Quanto alla disciplina delle funzioni c.d. chiave, il Considerando 30 della Direttiva *Solvency II* ha chiarito che "il sistema di *governance* comprende la funzione di gestione del rischio, la funzione di verifica della conformità, la funzione di *audit* interno e la funzione attuariale" mentre il successivo Considerando 33 ha ricondotto "le funzioni incluse nel sistema di *governance*" tra quelle considerate "funzioni chiave e, di conseguenza, anche funzioni importanti e cruciali". Sul punto, il Regolamento n. 20/2008 impone un particolare obbligo di contenuto per gli accordi di esternalizzazione, nell'ambito dei quali devono essere adeguatamente definiti, tra gli altri, i controlli sulle attività esternalizzate (obiettivi, metodologie e frequenza), i rapporti con l'amministrazione della società (modalità e frequenza dei contatti) oltre che la possibilità di riconsiderare le "condizioni del servizio" in caso di modifiche rilevanti all'operatività o all'organizzazione dell'impresa esternalizzante. Inoltre, i soggetti individuati quali responsabili interni dei controlli sulle attività esternalizzate devono possedere requisiti di idoneità alla carica in termini di onorabilità, professionalità e indipendenza.

Tramite la previsione di adeguati flussi informativi, anch'essi graduati proporzionalmente alla natura della funzione esternalizzata, la normativa mira altresì a evitare che l'*outsourcing* possa rendere difficoltosa l'attività di supervisione quando la stessa abbia a che fare con terzi fornitori che non sono compagnie assicurative. Come sottolineato dal legislatore europeo, da un lato è essenziale, per tenere conto degli sviluppi del mercato e per garantire che le condizioni in materia di esternalizzazione continuino a essere rispettate, che le Autorità di vigilanza siano informate prima dell'esternalizzazione di funzioni o attività cruciali o importanti; dall'altro, le stesse devono poter avere accesso a tutti i dati rilevanti detenuti dal prestatore dei servizi, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia un'entità regolamentata o meno, con il conseguente diritto di effettuare ispezioni *in loco* a garanzia dell'efficacia dell'azione di vigilanza.

Quanto al primo profilo, fermo l'obbligo di comunicazione preventiva per entrambe le tipologie di funzioni, le diversità di disciplina - conformemente al richiamato approccio graduato in funzione della natura delle attività esternalizzate - sono ravvisabili sia nel termine per la preventiva comunicazione all'IVASS (45 giorni per le attività essenziali o importanti e 60 per quelle cruciali) sia nell'obbligo, previsto per le funzioni cruciali, di invio della bozza del contratto e di ogni altro elemento informativo che consenta di valutare, tra l'altro, l'opportunità economica e finanziaria dell'operazione. Al contrario, la disciplina muta notevolmente in caso di esternalizzazione di funzioni non cruciali né essenziali o importanti in quanto, al posto di un obbligo di comunicazione preventiva all'Autorità di vigilanza, viene prevista una comunicazione all'IVASS successiva rispetto all'inizio del rapporto di esternalizzazione, con la possibilità di trasmettere tale informazione anche in occasione dell'invio del bilancio di esercizio.

Quanto al profilo relativo all'accesso ai dati rilevanti detenuti dall'*outsourcer*, il legislatore impone all'impresa esternalizzante di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare che il fornitore del servizio cooperi con l'IVASS e a garantire l'accesso effettivo ai dati relativi alle attività esternalizzate

oltre che ai locali commerciali del fornitore del servizio. L'Autorità di settore deve quindi poter essere in grado di esercitare i richiamati diritti di accesso connessi a un'attività di vigilanza ispettiva e informativa, e in ciò si sostanzia il requisito dell'effettività dell'accesso.

La disciplina descritta peraltro ricalca quella del settore bancario, anch'essa improntata al principio di preventiva comunicazione all'Autorità di Vigilanza nazionale o europea della decisione di esternalizzare funzioni "importanti" o "di controllo", sia infragruppo che extragruppo. Tale approccio risponde all'esigenza che l'Autorità di Vigilanza sia sempre informata su decisioni che - come l'*outsourcing* - incidono in maniera rilevante sull'assetto organizzativo interno degli enti vigilati. Il termine - diversamente che nel settore assicurativo - è il medesimo sia per le funzioni importanti sia per quelle di controllo ed è pari a 60 giorni.

**3. La nozione di attività "essenziale o importante": profili di problematicità. L'outsourcing nell'ambito del gruppo e il ricorso all'istituto del consorzio o della società consortile.** In considerazione della diversità della disciplina sopra richiamata, si pone un problema di individuazione dei criteri utilizzabili per la qualificazione delle attività come essenziali o importanti, differenziandole così da quelle cruciali o dalle altre attività, attesa l'assenza di una definizione normativa delle stesse e la conseguente rimessione della questione all'interprete.

Soccorrono in primo luogo gli Orientamenti dell'EIOPA in base ai quali possono considerarsi sostanziali e importanti quelle funzioni che sono indispensabili per la specifica operatività dell'impresa esternalizzante ovvero funzioni in assenza delle quali l'assicurazione non sarebbe in grado di fornire i propri servizi agli assicurati.

In secondo luogo, il Regolamento n. 20/2008 delinea ulteriormente – all'articolo 2 – l'attività essenziale o importante definendola come quella attività la cui mancata o anomala esecuzione comprometterebbe in modo grave la possibilità dell'impresa di continuare a conformarsi alle condizioni richieste per

la conservazione dell'autorizzazione IVASS oppure comprometterebbe in modo grave i risultati finanziari, la stabilità dell'impresa o la continuità e qualità dei servizi verso gli utenti.

Vero è che tale definizione non viene considerata dal legislatore quale esclusiva, in quanto al successivo articolo 31 del predetto Regolamento si riconosce la competenza dell'organo amministrativo a deliberare in ordine ai criteri per la qualificazione delle attività essenziali o importanti "in aggiunta a quanto previsto dal presente Regolamento", conformemente alle indicazioni date dalla competente Autorità europea. Ne consegue che la nozione di attività essenziale o importante non coincide con una casistica prestabilita, alla quale una determinata funzione potrebbe essere sempre ricondotta. Il legislatore ha invero riconosciuto piena autonomia alle imprese nella definizione dei criteri di qualificazione, sicché gli stessi potranno risultare diversi come diverse sono le strategie di *business* seguite dalle singole imprese assicurative. Trattasi in definitiva di una nozione flessibile, coincidente con le fasi dello specifico processo produttivo che la singola impresa ha deciso di sviluppare (e sulle quali puntare) all'atto del proprio ingresso sul mercato assicurativo.

Ciò posto, emerge con chiarezza la problematicità della disciplina sopra richiamata: l'applicazione degli obblighi più stringenti previsti con riferimento alle attività essenziali o importanti è rimessa, sostanzialmente, a una decisione da parte delle stesse imprese assicurative, le quali, nell'individuare i criteri per la qualificazione delle attività sostanziali o importanti in via ulteriore rispetto a quanto previsto dalla normativa, andrebbero ad autovincolarsi a una disciplina caratterizzata da obblighi più stringenti.

Quanto alla natura del fornitore del servizio, lo stesso può essere un soggetto esterno o interno al gruppo di imprese. In quest'ultimo caso, il legislatore prescrive una disciplina più flessibile nei confronti dell'impresa esternalizzante, ritenendo opportuno valorizzare il rapporto intercorrente tra impresa controllante e fornitore controllato. La fattispecie in esame è stata peraltro oggetto di specifiche osservazioni in sede di documento di consultazione originario; in particolare, si fa riferimento alla proposta

dell'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA) di operare una distinzione tra esternalizzazione verso soggetti terzi ed esternalizzazione nell'ambito del gruppo.

L'ipotesi di ANIA prevede la sottrazione di quest'ultimo tipo di *outsourcing* dal perimetro applicativo della disciplina di riferimento, attesa la maggior "garanzia di affidabilità e omogeneità delle procedure di controllo" che caratterizza la proposta in esame. La proposta evoca la disciplina dell'esternalizzazione nel settore bancario, che si differenzia in ragione dell'appartenenza o meno al gruppo bancario del fornitore dell'attività esternalizzata: il legislatore ha ritenuto di valorizzare il rapporto di controllo e, *rectius*, lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, chiamata a definire la "politica aziendale" in materia di esternalizzazione all'interno del gruppo bancario. Il rispetto di tale politica da parte della banca esternalizzante non è priva di conseguenze: valorizzando lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento, si consente infatti di derogare alle disposizioni previste per l'esternalizzazione al di fuori del gruppo nel caso di rispetto, da parte della banca esternalizzante, della politica aziendale definita dalla capogruppo.

Con riguardo all'ipotesi formulata da ANIA, l'IVASS ha evidenziato come l'esternalizzazione effettuata all'interno del gruppo in ottica di economia di scala comporta, come ogni altro caso di *outsourcing*, rischi operativi congeniti e suscettibili di contagio nell'ambito del gruppo stesso, sicché la relativa disciplina può soltanto essere graduata - proporzionalmente all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento - ma non è suscettibile di totale disapplicazione.

Conformemente a tale impostazione, il Regolamento n. 20/2008 prevede che, in caso di appartenenza dell'impresa di assicurazione e del fornitore di servizi allo stesso gruppo assicurativo, il soggetto esternalizzante possa tener conto – nell'adozione dei presidi contrattuali e organizzativi – della misura in cui esercita il controllo sul fornitore. L'art. 33, comma 5, del Regolamento n. 20/2008 esplicitamente rimanda alla nozione di "controllo" di cui all'art. 72 del Codice delle assicurazioni private e utilizza una formulazione peraltro identica a

quella del Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio. In prospettiva, apparirebbe opportuno valorizzare - al posto della nozione di "controllo" - la nozione di "attività di direzione e coordinamento" svolta dalla capogruppo, riconoscendo, come nell'ordinamento bancario, la possibilità di derogare alle disposizioni previste per l'esternalizzazione fuori dal gruppo in caso di rispetto della "politica aziendale" definita dalla capogruppo.

Sul punto, la posizione della Vigilanza nazionale è in linea con quella dell'Autorità europea che ha specificato come l'esternalizzazione infragruppo non sia necessariamente diversa dall'esternalizzazione esterna: essa può consentire un processo di selezione più flessibile, ma non dovrebbe essere considerata un processo che richiede automaticamente meno attenzione e vigilanza rispetto a un'esternalizzazione esterna e che, in ogni caso, le imprese interessate da esternalizzazione infragruppo dovrebbero documentare quali funzioni sono attribuite a quale entità e assicurare che l'adempimento delle attività critiche o importanti a livello di impresa non risulti compromesso da tali accordi.

Rileva infine l'ipotesi di costituzione di un consorzio di "coordinamento" deputato allo svolgimento delle funzioni esternalizzate che, come noto, si sostanzia nell'accordo attraverso cui più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o lo svolgimento di talune fasi delle rispettive imprese. Al riguardo la dottrina ha fatto notare che "disciplina" e "svolgimento" sono "elementi alternativi della fattispecie consortile", essendo stati collegati per opera del legislatore dalla congiunzione disgiuntiva "o", potendo aversi quindi disciplina senza svolgimento, sia nel senso che deve ammettersi uno svolgimento senza disciplina (Mosco, 1988).

La questione è stata peraltro sollevata da parte degli operatori del settore, come risulta dagli esiti della consultazione pubblica del 15 aprile 2014. In particolare ci si riferisce all'osservazione con la quale ANIA ha proposto di eliminare l'applicabilità degli adempimenti relativi all'esternalizzazione qualora il



servizio sia reso da una società consortile il cui statuto preveda l'erogazione del servizio esclusivamente a favore di soggetti appartenenti al gruppo assicurativo.

**4. Approfondimento sulla proposta di ANIA in sede di consultazione: ammissibilità di un consorzio (o di una società consortile) costituito tra imprese appartenenti a un gruppo.** Dalla proposta di ANIA espressa in sede di consultazione alle modifiche da apportare al Regolamento n. 20/2008, emerge l'esigenza degli operatori del settore di valorizzare il ruolo che, nell'ambito dell'*outsourcing* delle funzioni di imprese assicuratrici, potrebbe svolgere la creazione di un consorzio o di una società consortile deputati allo svolgimento delle attività esternalizzate. Sul punto l'impostazione dell'Autorità di vigilanza è stata quella di non accogliere la proposta formulata atteso il principio cardine sotteso alla materia *de qua*, ovvero l'imprescindibile presenza di un adeguato presidio di controllo necessario in tutti i casi di esternalizzazione di attività.

Per comprendere la problematicità e le implicazioni della proposta sollevata da ANIA - ovvero una società consortile costituita da società che facciano parte di un gruppo assicurativo - è opportuno interrogarsi, a monte, circa l'ammissibilità o meno della costituzione di un consorzio tra società già appartenenti a un gruppo di imprese. Come noto, il legislatore ha inteso distinguere tra consorzi in genere e consorzi con "attività esterna" di cui all'art. 2612 c.c.: ai due modelli corrisponde tuttavia un ruolo diverso della predetta organizzazione comune, che è componente essenziale dello stesso paradigma funzionale consortile, "il che vuol dire che deve consistere in un fenomeno organizzativo del consorzio, e non ad esso esterno" (Mosco, 1988).

Nel consorzio con attività interna o, *rectius*, di "disciplina" (Mosco, 1988), l'organizzazione è volta a regolamentare convenzionalmente i rapporti reciproci fra i consorziati tramite l'assunzione reciproca di obblighi e a verificare il corretto rispetto degli stessi da parte delle imprese consorziate (SANTAGATA, 2015); tali consorzi, pur svolgendo un'attività di natura non economica e prevalentemente rivolta all'interno del consorzio, godono di soggettività giuridica e pertanto la

loro attività assume rilievo anche nei confronti dei terzi in considerazione della presenza della c.d. organizzazione comune (MOSCO, 1988). Nel consorzio di cui all'art. 2612 c.c. o consorzio c.d. "imprenditore" (ASCARELLI, 1937; MOSCO, 1988, SANTAGATA, 2015), la cui operatività si estrinseca anche nei confronti dei terzi, l'elemento organizzativo assume una particolare valenza, ponendosi quale strumento per la realizzazione, da parte del consorzio stesso, dell'esercizio di attività (*economica*) di impresa nei confronti di terzi, ferma la possibilità di affiancare allo svolgimento anche l'attività di disciplina delle fasi oggetto di accordo (MOSCO, 1988).

Le riflessioni della dottrina in ordine ai rapporti tra consorzi e gruppi di imprese hanno origini antiche, anteriori al codice del 1942 (MACARIO E SCOGNAMIGLIO, 2009). Un primo orientamento (AULETTA, 1938) sottolinea i profili di differenza intercorrenti tra gruppi e consorzi, evidenziando in particolar modo l'aspetto relativo alla indipendenza sia giuridica sia economica che contraddistingue le singole imprese coinvolte nel modello consortile. In quest'ultimo caso infatti i partecipanti restano pienamente liberi nello svolgimento della loro attività produttiva, nella misura in cui questa non costituisca oggetto del contratto di consorzio e relativi obblighi; nel caso del gruppo invece il partecipante è assoggettato a una completa dipendenza dalla impresa controllante, con conseguente esclusione dell'autonomia sotto il profilo economico.

Poste le richiamate differenze tra consorzi e gruppi di società, si potrebbe tuttavia indagare se possano esistere forme di stretta interazione tra i due modelli; invero, ci si potrebbe interrogare se l'assenza di indipendenza economica delle imprese (caratteristica di quelle operanti infragruppo) possa essere d'ostacolo, o meno, alla stipulazione tra le stesse di un contratto di consorzio.

Ferma la diversa natura dei consorzi "anticoncorrenziali" con funzione di riparto e limitazione della concorrenza, scopo ultimo del consorzio di "coordinamento" è, come noto, razionalizzare, cooperare, creare un'organizzazione comune nell'ambito della quale si espliciti la collaborazione

tra imprese. Da un punto di vista formale, quindi, presupposto necessario affinché si estrinsechi la predetta cooperazione e il coordinamento interaziendale (SANTAGATA, 2015) è la presenza di soggetti giuridici distinti tra loro: indipendenza giuridica quindi, non economica. Adottando tale soluzione interpretativa, l'assenza di indipendenza economica non precluderebbe, *ipso facto*, la costituzione di un consorzio in quanto le imprese contraenti, ancorché legate alle logiche di gruppo dal punto di vista economico, mantengono la propria autonomia negoziale derivante dall'indipendenza giuridica. Vero è che, in tal caso, il contenuto del contratto di consorzio verrebbe necessariamente influenzato dai rapporti di potere in essere all'interno del gruppo, la cui esistenza, tuttavia, non preclude - da un punto di vista formale - la stipula del contratto stesso.

Nota è peraltro la tesi dottrinale dei primi decenni del '900 (SALANDRA 1934) che riconduceva i consorzi e i gruppi nell'ambito dell'ampia categoria delle "unioni di imprese", caratterizzate dalla "costituzione di una organizzazione collettiva tra imprese che conservano la loro individualità giuridica avente per oggetto la disciplina totale o parziale della loro attività economica". In particolare, la richiamata posizione dottrinale distingueva tra cartelli "senza accentrimento di vendita" (o consorzi interni) e cartelli "con accentrimento di vendita" (o consorzi esterni) ove l'organizzazione è più complessa in quanto "i consorziati si obbligano a vendere (o ad acquistare) soltanto a mezzo dell'organo collettivo, il quale entra in rapporto con i terzi clienti (o fornitori) nello interesse di tutti i consorziati e provvede al reparto delle ordinazioni fra loro" (SALANDRA, 1934).

Con posizione rimasta tuttavia isolata, si osservava come non vi fosse "ragione di escludere dall'ambito di tali intese i gruppi, nei quali il vincolo ha per scopo [...] la disciplina della produzione" e che "frequente è la mescolanza tra la forma del cartello o quella del gruppo" in quanto le imprese partecipanti a un "cartello" possono "anche appartenere a un gruppo", il quale "lungi [...] dall'aver una natura opposta a quella che vincola tra loro i membri di un cartello, ha la stessa natura" (SALANDRA, 1934).

Ferma la diversa natura e funzione dell'istituto del consorzio e di quello del gruppo sottoposto a direzione unitaria, ulteriore aspetto che depone in modo incontrovertibile a favore dell'ammissibilità di un consorzio costituito tra società già appartenenti a un gruppo è la presenza nel nostro ordinamento, fino al 1° gennaio 2009, di una normativa che prevedeva benefici fiscali connessi all'applicazione dell'IVA tra imprese appartenenti a un gruppo e contestualmente partecipanti a un consorzio. In particolare, l'articolo 6 della legge 13 maggio 1999 n. 133 disponeva un'esenzione fiscale per le prestazioni di servizi rese, nell'ambito delle attività di carattere ausiliario (di cui all'art. 59, comma 1, lett. c del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385), da parte di un consorzio costituito tra società di un gruppo assicurativo a favore delle società stesse. In tal modo, il legislatore ammetteva esplicitamente la possibilità di costituire consorzi anche tra soggetti privi di indipendenza economica in quanto partecipanti a un gruppo di imprese, nella specie di tipo assicurativo.

Attualmente, l'esenzione dall'IVA per le prestazioni effettuate dai consorzi a favore dei consorziati o soci è disciplinata, con precise limitazioni, dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, art. 10: la normativa nulla specifica quanto alla "natura" del soggetto consorziato sicché non preclude, dal punto di vista normativo, che i partecipanti al consorzio possano contestualmente essere parte di un gruppo di società assicurative.

Dalle norme in esame emerge pertanto come, in tali casi, lo svolgimento di servizi accessori sia stato considerato fiscalmente in un'ottica di tipo "interno", quasi a significare che il consorzio fosse un'emanazione delle singole imprese, partecipanti - contestualmente - a un gruppo assicurativo.

Con riferimento, invece, alle società consortili, la dottrina (ZANELLI, 1962) – in relazione alla appartenenza delle stesse a un gruppo di società – ha messo in luce come "l'autonomia delle imprese aderenti ad un'organizzazione consortile non è di per sé conseguenza specifica, come è stato detto, della struttura causale del consorzio" e che, quanto al modello consortile, lo stesso è stato adottato anche "al fine di coordinare l'assunzione di lavori [...] da parte di alcune società, aventi ad oggetto attività economiche complementari, facenti

parti dello stesso gruppo industriale”, ammettendo pertanto la possibilità di costituire un consorzio “tra imprese non solo non concorrenti ma neppure (economicamente) autonome”.

**5. Prospettive evolutive.** Ragioni di cautela condivisibili hanno indotto l’Autorità di Vigilanza a non concedere una disciplina proporzionalmente graduata in caso di esternalizzazione a favore di un consorzio costituito tra imprese giuridicamente ed economicamente indipendenti in quanto estranee a logiche (e relative garanzie) derivanti dall’appartenenza a un gruppo. Tale operazione appare infatti paragonabile all’esternalizzazione nei confronti di un soggetto terzo in quanto, a differenza dell’ipotesi di affidamento di funzioni a una società controllata o a un consorzio costituito tra società infragruppo, non sussiste uno stretto legame o una stretta identificazione tra soggetti esternalizzanti, attività dell’*outsourcer* e soggetti beneficiari dell’attività di quest’ultimo, legame che giustifica l’applicazione di una disciplina graduata e che è assente nel caso in esame.

Le predette ragioni di cautela appaiono tuttavia venire meno se, all’istituto consortile, si aggiungono le garanzie derivanti dall’appartenenza a un gruppo delle imprese partecipanti al consorzio, in considerazione dell’esercizio dell’attività unitaria di direzione e coordinamento da parte della *holding*. Se l’esternalizzazione fuori dal gruppo comporta la dipendenza per lo svolgimento di una determinata funzione da un soggetto esterno all’assicurazione o al gruppo di appartenenza, l’esternalizzazione all’interno del gruppo o a un consorzio costituito da imprese appartenenti allo stesso costituisce al contrario una riallocazione organizzativa dei compiti all’interno del gruppo sottoposto a direzione e coordinamento unitari. Di carattere opposto è pertanto la logica che guida l’*outsourcer* nello svolgimento dei propri servizi offerti sul mercato e quella del consorzio costituito tra imprese infragruppo che opera a vantaggio delle stesse: di profitto, la prima; di cooperazione, razionalizzazione e risparmio gestionale in un’ottica di gruppo, la seconda.

L’affidamento di funzioni ad un consorzio infragruppo appare invero

qualificabile come *outsourcing* soltanto in senso formale: da un punto di vista sostanziale ed economico, il consorzio opera solo formalmente come entità terza, agendo lo stesso in chiave strumentale rispetto ai soggetti partecipanti che vi hanno affidato lo svolgimento di una o più fasi delle rispettive imprese. Risulta quindi condivisibile considerare un consorzio costituito tra imprese appartenenti a un gruppo quale emanazione delle stesse imprese partecipanti: la logica che sovrasta una simile operazione appare quasi di "*insourcing*" più che di "*outsourcing*", operando il consorzio o la società consortile alla stregua di una divisione "interna" del gruppo.

Nel caso di consorzio tra imprese infragruppo verrebbe peraltro valorizzato non solo il rapporto - esplicitamente richiamato dall'articolo 33, comma 5, Reg. 20/2008 - tra impresa controllante e fornitore controllato ma anche, e più in generale, lo stretto rapporto intercorrente tra tutte le società consorziate le quali, contestualmente, appartengono al medesimo gruppo societario, con conseguenti minori rischi operativi attesa la maggior garanzia di affidabilità e omogeneità delle procedure di controllo che caratterizza l'ipotesi in esame.

Da tali considerazioni emergono le similitudini tra la figura del consorzio creato tra imprese di gruppo e il caso di *outsourcing* con funzioni svolte dalla controllata-*outsourcer* a favore della controllante-esternalizzante, per il quale il legislatore attualmente già riconosce una graduazione della disciplina in considerazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

La possibilità di riconoscere al gruppo di imprese una disciplina proporzionalmente graduata e parzialmente in deroga alle disposizioni ordinarie è inoltre un principio pacificamente riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico: ci riferisce, ad esempio, alla normativa in materia di IVA di gruppo di cui all'art. 73, comma 3, del d.p.r. n. 633/1972, la quale, in virtù dell'appartenenza a un gruppo, riconosce alle imprese partecipanti la possibilità di usufruire di una procedura unificata di compensazione e versamento del tributo in capo alla società controllante.

Ne consegue che un consorzio costituito tra società già appartenenti a un

gruppo parrebbe, quantomeno, risultare meritevole di applicazione del regime favorevole concesso dal Regolamento n. 20/2008 all'impresa che effettua l'*outsourcing* nei confronti del soggetto sul quale esercita l'attività di direzione e coordinamento. Le conseguenze, peraltro, non sarebbero irrilevanti sul piano pratico in quanto, tenendo conto dell'esistenza di legami di gruppo, si consentirebbe a tutte le società appartenenti allo stesso di avvantaggiarsi di un regime normativo più favorevole laddove l'esternalizzazione di funzioni avvenga in favore di un consorzio costituito tra le stesse ovvero di una società consortile con operatività a favore del gruppo.

Uno specifico intervento legislativo nei termini sopra richiamati è peraltro necessario: non è possibile affermare esclusivamente in via interpretativa l'applicabilità della disciplina dell'esternalizzazione infragruppo al consorzio, essendo quest'ultimo soggetto formalmente estraneo al gruppo assicurativo ancorché le medesime imprese facciano, contemporaneamente, parte di entrambi.

Dall'analisi del quadro normativo e dagli esiti delle consultazioni pubbliche può, in conclusione, essere tratta una considerazione di ampio respiro: appare opportuno individuare soluzioni che sviluppino e valorizzino la cooperazione tra imprese, modello che si è reso necessario attesa la specializzazione del mercato, da un lato, e la composizione del tessuto imprenditoriale nazionale, dall'altro.

Appare in definitiva auspicabile fornire una risposta concreta all'esigenza espressa dagli operatori del settore di valorizzare le peculiarità degli istituti in esame, espressioni di coordinamento e cooperazione interaziendale. Consorzio e società consortile infragruppo potrebbero rappresentare una valida alternativa rispetto all'esternalizzazione nei confronti di soggetti terzi, alternativa che appare rispettosa dei principi alla base dell'*outsourcing* e dell'esigenza di preservare la sana e prudente gestione delle imprese assicurative e pertanto meritevole di una disciplina normativa proporzionalmente graduata.

## Riferimenti bibliografici

- ASCARELLI T., *Consorzi volontari tra imprenditori*, Giuffrè, 1937
- AULETTA G., *Consorzi commerciali*, in *N. dig. it.*, 1938
- CULLITON J. W., *Make or but: a consideration of the problems fundamental to a decision whether to manufacture or buy materials, accessory equipment, fabricating parts and suppliers*, in *Harvard University Research*, 1956
- FORD D. - COTTON B. - FARMER D. - GROSS A. - WILKINSON I., *Make-or-buy decisions and their implications*, in *Industrial Marketing Management*, 1993;
- LARGE A., *Outsourcing: An Unorthodox Response To Bank Capital Shortage*, in *Journal of international securities markets*, 1991
- MACARIO F. - SCOGNAMIGLIO C., *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, in *I Contratti*, 2009
- MAUGERI M., *Esternalizzazione di funzioni aziendali e "integrità" organizzativa nelle imprese di investimento*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2010
- MOSCO G.D., *I consorzi tra imprenditori*, Giuffrè, 1988
- MOSCO G.D., *Coordinamento consortile per la competitività delle imprese tra codice civile e leggi speciali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Giappichelli Ed., 2009
- PIERAZZI E.M., *L'outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 2009
- SALANDRA V., *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Cedam, 1934
- SANTAGATA R., *La cooperazione tra imprenditori*, in *Diritto Commerciale, Estratto*, a cura di M. Cian, Giappichelli Ed., 2015
- ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, 1962





*Prime considerazioni a margine del progetto di riforma  
«Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza\**

di **GIAN DOMENICO MOSCO** e **SALVATORE LOPREIATO**

**SOMMARIO** **1.** LE PRINCIPALI SCELTE DEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA SULLA «RIFORMA ORGANICA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA»; **2.** LA SUGGERIZIONE DI UNA DISCIPLINA DELLE DUE PROCEDURE IMPRENDITORIALI RITAGLIATA SULL'IMPRESA COLLETTIVA; **3.** L'IMPORTANZA DI UNA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI ANCHE DELL'IMPRESA ENTIFICATA NON SOCIETARIA; **4.** UNA PARENTESI: IL NECESSARIO SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE TRA IMPRENDITORE AGRICOLO E IMPRENDITORE COMMERCIALE ANCHE SUL PIANO CONCORSUALE; **5.** I POSSIBILI PROFILI DELLA DISCIPLINA CONCORSUALE DEGLI ENTI-IMPREDITORI NON SOCIETARI; **6.** IL VUOTO REGOLATORIO NELLA GESTIONE DELLE CRISI DEI PATRIMONI SEPARATI

## Abstract

The paper aims to investigate the innovative rules introduced by the bill on “systematic reform of the framework concerning companies in distress and bankruptcy law regime” approved by the Italian Government on 10 February 2016 and based on the final draft of the Rordorf Committee, which offers food for thought on the choices made and on the further measures to be taken by the upcoming bankruptcy reform. The authors hope that the reform will fully acknowledge the centrality of corporate entities, identify the possible rules concerning non-corporate entities-entrepreneurs and regulate the crises affecting assigned assets.

**1. Le principali scelte del disegno di legge delega sulla «riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza».** Il 10 febbraio 2016 il Governo ha approvato il disegno di legge delega sulla «riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza» (A.C. 3671) sulla base del testo licenziato dalla Commissione Rordorf che ha concluso i suoi lavori il 29 dicembre 2015<sup>1</sup>.

---

\* Il lavoro trova origine nella relazione svolta da Gian Domenico Mosco al convegno «Crisi d'impresa: la riforma *in itinere*» organizzato dal Centro studi dell'Ordine degli avvocati di

Sono molteplici le considerazioni suscitate dal d.d.l. delega e ci si limita in questa sede a esporne alcune tra le più significative, anzi tutto sulle principali scelte compiute dalla Commissione.

Importante e condivisibile è il superamento – o, quanto meno, la marcata ibridazione – dell’attuale sistema bipolare di governo delle crisi patrimoniali, caratterizzato da una regolamentazione destinata alle imprese commerciali che soddisfino determinati requisiti dimensionali, incentrata sul fallimento, e da una autonoma disciplina relativa agli altri debitori, il c.d. sovraindebitamento (peraltro spezzettata sotto il profilo soggettivo, con il piano di ristrutturazione riservato ai consumatori). La prospettiva della riforma – più moderna e in linea con le legislazioni di molti dei paesi più avanzati – è invece unitaria, in quanto la procedura di governo delle crisi patrimoniali diventa un istituto di diritto comune, destinato a trovare applicazione nei confronti di qualsiasi debitore, senza che rilevino l’eventuale qualifica imprenditoriale o altri presupposti soggettivi (NIGRO, 2012; FAUCEGLIA, 2014).

Il nuovo sistema appare unitario sia nella fase «di natura non giudiziale e confidenziale» costituita dalle «procedure di allerta e composizione assistita della crisi [...] finalizzate ad incentivare l’emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori» (art. 4, comma 1)<sup>2</sup>,

---

Roma il 24 febbraio 2016 presso il Palazzo di Giustizia di Roma. Al suo aggiornamento e alla redazione del testo scritto ha collaborato Salvatore Lopreato.

<sup>1</sup> Il progetto di legge A.C. 3761 è stato presentato alla Camera dei deputati l’11 marzo 2016 e il 20 aprile 2016 è iniziato l’esame in Commissione Giustizia, che ha chiesto lo stralcio dell’art. 15 del d.d.l. relativo all’amministrazione straordinaria, deliberato dall’Assemblea il successivo 18 maggio 2016. Il d.d.l. risultante dal suddetto stralcio, contraddistinto dal n. 3671-*ter* e recante il titolo: «Delega al Governo in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza» è stato assegnato alla Commissione Attività produttive, che ha iniziato l’esame il 15 settembre 2016 (in abbinamento alla proposta di legge Abrignani A.C. 865 «Disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e dei complessi di imprese in crisi». Alla restante parte del d.d.l. 3761 è stato attribuito il nuovo numero 3671-*bis*, lasciando inalterato il titolo «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza».

<sup>2</sup> L’opportunità di inserire, nell’ambito di una riforma organica delle procedure concorsuali, istituti finalizzati all’emersione anticipata della crisi è stata segnalata dalla dottrina più recente (JORIO, 2014, che guarda al modello delle misure di allerta e di prevenzione previste dall’ordinamento francese) anche nella prospettiva di rimediare all’insuccesso sul piano empirico del concordato preventivo con prenotazione (più noto come “concordato in bianco” o “preconcordato”) introdotto nel testo dell’art. 161 l. fall. dal d.l. n. 83/2012 (convertito nella l. n. 134/2012). Partendo da un’indagine sugli esiti dei ricorsi per concordato preventivo con

sia in quella dell'«accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore» (art. 2, lett. d), destinato a trovare applicazione nei confronti di «ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici» (art. 2, lett. e).

Soltanto una volta concluso l'accertamento giudiziale della sussistenza del presupposto oggettivo (crisi, vale a dire «probabilità di futura insolvenza» o insolvenza: in argomento, da ultimo TERRANOVA, 2013; PRESTI, 2016), il procedimento unitario si ripartisce in due canali alternativi nei quali assume rilievo il profilo soggettivo: il primo canale continua a essere riservato all'imprenditore (commerciale?) non minore ed è costituito da una procedura concorsuale ordinaria, la «liquidazione giudiziale», e dal concordato preventivo (con le relative varianti della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi), con il concordato preventivo utilizzabile solo in alternativa alla mera liquidazione patrimoniale, con funzione dunque esclusivamente di risanamento e continuazione dell'impresa<sup>3</sup>. Il secondo canale, invece, è destinato: (i) agli imprenditori commerciali di piccole dimensioni; (ii) sembrerebbe a tutti (almeno,

---

prenotazione presentati dinanzi al Tribunale di Milano nel periodo settembre 2012-giugno 2013 – dalla quale emerge che su 145 ricorsi complessivamente presentati soltanto 37 sono stati poi effettivamente ammessi alla procedura di concordato e non revocati (circa il 26%) – l'A. conclude che «[l']alta percentuale di esiti negativi della fase di preconcordato dimostra che il debitore utilizza sovente il preconcordato quale strumento per rinviare l'ormai ineluttabile dichiarazione di fallimento».

Un precedente tentativo di introdurre meccanismi di allerta e di prevenzione è stato compiuto dalla Commissione Trevisanato (istituita con decreto del Ministro della Giustizia 28 novembre 2001 «per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme e concernenti gli istituti connessi»): v., in particolare, l'art. 3 del d.d.l. di riforma della legge fallimentare licenziato dalla Commissione Trevisanato (in *Dir. fall.* 2004, I, p. 845). In argomento v. SANTONI, 2004; DE FERRA, 2005 e, per una rassegna comparatistica delle misure anticipatorie della crisi nei principali sistemi giuridici di *civil law*, PASQUARIELLO, 2010.

<sup>3</sup> Il criterio direttivo di riordino della procedura di concordato preventivo previsto dall'art. 6, comma 1, lett. a), impone al Governo di «prevedere l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria». In alcune versioni del d.d.l. precedenti a quella approvata dal Consiglio dei Ministri, circolate informalmente, la funzione di risanamento e continuazione d'impresa del concordato preventivo era configurata come principale ma non esclusiva, ammettendosi la presentazione di «proposte esclusivamente liquidatorie solo in caso di apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori».

se ho ben compreso) gli imprenditori agricoli; (iii) ai debitori civili. Questo canale è costituito dalle procedure di sovraindebitamento con finalità compositive della crisi o liquidatorie, che vengono rimodellate dall'art. 9 del d.d.l. sulla falsariga della disciplina delle procedure concorsuali maggiori, in particolare riconoscendo «ai creditori e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, al pubblico ministero [...] l'iniziativa per l'apertura delle soluzioni liquidatorie, anche in pendenza di procedure esecutive individuali» (art. 9, lett. f)<sup>4</sup>.

Altrettanto importante sembra l'introduzione nel d.d.l. di una nutrita serie di principi e criteri, anche di carattere organizzativo, specificamente rivolti alle società, superando la tradizionale tendenza del nostro diritto concorsuale a considerare del tutto marginalmente il fenomeno societario in evidente contraddizione con il suo "peso" economico.

Quelli di più marcata matrice organizzativa, senza potersi soffermare sulla nuova disciplina dei gruppi, pure anche sotto questo profilo rilevante, discendono dalle previsioni, modificative o integrative del codice civile, relative:

- a) all'applicabilità dell'articolo 2394 («Responsabilità verso i creditori sociali») alla società a responsabilità limitata e all'abrogazione dell'articolo 2394-bis («Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali»);
- b) al dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale;
- c) all'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale come causa di scioglimento delle società di capitali ai sensi dell'articolo 2484;
- d) alla possibilità di sospensione dell'operatività della causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, n. 4 ed all'articolo 2545-duodecies, nonché degli obblighi posti a carico degli organi sociali dagli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma,

---

<sup>4</sup> Sull'attuale disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento, introdotta dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 e da ultimo profondamente rivista dal d.l. n. 179/2012 convertito nella legge n. 221/2012, si rinvia a DI MARZIO, 2013; MACARIO, 2013.

2482-ter e 2486, in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata preventiva della crisi;

e) ai criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo di amministrazione della società fondata sulla violazione di quanto dall'articolo 2486;

f) all'applicabilità delle disposizioni di cui all'articolo 2409 alle società a responsabilità limitata, anche prive di organo di controllo.

Inoltre, nelle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (art. 4, lett. b), si segnala l'obbligo a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione – allertati anche dai creditori qualificati (agenzia delle entrate, enti previdenziali, ecc.) a loro volta obbligati ad attivarsi – di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi.

Ancora, con riguardo alla procedura di concordato preventivo (art. 6, comma 2) è introdotta una «apposita disciplina» per il caso di procedura riguardante società, diretta a:

a) esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità ai principi dettati dal codice civile;

b) imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata a un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea (con la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci);

c) prevedere che, in caso di operazioni di trasformazione, fusione o scissione poste in essere nel corso della procedura: 1) l'opposizione dei creditori possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria; 2) gli effetti delle operazioni siano irreversibili, anche in caso di risoluzione o annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o terzi danneggiati, a norma degli articoli 2500-bis e 2504-quater del codice civile; 3) non spetti ai soci il diritto di recesso in conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società.

Infine, nella procedura di liquidazione giudiziale:

- sono attribuiti al curatore «poteri per il compimento degli atti e delle operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione» (assicurando un'adeguata e tempestiva informazione dei soci e dei creditori della società, nonché idonei strumenti di tutela in sede concorsuale degli stessi e dei terzi interessati) (art. 7, comma 1, n. 5);

- si legittima il curatore a promuovere o proseguire: 1) per le società di capitali e le società cooperative, l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 del codice civile, l'azione prevista dall'art. 2476, settimo comma, del codice civile, le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 del codice civile e le altre analoghe azioni di responsabilità contemplate da singole disposizioni di legge; 2) l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 del codice civile, in caso di violazione delle regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima; 3) per le società di persone, l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale;

- si prevede, con riferimento alla chiusura della procedura relativa a società di capitali nei casi di cui ai numeri 1) e 2) del vigente articolo 118 della l. fall., il potere/dovere del curatore di convocare l'assemblea ordinaria dei soci

per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione, ovvero per la trattazione di argomenti sollecitati, con richiesta scritta, da un numero di soci che rappresenti una percentuale significativa del capitale sociale (lett. c).

Trovano così spazio molti dei punti nodali di interdipendenza tra diritto societario e concorsuale tradizionalmente segnalati dalla dottrina (TOMBARI, 2013; CALANDRA BUONAURA, 2014; FABIANI, 2011; DI MARZIO, 2011; NIGRO, 2006, STRAMPELLI, 2012; GUERRERA E MALTONI, 2008) sia in relazione ai doveri degli organi sociali di percepire i segnali della crisi e apprestarvi adeguati strumenti di reazione, sia per quanto concerne il rapporto degli organi con eventuali soggetti esterni all'impresa (c.d. Bankruptcy Governance).

Un rilievo particolare sembra assumere l'indicazione della riforma volta a rimarcare la centralità, propria ormai del diritto societario (almeno) della s.p.a., degli «assetti organizzativi adeguati» che, nell'impresa societaria in crisi, vengono specificati in «assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale», alla cui realizzazione e verifica sono ragionevolmente chiamati a dare il loro contributo tutti gli organi sociali (IRRERA, 2008; SANDULLI, 2009; MONTALENTI, 2011). Indicazione alla quale è connessa la richiesta agli amministratori e ai sindaci di «attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale».

**2. La suggestione di una disciplina delle due procedure imprenditoriali ritagliata sull'impresa collettiva.** Queste novità danno corpo a una suggestione che pure, in un diritto commerciale nel quale la figura generale dell'imprenditore resta al centro del sistema, si fa fatica a considerare in termini concreti: che la riforma concorsuale possa prendere atto della centralità economica e giuridica dell'impresa collettiva, in particolare societaria, invertendo il rapporto tra imprenditore individuale e società che lo caratterizza attualmente.

Certo, è indubbio che, sotto il profilo economico, le imprese “di una certa dimensione” non sono quelle individuali, ma sono solo, o pressoché solo, quelle entificate e, in particolare, quelle societarie. Così che sarebbe tutt’altro che assurdo dettare una disciplina delle due procedure imprenditoriali ritagliata sulle imprese collettive, con «poche e semplici norme» non più per le società<sup>5</sup>, ma per le imprese individuali che dovessero comunque accedervi.

**3. L’importanza di una nuova disciplina della crisi anche dell’impresa entificata non societaria.** Sarebbe almeno opportuno affrontare – e affrontare per quanto possibile unitariamente – il problema dell’impresa entificata privata, essenzialmente non lucrativa (Mosco, 2016). Dunque, non soltanto le società, ma gli enti che pure esercitano attività imprenditoriale costituiti come associazioni, fondazioni, consorzi esterni, reti soggettivate, GEIE<sup>6</sup>.

Attualmente, risultano iscritti nel registro delle imprese più di 21.000 associazioni<sup>7</sup> e circa 2.600 fondazioni<sup>8</sup>, peraltro senza che a essi si riferisca

---

<sup>5</sup> L’affermazione – contenuta nella *Relazione del Ministro Guardasigilli (Grandi) al r.d. n. 267/42*, nella quale si afferma che, per le società commerciali, la legge fallimentare ha «potuto limitarsi a dettare poche e semplici norme, le quali concernono quasi esclusivamente i rapporti fra le società e i soci nel fallimento» (*sub art. 34*) – è ripresa da NIGRO, 2012 per segnalare come «l’esigenza di una disciplina delle crisi che tenga adeguatamente conto della particolare struttura del soggetto che vi sia sottoposto e che, quindi, sia calibrata, ove del caso, anche e proprio sulla struttura societaria» sia stata pressoché integralmente pretermessa anche dal legislatore della riforma del diritto fallimentare del 2005-2007, che «si è, in sostanza, chiaramente mosso nel solco dell’idea tradizionale – e da sempre criticata – secondo cui la disciplina delle procedure concorsuali è in principio destinata a trovare applicazione sempre nello stesso modo, quale che sia la natura giuridica e la struttura del soggetto che vi sia sottoposto» (p. 33-34). Riflessioni analoghe in FABIANI, 2011 secondo il quale le disposizioni sul «Fallimento delle società» contenute nel capo X, titolo II, I. fall., oltre a occuparsi di aspetti limitati (tutt’oggi, il nucleo più consistente di disposizioni è relativo al fallimento di società con soci illimitatamente responsabili), sono anche caratterizzate da «un ordine abbastanza casuale» (pag. 506); GUERRERA E MALTONI, 2008; TOMBARI, 2013, anche per la prospettiva complementare del rafforzamento del «diritto societario della crisi d’impresa», il quale peraltro rileva come anche in altre esperienze giuridiche tradizionalmente prese a modello per le soluzioni avanzate adottate, quale quella tedesca, «il dialogo tra diritto della crisi e diritto societario è ancora ad uno stadio assolutamente iniziale»; MUNARI, 2014.

<sup>6</sup> Se, in altre parole, vada superato il silenzio a riguardo della precedente riforma del 2005-2007 che anzi, in ragione di alcune abrogazioni di disposizioni della originaria legge fallimentare, ha complicato il quadro interpretativo a essi relativo: v. CETRA, 2008.

<sup>7</sup> Fonte: *Consistenze generali delle società iscritte al Registro Imprese al 31/12/2014*, Macroestrazioni societarie dal Registro Imprese operate dall’Osservatorio per la semplificazione amministrativa della Camera di Commercio di Milano con la collaborazione di Infocamere, disponibili all’indirizzo <http://www.mi.camcom.it/database-societario>.



espressamente il corpus legislativo sul registro delle imprese, e in particolare l'art. 7 del d.P.R. n. 581/1995. Nel registro sono iscritti, inoltre, più di 22.000 consorzi<sup>9</sup>, circa 250 GEIE<sup>10</sup>, 438 reti soggettivate di imprese<sup>11</sup>. Nell'insieme, circa 46.000 imprese sono esercitate da enti non societari, che non possono dunque più considerarsi alla stregua di un'eccezione dell'ordinamento, se non di una stranezza della pratica, ma costituiscono ormai moduli organizzativi dell'impresa largamente diffusi e che hanno acquisito pari dignità rispetto al modello societario.

Sembra, dunque, che la riforma potrebbe occuparsi anche, e specificamente, di questi enti e che dovrebbe farlo nell'ambito della disciplina concorsuale dell'impresa commerciale, lasciando ai limiti dimensionali il compito di dirottarli – probabilmente in un largo numero di casi – verso le procedure di sovraindebitamento.

**4. Una parentesi: il necessario superamento della distinzione tra imprenditore agricolo e imprenditore commerciale anche sul piano concorsuale.** Una parentesi: nella riforma dovrebbe d'altro canto cadere ogni distinzione soggettiva interna alla categoria generale dell'imprenditore, superando definitivamente nell'ambito concorsuale l'anacronistica distinzione tra imprenditori agricoli e imprenditori commerciali<sup>12</sup>. Definitivamente, perché

---

<sup>8</sup> Fonte: *Consistenze generali delle società iscritte al Registro Imprese al 31/12/2014*, cit.

<sup>9</sup> Fonte: *Consistenze generali delle società iscritte al Registro Imprese al 31/12/2014*, cit.

<sup>10</sup> Fonte: *Consistenze generali delle società iscritte al Registro Imprese al 31/12/2014*, cit.

<sup>11</sup> Fonte: *Statistiche – Riepilogo sui contratti di rete (aggiornamento al 3 settembre 2016)*, estrazioni dal Registro Imprese operate da Infocamere, disponibili all'indirizzo <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/>

<sup>12</sup> La scelta di limitare l'applicazione del fallimento (e del concordato preventivo) ai soli imprenditori esercenti un'attività commerciale, originariamente compiuta dal codice civile del '42 e dalla coeva legge fallimentare nel solco della tradizione del codice di commercio francese, recentemente confermata dalla riforma del 2005-2007, si pone peraltro in antitesi con quella compiuta dai principali Paesi europei (Regno Unito, Germania, Spagna) che non prevedono alcuna distinzione in ragione della natura (commerciale o agricola) dell'attività esercitata, come ricordano POTITO E SANDULLI, 2006; SPAGNUOLO, 2011. Tant'è che del d.d.l. di riforma della legge fallimentare licenziato dalla Commissione Trevisanato, *cit.*, la distinzione era stata effettivamente abolita osservando che «alcune esenzioni non appaiono più giustificabili, come quella relativa all'imprenditore agricolo [...] Il presupposto soggettivo vede, pertanto, ampliato l'ambito dei soggetti tradizionalmente destinatari delle procedure concorsuali: non soltanto l'imprenditore commerciale, ma anche l'imprenditore agricolo, il cui statuto non si differenzia

segnali già ce ne sono, ma solo come espressione del favor del legislatore verso gli imprenditori agricoli, ai quali già si applica, come sappiamo, la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale.

Infatti, lo statuto, disapplicativo di quello commerciale, riservato all'imprenditore agricolo oggi non sembra avere più senso<sup>13</sup>.

Da una parte, è sempre più ristretto: non soltanto si applicano "pezzi" della disciplina concorsuale dell'impresa commerciale (e l'imprenditore agricolo già accede al «sovraindebitamento»). Ma, si sa, le imprese agricole sono tenute a iscriversi nel registro delle imprese e dal 2001 l'iscrizione, che pure avviene nella sezione speciale, ha effetto di pubblicità legale (efficacia dichiarativa). Inoltre, l'obbligo di tenere le scritture contabili, ancora non applicabile per il codice civile, rientra dalla finestra della disciplina fiscale. Manca infine nel codice civile, da sempre, una norma espressa di disapplicazione delle norme sulla rappresentanza commerciale (TAMPONI, 2001; BUONOCORE, 2002).

Dall'altra parte, l'ampliamento della nozione di imprenditore agricolo – e, in particolare, delle attività considerate connesse – nel nuovo art. 2135 c.c. rende ormai insufficiente il richiamo alla specialità dei rischi connessi a un'attività riferita a elementi "vitali", anziché inerti, per giustificare uno statuto speciale dell'impresa agricola, almeno dell'impresa agricola di una certa dimensione (BUONOCORE, 2002; FORTUNATO, 2003; SPAGNUOLO, 2011). Ma se è così, bastano le soglie dimensionali per indirizzare le imprese agricole minori verso le procedure di sovraindebitamento.

**5. I possibili profili della disciplina concorsuale degli enti-imprenditori non societari.** Chiusa la parentesi, i tre principali profili dell'auspicata disciplina concorsuale degli enti-imprenditori non societari sembrano i seguenti.

---

sostanzialmente più da quello dell'imprenditore commerciale» (così la *Relazione* al d.d.l. Trevisanato).

<sup>13</sup> Nel senso del testo, tra gli altri, BIONE, 2003; BUONOCORE, 2002; e, già prima della riscrittura dell'art. 2135 c.c. operata dal d. lgs. 28 maggio 2001, n. 228, RAGUSA MAGGIORE, 1984.

Per quanto riguarda associazioni e fondazioni vanno superati i dubbi ancora sussistenti, specie in giurisprudenza, sul loro assoggettamento a fallimento (un domani, a liquidazione giudiziaria) in caso di esercizio dell'impresa solo in via strumentale e accessoria – anziché esclusiva o prevalente – rispetto all'attività istituzionale di carattere non economico<sup>14</sup>.

Occorre, inoltre, risolvere il problema del vuoto normativo relativo al rilievo della procedura per le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta "fallita" e che rispondono personalmente e in via solidale per le relative obbligazioni ai sensi dell'art. 38 c.c. (soggetti che, ricordo, non coincidono necessariamente, secondo i più, con tutti i componenti dell'organo direttivo: GALGANO, 1976; CETRA 2008; DI CAMILLO, 2011; MOZZARELLI, 2016).

---

<sup>14</sup> La *querelle*, oramai risalente, vede contrapporsi l'orientamento che considera associazioni e fondazioni assoggettabili a fallimento per il solo fatto materiale dell'esercizio di un'impresa commerciale (prevalente in dottrina: ZOPPINI, 1995; FARENGA, 1981; RESCIGNO, 1967; COSTI, 1968; CAMPOBASSO, 1994; CETRA, 2003 e 2008; NIGRO, 2012; POTITO E SANDULLI, 2006; DI CAMILLO, 2011; MOZZARELLI, 2016) a quello che attribuisce rilievo a tal fine anche al carattere principale ovvero accessorio dell'attività esercitata (sulla distinzione v. GATTI, 1980) sull'assunto che gli enti del libro I del codice civile acquistino lo *status* di imprenditori commerciali – e siano soggetti al relativo statuto, anche per la parte concernente le procedure concorsuali – soltanto qualora l'attività imprenditoriale sia esercitata in via esclusiva o quanto meno prevalente (è la tesi sviluppata da GALGANO, 1976, recepita nel *leading case* Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2255; RAGUSA MAGGIORE, 1994). Il dibattito è incentrato principalmente sull'applicabilità analogica agli enti collettivi privati dell'esonero dall'obbligo di registrazione previsto per gli enti pubblici che non hanno "per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale" e sancito dall'art. 2201 c.c., considerata dai sostenitori della prima tesi norma eccezionale e di stretta interpretazione, mentre dai fautori della seconda come "una norma dettata non per gli enti pubblici in quanto tali ma per essi in quanto enti l'attività commerciale dei quali può presentarsi nel duplice aspetto di attività principale e attività secondaria" (in questi termini GALGANO, 1976, p. 100). L'adesione, certamente non sporadica, della giurisprudenza a questo secondo orientamento [emblematico per le associazioni non riconosciute il caso dell'«Istituto Parificato Pitagora» definito dalla nota sentenza Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 436 con nota di RAGUSA MAGGIORE, 1994, che riprende il *leading case* del 1979; v. anche Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, in *Arch. civ.*, 2001, p. 985; per l'applicazione del medesimo principio alle fondazioni Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 1479; Trib. Biella, 22 maggio 2015, in *Giur. it.*, 2016, p. 124 con nota di Cerrato; App. Venezia, 20 luglio 2015, disponibile sul sito internet [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14263.pdf>); ult. rif. in LORIO, 2010; DI CAMILLO, 2011; MOZZARELLI, 2016) suscita perplessità in dottrina anche perché sembrerebbe garantire alla «parte quantitativamente e qualitativamente più significativa degli enti senza scopo di lucro [...] un regime di immunità non del tutto coerente con l'attuale sviluppo del fenomeno» (così, LORIO, 2010, p. 127).

Quest'ultimo problema si pone anche con riguardo non a chi ha agito per l'ente, ma a chi vi partecipa con responsabilità personale e illimitata, nel caso dei membri del GEIE (art. 24, par. 1, reg. 2137/85).

L'art. 9 del decreto attuativo del regolamento GEIE d. lgs. n. 240/1991, rubricato "Fallimento del GEIE", dopo aver stabilito che "il GEIE che esercita una attività commerciale si scioglie per la dichiarazione di fallimento", rinvia infatti per l'attivazione della "responsabilità illimitata dei membri" all'art. 151 l. fall. Al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 240/1991, questo regolava infatti il meccanismo di attivazione della responsabilità illimitata o multipla dei soci di cooperativa (previsto dai previgenti artt. 2513 e 2514, comma 2, c.c.), prevedendo in capo agli organi della procedura il potere di chiedere ai soci personalmente responsabili di coprire il deficit fallimentare, in modo da ripartirlo in ragione della rispettiva partecipazione alle perdite. L'art. 151 l. fall. è stato però abrogato con la riforma del diritto fallimentare del 2005 in seguito all'eliminazione dei regimi di responsabilità multipla e illimitata dei soci di cooperative operata dalla riforma del diritto societario di due anni prima, dimenticandosi però del GEIE. Il correttivo 2007 ha poi abrogato anche l'art. 211 l. fall. che, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa, prevedeva un analogo meccanismo per l'attivazione della responsabilità personale dei soci di una società assoggettata a tale procedura. Attualmente, dunque, sappiamo che la responsabilità dei membri del GEIE insolvente deve rilevare in sede concorsuale, ma non sappiamo come farla rilevare.

D'altro canto, gli artt. 147 e seg. l. fall. si applicano, dopo la riforma del 2005, solo a s.n.c. e accomandite e non sono dunque più utilizzabili per società diverse da quelle richiamate e, tanto più, per figure non societarie.

Chi non si rassegna a prendere atto di questo "vuoto", soprattutto in dottrina, si trova dunque costretto, oggi, a rilevanti sforzi interpretativi volti a rendere in qualche modo possibile l'attivazione in sede concorsuale della responsabilità personale dei componenti del GEIE fallito<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> E v. sul punto CETRA, 2008, il quale considera applicabili le regole su scioglimento e liquidazione delle società di persone, in particolare l'art. 2280, comma 2, c.c., che autorizza i

Infine, con riguardo a tutti gli enti imprenditoriali diversi dalle società di capitali, occorre chiedersi se presunte ragioni di snellezza normativa possono ancora giustificare che i gestori delle varie imprese entificate siano trattati in modo diverso con riguardo sia alla sussistenza delle azioni di responsabilità per la violazione degli obblighi inerenti alla carica ricoperta, sia all'esperibilità di queste azioni, in sede concorsuale, da parte del curatore. L'entificazione, infatti, porta con sé l'autonomia patrimoniale e l'impresa (non individuale) la necessità di una gestione che dovrebbe comunque caratterizzarsi come professionale; entrambe, la necessità di una piena tutela dei creditori a controbilanciare il beneficio di preventiva escussione se non, in certi casi (p.e. i consorzi), il trasferimento, con la limitazione di responsabilità, di parte del rischio imprenditoriale su di essi.

Attualmente, invece, le "azioni di responsabilità" verso i gestori sono presenti nella disciplina normativa dei vari enti imprenditoriali solo con riguardo alle società di capitali nonché alle associazioni e fondazioni. Solo con riferimento agli amministratori di società di capitali l'attuale sistema concorsuale contiene regole volte ad attribuire agli organi della procedura la legittimazione all'esercizio di tali azioni (artt. 146, comma 2 e 206, comma 1, l. fall.).

Come è noto, ciò non ha in genere rappresentato un ostacolo insormontabile per ammettere né la sussistenza di un'azione risarcitoria dell'ente nei confronti dei propri gestori, attraverso il richiamo alla responsabilità del mandatario, né un'analogia legittimazione del curatore in sede concorsuale, sul presupposto che questa discende dalla sostituzione di carattere generale dell'organo concorsuale nell'esercizio dei diritti a contenuto patrimoniale e delle

---

liquidatori, in presenza di fondi insufficienti alla copertura dei debiti sociali, a chiedere ai soci i versamenti ancora dovuti sulle rispettive quote e, se del caso, le ulteriori somme a tal fine necessarie nei limiti della rispettiva responsabilità e in proporzione alla rispettiva partecipazione alle perdite, ricordando che: *i)* nella previsione dell'abrogato art. 151 l. fall. il meccanismo di attivazione della responsabilità illimitata dei membri del GEIE trovava il suo fondamento sostanziale nell'art. 2263 c.c. relativo alla ripartizione delle perdite tra i soci di società di persone; *ii)* anche la liquidazione volontaria del gruppo – in forza del doppio rinvio operato dall'art. 35, para. 2, reg. 2137/85 e dall'art. 8, d.lgs. 240/1991 – è regolata dagli artt. 2275 ss. c.c. in materia di società di persone. Postula l'ultrattività temporale dell'art. 151 l. fall. BARTOLACELLI, 2014, qualificando il rinvio alla norma abrogata operato dall'art. 9 d. lgs. n. 240/1991 come rinvio materiale (o fisso).

azioni volte alla tutela di tali diritti che spettano al soggetto entificato assoggettato alla procedura (artt. 43, comma 1, e 200, comma 2, I. fall.: CETRA, 2003 e 2008).

Nondimeno, un'espressa previsione in tal senso sarebbe opportuna sotto due aspetti.

Anzitutto, con riguardo ai consorzi-impreditori un autorevole orientamento giurisprudenziale sostiene che, sulla base dell'art. 2608 c.c., questi non possano agire per far valere la responsabilità dei gestori, che sussisterebbe solo nei confronti dei consorziati. Con conseguente non esperibilità dell'azione "in sostituzione" in sede concorsuale<sup>16</sup>.

In secondo luogo, anche nelle altre figure collettive il subingresso dell'organo concorsuale nell'esercizio delle azioni risarcitorie spettanti all'ente contro i propri gestori non può che avvenire nella stessa posizione sostanziale nella quale si trovava l'ente prima dell'apertura della procedura, con la conseguenza che il decorso dei termini prescrizionali e eventuali rinunce o transazioni possono rendere il rimedio poco efficace (CETRA, 2008).

L'unico rimedio che è in grado di rendere indisponibile l'obbligazione di responsabilità dei gestori per violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità patrimoniale è l'azione di responsabilità dei creditori di s.p.a. ex art. 2394 c.c., che si considera basata su una norma speciale non suscettibile di applicazione analogica. Credo, allora, che non sarebbe sbagliato prevedere in via generale un'azione a questa analoga, coerentemente con l'obiettivo di organicità della riforma e con il fatto che questa già prevede importanti modifiche al codice civile.

Il d.d.l. di riforma del resto già si occupa delle azioni di responsabilità nell'art. 7, comma 4, prevedendo la legittimazione del curatore a promuovere o proseguire per le società di capitali e le società cooperative l'azione sociale di

---

<sup>16</sup> In questi termini Cass., 3 giugno 2010, n. 13465, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1095 ss.; per la critica si rinvia a Mosco, 2016a.

responsabilità e l'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.<sup>17</sup>, dunque opportunamente reintrodotta anche per la s.r.l. (FABIANI, 2015).

L'art. 7 del d.d.l. detta una disposizione anche con riguardo alle società di persone, prevedendo la legittimazione del curatore a promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore al quale non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale, dunque per il caso, è lecito ritenere, nel quale il fallimento del socio non può essere più dichiarato essendo decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata (art. 147, co. 2, l. fall.). La disposizione potrebbe essere integrata da un richiamo all'amministratore esterno, che una parte degli interpreti, e della stessa giurisprudenza, considera ammissibile quanto meno nella s.n.c., al quale pure non si applica l'estensione<sup>18</sup>.

#### **6. Il vuoto regolatorio nella gestione delle crisi dei patrimoni separati.**

Il d.d.l. non contiene regole specifiche per la gestione delle crisi dei patrimoni separati, frutto di quella peculiare tecnica organizzativa dell'attività che è la destinazione patrimoniale a uno scopo con connessa "specializzazione" della responsabilità, limitata sul piano oggettivo anziché soggettivo.

Le figure di patrimoni separati si sono ormai moltiplicate, passando dalle figure con finalità tipicamente familiari previste dall'originario testo del codice

---

<sup>17</sup> Legittimazione prevista anche nei casi: 1) dell'azione ex art. 2476, settimo comma (responsabilità dei soci di s.r.l.); 2) delle azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 (responsabilità dell'ente che esercita direzione e coordinamento di società) e le altre analoghe azioni di responsabilità contemplate da singole disposizioni di legge. Inoltre, l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 del codice civile sono esperibili, in caso di violazione delle regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima.

<sup>18</sup> L'opinione contraria all'ammissibilità dell'amministratore estraneo alla compagine sociale, originariamente fondata su una presunta inscindibilità tra la funzione amministrativa e la responsabilità illimitata del socio in tutte le società di persone (BUONOCORE, 1969; GALGANO, 1982) è stata gradualmente superata dalla dottrina con riferimento alla s.n.c., nella quale non sussiste il rischio – presente invece nella società semplice – che la nomina di un amministratore esterno sia volta a eludere la responsabilità personale e illimitata dei soci per le obbligazioni sociali (LIBONATI, 1965; TASSINARI, 1993; REGOLI, 2012; nella s.a.s. invece tale possibilità è esclusa dall'art. 2318, comma 2, c.c.: per la per un panorama degli orientamenti giurisprudenziali sull'amministratore estraneo v. SISCA, 2009).

civile ad altre di tipo prettamente produttivo-imprenditoriale<sup>19</sup>. Una anche recentissima: il fondo di risoluzione delle crisi bancarie istituito presso la Banca d'Italia in attuazione del Meccanismo di risoluzione unico delle banche e delle SIM previsto dal regolamento UE/2014/806, che «costituisc[e] un patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della Banca d'Italia e da quello di ciascun soggetto che le ha fornite» (art. 78, comma 2, d. lgs. n. 180/2015).

L'art. 2645-ter c.c. disciplina, com'è noto, una figura generale di atto negoziale di destinazione. Nel consentire la trascrivibilità degli atti di destinazione patrimoniale di beni immobili o mobili registrati per realizzare interessi meritevoli di tutela, sancisce infatti la legittimità della separazione del patrimonio del destinante con finalità non tipizzate, per quanto la dottrina abbia cercato di delimitarne l'operatività e di escludere l'esercizio dell'impresa. Anche la rete non soggettivata può esercitare un'attività d'impresa, anche autonoma rispetto alle imprese costituenti, definita "comune" ma che resta imputabile a tali imprese e non alla rete, pur potendo al tempo stesso beneficiare della imputazione e della limitazione della responsabilità al fondo comune.

---

<sup>19</sup> Tra le fattispecie più significative previste dal codice, oltre a quelle citate nel testo, vi è il fondo patrimoniale – introdotto agli artt. 166-171 c.c. dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 in sostituzione dei vecchi istituti del patrimonio familiare e della dote – la cui costituzione importa un limite di disponibilità e al contempo di aggredibilità di determinati beni, vincolati a soddisfare i bisogni della famiglia legittima. Ulteriori figure di separazione patrimoniale sono previste all'art. 512 c.c. che attribuisce ai creditori del defunto il diritto di richiedere la separazione dei beni del defunto da quelle dell'erede, e lo stesso principio opera quando sia stato nominato un curatore per l'eredità giacente, non ancora accettata dall'erede (art. 531 c.c.). Un'ipotesi di separazione patrimoniale tra beni ereditari e beni dell'amministratore è prevista dall'art. 643 c.c. per l'ipotesi che all'eredità sia chiamato un concepito (art. 462, comma 1, c.c.) o – in caso di successione testamentaria (art. 462, ultimo comma, c.c.) – un nascituro non ancora concepito ma figlio di una persona vivente, nonché in caso di donazione a favore di un concepito o a favore di un nascituro (art. 784 c.c.). Il codice civile prevede, infine, i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art. 2117). La segregazione patrimoniale è inoltre tratto caratterizzante del *trust* secondo l'art. 11 della Convenzione de L'Aja 1° luglio 1985, artt. 2, 11 (ratificata con l. 9 ottobre 1989, n. 364).

Le applicazioni dell'istituto della separazione patrimoniale sono state particolarmente frequenti anche nella legislazione speciale: dalle gestioni patrimoniali previste dal t.u.f. (d. lgs. n. 58/1998) ai fondi pensione (l. n. 124/1993 e n. 355/1995); alla legge sulla cartolarizzazione dei crediti (l. n. 130/1999); sul finanziamento delle infrastrutture (l. n. 112/2002 di conversione del d.l. n. 63/2002); sulla cartolarizzazione degli immobili pubblici (d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 novembre 2001, n. 410 e successivamente modificato, recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare). Per un quadro d'insieme v. BIANCA, D'ERRICO, DE DONATO E PRIORE, 2006; DELL'ANNO, 2009.



Con riguardo alla fattispecie tipica di patrimonio separato destinato a finalità imprenditoriali o produttive, ossia al patrimonio destinato operativo ex art. 2447, lett. a), c.c., si era posta la questione della sua assoggettabilità a fallimento in caso di 'incapienza' rispetto alle obbligazioni su di esso gravanti.

Alla fine, com'è noto, è prevalsa la soluzione negativa, cristallizzata nella legge fallimentare riformata nel 2006<sup>20</sup> che contiene la disciplina degli effetti sul patrimonio destinato del fallimento della società istitutrice (art. 155 l. fall.) nonché le modalità della sua liquidazione solo in caso di incapienza in sede concorsuale, in contemporanea, cioè, con l'insolvenza della società gemmante (art. 156 l. fall.), ma non assoggetta autonomamente i patrimoni destinati al fallimento, con una scelta che si giustifica in base alla concezione a soggetto delle procedure concorsuali.

Ebbene, oggi che la riforma sembra almeno in parte voler superare questa concezione, proponendosi al tempo stesso l'obiettivo della completezza e di una ben equilibrata tutela sostanziale di debitore e creditori, la scelta potrebbe essere riconsiderata, non negando ai creditori la maggiore protezione che la procedura giudiziale di liquidazione è in grado di garantire rispetto alla mera liquidazione privata<sup>21</sup>.

## Riferimenti bibliografici

A. BARTOLACELLI [2014], *Il GEIE "italiano" tra impresa e società*, Napoli.

M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO E C. PRIORE [2006], *L'atto notarile di destinazione (L'art. 2645-ter del c.c.)*, Milano.

M. BIONE [2003], *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, in *La riforma dell'impresa agricola*, a cura di N. Abriani e C. Motti, Milano, p. 20 ss.

---

<sup>20</sup> L' art. 200 dello schema di d.d.l. di riforma redatto dalla commissione istituita nel 2004 stabiliva invece: «Le disposizioni sulle procedure di composizione concordata della crisi e di liquidazione concorsuale si applicano anche ai patrimoni destinati ad uno specifico affare limitatamente al caso previsto dall'art. 2447-bis, primo comma, lett. a) del codice civile».

<sup>21</sup> Per l'autonoma fallibilità dei patrimoni destinati si erano espressi, tra gli altri, D'ALESSANDRO, 2004; ROCCO DI TORREPADULA, 2004; GUGLIELMUCCI, 2005, anche per riferimenti comparatistici su ordinamenti che prevedono espressamente l'assoggettamento a procedura concorsuale di patrimoni separati.

- V. BUONOCORE [1969], *Fallimento e impresa*, Napoli.
- V. BUONOCORE [2002], *Il nuovo imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. comm.* 2002, I, p. 22 ss.
- V. CALANDRA BUONAURA [2014], *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi di impresa – Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, Torino, vol. 3, pp. 2593 ss.
- G.F. CAMPOBASSO [1994], *Associazione e attività di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 585 ss.
- A. CETRA [2003], *L'impresa collettiva non societaria*, Torino.
- A. CETRA [2008], *Impresa collettiva non societaria e procedure concorsuali*, in *Id.*, *Impresa, sistema e soggetti*, Torino.
- R. COSTI [1968], *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, pp. 11 ss.
- F. D'ALESSANDRO [2004], *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Società*, pp. 1063 ss.
- G. DE FERRA [2005], *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, I, p. 470
- P. DELL'ANNO [2009], *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino.
- F. DI CAMILLO [2011], *Le associazioni e le fondazioni*, in *trattato ghia* 2011, p. 349 ss.
- F. DI MARZIO [2011], *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano.
- F. DI MARZIO [2013], *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovra indebitamento*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova, Milano, p. 9 ss.
- M. FABIANI [2011], *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna.
- M. FABIANI [2015], *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, pp. 272 ss.
- L. FARENGA [1981], *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *Dir. Fall.*, I, p. 222 ss.
- G. FAUCEGLIA [2014], *L'esonazione dei professionisti intellettuali dal fallimento*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, vol. 3, Torino, 2014, p. 2619 ss.
- S. FORTUNATO [2002], *La nuova nozione di impresa agricola*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 221 ss.
- F. GALGANO [1976], *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati (artt. 36-42)<sup>2</sup>*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma.
- F. GALGANO [1982], *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXVIII, Milano.
- S. GATTI [1980], *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, p. 88 ss.
- F. GUERRERA E M. MALTONI [2008], *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, p. 17 ss.
- L. GUGLIELMUCCI [2005], *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, p. 1176 ss.
- G. IORIO, 2010, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano.
- A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, vol. 3, Torino, 2014, p. 263 ss.
- M. IRRERA [2008], *La responsabilità degli organi sociali: profili generali, dovere di correttezza ed assetti adeguati*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna.
- B. LIBONATI [1965], *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, I, 426 ss.

- F. MACARIO [2013], *Finalità e definizioni*, in *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova, Milano, p. 15 ss.
- P. MONTALENTI [2011], *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *RDS – Riv. dir. soc.*, p. 827 ss.
- G.D. MOSCO [2016], *L'impresa non speculativa*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*
- G.D. MOSCO [2016a], *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi (artt. 2602-2620)*, in corso di pubblicazione nel *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna Roma.
- M. MOZZARELLI [2016], *Il presupposto soggettivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali. Trattato*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, vol. I, Torino, p. 299 ss.
- A. MUNARI [2014], *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino.
- A. NIGRO [2006], *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Torino, p. 177 ss.
- A. NIGRO [2012], *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti Generali*, in *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, vol. XXV, Torino.
- L. POTITO E M. SANDULLI [2006], sub art. 1, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, pag. 3,
- F. PASQUARIELLO [2010], *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, I, p. 590 ss.
- G. PRESTI [2016], *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali. Trattato*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, vol. I, Torino, p. 400 ss.
- G. RAGUSA MAGGIORE [1984], *Imprenditore agricolo e imprenditore commerciale: il diaframma sta per cadere*, in *Dir. fall.*, I, pp. 589 ss.
- G. RAGUSA MAGGIORE [1994], *Associazione non riconosciuta e fallimento. Alla radice del problema*, in *Dir. fall.*, p. 436 ss.
- D. REGOLI [2012], *L'organizzazione delle società di persone*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, p. 33 ss.
- P. RESCIGNO [1967], *Fondazione ed impresa*, in *Riv. soc.*, 1, p. 812 ss.
- N. ROCCO DI TORREPADULA [2004], *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, p. 40 ss.
- M. SANDULLI [2009], *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, p. 1100 ss.
- G. SANTONI [2004], *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, I, p. 733 ss.
- F. SISCA [2009], *Rassegna ragionata in tema di società di persone*, LUISS – Ceradi, Roma
- D. SPAGNUOLO [2011], *L'imprenditore agricolo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, vol. I, p. 263 ss.
- G. STRAMPELLI [2012], *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, pp. 605 ss.
- M. TAMPONI [2001], *Impresa agricola e registro delle imprese alla luce del d.lgs 18 maggio 2001, n.228*, in *Dir. giur. agr. amb.*, p. 523 ss.
- F. TASSINARI [1993], *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano.
- G. TERRANOVA [2013], *Insolvenza – Stato di crisi – Sovraindebitamento*, Torino.
- U. TOMBARI [2013], *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, p. 1138 ss.
- A. ZOPPINI [1995], *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli

## Schede e attualità

«Competition on the merits»: a pseudo-concept?

di GUSTAVO GHIDINI

A specter is haunting the debate on competition law, both in Europe and the US. It is the specter of «competition on the merits». It mirrors the alleged assumption – originally framed by certain German scholars with reference to unfair competition – according to which the competition «model» privileged by the legal order – and, as such, the watershed between the legal and the illegal in the interpretation and application of both unfair competition and antitrust law – is that of «performance competition» (*Leistungswettbewerb*)<sup>1</sup>.

That concept was, and still is, proposed as an expression of an assumed general imperative of «working with one's own means, without encroaching upon the other's land»: without «misappropriation», in short, of the results of another's activities – of the «results obtained with toil and expenses» («*mit Muehe u. Kosten errungenen Arbeitsergebnisse*»), as evoked by the above-mentioned German jurists<sup>2</sup>.

Now, it seems to me self-evident that, in juridical terms, «misappropriations» are such only because of prohibitions laid down by the legal system – whether in respect of the infringement of IPRs, or the implementation of 'unfair' competitive practices. That assumption, thus, results

---

<sup>1</sup> This was the term originally coined in the '30s of the last century by aforementioned German jurists precisely on the subject of unfair competition. See R. ISAY, *Das Rechtsgut des Wettbewerbsrecht*, Berlin, 1933, 59 ff.; H.C. NIPPERDEY, *Wettbewerb und Existenzvernichtung, Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts*, Berlin, 1930.

<sup>2</sup> On these lines (whose founder, O. MAYER, *Die "Concurrence déloyale"*, in *Zeits. ges. Handelsrecht*, 1891, 377 ff., spoke of "*Schlechtmachen der fremden Leistung*") see particularly H.C. NIPPERDEY, *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, cit., 16 et seq.; in German jurisprudence, RG December 18, 1931, RGZ, 134, 342 (350 et seq.). In European Court law, see e.g. ECJ, *Case Michelin I*, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin versus Commission of European Communities, 9 November 1983, C - 322/81, referring to "*normal competition in products or services based on traders' performance*").

The academic partisans of the legal theory of "*Leistungswettbewerb*" included, amongst the best known representatives, Y. Saint Gal in France, R. Callmann in the USA and, in Italy, M. Rotondi and R. Franceschelli – up to the more recent, and more sophisticated contributions by Cesare Galli including. As this theory basically serves the interests of *beati possidentes*, it should be kept separate, beyond any lexical affinity, from the work of the 'ordoliberal' of the School of Freiburg (see below, fn 5 and accompanying text).

in nothing more than the obligation to respect the limits posed by the law(s) on unfair competition and antitrust regulation(s).

I do agree, then, with OECD's deep scepticism about the concept of «competition on the merits», labelled as one that «has served too often as a shortcut that glosses over the difficult work of defining clear principles and standards that embody sound competition policy»<sup>3</sup>. I would be harsher, and define it a void concept, i.e. one without any legal consequences *of its own*: a ghost, yes – or, borrowing Benedetto Croce's expression, a *pseudo-concept*. A pseudo-concept that, by the way, serves the widespread rhetoric of the «fight against parasitism»: thus, in particular as a proxy for protectionist approaches aiming at prohibiting even non-confusing nor IPR-infringing imitations (so called «look alike»)<sup>4</sup>.

Nor could the aforesaid 'concept' be defended by referring (in the wake of a different presentation, of Ordoliberal flavour)<sup>5</sup> to a way of competing that should serve the general interest(s). Here, any misunderstanding must be avoided vis-à-vis the fact that in the capitalistic legal order each enterprise is guided by *its own* interests: and lawfully so, as the 'social utility' (as reconstructed from the whole set of mandatory norms intended to safeguard the collective interests) represents not a regulatory directive of business activity, but rather a *limit* of 'respect': of 'non conflict', as literally stated in Article 41.2 of the Italian Constitution ("Private economic initiative is free. But it must not be exercised in contrast with social utility or human freedom, safety, and

---

<sup>3</sup> OECD, *What is Competition on the Merits?*, in *Policy Roundtables*, 2005, p. 17 ff., available at: [www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf)

<sup>4</sup> Non confusing imitations should not be judged as unlawful as consistent with the axiom 'no misappropriation without misrepresentation' (in UK Court law see in particular, Jacob J. in *Hodgkinson & Corby and Roho v. Ward*, 1995; see as well the famous US SC decisions in *Graham v. John Deere*, 1996, *Bonito Boats*, 1989, *Compco*, 1964).

<sup>5</sup> On this topic, also with particular reference to the thoughts of Walter Eucken and Franz Bohem, see O. BUDZINSKI, *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*, in *Cambridge J. of Econ.*, 2007, 295 et seq.; and more broadly W. MOESCHEL, *Competition Policy from an Ordo Point of View*, in A.T. PEACKOCH, W.WILLGERODT (ed. by), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Chapter 17. And, of course, see D.J. GERBER: from the classic *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford U.P., 1998, to *Europe and the Globalization of Antitrust Law*, in *Connecticut J. of Int'l L.*, 1999, 15 et seq. Lastly, for an acute brief reconstruction, see M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, p. 371 et seq.

dignity”).

This is precisely the perspective that is confirmed by positive law, which indeed rejects the «functionalization» of private enterprise’s activity<sup>6</sup>. Just think of how «socially useful» it would be if advertising practices should provide a wealth of information, also by way of comparison, as opposed to others which, viceversa, focus strictly on wholly fanciful contents. But these latter cannot be legally discriminated against *as long as* they just do not cause misleading impressions and/or confuse the customer. Thus, in other words, even aforesaid advertising practices, although void of any social utility for utter lack of informative content, insofar as they do not exceed the limit of «falsehood» or «passing off» (confusion), can be classified *on the merits* as the lawful expression of the enterprise’s own interest in increasing its profits. (By the way, isn't the dominant «enterprise culture» inspired by the axiom that the company’s mission is to «create value» for investors?)<sup>7</sup>.

Quite analogous considerations can be addressed to the practices overall designed as «Corporate social responsibility» (CSR), by which the firm, going beyond its profit-making commitment, projects itself also to the satisfaction of societal goals such as environment and health protection, enhancement of workers’ dignity, and the like<sup>8</sup>. Useful and praiseworthy practices indeed, and legitimate source of increased social prestige. But, again, ‘neutral’ vs the separation of ‘right’ from ‘wrong’ in the juridical qualification of competitive behaviours – even in comparative terms *vis-à-vis* strictly and solely profit-oriented business conducts.

These same conclusions basically apply to antitrust law: a firm which charges very high prices in order to achieve a higher profit margin, operates – legally – just as *on the merits* as one which sells at more affordable prices to the

---

<sup>6</sup> For all of the above, G. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618.

<sup>7</sup> See A. Renoldi, *Valore dell’impresa, creazione di valore e struttura del capitale* cit.

<sup>8</sup> *Ex multis*, see the seminal contributions by MARRIS, *The Economic Theory of Managerial Capitalism*, and CYERTH AND MARCH, *A Behavioural Theory of the Firm*. In Italy, the best historical example of actually pro-social entrepreneurial commitment is (also) in my view represented by the work and ‘teaching’ of Adriano Olivetti.

general public – just provided that the former, in charging higher prices, does not violate the specific prohibition of abuse of dominant position<sup>9</sup>.

In short, that 'concept' is devoid of any normative meaning beyond the simple reference to the various prohibitions and limits imposed by regulations (unfair practices, antitrust) of competitive activities.

*Exit ghost.*

---

<sup>9</sup> H. ULLRICH (*European Competition Law, Community-wide Exhaustion and Compulsory Licenses - Disintegrating the Internal Market in the Public Interest*, in C. Godt, *Differential pricing of pharmaceuticals inside Europe: exploring compulsory licenses and exhaustion for access to patented essential medicines*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 89 et seq.) acutely observes that the antitrust prohibition of «excessively high» prices charged by the holder of a dominant position relates to an abnormal excess of the latter compared to levels which are still compatible with – and supported by – the 'game' of competition. The perimeter is, ultimately, that defined by the 'market'. Said prohibition cannot therefore be used to achieve pro-social, 'off-market' results, such as, for example, the adoption of pharmaceutical price levels that are within the reach of the populations of the poorest countries. This calls for an *administrative regulation*.



## *La riforma costituzionale e l'impatto sul mondo delle imprese*

di MARCO CECILI

Sono stati consumati fiumi di inchiostro sull'impatto che l'approvazione o il respingimento della riforma costituzionale nel referendum del prossimo 4 dicembre potrà avere sull'economia italiana. Molti hanno detto la loro sugli effetti della riforma sulla situazione economica: Confindustria<sup>1</sup>, le cancellerie di governi europei, diplomatici d'oltreoceano e giornali economici, e altri hanno criticato le fonti e i dati forniti.

In questa scheda ci si limiterà ad una lettura delle disposizioni della riforma<sup>2</sup> che influiranno sullo sviluppo commerciale e sulla vita delle imprese.

Due sono gli assi ordinatori della proposta: il superamento del bicameralismo perfetto e la ridefinizione dell'assetto dei rapporti Stato-Regioni<sup>3</sup>.

*1. La fine del bicameralismo perfetto.* La fine del bicameralismo perfetto si concretizzerà col fatto che il Governo dovrà ottenere e mantenere il rapporto di fiducia con la sola Camera dei Deputati. Il Senato diventerà una camera rappresentativa delle istituzioni territoriali, che dovrebbe inserire nel circuito politico nazionale anche gli interessi regionali.

Questa ridefinizione porta logicamente alla riorganizzazione dell'*iter legis*.

A. Il nuovo art. 70 Cost. prevede vari procedimenti di formazione della

---

<sup>1</sup> Secondo i dati dell'associazione di viale dell'Astronomia, una vittoria dei no nel referendum sulle riforme costituzionali porterebbe l'Italia a una recessione che costerebbe 4 punti di Pil in meno nel triennio 2017-2019, 600 mila occupati in meno e 430 mila persone in condizione di povertà. In particolare, il centro studi ha quantificato l'effetto complessivo per il triennio 2017-2019: il Pil cala dello 0,7% nel 2017 e dell'1,2% nel 2018, per poi risalire dello 0,2% nel 2019. In totale, spiega sempre Confindustria, si riduce dell'1,7% mentre nello scenario base sarebbe salito del 2,3% con una differenza di quattro punti percentuali.

<sup>2</sup> Cfr. G.U. Serie generale n. 88 del 15 aprile 2016. Il ddl costituzionale è stato approvato in seconda deliberazione, a maggioranza assoluta dei componenti, dal Senato (A.S. 1429-D) nella seduta del 20 gennaio 2016 e dalla Camera dei deputati (A.C. 2613-D) nella seduta del 12 aprile 2016.

<sup>3</sup> G. SCACCIA, *Intervento al dibattito su "La riforma del Senato e del titolo V della Costituzione", nell'ambito del Master in Istituzioni Parlamentari "Mario Galizia"*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

legge<sup>4</sup>, ma tutte le questioni legate agli interessi delle imprese dovrebbero rientrare nel procedimento legislativo che consta di una votazione della Camera e di un intervento eventuale del Senato. Qualora la seconda camera apportasse modifiche al testo presentato, la Camera potrebbe riapprovare definitivamente il testo originario senza tenere conto delle osservazioni del Senato. Questa procedura riduce l'indefinito numero di passaggi del testo tra le due camere e potrebbe rendere più veloce la produzione legislativa.

*B.* La costituzionalizzazione di alcuni limiti alla decretazione d'urgenza potrebbe ridurre il ricorso a questo strumento provvisorio e offrire un quadro regolatorio più stabile all'attività economica. Tra le novità di rilievo introdotte nel procedimento legislativo, spicca l'istituto del "voto a data certa", che assicura una corsia preferenziale ai disegni di legge del governo, ed è ritenuto essenziale per l'attuazione del programma, portando il progetto di legge ad essere votato entro 70 giorni. Questo nuovo istituto potrebbe portare ad utilizzare il decreto legge solo nei casi di necessità e urgenza (tornando alla *ratio* originaria), ma tutto è rinviato alla prassi e alle contingenze politico-costituzionali.

*2. La ridefinizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni.* La ridefinizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni (art.117 Cost.) ruota attorno a due novità: l'eliminazione della competenza concorrente (ritenuta da alcuni autori il motivo principale dell'elevato contenzioso davanti alla Corte costituzionale)<sup>5</sup> e la ricentralizzazione di alcune materie attinenti allo sviluppo economico che attualmente rientrano nelle competenze legislative

---

<sup>4</sup> Sono previsti quattro procedimenti legislativi (escludendo quelli per la conversione dei decreti legge): bicamerale, monocamerale con intervento eventuale del Senato, procedimento con intervento obbligatorio del Senato e quello relativo all'attuazione della c.d. clausola di supremazia.

<sup>5</sup> D. MORANA, *Il riparto delle competenze legislative: la fine della competenza concorrente?*, in F.S. MARINI E G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016,241 ss.

regionali<sup>6</sup>.

A) Più specificamente, fra le nuove competenze esclusive statali incidenti su interessi delle imprese possiamo trovare:

- la lettera e) che assegna allo Stato la legislazione sul coordinamento del sistema tributario (concetto ripreso al secondo comma dell'art.119 Cost.), sulla tutela dei mercati assicurativi e sulla promozione (oltre alla già presente tutela) della concorrenza;
- la lettera o) che contiene, oltre alla già presente previdenza sociale, anche «la previdenza complementare e integrativa; tutela e sicurezza del lavoro; politiche attive del lavoro; disposizioni generali e comuni sull'istruzione e formazione professionale»;
- la lettera q) che affida la legislazione sul commercio con l'estero alla competenza esclusiva statale;
- la lettera s) che assegna allo Stato la competenza sulle «disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo», lasciando intravedere un intervento in sede di attuazione anche alle regioni;
- le lettere v) e z) che affidano allo Stato la legislazione in tema di produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia e la competenza a legiferare su infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione d'interesse nazionale e relative norme di sicurezza, settori di vitale importanza economica, che la Corte costituzionale con una giurisprudenza "creativa" eracomunque riuscita ad allocare allo Stato (cfr. sent. 303/2003).

Affrontando in maniera più concreta alcune competenze esclusive, possiamo cercare di comprendere come evolverà il quadro legislativo con alcuni esempi.

i) Nel sistema attuale, l'attribuzione della materia "turismo" alle Regioni non ha impedito alla Corte costituzionale di affermare la legittimità di

---

<sup>6</sup> Per approfondire, G. SCACCIA, *Il riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni*, in F.S. MARINI E G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, cit., p. 225 ss.; G. SERGES, *La potestà legislativa delle regioni nel progetto di revisione della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3/2015.

norme statali (ovvero l'incostituzionalità di norme regionali) che disciplinavano alcuni aspetti in qualche maniera coinvolti nella materia in oggetto. Infatti, in base alla giurisprudenza del Giudice delle Leggi, nonostante la materia del turismo appartenga «alla competenza legislativa residuale delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. (sent. 94 del 2008, 214 e 90 del 2006), non è esclusa la possibilità per la legge «di attribuire funzioni legislative al livello statale e di regolarne l'esercizio», vista l'importanza del settore turistico per l'economia nazionale. Dal mutamento competenziale disposto con il nuovo art. 117 deriva un deciso rafforzamento del ruolo del legislatore statale in questo ambito materiale. Il c.d. Codice del turismo (decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79) resterà certamente in vigore, ma è probabile un futuro intervento statale per conformare il testo al nuovo assetto.

*ii)* Un altro caso rilevante di ricentralizzazione è quello relativo alle infrastrutture strategiche e alle grandi reti di trasporto e di navigazione d'interesse nazionale. Innanzitutto, sulla base della “nuova” competenza esclusiva prevista dalla riforma, la legislazione statale potrà individuare più liberamente soluzioni per superare il dissenso espresso da amministrazioni regionali sul tracciato di opere interregionali o sulla localizzazione di infrastrutture di rilievo nazionale. Nel sistema attuale la Corte costituzionale, per risolvere i conflitti in questi ambiti, ha dovuto escogitare una soluzione altamente creativa, la c.d. chiamata in sussidiarietà. Questo istituto è un criterio di rottura del riparto per materie, poiché in presenza di un interesse statale all'unità di una data funzione amministrativa, qualunque materia regionale cede, sia di tipo concorrente o residuale. Questo assorbimento da parte dello Stato di ambiti regolativi ad esso non spettanti in base al riparto di materie è stato però compensato dalla previsione di un coinvolgimento attivo e diretto della Regione interessata o della Conferenza Stato-Regioni in sede di attuazione della legge sussidiaria. La cessione di potere legislativo che la Regione subisce viene dunque compensata, almeno in parte, in sede di

attuazione della legislazione sussidiaria. Con la riforma, lo Stato avrà la competenza esclusiva e potrà decidere autonomamente come gestire l'ambito delle infrastrutture strategiche e delle grandi reti di trasporto, senza che le regioni possano avere un "veto" sulla decisione.

*iii*) Un ultimo caso paradigmatico è il commercio con l'estero (117, secondo comma, lettera q). Tale materia è di grande rilievo per le esportazioni e l'internazionalizzazione delle imprese. Attualmente il commercio con l'estero rientra tra le materie concorrenti. Un equilibrio in tale ambito è estremamente difficile e la Corte costituzionale ha precisato che «non spetta [ad essa] valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali [...] stabilire, cioè, se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato [...] tali da trascendere l'ambito regionale [ma solo] che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi» (sentenza 272 del 2004), legittimando pesanti interventi statali. La riallocazione in capo allo Stato della legislazione relativa al commercio con l'estero può davvero risultare fondamentale per una disciplina uniforme sul territorio nazionale, anche se non è da escludere l'insorgere di conflitti con le regioni per la loro potenziale volontà di ritagliarsi spazio in questo ambito (anche in attuazione dell'art. 117, nono comma, Cost.).

B. L'art. 116, terzo comma, Cost. permette alle regioni di ricorrere a «particolari forme di autonomia» e indica alcune materie specifiche su cui poter legiferare<sup>7</sup>. Tali materie possono essere, tra le altre, le disposizioni generali e comuni per le politiche sociali e quelle attive del lavoro, l'istruzione e formazione professionale e il commercio con l'estero. Tale ampliamento non è mai stato realizzato e la riforma permette tale accrescimento di competenze regionali purché la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio.

---

<sup>7</sup> M. CECCHETTI, *Le autonomie speciali e la clausola di asimmetria*, in F.S. MARINI E G. SCACCIA, *op.cit.*, 299 ss.

C. L'art.117, comma 5, Cost. prevede la c.d. "clausola di supremazia"<sup>8</sup>. Su proposta del Governo, una legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale. Mediante la clausola di supremazia sembrerebbe possibile per lo Stato avocare a sé la competenza anche in relazione a servizi locali, che con la riforma resteranno nella competenza residuale (e quindi regionale).

D. Per chiudere sulle competenze legislative, va rilevato infine che trale competenze residuali regionali, oltre alla già citata valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, si rinviene anche la competenza legislativa sulla promozione dello sviluppo economico locale e l'organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese, spetta alle regioni la legislazione su tutte le materie non riservate alla competenza legislativa statale.

---

<sup>8</sup> G. SCACCIA, *Il riparto*, cit., 235 e 236.

*Servizi pubblici locali a rete e affidamento senza gara: società di capitali o azienda speciale? Pro e contro di un possibile futuro divieto.*

di GIULIANO VOSA

Nella materia dell'affidamento da parte degli enti territoriali dei servizi pubblici di rilievo locale, va profilandosi all'orizzonte delle innovazioni legislative un tema di rilievo non solo amministrativo, ma costituzionale a tutto tondo.

Tale sensibile novità fa capo alla l. n. 124 del 2015, "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", meglio nota come "legge Madia" di riforma della P.A., in forza della quale è stato redatto lo schema di decreto legislativo recante il "Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse generale" che non ha ancora concluso il suo *iter* per l'emanazione.

A voce dell'art. 7, comma 1, lett. d), di tale schema, la gestione mediante azienda speciale è consentita soltanto "limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete".

Quali ragioni sostengono tale divieto, e quali invece militano per una soppressione del medesimo? E' opportuno, affacciandosi ad un dibattito che coinvolge ragioni di carattere giuridico, amministrativo, economico e politico-costituzionale, ripercorrere brevemente l'evoluzione dei modelli – azienda speciale, da un lato; società di capitali in mano pubblica, dall'altro – che raffigurano i poli contrapposti dello scenario disegnato dal legislatore.

L'ordinamento dei servizi pubblici si struttura in un cospicuo intreccio di fonti interne ed europee, fra le quali il diritto dell'Unione svolge una parte preponderante. A diritto vigente, si prevede che un Ente territoriale, a determinate condizioni di fatto e di diritto, possa affidare la gestione di un pubblico servizio secondo tre modalità: affidamento ad un privato mediante gara; affidamento a società mista pubblico-privata mediante l'indizione di una c.d. gara a doppio oggetto, in cui le prestazioni siano specificate sia nella natura, sia nella durata; affidamento *in house* a soggetto – società di capitali,

ovvero Azienda speciale – integralmente partecipata dall’Ente territoriale di riferimento, che su di essa esercita controllo organico.

Tali forme, che anche il diritto comunitario presenta come intercambiabili, sono in realtà profondamente diverse; non solo perché si ispirano ad opzioni gestionali ben distinte, ma anche perché a tali opzioni si riconducono visioni divergenti dei rapporti fra potere ed individuo.

Il D.P.R. n. 902 del 1988, regolamento di esecuzione che disciplina le aziende di servizi dipendenti dagli enti locali, introduceva, nel campo dei servizi pubblici, uno strumento detto azienda speciale, per il quale un servizio pubblico, in luogo di gestirsi direttamente in economia dall’Ente comunale di riferimento (art. 1) poteva essere destinato ad una struttura separata, con a capo un Direttore ed una Commissione amministratrice (art. 32ss.; art. 15ss). Da allora, questo modello di gestione di servizi pubblici è venuto sviluppandosi in molteplici direzioni; intrecciandosi tra l’altro, com’è noto, con il percorso compiuto dalle società statali in mano pubblica, che hanno tipicamente assunto la forma della società di capitali. La differenza tra le due forme giuridiche è paradigmatica: in quest’ultima, la proprietà della struttura aziendale si rappresenta mediante quote o azioni, potendo dunque frammentarsi e dividersi fra più soci – uno dei quali, in ipotesi, privato, ascrivendosi all’Ente pubblico di riferimento la quota di maggioranza.

Paradossalmente, il modello della società di capitali in mano pubblica, largamente impiegato dallo Stato fin dagli anni Venti e per tutto il Novecento, è venuto diffondendosi fra gli enti territoriali proprio mentre, a livello nazionale, la sua fortuna era in netto declino, come dimostra la soppressione del Ministero delle Partecipazioni statali nei primi anni ’90. Negli anni ’90, e con maggior vigore nei primi anni del nuovo Millennio, la società di capitali in mano pubblica si è fatta strumento assai comune per la gestione di un pubblico servizio a rilievo locale.

Il Testo Unico degli Enti locali (TUEL) adottato con d.lgs. n. 267 del 2000, non ha mancato di disciplinare all’art. 114 l’azienda speciale, annoverandola tra le possibili forme di gestione di pubblico servizio; tuttavia, in più punti evidenzia



un atteggiamento di favore per il modello di società di capitali in mano pubblica. Difatti, le molteplici disposizioni di cui all'art. 113 TUEL, come modificate varie volte nel corso degli anni Dieci, testimoniano di un crescente interesse verso la forma della c.d. società di capitali mista pubblico-privata. All'art. 116, inoltre, il TUEL disciplina la trasformazione da Azienda speciale a società di capitali in mano pubblica. Tale previsione, conferendo veste giuridica alla volontà politica di "privatizzare" i colossi delle partecipate, consentirebbe all'Ente di riferimento la vendita di pacchetti di quote o azioni, cedendo a soggetti privati, pur con i limiti previsti dall'art. 113 TUEL, una quota del soggetto giuridico cui era demandato un certo servizio pubblico.

Il modello delle società di capitali miste è venuto diffondendosi in misura senz'altro preponderante rispetto a quello dell'azienda speciale, relegato di fatto nel cielo dell'obsolescenza. Lo testimonia, fra l'altro, una giurisprudenza ormai già consolidata del Consiglio di Stato, ove si riconosce la valenza generale della previsione di cui all'art. 113 TUEL, suscettibile di espandersi al di là delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Tuttavia, negli ultimi anni, l'istituto delle società di capitali in mano pubblica è venuto a sopportare tensioni forti, e tra loro contrastanti. Per un verso, le corrottele e malversazioni che sono venute affiorando all'interno delle amministrazioni pubbliche, specie degli enti territoriali, hanno vellicato un sentimento di rigetto verso questo tipo di strumenti, considerati – per l'elasticità strutturale e funzionale che possiedono, senz'altro maggiore di quelle degli uffici pubblici – fonte di sprechi ed indebiti arricchimenti a tornaconto delle *élite* economiche del Paese. Di qui, in uno all'esigenza di ristrutturazione della spesa pubblica e di generale contenimento dei costi, una linea politica ed amministrativa che spinge verso la riduzione, l'accorpamento e lo smantellamento delle società in mano pubblica, in vista di un'apertura al capitale privato che sia non più episodica, ma strutturale. Per altro verso, con l'impovertimento diffuso originato dalla crisi globale, emerge la consapevolezza di un tema politico, oltre che economico ed amministrativo, di non secondario rilievo: e cioè che l'approvvigionamento di beni e servizi indispensabili alla vita

individuale e collettiva – come, ad esempio, l’acqua – non può essere gestito secondo le logiche che presiedono al conseguimento di un lucro privato, e dovrebbe dunque sottrarsi, per natura, alla disciplina delle società di capitali.

A quest’ultimo filone, pur recessivo nella legislazione nazionale, vanno ricondotti taluni atti amministrativi, adottati da enti territoriali sulla scorta dei risultati del *referendum* c.d. “sull’acqua pubblica” del giugno 2011, mediante i quali tali enti rivendicano la propria *autonomia politica* nel riconoscere una *nuova* valenza di diritto costituzionale a tali beni, che vengono dichiarati “comuni”. Secondo la narrazione costituzionalistica che sottende la teorica dei beni comuni, tale qualifica comporterebbe che il relativo servizio debba essere gestito secondo forme che non prevedano alcuna commistione col privato, giacché per definizione insuscettibili di sostenere un fine lucrativo. Gli utili provenienti dalla gestione di tale servizio, infatti, andrebbero *in toto* re-impiegati per il miglioramento dello stesso. Tale miglioramento, tuttavia, ha da considerarsi secondo una visione che idealmente non può ricollegarsi alla mera strategia aziendale del soggetto gestore, ma deve avere riguardo al valore universalistico che si ascrive alla relazione tra tali beni e la persona umana intesa in senso assoluto, oltre le categorie di spazio e tempo. S’innestano qui, nella rappresentazione teorica dei beni comuni, le numerose ed eterogenee elaborazioni sulla responsabilità *intra-generazionale* e al contempo *inter-generazionale*, che lega, attraverso la fruizione di taluni beni, persone collocate in luoghi e momenti storici diversi, al di là delle strettoie della rappresentanza politica territoriale e del nesso che dai governanti per tal via legittimati è istituito col soggetto gestore.

Fra tali forme, spicca appunto l’azienda speciale di cui al D.P.R. 902/1988 ed all’art. 114 TUEL. Il riconoscimento in capo ad un determinato bene della natura di “comune”, allora, consentirebbe non solo la gestione *in house* del relativo servizio, ma altresì l’amministrazione del medesimo con le forme di cui al “vecchio” D.P.R. 902/1988, debitamente ridisegnate per rispondere alle “nuove” esigenze che a tali elaborazioni teoriche sottenderebbero. Chi ha optato, nella gestione di un pubblico servizio, per il regime dell’azienda

speciale, si è trovato a introdurre, nella struttura aziendale e nelle forme di raccordo di questa con l'Ente comunale, organi peculiari, volti a istituire un legame diretto tra la comunità dei fruitori del bene, attuali e potenziali, e coloro che ne gestiscono il servizio. Tali organi costituiscono libere interpretazioni della diarchia tra Direttore e Commissione amministratrice, la quale sta a modello normativo di riferimento.

*ABC* – Acqua Bene Comune Napoli, azienda speciale per il servizio idrico integrato, sia per le dimensioni aziendali, sia per la robusta caratterizzazione politica che ne ha segnato il percorso, si pone come esempio di azienda speciale preposta alla gestione di un pubblico servizio. *ABC* infatti è frutto di una trasformazione eguale e contraria rispetto a quella prevista dall'art. 116 TUEL: una trasformazione da S.p.A. in mano pubblica, partecipata al 100% dal Comune di Napoli (ARIN) a un'azienda speciale di diritto pubblico. Con ciò, l'Amministrazione comunale ha inteso esplicitamente pregiudicare, salvo ulteriore speculare trasformazione, la possibilità di cedere parte delle quote o azioni dell'azienda a un socio privato. Un caso, se si vuole, paradigmatico dell'istituzione di un modello in parte "vecchio" ma fondato su un'idea "nuova" del rapporto fra beni e collettività, nonché delle forme di gestione dei servizi che quei determinati beni si volgono ad offrire. Di contro, l'opzione che il legislatore delegato si accinge a privilegiare, apparentemente senz'altro margine di flessibilità, potrebbe collocare nel campo dell'illecito l'esperienza di *ABC*, nonché quella, analoga, in cui potrebbero avventurarsi nuove realtà locali che pure hanno manifestato la volontà politica di tornare ad una gestione pubblica, o mantenerla. Si pensi, ad esempio, al caso di Latina, ove il servizio idrico è gestito da una società di capitali mista (Acqualatina S.p.A.) che ha mostrato nel tempo i difetti ascrivibili ad un modello che consente di compiere operazioni in tutto estranee, anzi talvolta apertamente nocive, rispetto all'oggetto primario dell'attività aziendale, ma in tutto rispondenti ad una logica di convenienza privata degli interessati, come i rappresentanti politici locali hanno da ultimo vibratamente sostenuto. Ci si chiede, allora, perché vietare che l'autonomia politica degli enti territoriali si esprima nel senso di precludere l'ingresso di soci

privati nella gestione di servizi a rete di rilievo locale. Quali le ragioni che militano, di contro, a favore di tale divieto?



## Parte seconda

# Note a sentenza degli studenti

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione I civile, 15 luglio 2010, n. 16605 –  
Presidente PANEBIANCO – Relatore RORDORF – P.M. RUSSO (conf.)  
[Conferma Trib. Bari (decr.), 19 dicembre 2007]

**Intermediazione finanziaria - Trascrizione- S.G.R. - Fondi comuni di  
investimento - Patrimonio separato**

Codice civile, artt. 2643, 2645; D.lgs. 24 Febbraio 1998, n.58, artt. 36, 37

*I fondi comuni d'investimento (nella specie un fondo immobiliare chiuso)  
costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio che li  
ha istituiti, con la conseguenza che, in caso di acquisto immobiliare operato  
nell'interesse di un fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla  
suindicata società di gestione*

(*Omissis*) – SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. – Il Tribunale di Bari, con  
decreto depositato in cancelleria il 19 dicembre 2007, rigettò il reclamo  
proposto dalla Società Fondi Immobiliari Italiani Società di gestione del  
risparmio s.p.a. (in prosieguo per brevità indicata come Fimit) contro un  
provvedimento mediante il quale il giudice delegato al fallimento della  
SO.GE.CO. s.p.a., all'esito della vendita all'incanto di un immobile  
alberghiero appartenente alla società fallita, ne aveva disposto il  
trasferimento alla medesima Fimit, anziché, come da questa richiesto, al  
fondo comune di investimento di tipo chiuso, denominato Delta Immobiliare,  
da essa istituito e gestito.

Ritenne infatti il tribunale che, pur essendo il fondo immobiliare dotato di  
una soggettività giuridica distinta da quella della società di gestione,  
quest'ultima si fosse resa aggiudicataria in proprio dell'immobile venduto  
all'asta, avendo agito per conto, ma non anche in nome, del predetto fondo  
immobiliare.

La Fimit, dichiarando di agire anche quale società di gestione del fondo  
Delta, ricorre ora in cassazione per due motivi.

La curatela resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE. – 1. Prima di esaminare il contenuto dei motivi di  
ricorso occorre farsi carico delle plurime eccezioni d'inammissibilità del  
ricorso medesimo, prospettate dalla difesa del fallimento controricorrente.

1.2. La prima, in ordine logico, di tali eccezioni è quella che, distinguendo  
la posizione della ricorrente Fimit in proprio da quella della stessa Fimit  
quale gestore del fondo d'investimento Delta, sottolinea come solo in  
quest'ultima veste la medesima ricorrente sia stata parte del giudizio di  
merito. Il ricorso proposto in proprio risulterebbe perciò inammissibile.

Ma inammissibile sarebbe, secondo la difesa del fallimento, anche il  
ricorso proposto dalla Fimit in veste di gestore del fondo Delta, non essendo  
detto fondo il diretto destinatario del provvedimento di aggiudicazione.

Per poter vagliare la fondatezza della proposta eccezione appare  
indispensabile rispondere subito ad una domanda, che riveste d'altronde –  
come si vedrà – un'importanza centrale anche ai fini della decisione sul  
merito del ricorso.

Si tratta di stabilire se davvero sia configurabile un'autonoma soggettività  
giuridica del fondo d'investimento, o se questo costituisca invece null'altro  
che un patrimonio separato della società che lo ha istituito, e che nel caso in  
esame lo gestisce. In quest'ultima ipotesi, infatti, è evidente che la  
precisazione secondo la quale il ricorso è stato proposto dalla Fimit anche  
quale gestore del fondo Delta sarebbe impropria, e comunque superflua, ma

non tale da incidere sulla legittimazione e sull'interesse al ricorso della stessa Fimit, unico soggetto identificabile come parte in causa tanto nei gradi di merito quanto nel giudizio di legittimità.

1.2.1. L'individuazione della natura giuridica dei fondi comuni d'investimento (mobiliari o immobiliari) – in cui si raccolgono e vengono unitariamente gestiti ("in monte") apporti economici provenienti da una pluralità di investitori, ciascuno dei quali è titolare di una quota di partecipazione – non è del tutto agevole.

Il legislatore, a partire dalla L. n. 77 del 1983, che istituì per prima i fondi comuni d'investimento mobiliare aperti, e poi man mano con altre disposizioni volte a prevedere anche i fondi chiusi e quelli d'investimento immobiliare, non ha fornito al riguardo indicazioni esplicite, ed anche la dottrina ha manifestato nel tempo in proposito opinioni-alquanto diverse; nè finora la giurisprudenza ha avuto molte occasioni di pronunciarsi espressamente sul punto.

Attualmente, la disciplina dei fondi è contenuta nel c.d. testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998, con successive modificazioni) e nelle disposizioni secondarie emanate in base ad esso.

Per quello che qui interessa, giova anzitutto richiamare l'art. 1, comma 1, lett. j), del citato T.U., che definisce il fondo come "il patrimonio autonomo, suddiviso in quote, di pertinenza di una pluralità di partecipanti, gestito in monte", e l'art. 36, comma 6, secondo cui ciascun fondo comune "costituisce patrimonio autonomo, - distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società". Sempre dal medesimo primo comma dell'art. 1 – in particolare dalle definizioni enunciate alle lettere da m) a q) – e dall'art. 36, comma 1, si ricava altresì che i fondi comuni fanno parte della più ampia categoria degli "organismi di investimento collettivo del risparmio (Oicr)"; che la loro promozione, istituzione ed organizzazione è compito di speciali società a ciò autorizzate, denominate Società di gestione del risparmio (Sgr); che a tali società è riservata la gestione del patrimonio dei fondi "di propria o altrui istituzione" e che perciò esse possono assumere tanto la veste di "società promotrice" (con compiti limitati alla promozione, istituzione ed organizzazione del fondo, nonché all'amministrazione dei rapporti con i partecipanti), quanto quella di "gestore" (col compito di gestire il patrimonio del fondo provvedendo ai relativi investimenti).

L'autonomia del patrimonio del fondo e la sua distinzione "a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società" sono ulteriormente ribadite dal comma 6 del citato art. 36, il quale specifica che su detto patrimonio "non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa", mentre ai creditori dei partecipanti è consentito rivalersi solo sulle quote di partecipazione dei rispettivi debitori. Si aggiunge poi che la società di gestione "non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti".

È previsto inoltre, dal quinto comma del medesimo articolo, che la società promotrice ed il gestore "assumono solidalmente verso i partecipanti al fondo gli obblighi e le responsabilità del mandatario".

1.2.2. La particolare insistenza del legislatore nel sottolineare l'autonomia del patrimonio del fondo comune, nei termini ora ricordati, è evidentemente frutto della preoccupazione di assicurare una tutela forte agli interessi degli



investitori che al fondo partecipino, evitando loro il rischio di veder intaccato il patrimonio del fondo da possibili azioni di terzi. Sotto questo profilo, ciò che soprattutto caratterizza tale patrimonio è la sua esclusiva destinazione allo scopo d'investimento finanziario per il quale è stato costituito, e che perciò ne rappresenta la principale ragion d'essere. Donde appunto discende l'impossibilità che quel medesimo patrimonio funga, al tempo stesso, anche da garanzia a beneficio di creditori della società di gestione di altri soggetti estranei all'anzidetta destinazione.

Non è ormai infrequente, nel nostro ordinamento, che una parte del patrimonio di un soggetto sia destinato ad un particolare scopo e che, proprio per questo, venga sottratta al regime generale dell'art. 2740 c.c.. Lo attestano, tra gli altri, l'art. 2447 bis c.c., e segg. (introdotti dal D.Lgs n. 6 del 2003) e la L. n. 130 del 1999, art. 3, comma 2, in tema di cartolarizzazione di crediti. In siffatte situazioni non si dubita che il patrimonio separato (o destinato) sia pur sempre da ricondurre alla titolarità del soggetto (persona fisica o giuridica che sia) dal quale esso promana, ancorchè occorra tenerlo distinto dal resto del patrimonio di quel medesimo soggetto o da eventuali altri segmenti patrimoniali ugualmente sottoposti ad analogo regime di separazione. Ogni attività negoziale o processuale posta in essere nell'interesse del patrimonio separato non può, perciò, che essere espletata in nome del soggetto che di esso è titolare, pur se con l'obbligo di imputarne gli affetti a quello specifico ben distinto patrimonio.

Non sembra che, nella peculiare connotazione normativa dei fondi comuni d'investimento, vi siano elementi decisivi per discostarsi da una siffatta impostazione, pur con le specificità di cui si dirà.

Nessuna delle ricostruzioni alternative che sono state prospettate appare, infatti, davvero persuasiva.

1.2.3. L'ipotesi, affacciata inizialmente da una parte dalla dottrina, secondo cui il fenomeno in esame sarebbe riconducibile alla figura della comunione, sicchè i beni del fondo apparterrebbero pro quota a ciascuno dei partecipanti, mal si attaglia alla realtà del fenomeno in esame. Come altra parte della dottrina non ha mancato di osservare, lo scopo economico-pratico dei fondi d'investimento è assolutamente diverso da quello tradizionale della comunione: diverso è, perciò, il rapporto che si instaura tra i comunisti ed i beni in comunione, rispetto a quello esistente tra i partecipanti ed i valori di cui il fondo è composto, così come assai diversi sono, nei due casi, i poteri esercitabili da quei soggetti su quei beni ed il tipo di utilità che si auspica di poterne ricavare. Che i partecipanti al fondo abbiano veste di creditori nei confronti della società di gestione è stato, del resto, già affermato (sia pure ad altri fini) da questa corte, con la sentenza n. 10990 del 2003, per ciò stesso escludendosi la loro qualifica di comproprietari dei beni del fondo.

1.2.4. È stata anche avanzata la tesi – avallata da un parere del Consiglio di Stato (parere n. 108 del 1999) – che il fondo comune d'investimento abbia una soggettività sua propria, distinta sia da quella dei partecipanti sia da quella della società di gestione che lo ha istituito; ed è evidentemente proprio a questa configurazione, seguita anche dal provvedimento impugnato, che si riallacciano le considerazioni svolte dalla difesa del fallimento nell'eccepire l'inammissibilità del ricorso.

Non si dubita certo che, anche in assenza del formale riconoscimento della personalità, un ente possa esser considerato un centro d'imputazione di rapporti giuridici e, perciò stesso, titolare di obblighi e diritti (anche sul piano processuale). Le associazioni non riconosciute e le società di persone

stanno evidentemente a dimostrarlo. Tuttavia, perchè una tale situazione sia ipotizzabile, occorre individuare nel tessuto normativo elementi (se non espliciti, quanto meno) significativi in questo senso, e nel caso dei fondi comuni si stenta a ravvisarli.

Nè la già rilevata insistenza del legislatore nel sottolineare l'autonomia del fondo nè il fatto che nel testo unico della finanza si parli espressamente di patrimonio "autonomo", laddove nella legislazione precedente si parlava solo di distinzione del patrimonio del fondo da quello della società di gestione, costituiscono indicazioni univoche in favore della soggettività giuridica del fondo. Nell'uso dei termini "autonomia", "distinzione" o "separazione", riferiti al patrimonio del fondo comune, il legislatore non pare invero aver prestato molta attenzione alle diverse sfumature di significato che quei termini possono assumere, onde non sembra azzardato affermare che quei termini siano stati adoperati come equivalenti.

Se infatti per autonomia s'intende il potere di un soggetto di autodeterminare – almeno parzialmente, ma in modo significativo – le proprie scelte e le linee guida del proprio agire, è di immediata evidenza che i fondi comuni ne sono quasi del tutto privi. È vero che il comma 2 *bis* dell'art. 37 del citato T.U. Finanza (comma introdotto dalla L. n. 326 del 2003 e poi modificato dalla L. n. 350 del 2003) ora contempla l'eventualità di deliberazioni dell'assemblea dei partecipanti destinate a vincolare in alcune materie la società di gestione. Ma una tale previsione non basta di per sé sola a configurare un vero e proprio regime di autonomia, giacchè, pur con le specificità derivanti dalla regola di separazione patrimoniale di cui s'è detto e dall'esigenza di un maggiore rafforzamento della tutela dei partecipanti, essa non si discosta gran che dal modo in cui gruppi di creditori (obbligazionisti) o di partecipanti al capitale di rischio di una qualsiasi società per azioni possono, attraverso le assemblee separate di cui dispongono, far valere i loro punti di vista sulle scelte degli organi sociali che li riguardano. D'altronde, non può non rilevarsi come il funzionamento di ciascun fondo sia disciplinato da un regolamento (art. 39 del citato T.U.) che è stilato dalla società che il fondo istituisce, alla quale la normativa secondaria attribuisce anche il potere di disporre la fusione di più fondi o la scissione di uno di essi apportando le eventuali relative modifiche al regolamento.

E giova anche notare che il già citato art. 36, comma 5, chiama il gestore a rispondere del proprio operato direttamente nei confronti dei partecipanti al fondo, e non nei confronti del fondo medesimo, come ci si sarebbe potuto aspettare se a quest'ultimo il legislatore avesse voluto attribuire una soggettività sua propria.

Ma ciò che rende più di ogni altra cosa difficile configurare il fondo comune alla stregua di un autonomo soggetto di diritto è l'assenza di una struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna, quale ad esempio si riscontra nelle associazioni o nelle società di persone (come pure nei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti a norma dell'art. 2117 c.c., ai quali la giurisprudenza riconosce la qualifica di centri d'imputazione di rapporti giuridici anche quando non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità: cfr., tra le altre, Cass. n. 7755 del 2003). Ragion per cui, come la più attenta dottrina non ha mancato di osservare, difettando il fondo di strumenti che gli consentano di porsi direttamente in relazione con i terzi ed abbisognando a tal fine comunque dell'intervento della società di gestione, la sua configurazione quale soggetto autonomo finisce per rappresentare una complicazione non necessaria ai fini della tutela dei partecipanti (e semmai foriera di distorsioni, nella misura in cui potrebbe indurre a dubitare della possibilità che i creditori per obbligazioni contratte nell'interesse del fondo siano ammessi a rivalersi nei confronti

della società di gestione, qualora i beni del fondo non risultassero sufficienti a soddisfare le loro ragioni).

1.2.5. In definitiva, dunque, atteso che l'ordinamento ma sopporta l'esistenza di un patrimonio privo di titolare, la soluzione che meglio sembra rispondere alle esigenze sottese alla costituzione dei fondi comuni d'investimento e che trova più solidi agganci nella relativa disciplina resta quella che ravvisa nel fondo un patrimonio separato. La separazione, unitamente alle specifiche disposizioni cui s'è fatto cenno, garantisce adeguatamente la posizione dei partecipanti, i quali sono i proprietari sostanziali dei beni di pertinenza del fondo, lasciando però la titolarità formale di tali beni in capo alla società di gestione che lo ha istituito (con la precisazione che, ove la società promotrice non coincida col gestore, la suddetta titolarità formale, al pari della legittimazione anche processuale che ne consegue, spettano alla prima, potendo il gestore essere sempre sostituito, come si evince dal comma 2 bis del più volte citato art. 36).

1.3. La conclusione cui si è pervenuti implica che la Fimit, la quale cumula la veste di società promotrice con quella di gestore del fondo Delta, era pienamente legittimata ad agire in sede di merito per far accertare diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui detto fondo si sostanzia, ed è altrettanto pienamente legittimata a proporre il presente ricorso per cassazione, rimanendo priva di rilievo sul piano processuale la spendita del nome del fondo.

1.4. Una seconda eccezione d'inammissibilità del ricorso muove dal presupposto che il provvedimento impugnato si fonda su ben nove distinte ed autonome rationes decidendi, non tutte puntualmente censurate dalla società ricorrente.

L'eccezione è però manifestamente infondata, perchè nel predetto provvedimento non è riscontrabile l'asserita pluralità di autonome rationes decidendi, ciascuna di per sè sola in grado di giustificare la conclusione cui il tribunale è pervenuto, bensì una mera concatenazione di profili argomentativi e di osservazioni, l'una all'altra legate, il cui insieme ha persuaso il giudice di merito dell'infondatezza del reclamo sottoposto al suo esame.

1.5. Altre due eccezioni sono volte a contestare l'ammissibilità dei due motivi del ricorso singolarmente considerati: in primo luogo, perchè entrambi risulterebbero privi di sufficiente specificità ed, in secondo luogo, perchè nessuno di essi sarebbe corredato da un adeguato quesito di diritto, come richiesto dall'art. 366 bis c.p.c. (applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame).

Ma il difetto di specificità non sussiste, poichè - come meglio si dirà tra un momento - le doglianze formulate nei due motivi di ricorso, pur se sostanzialmente ruotano intorno al medesimo punto, risultano chiare e ben definibili.

Quanto ai quesiti di diritto, è certo vero che essi appaiono formulati in modo alquanto ridondante, ma il principio che la società ricorrente chiede sia affermato, e cioè che l'acquisto compiuto da una società di gestione del risparmio per cento di un fondo d'investimento da essa gestito ridonderebbe direttamente in capo a quest'ultimo, è chiaramente delineato ed altrettanto chiaramente si pone in contrasto con il fondamento della decisione impugnata.

2. Venendo al contenuto del ricorso, va subito detto che i due motivi dei quali esso si compone vertono sul medesimo tema e possono essere considerati unitariamente.

Muovendo dal presupposto che i fondi d'investimento siano autonomi centri d'imputazione giuridica, ma che l'acquisto di beni da parte loro possa avvenire solo mediante atti posti in essere dalla relativa società di gestione, la ricorrente sostiene che un tale acquisto, una volta effettuato, non richiede alcuna ulteriore attività negoziale per riversarne gli effetti in capo al fondo d'investimento.

Perciò, avendo la Fimit dichiaratamente partecipato all'incanto "per conto di uno o più fondi da essa gestiti", ed avendo poi, al momento del versamento del prezzo dopo l'aggiudicazione, esplicitato che era il fondo Delta quello per il quale essa agiva, il decreto di trasferimento avrebbe dovuto essere emesso in favore di detto fondo, realizzandosi in tal caso una forma di rappresentanza indiretta che consente di riferire senz'altro l'aggiudicazione al fondo per conto del quale la società di gestione risulti aver operato.

2.1. Tali argomentazioni non possono essere condivise.

L'infondatezza della tesi prospettata dalla ricorrente emerge chiaramente da quanto sopra osservato in ordine alla natura dei fondi comuni d'investimento. Il fatto che, per le ragioni già dianzi chiarite, tali fondi non costituiscano soggetti di diritto a sè stanti, bensì patrimoni separati della società di gestione che li ha istituiti, rende evidentemente insostenibile la pretesa di far intestare beni immobili al fondo, in luogo della società di gestione. Si può ipotizzare - ma non è questo il tema della presente causa - che l'intestazione debba essere accompagnata da un'annotazione idonea a rendere nota anche ai terzi l'esistenza del vincolo pertinenziale in favore del fondo, in coerenza con il regime di separazione patrimoniale che lo connota, ma non si può certo postulare l'esistenza di un rapporto di mandato o di rappresentanza tra la medesima società di gestione ed il fondo: perchè questo implicherebbe una duplicità soggettiva che non è invece ravvisabile.

3. Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato con l'enunciazione del seguente principio di diritto, alla luce del quale va corretta la motivazione del provvedimento impugnato:

"I fondi comuni d'investimento (nella specie un fondo immobiliare chiuso) costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio che li ha istituiti, con la conseguenza che, in caso di acquisto immobiliare operato nell'interesse di un fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla suindicata società di gestione".

4. La peculiarità della fattispecie e l'assenza di significativi precedenti giurisprudenziali in materia suggeriscono di compensare tra le parti le spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

## *La natura giuridica dei fondi comuni di investimento dopo il «leading case» della Cassazione*, di RAFFAELE FELICETTI

(nota a Cass. 15 luglio 2010, n.16605)

SOMMARIO: **1.** IL CASO; **2.** CENNI AL FENOMENO DELLA SEPARAZIONE PATRIMONIALE; **3.** QUALCHE OSSERVAZIONE SUL LEADING CASE DEL 2011; **4.** CONCLUSIONI

**1. Il caso.** Con la sentenza oggetto della presente analisi la Cassazione ha affrontato la questione della natura giuridica dei fondi comuni di investimento, su cui tanto la giurisprudenza quanto la dottrina sono tradizionalmente risultate incerte e oscillanti.

La pronuncia ha rigettato l'impugnazione proposta da una Sgr avverso la sentenza del giudice di prime cure con la quale era stato respinto il reclamo contro il provvedimento del giudice delegato di un fallimento, il quale aveva disposto il trasferimento di un immobile venduto all'incanto alla Sgr invece che al fondo comune di investimento da questa gestito.

La Corte nega la possibilità di intestare l'immobile al fondo dopo essere giunta alla conclusione che i fondi non siano dotati di una soggettività giuridica propria.

La pronuncia richiama (e rigetta) le altre due teorie che tradizionalmente erano state avanzate circa la natura giuridica dei fondi. La prima – ormai praticamente abbandonata – che vuole la loro riconducibilità alla figura della comunione, con la conseguente configurazione dei partecipanti quali comunisti. Il che, sostiene la Cassazione, non è accettabile se si considera lo scopo squisitamente economico dei fondi. La seconda, avanzata da un cospicuo indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, avallato *in primis* dal parere 108/1999 del Consiglio di Stato, che concluderebbe per l'attribuzione ad essi di una vera e propria soggettività, con la conseguenza che dovrebbero considerarsi soggetti di diritto, distinti tanto dagli investitori, quanto – e soprattutto – dalla Sgr.

La Suprema Corte ha negato un'autonoma soggettività ai fondi comuni di investimento partendo anzitutto dalla considerazione che per riconoscerla, pur non essendo questa attribuita *expressis verbis* dal legislatore, servirebbero comunque degli "elementi significativi" che depongano in tal senso, cosa che non accadrebbe nel caso dei fondi. Secondo i Supremi giudici inoltre la configurabilità di un'autonoma soggettività richiederebbe la presenza di una «struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna, quale ad esempio si riscontra nelle associazioni o nelle società di persone». Ciò mancherebbe ai

fondi comuni di investimento, tanto che questi avrebbero comunque bisogno dell'intervento della società di gestione. E ancora, il riconoscimento di soggettività in assenza di siffatta struttura organizzativa creerebbe secondo i giudici delle distorsioni, nella misura in cui ciò indurrebbe a dubitare della possibilità per i creditori di obbligazioni contratte nell'interesse del fondo di rivalersi, in caso d'insufficienza dei beni dello stesso, nei confronti della Sgr.

La Suprema Corte ha dunque ritenuto di ritenuto di ascrivere il caso dei fondi comuni di investimento al fenomeno della "semplice" separazione patrimoniale, negando loro un'autonoma soggettività; conseguentemente i beni acquistati dalla Sgr nel loro interesse non possono essere ad essi intestati, dovendosi dunque concludere che l'intestazione debba avvenire in capo alla Sgr stessa.

**2. Cenni al fenomeno della separazione patrimoniale e alla erosione del principio ex art. 2740 c.c.** Il fenomeno della destinazione a uno scopo specifico di una parte del patrimonio di un soggetto, con conseguente erosione del principio – di cui all'art. 2740 c.c. – dell'indivisibilità del patrimonio, è sicuramente in ascesa nel nostro ordinamento, grazie anche agli impulsi derivanti dagli ordinamenti di *common law*, dove il *trust* è istituto archetipico della separazione patrimoniale. Si pensi alle ipotesi del fondo patrimoniale ex artt. 167 e sgg. C.c., a quelle dei patrimoni e finanziamenti destinati delle s.p.a. ex artt. 2447-*bis* e sgg. o, ancora, agli atti di destinazione ex art. 2645-*ter*. Nella legislazione speciale si pensi all'ipotesi della cartolarizzazione dei crediti o alla materia del *project financing*.

È lo stesso comma 2 dell'art. 2740 a consentire limitazioni della responsabilità, anche se nei soli casi previsti dalla legge. Questa tendenza continua oggi ad essere assecondata da ultimo con il recentissimo d.lgs. 180/2015, di recepimento della *BrrD*, che ha istituito presso la Banca d'Italia un Fondo di Risoluzione, definito patrimonio "autonomo" (aggettivo da intendere in senso atecnico). Se solo si analizzano le varie figure aggettivate come patrimoni "autonomi", "separati" o "distinti" ci si accorge che queste presentano

dei tratti comuni. Si può anzitutto notare che peculiare è la limitazione della responsabilità di questi, poichè rispondono solo per le obbligazioni il cui titolo si fonda sullo scopo a cui il patrimonio è stato destinato. A ciò consegue che su questo patrimonio possono soddisfarsi solo i creditori cc.dd. particolari. Strettamente correlato a tale profilo è il carattere dell'indisponibilità (o della parziale disponibilità) del patrimonio separato: di questo non si può liberamente disporre, distraendolo dalla sua destinazione. Un ulteriore carattere peculiare attiene all'amministrazione dello stesso, che viene spesso sottoposta a cautele specifiche e a cui segue la responsabilità del soggetto amministratore in caso di violazione di tali regole (BIANCA 1996).

Questi elementi sembrano rinvenibili nell'ipotesi che qui ci sta occupando. Se si considera il dettato legislativo nella versione applicabile *ratione temporis* al momento della pronuncia, e ripreso quasi alla lettera nella versione recentemente modificata del TUF, risulta evidente che gli elementi sintomatici della separazione patrimoniale possano ritenersi sussistenti.

È anzitutto osservabile un fenomeno di limitazione della responsabilità, posto che né i creditori della Sgr, né quelli dei singoli investitori (i quali possono agire solo sulle quote) possono agire sul fondo comune. Sicuramente è rinvenibile anche l'indisponibilità dei fondi stessi, se si tiene a mente che la Sgr non può utilizzare nell'interesse proprio o di terzi i beni di pertinenza dei fondi gestiti. L'amministrazione dei fondi è poi assoggettata a una serie di regole stringenti (si pensi a quelle sul deposito, a quelle che richiedono alle Sgr di operare con diligenza, correttezza e trasparenza e di adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei partecipanti).

La Suprema Corte rileva proprio che è possibile notare una particolare insistenza del legislatore nel «sottolineare l'autonomia del patrimonio del fondo comune» che è «evidentemente frutto della preoccupazione di assicurare una tutela forte agli interessi degli investitori». Ciò induce i giudici a ritenere che carattere precipuo dei fondi in questione sia la loro "esclusiva destinazione" allo scopo di investimento. Non potendo riconoscere loro una soggettività propria, ma sussistendo gli elementi della separazione, i giudici giungono dunque a

“degradare” i fondi comuni di investimento a un caso di separazione patrimoniale e a dissociare il regime proprietario dei fondi, qualificando la Sgr come “titolare formale” dei beni di pertinenza del fondo, mentre i partecipanti quali “proprietari sostanziali”.

**3. Qualche osservazione sul *leading case* del 2011.** La pronuncia si è posta quale precedente autorevole in materia, costituendo la base su cui altre pronunce, anche più recenti, hanno poggiato (*ex multis* Cass. 12187/2013 e Tribunale di Roma 11384/2014).

Alcuni recenti interventi legislativi che hanno inciso in materia di fondi comuni d’investimento potrebbero tuttavia avvalorare l’ipotesi della soggettività.

Si è visto che una delle maggiori preoccupazioni della Corte è stata quella che il riconoscimento di soggettività, in mancanza di una struttura organizzativa minima, avrebbe potuto indurre a dubitare della possibilità, per i creditori di obbligazioni contratte nell’interesse del fondo, di rivalersi nei confronti della Sgr nei casi d’insufficienza dei beni del fondo.

Ebbene questa possibilità è oggi esclusa *in nuce*.

L’art. 36 è stato *medio tempore* modificato dal d.lgs. n. 44 del 4 marzo 2014. La novella ha lasciato impregiudicata l’essenza dei fondi, ma ha inserito al comma 4 la previsione secondo cui «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde *esclusivamente* con il patrimonio del fondo medesimo». Risulta dunque oggi fugato ogni dubbio circa la possibile esistenza di una responsabilità sussidiaria della Sgr, ciò che aveva costituito una delle premure maggiori della Suprema Corte.

Non solo. Con il d.lgs. 47/2012 il legislatore è intervenuto sull’art. 57 del TUF, inserendo nella disposizione il comma *6-bis* al fine di regolare, per la prima volta, le situazioni di crisi dei fondi comuni di investimento, sino a qualche tempo fa intimamente ricollegata da dottrina e giurisprudenza alle vicende della crisi della Sgr. Oggi si prevede che «qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata» si possa



chiedere la liquidazione del fondo. Se si assume come ancora valida «l'impostazione soggettivistica delle procedure concorsuali» (CARRIERE, 2014), la previsione *ex lege* di una liquidazione dei fondi può costituire un ulteriore indice a favore della soggettività. La previsione è stata del resto inserita a seguito dell'ormai conclamata possibilità dei fondi comuni di investimento di ricorrere al *leverage* (si v. l'art. 12-*bis* del d.m. 228/1999): se i fondi possono indebitarsi e in capo a questi si può verificare una situazione di crisi tale da determinarne la liquidazione, sembrerebbe innegabile che il legislatore paia, almeno implicitamente, trattare i fondi alla stregua di veri e propri soggetti di diritto.

**4. Conclusioni.** La questione va considerata anche alla luce del fatto che il recente *trend* del legislatore è quello dell'attribuzione di forme di autonomia sul solo piano oggettivo (un esempio è il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale: il d.l. 179/2012 ha disposto che questo, pur potendo acquisirla, non è sempre dotato di soggettività). Il che potrebbe indurre a considerare i fondi comuni casi di separazione patrimoniale, con l'esclusione dunque di qualsiasi fenomeno duplicazione soggettiva.

## Riferimenti bibliografici

- BARBANTI SILVA P., *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. dir. banc.*, 9, 2013
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996
- CARRIERE P., *Fondi comuni di investimento tra liquidazione giudiziale e soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2014
- GHIGI C., *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1146 ss.
- PAOLINI A., *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, Studio n.90-2012/I, Consiglio Nazionale del notariato, 2012

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 atteggiavano 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 perché 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 assembleare<sup>1</sup>.

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 rischio<sup>2</sup>. 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 stessa<sup>3</sup>. Tale inopponibilità ha l'obiettivo di tutelare i terzi che

---

<sup>1</sup> 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.».

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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 partecipazione<sup>4</sup>.

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'assemblea<sup>5</sup>: 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 liquidazione<sup>6</sup>. 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 società<sup>7</sup>. La relazione ministeriale al decreto legislativo di riforma della legge fallimentare precisa, peraltro, che la nuova disciplina si applica anche alle società occulte<sup>8</sup>. 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'impresa<sup>9</sup>. Se così non fosse, si

---

<sup>7</sup> 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.

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

<sup>9</sup> 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)<sup>10</sup>: 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 sociale<sup>11</sup>.

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

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 perdite<sup>12</sup>. È dunque necessario che la società abbia agito nell'interesse dei soci, sebbene si tratti di un interesse diversificato<sup>13</sup>.

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 unidirezionale<sup>14</sup>. 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

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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».

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>. 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.

---

<sup>15</sup> 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 comuni<sup>16</sup>.

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 uguali<sup>17</sup>.

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.

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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

# *AUTORI*

## *PARTE PRIMA*

MARCO CECILI è dottorando di ricerca in Diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Tor Vergata di Roma

GUSTAVO GHIDINI è professore di Diritto industriale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università Statale di Milano e presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

SALVATORE LOPREIATO è docente a contratto di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

MARGHERITA MANZATO è dottoranda di ricerca in Diritto pubblico dell'economia presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma

GIAN DOMENICO MOSCO è professore ordinario di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

ROBERTO PESSI è professore ordinario di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

RAFFAELLA SCARABINO è titolare di assegno di ricerca in Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

GIULIANO VOSA è titolare di assegno di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli di Roma

LUISS Law Review - Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM  
Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli  
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016  
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco  
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino  
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009