

LA PROPAGAZIONE DELL'INSOLVENZA IN ESTENSIONE E L'ART. 147 L.F.¹

di

Raffaella Brogi

Sommario. **1.** L'estensione al socio illimitatamente responsabile della procedura liquidatoria nei confronti della società e le prospettive di riforma (L. n. 155/2017). **2.** L'art. 147, co. 1, l.f. **2.a)** La fallibilità del socio accomandante che si è ingerito nella gestione sociale. **3.** L'art. 147, co. 2, l.f.: le limitazioni temporali in relazione allo scioglimento del rapporto sociale. **3.a)** Il collegamento tra l'art. 147, co. 2, l.f. e l'art. 2290, co. 2, c.c. **3.b)** L'art. 2290, co. 1, c.c. e l'art. 147, co. 2, l.f. **3.c)** L'art. 147, co. 2, l.f. e la morte del socio. **3.d)** La cancellazione dal registro delle imprese del socio illimitatamente responsabile che sia una società e le conseguenze in punto di fallibilità. **3.e)** Le operazioni societarie straordinarie. La trasformazione. **3.f)** *Segue.* La fusione. **3.g)** *Segue.* La scissione. **3.h.)** Lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata successiva al deposito del ricorso *ex art.* 161 l.f. **4.** L'art. 147, co. 4, l.f. e il fallimento del socio di fatto e occulto. **5.** L'art. 147, co. 5, l.f. e le principali questioni controverse. **5.a)** La partecipazione della società di capitali ad una società di persone e la delibera *ex art.* 2361, co. 2, c.c. **5.b)** L'art. 147, co. 5, l.f.: norma eccezionale o regola esemplificativa dell'art. 147, co. 1, l.f.? **5.c.)** Supersocietà di fatto e gruppi d'impresa: due realtà distinte riconducibili al principio di effettività. **6.** Le azioni revocatorie nei confronti del socio illimitatamente responsabile. **7.** Il socio illimitatamente responsabile e le procedure di sovraindebitamento: le prospettive aperte dalla Legge 19 ottobre 2017, n. 155.

1. L'estensione al socio illimitatamente responsabile della procedura liquidatoria nei confronti della società e le prospettive di riforma (L. n. 155/2017).

L'art. 147 l.f., rubricato "*Società con soci a responsabilità illimitata*" regola l'estensione² del fallimento ai soci illimitatamente responsabili della società in nome collettivo, della società in accomandita semplice e della società in accomandita per azioni. La norma - a seguito di un robusto *restyling* conseguente alla riforma del 2006 (art. 131, d.lgs. 9 gennaio

¹ Lo scritto riproduce i contenuti della Relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura in data 14 settembre 2017, con l'aggiunta dei riferimenti alla Legge 19 ottobre 2017, n. 155 (*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*).

² FABIANI M., (*Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 529), distingue tra "**fallimento in ripercussione**", quale "*fenomeno di diritto sostanziale per effetto del quale, il fallimento di una società con soci illimitatamente responsabili si ripercuote, automaticamente, sui soci che hanno assunto quella posizione nella compagine societaria.*" e **fallimento "per estensione"** individuato nel "*fenomeno per il quale ad una pronuncia dichiarativa di fallimento di un'impresa (non necessariamente societaria visto il chiaro tenore del 5° co. dell'art. 147) se ne aggiunge un'altra. L'estensione del fallimento, altro non è che un'aggiunta di una sentenza che si innesta su una precedente.*"

2006, n. 5), in parte riconducibile anche a significativi interventi censori della Corte Costituzionale³ - non ha subito alcun intervento nell'ultimo decennio⁴.

È rimasto, così, immutato l'assetto relativo ai rapporti tra la responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali che connota alcune categorie di soci e la regolazione concorsuale dell'insolvenza della società cui gli stessi prendono parte.

Dal punto di vista sistematico la giurisprudenza più recente, sia teorica che pratica⁵, ha evidenziato come il socio illimitatamente responsabile non possa essere considerato imprenditore o coimprenditore⁶ della società⁷, con la conseguenza che l'estensione nei suoi confronti del fallimento della società determina la fallibilità, ancorché non autonoma, di un soggetto che non assume la qualifica di imprenditore. Difatti, non solo il mancato riconoscimento della personalità giuridica alle società di persone non esclude che l'attività d'impresa sia, comunque, imputata ad un ente munito di soggettività giuridica⁸ e non ai singoli soci, ma la stessa fallibilità del socio accomandatario di una s.a.p.a. (espressamente menzionata nell'art. 147, co. 1, l.f.) evidenzia come anche nell'ipotesi di attività d'impresa esercitata da un soggetto munito di personalità giuridica – che nel caso di società di capitali è acquisita mediante l'iscrizione nel registro delle imprese, v. art. 2331 c.c. - il carattere

³ C. Cost., 28 maggio 1975, n. 127; C. Cost., 16 luglio 1970, n. 142; C. Cost., 27 giugno 1972, n. 110.

⁴ Per l'evoluzione storica della normativa relativa all'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile si rinvia a DIMUNDO A., *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fall.*, 2009, 1040.

⁵ Secondo Cass., n. 5260/2012 (in *Corr.*, 2013, 2, 243, con nota di RESTUCCIA A., *Si applica l'art. 69 l.fall. agli atti compiuti con il coniuge dal socio fallito?* e in *Giur. comm.*, 2013, 2, II, 226, con nota di DI DONATO C., *Revocatoria fallimentare: diverso trattamento delle disposizioni in favore del coniuge da parte del fallito in quanto socio illimitatamente responsabile*): "come ha da tempo chiarito questa Corte (Sez. 1, n. 2359/1984 e, più di recente, Sez. 1, n. 3535/2006) i soci di società di persone, pur essendo illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, non rivestono la qualità di imprenditori commerciali. La migliore dottrina, anche alla luce della riforma del diritto societario, ha ribadito tale conclusione evidenziando che dalla nuova disciplina (in particolare dalle norme in materia di società di capitali unipersonali) ne esce "assai rafforzata la tesi per la quale la fallibilità del socio è del tutto indipendente dall'essere egli coinvolto personalmente nella gestione dell'impresa (quasi fosse un coimprenditore) e dipende invece unicamente dall'essere stata o meno l'impresa gestita secondo ben specifiche regole (di garanzia per i creditori) che condizionano il beneficio della responsabilità limitata". Si è suggerito, così, di "tornare al nudo tenore letterale della L. Fall., art. 147, per concludere che la fallibilità del socio dipende unicamente dal fatto che operi o meno il meccanismo legale della limitazione di responsabilità per le obbligazioni sociali. Per la qual cosa non v'è che da far riferimento alle norme di diritto societario di volta in volta applicabili, che non tanto costituiscono un'eccezione a principi generali dell'ordinamento, quanto piuttosto danno vita ad un regime dotato di proprie peculiari caratteristiche, per le quali la responsabilità illimitata non è conseguenza del gestire un'impresa, individualmente o congiuntamente ad altri, ma del modo in cui lo si fa, in rapporto alle specifiche (e mutevoli) disposizioni dettate in proposito dal legislatore".

⁶ In tale senso v. AULETTA G., *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, I, Milano, 1955, 143. Per BIGIAMI W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, 185 l'art. 147 l.f. è espressione del principio per il quale l'imprenditore commerciale indiretto risponde al pari dell'imprenditore commerciale diretto.

⁷ NIGRO A., *Sub art. 147 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da Jorio A., coordinato da Fabiani M.), 2007, 2170.

⁸ FABIANI, *cit.*, 528, rileva come l'ormai acquisita soggettività giuridica delle società di persone rende inattuale la visione del socio illimitatamente responsabile come imprenditore. L'A. rileva come la norma sia ispirata da finalità di economia processuale, finalizzate, da un lato, ad evitare una miriade di azioni esecutive individuali e, dall'altro lato, ad evitare che i beni del socio illimitatamente responsabile siano colpiti solo da azione revocatoria ordinaria.

solidale ed illimitato della responsabilità conduce alla fallibilità in estensione del socio accomandatario.

Il quadro sistematico evidenzia, poi, come le recenti riforme in materia societaria, con l'intento di incentivazione delle attività imprenditoriali, abbiano reso maggiormente fruibile il ricorso allo schema delle società di capitali, come emerge dalla riduzione del capitale minimo della società per azioni da centoventimila euro a cinquantamila euro (art. 2327 c.c.) e, a maggior ragione, l'ipotesi della s.r.l. cd semplificata (art. 2463-*bis* c.c.)⁹ e le s.r.l. a capitale ridotto introdotte dall'art. 44 D.L. 22 giugno 2012, n. 83¹⁰, oltre che all'introduzione di società di capitali unipersonali¹¹. È stata, pertanto, rotta, almeno in parte, la tradizionale simmetria dimensionale che vedeva la corrispondenza delle società di capitali (dotate di autonomia patrimoniale perfetta) alle iniziative imprenditoriali di maggior rilievo economico e, in parallelo, il ricorso ai tipi della s.n.c. e della s.a.s. per l'esercizio in comune di attività economiche più ridotte.

Il fallimento in estensione non consegue a tutte le ipotesi nelle quali si registri la presenza di un socio illimitatamente responsabile. L'art. 147, co. 1, l.f., in virtù di un'espressa opzione restrittiva del legislatore, non opera nei casi nei quali il socio unico di s.p.a. o di s.r.l. risponda illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali (artt. 2325, co. 2, c.c. e 2462, co. 2., c.c.¹²). Tale opzione restrittiva evidenzia, tuttavia, un dato di importanza fondamentale a livello sistematico: **l'estensione del fallimento ex art. 147, co. 1, l.f. non costituisce e non può costituire una forma di sanzione per eventuali abusi perpetrati avvalendosi dello schermo della personalità giuridica** proprio delle società di capitali e della conseguenziale autonomia patrimoniale perfetta, tale da recidere, *ab imis*, qualunque forma di collegamento del patrimonio del socio con quella società.

⁹ DACCÒ A., *I submodelli di s.r.l.*, in *Diritto commerciale. III Diritto delle società* (a cura di Cian M.), 2017, 728 s.s.

¹⁰ BUSANI A., BUSI A., *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, in *Società*, 2012, 12, 1306; ATTANASIO F., *S.r.l. semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?* D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 D.L. 22 giugno 2012, n. 83, in *Società*, 2012, 8-9, 894.

¹¹ L'art. 2328 c.c. e l'art. 2463 c.c. prevedono, infatti, la possibilità che, rispettivamente, la società per azioni o la società a responsabilità limitata siano costituite non solo per contratto, ma anche mediante un atto unilaterale. La società può quindi essere unipersonale *ab origine* o al momento in cui tutte le azioni o le quote siano concentrate in capo ad un unico socio.

¹² Per BIGIAMI W., *cit.*, 171 s.s., l'art. 147, co. 1, l.f., presupponeva società con soci illimitatamente responsabili *ab origine*. L'A. evidenziava poi come alla luce della formulazione dell'art. 2462 c.c. il socio unico di s.p.a. non rispondesse indistintamente per tutte le obbligazioni sociali, ma solo per quelle sorte nel periodo in cui le azioni gli fossero appartenute.

La responsabilità illimitata e solidale del socio per le obbligazioni sociali non determina alcun automatismo rispetto alla regolazione concorsuale dell'insolvenza della società: non tutti i soci illimitatamente responsabili falliscono, ma solo quelli appartenenti alle società regolate dai capi III, IV e VI del titolo V del codice civile.

Alla luce della ripermutazione dell'ambito di applicazione della norma operata con la riforma del diritto fallimentare del 2006 l'art. 147 l.f. finisce, quindi, per essere eccezionale due volte: una volta perché estende il fallimento della società ad un soggetto che non è imprenditore - e al quale non è imputata l'attività d'impresa - e un'altra volta perché non tutti i soci illimitatamente e solidamente responsabili per le obbligazioni sociali falliscono, ma solo quelli riconducibili a predeterminati tipi societari¹³.

La Legge n. 155/2017 (*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*) segna una linea di continuità con il passato nel confermare l'estensione automatica della procedura (non più di fallimento) ma di liquidazione giudiziale anche ai soci illimitatamente responsabili, come emerge dall'art. 7, co. 5, lett. c), dove è prevista, ai fini dell'esercizio delle azioni di responsabilità la legittimazione del curatore a promuovere o a proseguire *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*.

Il mantenimento della regola dell'estensione automatica della procedura liquidatoria della società ai soci illimitatamente responsabili deve essere ormai ricollegata non più alla considerazione di questi ultimi quali imprenditori, ma a ragioni di economia processuale finalizzate ad assicurare la regolazione concorsuale della proiezione dei debiti della società sul patrimonio personale del socio illimitatamente responsabile¹⁴. Nonostante il mantenimento della regola dell'estensione automatica **si apre, tuttavia, al legislatore delegato l'opportunità di valutare soluzioni di tipo concorsuale anche alternative rispetto all'estensione della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti della società**. In particolare, l'art. 9 l. n. 155/2017, eliminando ogni incertezza

¹³ Una volta escluso che i soci illimitatamente responsabili delle società di persone possano essere qualificati come imprenditori o coimprenditori si stempera anche la distinzione in merito alla circostanza che nell'art. 2462, co. 2, c.c. il socio unico di società per azioni risponde illimitatamente per le sole obbligazioni sorte nel periodo in cui sia stato titolare dell'intera partecipazione.

¹⁴ V. nota 8.

circa l'assoggettamento del socio illimitatamente responsabile alle procedure di sovraindebitamento, apre a possibili scelte del legislatore delegato circa le modalità di coordinamento e di regolazione dei rapporti tra la liquidazione giudiziale in estensione e le procedure disciplinate nella legge n. 3/2012 (v., *infra*, par. 7).

2. L'art. 147, co. 1, l.f.

L'attuale formulazione dell'art. 147, co. 1, l.f. prevede che: ***“La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.”***

Rispetto alla formulazione originaria della norma (*“La sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili.”*) si assiste ad una riperimetrazione in senso restrittivo dell'area della fallibilità in estensione, limitata ai soci illimitatamente responsabili della **s.n.c.**, **s.a.s.** e della **s.a.p.a.** (v. par. precedente).

La **società irregolare** (perché costituita con atto formale non iscritto nel registro delle imprese oppure da ricondurre alla società di fatto, costituita per *facta concludentia*, senza un atto scritto¹⁵) rientra nello schema della società in nome collettivo, con la conseguenza che l'accertamento della sua esistenza e la sua dichiarazione di fallimento comporta l'estensione di quest'ultimo ai soci che, ai sensi dell'art. 2297 c.c., rispondono nei confronti dei terzi solidalmente e illimitatamente. L'art. 147, co. 1, l.f. **non ancora**, infatti, **né la**

¹⁵ Per BUONOCORE V.- CAPO G. (*L'imprenditore società*, in *Manuale di diritto commerciale* (ideato da Buonocore, V., 2013, 211-213) la società irregolare può essere ravvisata solo in relazione alle società commerciali per le quali è previsto l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, mentre la società di fatto è configurabile per qualsiasi tipo di società personale. La società irregolare è anche una società di fatto laddove la fattispecie descritta dall'art. 2247 c.c. si verifichi in assenza di un contratto scritto, mentre non lo è se è stato stipulato un contratto scritto non adeguatamente pubblicato nel registro delle imprese. PISANI L. (*Le società di persone. Profili formali e profili finanziari*, in *Diritto commerciale*, III, *Le società*, Torino, 2017, 80) distingue tra società irregolare (caratterizzata da un contratto scritto, ma non iscritta nel registro delle imprese) e società di fatto (in cui manca la documentazione relativa all'atto costitutivo e l'attività è svolta per *facta concludentia*, con la conseguenza che il contratto è concluso tacitamente). Per l'A. nella società di fatto manca la stessa scelta del tipo e l'applicazione delle norme che disciplinano la società in nome collettivo discende, in via interpretativa, dalla constatazione che si tratti dell'unico tipo compatibile con la società di fatto. Per CAMPOBASSO G.F. (*Diritto commerciale*, II, *Le società*, IX ed. Riv. Campobasso M., Torino, 2015, 57) è irregolare la s.n.c. non iscritta nel registro delle imprese, per mancanza dell'atto costitutivo (società di fatto) o per mancata registrazione dell'atto al registro delle imprese (società irregolare in senso proprio). In entrambe le ipotesi si applica la disciplina della collettiva irregolare.

fallibilità della stessa società, né l'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile alle risultanze pubblicitarie¹⁶.

Il socio illimitatamente responsabile non è, poi, necessariamente persona fisica. Sul punto è da evidenziare la formulazione particolarmente ampia della norma, dal momento che l'inciso «**pur se non persona fisica**» non trova la propria riferibilità semantica alle sole società di persone o di capitali, ma anche agli enti (disciplinati nel I libro del codice civile) che assumano la qualifica di soci illimitatamente responsabili di una s.a.s., s.n.c. e s.a.s.

L'esclusione della fallibilità dei soci di società di capitali (diversi dagli accomandatari di una s.a.p.a.) porta fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 147, co. 1, l.f. sia il **socio tiranno** (un imprenditore indiretto che ha governato, in via esclusiva, una società di capitali in violazione delle regole societarie, agendo come se l'impresa fosse esclusivamente propria e attuando una commistione tra il patrimonio di quest'ultima e il proprio che il c.d. il **socio sovrano**¹⁷, cioè colui che spadroneggia nella società di capitali, creata al solo scopo di abusare dello schermo della responsabilità limitata¹⁸. In tali casi le condotte di *mala gestio* dei soci possono trovare adeguata repressione nelle azioni di responsabilità promosse dal curatore *ex art.* 146 l.f.¹⁹

A tal fine occorre distinguere se il socio tiranno abbia ricoperto o meno la qualifica di amministratore (di diritto o anche di fatto) e il tipo di società (s.p.a. o s.r.l.) e le regole che presidiano le relative azioni di responsabilità.

¹⁶ Ciò implica che nell'ambito di validità della norma rientra non solo l'ipotesi della società regolare, ma anche quella irregolare, con tutte le sue possibili articolazioni, compresa la società di fatto), con le conseguenti implicazioni anche in relazione alla legittimazione *ex art.* 6 l.f. (v. **Cass. n. 1095/2016**).

¹⁷ BLATTI C., *Sub art. 147 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di Ferro M.), Padova, 2014, 1915; MANFEROCE T., *Socio unico di società di capitali, socio sovrano e socio tiranno*, in *Fall.*, 1995, 5, 485.

¹⁸ Per BIGIARI, *cit.*, 176 l'azionista unico non poteva essere dichiarato fallito ai sensi dell'art. 147, co. 1, l.f.; ciò non poteva escludere che potesse essere dichiarato fallito ad altro titolo e, in particolare, come imprenditore indiretto (p. 180). L'A. partì dall'originaria formulazione dell'art. 147, co. 2, l.f. – corrispondente all'attuale art. 147, co. 4, l.f. – sul quale fondò la cd. teoria dell'imprenditore occulto, per dimostrare l'irrelevanza della spendita del nome ai fini dell'imputazione dell'attività d'impresa, giungendo, in tal modo, a sostenere la fallibilità dell'azionista sovrano. In senso contrario alla teoria dell'imprenditore occulto v. ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 150 s.s.

¹⁹ Tale opzione ermeneutica ha trovato l'avallo del giudice di legittimità, il quale ha precisato che: “L'art. 147 legge fall., nel testo risultante dalla novella di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, prevede per le sole società in nome collettivo e quelle in accomandita (semplice o per azioni) l'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile. Esso, pertanto, implicitamente ribadisce l'incompatibilità del fallimento del socio con il principio, connotato alle società di capitali, della limitazione della sua responsabilità, anche con riferimento ai casi in cui, per vicende particolari, detta limitazione possa venir meno, ma al contempo non esclude - al contrario affermandola, trattandosi di socio illimitatamente responsabile *ex art.* 2320, primo comma, cod. civ. - la fallibilità del socio accomandante che si sia ingerito nell'amministrazione della società.” (Cass., n. 22256/2012).

L'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile **prescinde dall'accertamento della sua insolvenza**²⁰.

2.a) La fallibilità del socio accomandante che si è ingerito nella gestione sociale.

Con riferimento alla posizione del **socio accomandante** occorre tenere conto di quanto stabilito dall'art. **art. 2320 c.c.**, in base al quale: «*I soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari. Il socio accomandante che contravviene a tale divieto **assume responsabilità illimitata e solidale** verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali e può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c.*»

Il combinato disposto tra l'art. 2320 c.c. e l'art. 147, co. 1, l.f. rende, quindi, possibile l'estensione del fallimento (o, in futuro, della liquidazione giudiziale) al socio accomandante ingeritosi nella gestione, in conseguenza della responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per le obbligazioni sociali.

Ciò premesso le questioni che vengono in rilievo sono due.

La prima è se gli atti attraverso i quali si è estrinsecata l'ingerenza nella gestione da parte del socio accomandante devono aver esternato tale ingerenza nei confronti dei terzi o se possono avere anche un rilievo anche solo meramente interno. Nella giurisprudenza sono stati individuati i seguenti indici di ingerenza del socio accomandante: **procura institoria e compimento di atti di gestione**²¹, **invio di ordini e proposte** di acquisto per fornitura di merce, **emissione di cambiali** a firma congiunta con l'accomandatario, **emissione di assegni con apposizione della firma sotto il nome della società e per**

²⁰ «*Ai fini della revocatoria fallimentare degli atti compiuti dal socio illimitatamente responsabile di una società di persone, dichiarato fallito per effetto del fallimento sociale, la "scientia decoctionis" va riscontrata con riferimento all'insolvenza della società, considerato che è quest'ultima insolvenza a determinare il fallimento del socio come conseguenza automatica della sua illimitata responsabilità per i debiti sociali, indipendentemente dalla sussistenza, o meno, di un suo stato di insolvenza personale. Ne consegue che anche l'onere della prova della "inscientia decoctionis", che grava sul convenuto nel caso di domanda di revocatoria fallimentare proposta a norma dell'art. 67, comma primo, legge fall., ha come termine di riferimento, non già lo stato di insolvenza del socio suddetto, bensì quello della società alla quale l'autore dell'atto di disposizione partecipi in regime di responsabilità illimitata. (Fattispecie in tema di domanda di revoca, ex art. 67, comma primo, n. 4, legge fall., di ipoteca giudiziale iscritta su beni immobili appartenenti a soci di una società di fatto, successivamente dichiarata fallita).*» (Cass., n. 4705/2006)

²¹ «*Il socio accomandante cui sia stata conferita una procura institoria e che abbia compiuto atti di gestione nell'esercizio della stessa assume responsabilità illimitata, ai sensi dell'art. 2320 c.c., per tutte le obbligazioni sociali, e, pertanto, in caso di fallimento della società, fallisce anch'egli in estensione ai sensi dell'art. 147 l.fall.*» (Cass. n. 5069/2017)

conto della stessa, rilascio di fideiussioni per conto della società (ma non la prestazione di fideiussioni personali da parte del socio accomandante)²².

La seconda è se la cessazione dell'attività di interferenza, una volta decorso l'anno, renda possibile l'applicazione analogica dell'art. 147, co. 2, l.f. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che è, comunque, necessaria **l'iscrizione nel registro delle imprese di una vicenda personale o societaria tale da comportare il venir meno della responsabilità illimitata**²³, non essendo, quindi, sufficiente la mera cessazione dell'attività d'ingerenza.

L'iscrizione della **sentenza di fallimento della società** nel registro delle imprese **non costituisce vicenda idonea a determinare il venir meno della responsabilità illimitata del socio** accomandante che si sia ingerito nella gestione²⁴. La sentenza dichiarativa di fallimento non costituisce, infatti, causa di estinzione della società, ma determina una causa di scioglimento (con il passaggio alla fase di liquidazione) che rimane sospesa durante il compimento delle operazioni di liquidazione dell'attivo fallimentare da parte del curatore.

3. L'art. 147, co. 2, l.f.: le limitazioni temporali in relazione allo scioglimento del rapporto sociale.

3.a) Il collegamento tra l'art. 147, co. 2, l.f. e l'art. 2290, co. 2, c.c.

L'art. 147, co. 2, l.f. prevede che: *«Il fallimento dei soci di cui al comma primo non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità*

²² v. Cass., 13468/2010.

²³ *«La responsabilità illimitata del socio accomandante ingeritosi nell'amministrazione della società, sancita dall'art. 2320 cod. civ. che, a tal fine, lo equipara all'accomandatario, non è collegata a vicende personali o societarie suscettibili di pubblicizzazione nelle forme prescritte dalla legge, ma deriva dal dato meramente fattuale di tale ingerenza e non è destinata a venir meno per effetto della sola cessazione di quest'ultima, prescindendo la suddetta equiparazione da qualsiasi distinzione tra debiti sorti in epoca anteriore o successiva alla descritta ingerenza, ovvero dipendenti o meno da essa. Pertanto, l'estensione, in siffatte ipotesi ed alla stregua dell'art. 147 legge fallim., del fallimento della società in accomandita semplice al socio accomandante non è soggetta ad altro termine di decadenza che non sia l'anno dalla iscrizione nel registro delle imprese di una vicenda, personale (ad esempio il recesso) o societaria (ad esempio la trasformazione della società), che abbia comportato il venir meno della sua responsabilità illimitata, escludendosi, invece, la possibilità di ancorare la decorrenza di detto termine alla mera cessazione dell'ingerenza nell'amministrazione. (Cass., n. 22246/2012).*

²⁴ *«Il fallimento in estensione del socio accomandante di una società in accomandita semplice che, in quanto ingeritosi nella gestione, abbia assunto responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, è soggetto al termine di decadenza di un anno dall'iscrizione nel registro delle imprese di una vicenda, personale o societaria, che abbia determinato il venir meno della suddetta responsabilità. A tal fine non rileva la data della sentenza dichiarativa di fallimento della società perché non comporta il venir meno della responsabilità per estinzione della società o per scioglimento del singolo rapporto sociale.» (Cass., n. 5069/2017)*

illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.»

La norma fissa il termine annuale per l'estensione del fallimento della società al socio illimitatamente responsabile nei casi di scioglimento del rapporto sociale (morte, recesso, esclusione, cessione della partecipazione) o cessazione della responsabilità illimitata (trasformazione, fusione, scissione, passaggio dalla qualifica di socio accomandatario a quella di socio accomandante).

L'art. 147, co. 2, l.f. precisa che l'insolvenza deve attenersi, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata, ma non deve necessariamente sussistere all'epoca dello scioglimento o della cessazione della responsabilità illimitata.

Di particolare rilievo è il riferimento contenuto nell'art. 147, co. 2, l.f. alle **formalità** necessarie per portare a conoscenza dei terzi lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata.

Le formalità, considerata la natura commerciale delle società fallibili, non potranno che essere quelle relative all'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto o dell'evento che determina lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata. L'adempimento della formalità pubblicitaria determina, infatti, la conoscibilità legale dell'atto/o dell'evento interruttivo del rapporto sociale o della responsabilità illimitata propria del meccanismo di **pubblicità dichiarativa** (art. 2193 c.c.).

In tale prospettiva deve essere colto il collegamento sistematico tra l'art. 147, co. 2, c.c. e l'art. 2290, co. 2, c.c., in base al quale: *“Lo scioglimento deve essere portato a conoscenza dei terzi con **mezzi idonei**; in mancanza non è opponibile ai terzi che lo hanno senza colpa ignorato.”*

Il riferimento ai mezzi idonei contenuto nell'art. 2290, co. 2, c.c., lungi dall'essere evocativo di modalità di conoscenza dello scioglimento del rapporto sociale alternative alle formalità pubblicitarie menzionate nell'art. 147, co. 2, c.c., trova giustificazioni sia di tipo sistematico che di ordine storico.

Sotto il profilo sistematico l'art. 2290 c.c. costituisce la norma di chiusura della disciplina delle società semplice, cioè il tipo sociale non deputato all'esercizio di attività commerciale

e per il quale all'epoca della codificazione del '42 non era prevista l'iscrizione nel registro delle imprese, richiesta, invece, dall'art. 2296 c.c.²⁵, per le società di persone con forma commerciale.

Sotto il profilo storico l'iscrizione in apposita sezione speciale del registro delle imprese della società semplice costituisce il frutto di una riforma attuata cinquant'anni dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 (epoca alla quale risale la formulazione dell'art. 2290 c.c.), quando fu istituito il registro delle imprese ad opera della Legge 29 dicembre 1993, n. 580 (art. 8). Il regolamento attuativo di quest'ultima legge (D.P.R. 1995 n. 581) prevede l'iscrizione nel registro delle imprese anche della società semplice²⁶. **L'iscrizione nelle sezioni speciali**, inoltre, come chiarito definitivamente dalla riformulazione dell'art. 8 l. n. 580/1993 ad opera dell'art. 1, co. 10, d.lgs. n. 23/2010, ha la funzione di certificazione anagrafica e di **pubblicità-notizia**, oltre agli effetti previsti nelle leggi speciali.

È pertanto evidente che il sintagma “*mezzi idonei*” impiegato dal legislatore del '42 nella formulazione dell'art. 2290 c.c. fosse funzionale alla codificazione di una regola di opponibilità ai terzi delle cause di scioglimento del rapporto sociale che doveva trovare applicazione non solo alle società commerciali, ma anche alle società non commerciali, come la società semplice.

Ne consegue che anche per la decorrenza del termine annuale *ex* art. 147, co. 2, l.f., l'unico adempimento è costituito dall'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto o evento che pone fine al rapporto sociale o alla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali del socio, senza che possa essere ricavabile *aliunde* un regime di conoscibilità e di conseguente opponibilità degli eventi menzionati nell'art. 147, co. 2, l.f. ai terzi e senza che possa essere tratto un argomento testuale dal riferimento ai “*mezzi idonei*” contenuto nell'art. 2290, co. 2, c.c.

²⁵ L'art. 2296 c.c. prevede che: “L'atto costitutivo della società, con sottoscrizione autenticata dei contraenti, o una copia autentica di esso se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico, deve entro trenta giorni essere depositato per l'iscrizione, a cura degli amministratori, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale.”

²⁶ CETRA A., *Il registro delle imprese*, p. 120, in *Diritto commerciale. III Diritto delle società* (a cura di Cian M.), Torino, 2017.

3.b) L'art. 2290, co. 1, c.c. e l'art. 147, co. 2, l.f.

Ai fini di una disamina completa degli effetti dello scioglimento del rapporto sociale o del venir meno della responsabilità illimitata del socio è importante anche quanto disposto dall'art. 2290, co. 1, c.c., in base al quale: “*Nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio, questi o i suoi eredi sono responsabili verso i terzi per le obbligazioni sociali fino al giorno in cui si verifica lo scioglimento.*”

La norma, nel codificare la responsabilità del socio receduto per le obbligazioni sociali fino al giorno in cui si verifica lo scioglimento, evidenzia come, anche una volta decorso il termine annuale *ex art. 147, co. 2, l.f.*, resti ferma la responsabilità per le obbligazioni sorte fino allo scioglimento del rapporto sociale. Il socio receduto o non più illimitatamente responsabile non potrà essere dichiarato fallito in estensione *ex art. 147, co. 1, l.f.*, ma residuerà la responsabilità solidale per le obbligazioni sorte al momento in cui è stato compiuto l'atto o si è verificato l'evento che ha posto fine al rapporto sociale o al carattere illimitato della responsabilità.

L'accesso alla concorsualità per la regolazione della responsabilità per i debiti esistenti al momento dello scioglimento del rapporto sociale o della cessazione della responsabilità illimitata potrà avvenire mediante il ricorso ad una procedura di sovraindebitamento e, in particolare, l'accordo di composizione della crisi o la liquidazione del patrimonio *ex art. 14-ter l. n. 3/2012*. A tal fine occorre segnalare come, *de iure condendo*, la regolazione concorsuale dei debiti sociali dell'*ex socio* o del socio non più illimitatamente responsabile – non più fallibile una volta decorso il termine annuale *ex art. 147, co. 2, l.f.* – non sarà più rimessa ad una scelta esclusiva di quest'ultimo. L'art. 9, lett. h), L. n. 155/2017 (*Delega al Governo per la riforma delle discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa*²⁷) definisce, quale principio di legge delega, quello di “*riconoscere l'iniziativa per l'apertura delle soluzioni liquidatorie, anche in pendenza di procedure esecutive individuali, ai creditori e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, al pubblico ministero*”.

²⁷ In G.U., Serie Generale, 30 ottobre 2017, n. 254. Per l'esame dei testi che dai lavori della Commissione Rordorf, fino alla presentazione del disegno di legge e ai successivi emendamenti, hanno portato al testo della legge delega n. 155/2017, v. www.osservatorio-oci.org

Nondimeno, anche in tale nuovo contesto normativo che si profila come imminente, resta ferma la previsione dell'art. 2304 c.c., in base al quale: *“I creditori sociali, anche se la società è in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale.”* In merito all'ermeneusi di tale norma, con specifico riferimento alla dichiarazione di fallimento della società una risalente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che: *“La dichiarazione di fallimento di una società in nome collettivo non costituisce di per sé prova dell'insufficienza del patrimonio sociale, tale da giustificare l'esecuzione nei confronti dei soci che hanno goduto del beneficium excussionis, ma è necessario che il creditore provi di non potersi soddisfare sul patrimonio sociale mediante la procedura concorsuale, all'uopo producendo gli "stati" attivo e passivo della società, risultanti dagli accertamenti del giudice fallimentare.”* (Cass., n. 2647/1987).

Se sarà seguito tale indirizzo interpretativo anche successivamente all'adozione dei decreti delegati emanati sulla base della Legge n. 155/2017 (*Delega al Governo per la riforma della disciplina delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*) la domanda di liquidazione dei beni del socio illimitatamente responsabile ai sensi degli artt. 14-ter l. n. 3/2012 presupporrà la necessaria apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società, con la conseguente formazione dello stato passivo, dell'inventario dei beni e del programma di liquidazione.

L'eventuale diseconomicità della soluzione – conforme al dettato dell'art. 2304 c.c., che peraltro costituisce un corollario dell'autonomia patrimoniale imperfetta delle società di persone – nelle ipotesi in cui la società sia priva di beni tali da consentire la soddisfazione dei creditori può trovare, da un punto di vista pratico, un correttivo nell'accesso volontario del socio alla procedura di sovraindebitamento, soprattutto mediante una proposta di accordo di composizione della crisi (*ex art. 7-8 L. n. 3/2012*). Tale scelta potrebbe essere incentivata dalla prospettiva dell'esdebitazione, conseguibile più rapidamente attraverso quest'ultima procedura rispetto alla liquidazione dei beni *ex art. 14-ter s.s. L. n. 3/2012*²⁸. In tale ipotesi, eventuali patologie, nella fase esecutiva dell'accordo di composizione della crisi, potranno determinare l'attivazione della procedura di conversione nella procedura liquidatoria, anche su istanza del creditore, non sembrando possibile – una volta attivato il meccanismo della concorsualità ad opera dello stesso debitore – poter invocare il

²⁸ In ordine ai possibili contenuti della riforma con specifico riferimento all'esdebitazione, sia consentito di rinviare a BROGI R., *Riforma crisi d'impresa: la svolta epocale in materia di esdebitazione*, in *Quotidiano Giuridico*, 16/11/2017.

beneficium excussionis ex art. 2304 c.c. per opporsi alla conversione della procedura. Sulla questione della conversione nella procedura liquidatoria occorrerà, tuttavia, attendere le scelte che opererà il legislatore delegato sulla base del principio di cui all'art. 9, lett. m), L. n. 155/2017, il quale prevede di: “*attribuire anche ai creditori e al pubblico ministero l’iniziativa per la conversione in procedura liquidatoria, nei casi di frode o inadempimento.*”

Residua, comunque, la possibilità per il curatore di esercitare, ai sensi dell'art. 146 l.f., l'azione di responsabilità nei confronti del socio illimitatamente responsabile che abbia svolto funzioni gestorie, anche una volta decorso il termine annuale di cui all'art. 147, co. 2, l.f.²⁹ Con riferimento alle azioni di responsabilità il termine che viene in rilievo è quello di prescrizione ex art. 2946 c.c. (considerato che deve essere qualificata come contrattuale la responsabilità degli amministratori per i danni cagionati alla società in conseguenza di eventuali atti di *mala gestio*).

Sul punto sono, tuttavia, necessarie due precisazioni.

La prima è che il socio, per il quale sia stata iscritta nel registro delle imprese la cessazione del rapporto sociale (o il venir meno della responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali) un anno prima della dichiarazione di fallimento della società e che sia convenuto in un'azione di responsabilità è chiamato a rispondere non dell'esposizione debitoria della società fallita, ma del danno cagionato all'integrità del patrimonio sociale di quest'ultima (ad es. maggior indebitamento consequenziale ad un atto di *mala gestio* o un'eventuale attività distrattiva perpetrata in danno della società)³⁰.

La seconda precisazione è che l'eventuale sussistenza dei requisiti per l'esercizio dell'azione di responsabilità potrebbe essere di maggior beneficio per i creditori, trattandosi di azione esercitata dal curatore ex art. 146 l.f. (senza che vengano in rilievo le complesse questioni ermeneutiche relative al c.d. *beneficium excussionis* ex art. 2304 c.c.), mentre la responsabilità ex art. 2290 c.c. per il socio che non può più essere dichiarato fallito è affidata ad una serie di iniziative individuali dei creditori.

²⁹ L'art. 2260 c.c. prevede che: “*I diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato. Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa.*”

³⁰ Come già detto più volte resta, comunque, ferma la responsabilità ex art. 2290 c.c. per i debiti esistenti al momento dello scioglimento del rapporto sociale.

In merito alle azioni di responsabilità esercitate dal curatore nei confronti dei soci delle società di persone si profilano novità normative, considerato che l'art. 7, co. 5 lett. c), L. n. 155/2017 prevede che *“Ai fini dell'esercizio delle azioni di responsabilità, il Governo prevede la legittimazione del curatore a promuovere o a proseguire ... c) 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.”*

Resta, tuttavia, la possibilità del socio, in tali ipotesi, di poter ristrutturare, mediante il ricorso ad una delle procedure di sovraindebitamento ex L. n. 3/2012 anche l'esposizione debitoria conseguente all'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del curatore, incentivato anche dalle novità normative che si profilano con riferimento all'istituto dell'esdebitazione (art. 8-9 L. n. 155/2017).

3.c) L'art. 147, co. 2, l.f. e la morte del socio.

La morte del socio determina un'ipotesi di scioglimento del rapporto sociale che deve essere iscritta nel registro delle imprese ai fini della sua opponibilità nei confronti dei terzi, anche agli effetti dell'art. 147, co. 2, l.f.

Considerato che la morte del socio illimitatamente responsabile viene iscritta nei registri anagrafici del comune di residenza si è posto il problema se l'iscrizione dell'evento morte nell'ambito di tali registri potesse essere equiparata all'iscrizione nel registro delle imprese.

Come già rilevato le formalità cui fa riferimento l'art. 147, co. 2, l.f. sono quelle relative all'iscrizione dello scioglimento del rapporto sociale nel registro delle imprese e non sussistono altre modalità o regimi pubblicitari paralleli.

Con specifico riferimento alla causa di scioglimento costituita dalla morte del socio si registra, tuttavia, una differente opzione legislativa in materia di amministrazione straordinaria, dove l'art. 23 d.lgs. n. 270/1999 prevede che: *«Gli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza di una società con soci illimitatamente responsabili previsti dagli articoli 18 e 19, comma 3, si estendono ai soci illimitatamente responsabili. Nei confronti del socio receduto o escluso e del socio defunto l'estensione ha luogo se la dichiarazione dello stato di insolvenza è pronunciata entro l'anno successivo, rispettivamente, alla data in cui il recesso o l'esclusione sono divenuti opponibili ai terzi e a*

quella della morte, sempre che l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti contratti anteriormente a tale data.»

Dal tenore letterale della norma appena richiamata si ricava che, ai fini dell'estensione della dichiarazione di insolvenza ai soci illimitatamente responsabili, trova applicazione il limite annuale dall'atto o dall'evento che abbia determinato il recesso o l'esclusione del socio, al pari di quanto previsto dall'art. 147, co. 2, l.f. A differenza di quest'ultima norma, tuttavia, l'art. 23 D.lgs. n. 270/1999 distingue tra recesso ed esclusione, per i quali il termine annuale decorre dal momento in cui sono diventati opponibili ai terzi (*i.e.* dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese) e l'ipotesi della morte, in cui, invece, il termine decorre, inequivocabilmente, dalla data di quest'ultima e non dalla sua iscrizione nel registro delle imprese.

La giurisprudenza di merito ha, tuttavia, escluso che la formulazione dell'art. 23 D.lgs. n. 270/1999 possa interferire con l'ermeneusi dell'art. 147, co. 2, l.f.³¹. In particolare, è stato richiamato il dettato dell'art. 11 l.f., in base al quale: «*L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo precedente.*» Considerato che l'art. 10 l.f. fa riferimento al termine annuale di cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese, è stato, pertanto, ritenuto che l'art. 147, co. 2, l.f. privilegi il dato di conoscibilità dell'evento morte da parte dei terzi mediante l'iscrizione nel registro delle imprese, in luogo di quello della certezza dell'evento risultante dalle annotazioni nell'anagrafe.

³¹ V. App. L'Aquila 16/6/2012_(in www.osservatorio-oci.org, MS. 00667). In particolare è stato precisato che: «l'art. 11 l.f. statuisce che “*l'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo precedente*”. L'art. 10 l.f. fa riferimento, quindi, ai fini della fallibilità dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa, al dato formale costituito dalla cancellazione dal registro delle imprese ed alla manifestazione dell'insolvenza anteriormente alla cancellazione o entro l'anno successivo. Pertanto, anche nell'ipotesi di cui all'art. 11 l.f., il termine annuale deve decorrere dal momento in cui il decesso del socio illimitatamente responsabile è iscritto nel registro delle imprese, per la tutela dei terzi.» inoltre: «il legislatore, per la procedura fallimentare, non ha voluto seguire l'indirizzo tracciato per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Il legislatore, dunque, voleva assicurare non la certezza della data del decesso ai sensi dell'art. 2704 c.c., in quanto annotata nei registri dell'anagrafe, ma la conoscibilità dell'evento da parte dei terzi, per tutelare il loro affidamento.»

3.d) La cancellazione dal registro delle imprese del socio illimitatamente responsabile che sia una società e le conseguenze in punto di fallibilità.

Nell'ipotesi in cui, invece, il **socio illimitatamente responsabile sia una società** si pone un'interessante questione pratica nelle ipotesi nelle quali il venir meno dell'ente societario sia consequenziale all'attivazione di un procedimento per la cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese. L'ipotesi è meno peregrina di quanto possa sembrare in apparenza, se si considerano le ipotesi di cancellazione d'ufficio delle società di persone dal registro delle imprese previste nell'art. 3 D.P.R. n. 247/2004 (ad es. irreperibilità presso la sede o mancato compimento di atti di gestione per tre anni)³². Parimenti anche per le società di capitali viene in rilievo l'ipotesi di cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese prevista nell'art. 2490, u.c., c.c. nell'ipotesi di mancato deposito dei bilanci per tre anni da parte della società a responsabilità limitata in liquidazione.

Con riferimento ai rapporti tra l'art. 147, co. 2, l.f. e la cancellazione dal registro delle imprese del socio illimitatamente responsabile che sia una società (di persone o di capitali) vengono in rilievo due questioni.

La prima attiene alla possibile fallibilità in estensione della società cancellata dal registro delle imprese nell'ipotesi in cui entro l'anno dalla cancellazione venga dichiarato il fallimento della società di persone alla quale partecipava la società cancellata. Tale ipotesi non pone particolari problemi trovando applicazione il limite annuale di cui all'art. 147, co. 2, l.f.

La seconda questione è più complessa. In particolare, la cancellazione d'ufficio della società nelle ipotesi di cui all'art. 2 D.P.R. n. 247/2004 e art. 2490, u.c., c.c. avviene senza una pregressa attività di liquidazione della quota (secondo le modalità previste nell'atto costitutivo o mediante il necessario consenso di tutti i soci alla modifica dell'atto costitutivo *ex art. 2252 c.c.*) Si realizza, così, un fenomeno successorio in ordine alla

³² L'art. 3 D.P.R. 23 luglio 2004, n. 247 prevede che: "Il procedimento per la cancellazione della società semplice, della società in nome collettivo e della società in accomandita semplice è avviato quando l'ufficio del registro delle imprese rileva una delle seguenti circostanze: a) irreperibilità presso la sede legale; b) mancato compimento di atti di gestione per tre anni consecutivi; c) mancanza del codice fiscale; d) mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi; e) decorrenza del termine di durata, in assenza di proroga tacita."

titolarità di tali partecipazioni nei confronti dei soci della società (di persone o di capitali) cancellata d'ufficio, in base a quanto precisato dal massimo consesso di legittimità (Cass., S.U., n. 6070/2013). Il parametro di riferimento normativo per regolare tale fattispecie potrebbe essere quello di cui all'art. 2284 c.c., potendo assimilarsi la morte del socio con la cancellazione della società dal registro delle imprese³³. Tale norma prevede che: *“Salvo contraria disposizione del contratto sociale, in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi, a meno che preferiscano sciogliere la società ovvero continuarla con gli eredi stessi e questi vi acconsentano.”*

Nel caso di cancellazione di una società (di persone o di capitali) che sia socia di una delle società enucleate nell'art. 147, co. 1, l.f. i soci della prima potranno essere dichiarati falliti in estensione del fallimento della seconda solo ove abbiano, anche di fatto, continuato l'attività sociale o laddove l'atto costitutivo della società prevedesse l'automatica continuazione del rapporto sociale con tali soci, senza l'esercizio del diritto di recesso da parte di questi ultimi³⁴.

In caso contrario soci della società cancellata risponderanno delle obbligazioni della s.a.s., della s.n.c. o della s.a.p.a. di cui la prima fosse socia illimitatamente responsabile esistenti al momento dell'estinzione della società, nei limiti dei rapporti attivi nell'ambito dei quali siano succeduti in conseguenza dell'estinzione senza liquidazione (Cass., S.U. n. 6070/2013³⁵) nell'ipotesi in cui la società cancellata sia una s.r.l. e, illimitatamente nell'ipotesi in cui la società cancellata fosse una società di persone (con l'eccezione del socio accomandante), ferma restando la decorrenza del termine annuale ex art. 147, co. 2, l.f. per l'estensione del fallimento alla società cancellata³⁶.

³³ Sul punto occorre rilevare che all'epoca in cui fu introdotta la disciplina dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio di cui agli artt. 2284 s.s. c.c. (applicabile anche alle società di persone con forma commerciale), vigeva il divieto per le società di capitali di prendere parte alle società di persone, v. *infra*, par. 5.a).

³⁴ Alla luce di quanto rilevato alla nota 26 sembra tuttavia, difficile, per un retaggio storico ipotizzare che gli statuti delle società di persone con forma commerciale si spingano a prevedere che la cancellazione delle società che ne siano socie implichi l'automatica prosecuzione dell'attività commerciale con i soci delle società cancellate.

³⁵ In *Società*, 2013, 5, 559, con nota di GUIZZI G., *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli effetti tombali della cancellazione delle società capitali*; *Società*, 2013, 5, 542, con nota di FIMMANÒ F., *Le sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli effetti tombali della cancellazione delle società di capitali*.

³⁶ Sul punto Cass., n. 23269/2016 ha precisato che: *“L'estinzione di una società di persone conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale sono trasferiti ai soci esclusivamente le obbligazioni ancora inadempite ed i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, con esclusione, invece, delle mere pretese, ancorché azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente, quindi, di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato, con la conseguenza che gli ex soci non hanno la legittimazione a farli valere in giudizio.”*

3.e) Le operazioni societarie straordinarie. La trasformazione.

La trasformazione, comportando il mutamento della veste giuridica della società, costituisce un'operazione societaria straordinaria patrimonialmente neutra

Ai fini dell'ermeneusi dell'art. 147, co. 2, l.f. viene in rilievo il possibile passaggio da una società di capitali ad una società di persone (cd. trasformazione regressiva), dalla quale consegue che i soci assumano (all'infuori del caso del socio accomandante) la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni della società, e la trasformazione da società di persone a società di capitali (cd. trasformazione progressiva) per effetto della quale i soci cessano di essere solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali dal momento in cui si perfeziona la trasformazione.

In caso di **trasformazione regressiva da società di capitali in società di persone**³⁷ il socio diviene solidalmente e illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali (con l'eccezione dell'accomandante), con il conseguente assoggettamento al fallimento in estensione della società. Proprio per tale ragione l'art. 2500-*sexies* c.c. richiede il consenso dei soci che acquisiscono la qualifica di soci illimitatamente responsabili. Le questioni che vengono in rilievo sono due.

La prima attiene alla regolazione del rapporto tra art. 2500-*sexies*, co. 1, c.c. e l'art. 2500-*bis* c.c.

La seconda è se, una volta completata la pubblicità *ex art.* 2500 c.c., il socio che non abbia dato il consenso possa essere dichiarato fallito *ex art.* 147, co. 1, l.f.

In mancanza del consenso dei soci che acquistano la qualifica di soci illimitatamente responsabili la delibera di trasformazione non potrà esplicare efficacia nei loro confronti, determinandone l'acquisito della responsabilità illimitata. Tale consenso deve, infatti, ritenersi inderogabile. Tanto più che l'art. 2500-*sexies* c.c. non richiede la manifestazione di un voto contrario alla delibera di trasformazione, ma richiede, piuttosto, il consenso del

Secondo Cass., n. 13805/2016: *"In tema di società in accomandita, la responsabilità del socio accomandatario per le obbligazioni contratte dalla società (nella specie relative ad IVA e IRAP) è illimitata e non circoscritta alle somme conferitegli in base al bilancio finale di liquidazione nonostante l'estinzione della società conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, atteso che tale evento non determina l'estinzione dell'obbligazione sociale, ma solo il suo trasferimento in capo ai soci, i quali ne rispondono secondo lo stesso regime di responsabilità vigente "pendente societate"."*

³⁷ All'infuori del socio accomandatario della s.a.p.a. per il qual non muta il regime di responsabilità per le obbligazioni sociali, salvo che, per effetto della trasformazione, non diventi un socio accomandante di una società in accomandita semplice.

socio che diventa illimitatamente responsabile al mutamento del suo rapporto rispetto alle obbligazioni sociali. Come correttamente evidenziato in dottrina i soci sono titolari di un diritto alla responsabilità limitata intangibile da parte della maggioranza e non possono essere costretti a mutare il regime sociale per le proprie obbligazioni in assenza di un'apposita manifestazione di consenso³⁸. Tale opzione ermeneutica è da ritenere preferibile, essendo altrimenti inevitabile una censura di incostituzionalità della norma, nonché dell'art. 2500-*bis* c.c. (che preclude la pronuncia dell'invalidità della trasformazione una volta completate le iscrizioni indicate nell'art. 2500 c.c.).

Né può essere considerata quale valida alternativa a tutela del socio - al punto di consentire che la mancanza del suo consenso determini comunque la piena efficacia della delibera di trasformazione - la possibilità di impugnare la delibera di trasformazione, annullabile per difetto di consenso *ex art. 2500-sexies* c.c. o quella di esercitare il recesso dalla società.

L'atto di trasformazione (a differenza dell'atto di fusione e scissione) coincide, infatti, con la delibera assembleare, con la conseguenza che nell'ipotesi di trasformazione omogenea diventa difficoltosa – come correttamente osservato³⁹ - la stessa presentazione di un ricorso cautelare prima ancora di un'eventuale decisione emessa *inaudita altera parte*. Difatti, a differenza dell'ipotesi di trasformazione eterogenea (art. 2500-*novies* c.c.), non è previsto alcun termine per la produzione degli effetti dell'atto di trasformazione.

Anche l'esercizio del diritto di recesso del socio, ai sensi dell'art. 2437 c.c. presenta tratti problematici. Il termine di quindici giorni per l'esercizio di tale diritto decorre, infatti, dall'iscrizione della delibera assembleare, con la quale si perfeziona lo stesso atto di trasformazione della società. Sarebbe, quindi, necessario che il socio riuscisse ad esercitare il diritto di recesso immediatamente prima dell'iscrizione della delibera di trasformazione, che può, tuttavia, essere eseguita anche il giorno immediatamente successivo.

Una volta eseguite le iscrizioni previste nell'art. 2500 c.c. (cancellazione della società e iscrizione della società con la nuova veste giuridica risultante dalla trasformazione) non

³⁸ ANCHINI F., *Sub art. 2500-sexies c.c.*, in *Commentario breve al Diritto delle Società* (diretto da Maffei Alberti A.), 2015, p. 1609.

³⁹ SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da Abbadessa P. – Portale G.B., Torino, 2006, 149.

può più essere dichiarata l'invalidità dell'atto di trasformazione *ex art. 2500-bis c.c.* Ne consegue che il socio non consenziente nei confronti della delibera di trasformazione potrebbe acquisire la qualifica di socio illimitatamente responsabile, potendo tutelarsi non già avverso l'impugnazione della delibera assembleare (non più ammissibile), ma solo attraverso l'esercizio del diritto di recesso da una società di persone nella quale, anche solo per pochi giorni, ha comunque assunto la qualifica di socio illimitatamente responsabile. Ciò pone il problema della fallibilità del socio per il termine annuale previsto dall'art. 147, co. 2, l.f. dall'iscrizione dello scioglimento del rapporto sociale nel registro delle imprese, oltre che quello della sua responsabilità per le obbligazioni sociali esistenti al momento del recesso ai sensi dell'art. 2290 c.c., anche una volta che sia decorso il termine annuale descritto nell'art. 147, co. 2, l.f.

La situazione appena descritta, a tratti paradossale, evidenzia come il diritto di recesso non possa essere un surrogato dell'impugnazione delle delibere assembleari. L'esercizio del diritto di recesso deve esser frutto di una mancata condivisione della modifica dell'atto costitutivo, che determini un radicale mutamento della veste giuridica originariamente impressa all'organizzazione societaria.

L'unica interpretazione possibile – tale da scongiurare censure di incostituzionalità – è quella che preclude, in mancanza di consenso del socio destinato a diventare illimitatamente responsabile per effetto della trasformazione regressiva, l'assunzione della responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali.

La delibera resta, pertanto, pienamente valida (o, comunque, non può più essere dichiarata invalida una volta eseguita la pubblicità *ex art. 2500 c.c.*), ma solo i soci che hanno materialmente deliberato e consentito il raggiungimento delle maggioranze previste assumeranno la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali. Gli altri soci che non hanno dato il consenso, in mancanza dell'acquisizione della qualifica di soci illimitatamente responsabili non potranno essere dichiarati falliti *ex art. 147, co. 1, c.c.*, così come sarà preclusa la responsabilità patrimoniale *ex art. 2290 c.c.* anche nell'ipotesi dell'esercizio del diritto di recesso.

Con riferimento all'ipotesi di **trasformazione progressiva** il venir meno della responsabilità illimitata e solidale comporta la decorrenza del termine annuale *ex art. 147,*

co. 2, l.f. per l'eventuale estensione del fallimento dichiarato nei confronti della società (o in futuro l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale) al socio non più illimitatamente responsabile. Resta fermo che, una volta decorso il termine annuale, rimane la responsabilità illimitata e solidale del socio per le obbligazioni sorte in precedenza, come precisato dall'art. 2500-*quinquies*, co. 1, c.c., in base al quale: **“La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione.”**

Come emerge dal tenore letterale della norma appena richiamata è prevista la possibilità di liberazione dei soci per le obbligazioni della società in presenza del consenso dei creditori. A tal fine l'art. 2500-*quinquies*⁴⁰, co. 2, c.c. disciplina un procedimento di liberazione dei soci già illimitatamente responsabili, fondato sul c.d. silenzio-assenso (“Il

⁴⁰ Sul punto il giudice di legittimità – con un principio che sebbene affermato in relazione ad una fattispecie anteriore alla riforma del diritto societario del 2003 è, nondimeno, applicabile all'ermeneusi dell'art. 2505-*quinquies*, co. 2, c.c., ha precisato che: “la disposizione che attribuisce valore legale tipico di consenso presunto al silenzio del creditore che abbia ricevuto la comunicazione in questione - disposizione che attenua in subiecta materia il rigore del principio generale dell'impossibilità per il debitore di sottrarsi unilateralmente alle obbligazioni discendenti dal contratto e dalla legge - è espressione del favore con cui l'ordinamento vede l'evoluzione degli organismi societari, che la trasformazione agevola in grado elevato. Nella Relazione del Guardasigilli al codice civile si osserva infatti, in proposito, che si è cercato di facilitare la liberazione dei soci illimitatamente responsabili, e con essa la trasformazione della società, sia riconoscendo tale liberazione quando i creditori abbiano accordato espressamente il loro consenso alla trasformazione stessa, sia istituendo una presunzione di consenso per il semplice silenzio dei creditori, protratto per trenta giorni dalla comunicazione della deliberazione di trasformazione, da farsi a cura della società. La presunzione *iuris et de iure* del consenso del creditore, in presenza dei presupposti indicati dalla norma, esclude, secondo la più accreditata dottrina, che sia qui ravvisabile una manifestazione tacita della volontà con valore negoziale, secondo la ricostruzione assunta quale premessa del ricorso. Si ritiene, invece, che la comunicazione prevista dall'art. 2499 *cpv.* c.c. abbia la funzione di uno specifico interpellò, con il quale si assegna al creditore uno *spatium* deliberandi per l'adempimento di un onere, posto dalla legge a pena di decadenza per il mantenimento della garanzia patrimoniale sussidiaria costituita dal patrimonio dei soci illimitatamente responsabili. Ciò premesso, per l'esatta interpretazione della norma è necessario considerare che la funzione della comunicazione non è quella di garantire ai creditori la conservazione della responsabilità illimitata dei soci, posto che un tale effetto è stabilito come naturale dalla legge, e si produrrebbe *immancabilmente* in assenza di comunicazione, ma di provocare il decorso del termine di decadenza per l'adempimento dell'onere. Ora, sul piano degli interessi tutelati dalla norma, ciò che rileva per il destinatario della comunicazione non è tanto la conoscenza dell'Iter formativo della volontà sociale nella sua integrità, quanto la notizia (circostanziata) della deliberazione, nonché dell'intenzione dei soci di liberarsi della loro responsabilità illimitata per le obbligazioni precedentemente assunte dalla società, che, come ha ritenuto il giudice di merito, può essere efficacemente espressa anche con il richiamo all'art. 2499 C.C. (nell'ordinamento tedesco, in materia di accollo di debito ipotecario, si è potuta sostenere in dottrina la tesi della sufficienza del generico rinvio al p. 416 B.G.B., nonostante la prescrizione - contenuta nel citato p. 416, e mancante invece nell'art. 2499 *cpv.* c.c. - che la comunicazione contenga la precisa indicazione che nel silenzio del creditore il consenso alla liberazione del debitore si presumerà accordato). Sono questi gli elementi necessari perché il creditore possa valutare l'opportunità di negare espressamente il consenso alla liberazione dei soci; e la conoscenza di essi è sufficiente a consentirgli di tutelare efficacemente il proprio interesse al mantenimento della responsabilità illimitata dei soci. Sarebbe, dunque, fuorviante supporre che la comunicazione in parola faccia sorgere nel destinatario una presunzione di conoscenza del concreto rischio che le circostanze concrete della trasformazione (quali, ad esempio, il capitale versato o il patrimonio netto della società risultante da essa) comportino per il creditore, quasi che al riguardo si profili per quest'ultimo quel dover conoscere, che in taluni casi la legge equipara al conoscere effettivo; e dunque, di fatto, che gli si addossi qui un onere di procurarsi aliunde le informazioni pertinenti, così aggravando la sua condizione. La conoscenza di ogni altro elemento - e specificamente del cosiddetto bilancio di trasformazione e dell'ammontare del capitale versato nella società trasformata, nonché del patrimonio netto di essa - sarebbe funzionale, in effetti, non già alla tutela del creditore (al quale detta tutela è già integralmente assicurata, anche senza quegli elementi, dal potere di manifestare il dissenso), bensì alla valutazione, da parte di lui, dell'eventuale superfluità di una opposizione alla liberazione, per la ritenuta affidabilità della società trasformata.” (Cass., n. 11994/2002, in *Società*, 2003, 3, 431, con nota di DE ANGELIS L., *Il contenuto della comunicazione della delibera di trasformazione ai creditori*; *Foro it.*, 2003, I, 175); sia consentito rinviare anche BROGI R., *La trasformazione delle società nelle procedure concorsuali, in Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa* (Bastia P.-Brogi R.), Milano, 2016, 127.

consenso si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione.»)

Nell'ipotesi di consenso da parte di tutti i creditori alla liberazione del socio illimitatamente responsabile, ai sensi dell'art. 2500-*quinquies*, co. 2, c.c. è da ritenere che il socio non possa più essere dichiarato fallito neppure entro l'anno di cui all'art. 147, co. 2, l.f.

3.f) Segue. La fusione.

La fusione non dà vita ad un fenomeno estintivo, ma determina l'integrazione reciproca delle società, implicando, così, una vicenda modificativa-evolutiva dell'atto costitutivo⁴¹. Ne consegue che non si applica alla società incorporata o fusa l'art. 10, co. 1, c.c., ma in caso d'insolvenza fallisce la società incorporante o risultante dalla fusione. Per i soci che erano illimitatamente responsabili – e non sono più tali a seguito della fusione - si applica l'art. 147, co. 2, l.f., con la conseguenza che entro l'anno dall'iscrizione dell'atto di fusione tali soci possono essere dichiarati falliti.

Occorre, tuttavia, tenere conto della disciplina societaria della fusione di cui all'art. 2504-*bis*, u.c. c.c., in base al quale: «**La fusione attuata mediante costituzione di una nuova società di capitali ovvero mediante incorporazione in una società di capitali non libera i soci a responsabilità illimitata per le obbligazioni delle rispettive società partecipanti alla fusione anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'art. 2504, se non risulta che i creditori hanno dato il loro consenso.**»

La norma prevede il necessario consenso dei creditori per la liberazione dei soci illimitatamente responsabili che, in conseguenza della fusione diventino soci di una società di capitali. Non viene, tuttavia, disciplinato il procedimento di liberazione del socio illimitatamente responsabile e, soprattutto, non viene fatto alcun richiamo al meccanismo del c.d. silenzio-assenso previsto nell'art. 2500-*quinquies*, co. 2, c.c. in caso di trasformazione, sulla base di una comunicazione inviata ai creditori. Secondo una tesi⁴²

⁴¹ Cass., S.U. 2637/2006; Cass., n. 19698/2010.

⁴² COMERCI V.- CHINAGLIA S., *Sub art. 147 l.f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare* (diretto da Maffei Alberti A.), 2013, 997.

può essere applicato l'indirizzo di C. Cost. n. 47/1995 che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2503 c.c. *ante* riforma del diritto societario, nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di liberazione dei soci illimitatamente responsabili corrispondente a quello previsto, in caso di trasformazione, dall'art. 2499 c.c. nella formulazione (all'epoca) corrispondente all'attuale art. 2500-*quinquies* c.c. Al pari dell'ipotesi della trasformazione, deve ritenersi che il consenso dei creditori alla liberazione dei soci illimitatamente responsabili ne precluda la dichiarazione di fallimento.

3.g) *Segue. La scissione.*

Nonostante il polimorfismo della scissione⁴³ e l'impossibilità di ricondurre tutti i possibili schemi di attuazione di tale operazione societaria straordinaria nell'ambito dell'art. 2506 c.c.⁴⁴, possiamo prendere in esame gli schemi di scissione totale e scissione parziale enunciati in quest'ultima norma per verificare come la scissione possa venire in rilievo ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 147, co. 2, c.c.

L'art. 2506 c.c. prevede, in particolare, che: *“Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci.”*

Nel caso di **scissione totale**, la società attribuisce l'intero patrimonio a più società (esistenti o di nuova costituzione), attuando, in tale caso lo scioglimento senza liquidazione (secondo l'espressione impiegata dall'art. 2506, co. 3, c.c.). In tale ipotesi è teorizzabile l'applicazione dell'art. 10 c.c., con la conseguente fallibilità della scissa entro un anno dalla cancellazione dell'impresa ed il fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili di quest'ultima al momento della scissione. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi non condivisa da parte della dottrina⁴⁵.

Il problema dell'estensione della procedura di insolvenza *ex* art. 147, co. 2, l.f. viene in rilievo nelle ipotesi di **scissione parziale** non proporzionale, nelle quali solo ad alcuni

⁴³ L'espressione è di SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da Colombo G.E-Portale G.B.), VII, 2, Torino, 2004, 14.

⁴⁴ BROGI R., *La fusione e la scissione nel concordato preventivo*, in *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, cit., 219.

⁴⁵ SCOGNAMIGLIO, cit., 366 rileva, in senso contrario, che la possibilità di dichiarare il fallimento anche entro l'anno dalla cancellazione della società comporterebbe la necessità della ricostituzione della massa attiva, ripristinando la situazione anteriore alla scissione.

soci vengono attribuite azioni o quote delle società beneficiarie ed escono definitivamente dalla società scissa, mentre i soci che rimangono ampliano la partecipazione all'interno di quest'ultima. In tale ipotesi il fallimento della società scissa può determinare l'applicazione dell'art. 147, co. 2, l.f. ai soci che sono receduti per effetto dell'atto di scissione, salvo ipotizzare l'applicazione analogica dell'art. 2500-*quinquies*, co. 2, c.c. in materia di trasformazione, secondo lo stesso percorso ermeneutico prospettato nell'ipotesi di fusione (v. *supra* par. 3.f).

3.h) Lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata successiva al deposito del ricorso *ex art. 161 l.f.*

Una questione di particolare rilievo attiene all'ipotesi in cui lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata del socio si verificano successivamente al deposito del ricorso *ex art. 161 l.f.* (*rectius* alla sua pubblicazione nel registro delle imprese), ma un anno prima della dichiarazione di fallimento.

L'ipotesi non è di scuola se si considera che anche una sommatoria fisiologica dei tempi del concordato c.d. con riserva *ex art. 161, co., l.f.* (che possono essere fino a centoventi giorni, salva l'ipotesi della pendenza di un'istanza di fallimento) e di quelli della procedura di concordato piena (pari a nove mesi, *ex art. 181 l.f.*) potrebbe portare al verificarsi di casi nei quali solo dopo un anno emerga (o per la mancata formazione delle maggioranze di legge sulla proposta concordataria o per il rigetto dell'omologazione del concordato, ad es. a seguito dell'accoglimento dell'opposizione di uno o più creditori, *ex art. 180, co. 4, l.f.*) l'improcedibilità o l'impossibilità di portare a buon esito la proposta concordataria. In tale ipotesi se, nelle more, sia trascorso più di un anno dall'iscrizione nel registro delle imprese dello scioglimento del rapporto sociale o della cessazione della responsabilità illimitata si pone il problema se il socio possa essere dichiarato fallito *ex art. 147, co. 1, l.f.*

L'unica strada per una soluzione positiva al quesito non può che essere quella della verifica dell'applicazione all'ipotesi *de qua* del principio di consecuzione. Si tratta, tuttavia, di una strada irta e difficilmente percorribile con esiti ermeneutici incontestabili.

Tale opzione ermeneutica è stata, infatti, esclusa dal giudice di legittimità in un precedente anteriore alla riforma della legge fallimentare del 2005, i cui principi sono, astrattamente e ove condivisi, applicabili anche alla luce dell'attuale disciplina. In particolare il giudice di legittimità ha precisato che: **«Il principio di unitarietà delle procedure concorsuali - fondato sul rilievo che presupposto comune delle stesse è l'insolvenza, anche quando, come nell'amministrazione controllata, essa si traduca in una temporanea difficoltà che solo "ex post" risulti corrispondente ad un vero e proprio stato di decozione - attribuendo alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di atto terminale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo delle procedure minori, comporta che, ai fini della verifica in ordine al decorso del termine annuale di cui agli artt. 10 ed 11 della legge fallimentare, nel caso in cui la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto o cessato faccia seguito alla mancata omologazione o alla risoluzione o all'annullamento del concordato preventivo, cui l'imprenditore sia stato ammesso, deve tenersi conto della data di ammissione alla procedura minore. Tale regola, tuttavia, non può trovare applicazione nell'ipotesi in cui si tratti di estendere il fallimento di una società, ammessa al concordato preventivo, ai soci illimitatamente responsabili che "medio tempore" siano receduti o deceduti, o siano stati esclusi dalla compagine sociale: gli effetti del concordato preventivo, infatti, riguardano esclusivamente l'impresa, comportando la parziale edesbitazione del suo titolare e soltanto di lui, e, qualora si tratti di una società, non si estendono alle obbligazioni dei singoli soci, sicché, rispetto a questi ultimi, ai quali il fallimento si estende in via eccezionale e come ripercussione dell'insolvenza della società, non può operare il principio di consecuzione che ne giustifica il coinvolgimento "ab imis" nella procedura concorsuale, ed il decorso del termine annuale dev'essere valutato con riguardo al momento in cui ha luogo l'estensione del fallimento.»**⁴⁶

Non sembra neppure che un appiglio possa essere fornito dalla recente ermeneusi in merito alla decorrenza del termine per l'esercizio delle azioni revocatorie nei confronti del socio illimitatamente responsabile, che il giudice di legittimità, in applicazione del principio di consecuzione, in una fattispecie anteriore alle riforme del 2012 ha fatto decorrere dal

⁴⁶ Cass. n. 21326/2005.

decreto di ammissione⁴⁷. Alla luce dell'introduzione dell'art. 69-bis, co. 2, l.f. il *dies a quo* per l'esercizio delle azioni revocatorie (fallimentari e non) in relazione agli atti dispositivi del socio illimitatamente responsabile, dichiarato fallito in estensione, decorre dalla data di pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.f. nel registro delle persone giuridiche.

Nondimeno nel caso in esame, rispetto al principio della consecuzione, è da ritenere predominante il dato formale dell'iscrizione dello scioglimento del rapporto sociale o della cessazione della responsabilità illimitata nel registro delle imprese, secondo l'opzione adottata nella formulazione dell'art. 147, co. 2, l.f.

Resta, tuttavia, il problema delle modalità di tutela dei creditori, se si considera che l'opposizione di convenienza può essere fatta solo nell'ambito dell'art. 180 l.f., con la conseguenza che fino a tale momento i creditori non possono manifestare – se non mediante l'espressione del voto contrario o la mancata espressione del diritto di voto – alcun tipo di dissenso. Inoltre, la pregiudizialità della procedura concordataria su quella fallimentare⁴⁸ impone al tribunale fallimentare di pronunciarsi, in via preliminare, sulla vicenda concordataria.

La questione è di particolare complessità, posto che, da un lato, occorre verificare se lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata del socio non previsti nel piano concordatario successivamente al deposito del ricorso *ex art.* 161 l.f. possano essere considerati sempre e comunque atti di frode ai creditori o se sia sufficiente l'adempimento di obblighi informativi nei confronti del tribunale, i cui contenuti siano riversati nella relazione *ex art.* 172 l.f. Inoltre, si pone il problema se

⁴⁷ «Dovendosi dare continuità a molteplici precedenti di questa Corte (tra cui Cass.4964/2013, 4963/2013, 4962/2013, 4961/2013, 4960/2013, 4959/2013, 2403/2012, 2402/2012, 2401/2012, 2337/2012, 2336/2012, 2335/2012), va ribadito che il giudice del merito ha correttamente applicato l'indirizzo per cui, anche dopo la riforma della legge fallimentare, **nel caso di ammissione di una società di persone al concordato preventivo seguita dalla dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili, ai sensi dell'art.147 l.f., il termine di cui all'art.67 l.f. per l'esercizio dell'azione revocatoria dell'atto personale posto in essere dal socio ovvero, come nella specie, dell'atto compiuto dal terzo sul patrimonio di quello ed avente natura depauperativa secondo il catalogo della predetta norma, decorre dal decreto di ammissione della società alla prima procedura concorsuale, e non dalla data della sentenza di fallimento del socio.» (Cass., 5924/2016).**

⁴⁸ Per Cass. S.U., 15 maggio 2015, n. 9935 (in Foro It., 2015, 7-8, I, 2323, con nota di FABIANI M., *Di un'ordinata decisione della Cassazione sui rapporti fra concordato preventivo e procedimento per dichiarazione di fallimento con l'ambiguo addendo dell'abuso del diritto*): «In pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, sesto comma, legge fall., il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere dichiarato soltanto quando ricorrono gli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall. e cioè, rispettivamente, quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia stato respinto il concordato; la dichiarazione di fallimento, peraltro, non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra le procedure, non è esclusa durante le eventuali fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo.»

l'eventuale applicazione dell'art. 173 l.f. possa essere esclusa da eventuali mezzi di tutela di cui il creditore disponga, eventualmente, all'infuori della procedura concordataria (es. opposizione alla fusione *ex art. 2503 c.c.*).

Le difficoltà appena evidenziate possono, tuttavia, essere stemperate, almeno parzialmente, nella pratica dalla considerazione che il superamento del termine annuale, nonostante precluda la dichiarazione di fallimento *ex art. 147, co. 1, l.f.* non elimina la sussistenza della responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni esistenti al momento dello scioglimento del vincolo sociale *ex art. 2290 c.c.*, ancorché si debba tenere conto di quanto previsto dall'art. 2304 c.c. D'altra parte, l'esenzione del socio illimitatamente responsabile dal fallimento (o in futuro dalla liquidazione giudiziale) per decorrenza del termine *ex art. 147, co. 1, l.f.* pone fuori gioco l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari in relazione ad atti dispositivi compiuti dal socio o sul patrimonio del socio, lasciando residuare ai creditori il solo esercizio dell'azione revocatoria ordinaria. Non resta, tuttavia, esclusa la definizione concorsuale dell'esposizione debitoria del socio illimitatamente responsabile per i debiti della società, potendo essere fatta applicazione dell'attuale e della futura normativa del legislatore delegato in materia di sovraindebitamento. Sul punto si può richiamare quanto già osservato alla fine del par. 3.b).

4. L'art. 147, co. 4, l.f. e il fallimento del socio di fatto e del socio occulto.

L'art. 147, co. 4, l.f., introdotto dall'art. 131, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, prevede che: *“Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi.”*

La norma presuppone che l'esistenza di ulteriori soci illimitatamente responsabili emerga successivamente alla dichiarazione di fallimento della società⁴⁹. Tale ipotesi può

⁴⁹ Rientra, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 147, co. 1, l.f. l'ipotesi in cui il mancato perfezionamento della notifica nei confronti del socio illimitatamente responsabile cd. palese o la mancanza dei termini a difesa di cui all'art. 15 l.f. porti all'immediata dichiarazione di fallimento della società e l'estensione del fallimento sia dichiarata solo in esito al corretto

verificarsi o perché il socio illimitatamente responsabile non risulti iscritto nel registro delle imprese, in caso di società regolare⁵⁰ (es. cessionario della quota che non abbia eseguito la pubblicità nel registro delle imprese⁵¹ o socio di fatto di società iscritta nel registro delle imprese) o perché si tratta di un socio illimitatamente responsabile individuato successivamente alla dichiarazione di fallimento di una società di fatto o di una società occulta⁵². È indifferente ai fini dell'applicazione della norma la presenza di un patto di occultamento, finalizzato a non portare a conoscenza dei terzi l'esistenza di un socio occulto: il tenore letterale della norma ne implica l'applicazione anche nell'ipotesi in cui il vincolo sociale, sebbene non risultante dai pubblici registri, sia comunque esteriorizzato nei confronti dei terzi.

L'esistenza del rapporto sociale – in mancanza di un atto formale non iscritto nel registro delle imprese – dovrà essere, quindi, ricavata, mediante il ricorso ad elementi di natura indiziaria (es. dei rapporti di finanziamento⁵³).

perfezionamento della notificazione nei confronti del socio illimitatamente responsabile. Lo stesso è a dirsi laddove la sentenza di fallimento non dichiara immediatamente il fallimento in estensione di tutti i soci illimitatamente responsabili.

⁵⁰ Per Cass. n. 22594/2015: *“La dichiarazione di fallimento di una società di persone si estende automaticamente ai soci illimitatamente responsabili, ivi compresi i soci di fatto, sia palesi che occulti, tali dovendo essere qualificati gli eredi del socio che manifestino per "facta concludentia" la volontà di partecipare alla compagine sociale. Pertanto, laddove tale qualità venga accertata già nel corso del procedimento prefallimentare, è comunque possibile procedere alla dichiarazione di fallimento dei soci non risultanti dall'atto costitutivo (o da altro atto scritto comprovante l'acquisto della loro partecipazione), senza necessità che venga presentata un'apposita istanza di estensione ai sensi dell'art. 147, comma 4, l.fall.”*

⁵¹ Nell'ipotesi di **risoluzione del contratto di cessione delle quote** la giurisprudenza di legittimità ha opportunamente precisato che: *“La sentenza di risoluzione del contratto di cessione di quote sociali di una società in nome collettivo ha effetto retroattivo tra le parti contrattuali, ma non consente di considerare il cedente come socio di quest'ultima anche nel periodo di tempo in cui le quote sono rimaste di fatto nella disponibilità del cessionario, atteso che, giusta la pubblicità di quel contratto effettuata sul registro delle imprese, i terzi che vengono in contatto con la società non potrebbero individuare come socio altri che il cessionario, così confidando sulla garanzia costituita dal suo patrimonio personale. Ne consegue che, a seguito della suddetta risoluzione, il cedente non è soggetto a fallimento ex artt. 10 e 147 legge fall. qualora non faccia più parte della società da oltre un anno ed abbia riacquisito la qualità di socio esclusivamente in conseguenza degli effetti retroattivi di una sentenza posteriore, dovendosi ritenere una diversa soluzione incompatibile con le esigenze di certezza sottese all'art. 10 legge fall. e, comunque, potenzialmente idonea a determinare conseguenze paradossali, quali la contemporanea dichiarazione di fallimento di cessionario e cedente.”* (Cass., n. 16169/2014, in Giur. comm., 2015, 3, 509, con nota di SPIOTTA M., *Agli effetti dell'art. 147 l. fall. la risoluzione del contratto di cessione di quote sociali opera ex nunc.*

⁵² La norma si limita infatti ad enunciare *“la dichiarazione di fallimento della società”*, senza alcun riferimento alla società regolare, con la conseguenza che l'ambito di applicazione dell'art. 147, co. 4, l.f. non è relegato alla sola ipotesi del socio di fatto od occulto di società regolare individuato successivamente al fallimento di quest'ultima, ma anche all'ipotesi in cui solo dopo la dichiarazione di fallimento di una società di fatto venga individuato un ulteriore socio (ad es. a seguito di approfondimenti ad opera del curatore).

⁵³ V. Cass., n. 6299/2007: *“L'esistenza del rapporto sociale, anche al fine della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile a norma dell'art. 147 della legge fall., può risultare da indici rivelatori quali le fidejussioni e i finanziamenti in favore dell'imprenditore, allorquando essi - ancorché riguardanti il solo momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società - siano, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto, ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali. (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'estensione del fallimento al socio occulto di società in accomandita semplice sulla base della dimostrata messa a disposizione, da parte sua, del proprio conto corrente bancario, sia per le rimesse sia per i pagamenti a mezzo assegni da lui stesso firmati, con la conseguente spendita del suo nome nei rapporti con i fornitori.”*

Tale prova, nell'ipotesi in cui la società preveda due tipologie di soci (come la società in accomandita semplice e la società per azioni), deve investire anche la qualifica concreta del socio, non potendo ritenersi presunta la qualifica di socio accomandatario in capo al socio di fatto od occulto di una società in accomandita semplice⁵⁴.

Occorre rilevare, poi, come la legittimazione alla dichiarazione di fallimento in estensione sia limitata dall'art. 147, co. 4, l.f. al creditore, al socio già dichiarato fallito o al curatore, ma non al P.M. La situazione è sistematicamente disarmonica, considerato che laddove il P.M. individui in sede di indagini penali un socio di fatto di una società (regolare o irregolare) e chieda contestualmente il fallimento della società e, in estensione, del socio di fatto od occulto, ai sensi dell'art. 147, co. 1, l.f. non trovi alcuna preclusione, mentre nell'ipotesi in cui individui il socio irregolare successivamente alla dichiarazione di fallimento della società non è formalmente legittimato ad agire ai sensi dell'art. 147, co. 4, l.f., ma può solo sollecitare il curatore a chiedere il fallimento in estensione del socio di fatto od occulto.

Gli **effetti della sentenza dichiarativa di fallimento** del socio illimitatamente responsabile individuato successivamente al fallimento della società sono **ex nunc**⁵⁵, con la conseguenza che si ha una sfasatura temporale degli effetti rispetto al fallimento della società.

La sentenza di fallimento pronunciata ai sensi dell'art. 147, co. 4, l.f. produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione *ex art.* 133, co. 1, c.p.c.

Gli **effetti nei confronti dei terzi** si producono dalla data di **iscrizione della sentenza nel registro delle imprese** ai sensi dell'art. 17, co. 2, l.f. Con riferimento alle iscrizioni e trascrizioni sui beni del socio occulto si applica, quindi, il criterio di priorità temporale⁵⁶.

⁵⁴ Cass., 26944/2016 ha precisato che: *“la situazione di socio occulto di una società in accomandita semplice la quale è caratterizzata dall'esistenza di due categorie di soci, che si diversificano a seconda del livello di responsabilità - non è idonea, anche qualora una tale società sia irregolare, a far presumere la qualità di accomandatario, essendo all'uopo necessario accertare, di volta in volta, la posizione in concreto assunta dal socio.»*

⁵⁵ Cass., n. 3621/2016: *«Se dopo la dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata, si accerti l'esistenza di altro socio illimitatamente responsabile "ovvero, dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale, risulti l'esistenza di una società di fatto tra lo stesso imprenditore ed altro od altri soci", la successiva dichiarazione di fallimento ha natura costitutiva ed effetto ex nunc, in virtù del carattere autonomo che (pur in seno al simultaneus processus) va ad essa riconosciuta.»*

⁵⁶ v. Cass. S.U. n. 18131/2015, (in *Fall.*, 2015, 12, 1284, con note di BALESTRA L., *Trascrizione della domanda e potere del curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite* e PAGNI I., *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, 11, 3488, con nota di FABIANI M., *Fallimento, Effetti sui rapporti giuridici preesistenti, Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*) dove il massimo consesso di legittimità ha precisato che: *“Il curatore*

Una questione di particolare rilievo attiene, tuttavia, al **dies a quo** per il calcolo del termine a ritroso dell'**azione revocatoria**. In particolare, si pone il problema se tale termine debba essere identificato con quello della sentenza che dichiara il fallimento in estensione al socio occulto o quello della sentenza che, in precedenza, aveva dichiarato il fallimento della società. Parimenti si pone la questione se si possa applicare al socio di fatto o al socio occulto l'art. 69-bis l.f. nell'ipotesi in cui la presenza di un socio occulto sia accertata dal commissario giudiziale durante la procedura di concordato preventivo. Tali questioni saranno esaminate nel par. 6 dedicato alle azioni revocatorie nei confronti del socio illimitatamente responsabile.

Con riferimento ai **motivi di reclamo** avverso la sentenza di fallimento del socio illimitatamente responsabile nell'ipotesi dell'art. 147, co. 4, l.f. un recente intervento del giudice di legittimità (**Cass., n. 7769/2017**⁵⁷) ha precisato che in sede di reclamo ex art. 18 l.f. non possono essere proposte nuovamente questioni attinenti alla sentenza dichiarativa di fallimento della società, ma solo quelle attinenti all'esistenza del vincolo sociale.

Un'ultima questione riguarda l'applicazione dell'art. 147, co. 2, l.f. al socio di fatto od occulto.

Sul punto è da registrare un contrasto interpretativo all'interno della Corte di Cassazione.

Ritiene applicabile il termine annuale ex art. 147, co.2, l.f. anche al socio di fatto o al socio occulto il primo orientamento, secondo il quale l'**esenzione dalla dichiarazione di fallimento per il decorso dell'anno**, si applica sia all'imprenditore individuale che a quello collettivo, nonché al socio illimitatamente responsabile di società di persone, anche

fallimentare del promittente venditore di un immobile non può sciogliersi dal contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 l.fall. con effetto verso il promissario acquirente ove questi abbia trascritto prima del fallimento la domanda ex art. 2932 c.c. e la domanda stessa sia stata accolta con sentenza trascritta, in quanto, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., la trascrizione della sentenza di accoglimento prevale sull'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese."

⁵⁷ «Nel procedimento di **opposizione alla dichiarazione di fallimento proposto dal socio illimitatamente responsabile, dichiarato fallito ai sensi dell'art. 147 della legge fall.**, questi non è legittimato a contestare il fondamento della **dichiarazione di fallimento della società**, in relazione al quale la sentenza dichiarativa di fallimento fa stato "erga omnes", e quindi anche nei confronti dei soci, attuali e precedenti se fallibili; **la sua opposizione può avere, dunque, ad oggetto solo le condizioni che attengono alla sussistenza del vincolo sociale**, e, quindi, alla sua personale fallibilità (e cfr. anche la successiva pronuncia Cass., n. 17765/2016) ... il socio potrà opporsi all'estensione facendo valere l'eventuale estraneità al rapporto sociale, ma non già contestare il fondamento della dichiarazione di fallimento della società. Né in tal modo si determina una compressione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo, visto che nell'ordinamento è assicurata la possibilità di difendersi anche al socio occulto di società di persone, essendo a questi riconosciuta la facoltà del reclamo avverso la dichiarazione di fallimento della società, ex art.18 legge fall., quale "interessato", in quanto titolare di posizione giuridica che può ricevere pregiudizio dalla pronuncia del fallimento sociale.»

nel caso in cui l'impresa in forma individuale o collettiva (sia essa una società in nome collettivo irregolare, ovvero di mero fatto) non risulti mai stata iscritta nel registro delle imprese, oppure quando il **socio illimitatamente responsabile** di società palese sia comunque **rimasto occulto**. In tali ipotesi è, tuttavia, onere della parte che invochi il decorso del termine annuale, **dimostrare quando la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei** o, comunque, sia stata dagli stessi conosciuta, perché soltanto da tale evento è consentito computare l'anno⁵⁸.

In senso contrario si pone il secondo orientamento il termine annuale *ex art. 10 l.fall.* non è invocabile in tutti quei casi in cui l'impresa (è irrilevante se individuale o collettiva) sia stata esercitata senza alcuna previa iscrizione nel registro delle imprese, ovvero in presenza di **socio occulto** di società di persone regolarmente iscritta (o di società di fatto che assuma di essere receduta da quest'ultima o ad es. deceduto oltre l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento), trattandosi in definitiva di una previsione applicabile **solo per gli imprenditori commerciali che siano stati comunque regolarmente iscritti nel detto registro**⁵⁹.

Il primo orientamento lascia, tuttavia, irrisolte alcune questioni.

⁵⁸ Cass. n. 5764/2011; Cass. 10268/04; Cass. 22347/04. Secondo Cass., 18927/05: "Il principio di certezza delle situazioni giuridiche - la cui generale attuazione la Corte costituzionale ha inteso assicurare con la pronuncia di incostituzionalità del primo comma dell'art. 147 legge fall., nella parte in cui non prevede l'applicazione del limite del termine annuale di cui all'art. 10 legge fall. dalla perdita della qualità di socio illimitatamente responsabile (sentenza n. 319 del 2000) - impone che la decorrenza di detto termine per il **socio di fatto** receduto non possa farsi risalire alla data del suo recesso, né, tanto meno, a quella della dichiarazione di fallimento della società, poiché l'evento fallimentare non scioglie il vincolo societario, ma piuttosto a quella in cui lo scioglimento del rapporto sia portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Occorre, pertanto, in concreto, tener conto della **data della eventuale pubblicizzazione del recesso o di altro evento da cui i creditori ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano colpevolmente ignorato.**"

⁵⁹Per Cass. n. 15488/2013: "L'art. 10, primo comma, l.fall., il quale - a seguito delle modifiche apportate con le riforme del 2006 e del 2007 - prevede che gli imprenditori individuali e collettivi possano essere dichiarati falliti entro il termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, così realizzando un bilanciamento di valori tra il principio dell'affidamento dei terzi tutelato dalle iscrizioni nel registro dell'impresa e quelli della certezza delle situazioni giuridiche e della tutela dell'imprenditore, **non è applicabile al socio occulto, che, per sua scelta, non è iscritto nel registro delle imprese e che conseguentemente non può pretendere l'osservanza del limite annuale per la sua dichiarazione di fallimento.**" Nello stesso senso Cass. n. 5520/2017: «Il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, previsto dall'art. 10 l.fall. ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese e non può trovare, quindi, applicazione per quegli imprenditori che neppure siano stati iscritti nel menzionato registro, in quanto, da un lato, si tratta di beneficio riservato soltanto a coloro che abbiano assolto all'adempimento formale dell'iscrizione, e, dall'altro, **i creditori ed il Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 10, comma 2, l.fall., possono dare la prova della data di effettiva cessazione dell'attività d'impresa soltanto nei confronti di soggetti cancellati dal registro delle imprese, d'ufficio o su richiesta, e, quindi, comunque in precedenza necessariamente iscritti.**" v. C. Cost. n. 321/2002: «è proprio la necessità di dare certezza alle situazioni giuridiche che consente al legislatore di prevedere una diversa disciplina per le società ed i soci in regola con le disposizioni sulla pubblicità e per i soci e le società irregolari, se non occulti, essendo la mancata registrazione una scelta degli stessi associati, che in tal modo si espongono, per loro volontà, alle conseguenze di tale loro opzione»). *Contra*: Cass. n. 15346/2016.

La prima è che l'art. 147, co. 2, l.f. parla espressamente di **formalità** e non di mezzi idonei. Non solo: al profilo interpretativo si aggiungono una serie di inconvenienti anche di tipo pratico al momento in cui ci si chiede quale possa essere lo strumento idoneo a portare a conoscenza dei terzi il recesso del socio occulto o la cessazione della responsabilità illimitata all'infuori del regime di pubblicità nel registro delle imprese. Mentre può essere un corollario accettabile l'esclusione della legittimazione alla richiesta di fallimento *ex art. 147, co. 4, l.f.* nei confronti del creditore che fosse a conoscenza dell'esistenza del rapporto sociale irregolare e del suo scioglimento, diventa, invece, difficile negare tale legittimazione nei confronti del creditore che non fosse a conoscenza di tali eventi, in assenza di un regime pubblicitario che equipari conoscibilità e conoscenza effettiva, secondo il meccanismo della pubblicità dichiarativa di cui all'art. 2193 c.c. Solo la legge può, infatti, equiparare conoscenza legale e conoscibilità, predeterminando, *ex ante* la formalità il cui adempimento rende opponibile ai terzi un determinato fatto. Tale verifica non può, invece, essere eseguita *ex post* sulla base di accertamento caso per caso svolto in sede giudiziale. Inoltre, il curatore che agisce per la dichiarazione di fallimento in estensione al socio di fatto od occulto ha una legittimazione alternativa e non sostitutiva rispetto a quella dei creditori.

Infine, in caso di fallimento di socio occulto o di socio di fatto di società regolare si rischia di creare due sistemi pubblicitari paralleli e sfalsati tra iscrizione nel registro delle imprese (società e soci regolari) e mezzi idonei che possano portare a conoscenza dei terzi il venir meno del rapporto sociale (soci irregolari).

È da ritenere, pertanto, preferibile il secondo orientamento, poiché è maggiormente sintonico con i principi che regolano il funzionamento della c.d. pubblicità dichiarativa nel registro delle imprese e con la regola scolpita nell'art. 2193 c.c. Inoltre, come evidenziato, dallo stesso Giudice delle Leggi (**C. Cost. n. 321/2002**) non possono «*essere confrontate, ai fini della applicabilità del termine annuale entro il quale può essere dichiarato il fallimento personale del socio illimitatamente responsabile di una società personale, due situazioni fra loro del tutto diverse quali sono quella del socio receduto da una società regolarmente costituita e registrata, nel rispetto delle forme di pubblicità prescritte dalla legge, e quella del socio occulto di una società irregolare perché non iscritta nel registro delle imprese.*»

La questione, da un punto di vista, pratico potrebbe stemperarsi nella considerazione che, anche a ritenere preferibile il primo orientamento, in base al quale è sufficiente che lo scioglimento del rapporto sociale o la cessazione della responsabilità illimitata del socio irregolare sia portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, si pone una vera e propria *probatio diabolica*. L'onere della prova non potrebbe, infatti, che gravare sul socio irregolare che dovrebbe provare l'idoneità del mezzo a rendere edotti i terzi del venir meno del rapporto societario o della sua responsabilità illimitata e il decorso di un anno. Tuttavia, anche seguendo tale ragionamento, si perviene, comunque, al profilo insormontabile che solo la legge può assicurare in modo assoluto – ed *erga omnes* – l'equiparazione tra la conoscibilità legale conseguente all'adempimento di una determinata formalità e la conoscenza effettiva da parte dei terzi.

5. L'art. 147, co. 5, l.f. e le principali questioni controverse.

L'art. 147, co. 5, l.f., introdotto dall'art. 131 d.lgs. 5 gennaio 2006, n. 5, stabilisce che: **«Allo stesso modo si procede, qualora *dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale* risulti che *l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile.*»**

L'*incipit* della norma contiene un richiamo alle modalità procedurali individuate nel comma precedente (*i.e.* art. 147, co. 4, l.f.). Nell'ipotesi dell'art. 147, co. 5, l.f., tuttavia, non si ha un socio illimitatamente responsabile individuato *ex post*, ma l'individuazione di un soggetto diverso quale centro d'imputazione dell'impresa di cui risulti formalmente titolare un imprenditore fallito. In sostanza, secondo il meccanismo illustrato dalla norma dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale si scopre che in realtà l'impresa è riferibile ad una società di fatto di cui l'imprenditore fallito è socio illimitatamente responsabile.

Perché il legislatore abbia codificato solo lo schema che prevede il passaggio dal fallimento dell'imprenditore individuale a quello della società di fatto di cui il primo è socio illimitatamente responsabile lo spiega assai chiaramente la recente giurisprudenza della

Corte di Cassazione⁶⁰, secondo la quale: “**il legislatore della riforma ha codificato l’orientamento giurisprudenziale che ammetteva il fallimento delle società occulte tenendo conto che esso si era formato sul presupposto (dato per scontato) che le società in questione potessero essere costituite solo fra persone fisiche.**” Difatti, anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003 non era possibile per una società di capitali prendere parte ad una società di persone⁶¹. Tale preclusione impediva la configurabilità della partecipazione di una società di capitali in una società di fatto (riferibile al solo e possibile schema della società in nome collettivo, arg. ex art. 2297 c.c.). In tale contesto normativo il fallimento della società occulta⁶² o della società di fatto⁶³ riguardava, nella prassi giurisprudenziale, solo ipotesi caratterizzate dalla presenza di soci illimitatamente responsabili che fossero persone fisiche.

Solo a seguito della riforma del diritto societario del 2003 l’art. 2361, co. 2, c.c. consente alle s.p.a. di partecipare a società di persone, prevedendo una delibera assembleare (“*L’assunzione di partecipazioni in altre imprese, comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.*”).

⁶⁰ Cass., n. 10507/2016, in *Dir. Fall.*, 2017, 2, 571, con nota di FIMMANÒ F., *La vera ragione dell’eccezionalità dell’art. 147 comma 5 l. fall.: l’invulnerabilità della persona giuridica.*

⁶¹ Tale orientamento aveva avuto l’autorevole sigillo del massimo consesso di legittimità, per il quale: “*L’atto costitutivo della partecipazione di una società per azioni ad una società in accomandita semplice, in qualità di socio accomandante, è nullo, per violazione di norme imperative, atteso che l’investimento di porzione del patrimonio della società di capitali in quella partecipazione si pone in conflitto con inderogabili regole che presidono, per la tutela dei soci e dei creditori, alla amministrazione ed alla formazione del bilancio di società di capitali, con particolare riguardo alle regole attinenti alla responsabilità degli amministratori ed al controllo sul loro operato, nonché alle esigenze di chiarezza e precisione del bilancio. (nell’enunciare il principio di cui sopra, le Sezioni Unite della S.C. hanno conseguenzialmente puntualizzato che l’art. 1 della legge sull’editoria 5 agosto 1981 n. 416, il quale stabilisce che, ai fini della legge medesima, le società in accomandita semplice devono essere costituite soltanto da persone fisiche, non esprime un’eccezione ad una norma generale di segno opposto, ma integra un’applicazione confermativa di detto principio).*” Cass., S.U. n. 5636/1988.

⁶² Per CAMPOBASSO G.F., cit., p. 62 la società occulta non può considerarsi responsabile per le obbligazioni verso terzi contratte per suo conto, ma in nome proprio, dall’imprenditore individuale, finché quest’ultimo non sia dichiarato fallito. L’imprenditore individuale (o il suo creditore in via surrogatoria) può agire nei confronti della società e dei soci occulti per farsi somministrare i mezzi necessari per l’esecuzione del mandato e l’adempimento delle obbligazioni (art. 1719 c.c.).

⁶³ Si ha **società irregolare** in tutti i casi nei quali non siano osservati gli adempimenti pubblicitari (art. 2296-2315 c.c.), v. BUONOCORE V.-CAPO G., *L’imprenditore società*, in *Manuale di diritto commerciale* (ideato da Buonocore V.), Torino, 2013, 211. La mancata osservanza degli obblighi pubblicitari determina l’applicazione dell’art. 2297 c.c., con la conseguente responsabilità illimitata e solidale dei soci e l’applicazione delle regole relative alla società semplice. La **società di fatto** è quella in cui “*due o più persone esercitano un’attività economica, comportandosi come soci e realizzando nei contenuti la fattispecie descritta nell’art. 2247 c.c., senza aver stipulato alcuno accordo, né orale né scritto*” (BUONOCORE-CAPO, cit. p. 210). Nel caso della **società occulta** i soci concordano espressamente che *ogni rapporto nei confronti dei terzi sia posto in essere per conto della società, ma non in suo nome e, conseguentemente, in nome di uno dei soci o di un terzo che non sia socio*. Lo scopo è quello di evitare che la società sia chiamata a rispondere nei confronti dei terzi (BUONOCORE-CAPO, cit. p. 212).

I rapidi richiami all'evoluzione del quadro normativo appena delineato spiegano perché si è arrivati all'attuale formulazione dell'art. 147, co. 5, l.f., da ricondurre, quindi, alla codificazione normativa di un indirizzo giurisprudenziale, maturato in un contesto in cui era preclusa ad una società di capitali la partecipazione ad una società di persone.

Dato conto delle ragioni storiche che hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 147, co. 5, l.f. si pone il problema se tale norma possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui sia dichiarata fallita una società di capitali e si scopra, solo successivamente, che l'attività d'impresa doveva essere, in realtà, imputata ad una società di fatto di cui la società fallita era socia insieme, eventualmente, ad altre società di capitali o ad altre persone fisiche (c.d. supersocietà di fatto).

Le questioni che hanno agitato il dibattito, a livello dottrinale e giurisprudenziale, attengono sia alla possibilità di configurare la partecipazione di una società di capitali ad una società di fatto in mancanza della delibera assembleare *ex art. 2361, co. 2, c.c.* (o, eventualmente, per le s.r.l., *ex art. 2479, co. 2 n. 5), c.c.*) sia alla possibilità di estendere l'art. 147, co. 5, l.f. anche ad ipotesi diverse rispetto alla sequenza fallimento imprenditore individuale – successivo fallimento della società di fatto cui sia, in realtà, riferibile l'impresa.

5.a) La partecipazione della società di capitali ad una società di persone e la delibera *ex art. 2361, co. 2, c.c.*

La prima questione riguarda la **possibilità che una società di capitali possa prendere parte ad una società di fatto in mancanza della delibera *ex art. 2361, co. 2, c.c.*** (*“L’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.”*)⁶⁴

È bene precisare come l'art. 2361, co. 2, c.c. trovi collocazione all'interno della disciplina delle società per azioni. Per la società a responsabilità limitata, invece, manca una previsione corrispondente all'art. 2361, co. 2, c.c., con la conseguenza che si apre la

⁶⁴ BARTALENA A., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Campobasso* (diretto da Abbadessa P.- Portale G.B.), Milano, 2006, 106.

questione se quest'ultima norma debba trovare applicazione analogica per le s.r.l., oppure se si applichi, invece, l'art. 2479, co. 2 n. 5), c.c.⁶⁵ o se, infine, in mancanza di alcuna previsione normativa, la decisione di prendere parte ad una delle società che comportino una responsabilità illimitata rientri, a pieno titolo, nella competenza dell'organo gestorio della società a responsabilità limitata⁶⁶.

Secondo una recente pronuncia del giudice di legittimità (Cass., n. 1095/2016⁶⁷) l'art. 2361, co. 2, c.c. non enuncia una norma di divieto⁶⁸. La violazione di tale norma non è, inoltre, assistita da un'espressa comminatoria di nullità ex art. 1418, co. 3, c.c. e non integra neppure un caso di violazione di una norma imperativa⁶⁹. Inoltre, dalla formulazione dell'art. 2384 c.c.⁷⁰ e dell'art. 2380-bis c.c.⁷¹ emerge il *“potere degli amministratori di attuare l'oggetto programmato sotto ogni aspetto, ma anche al di fuori dell'oggetto essi sono in grado di impegnare la società.”*

Il conflitto tra i creditori e i soci della s.p.a. con i creditori della società di fatto (cui la prima partecipi senza alcuna autorizzazione dell'organo assembleare) si risolve in favore dei secondi (*“Nel bilanciamento fra gli interessi dei creditori e dei soci partecipanti alla società azionaria*

⁶⁵ L'art. 2479, co. 2 n. 5) c.c. prevede che: *“In ogni caso sono riservate alla competenza dei soci: 5) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.”*

⁶⁶ Per BARTALENA, *cit.*, p. 117 s.s., nonostante la riforma del diritto societario del 2003 abbia marcato la piena autonomia della disciplina della s.r.l. rispetto a quella della s.p.a. è prospettabile l'applicazione analogica dell'art. 2361, co. 2, c.c. alle s.r.l. A tal fine milita sia il dettato dell'art. 111-duodecies d.att. c.c. (*“Qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma secondo del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 ed in presenza dei presupposti ivi previsti.”*), sia la considerazione che se in un tipo di società, come la s.p.a., dove sono depotenziati i poteri dell'assemblea è richiesta, comunque, l'autorizzazione di quest'ultima per l'acquisto della partecipazione in una s.n.c., a fortiori una decisione dei soci è richiesta all'interno del tipo societario (s.r.l.) nel quale le competenze dell'organo gestorio sono individuate in via residuale ex art. 2475, co. 5, c.c.).

⁶⁷ In *Società*, 2016, 4, 453, con nota di FIMMANÒ F., *L'estensione “inversa” del fallimento della super-società di fatto controllata ai soci - S.r.l. controllanti e “subornati.*

⁶⁸ *“Il legislatore della riforma, invero, aveva di fronte il chiaro testo di divieto previsto al preesistente art. 2361, 1° comma, c.c. (“non è consentita”), che ben avrebbe potuto mutuare nella sua struttura: ma ha dettato una disposizione abilitativa costruita all'inverso.”* (Cass., n. 1095/2016)

⁶⁹ *“Ma, ove pure si ritenesse la previsione dettata nell'interesse generale, tuttavia ciò non basterebbe a dimostrare che la sua violazione comporti la nullità dell'assunzione della partecipazione stessa, posto che la nullità per contrarietà a norme imperative ex art. 1418, 1° comma, c.c. “postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto” (cfr., per tutti, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724): come non è nel caso in questione, in cui invece la partecipazione è di principio ammessa.”* (Cass., n. 1095/2016)

⁷⁰ *“Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.”* (Cass., n. 1095/2016)

⁷¹ *“La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea.”* (Cass., n. 1095/2016)

(e dei loro creditori) e quelli esistenti in capo ai creditori della società di fatto, non è contrario ai principi del diritto societario riformato che prevalgano questi ultimi, a tutela della sicurezza dei traffici, in coerenza con la storia del diritto dei commerci, più sensibile al dato fattuale ed alle esigenze di protezione dell'affidamento dei terzi.”), senza che sia conseguentemente preclusa l'estensione del fallimento ex art. 147, co. 1, l.f. della prima. L'acquisizione della partecipazione in una società che comporti la responsabilità illimitata, nonostante l'assenza della delibera ex art. 2361, co. 2, c.c. non si ripercuote, quindi, sulla validità dell'atto gestorio, ma solo sulla responsabilità degli amministratori⁷².

Le medesime conclusioni riguardano, ad avviso del giudice di legittimità, anche l'ipotesi in cui l'assunzione di una partecipazione tale da comportare la responsabilità illimitata sia eseguita dall'organo amministrativo di una s.r.l., senza un preventivo passaggio decisionale da parte dei soci (“la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361, 2° comma, c.c., dettato per la società per azioni, e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede - almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale, fattispecie peraltro estranea al caso di specie - la previa decisione autorizzativa dei soci, ai sensi dell'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c.”).

In una posizione dubitativa si è posta una successiva pronuncia del giudice di legittimità (Cass., n. 10507/2016 cit.), dove è stato rilevato che “quand'anche si volesse aderire all'opposta

⁷² In senso contrario a tale ricostruzione FAUCEGLIA G. (*Verso la “fallimentarizzazione” del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*, in *Dir. Fall.*, 2016, 5, 1222) rileva che: “l'art. 2361, comma 2, cod. civ. configura una competenza propria e non dismissibile dell'assemblea, posto che la lettera della norma espressamente prevede che l'assunzione della partecipazione «deve essere deliberata dall'assemblea».” Per FABIANI M. (*Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 531, solo una precisa deliberazione della società di capitali è idonea a far assumere alla società una partecipazione in una società di persone e ciò non potrebbe capitare nella società di fatto). Secondo CAGNASSO O. (*L'acquisto da parte della s.r.l. di una partecipazione a responsabilità illimitata*, in *Giur.it.*, 2016, 5, 1150) la regola che attribuisce all'assemblea dei soci la competenza decisoria o almeno autorizzativa in ordine all'acquisto di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata e che impone una specifica informazione al proposito nella nota integrativa pare costituire un principio fondamentale della *governance* delle società di capitali e quindi risulta estensibile a tutti i tipi appartenenti a tale categoria. Nello stesso senso della dottrina appena richiamata in giurisprudenza si richiama App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, 11, 1293, con nota di PLATANIA F., *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 906, con nota di MURINO F., *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*. In senso conforme al *decisum* del giudice di legittimità, nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Brindisi 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 906, con nota di MURINO F., *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Reggio Calabria 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, 1, II, 63, con nota di GUERRERA F., *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*; App. Catanzaro 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, 3, 433, con nota di SPIO'TTA M., *Società di fatto o del “fatto compiuto”?*; Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, 392, con nota di HAMEL C.S., *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Prato 10 novembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, II, 382 con nota di BAILO LEUCARI M., *La partecipazione di società di capitali ad una società di fatto: presupposti normativi ed esigenze di tutela dei terzi*.

opinione dottrinarica e giurisprudenziale, secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361, 2° comma, c.c. comporta l'invalidità o l'inefficacia dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo, il fenomeno non resterebbe irrilevante per l'ordinamento, in quanto non varrebbe a determinare la caducazione retroattiva dell'esistenza dell'ente, attesa la disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall'art. 2332 c.c., ritenuto applicabile anche alle società di persone.”

In sostanza, ritenere invalida l'assunzione della partecipazione in una società o del vincolo associativo nella società di persone per violazione dell'art. 2361, co. 2, c.c. determina, ad avviso del giudice di legittimità, una causa di nullità, che si converte, in applicazione analogica dell'art. 2332 c.c.⁷³, in una causa di scioglimento⁷⁴.

Il passaggio fondamentale della sentenza in esame, tuttavia, è da individuare nel richiamo al principio di effettività⁷⁵: *“la declaratoria di nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, "quoad effectum", allo scioglimento della stessa (Cass. nn. 9124/015, 3166/99, 565/95): trattandosi di un ente collettivo, per il quale vale il principio di effettività dell'attività di impresa svolta, ed il cui agire esula dall'orbita meramente negoziale ed assume una sua autonoma rilevanza, la patologia insanabile che affligge la società si converte in causa di scioglimento, con conseguente necessità di nomina dei liquidatori, ai sensi del 4° comma dell'art. 2332 cit.”*

Il principio di effettività⁷⁶, del resto, consente di poter configurare, comunque, una società di fatto anche nell'ipotesi in cui si riconducano le ipotesi di nullità della società di persone (non già nell'ambito di applicazione dell'art. 2332 c.c. ma) nell'ambito delle

⁷³ In questo senso FIMMANÒ F., *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2017, II, 587. L'Autore rileva: *“Nella casistica in esame non parliamo dell'acquisto di una quota, ma parliamo dell'assunzione di una partecipazione generata da facta concludentia “costitutivi” dell'ente. Dunque il vizio generato dal mancato rispetto delle norme di legge contenute nell'art. 2361, comma 2, cod. civ. (da cui trova origine la “super-società” di fatto) sarebbe così sanzionato con la nullità dell'intero rapporto, che si convertirebbe quindi sempre e comunque – nel sistema del diritto societario – in una causa di scioglimento con la necessaria apertura della fase liquidatoria ... Dunque sarebbe accertata l'esistenza di una “super-società” di fatto sciolta cui resta applicabile lo statuto della società in nome collettivo irregolare e lo statuto dell'imprenditore commerciale a cominciare dal fallimento.”*

⁷⁴ PISANI L., *Le società di persone*, in *Diritto Commerciale. III Diritto delle società (a cura di Cian M.)*, Torino, 2017, 85, ritiene che ai fini dell'applicazione dell'art. 2332 c.c. anche alle società di persone milita l'evoluzione dell'ordinamento societario, con particolare riferimento alle norme che disciplinano l'invalidità della fusione e della scissione (art. 2504-*quater* c.c.) e della trasformazione (art. 2500-*bis* c.c.), così come la disciplina dell'invalidità del Geie e di quella della società tra avvocati (D.lgs. n. 96/2011).

⁷⁵ Il criterio di effettività radica l'inizio dell'impresa nel momento in cui nella realtà concreta si verifica un fenomeno produttivo qualificabile come impresa (CETRA A., *L'inizio e la fine dell'impresa*, in *Diritto Commerciale. III Diritto delle società (a cura di Cian M.)*, Torino, 2017, 88), a prescindere da qualunque tipo di adempimento formale, come l'iscrizione nel registro delle imprese o l'autorizzazione allo svolgimento di particolari attività. Il principio di effettività trova applicazione indifferentemente dalla circostanza che si tratti di impresa individuale o svolta in forma societaria. Proprio con riferimento a quest'ultima, del resto, è da ritenere espressione del principio di effettività la previsione contenuta nell'art. 2297 c.c.

⁷⁶ Sulla centralità del principio di effettività, v. ABRIANI N., *Sessione Le società di fatto nelle procedure concorsuali*, Convegno O.C.I. di Lecce, 17 giugno 2017 (per la riproduzione audiovisiva, v. www.osservatorio-oci.org)

invalidità negoziali, con particolare riferimento alla disciplina dettata per i contratti plurilaterali (art. 1419 c.c.). Ne consegue che o l'intero contratto di società è nullo e rileverà in fatto la presenza di un'attività riconducibile agli artt. 2082 c.c. e 2247 c.c. (regolata, quanto alla responsabilità dei soci, secondo quanto previsto dall'art. 2297 c.c.) oppure si avrà la nullità della singola partecipazione (*i.e.* la nullità che colpisce il vincolo di una delle parti *ex art.* 1419 c.c.), ma non potrà essere, comunque, negata la riferibilità della qualifica di socio di fatto alla società di capitali che abbia comunque preso parte alla società di persone, pur in mancanza di una delibera *ex art.* 2361, co. 2, c.c.

Non a caso, la centralità del principio di effettività emerge con significativa pregnanza anche nell'ambito della pronuncia con la quale il giudice di legittimità aveva ritenuto che la partecipazione ad una società di fatto, nonostante la mancanza di una delibera assembleare *ex art.* 2361, co. 2, c.c., non potesse considerarsi nulla.⁷⁷ (*“La verità è che lo svolgimento di un'attività economica comune con altra società, di capitali o di persone, o con una persona fisica è fatto ormai avvenuto, condividendo esso la natura materiale ed empirica dell'attività d'impresa, per il cd principio di effettività.”*).

In conclusione, sia che si ritenga valida l'assunzione della partecipazione in una società con soci illimitatamente responsabili anche in mancanza della delibera *ex art.* 2361, co. 2, c.c. (o *ex art.* 2479, co. 2, n. 5) c.c. per le s.r.l.) sia che si ritenga nulla (*ex art.* 2332 c.c. o *ex art.* 1418-1419 c.c.) la singola partecipazione o l'intero contratto (laddove l'assunzione della partecipazione della società di capitali fosse da ritenere determinante del consenso degli altri soci) l'intera vicenda ruota intorno al fatto storico dell'esercizio materiale, concreto e in comune di un'attività d'impresa da parte di più soggetti, sussumibile all'interno dello schema societario⁷⁸. È pertanto necessario e sufficiente che nella fattispecie concreta siano ravvisabili tutti gli elementi costitutivi del rapporto societario menzionati dall'art. 2247 c.c.⁷⁹, perché possa operare, in caso di mancata formalizzazione

⁷⁷ Cass., n. 1095/2016.

⁷⁸ BARTALENA, *cit.*, p. 112 rileva che, in caso di inosservanza dell'art. 2361, co. 2, c.c. il rapporto sociale scaturisce da un comportamento concludente, rispetto al quale il mancato rispetto delle prescrizioni di legge in merito all'acquisto della partecipazione è irrilevante. L'Autore osserva: *“altro è stabilire quali siano le conseguenze della mancata deliberazione assembleare sul piano dell'atto (e, in definitiva, dell'organizzazione societaria dal punto di vista della società partecipante), altro è individuare la disciplina applicabile al fatto dello svolgimento di un'attività, che presenti i connotati dell'art. 2082 c.c. e dell'art. 2247 c.c.”*

⁷⁹ In merito alla possibilità che l'esercizio dell'attività d'impresa possa verificarsi, in fatto, senza una pattuizione contrattuale a monte occorre richiamare le parole di LIBONATI B. (*Diritto commerciale. Impresa e società*, 2005, 152): *“ciò che conta è l'esercizio*

pubblicitaria del vincolo societario l'art. 2297 c.c. e, con esso, stante il regime di responsabilità illimitata e solidale dei soci di fatto per le obbligazioni sociali la fallibilità (o in futuro la liquidazione giudiziale) in estensione *ex art.* 147 l.f.

La maggior complicazione emerge, quindi, a livello probatorio, essendo, invero, ardua la prova dell'esistenza dei requisiti necessari a configurare l'esistenza di una società.

D'altra parte, con riferimento alla società di fatto sembra stemperarsi la (contestata) distinzione tra impresa individuale (per il cui inizio è richiesto l'esercizio effettivo dell'attività d'impresa) e società per la quale, invece, la qualifica di imprenditore sarebbe acquisita sin dalla costituzione (con la stipula del contratto per la società di persone e con l'iscrizione nel registro delle imprese per le società di capitali).

Proprio la mancanza di un formale atto costitutivo nel caso di una società di fatto porta a ritenere non sufficiente, ai fini della prova della sua esistenza, la fase iniziale di programmazione⁸⁰, ma rende necessaria l'attuazione di una vera e propria attività d'impresa da imputare alla società di fatto.

Anche a non voler condividere tale opinione, la prova dell'esistenza di una società di fatto, anche se partecipata da società di capitali, è data in via critica e non mediante prova diretta (cosa che richiederebbe la necessaria presenza di un atto costitutivo redatto per iscritto). È pertanto evidente lo scarso grado di inferenza di meri atti di programmazione (stante la possibile equivocità e non univocità dei relativi risultati probatori), con la conseguenza che, comunque, sarà necessario l'effettivo svolgimento dell'attività di impresa per poterne acclarare la sua riferibilità ad una società di fatto⁸¹.

dell'attività d'impresa obiettivamente considerato. Là dove allora si riscontri nella realtà fattuale l'esercizio collettivo di impresa, sembra difficile non richiamare, sia pure nei suoi termini minimali, la disciplina che per fenomeni del genere è stabilita dalla legge."

⁸⁰ SPADA P. (*Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, Torino, 1992, 60, evidenzia come nella giurisprudenza pratica l'inizio dell'impresa venga individuato ricorrendo alla nozione di ciclo produttivo, mentre non è da considerare imprenditoriale l'attività di provvista e di organizzazione dei mezzi reali e personali strumentali al ciclo produttivo (mentre è da considerare imprenditoriale l'attività di liquidazione). Nel caso della società, invece, lo statuto dell'imprenditore si applica a far tempo dalla sua costituzione. La conseguenza è che se la società è commerciale è soggetta alle procedure concorsuali sin dalla sua costituzione e finché persistono obbligazioni sociali insolute.

⁸¹ In senso critico con l'opinione che nel caso della società ritiene superfluo l'accertamento dell'effettivo inizio dell'attività programmata CAMPOBASSO G.F. (*Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, VII ed. riv. e agg. da CAMPOBASSO M., Torino, 2014, 100) rileva che lo scopo tipico della società è l'esercizio dell'attività di impresa e che rispetto a quest'ultima la costituzione della società non è che una dichiarazione programmatica.

5.b) L'art. 147, co. 5, l.f.: norma eccezionale o regola esemplificativa dell'art. 147, co. 1, l.f.?

La seconda questione riguarda la possibile **applicazione analogica dell'art. 147, co. 5, l.f.** anche ad ipotesi diverse dalla sequenza fallimento imprenditore individuale – fallimento della società di fatto e, in particolare, ai casi nei quali prendano parte a quest'ultima società di capitali⁸². Ad es. si è posto il problema se, dichiarato il fallimento di una s.r.l. possa essere pronunciato successivamente *ex art. 147, co. 5, l.f.* il fallimento della società di fatto di cui la prima fosse socia o con una persona fisica o con altre società, (cd. supersocietà di fatto). La questione è di particolare delicatezza, dal momento che l'ipotesi della società di fatto partecipata da altre società pone un problema di possibile interferenza con il fenomeno del gruppo di imprese, con la conseguente necessità di operare distinzioni rigorose.

La Corte di Cassazione nel 2016 ha tentato una razionalizzazione del dibattito sull'interpretazione dell'art. 147, co. 5, l.f.

Con la pronuncia **n. 10507/2016**⁸³ il giudice di legittimità, facendo leva sull'interpretazione storico-evolutiva dell'art. 147, co. 5, l.f. ha concluso nel senso della sua possibile interpretazione estensiva, al fine di giustificare la possibilità di riferire la società di fatto anche ad ipotesi connotate dalla presenza di soci illimitatamente responsabili che fossero società di capitali (*“Tali considerazioni appaiono sufficienti ad attribuire al riferimento all'imprenditore individuale contenuto nell'art. 147, 5° comma I. fall. valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione.”*).

⁸² Sulla questione si è letteralmente spaccata la giurisprudenza di merito. In senso positivo Trib. Palermo, 3/4/2017, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.01119, Trib. Brindisi, 7/1/2013 (in *www.ilcaso.it*), Trib. Palermo, 17/10/2012, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.00747, Trib. Prato, 10/11/2010, *cit.*, Trib. Forlì, 9/2/2008, in *Fall.*, 2008, 1328 con nota di IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*. In senso negativo App. Bologna, 11/6/2008 (in *Fall.*, 2008, 1293, con commento di PLATANIA F., *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*).

⁸³ V. nota 56.

Con tale pronuncia il giudice di legittimità prospetta un'interpretazione estensiva della norma, fondata sulla considerazione che il legislatore abbia codificato un indirizzo giurisprudenziale formatosi in un contesto normativo – quello anteriore alla riforma del diritto societario – in cui era preclusa la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone⁸⁴.

Da un punto di vista sistematico è, tuttavia, la pronuncia resa da **Cass. n. 12120/2016** a dare una lettura maggiormente convincente dell'art. 147, co. 5, l.f., ritenendolo norma di carattere esemplificativo rispetto all'art. 147, co. 1, l.f. A tal fine è stato precisato che: *“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 (ancorché diversificato e non però contro l'interesse) dei soci, nonché 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 Legge fallim., 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.»* (Cass., 12120/2016).

Il giudice di legittimità con tale ultimo arresto mette correttamente al centro delle vicende che conducono alla fallibilità della società di fatto partecipata da società di capitali

⁸⁴ Cass. n. 10507/2016 si segnala anche per l'opportuna precisazione circa il necessario accertamento dell'insolvenza della s.d.f., escludendo qualsiasi automatismo tra l'insolvenza accertata nella prima dichiarazione di fallimento (imprenditore individuale o società) rispetto a quella della s.d.f. Il giudice di legittimità precisa infatti che: *«Quanto alla questione sollevata col secondo motivo, appare opportuno premettere che, nell'ipotesi contemplata dal 5° comma dell'art. 147 I. fall., l'indagine del giudice deve essere indirizzata all'accertamento sia dell'esistenza di una società occulta (o di fatto) cui sia riferibile l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua insolvenza, posto che il fallimento di tale società costituisce presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili. Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto, non solo perché la sentenza dichiarativa ha natura costitutiva ed efficacia ex nunc (onde non si vede come il fallimento dei soci possa conseguire ad una dichiarazione di fallimento meramente virtuale, od implicita, della società) ma anche perché all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti).»*

il primo comma dell'art. 147 l.f. (il cui ambito di applicazione, ancorché delineato per tipi societari ricomprende anche la società irregolare, v. *supra*, par. 2)⁸⁵.

La fallibilità della società di fatto (anche se non partecipata da persone fisiche, come ribadito nello stesso art. 147, co. 1, l.f.) si fonda sul primo comma dell'art. 147 l.f., con la conseguenza che il quinto comma non è norma eccezionale (in quanto non pone una deroga all'ambito applicativo dell'art. 147, co. 1, l.f.) ma ha valore esemplificativo delle ipotesi nelle quali l'accertamento dell'esistenza di una società di fatto sia successivo al fallimento di un imprenditore individuale, in conseguenza dell'accertamento della riferibilità dell'impresa ad una società (di cui l'imprenditore fallito sia socio).

Non è pertanto escluso che un simile schema rovesciato (in cui prima fallisce il socio, che opera come imprenditore individuale e, solo successivamente, la società) possa essere riprodotto anche nelle ipotesi in cui il fallimento, ad es. di una s.r.l. preceda quello della società di fatto cui sia, in realtà, riferibile l'impresa formalmente esercitata dalla sola società fallita. Il problema non è più, quindi, quello dell'ammissibilità giuridica o meno della cd. supersocietà di fatto, ma della ricorrenza, in concreto, di una modalità di esercizio dell'attività di impresa riconducibile allo schema di cui all'art. 2247 c.c., essendo necessario ricostruire l'esistenza di un patrimonio comune finalizzato all'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili. La questione diventa, quindi, quella della sussunzione di una realtà di fatto all'interno del corretto parametro normativo di riferimento considerato che il coinvolgimento di più società in una iniziativa economica può essere riconducibile sia allo schema della società di fatto sia al gruppo di imprese, cioè a due istituti differenziati non solo nei tratti costitutivi sostanziali, ma anche con riferimento alle regole che governano le responsabilità⁸⁶.

⁸⁵ Le pronunce di Cass., n. 10507/2016 e Cass., n. 12120/2016 pongono fine agli interrogativi avanzati dalla giurisprudenza di merito in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, co. 5, l.f., peraltro sempre dichiarate inammissibili dal Giudice delle Leggi (v. **C. Cost., 29 gennaio 2016, n. 15**, in Fall., 2016, 5, 523, con nota di ANGIOLINI F., *Consulta e S.C. a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento*; **C. Cost., 12 dicembre 2014 n. 276**, in Fall., 2015, 414, con nota di ANGIOLINI F., «*Super-società di fatto: la Consulta non «scioglie la riserva»*). Nell'arco di pochi mesi il giudice di legittimità ha, infatti, proposto due interpretazioni che evidenziano possibili soluzioni ermeneutiche della norma conformi al dettato costituzionale. Sollevare una nuova questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147, co. 5, l.f. in relazione ai profili evidenziati nelle pronunce di legittimità, proponendo un'interpretazione alternativa potrebbe essere a rischio di una pronuncia interpretativa di rigetto, fondata sul richiamo al diritto vivente come espresso negli orientamenti della Corte di Cassazione.

⁸⁶ Come rilevato dal giudice di legittimità: «*la holding fallisce per obbligazioni proprie, ex art. 2740 cod. civ., non mai per obbligazioni delle società figlie, pur dirette e coordinate; e quindi fallisce se ha assunto direttamente obbligazioni in proprio. Il problema dell'agire in proprio riguarda*

5.c.) Supersocietà di fatto, gruppi d'impresa: due realtà distinte riconducibili al principio di effettività.

Tutte le pronunce del giudice di legittimità rese nell'anno 2016 sottolineano la necessità di un accertamento rigoroso dei requisiti necessari alla configurabilità dello schema societario⁸⁷, non potendosi prescindere dall'effettiva esistenza di un patrimonio comune, dall'esercizio in comune di un'attività economica e dalla ripartizione degli utili.

Nell'ipotesi del gruppo di impresa, invece, l'elemento unificatore è dato dall'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento che indirizza lo svolgimento dell'attività economica svolta da più centri di imputazione imprenditoriali distinti verso un medesimo fine imprenditoriale.

La necessaria distinzione tra i due schemi, dei quali uno unitario (società) e uno pluralistico (che comporta pluralità e frammentazione in più centri di imputazione dell'attività imprenditoriale) non può essere annullata dalla loro comune riconducibilità al principio di effettività. Quest'ultimo, infatti, si connota per la sua **necessaria riferibilità ad una realtà che è necessariamente definita e qualificata a monte dal legislatore sia in ordine ai suoi elementi costitutivi, sia in ordine alle forme di responsabilità che ne scaturiscono**⁸⁸.

Al verificarsi di un'attività svolta in fatto ed inquadrabile negli artt. 2247 e 2082 c.c., la regola sarà quella, scolpita nell'art. 2297 c.c. della responsabilità illimitata e solidale dei soci, anche in mancanza dell'iscrizione della società nel registro delle imprese e il regime di responsabilità sarà quello stabilito nell'art. 147 l.f. (con l'estensione ai soci illimitatamente responsabili della procedura di insolvenza aperta nei confronti della società). Solo la partecipazione allo svolgimento in comune di un'attività economica pone,

l'ambito della responsabilità patrimoniale della holding, individuale o collettiva, giacché l'insolvenza, ovvero l'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, deve essere valutata con riguardo alle (sole) obbligazioni proprie." (Cass., n. 15346/2016).

⁸⁷ Nello stesso senso MONTALENTI P., *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno, responsabilità di gruppo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali* – Tomo II (diretto da Cagnasso O, Panzani L.), Parte, XX, Torino, 2016, 2984.

⁸⁸ SPADA P, (voce *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, Torino, 1992, 60) rileva che: *“poiché l'applicabilità dipende dalla adeguatezza del fatto (fenomeno) alla fattispecie (modello del fenomeno), il problema dell'inizio e della fine dell'impresa si risolve, ad un'osservazione giuridica consapevole, nel problema dell'adeguatezza del comportamento preso in esame al modello di comportamento che ha il nome tecnico di impresa e quindi, in definitiva, in una più esauriente descrizione del modello normativo.*” Ciò che vale nella verifica della corrispondenza del comportamento alla fattispecie descritta nell'art. 2082 c.c. deve necessariamente valere anche quando accanto a quest'ultima norma si accompagna il modello collettivo di esercizio dell'attività d'impresa scolpito nell'art. 2247 c.c.

infatti, un problema di responsabilità per le obbligazioni che sorgono dallo svolgimento di tale attività, la cui soluzione è impostata dal legislatore diversamente, a seconda che si tratti di società di persone o di società di capitali.

Nell'ipotesi del gruppo d'impresa, il principio di effettività⁸⁹ opera in assenza di alcuna formalizzazione prescritta da legislatore, ma si esplica in conseguenza di quello che è stato definito il governo della condotta unitaria⁹⁰. È bene sottolineare come l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento costituisca un'attività in sé lecita⁹¹ (connaturata alla presenza delle ipotesi di controllo societario *ex art. 2359 c.c.*, sebbene non si esaurisca, ma sia solo presunta, in tali casi). Ciò che è sanzionato è il cattivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, in presenza della violazione delle norme di corretta gestione imprenditoriale e societaria da cui scaturisca un danno all'integrità del patrimonio della società eterodiretta (o una minore redditività o un minor valore della partecipazione sociale). La conseguenza, in termini di responsabilità, non sarà, tuttavia, quella dell'estensione dell'insolvenza dichiarata nei confronti di una delle società alle altre società del gruppo (anche quanto tale insolvenza fosse eziologicamente riconducibile all'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento) o alla società che esercita attività di direzione e coordinamento, ma bensì una peculiare forma di responsabilità (extracontrattuale) in capo a quest'ultima, i cui elementi costitutivi sono scolpiti nell'art. 2497 c.c. La mancanza di una partecipazione comune ad un'attività economica attuata mediante i conferimenti e la successiva divisione degli utili non pone, quindi, un problema di regolazione del regime di responsabilità per le obbligazioni derivanti dall'esercizio

⁸⁹ TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 18 rileva come l'art. 2497 c.c. non abbia introdotto la disciplina del cd. gruppo di diritto (espressione con la quale si fa riferimento ad esperienze proprie di altri ordinamenti giuridici stranieri, come ad es. il contratto di dominazione, con il quale la capogruppo acquista il diritto di impartire direttive alle società dipendenti, anche se pregiudizievoli e prive di vantaggio compensativo). L'Autore osserva: "le disposizioni contenute negli artt. 2497 ss., c.c. sono ispirate ad un "principio di effettività", disciplinando un fatto e, più in particolare, l'attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale, contratto, interlocking direcotrates, ecc.), in forza del quale tale attività viene esercitata e della valutazione (legittimità/illegittimità) del fatto medesimo. In questa prospettiva non rileva, dunque, il profilo statico del "controllo societario" (cfr., art. 2359, c.c.), ma il profilo dinamico della "attività di direzione e coordinamento"; in sostanza, assume rilevanza non la mera possibilità di esercitare una "influenza dominante" su una o più società ("controllo societario"), ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso una "attività di direzione e coordinamento" di società."

⁹⁰ App. Napoli, 1/8/2014, in *Fall.*, 2015, 677, con nota di ANGIOLINI F., *I nuovi orizzonti della fallibilità della società di fatto holding*, e in *Dir. Fall.*, 2014, II, 515, con nota di MURINO, *Brevi note sul fallimento della holding personale (persona fisica e società di fatto tra persone fisiche) e sugli incerti confini tra responsabilità civile ed impresa commerciale*.

⁹¹ FIMMANÒ F., *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Società*, 2013, 4, 465.

dell'attività svolta dalla società eterodiretta, ma solo un problema di responsabilità per il cattivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. L'eventuale dichiarazione di fallimento della *holding* non scaturisce, pertanto, dalla responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ma piuttosto in via autonoma in presenza di uno stato di insolvenza, che può, peraltro, manifestarsi anche in conseguenza dell'inadempimento o dell'impossibilità di adempiere all'obbligazione risarcitoria *ex art.* 2497 c.c.⁹²

6. Le azioni revocatorie nei confronti del socio illimitatamente responsabile.

Con riferimento alle azioni revocatorie relative ad atti dispositivi posti in essere dal socio illimitatamente responsabile non si pongono particolari problemi nelle ipotesi in cui il fallimento in estensione sia dichiarato con la stessa sentenza che dichiara il fallimento della società. Diversamente, il problema si pone quando la società abbia preventivamente presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, considerato che il socio illimitatamente responsabile, pur beneficiando degli effetti esdebitatori del concordato omologato nei confronti della società non può partecipare direttamente a tale procedura. Con una recente pronuncia il giudice di legittimità – in una fattispecie anteriore alle riforme del 2012 – ha ritenuto che anche per il socio illimitatamente responsabile

⁹² Nel caso deciso da **Cass. n. 15346/2016** il curatore del Fallimento Deiulemar Compagnia di Navigazione s.p.a. aveva chiesto la dichiarazione di fallimento della società di fatto *holding* composta dai membri di tre famiglie avente a oggetto l'attività di eterodirezione delle società facenti parte del cd. gruppo Deiulemar.. Il curatore aveva agito sulla base di un credito risarcitorio per la lesione del patrimonio di quest'ultima conseguente all'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. In ordine alla doglianza relativa al fatto che il curatore avrebbe agito non sulla base di un credito ma di una mera pretesa il giudice di legittimità ha rilevato che: “L'art. 6 della legge fall., laddove stabilisce che il fallimento è dichiarato, fra l'altro, su istanza di uno o più creditori, non presuppone un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo, essendo viceversa a tal fine sufficiente un accertamento incidentale da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la legittimazione dell'istante e la conseguente insolvenza del debitore (Cfr. per tutte Sez. un. n. 1521-13, cui addde Sez. 1^a n. 11421-14). Il procedimento per dichiarazione di fallimento non è invero funzionale all'accertamento (o alla verifica) del credito della parte istante, ma all'accertamento dello stato d'insolvenza, sicché, riguardo al credito contestato, suppone - e consente - un'indagine solo incidenter tantum, per non trasformare l'oggetto del procedimento in guisa tale da farne un giudizio di cognizione sullo specifico credito posto a base dell'iniziativa di parte.” Ne consegue una conferma di quanto affermato: l'abusivo esercizio dell'attività di eterodirezione non può determinare una sovrapposizione tra gruppo d'impresa e schema societario, ma può condurre alla dichiarazione di fallimento della *holding* solo in presenza di uno stato d'insolvenza evidenziato anche dalla mancanza di risorse economiche per la soddisfazione del credito risarcitorio *ex art.* 2497 c.c. Sul punto FIMMANÒ (cit., 464) ha osservato che: “La responsabilità del dominus, individuale o collettivo, per abuso di eterodirezione sulla dominata insolvente può infatti generarne a sua volta l'autonoma insolvenza (e non l'estensione) a due condizioni: che i creditori danneggiati non siano stati soddisfatti, e che ricorrano i presupposti soggettivi della fallibilità. Il dominus (soggetto fisico o giuridico, individuale o collettivo), tuttavia, non sarà automaticamente e necessariamente insolvente e fallibile, come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147, l.fall., trattandosi di responsabilità comunque risarcitoria.”

trovasse applicazione il principio di consecuzione, con la conseguenza che il *dies a quo* per l'esercizio delle azioni revocatorie relative agli atti dispositivi realizzati dal socio illimitatamente responsabile fosse da individuare nel decreto di ammissione. A tal fine è stato precisato che: «*Anche dopo la riforma della legge fallimentare, nel caso di ammissione di una società di persone al concordato preventivo seguita dalla dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili, ai sensi dell'art.147 l. fall., il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria degli atti aventi natura depauperativa, indicati dall'art. 67 l. fall. e posti in essere dal socio o da terzi sul patrimonio di quest'ultimo, decorre dal decreto di ammissione della società al concordato preventivo e non dalla data della sentenza di fallimento del socio. Invero, ai fini della dichiarazione di fallimento e dell'istituto della revocatoria assume rilievo unicamente lo stato d'insolvenza della società, atteso il carattere meramente consequenziale e dipendente dal fallimento della società del fallimento personale del socio, dovendosi peraltro escludere qualsiasi "vulnus" all'affidamento dei terzi, cui sono noti sin dalla data di apertura della prima procedura concorsuale i soggetti potenzialmente sottoposti al fallimento in esito alla stessa.*» (Cass., n. 5924/2016⁹³).

Il principio affermato dal giudice di legittimità deve trovare applicazione anche con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 69-bis, co. 2, l.f., in base al quale: «*Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.*»

Conseguentemente, il *dies a quo*, anche per azioni revocatorie relative ad atti dispositivi del socio illimitatamente responsabile o realizzati da terzi sul patrimonio di quest'ultimo è costituito dalla pubblicazione del ricorso *ex art. 161, co. 2, l.f.* nel registro delle imprese.

È invece più spinoso il problema relativo alle ipotesi di dichiarazione del fallimento *ex art. 147, co. 4, l.f.* del socio illimitatamente responsabile individuato successivamente alla dichiarazione di fallimento della società.

Tale ipotesi pone problemi sia per la sfasatura temporale tra le due sentenze di fallimento (della società e del socio la cui esistenza emerga solo successivamente) sia per

⁹³ V. anche Cass. n. 2235/2012.

la circostanza che l'art. 147, co. 4, l.f. riguarda necessariamente un'ipotesi di socio irregolare, la cui esistenza, cioè, non risulta dal registro delle imprese. Si pone, quindi, un problema di tutela dell'affidamento dei terzi (non a caso espressamente evocato – sebbene per escluderne la lesione nel caso concreto – da Cass. n. 5924/2016).

Occorre verificare se il principio che pone ai fini della decorrenza dell'azione revocatoria lo stato d'insolvenza della società possa trovare applicazione anche nell'ipotesi di estensione del fallimento *ex art. 147, co. 4, l.f.* al socio di fatto od occulto individuato successivamente alla dichiarazione di fallimento della società.

Sul punto occorre registrare un precedente del giudice di legittimità che, facendo leva sull'efficacia *ex nunc* della dichiarazione di fallimento in estensione *ex art. 147, co. 4, l.f.* ha escluso che il termine per le azioni revocatorie potesse essere fatto decorrere dalla dichiarazione di fallimento della società⁹⁴.

Tale soluzione ermeneutica è condivisibile laddove sia finalizzata a tutelare l'affidamento dei terzi in buona fede, ma diventa più problematica nelle ipotesi in cui il terzo che abbia contratto con il socio di fatto od occulto, individuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, fosse a conoscenza dell'esistenza del vincolo sociale e dello stato d'insolvenza della società (es. nel caso in cui la controparte del socio dichiarato fallito *ex art. 147, co. 4, l.f.* fosse un familiare).

Parimenti anche nell'ipotesi di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, seguita dalla dichiarazione di fallimento e, successivamente, dall'individuazione di un ulteriore socio di fatto cui il fallimento sia stato esteso successivamente, sarebbe auspicabile una soluzione che possa consentire l'applicazione dell'art. 69-*bis* l.f., dando rilievo prioritario alla circostanza della valutazione dell'insolvenza della società, nelle ipotesi nelle quali il terzo fosse a conoscenza del vincolo sociale.

⁹⁴ «In tema di estensione del fallimento ai sensi dell'art. 147 legge fall., qualora, dopo la dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata, si accerti l'esistenza di altro socio illimitatamente responsabile (ovvero, dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale, risulti l'esistenza di una società di fatto tra lo stesso imprenditore ed altro od altri soci), la successiva **dichiarazione di fallimento ha natura costitutiva ed effetto "ex nunc"**, in virtù del carattere autonomo che (pur in seno al "simultaneus processus") va ad essa riconosciuta. (Nell'affermare tale principio, la S.C. ha ritenuto che il termine dell'anno anteriore al fallimento, ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 4 legge fall. ed ai fini della revocabilità di un'ipoteca costituita dal socio illimitatamente responsabile di una società di persone, andasse computato con riferimento alla data del fallimento del socio e non a quella della prima procedura concorsuale instaurata a carico della società)» (Cass., n. 13421/2008).

7. Il socio illimitatamente responsabile e le procedure di sovraindebitamento: le prospettive aperte dalla Legge 19 ottobre 2017, n. 155.

Com'è noto, *de iure condito*, la questione della possibilità del socio illimitatamente di accedere alle procedure di sovraindebitamento è fortemente contrastata in giurisprudenza⁹⁵.

De iure condendo l'art. 9 L. 19 ottobre 2017, n. 155 ha risolto la questione in senso positivo⁹⁶. Il principio di legge delega, pur sciogliendo i dubbi sull'*an* dell'assoggettabilità del socio illimitatamente responsabile alle procedure *ex l.* n. 3/2012, non fa alcun riferimento ai nodi procedurali relativi al *quomodo*, rimettendo così, opportunamente, le scelte al legislatore delegato. Quest'ultimo dovrà, tuttavia, confrontarsi, in termini sistematici, nella scelta riconfermata anche dalla legge delega n. 155/2017 di prevedere l'estensione al socio illimitatamente responsabile della procedura di liquidazione giudiziale. L'art. 7, co. 5 lett. c), L. n. 155/2017 prevede, infatti, la legittimazione del curatore ad iniziare o proseguire *“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.**”*

Nonostante la conferma della regola dell'estensione della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti della società la definitiva chiarificazione della possibilità per il socio illimitatamente responsabile di accedere alle procedure di sovraindebitamento può costituire una chiave di volta, che salvaguardando la concorsualità nella regolazione della responsabilità solidale del socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali, possa consentire al socio di regolare in via alternativa l'esposizione debitoria per i debiti della società. Tanto più che l'accesso del socio illimitatamente responsabile alle procedure di sovraindebitamento consente di colmare il trattamento difforme rispetto

⁹⁵ Propende per la soluzione positiva Trib. Prato, 16/1/2016, in *www.osservatorio-oci.org*, Msv. 00058; in senso contrario Trib. Milano, 18/8/2016, in *www.osservatorio-oci.org*, Msv. 00057, e Trib. Cagliari, 14/11/2016, in *www.osservatorio-oci.org*, Msv. 00062.

⁹⁶ L'art. 9 L. n. 155/2017 prevede che: *“Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, per la disciplina della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, il Governo procede al riordino e alla semplificazione della disciplina in materia attenendosi ai seguenti principi e criteri direttivi: a) comprendere nella procedura i soci illimitatamente responsabili”*

alle ipotesi di responsabilità illimitata del socio di s.p.a. e di s.r.l. Mentre questi ultimi, in quanto non assoggettabili al fallimento in estensione, possono accedere senza problemi alle procedure di sovraindebitamento, il socio illimitatamente responsabile di una delle società enucleate nell'art. 147, co. 1, l.f. si vedeva preclusa tale possibilità ad opera di un'interpretazione restrittiva.

La divergenza di trattamento sarebbe stata tanto più evidente, soprattutto se si tiene conto delle diverse modalità di accesso all'esdebitazione nelle procedure di liquidazione giudiziale rispetto alle procedure di sovraindebitamento, anche alla luce dell'ampliamento delle ipotesi di esdebitazione ad opera della riforma del diritto concorsuale che il Governo si appresta a varare nell'esercizio della delega conferita dalla L. n. 155/2017.

La presenza di un principio di legge delega ampio come quello previsto nell'art. 9 L. n. 155/2017 potrebbe preludere ad un passaggio epocale nella regolazione concorsuale dell'esposizione debitoria del socio illimitatamente responsabile (soprattutto se persona fisica). Per attuare una disciplina che, ferma la necessaria tutela dei creditori, assicuri modalità meno severe nella realizzazione concorsuale della responsabilità illimitata e solidale del socio per i debiti della società, occorre che il legislatore delegato opti per un criterio di coordinamento tra la procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile e la liquidazione giudiziale, senza scegliere, in via aprioristica, un necessario e inesorabile assorbimento della procedura minore nei confronti del socio nell'ambito della liquidazione giudiziale⁹⁷. Fermo restando che anche una scelta in quest'ultimo senso sarebbe pienamente legittima, in base alla formulazione del principio della legge delega, sono ormai da ritenere maturi i tempi perché la responsabilità illimitata e solidale del socio per i debiti della società possa essere realizzata anche nell'ambito di una procedura di sovraindebitamento. In sostanza si tratterebbe di consentire *ex ante* (mediante il ricorso ad un accordo di composizione della crisi o una procedura di liquidazione dei beni da parte del socio illimitatamente responsabile) ciò che è possibile fare *ex post*, dopo l'apertura della procedura concorsuale nei confronti della società,

⁹⁷ Sia consentito di rinviare a Brogi R., *La Riforma della crisi d'impresa in GU: le modifiche al sovraindebitamento*, in *Quotidiano giuridico*, 31/10/2017.

quando il socio può proporre – e probabilmente potrà continuare a proporre – un concordato fallimentare (o in futuro un concordato liquidatorio giudiziale) che potrà determinare la chiusura del suo fallimento, lasciando aperto quello della società (artt. 153 e 154 l.f.)

La regolazione parallela della responsabilità per i debiti sociali rispetto alla procedura di liquidazione giudiziale richiede di mantenere fermi i seguenti punti fondamentali:

- la concorsualità (in quanto strumento di tutela della *par condicio creditorum*);
- la buona fede del socio;
- la tutela dei diritti dei creditori;
- il diritto di informazione dei creditori.

A tal fine due linee guida devono essere tenute ferme.

La prima è quella di precludere l'accesso alle procedure di sovraindebitamento al socio che abbia compiuto atti di disposizione dei beni in danno dei creditori (recuperando così le azioni revocatorie fallimentari, a meno che il legislatore delegato non ritenga di inserire anche all'intero della procedura di liquidazione del patrimonio *ex art. 14-ter l. n. 3/2012*, tale tipologia di azioni).

La seconda linea guida è quella di stabilire che l'O.C.C. nella relazione *ex art. 9-bis L. n. 3/2012* indichi quali siano le prospettive alternative dei creditori non solo in confronto con l'alternativa liquidatoria prevista nella L. n. 3/2012, ma anche in relazione all'eventuale estensione della procedura di liquidazione giudiziale dei beni aperta nei confronti della società, con particolare riferimento alle azioni revocatorie. Non è infatti dubitabile che i creditori chiamati a votare la proposta di accordo di ristrutturazione siano non solo quelli personali del socio illimitatamente responsabile, ma anche quelli della società, con la conseguenza che l'eventuale opposizione di convenienza nei confronti dell'eventuale omologazione del piano di ristrutturazione sarebbe di per sé strumento di sufficiente e adeguata tutela dei creditori, tale da non precludere la soluzione della situazione debitoria del socio illimitatamente responsabile in via alternativa rispetto alla regolazione concorsuale dell'insolvenza della società.