

# UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI “ALDO MORO”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
CORSO DI LAUREA IN  
Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA  
IN

DIRITTO COMMERCIALE

SOCIETA' OCCULTA E PROCEDURE CONCORSUALI  
GLI ABUSI DELLO SCHERMO SOCIETARIO

RELATORE:  
Ch.mo Prof. Michele Castellano

LAUREANDA:  
Arianna CISTERNINO

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

## INDICE

*Introduzione* ..... 5

### **Capitolo primo**

#### **L'IMPRENDITORE OCCULTO NEL DIBATTITO DEI GIURISTI DEL '900**

1.1- Presentazione della fattispecie nelle sue manifestazioni. L'imprenditore occulto di impresa individuale. .... 10

    1.1.1- Socio occulto di società palese. Società occulta. .... 13

    1.1.2- Dominio delle società di capitali. .... 16

1.2- La teoria dell'imprenditore occulto di Walter Bigiavi..... 18

    1.2.1- Applicazione della teoria alle società di capitali. .... 27

1.3- Posizioni critiche. Tullio Ascarelli..... 30

    1.3.1- Francesco Ferrara Junior..... 38

1.4- Posizioni intermedie..... 44

1.5- La reazione della giurisprudenza coeva. In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione. .... 52

### **Capitolo secondo**

#### **IL NUOVO CATALOGO DI SANZIONI CONTRO L'ABUSO SOCIETARIO A SEGUITO DELLE RIFORME**

2.1-	Premessa. L’impatto delle riforme di diritto societario e fallimentare...	60
2.2-	La repressione degli “atti tirannici” .....	64
2.3-	Finanziamenti abusivi e sottocapitalizzazione.....	71
2.4-	Responsabilità risarcitoria per l’attività abusiva di direzione e coordinamento.....	83
2.4.1-	Presupposti oggettivi e natura giuridica della responsabilità. ....	87
2.4.2-	La sorte della <i>holding</i> persona fisica.. ..	93
2.4.3-	Caratteri della <i>holding</i> personale. Disamina e critica del c.d. filone Caltagirone.....	98

## **Capitolo terzo**

### **RAPPORTI TRA TUTELA PATRIMONIALE E RISARCITORIA NUOVI ORIZZONTI IN TEMA DI INTERPOSIZIONE DI PERSONA**

3.1-	La <i>summa divisio</i> nell’impianto sanzionatorio post-riforme. ....	106
3.2-	Tutela dei soggetti danneggiati tra responsabilità risarcitoria e patrimoniale.....	109
3.2.1-	Residui spazi d’azione della sanzione patrimoniale. Coesistenza nel sistema delle due forme di tutela e distinzione dei relativi ambiti di applicazione. ....	114
3.3-	La “supersocietà di fatto”: natura non ostativa dei limiti ex art. 2361, II co. c.c.....	119
3.3.1-	Cenni in tema di applicabilità dell’art. 2361, II co. c.c. alla S.R.L. ....	126

3.3.2- Fallimento della supersocietà occulta in ripercussione del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di società di capitali. Profili di (il)legittimità costituzionale. ....	130
3.4- Portata della riforma dell'art. 147 L. Fall., tra istanze di eliminazione e nuovi scenari in tema di interposizione di persona. ....	137
<i>Conclusioni</i> .....	144
<i>Bibliografia</i> .....	148

## INTRODUZIONE

Oggi più che in passato, anche a causa della crisi economica e finanziaria che sta interessando i mercati globali, assistiamo al proliferare di situazioni di cattiva imprenditoria, caratterizzate per lo più dall'impiego di *escamotages* volti ad assicurare una porzione più o meno ampia di irresponsabilità a fronte di politiche di gestione scaltre, al limite della scelleratezza. L'irresponsabilità di un soggetto però non genera solo effetti vantaggiosi nella sua sfera personale, ma si traduce in una serie di effetti deleteri che si riverberano sulla platea di attori del mercato che con questo si siano interfacciati, innescando reazioni a catena suscettibili nel lungo periodo di danneggiare l'intero sistema.

L'obiettivo che questo lavoro si propone sta nell'individuazione, mediante l'analisi delle diverse modalità in cui l'abuso nella gestione di un'attività economica può manifestarsi e dell'evoluzione normativa che ha interessato il fenomeno, di strumenti di reazione volti non solo a punire, ma anche e soprattutto a neutralizzare politiche gestorie nocive per il corretto funzionamento del sistema economico. L'analisi avrà ad oggetto in particolare fenomeni di interposizione di persona nell'esercizio dell'impresa che si concretano nel perseguimento del beneficio della responsabilità limitata senza però passare per l'adozione di quel catalogo di strumenti all'uopo predisposti dal legislatore e corredati di congegni atti a garantire la tutela dei soggetti – creditori e terzi – che si interfacciano con l'impresa nel corso della sua attività.

Si tratta di fenomeni che spaziano dalla figura dell'imprenditore occulto che, guardandosi bene dallo spendere il proprio nome nel traffico giuridico, si avvale di un prestanome per l'esercizio della propria impresa; a quella della

società occulta, celata dietro l'apparente impresa individuale di uno dei soci o anche di un terzo, ovvero della società palese partecipata da uno o più soci occulti; al dominio delle società di capitali da parte di uno o più soggetti che, generalmente servendosi di una situazione di controllo in seno all'ente societario, adoperano quest'ultimo come una cosa propria, "infischiandosi più o meno allegramente delle regole di diritto societario"; al fenomeno, collegato a quello da ultimo richiamato, della sottocapitalizzazione nominale; alla abusiva attività di eterodirezione di imprese, esercitata nel perseguimento di interessi alieni rispetto a quelli delle società eterodirette; al fenomeno, confinante con quello testé descritto, della società occulta partecipata da società di capitali.

L'analisi sarà effettuata a partire dalla disamina del vivace dibattito sorto lo scorso secolo tra giuristi di notevole caratura, insoddisfatti dalla sostanziale ingiustizia determinata dall'applicazione del criterio della spendita del nome. Lo sguardo sarà focalizzato in particolare sulla seducente teoria dell'imprenditore occulto, elaborata da Walter Bigiavi a partire dagli anni '50 e contestata sotto diversi profili da Tullio Ascarelli, che fu il suo più appassionato oppositore e da Francesco Ferrara Jr, i quali non si disinteressarono peraltro della ricerca di una soluzione rispondente a giustizia sostanziale e finirono per giungere, pur percorrendo sentieri differenti, a conclusioni sostanzialmente non dissimili. Sarà presa in considerazione la principale giurisprudenza coeva e sarà messo in luce il diverso approccio manifestato da parte della giurisprudenza di merito, più incline a discostarsi da soluzioni rigorosamente formali, e di quella di legittimità, che non fu mai pacifica nell'accostarsi alla bigiaviana teoria.

Il momento centrale di questo percorso di ricerca si assesterà sull'analisi delle novità introdotte dalle riforme di diritto societario del 2003 e fallimentare del 2006. Il quesito principale cui si tenterà di dare una risposta riguarda la possibilità di trarre dalla sinergia delle due riforme dati positivi da cui ricavare strumenti di reazione nei confronti delle diverse situazioni di abuso pocanzi esemplificativamente elencate. L'indagine si soffermerà su diversi dati normativi: l'art. 2476, VII co. c.c., dettato in tema di S.R.L., che estende in via solidale la responsabilità degli amministratori ai “soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”, del quale si tenterà di individuare l'esatta portata al fine di qualificarlo o meno come mezzo di reazione nei confronti di atti tirannici singolarmente individuati; la nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di S.R.L. (art. 2467 c.c.) e dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.) che posterga il rimborso dei finanziamenti dei soci (o di quelli posti in essere nell'attività di direzione e coordinamento) alla soddisfazione degli altri creditori, della quale si indagherà l'idoneità alla neutralizzazione dei fenomeni di sottocapitalizzazione nominale; la nuova disciplina in tema di responsabilità da abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società dettata dall'art. 2497 c.c., che prevede una speciale forma di responsabilità risarcitoria in capo alle “società o gli enti che, esercitando attività o direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”, che sarà esaminata sotto il profilo della sua esatta portata e natura giuridica, al fine di determinare, *in primis*, quale ruolo spetta a questa inedita forma di responsabilità risarcitoria per attività di *mala gestio*, rispetto alla più antica e dibattuta responsabilità patrimoniale e, *in secundis*, se e come queste due forme di tutela vadano tra loro coordinate; al definitivo

riconoscimento da parte dell'art. 2361 c.c. della possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di persone, di cui si indagherà l'esatta estensione in relazione alla natura da attribuire ai limiti previsti dal II comma della norma in questione, per giungere ad una risposta circa la configurabilità di una supersocietà in via di mero fatto e della relativa fallibilità; infine ci si interrogherà sull'importanza – a prima vista di non decisivo impatto – delle modifiche apportate all'art. 147 L. Fall., con cui è stata espressamente riconosciuta la fallibilità della società occulta, a suo tempo proclamata da Bigiavi e non pacificamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che potrebbero prestarsi all'apertura di nuovi ed inediti scenari in tema di interposizione di persona.

## Capitolo primo

### L'IMPRENDITORE OCCULTO NEL DIBATTITO DEI GIURISTI DEL '900

#### 1.1- Presentazione della fattispecie nelle sue manifestazioni.

##### L'imprenditore occulto di impresa individuale.

L'art. 2082 c.c. stabilisce, in prima e generalissima battuta, che è qualificato imprenditore “chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi”. Nulla di più lineare finché questo soggetto agisca e si muova nel mercato spendendo il proprio nome e assumendo le obbligazioni che ogni attività economica genera. La prassi però ci offre da sempre esempi di ipotesi *borderline* di gestione di un'impresa. Ipotesi in cui il reale interessato all'attività economica si muove nell'ombra, sposta i fili della propria attività restando dietro le quinte, senza mai mostrare al pubblico il proprio volto. Questo burattinaio è quello che, nella più semplice delle ipotesi di gestione indiretta di un'impresa, è stato chiamato, con formula evocativa, Imprenditore Occulto. L'impresa è esercitata per mezzo di un soggetto che si manifesta ai terzi come imprenditore, spendendo dunque il proprio nome nel traffico giuridico, sottoscrivendo gli atti in cui si snoda l'attività, sicché gli effetti di questa si riverberano nella sua sfera giuridica. Ciononostante non è costui a gestire la vita dell'impresa, né a sostenerne il rischio. Dietro il velo di questa apparenza si cela infatti un *dominus* che finanzia l'attività e la dirige, decidendo in anticipo ogni mossa che il prestanome dovrà compiere.

Il fine che muove questo soggetto, nel momento in cui decide di gestire la propria impresa servendosi di una testa di legno, è quella di ottenere una limitazione della propria responsabilità personale nel caso in cui le cose dovessero andare male e l'impresa finisca per trovarsi in stato di insolvenza. L'art. 2740 c.c. stabilisce infatti che il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri; il secondo comma statuisce che sono possibili delle limitazioni di responsabilità nei soli casi previsti dalla legge. Avremo modo di soffermarci sugli strumenti che il legislatore predispone per la suddetta limitazione, ma al momento quello che ci interessa da vicino è il primo comma della norma. Se il nostro *dominus* gestisse infatti la propria impresa manifestandosi ai terzi e spendendo il proprio nome nel compimento della relativa attività, nel caso in cui questa dovesse smettere di prosperare e prendere la via dell'insolvenza, il suo patrimonio sarebbe interamente sottoposto al rischio della falcidia fallimentare, proprio in virtù del principio generale espresso da quella norma. Molto più comodo (e sicuro!) è per l'imprenditore disonesto scegliere un soggetto dal patrimonio incapiante, mettere nelle sue mani un certo capitale (che ovviamente rappresenterà solo una frazione del suo proprio patrimonio) e dargli stringenti direttive per la gestione dell'impresa lungo tutto il suo corso, di modo che questi soltanto figuri agli occhi dei terzi. Così operando si crea l'artificio per cui il soggetto che ai sensi dell'art. 2740 debba rispondere con "i propri beni presenti e futuri" delle obbligazioni che l'impresa avrà a generare, sarà per l'appunto la testa di legno, che nel proprio patrimonio beni non ha. Nell'ipotesi in cui si pervenga ad una situazione di insolvenza, il *dominus* ci avrà rimesso solo quella frazione del proprio patrimonio con cui ha finanziato l'impresa finché questa abbia navigato per mari prosperi, abbandonando poi la nave durante il naufragio,

mettendo in salvo i restanti propri beni (presenti e futuri). Con buona pace della tutela dei creditori e dei terzi che in questa situazione risultino coinvolti.

### **1.1.1- Socio occulto di società palese. Società occulta.**

Come detto, la prassi ci fornisce numerosi esempi del fenomeno di gestione indiretta di un'attività d'impresa, il quale si presenta in varie sfaccettature. Tale fenomeno non è limitato all'ipotesi dell'impresa individuale, ma è presente anche in ambito societario.

In particolare, la disciplina delle società di persone non richiede per il riconoscimento di un rapporto societario la sua esteriorizzazione. E' ben possibile dunque che ad una società di questo tipo partecipino, non solo i soci che abbiano sottoscritto l'atto costitutivo, ma anche uno o più soggetti che abbiano scelto di non manifestarsi ai terzi. La loro partecipazione è valida pur se limitata ai rapporti interni, purché sussistano gli elementi essenziali del contratto di società, il quale peraltro non richiede forma scritta. Il socio occulto dunque farà dei conferimenti alla società (spesso il finanziamento della stessa si manifesta sotto forma di fidejussioni *omnibus*), parteciperà alla gestione dell'attività sociale con gli altri soci e, al pari di questi, dividerà gli utili. Il socio che non esteriorizza la propria posizione nei rapporti con i terzi può essere spinto da varie motivazioni: dall'intento di evadere il fisco o, ad esempio, dalla volontà di tenere indenne parte del patrimonio familiare, nel caso in cui il socio occulto sia il coniuge di uno dei soci palesi.

Diversa rispetto a questa ipotesi è quella, ancor più radicale, in cui a restare celata è la stessa esistenza della società. A differenza di quanto avviene per le

società di capitali, per le quali l'iscrizione nel registro delle imprese ha efficacia costitutiva, per quelle personali essa è una mera condizione di regolarità. Si è già detto inoltre che il contratto di società (di persone) non richiede per la sua validità (né tanto meno per la prova) che sia osservata la forma scritta, esso si perfeziona anche per fatti concludenti. È possibile pertanto che la società risulti da un atto scritto che i soci tengono segreto per comune accordo; è possibile però anche che la società occulta sia, più semplicemente, una società di fatto (*rectius*: una collettiva irregolare). Avviene dunque anche qui che l'attività sociale sia svolta formalmente in nome di un imprenditore individuale, il quale può essere, a sua volta, uno dei soci ovvero anche un terzo. È quindi possibile ravvisare anche in questa ipotesi la presenza di una c.d. testa di legno, dal patrimonio generalmente modesto, che figuri nei rapporti con i terzi e sulle carte dell'impresa, senza però esserne il reale interessato. Alle sue spalle infatti vi è una società, perfettamente esistente e funzionante, che dirige e finanzia l'attività di impresa, godendone i frutti, sopportando però un rischio modesto. Si sarà notata l'affinità tra questa ipotesi e quella dell'esercizio indiretto di impresa individuale, intuitiva è anche l'identica finalità. Infatti caratteristica fondamentale della disciplina della società di persone è la responsabilità illimitata dei soci nei confronti dei creditori sociali. Tenere la società nell'ombra significa nascondere ai terzi i relativi soci occulti con i loro patrimoni. Risponderà così delle obbligazioni sociali e sarà esposta a fallimento in caso di insolvenza la sola testa di legno, che ha speso il proprio nome nel traffico giuridico. I soci rimasti dietro le quinte perderanno, in caso di dissesto, solo quella parte del proprio patrimonio che hanno investito nell'attività comune, ottenendo surrettiziamente una limitazione di responsabilità nell'esercizio dell'impresa. Dico "surrettiziamente" perché la loro è finalità astrattamente lecita e prevista dalle

norme societarie. Tali norme però prevedono degli appositi strumenti per il raggiungimento di simile finalità, dotati di congegni atti a garantire i creditori e tutti quei terzi che incroceranno la loro strada con quella della società in questione.

### **1.1.2- Dominio delle società di capitali.**

Si è appena rimarcato che la legge concede, a determinate condizioni, il beneficio della responsabilità limitata nell'esercizio di un'impresa. Il mezzo all'uopo apprestato è la costituzione di una società di capitali, in particolare S.P.A. ed S.R.L. L'adozione di uno di questi tipi permette ai soci di esercitare un'attività economica comune, limitando la responsabilità per le obbligazioni sociali al solo capitale investito. Un simile beneficio trova un adeguato bilanciamento nella predisposizione di particolari forme organizzative per la gestione dell'ente, le quali consistono, in definitiva, nella necessaria coesistenza in seno alla società di una pluralità di organi, ciascuno dotato di proprie attribuzioni. Scopo di questa divisione di poteri è il conseguimento di un controllo reciproco, che garantisca il corretto funzionamento della società.

Avviene però che, anche nell'ambito delle società di capitali, si verificano situazioni patologiche, vere e proprie fattispecie di abuso dello schermo societario. Capita infatti, non di rado, che nell'ambito di una società di questo tipo agisca un socio (o un gruppo di soci), detentore della maggioranza schiacciante delle quote (o delle azioni) “che si sia servito della società come di cosa propria; che abbia degradato la società a suo strumento; che abbia fatto il comodo suo, infischandosi più o meno allegramente delle regole di diritto

societario.”<sup>1</sup> In questi casi la società di capitali è adoperata come uno schermo che si frappone fra i terzi e il patrimonio del socio, vero e proprio tiranno della stessa, il quale infatti beneficerà della limitazione di responsabilità conseguente all’adozione di questo tipo societario, senza che in realtà operi il relativo contrappeso. Infatti occorre ben guardarsi dal confondere la fattispecie in esame, con quella del mero socio sovrano, cioè quel socio che detiene il controllo della società e la gestisce per le finalità e nel modo che ritiene più opportuni, nel rispetto delle regole del diritto societario (non va dimenticato che l’assemblea s’informa al principio maggioritario). Nella nostra fattispecie il socio è despota della società e la riduce ad un uomo di paglia, violando sistematicamente le norme che la dovrebbero governare: le operazioni da compiere sono decise volta a volta dal tiranno, senza scomodare organi di amministrazione né assemblea; i sindaci restano assenti dalla vita della società o comunque sono adibiti a mansioni diverse da quelle ordinarie di controllo degli amministratori; ma, soprattutto, il socio finanzia e garantisce sistematicamente gli affari sociali con denaro proprio e attinge dalle casse della società per scopi tutt’affatto estranei alla stessa. Si realizza cioè la c.d. confusione di patrimoni (rispettivamente dell’ente societario e del suo despota), che è il principale indice rivelatore di questa forma di abuso della persona giuridica.

## **1.2- La teoria dell’imprenditore occulto di Walter Bigiavi.**

È inevitabile che l’animo del giurista non resti indifferente di fronte a situazioni, quali quelle che sono state rapidamente passate in rassegna, nelle

---

<sup>1</sup> W. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio “tiranno”*, in Foro It., 1960, I, col. 1182

quali un'applicazione rigorosa del principio della spendita del nome, che è nel nostro ordinamento il principio generale di imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici (chiaramente enunciato in tema di mandato senza rappresentanza dall'art. 1705 c.c.), condurrebbe a soluzioni di grave ingiustizia sostanziale. Così lo scorso secolo ha visto scontrarsi studiosi di notevole caratura in un acceso dibattito circa il superamento o meno, nelle fattispecie indicate, del suddetto criterio di imputazione della responsabilità. Uno, in particolare, tra essi ha dedicato oltre vent'anni del proprio lavoro alla soluzione del problema dell'esercizio indiretto dell'impresa, pervenendo a risultati che all'epoca furono considerati rivoluzionari e accolti, in dottrina come in giurisprudenza, tutt'altro che pacificamente. Mi riferisco alla seducente teoria dell'imprenditore occulto di Walter Bigiavi<sup>2</sup>. Questi, se non fu forse il primo in assoluto a dedicarsi alla questione, fu certamente quello che vi si immerse con maggior passione e dedizione, pervenendo a risultati che hanno inevitabilmente condizionato (quanto meno in parte) i successivi sviluppi giurisprudenziali e normativi.

Bigiavi dà al problema un'impostazione rigorosa, egli infatti ne ricerca la soluzione all'interno dell'ordinamento giuridico, analizzando e sviscerando le norme che ad esso si accostano. Critica infatti senza riserve quei colleghi (e tra questi i suoi critici) che affrontano la questione sentendosi svincolati dal dato normativo, che si affidano a quella che, in senso velatamente (ma non troppo!) dispregiativo, è stata definita "*Gefühlsjurisprudenz*". Egli infatti ritiene "plausibilissima" la soluzione contraria all'imprenditore occulto, ma, alla luce dei risultati cui la sua ricerca lo ha condotto, conclude che "il nostro legislatore del '42 ha invece preferito l'altra soluzione, quella favorevole (anch'essa

---

<sup>2</sup> I risultati della ricerca del B. sono raccolti in maniera lineare ed organica nelle sue due opere principali: *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954 e *Difesa dell'"Imprenditore occulto"*, Padova, 1962.

plausibilissima), basandosi, anziché su di un criterio giuridico-formale, su di un criterio economico-sostanziale (giuridico anche questo, ben si intende).”<sup>3</sup> Il dato normativo da cui parte la sua dissertazione è l’art. 147, II co. L. Fall., nella sua formulazione originaria.<sup>4</sup> La norma, dopo aver stabilito nel I comma che il fallimento di una società con soci illimitatamente responsabili si estende ai soci medesimi, così proseguiva: “Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l’esistenza di altri soci illimitatamente responsabili il tribunale, su domanda del curatore o d’ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio.” Si tratta del fallimento del c.d. socio occulto di società palese. La norma, nell’epoca in cui fu elaborata la teoria in esame, terminava così. Tuttavia, secondo il nostro autore, la disposizione aveva in realtà un ambito applicativo ben più vasto. Innanzitutto essa era applicabile per analogia al caso non contemplato, ma sostanzialmente identico, del socio occulto di società occulta e, conseguentemente, alla società stessa. Egli ravvisava come la differenza tra le due fattispecie (socio occulto di società palese e socio occulto di società occulta) fosse meramente quantitativa. Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe ad un risultato che il Bigiavi non esita a definire “buffo”: “supposta l’esistenza di due soci, di cui uno occulto – *la qual situazione occulterebbe di fatto la società stessa* – quest’ultimo non risponderebbe affatto; supposta invece l’esistenza di tre soci, di cui uno occulto, quest’ultimo dovrebbe rispondere in pieno. E allora domando subito: com’è possibile distinguere giuridicamente, qualitativamente, tra due e tre?”<sup>5</sup> E, in effetti, come dagli torto? Neanche il legislatore l’ha fatto quando, in sede di riforma della legge fallimentare, ha espressamente previsto il fallimento della società occulta e dei suoi soci. Ma il ragionamento di Bigiavi

<sup>3</sup> W. BIGIAVI, *Difesa dell’ “Imprenditore occulto”*, cit., p. 67.

<sup>4</sup> La disposizione è confluita nell’attuale IV comma, a seguito di modifica legislativa ex art. 131, D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

<sup>5</sup> W. BIGIAVI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, p. 6

si spinge oltre poiché, dando per acquisito questo risultato, egli lo pone a fondamento di una ulteriore estensione analogica: la norma non può, secondo l'autore, non applicarsi anche al caso dell'imprenditore occulto di impresa individuale. Se deve rispondere la società occulta, "è inevitabile che fallisca anche colui che si è avvalso di un prestanome per gestire la sua impresa. Sul terreno giuridico la situazione è infatti la stessa, nulla importando il fatto che chi rimane fra le quinte sia soltanto un socio di chi appare in pubblico o sia, invece, l'esclusivo titolare dell'impresa gestita dal prestanome. In ambo i casi ci troviamo di fronte ad un imprenditore occulto, che nel primo caso è una società cui partecipa anche colui che agisce con i terzi; nel secondo caso, invece, è una persona (fisica o giuridica) che è l'esclusivo titolare di un'impresa, nell'ambito della quale il prestanome non ha alcuna partecipazione sociale."<sup>6</sup> Tanto basterebbe, già di per sé, a Bigiavi per ritenere dimostrato il superamento del principio della spendita del nome. A nulla valgono, in quanto facilmente superabili, le obiezioni che potrebbero immediatamente essere opposte alla sua ricostruzione: tali obiezioni si fondano sul principio dell'affidamento e sulla disciplina del mandato senza rappresentanza.

Partendo dal primo degli argomenti prospettati, si potrebbe obiettare che non sarebbe giustificabile che i terzi, che hanno sempre avuto rapporti con un determinato soggetto e solo su quest'ultimo hanno riposto il proprio affidamento, possano, in seguito alla scoperta di una società occulta alle spalle del loro contraente, giovare della responsabilità di essa società e dei suoi soci, soggetti sui quali non si sarebbe potuto creare alcun affidamento. L'argomento può ritenersi superato già col solo ricorso al capoverso dell'art. 147: se l'inesistenza di un affidamento da parte dei terzi deve escludere la responsabilità della società occulta e dei suoi soci, perché mai al medesimo

---

<sup>6</sup> W. BIGIAVI, *Imprenditore occulto*, cit., p. 18.

risultato non si perviene (ed è proprio la citata norma a stabilirlo espressamente) nel caso del socio occulto di società palese? Non può certamente dirsi, neanche in questo caso, che la responsabilità di quest'ultimo sia determinata dall'affidamento ingenerato nei terzi, il che è già molto significativo. Ancora, Bigiavi richiama a sostegno delle sue argomentazioni la situazione non dissimile di quello che egli definisce “socio occulto nel futuro”<sup>7</sup>, ossia il socio nuovo, cui l'art. 2269 c.c. attribuisce la responsabilità in solido con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità di socio. Anche in questo caso i terzi che siano venuti in contatto con la società non potevano affatto contare sulla responsabilità di un soggetto che, in seno all'ente, oltre a non figurare, non esisteva nemmeno! Ma non basta: un altro dato normativo cui l'autore riconosce notevole forza probante per respingere l'argomento basato sul principio dell'affidamento è l'art. 2267 c.c., dove è sancita la responsabilità illimitata di tutti i soci di una società semplice, anche quelli che *non* hanno agito in nome della società, salvo patto contrario portato alla conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Si tratta di norma palesemente ispirata a esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi. Poiché questa disposizione non distingue tra soci palesi ed occulti, Bigiavi ritiene che se ne possa ricavare anche la responsabilità di questi ultimi. Non perché la norma abbia rivolto lo sguardo a questi soci, ma perché non ha espressamente escluso la loro responsabilità. In ogni caso, la conclusione sarebbe confermata dalla possibilità prevista dalla norma di escludere la responsabilità con un patto ad hoc, che diviene operativo se portato alla conoscenza dei terzi con mezzi idonei. L'art. 2267 c.c. sarebbe dunque uno dei capisaldi della teoria dell'irrelevanza della spendita del nome, poiché da essa ricaviamo la conclusione “che la manifestazione ai terzi è necessaria non già per fondare,

---

<sup>7</sup> W. BIGIAVI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, cit., p. 14.

bensi per escludere la responsabilità altrimenti inevitabile.”<sup>8</sup> In definitiva può concludersi, secondo Bigiavi, che il ricorso all’ “affidamento all’apparenza” è del tutto ingiustificato in questa materia, soprattutto perché tale principio è validamente utilizzato solo quando giovi ai terzi, i quali hanno il diritto di contare su di una situazione che, pur se non reale, appare come tale all’uomo di media diligenza; non è giusto però che essa gli debba nuocere, poiché in ogni caso il terzo deve avvalersi del diritto di trarre tutti gli effetti favorevoli che la legge ricollega ad una determinata situazione, pur se questa non si sia manifestata da subito nella sua veste reale.

Il secondo argomento che potrebbe opporsi alla ricostruzione di Bigiavi è quello che inquadra la fattispecie in esame sotto lo schema del mandato senza rappresentanza: il socio che agisce all’esterno in proprio nome, anche se per conto della società, sarebbe mandatario senza rappresentanza di quest’ultima. La fattispecie sarebbe quindi disciplinata dall’art. 1705 c.c. che statuisce (nel I comma) quanto segue: “Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.” E al II comma ribadisce che i terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Per superare questa obiezione Bigiavi ricerca un elemento differenziale tra la fattispecie in esame e quella del mandato senza rappresentanza. E lo trova immediatamente nella circostanza che l’art. 1705 c.c. si riferisce agli “atti”, dunque ad affari singoli ed isolati, mentre nel nostro caso il socio che appare ai terzi si occupa dell’intera gestione dell’impresa, dunque non già di atti, bensì di un’attività. È ben nota la distinzione tra atti e attività e la diversa rilevanza normativa delle due nozioni, che già la dottrina del tempo rimarcava. Proprio in quel periodo infatti, in seguito all’entrata in vigore del Codice Civile del ’42, l’attività di impresa

---

<sup>8</sup> W. BIGIAVI, *Imprenditore occulto*, cit., pp. 10-11.

assumeva una rilevanza centrale, rappresentando per l'appunto uno dei cardini della riforma legislativa. Innegabile era dunque per Bigiavi ritenere che l'art. 1705 c.c. predisponesse un criterio di imputazione applicabile ai soli atti, mentre diverso criterio dovesse ricercarsi per l'imputazione di un'attività d'impresa. L'esercizio di impresa rappresenta pertanto in questa ricostruzione il dato formale che giustifica l'applicazione del principio dell'imputazione indiretta dell'attività, in deroga all'art. 1705 c.c.<sup>9</sup> Il dato normativo in cui Bigiavi ritrova questo diverso criterio di imputazione è l'art. 2208 c.c. che disciplina la responsabilità personale dell'istitutore. Egli ritiene infatti che il socio palese di una società occulta, essendo preposto all'intera gestione (quantomeno esterna) dell'impresa, si trovi sostanzialmente nella posizione di un istitutore. L'art. 2208 c.c. stabilisce innanzitutto che l'istitutore è obbligato personalmente se omette di far conoscere al terzo la propria posizione, ma immediatamente aggiunge che “tuttavia il terzo può agire contro il preponente per gli atti compiuti dall'istitutore, che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa cui è preposto.” Appare chiaro dunque che il soggetto preposto ad un'impresa obbliga il preponente, anche nel caso in cui taccia di fronte ai terzi la circostanza di agire per suo conto. Bigiavi trova così in questa norma il diverso criterio di imputazione dell'attività. Se esistono due norme, le quali prevedono due diversi criteri di imputazione, dei quali l'uno si riferisca ad “atti” e l'altro ad “attività”, trovandosi la nostra fattispecie nel secondo dei ricordati ambiti, sarebbe contraddittorio non applicare la norma che meglio ad essa si attaglia.

### **1.2.1- Applicazione della teoria alle società di capitali.**

---

<sup>9</sup> W. BIGIAVI, *Difesa*, cit., pp. 154-155.

Nel dare una ricostruzione alla tematica dell'esercizio indiretto di impresa, Bigiavi non si disinteressa del problema del c.d. dominio delle società di capitali. Si tratta di questione che non attiene direttamente alla più ampia problematica della spendita del nome, ma va piuttosto sussunta in un problema di strutture di esercizio del potere di impresa.<sup>10</sup> Si è già rimarcata la funzione che il legislatore ha attribuito alle società di capitali, le quali sono strumenti di limitazione della responsabilità nell'esercizio di un'attività economica. Si è pure chiarito che il beneficio della suddetta limitazione è bilanciato dall'organizzazione corporativa predisposta per il funzionamento della società. Bigiavi cerca di trovare un rimedio giuridico all'abuso commesso da quel socio (o da quei soci) che abbia(no) ridotto la società ad un "uomo di paglia", utilizzandola come mero schermo per proteggere il proprio patrimonio nell'esercizio di un'impresa personale, in assoluto dispregio delle norme che ne regolano il funzionamento.

Innanzitutto egli prende le mosse dall'art. 2362 c.c. (vecchia formulazione) che stabiliva, in caso di insolvenza della società, la responsabilità illimitata dell'unico socio per le obbligazioni sorte nel periodo in cui tutte le azioni o tutte le quote si trovassero in suo possesso. L'espedito utilizzato dal Bigiavi consiste nel ritenere che l'art. 2362 c.c. contenesse una presunzione *iuris et de iure* di abuso dello schermo societario e che fosse quest'ultima situazione a determinare la responsabilità illimitata del socio. La norma sarebbe stata dunque applicabile per identità di *ratio* alla fattispecie di più soci che, insieme, avessero degradato la società a loro strumento, utilizzandola come paravento per la loro personale attività; ed ancora al caso del singolo socio che, pur non

---

<sup>10</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "Imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I, pp. 660-661.

detenendo la totalità assoluta delle azioni (o delle quote), fosse titolare di una percentuale prossima al 100% ed ugualmente avesse ridotto la società ad un uomo di paglia.<sup>11</sup> La differenza tra la fattispecie espressamente regolata e le altre due pocanzi menzionate atterrebbe solo al regime di prova. Infatti nel caso di due o più soci tiranni, come nel caso del “quasi-unico azionista” sarebbe stato necessario fornire la dimostrazione degli elementi di fatto che giustificano la responsabilità illimitata; nel caso dell’unico azionista, invece, era lo stesso legislatore a presumere la sussistenza dell’abuso e quindi a dispensare dalla prova. Data questa premessa, bisogna sottolineare che, nella ricostruzione di Bigiavi, il socio tiranno fallirebbe ex art. 147, II co. L. Fall. ma non già in quanto socio illimitatamente responsabile, bensì in quanto imprenditore occulto (*rectius*: indiretto) della società.

### **1.3- Posizioni critiche. Tullio Ascarelli.**

La rivoluzionaria teoria prospettata da Bigiavi per superare il principio della spendita del nome come criterio di imputazione degli effetti dell’attività di impresa, non fu certo salutata pacificamente, avendo al contrario innescato un vasto processo di revisione critica, mirato a demolirne il fondamento. Non si può che partire dall’analizzare la posizione di quello che fu il più tenace oppositore della teoria dell’imprenditore occulto, Tullio Ascarelli. Egli costruisce la propria critica ricalcando i passi compiuti dal Bigiavi nell’impostare la propria tesi e parte dunque proprio dalla pretesa identità di

---

<sup>11</sup> W. BIGIAVI, *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. It.*, 1954, I, sez. II, col. 691, dove l’autore rimarca come chiunque, anche senza essere azionista o quotista, possa essere gravato di responsabilità illimitata laddove abbia utilizzato la società come una cosa propria (è il caso, ad esempio, dell’amministratore non socio).

*ratio* che dovrebbe giustificare l'applicazione estensiva dell'art. 147 L. Fall. alla fattispecie non espressamente contemplata della società occulta (e dei suoi soci). Ascarelli sostiene infatti una diversità strutturale e giuridica tra la posizione del socio occulto (di società palese) e quella della società occulta. Quest'ultima costituisce – ad avviso dell'autore – “un contratto plurilaterale che, in quanto interno (e cioè in quanto ciascuno dei cc.dd. soci agisca poi in nome proprio), non può definirsi società ai sensi dell'art. 2247 c.c.”<sup>12</sup> E ritiene che non vi sia incompatibilità né contraddittorietà nell'affermare che il socio di una società palese, che non abbia mai esteriorizzato la propria posizione in seno ad essa, è assoggettato cionondimeno al fallimento dell'ente cui fa capo, mentre la società, che non abbia mai agito come tale e che non abbia mai manifestato la propria esistenza, non può essere sottoposta a fallimento. La responsabilità del socio infatti, secondo l'autore, si fonda sulla adesione stessa alla società, dunque sulla manifestazione di volontà contrattuale che egli rivolge agli altri soci, che soli sono le sue “controparti”, per cui poco importa che egli non abbia mostrato la propria posizione anche ai terzi; al contrario, l'esteriorizzazione della società è la manifestazione della stessa nei confronti dei destinatari degli atti che essa porrà in essere, ragion per cui se essa manca, la società stessa non può venire ad esistenza. Ascarelli fonda dunque la diversità di disciplina delle due ipotesi sulla “assunzione della rispettiva qualità di socio o di società nelle relazioni con le controparti (che sono gli altri soci per il socio; i destinatari dei suoi atti, per la società).”<sup>13</sup> Ma la lettera dell'art. 2247 c.c., invero, richiede la sussistenza di quattro elementi affinché di società si possa parlare: 1) la pluralità dei contraenti (“due o più persone”); 2) il

---

<sup>12</sup> T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. Soc.*, 1958, p. 1159. Qui l'autore trae argomento dalla dottrina corrente sotto il codice abrogato, parte della quale riportava la fattispecie in esame nell'alveo della società civile, che nel vigore del cod. comm. aveva un'ampiezza maggiore rispetto a quella di società commerciale, anche a prescindere dall'oggetto idoneo a qualificare quest'ultimo tipo.

<sup>13</sup> T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, cit., p. 1160.

conferimento di beni o servizi; 3) l'esercizio in comune di un'attività economica; 4) lo scopo di dividere gli utili della stessa. Nessun riferimento traspare alla esteriorizzazione della società nei confronti dei terzi; né, allo stesso tempo, può dirsi che nel caso della società occulta manchi taluno degli elementi richiesti dalla norma per l'esistenza di una società. Sicché manca un dato positivo al quale ancorare la diversa rilevanza della manifestazione nei confronti dei terzi, nelle due fattispecie del socio e della società occulta.

La seconda delle critiche che l'Ascarelli rivolge alla teoria in esame si basa sulla circostanza che concedere diritto di cittadinanza alla figura dell'imprenditore occulto significherebbe ammettere l'esistenza nel nostro ordinamento di due diverse nozioni di imprenditore, delle quali l'una poggierebbe sul criterio formale della spendita del nome e l'altra su quello economico dell'interesse, il che chiaramente sarebbe inammissibile. L'obiezione è agevolmente superata da Bigiavi, perché la sua tesi fonda proprio sull'esistenza di un duplice criterio di imputazione, per cui la critica potrebbe avere un fondamento se le due nozioni di imprenditore fossero strutturate in modo tale da escluderne vicendevolmente l'applicazione. Nella costruzione di Bigiavi invece le due nozioni sono concorrenti, perché partono dagli stessi dati (cioè quegli stessi dati che si evincono dall'art. 2082 c.c.), ma giungono all'individuazione di due criteri di imputazione dell'attività di impresa distinti e compatibili. Infatti la nozione di "imprenditore" individua quella categoria di soggetti cui è possibile imputare gli effetti conseguenti all'attività di impresa. Ma dal sistema si desume che vi sono soggetti, imprenditori diretti, cui la legge imputa direttamente e nella loro unità tutti gli effetti dell'attività; altri, imprenditori indiretti, cui la legge imputa solo alcuni di tali effetti (per l'appunto, la responsabilità per i debiti d'impresa e il fallimento) e lo fa in via mediata, proprio come nel caso dei soci

illimitatamente responsabili cui l'art. 147 L. Fall. estende il fallimento della società. Proprio in quest'ultimo caso, infatti, la disciplina dell'impresa è imputata, in primo luogo e nel suo insieme, alla società (imprenditrice diretta) e solo in secondo luogo ai soci della stessa, parzialmente e di riflesso (cioè sul presupposto dell'esercizio di attività di impresa da parte della società cui essi appartengono). Pertanto per Bigiavi l'errore metodologico che sta alla base della presente obiezione consiste nel “postulare che la disciplina dell'imprenditore indiretto debba essere in tutto e per tutto uguale a quella dell'imprenditore diretto”<sup>14</sup>.

Ma la critica più serrata che Ascarelli rivolge alla dottrina dell'imprenditore occulto è quella che attiene alla genesi di un conflitto tra varie categorie di creditori. L'estensione degli effetti dell'attività d'impresa ad una persona diversa da quella che ha speso il proprio nome nel compimento della stessa non sarebbe sostenibile, in quanto causerebbe un ingiusto sacrificio dei creditori (personali) del soggetto nei cui confronti essa è operata e, al contempo, un ingiustificato vantaggio dei creditori del soggetto che si è manifestato dinanzi ai terzi. I primi infatti, nel concedere credito al proprio debitore, non avrebbero potuto considerare il concorso di una categoria di creditori derivanti da un'attività di impresa che non figurava in capo ad esso. I secondi *ex adverso* si gioverebbero di un patrimonio (quello del *dominus*) sul quale non avrebbero potuto fare affidamento nel momento in cui le obbligazioni vennero ad esistenza. Criterio di imputazione più efficiente di quello individuato dalla dottrina bigiaviana sarebbe, secondo l'illustre critico, l'imputazione dell'attività in funzione di quella degli atti. Infatti, dal momento che la suddetta imputazione determina l'applicazione di una particolare disciplina, tanto per ciò che attiene all'imprenditore stesso, quanto per i suoi creditori, metterla in

---

<sup>14</sup> W. BIGIAVI, *Difesa dell' "Imprenditore Occulto"*, cit., p. 85.

funzione con quella degli atti per mezzo dei quali essa si è svolta, è il solo criterio col quale è possibile arginare la suesposta discriminazione tra categorie di creditori.

Si sarà notato che questa critica si risolve, invero, nel già affrontato (e superato) argomento basato sul principio dell'affidamento<sup>15</sup>. Infatti Bigiavi non nega che nei confronti delle due categorie di creditori si verifichino le suddette conseguenze, sfavorevoli per l'una e vantaggiose per l'altra, ma si limita a prendere atto della circostanza che il legislatore, certo non inconsapevole del quadro giuridico prospettato, semplicemente lo accetta. L'assoggettamento a fallimento del socio occulto di società palese, espressamente contemplata dal legislatore all'art. 147, II co. L. Fall., determina infatti le medesime conseguenze sulle quali l'Ascarelli basa la propria critica regina. Non sussistono nel sistema dei validi elementi ai quali ancorare, sotto il profilo della tutela dei creditori, la distinzione tra la fattispecie del socio occulto di società palese e quella dell'imprenditore occulto (come anche quella della società occulta e dei suoi soci). Tanto basta a Bigiavi per affermare che "la responsabilità nasce per il solo fatto che si sia stati (con)titolari di un'impresa, indipendentemente dal fatto che i terzi abbiano o non abbiano conosciuto la realtà della situazione"<sup>16</sup>.

La critica di Ascarelli è radicale e si estende all'applicazione della teoria al socio tiranno di società di capitali. Bisogna sin da subito anticipare che, nonostante le obiezioni mosse al Bigiavi, egli perviene alle medesime conclusioni sul piano fattuale, ossia all'estensione del fallimento al socio che abbia agito nella società in dispregio della disciplina apprestata dal diritto societario, ma lo fa percorrendo diversi sentieri. L'autore respinge infatti le

---

<sup>15</sup> *Supra*, pp. 22 ss.

<sup>16</sup> W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 38.

premesse della teoria avversata, le quali individuano come presupposto dell'estensione prevista dall'art. 147 L. Fall. l'ingerenza del socio nella società, ravvisando invece come presupposto della norma la pura e semplice qualità di socio illimitatamente responsabile<sup>17</sup>. Tale qualità mancherebbe nel socio sovrano, ove si volesse ad esso estendere il fallimento per il solo fatto che egli abbia usato la società come cosa propria, realizzando in seno alla stessa una intollerabile ingerenza; non altrettanto potrebbe dirsi, secondo l'autore, se si ravvisasse in questi casi la ricorrenza di un rapporto sociale che abbia caratteristiche tali da determinare l'applicazione dell'art. 147 L. Fall. Ci si riferisce al caso in cui possa dirsi esistente, tra la società di capitali e i soci della stessa, una società di fatto avente lo stesso oggetto sociale e che svolga la medesima attività<sup>18</sup>. In questo caso infatti i soci sovrani ben potrebbero essere qualificati come soci illimitatamente responsabili, giustificandosi così la sussistenza del presupposto di applicazione dell'art. 147 L. Fall., ma non già per la loro ingiustificata ingerenza negli affari sociali, bensì per la loro partecipazione ad una società di persone.

La conclusione in parola è ripudiata da Bigiavi. Egli infatti ritiene astrattamente ammissibile una società di fatto tra soci di società di capitali o, ancor più in generale, la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone; esclude però che, nell'ipotesi in questione, la coesistenza delle due società, le quali svolgano attività unica ed unitaria, sia qualcosa di più che un "espediente *cousu de fil blanc*". Si tratterebbe infatti semplicemente di un fenomeno di duplice imputazione soggettiva della medesima impresa, per l'appunto perché non è dato ravvisare un'attività economica diversa da quella

---

<sup>17</sup> T. ASCARELLI, *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro It.*, 1957, I, col. 1446.

<sup>18</sup> È questa la c.d. tesi della supersocietà, sostenuta dall'autore anche in altri scritti. Veda il lettore in particolare T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro It.*, 1956, I, col. 405 ss.

già ricollegabile alla società di capitali. Peraltro Bigiavi rimprovera al suo critico la circostanza che, con la suddetta ricostruzione, egli abbia fatto rientrare dalla finestra l'avversata teoria spinta fuori dalla porta; ché pure a voler ammettere l'esistenza della supersocietà in questione, questa non potrebbe che essere occulta, salvo a voler ritenere che il socio tiranno (che Ascarelli fa rispondere illimitatamente grazie a questo artificio) sia "andato in giro dicendo di aver costituito una società di fatto con la società capitalistica" e che abbia speso il nome di questa nel traffico giuridico<sup>19</sup>. Condanna la conclusione ascarelliana anche un altro studioso di spessore, Ferrara Jr, che non esita a definirla, per gli stessi motivi, "un artificio che si condanna da sé"<sup>20</sup>.

### **1.3.1- Francesco Ferrara Junior.**

Si è già accennato che la teoria dell'imprenditore occulto prospettata da Bigiavi suscitò un vivace dibattito in seno alla dottrina commercialistica, di cui Ascarelli, pur essendo annoverato tra i più tenaci oppositori, non fu certo l'unico protagonista. Non si astenne dal prendere posizione un altro illustre studioso, Francesco Ferrara Jr, che nei suoi scritti<sup>21</sup> dichiara di non essere persuaso dalla teoria in questione e, pur pervenendo a risultati non dissimili nella sostanza, quantomeno in punto di applicazione della teoria alle società di capitali, lo fa attraverso una ricostruzione tutt'affatto diversa da quella effettuata da Bigiavi.

---

<sup>19</sup> W. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio "tiranno"*, in *Foro It.*, 1960, I, col. 1196-1197-1198.

<sup>20</sup> F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, II, pp. 666-667.

<sup>21</sup> In particolare: F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. Dir. Civ.*, cit.

Innanzitutto Ferrara ritiene che nessun abuso sia configurabile nella fattispecie di interposizione di persona nell'esercizio di impresa, posto che i terzi che contrattano con la persona interposta non solo sanno di poter fare affidamento esclusivamente sul patrimonio di quest'ultimo, ma ben potrebbero – a suo avviso – esercitare, tramite surrogatoria, l'*actio mandati contraria* che si trova nel patrimonio del prestanome e in questo modo ottenere dal mandante i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni che egli ha contratto per conto di quest'ultimo. Ma questa conclusione sarebbe sostenibile solo dando per assunta la premessa che la fattispecie in esame sia ascrivibile al mandato senza rappresentanza e quindi assoggettata alla relativa disciplina, premessa respinta dal Bigiavi proprio alla radice del suo lavoro.

E veniamo così alla seconda argomentazione del nostro critico, il quale confuta per l'appunto l'assunto sul quale Bigiavi fonda l'impossibilità di sussumere l'ipotesi di interposizione di persona nell'esercizio di impresa alla fattispecie del mandato senza rappresentanza. Ferrara ritiene infatti che non sia sostenibile la contrapposizione ravvisata dal nostro autore tra criterio di imputazione degli atti e criterio di imputazione dell'attività, cioè in definitiva dell'impresa. Egli ritiene che l'attività d'impresa in null'altro si risolva se non in una serie di atti, per cui la differenza sarebbe puramente quantitativa. Quindi l'eventuale mandato ad esercitare un'impresa sarebbe, a ben vedere, mandato a compiere tutti quegli atti ad essa relativi. Sicché nulla osterebbe all'applicazione, anche in questo caso, dell'art. 1705 c.c.

Non può in realtà ignorarsi il diverso e più pregnante valore che la distinzione in questione acquista in seguito all'entrata in vigore del codice del 1942, con il quale l'elemento centrale della definizione dell'impresa cessa di essere l'atto, che cede il posto all'attività. Infatti, se l'art. 3 cod. comm. ancorava al

compimento di “atti di commercio” la definizione di “commerciante” (antesignano dell’odierno “imprenditore commerciale”), l’art. 2082 c.c. fa riferimento all’esercizio di una “attività”. Questa è certamente composta di atti, ma essi sono teleologicamente orientati al raggiungimento di un fine unitario, sicché lungi dall’essere singoli affari, gli atti che compongono un’attività sono incatenati l’uno all’altro come particelle di un unico elemento.

Proprio alla luce del valore che il nuovo codice riconosce alla fattispecie “attività”, il coevo movimento della dottrina dell’impresa rileva che la gestione di un’impresa, risolvendosi nell’esercizio di un’attività, costituisca un “fatto”, di tal che ad essa non siano applicabili i principi dettati per la disciplina dei negozi giuridici.<sup>22</sup> La rilevanza della distinzione permette di escludere la qualificazione del soggetto interposto come semplice mandatario senza rappresentanza, in favore di quella che lo identifica come un institore segreto, cui è applicabile la disciplina dell’art. 2208 c.c.

Ma la critica, come anticipato, investe anche l’applicazione che Bigiavi fa della teoria alle società di capitali. Ferrara infatti ritiene arbitraria la premessa sulla quale quest’ultimo fonda la suddetta applicazione, cioè la circostanza che la responsabilità stabilita dall’art. 2362 c.c. in capo all’unico azionista sia giustificata da una presunzione di abuso. Egli ritiene che tale responsabilità sia attivata dalla legge al verificarsi del fatto obiettivo della concentrazione del capitale sociale in due sole mani, per cui ne ravvisa la razionale giustificazione nella paralisi che una simile situazione causa inevitabilmente a quei congegni predisposti per il regolare funzionamento dell’ente sociale. Ed è proprio in questo che Ferrara ravvisa il reale problema degli azionisti (o quotisti) tiranni: in ciò che i soci, accantonato l’ordinamento sociale che avevano predisposto

---

<sup>22</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell’ “Imprenditore occulto” nell’opera di Walter Bigiavi*, cit., pp. 630-631.

con la costituzione della società, operano nel mercato con un ordinamento sociale diverso, più snello, ma non rispondente alle esigenze di garanzia che sono alla base del particolare modello organizzativo congegnato dal legislatore. E su questo problema egli fonda la propria conclusione, che per altro giunge (come già era avvenuto per quella di Ascarelli) allo stesso risultato sostanziale cui perviene la ricostruzione bigiaviana, cioè all'affermazione della responsabilità illimitata. Egli afferma infatti che si avrebbe, per concorde volontà di tutti i soci, una trasformazione tacita della società di capitali in s.n.c. (*rectius*: collettiva irregolare).<sup>23</sup> La conclusione è manifestamente inaccettabile. Essa non si presta come idonea soluzione al problema del socio tiranno innanzitutto perché non è affatto detto che lo sfasamento tra la società costituita e quella operante avvenga per concorde volontà di tutti i soci e dunque non è adatta ad abbracciare tutte le manifestazioni del problema. Ma, anche a tralasciare questo rilievo, ad una simile conclusione si oppongono i principi in materia societaria<sup>24</sup>, in particolare le norme che disciplinano le società di capitali<sup>25</sup>. Non è sostenibile che, dopo la costituzione di una società di capitali, questa possa considerarsi estinta per il semplice abbandono di fatto dell'ordinamento sociale predisposto per quel particolare tipo, essendo all'uopo necessarie tanto l'osservanza del procedimento legale di liquidazione del patrimonio sociale, quanto la definizione dei rapporti con i creditori. Altrimenti, lungi dal concedere loro maggior tutela, si peggiorerebbe la posizione di questi ultimi, in quanto al pregiudizio che hanno già subito a causa dello scollamento tra la società registrata e quella che in effetti opera, se ne aggiungerebbe uno ulteriore derivante dal mutamento del regime giuridico dell'ente, con la conseguente perdita delle garanzie predisposte dalla disciplina

<sup>23</sup> F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, cit., pp. 668 ss.

<sup>24</sup> Naturalmente ci si riferisce ai principi vigenti all'epoca in cui il dibattito ebbe luogo.

<sup>25</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "Imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, cit., pp. 678 ss.

delle società di capitali, in particolare per ciò che attiene all'integrità del capitale. Sempre sul piano dei principi, va aggiunto che l'ordinamento allora vigente non disciplinava la trasformazione di una società di capitali in società di persone, dovendo allora ritenersi, anche alla luce delle considerazioni poc'anzi esposte, che essa non fosse affatto consentita.

In definitiva va comunque osservato che sarebbe assolutamente contraddittorio rispondere alla violazione di una certa disciplina con la disapplicazione della disciplina stessa! Dovendo invece tale violazione comportare delle sanzioni a carico dei singoli soci che l'hanno perpetrata.

#### **1.4.- Posizioni intermedie.**

Il quadro sin qui articolato si presenta ancor più vario ove si faccia cenno a quella parte della dottrina che condivide, ma solo parzialmente, la teoria di Bigiavi. Una posizione di spicco occupa certamente, in seno a questa corrente dottrina, la ricostruzione di Giovanni Fabbrini<sup>26</sup>, il quale concorda con Bigiavi circa la responsabilità illimitata (e la conseguente soggezione a fallimento) della società occulta e, in definitiva, dell'imprenditore occulto medesimo. E purtuttavia egli non si esime dal contestare con decisione il fondamento giuridico su cui posa la suddetta conclusione nell'opera di Bigiavi e, conseguentemente, nega fermamente l'applicazione della teoria in questione al caso del socio tiranno di società di capitali. In particolare si può dire che il Fabbrini abbia invertito il rapporto riscontrato dal collega tra l'art. 147 L. Fall. (che nell'opera di quest'ultimo rappresenta il pilastro di tutta la ricostruzione

---

<sup>26</sup> G. FABBRINI, *Imprenditore occulto e socio sovrano*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1959, pp. 1119 ss.

giuridica) e l'art. 2208 c.c. (di cui Bigiavi si serve, una volta dimostrata l'estensione analogica dell'art. 147 alla fattispecie in esame, per corroborare la sua tesi contro le obiezioni fondate sull'art. 1705 c.c.). Nell'opera dell'autore in esame invece i poli sono esattamente invertiti. Fabbrini ritiene infatti che la responsabilità della società occulta non possa semplicemente essere fatta discendere dall'applicazione analogica dell'art. 147 L. Fall. né se si ponga a fondamento della suddetta estensione l'elemento del potere di gestione, né tanto meno quando questa si giustifichi per la circostanza comune del mancato affidamento dei terzi.

Nel primo caso, la possibilità di estensione analogica mancherebbe poiché la locuzione “potere di gestione” acquisterebbe in realtà un significato diverso a seconda del suo impiego nell'una o nell'altra fattispecie. Nell'ipotesi del socio occulto di società palese, essa sarebbe da intendersi quale titolarità di quei diritti attribuiti dall'ordinamento sociale per via della partecipazione stessa alla società; nella fattispecie della società occulta, il potere di gestione altro non sarebbe se non la “titolarità effettiva della volontà manifestata nei confronti dei terzi, contro la titolarità apparente del soggetto che compie la manifestazione.”<sup>27</sup> Con ciò verrebbe dunque a mancare quella *ratio* comune alle due fattispecie tale da giustificare l'interpretazione analogica.

Il secondo elemento che Bigiavi pone a fondamento di questa analogia sta nel fatto che in entrambi i casi i terzi non facevano affidamento sulla responsabilità del soggetto rimasto tra le quinte. Fabbrini non nega totalmente la rilevanza dell'osservazione, ma ritiene che una mera circostanza negativa non sia sufficiente di per sé a giustificare ragioni di analogia; tutt'al più riconosce che questa, essendo comune anche all'ipotesi espressamente disciplinata dalle

---

<sup>27</sup> G. FABBRINI, *Imprenditore occulto e socio sovrano*, cit., p. 1126.

legge, non può *a priori* giustificare la negazione della responsabilità della società occulta.

Ma la base normativa di tale responsabilità va – secondo l'autore – cercata altrove. Così, dando per assunto che esistono nel nostro ordinamento situazioni in cui la responsabilità di un soggetto è scissa dalla sussistenza di un debito in capo allo stesso<sup>28</sup>, Fabbrini sostiene che la società occulta, pur non essendo obbligata (mancando il requisito della spendita del nome) sia ciononostante responsabile, in virtù del rapporto sostanziale che la lega al soggetto che ha agito all'esterno nel suo interesse. Ed è a questo punto che entra in gioco l'art. 2208 c.c., nel ruolo fondamentale che ad esso attribuisce l'autore nella sua costruzione. Tale norma sarebbe infatti la base normativa che l'ordinamento positivo offre per giungere alla suesposta conclusione. Essa infatti statuisce: “L'istitutore è personalmente obbligato se omette di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente; tuttavia il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti compiuti dall'istitutore, che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto.” Se ne ricavano due principi: il primo è che in tale situazione l'istitutore rimane *comunque* personalmente obbligato, in maniera conforme ai principi in materia di rappresentanza; il secondo consiste in ciò che i terzi possono agire *anche* contro il preponente, purché l'atto sia pertinente all'impresa cui inerisce la preposizione institoria. La verifica di questo secondo effetto richiederebbe tuttavia il verificarsi di un'altra ipotesi: che il rapporto di preposizione institoria sia palese. Naturalmente per rapporto palese non deve affatto intendersi “regolarmente pubblicato” dal momento che

---

<sup>28</sup> G. FABBRINI, *Imprenditore occulto e socio sovrano*, cit., pp. 1127-1128, dove l'autore fa riferimento alle ipotesi del terzo acquirente di immobile ipotecato, del terzo soggetto passivo di azione revocatoria, del socio illimitatamente responsabile di società di persone. Egli riscontra in tutte queste situazioni la sussistenza di alcuni dati comuni, ossia la circostanza che nessuno di tali soggetti sia un debitore; il fatto che comunque ciascuno di essi è legato al debitore da un rapporto sostanziale; la riferibilità dei rapporti intercorrenti tra ognuno di tali soggetti e il creditore ad una dimensione esclusivamente processuale.

l'art. 2206 c.c. ricollega alla mancanza di pubblicità legale la sola inopponibilità ai terzi di eventuali limitazioni alla rappresentanza, sicché sarebbe assurdo che essa possa determinare l'inapplicabilità dell'art. 2208; pertanto la suddetta locuzione va interpretata come "rapporto di fatto manifestato ai terzi"; "terzi" che, ancora, vanno intesi come "terzi in genere" e non già come terzi coi quali l'institore conclude i singoli affari, dal momento che nessuna prova è richiesta al terzo contraente circa la conoscenza del rapporto di preposizione institoria al momento della conclusione del negozio.<sup>29</sup> Tirando le fila e richiamando l'assunto per cui esiste responsabilità anche senza assunzione di obbligo, Fabbrini giunge alla conclusione che la responsabilità (aggiunta) del preponente è responsabilità di terzo. L'institore ha infatti agito in proprio, assumendo le relative obbligazioni personalmente. L'unico rapporto sostanziale di cui è parte il creditore si pone con l'institore. Tuttavia anche il preponente è legato al debitore (l'institore) da un vincolo sostanziale. Proprio da tale secondo rapporto, per espressa disposizione di legge, scaturisce (e si giustifica) la soggezione del preponente all'azione esecutiva del creditore, senza che il preponente possa considerarsi debitore.

È proprio in questo passaggio che Fabbrini trova l'elemento comune tra la situazione giuridica disciplinata dall'art. 2208 e quella in cui versa la società occulta: essa risponde illimitatamente delle obbligazioni assunte dall'agente esterno, ma non già per l'applicazione analogica dell'art. 147 L. Fall., bensì quale responsabile per debito altrui, essendo legata a questo soggetto da un

---

<sup>29</sup> FABBRINI critica, in *Imprenditore occulto e socio sovrano*, cit., pp. 1130 ss., quella parte (dominante) della dottrina che vuole necessariamente riscontrare in questa "manifestazione a terzi in genere" la base di una presunzione assoluta di *contemplatio domini* da parte del preposto riguardo ad ogni atto rientrante nel proprio potere di gestione. Tale presunzione assoluta, che secondo l'autore costituisce un *escamotage* per salvare il feticcio della spendita del nome quale unico criterio di imputazione ("risponde solo chi si impegna personalmente o a mezzo di rappresentante"), è da lui definita "inconcepibile" poiché urta contro la realtà fattuale del non esercizio del potere di rappresentanza, che è proprio per ipotesi presupposto di applicazione della norma in questione.

rapporto sostanziale di preposizione institoria che, in quanto segreta, è regolata dall'art. 2208 c.c. Egli si serve infine dell'art. 147 per la corroborazione della propria teoria, in risposta alla critica secondo la quale perché sussista la responsabilità aggiunta del preponente, il cui nome non è stato speso, è necessario che il vincolo fosse noto ai terzi. E risponde proprio invocando l'argomentazione criticata nella costruzione di Bigiavi<sup>30</sup>.

L'approdo ad una simile conclusione si traduce nell'opera del Fabbrini nella negazione della possibilità di qualificare il socio tiranno di società di capitali come imprenditore occulto e della conseguente possibilità di assoggettarlo a responsabilità illimitata in virtù di tale qualifica. Viene infatti a mancare nella sua ricostruzione l'elemento che, in quella di Bigiavi, accomuna le due fattispecie: l'elemento del dominio. Ripudiato tale elemento, Fabbrini individua quale limite invalicabile della fattispecie dell'imprenditore occulto, l'esistenza del rapporto di preposizione institoria, che non è ravvisabile nella figura del socio tiranno. In quest'ultimo caso, il rapporto che lega il socio alla società è lo stesso vincolo sociale. Essendo infatti la società una persona giuridica, è fisiologico che la sua volontà sia manifestata per mezzo dei soci, per cui manca quella duplicità di soggetti (l'uno debitore e l'altro meramente responsabile) che esiste invece nella fattispecie dell'imprenditore occulto. In definitiva, Fabbrini non esclude che il socio tiranno possa rispondere illimitatamente a causa del modo particolarmente accentuato con cui egli ha esercitato il potere attribuitogli dall'ordinamento sociale. Egli afferma semplicemente che fondamento della eventuale responsabilità di questo soggetto non possa essere la sua qualificazione come imprenditore occulto,

---

<sup>30</sup> È qui che si verifica l'inversione logica del rapporto tra l'art. 147 L. Fall. e l'art. 2208 c.c., cui si alludeva *supra*, p. 45.

mancando il rapporto di preposizione institoria, imprescindibile perché di imprenditore occulto si possa parlare.

La tesi di Fabbrini, pur posando su buone premesse<sup>31</sup>, non è tuttavia da condividere. L'elemento risolutivo al quale, in definitiva, si ancora tutta la sua ricostruzione, ossia la sussistenza di una preposizione institoria segreta, è infatti generalmente e largamente ripudiata dalla dottrina<sup>32</sup> coeva e successiva e dalla giurisprudenza. Lo stesso Bigiavi, che inizialmente riteneva di poter trarre dalla lettera dell'art. 2208 c.c. l'ammissibilità della figura dell'istitore segreto<sup>33</sup>, rettifica successivamente la sua argomentazione, concedendo all'art. 2208 c.c. una funzione meramente corroboratrice della sua tesi, in quanto contenente una vistosa deroga ai principi sulla rappresentanza. Sulla questione conclude autorevolmente Antonio Pavone La Rosa<sup>34</sup>, assegnando alla qualifica del prestanome quale istitore una funzione meramente descrittiva, "non potendosi ad essa attribuire valore classificatorio ai fini normativi, ossia per l'applicazione della disciplina sulla rappresentanza institoria, la quale presuppone – anche ad avviso di quest'ultimo autore – l'esteriorizzazione del rapporto."

### **1.5. – La reazione della giurisprudenza coeva. In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione.**

---

<sup>31</sup> In particolare quella che considera la possibilità che nel nostro ordinamento si verifichi una scissione tra soggetto obbligato e soggetto responsabile.

<sup>32</sup> In particolare F. FERRARA, "*Società etichetta e società operante*", cit. il quale rimarca che la figura dell'istitore segreto è in realtà una contraddizione in termini, poiché "l'istitore è un rappresentante e la rappresentanza per sua essenza è proiettata verso i terzi".

<sup>33</sup> W. BIGIAVI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, p. 19.

<sup>34</sup> A. PAVONE LA ROSA, *Teoria dell' "Imprenditore Occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, cit., pp. 635-636.

Nelle pagine che precedono si è dato ampiamente conto della vivace dialettica suscitata in seno alla dottrina dalla teoria bigiaviana. Non resta che prendere in considerazione la reazione delle corti e il modo in cui queste si accostarono al problema, mentre l’acceso dibattito accademico era ancora in corso. Dall’analisi dei repertori risulta *ictu oculi* come la giurisprudenza di merito e quella di legittimità si muovessero, per così dire, a velocità diverse, essendo pressoché pacifica presso la prima l’adesione alla teoria in questione, mentre molto più incerto si rivela l’andamento della seconda. Le magistrature di merito in effetti si mostrano molto più disinvolve nell’allargare le maglie dell’interpretazione estensiva per aderire a soluzioni che garantiscano la giustizia sostanziale, tanto che lo stesso Bigiavi scriverà nel 1957 che le sentenze favorevoli “forse sono anche troppe, perché i giudici riescono a trovar dappertutto il socio occulto o la società occulta, anche quando mancano i relativi presupposti”<sup>35</sup>. Uno sguardo alla giurisprudenza della Cassazione mostra come in questo caso la situazione sia a dir poco incerta, in quanto la Suprema Corte si mostra assai più restia ad abbandonare il criterio tradizionale della *contemplatio domini*, certamente cogente sotto il vigore del vecchio codice. Sintomatica di questa incertezza è la sentenza 14 febbraio 1957, n. 548<sup>36</sup>, la cui massima, a tener conto solo di essa, si presenta brutale: “non è ammissibile la responsabilità verso terzi (e quindi il fallimento) della società occulta.” Tale brutalità è tuttavia stemperata dall’analisi della sentenza, che in realtà conferma la decisione della corte di merito, la quale aveva, in *obiter dictum*, ritenuto ammissibile la figura (*rectius*: la responsabilità esterna) della società occulta, ma aveva poi, per completezza di indagine, controllato anche la sussistenza degli elementi esterni del rapporto societario e, sulla base di questi,

<sup>35</sup> W. BIGIAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sull’ammissibilità della società occulta*, in *Giur. It.*, 1957, IV, col 1, nt 1.

<sup>36</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. It.*, 1957, I, col. 557, con nota di BIGIAVI, *Ancora sulla giurisprudenza della Cassazione in tema di società occulta*.

aveva mantenuto il fallimento della società irregolare. Sicché la società in questione si presentava in realtà, se non addirittura come società palese, quanto meno come società apparente<sup>37</sup>, figura notoriamente ammessa dalla nostra giurisprudenza di legittimità. Appare subito chiaro che la durissima critica che la Corte riserva all'ammissibilità della società occulta non incide affatto sulla decisione, sancendo quello che il Satta<sup>38</sup> definisce con parole sprezzanti "il carattere culto delle sentenze", espressione che evoca quella sterile teorizzazione che secondo Bigiavi distingue il pratico dal teorico "non tanto perché non fa della teoria, ma soprattutto perché la fa... quando non ce n'è bisogno". Leggiamo nella sentenza che la Corte "uniformandosi ai numerosi precedenti (cfr. 26 giugno 1956, n. 2287; 9 marzo 1955, n. 711; 29 settembre 1954, n. 3164; 12 agosto 1953, n. 2718, ed altri) dai quali si è allontanata in una sola pronuncia (12 agosto 1953, n. 2711), non ritiene che il sistema accolto dalla vigente legislazione sia in contrasto con la teoria tradizionale, secondo la quale nei rapporti esterni le manifestazioni esteriori rappresentano un requisito sostanziale per la dimostrazione dell'esistenza delle società irregolari di fronte ai terzi." Bigiavi non manca di accusare la Corte di non conoscere la propria stessa giurisprudenza, sostenendo che la sentenza del 12 agosto 1953 fu seguita da quella del 12 novembre 1954<sup>39</sup> (sebbene, secondo il Satta, in quel caso vi fossero "segni indubbi di esteriorizzazione"<sup>40</sup>) e asserisce che dopo quella data non ci sia stata un'altra sentenza che "*decidendo una fattispecie di società*

---

<sup>37</sup> La fattispecie della società apparente si trova agli antipodi rispetto a quella della società occulta, in quanto essa, al contrario della seconda, di fatto non esiste, costituendo un espediente mediante il quale la nostra giurisprudenza giustifica la responsabilità esterna di due o più persone che, pur non unite da vincolo sociale, si siano comportate in guisa da indurre i terzi a fare ragionevole affidamento circa la sussistenza del suddetto vincolo. Sicché i soci apparenti rispondono verso i terzi come se la società esistesse, in virtù del principio dell'apparenza.

<sup>38</sup> S. SATTA, *A proposito del fallimento del c.d. socio occulto*, in *Giust. Civ.*, 1958, I, p. 169.

<sup>39</sup> Pubblicata in *Dir. Fall.*, 1955, II, p.90.

<sup>40</sup> S. SATTA, *A proposito del fallimento del c.d. socio occulto*, cit., p.170.

*occulta*, ne abbia negato l'ammissibilità"<sup>41</sup>. Inoltre, nella sua citata rassegna critica non si esime dall'analizzare una ad una le sentenze (in parte citate dalla sentenza di cui trattasi) che negherebbero diritto di cittadinanza alla sua teoria, osservando come queste in realtà non possano essergli opposte poiché tratterebbero fattispecie diverse, il più delle volte società apparenti: "è chiaro come il sole – scrive l'autore commentando la sentenza di cui ci si sta occupando – che non si possono addurre a conforto della tesi secondo la quale l'esteriorizzazione sarebbe necessaria anche nel caso di società *esistente*, le sentenze che richiedono l'esteriorizzazione per accollare la responsabilità ad una società *inesistente, ma apparente*."<sup>42</sup> Egli conclude pertanto negando che vi sia un reale contrasto giurisprudenziale, nell'ambito della magistratura di legittimità, il cui pensiero sarebbe definitivamente sancito dall'elaboratissima sentenza del 12 agosto 1953, sopra citata. Non può tuttavia negarsi, alla luce delle brevi considerazioni sopra esposte, che la Cassazione coeva si avvicini a questa tematica con una certa diffidenza e che la teoria bigiaviana non sia affatto *ius receptum* presso quest'ultima, come invece può affermarsi con riguardo alla giurisprudenza di merito.

La forte incertezza dei giudici di Cassazione salta all'occhio di ognuno, ove si volga lo sguardo al confronto delle sentenze del 10 aprile 1953, n. 937 e del 12 agosto 1953, n. 2711<sup>43</sup>, già più volte citata. Le due decisioni furono deliberate rispettivamente il 13 e il 16 gennaio del 1953 dalla medesima Sezione, che dà alla questione, nel giro di tre giorni, soluzioni assolutamente opposte, sicché le due sentenze rappresentano una vistosa manifestazione del contrasto che, in quell'anno, divideva la Suprema Corte. La prima sentenza nega l'ammissibilità

---

<sup>41</sup> W. BIGIAMI, *La giurisprudenza della Cassazione sull'ammissibilità della società occulta*, in *Giur. It.*, 1957, cit., col. 5.

<sup>42</sup> Cass., 14 febbraio 1957, n. 548, in *Giur. Ital.*, 1957, cit., col. 560.

<sup>43</sup> Le due sentenze sono pubblicate l'una di seguito all'altra in *Foro It.*, 1953, I, col. 1407.

(e di conseguenza l'assoggettabilità a fallimento) della società occulta, ribadendo che per giurisprudenza costante la Corte ritiene soci di fatto solo quelli che, in virtù di fatti esterni ed univoci, ingenerano nei terzi il convincimento che una società tra di essi sia sussistente; argomentazione che peraltro, a sommosso parere di chi scrive, farebbe pensare più ad un socio apparente che di fatto. Secondo la Suprema Corte, infatti, l'art. 2267 "non autorizza ad inferire che anche se nessun socio abbia agito in nome e per conto della società, in modo da ingenerare nel terzo la credenza di avere da fare con una società, delle obbligazioni contratte da un socio in nome proprio debbano rispondere anche tutti gli altri soci, o che delle obbligazioni contratte da più persone in nome e per conto proprio si possa desumere che esse siano in rapporti di società."<sup>44</sup> La sentenza del 12 agosto 1953 perviene a conclusioni diametralmente opposte, sorrette da solide argomentazioni che rendono la sentenza molto lunga ed elaborata, quasi a voler sancire – come non manca di sottolineare il Bigiavi – "un definitivo orientamento del Supremo Collegio nel senso favorevole al riconoscimento della società occulta"<sup>45</sup>. La Corte infatti si cimenta nell'analisi delle ragioni storiche che sorreggevano l'impossibilità giuridica della responsabilità della società occulta, vigente il vecchio Codice di Commercio. Tali ragioni erano in definitiva riconducibili all'inesistenza della distinzione tra autonomia patrimoniale e personalità giuridica, la quale ultima si riteneva sussistere anche in capo alle società irregolari. Ed era proprio quest'ultima ragione, secondo la Corte, a rendere strettamente necessaria, per l'esistenza di questo tipo di società, sprovviste di pubblicità legale, "la proiezione esterna dei rapporti sociali interni"<sup>46</sup>. La digressione storica rende evidente come le ragioni che valevano ad escludere la responsabilità esterna

---

<sup>44</sup> Cass., 10 aprile 1953, n. 937, in *Foro It.*, 1953, cit., col. 1416.

<sup>45</sup> W. BIGIAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sull'ammissibilità della società occulta*, cit., col. 4.

<sup>46</sup> Cass., 12 agosto 1953, n. 2711, in *Foro It.*, 1953, I, col. 1413.

della società occulta abbiano perso ogni rilevanza giuridica con l'entrata in vigore del nuovo codice, che ha consacrato la distinzione tra personalità giuridica, di cui sono dotate solo le società a base impersonale, fornite di ordinamenti sociali particolarmente complessi, e autonomia patrimoniale, riconosciuta in capo a tutte le società e che, secondo la Corte, sorge insieme all'accordo con cui si è dato vita alla società, a prescindere dalla manifestazione (o dalla mera interazione con) i terzi, con la quale la suddetta autonomia acquista semplicemente rilevanza pratica. La responsabilità esterna, secondo la Cassazione, che sul punto dà pienamente ragione alla teoria di Bigiavi, si giustifica col principio della rappresentanza institoria *ex art. 2208 c.c.*, il quale spiega i suoi effetti poiché il socio è considerato dalla legge fornito di rappresentanza sociale, per via della presunzione assoluta secondo la quale fino alla registrazione della società, tutti i soci hanno eguali poteri di gestione interna ed esterna. La corte conclude enunciando un principio generale del quale l'art. 2208 c.c. sarebbe un'applicazione particolare: “gli organismi giuridici che sono ammessi in seno all'ordinamento giuridico generale per svolgervi funzioni da questo ritenute utili e quindi tutelate, non possono ricevere dal commercio giuridico soltanto vantaggi, ma devono adempiere anche le prestazioni di cui quei vantaggi sono l'equivalente economico. In questa situazione nulla vi è di strano che un credito sorga senza una relazione intersubiettiva tra debitore e creditore, giacché, come alle volte accade pure in casi analoghi, il nesso tra il dovere di prestazione e il diritto alla prestazione è posto dallo stesso ordinamento giuridico.”<sup>47</sup> Principio questo che, se vogliamo, può essere ritenuto applicazione speciale di quello, ancor più generale, che i giuristi romani esprimevano col brocardo: *cuius commoda, eius et incommoda*.

---

<sup>47</sup> Cass., 12 agosto 1953, n. 2711, in *Foro It.*, 1953, I, col. 1415.



## Capitolo secondo

### IL NUOVO CATALOGO DI SANZIONI CONTRO GLI ABUSI SOCIETARI A SEGUITO DELLE RIFORME

#### 2.1- Premessa. L'impatto delle riforme di diritto societario e fallimentare.

L'incessante evoluzione delle istituzioni e dell'economia e la crescita dei mercati in una dimensione sempre più globale, ha determinato l'acquisto di sempre maggiore complessità delle fattispecie già esaminate nel primo capitolo (susceptibili oggi più che in passato di estendersi su di un piano transnazionale) e, conseguentemente, l'acuirsi delle problematiche ivi affrontate, che hanno progressivamente acquistato l'attitudine a ripercuotersi su di una platea di soggetti sempre più estesa.

L'avvento del nuovo millennio ha propiziato due importanti riforme che hanno dato una scossa all'inquadramento della questione e che sono susceptibili di condurre gli studiosi ad una rimediazione dell'intera teoria dell'imprenditore occulto in tutte le sue implicazioni. Ci si riferisce alle riforme di diritto societario, attuata con D.Lgs. 6/2003 e di diritto fallimentare, posta in essere in tre atti: D.L. 35/2005, D.Lgs. 5/2006, D.Lgs. 169/2007. Tra le due normative vi sono numerosi profili di interferenza, in particolare se si ha riguardo alla materia di cui ci si occupa, atteso che, in particolare, le modifiche apportate all'art.147 L. Fall., norma sulla quale si è imperniata l'intera teoria bigiaviana, hanno risentito fortemente delle scelte adottate in sede di riforma societaria.<sup>48</sup> Il fenomeno risulta ridimensionato laddove si dia atto della scarsa attenzione

---

<sup>48</sup> Si pensi al riferimento all'art. 2361 c.c., nella parte della norma che menziona i "soci anche se non persone fisiche".

apprestata dal legislatore fallimentare nei confronti del fenomeno societario, in continuità con una tradizione che vedeva già nel testo originario del R.D. 267/1942 una disciplina confezionata su misura per l'imprenditore individuale, con i problemi di adattamento che ne scaturiscono<sup>49</sup>. La teoria prospettata da Bigiavi viene direttamente toccata da entrambe le riforme. Se infatti la relazione di accompagnamento alla riforma fallimentare espressamente riconosce che l'art. 147, IV e V co. "viene recepito il noto orientamento giurisprudenziale in tema di socio e di società occulta"<sup>50</sup> (considerazione comunque mitigata dai problemi interpretativi che sono sopravvissuti alla riforma o da essa stessa generati), in punto di applicazione della teoria alle società di capitali, le argomentazioni circa la fallibilità del c.d. socio tiranno perdono il loro principale punto di riferimento: l'art. 2362 c.c., che ricollega oggi la responsabilità limitata del socio unico a condizioni meramente formali. Con un colpo di penna il legislatore fa crollare l'intera costruzione che ancorava l'assoggettabilità a fallimento del despota di società di capitali al binomio potere-responsabilità, di cui la norma era considerata espressione. La riforma delle società pone il fenomeno dell'unipersonalità sotto una luce diversa, facendosi anzi promotrice di una nuova forma di esercizio di impresa individuale sotto la veste societaria, caratterizzata da un atto di destinazione patrimoniale<sup>51</sup> col relativo contrappeso dell'organizzazione corporativa dell'impresa, la quale, grazie alla segregazione patrimoniale che determina, favorisce la creazione e lo sviluppo di nuove imprese.<sup>52</sup> Sorge a questo punto la

---

<sup>49</sup> In questo senso S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 213.

<sup>50</sup> Cfr. Relazione ministeriale illustrativa riforma procedure concorsuali.

<sup>51</sup> La volontà della riforma di apprestare nuove tecniche di limitazione del rischio di impresa si ravvisa nell'introduzione della disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447-bis – 2447-decies), che consente di individuare, nell'ambito di un'unica società, uno o più patrimoni separati, destinati al soddisfacimento di obbligazioni afferenti a specifiche e predeterminate operazioni economiche.

<sup>52</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006, p. 64.

necessità di ricercare all'interno del sistema forme di repressione diverse per le varie manifestazioni che il fenomeno dell' abuso dello schermo societario può assumere. Ed a ben vedere proprio la riforma societaria apre un ventaglio di tutele diversificate e, in un certo senso, mirate per fattispecie di abuso progressivamente più ampie: ci si riferisce all'art. 2476, VII co. c.c. (in tema di S.R.L.), che estende in via solidale la responsabilità degli amministratori ai “soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”; alla nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di S.R.L. (art. 2467 c.c.) e dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.) che, per fronteggiare il fenomeno della sottocapitalizzazione, posterga il rimborso dei finanziamenti dei soci (o di quelli posti in essere nell'attività di direzione e coordinamento) alla soddisfazione degli altri creditori; alla nuova disciplina in tema di responsabilità da abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c.), che prevede una speciale forma di responsabilità risarcitoria in capo alle “società o gli enti che, esercitando attività o direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”; infine, al definitivo riconoscimento da parte dell'art. 2361 c.c. della possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di persone, il che si presta ad aprire nuovi scenari in tema di c.d. supersocietà di fatto (*rectius*: società occulta partecipata da società di capitali). Si tratta in definitiva di scomporre idealmente la figura del socio tiranno negli atti o nei tipi di attività mediante i quali questi esercita la propria tirannia, sì da trovare forme capillari di repressione di questi fenomeni. Per pervenire a questo risultato è necessario indagare la portata delle norme e la loro conseguente idoneità all'assolvimento di una siffatta funzione. Non va esente da questo genere di indagine l'art. 147 L. Fall., del quale va

esaminata la dimensione della riforma, a prima vista di non decisivo impatto<sup>53</sup>, che potrebbe però essere in grado di aprire nuovi scenari in tema di interposizione di persona.

## 2.2- La repressione degli “atti tirannici”.

Il primo passo del cammino di ricerca volto ad individuare forme di reazione capillari alle singole manifestazioni dell’abuso societario è mosso sul terreno dei singoli atti che, considerati a sé stanti, non avrebbero potuto innescare la sanzione patrimoniale che la teoria bigiaviana apprestava nei confronti della tirannia societaria. La riforma del 2003 mostra dunque nell’art. 2476, VII co. c.c. una delle sue principali novità, suscettibile di fornire, se adeguatamente interpretato, un’arma efficace contro quei soggetti cui effettivamente siano ascrivibili le scelte di *mala gestio*<sup>54</sup>. Potrebbe individuarsi in questa disposizione il recupero di quel principio che fa discendere la responsabilità dal potere effettivamente detenuto in seno alla società (binomio potere-rischio), che prima della riforma si riteneva codificato dall’art. 2362 c.c. La norma che ci si accinge ad esaminare, inserita all’interno della disciplina sulla responsabilità degli amministratori di S.R.L., estende in via solidale la responsabilità di questi ultimi ai soci che “intenzionalmente” abbiano deciso o autorizzato il compimento di atti che si siano in seguito rivelati dannosi per la società, i soci o i terzi. La portata del principio dipende dall’interpretazione che

---

<sup>53</sup> A. NIGRO, Sub Art. 147, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario a cura di A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, ediz. 2006-2007, p. 2170, che accusa il legislatore fallimentare di aver apportato semplici ritocchi alla norma, la quale si sarebbe in definitiva posta “in linea di assoluta continuità con l’assetto previgente”, senza che la sua struttura originaria ne fosse alterata.

<sup>54</sup> M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2135

ne sarà data, alla luce di alcune problematiche discendenti, in *primis*, dalla circostanza che la norma è dettata in tema di S.R.L., di tal che è compito dell'interprete stabilire se essa possa essere esportata dal tipo per il quale è prevista per assurgere a principio generale dell'ordinamento; in *secundis*, dalla esatta interpretazione dell'avverbio "intenzionalmente", nient'affatto pacifica in dottrina, suscettibile di allargare o circoscrivere i casi di applicazione del disposto normativo.

L'art. 2476, VII co. prevede una inedita responsabilità gestoria a carico del socio (di S.R.L.) che prescinde da una sistematica assunzione del ruolo amministrativo, poiché non si tratta della mera previsione di responsabilità dell'amministratore di fatto (il quale peraltro ben potrebbe essere un terzo), che comunque deriva dai principi, senza bisogno della sua previsione da parte di una norma *ad hoc*. Essa discende dalla effettiva partecipazione del socio alla decisione o all'autorizzazione di un determinato atto, quand'anche isolato. Il socio in definitiva è chiamato a rispondere del proprio "atto tirannico"<sup>55</sup>

Ciononostante, la circostanza che il legislatore abbia corredato questa forma di responsabilità di una natura solidale con quella degli amministratori, la collega al ruolo gestorio assunto dal socio rispetto alla società con riferimento all'atto dannoso, quindi alla violazione dei doveri fiduciari assunti con tale ruolo, che non si allontanano da quelli propri degli amministratori. Ne discende l'insuscettibilità del mero danno ad attivare la responsabilità del socio, collegata invero alla violazione da parte di questi dei principi di corretta gestione.

Così inquadrata la natura della speciale responsabilità ex art. 2476, VII co., possiamo passare al primo vaglio problematico, costituito, come si è anticipato,

---

<sup>55</sup> L'espressione è coniata da C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p.69.

dall'interpretazione dell'avverbio "intenzionalmente", corrodo psicologico della condotta del socio, apposto dal legislatore con espressione infelice. Secondo l'interpretazione che meglio si attaglia alla funzione che la norma è chiamata ad esplicare, il suddetto avverbio deve ritenersi sostanzialmente pleonastico. Esso esprime niente di più che la necessità di una rigorosa valutazione della partecipazione del socio all'adozione dell'atto, la quale deve presentare il carattere della consapevolezza. Non può invece ritenersi che l'avverbio, all'interno del contesto nel quale è posto, assuma gli estremi del dolo, opinando che esso si riferisca – piuttosto che alla consapevole partecipazione del socio – all'atto dannoso o all'evento-danno, essendo inaccettabili le conseguenze di una simile dissertazione. In primo luogo, ne deriverebbe l'onere di una *probatio diabolica* avente ad oggetto la specifica volontà di ledere la società, la quale comunque sarebbe ipotizzabile nel solo caso del conflitto di interessi, che la norma pare ignorare; in secondo luogo, la disposizione si renderebbe fautrice di una inaccettabile limitazione di responsabilità nel caso in cui il socio abbia agito (senza dolo, ma) con colpa grave, fatto che denoterebbe un incomprensibile regime di *favor* per il socio (contingentemente) tiranno, rispetto ai principi generali della responsabilità aquiliana, attivata per effetto della semplice colpa, anche non grave. Una qualificazione diversa viene conferita all'espressione in esame da chi<sup>56</sup> inquadra la responsabilità prevista dall'art. 2476, VII co c.c. nella categoria del danno da induzione o cooperazione all'inadempimento o all'illecito da altri materialmente commesso. La fattispecie, costituendo, secondo questa impostazione, una riproposizione in ambito societario dell'induzione all'inadempimento, ne presenterebbe i tratti essenziali del dolo del terzo che volontariamente convince il soggetto obbligato (l'amministratore) ovvero

---

<sup>56</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 68.

coopera con questi nel mancato adempimento della prestazione cui è tenuto. L'argomento appare forzato se non viene calato nel contesto in cui è formulato, cioè la teoria che qualifica la società come una "rete di contratti"<sup>57</sup>, che non può essere approfondita in questa sede. Basti dire che più calzante è l'interpretazione dell'avverbio "intenzionalmente" in termini di pleonaso, alla luce della complessiva economia della norma. Inaccettabile, per le ragioni già esposte, l'analisi di chi<sup>58</sup> ritiene la responsabilità in esame circoscritta sotto il profilo dell'elemento psicologico della intenzionalità, giustificando la limitazione alla luce del sistema, nel quale in ogni caso gli amministratori hanno il dovere di non dare esecuzione agli atti dannosi. Una simile impostazione svuoterebbe la norma della sua portata pratica, discendendo già dai principi generali dell'ordinamento la responsabilità risarcitoria di chi con dolo cagiona un danno ingiusto.

Resta da indagare l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 2476, VII co. c.c. Si è detto che la norma è dettata in punto di disciplina di S.R.L., proprio la natura della responsabilità che essa prevede, come poc'anzi inquadrata, induce a ritenere che i principi da essa espressi debbano valere anche per i soci di S.P.A. Militano a favore della estensione varie argomentazioni. In primo luogo, la necessità di preferire una interpretazione costituzionalmente orientata rispetto ad una diversa che dia luogo a dubbi di legittimità costituzionale. Ritenere la disposizione in esame inapplicabile alla S.P.A., quanto meno sotto il profilo dell'interpretazione estensiva, darebbe luogo ad una disparità di trattamento di identiche condotte, difficilmente giustificabile al cospetto del principio di uguaglianza formale e sostanziale

---

<sup>57</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 54, che la riprende da F. DENOZZA, *Analisi economica del diritto delle società per azioni*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, Milano, 1998, p. 318.

<sup>58</sup> F. PARRELLA, *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, sub. art. 2476, in *AA. VV. La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, pp. 132-133.

espresso dall'art. 3 Cost. Ove poi si consideri la norma in esame in collegamento con la disciplina in tema di responsabilità da abusiva direzione e coordinamento, l'asimmetria sistemica appare ancor più evidente: ove si affermi che il socio di S.P.A. non condivide con quello di S.R.L. la speciale responsabilità ex art. 2476, VII co. c.c., avremmo l'esito per cui entrambi risponderebbero nei confronti della società sottoposta ad eterodirezione per l'abusiva attività di direzione e coordinamento, ma solo il secondo e non anche il primo sarebbe sanzionabile per il singolo atto di *mala gestio*<sup>59</sup>. A ciò si aggiunga la rilevanza tipologica attribuita alla S.R.L. dalla riforma di diritto societario, che contribuisce a renderla un bacino normativo cui attingere per colmare, tramite analogia o interpretazione estensiva, le lacune della disciplina della S.P.A.<sup>60</sup> Ciò vale in particolare laddove si tratti di regole che presentano l'attitudine ad ergersi a principi generali dell'ordinamento<sup>61</sup>, attitudine che, come chiarito in apertura, non difetta alla norma in esame, la quale si presta ad integrare un prezioso indice normativo del binomio potere-responsabilità.

### **2.3- Finanziamenti abusivi e sottocapitalizzazione.**

Uno dei fenomeni nei quali sovente si concreta l'abuso dello schermo societario, a danno dei creditori, è la c.d. sottocapitalizzazione nominale. Il fenomeno consiste in ciò che la società, dotata di un capitale sociale generalmente di non molto superiore al minimo legale richiesto per il tipo

---

<sup>59</sup> M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2136.

<sup>60</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 72.

<sup>61</sup> A. NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, 3, p. 12.

prescelto, opera nel mercato con capitale di credito, attraverso la concessione diretta o indiretta di prestiti da parte di soci, i quali, formalmente terzi rispetto all'ente sociale, grazie all'alterità che la costituzione dello stesso determina, assumono formalmente la veste di creditori di quest'ultimo. Si genera così una profonda sproporzione tra capitale di rischio e volume d'affari della società<sup>62</sup>, che generalmente tende ad acuirsi nel corso del tempo. Questo divario rischia all'evidenza di diventare estremamente pericoloso per i creditori sociali cc.dd. esterni, per i quali il capitale sociale rappresenta la fondamentale garanzia generica<sup>63</sup>, che si trovano a concorrere con creditori in grado di influenzare e monitorare le vicende del proprio credito. Il risultato che viene a determinarsi è una sostanziale traslazione del rischio d'impresa dai soci – che soddisfano il fabbisogno finanziario della società attraverso forme improprie di erogazioni dirette a garantire il recupero dei mezzi apportati in caso di perdite – ai creditori, privi di qualsiasi potere di controllo sulla gestione della società debitrice.

Il fenomeno si inquadra nella c.d. attività fiancheggiatrice abusiva, che in passato ha portato la giurisprudenza a formulare la teoria della società fiancheggiatrice – cioè una società *a latere* costituita dai soci della società registrata avente la funzione di polmone finanziario di quest'ultima – come espediente per assoggettare i soci a fallimento a seguito della loro tirannia.

La riforma di diritto societario del 2003 ha fornito ai giudici un nuovo strumento di reazione, più calzante e soprattutto meno macchinoso rispetto ad una teorizzazione priva di puntuali riscontri fattuali, suscettibile di essere

---

<sup>62</sup> L'entità del rischio che tale sproporzione comporta a carico dei creditori esterni è particolarmente evidente a seguito dell'introduzione nel novero dei tipi sociali della SRLS, per la quale il legislatore "si accontenta" dell'irrisorio capitale sociale di 1 euro.

<sup>63</sup> Come si evince dal puntuale interesse manifestato dal legislatore per le vicende che nel corso della vita della società possono interessare il capitale sociale.

smontata in sede di legittimità. Si tratta dell'art. 2467 c.c. in tema di S.R.L., richiamato espressamente dall'art. 2497-*quinquies* c.c., nell'ambito della disciplina dell'abuso di eterodirezione, di cui si discuterà a breve. La norma pare recepire il principio tedesco della “*durchgriffshaftung*”<sup>64</sup>, spostando la dimensione della sanzione su di un piano diretto ed immediato rispetto alla singola operazione abusiva.

La norma infatti prevede la postergazione del rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci di S.R.L. a favore della società rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e l'automatica restituzione dello stesso alla massa fallimentare, laddove la sentenza dichiarativa sia intervenuta entro un anno dal rimborso. Al II co. la norma specifica che “si intendono finanziamenti dei soci a favore della società, quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.” Come anticipato, la norma è espressamente richiamata in punto di disciplina di abuso dell'attività di direzione e coordinamento, dall'art. 2497-*quinquies*, in caso di finanziamenti cc.dd. infragruppo.

Il nuovo dato legislativo pone un congegno per il quale il finanziamento abusivo è sostanzialmente riqualficato dal legislatore, il quale ne acquista l'oggetto alle esigenze sociali, ristabilendo un equilibrio nella ripartizione del rischio di impresa tra soci e creditori, a tutela di questi ultimi. Giova sottolineare che non si tratta di una riqualficazione in senso formale, sicché al socio non è precluso in radice il recupero del proprio finanziamento, ma questo

---

<sup>64</sup> C. ESPOSITO, *La “categoria” dell'abuso “nella” personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in Riv. Dir. Priv., cit., p. 88.

è subordinato ad una sorta di condizione sospensiva che proroga *ex lege* la scadenza del finanziamento fino al momento del suo avveramento, sospendendone l'esigibilità sino alla soddisfazione degli "altri creditori". In questo senso qualcuno<sup>65</sup> ritiene che nella norma possa ravvisarsi una funzione di contrasto al fenomeno della sottocapitalizzazione solo indirettamente, nella misura in cui essa abbia l'attitudine a disincentivare i soci dal finanziare sistematicamente la società, piuttosto che effettuare gli opportuni aumenti di capitale; ché altrimenti si sarebbe avuta una più decisiva presa di posizione, nel senso di operare una vera e propria riqualificazione *ex lege*. L'assunto appare superfluo a chi scrive, posto che ogni norma presenta intrinsecamente una funzione di promozione di comportamenti, dovendosi dunque senz'altro ritenere che il legislatore abbia con l'art. 2467 c.c. posto un deterrente alle operazioni di abusivo finanziamento dei soci. Nel porre tale deterrente si è però operato un bilanciamento di opportunità, al fine di evitare il rischio di disincentivare, con la previsione di una riqualificazione dei prestiti in senso formale (la quale avrebbe determinato la perdita definitiva delle *chances* di recupero del credito da parte dei soci), una prassi di per sé lecita e meritevole di tutela, laddove attuata al di fuori dei presupposti oggettivi della norma in esame, deprimendo così una delle principali forme di finanziamento che, specialmente nelle società di medie o piccole dimensioni, ne garantisce l'ordinato funzionamento a costi limitati rispetto a quelli del mercato del credito.<sup>66</sup> Una volta accertata la funzione di contrasto alla sottocapitalizzazione

---

<sup>65</sup> G. BALP, *I finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio. Ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, fasc.2-3, 2007, pp. 345 ss.

<sup>66</sup> In questo ordine di idee M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit. p. 2137.

formale rivestita dall'art. 2467 c.c., occorre individuarne la portata pratica, tanto in senso soggettivo, quanto in senso oggettivo<sup>67</sup>.

Partendo dal profilo soggettivo, si è detto che anche questa norma è dettata in punto di disciplina di S.R.L., di tal che occorre interrogarsi circa la sua applicabilità ai soci di S.P.A. Al riguardo si registra un orientamento giurisprudenziale sempre più favorevole ad estendere la disciplina dell'art. 2467 c.c. al di fuori dei confini tipologici della S.R.L. La dottrina prevalente, dal canto suo, ne ammette senza riserve l'applicabilità alla S.P.A., ravvisando in capo a quest'ultimo tipo sociale le medesime esigenze di tutela sussistenti nel caso della S.R.L.<sup>68</sup> Vi è addirittura chi si spinge ad affermare che escludere la S.P.A. dall'ambito di applicazione della norma, con conseguente applicazione da parte della giurisprudenza delle regole elaborate in tema di conferimenti atipici, ne vanificherebbe l'obiettivo di semplificare e fornire di organicità la disciplina dei finanziamenti dei soci, al fine di ridurre considerevolmente lo spazio attribuito alla discrezionalità dei giudici.<sup>69</sup> Queste posizioni sono condivisibili, ma necessitano di una migliore puntualizzazione. Si ritiene di aderire in questo lavoro alla posizione di chi<sup>70</sup> ritiene che, senza esonerare i soci di S.P.A. dalla sanzione prevista dalla norma, occorra operare delle distinzioni in capo a questi ultimi, decidendo caso per caso circa l'applicabilità o meno della disposizione. L'art. 2467 c.c. presenta infatti una

---

<sup>67</sup> Per quanto attiene alla portata pratica della norma in senso oggettivo, ci si riferisce tanto alla questione dell'applicabilità della norma a forme indirette di finanziamento, quanto a quella della sua operatività extraconcorsuale.

<sup>68</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 89; A. NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, 3, p. 12.

<sup>69</sup> M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2138.

<sup>70</sup> G. BALP, *I finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio. Ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, cit.; ID, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 2, 2012, p. 251.

“valenza transtipica”<sup>71</sup> (nei limiti che si esporranno di seguito) essendo espressione di un principio di corretto finanziamento e di corretta capitalizzazione della società che si trovi in una situazione finanziaria non rosea, a tutela dei suoi creditori. Sicché la circostanza che essa sia collocata in sede di disciplina di S.R.L. non è di per sé indicativa della *voluntas legis* di escluderne l’applicazione in capo ai soci di S.P.A. Si tratta più che altro di una scelta ispirata ad un criterio tipologico, tale per cui il rischio di finanziamenti opportunistici da parte dei soci in danno dei creditori sociali è ritenuto tipico dal legislatore in due casi: nell’ambito della S.R.L., caratterizzata dal carattere personalistico della partecipazione dei soci, e nell’ambito dei gruppi societari, nel qual caso si prescinde anche dal tipo sociale della società partecipata e dallo *status* di socio del finanziatore, in virtù della ripartizione interna operata dalla *holding* dei benefici di gruppo conseguenti all’attività di direzione e coordinamento. Tale tipizzazione non ignora la differente qualità della partecipazione sociale nei due tipi e dei relativi diritti. Infatti mentre, come non si è mancato di rilevare, nella S.R.L. la partecipazione si caratterizza come personalistica, con conseguente maggiore ingerenza dei soci nella vita della società e ottimale capacità di controllo dell’andamento della stessa, nella S.P.A. l’apprezzamento dei rischi di operazioni di finanziamento è precluso dalla mancata attribuzione di poteri di informazione e controllo paragonabili a quelli discendenti dall’adozione del primo tipo. Ciò induce a ritenere che la tipizzazione operata dal legislatore consenta, nell’ambito della S.P.A., una valutazione della posizione del socio caso per caso, con conseguente applicazione della disposizione ai soli azionisti “imprenditori”, che siano in grado di dirigere effettivamente la società e controllarne l’andamento. Si trae conferma di questa asserzione dalla natura derogatoria dell’art. 2497-*quinquies*

---

<sup>71</sup> G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, cit., p. 247.

c.c., dove la soggezione della società finanziata a eterodirezione giustifica il superamento dei vincoli di forma richiesti dall'art. 2467 c.c. (*status* di socio del finanziatore e tipo sociale della finanziata), rispetto alla disciplina comune del tipo sociale azionario; se infatti si ritenesse quest'ultima norma applicabile *tout court* anche ai soci di S.P.A., deve convenirsi che l'inserimento, nell'alveo della disciplina in tema di abuso di direzione e coordinamento, dell'art. 2497-*quinquies* c.c. sarebbe del tutto pleonastico. E, ancora, l'indiscriminata applicazione della sanzione prevista dall'art. 2467 c.c. a tutti i soci della finanziata, a prescindere dall'entità della partecipazione, è certamente ragionevole nell'ambito del tipo sociale S.R.L., in virtù della partecipazione personalistica che la distingue dalle altre società di capitali; non così nel tipo azionario che, come testimoniato dalla particolarità della disciplina ad esso apprestata<sup>72</sup>, è caratterizzato da diverse categorie di azionisti, più o meno interessate alla vita e alla gestione della società.

Venendo al profilo oggettivo, ci si deve interrogare su due questioni. La prima attiene all'applicabilità dell'art. 2467 c.c. e, conseguentemente, dell'art. 2497-*quinquies* c.c. a forme indirette di finanziamento. La risposta positiva al quesito è immediatamente suggerita dalla lettura della prima norma, che al II co. apre la definizione dei "finanziamenti dei soci" di cui al I co. con l'eloquente formula "in qualsiasi forma effettuati". La preoccupazione del legislatore che si adopera nell'uso di questa locuzione riveste la norma di un carattere di effettività difficile da ignorare, volto a sanzionare operazioni sostanzialmente abusive, a prescindere dal *nomen iuris* adoperato dai soci che le attuano. I quali peraltro saranno senz'altro spinti, davanti alla prospettiva della sanzione della postergazione, a mettere in atto operazioni sofisticate potenzialmente in grado

---

<sup>72</sup> Ci si riferisce, ad esempio, alla possibile emissione di particolari categorie di azioni sfornite del diritto di voto.

di celare la natura di abusivo finanziamento. Ciò vale in particolare per il rilascio di garanzie in favore della società, una delle modalità di supporto finanziario largamente emergenti nella prassi, che può a sua volta rivestire diverse forme giuridiche, tra le quali l'avallo, la fideiussione, il contratto autonomo di garanzia o addirittura la lettera di *patronage*, che non presenta neanche una veste propriamente giuridica. Sarebbe tuttavia una conclusione superficiale quella che riconoscesse senz'altro la soggezione di queste forme di garanzia alla sanzione di cui all' art. 2467 c.c. È vero infatti che la norma abbraccia potenzialmente ogni tipo, più o meno manifesto, di finanziamento, ma occorre anche indagare la sostanza dei fenomeni per ravvisarvi o meno la effettiva natura di prestito. L'elemento di *discrimen*, nei diversi casi di rilascio di garanzie, circa la sussistenza o meno della suddetta natura, va ravvisato nella mancata rinuncia al diritto di regresso nei confronti della società.<sup>73</sup> In assenza del regresso, infatti, la soggezione della garanzia all'effetto della postergazione sarebbe del tutto priva di senso, posto che la posizione del garante non avrebbe modo di incidere negativamente su quella dei creditori della garantita. Egli infatti nulla avrebbe a pretendere nei confronti della società, stante la causa gratuita del proprio contratto con quest'ultima. Mancherebbe, in definitiva, un credito restitutorio da postergare. Al contrario, l'eventuale esercizio del regresso fornirebbe il socio garante della veste giuridica di creditore, con conseguente insinuazione al concorso con i creditori esterni della società, i quali vedrebbero così vulnerata la loro posizione. Alla luce della chiara finalità antielusiva delle norme in esame, deve ritenersi che esse vadano applicate anche a forme indirette di finanziamento, a prescindere dallo schema

---

<sup>73</sup> G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, cit., p. 256; ID, *Finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio. Ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, cit.

contrattuale che esse assumono, verificando piuttosto caso per caso la potenzialità di incisione delle ragioni dei creditori esterni.

La seconda questione si interroga circa la natura esclusivamente concorsuale, ovvero anche extraconcorsuale della sanzione della postergazione. Essa è acuita dal mancato coordinamento della disciplina codicistica con quella fallimentare, posto che la riforma delle procedure concorsuali, pur successiva a quella societaria, ha ignorato il tema, nell'ambito di un più generale disinteresse nei confronti del fallimento delle società. Premesso che il presupposto oggettivo della norma va ravvisato nella situazione di squilibrio finanziario della società beneficiaria, pare comunque riduttivo limitarne la portata al momento della formazione delle classi creditorie in sede fallimentare. In ogni caso la valutazione del suddetto presupposto attiene al momento della concessione dei finanziamenti, sicché deve ritenersi che l'effetto postergatorio sorga contestualmente all'emissione, corredando il credito restitutorio sin dalla primissima fase della sua esistenza. Limitare l'operatività della sanzione alla sola (oltre che eventuale) fase concorsuale frustrerebbe la portata pratica dell'art. 2467 c.c. e correlativamente le esigenze di tutela ad essa sottostanti, in particolare se si considera che l'apertura di una procedura concorsuale -certamente favorita dall'aggravio della situazione di squilibrio finanziario derivante dall'ulteriore indebitamento conseguente al finanziamento abusivo del socio che non veda postergata la propria pretesa restitutoria fuori dal fallimento- con la falce che essa comporta, rappresenta già di per sé un danno (spesso irrimediabile) per i creditori della fallita. Deve concludersi che l'art. 2467 c.c. non sia applicabile alla sola fase del concorso, ma che comporti l'effetto di rendere inesigibile il credito restitutorio del socio, fino al soddisfacimento degli altri crediti pendenti, al solo ricorrere dei presupposti richiesti dalla norma al momento dell'emissione

dell'opportunistico finanziamento, in accordo con la finalità di riequilibrio del rapporto tra benefici attesi e rischi sopportati ad essa sottostante.

#### **2.4- Responsabilità risarcitoria per l'attività abusiva di direzione e coordinamento.**

Ci si è fino ad ora occupati di strumenti di reazione introdotti dalla riforma di diritto societario del 2003 nei confronti di contegni abusivi singolarmente individuati. Essi apprestano una più capillare forma di tutela dei soggetti nella cui sfera si riverberano gli effetti negativi della opportunistica gestione delle imprese, consentendo forme di intervento in grado di neutralizzare operazioni potenzialmente o effettivamente dannose, anche avulse da disegni gestori più ampi. Il quadro di tutela fornito dal legislatore della riforma avrebbe tuttavia peccato di incompletezza, ove non avesse predisposto congegni atti a colpire quelle forme di “controllo perverso”<sup>74</sup> che si concretano nella sistematica predeterminazione dall'esterno delle decisioni circa la gestione della società. Si è infatti già sottolineato come il pregio della riforma sia stato proprio quello di fornire un apparato di dati positivi in grado di reagire a contegni abusivi progressivamente più ampi, dagli atti di cattiva gestione isolatamente considerati, sino alla individuazione di una vera e propria “attività” di gestione abusiva ed opportunistica. Occorre quindi ridimensionare notevolmente l'assunto in base al quale il legislatore del 2003 avrebbe inferto un colpo mortale alla possibilità di sanzionare la figura del tiranno che infischiandosi allegramente dei principi di corretta gestione, faccia il bello e il cattivo tempo

---

<sup>74</sup> L'espressione è coniata da C. ESPOSITO, *La “categoria” dell'abuso “nella” personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 74.

nell'ambito della società. La riforma ha semmai posto l'interprete dinanzi ad un mutamento di prospettiva. E l'ha fatto, in primo luogo, sottraendo l'appiglio normativo – caro ai giuristi che si erano accostati a queste problematiche nel secolo scorso – individuato nell'art. 2362 c.c. prima della sua modifica, così recidendo i dogmi della supposta incompatibilità tra beneficio della responsabilità limitata e unipersonalità e della presunzione di abuso in capo all'unico socio di società di capitali, dai quali si faceva discendere la sanzione dell'assoggettabilità a fallimento nei confronti del soggetto che avesse esercitato la propria tirannia nella gestione dell'ente societario. Contrappeso di questa diminuzione di tutela patrimoniale è stato l'introduzione di nuove forme di tutela risarcitoria. L'intervento si è inserito nel solco della necessità di fornire di una disciplina più o meno organica<sup>75</sup> un fenomeno ormai fondamentale nella nostra economia: i gruppi societari, che ormai rappresentano la normale forma rivestita dalla grande e grandissima impresa. Il legislatore si è però ben guardato dal fornire qualsiasi definizione di gruppo, che si sarebbe dimostrata "inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica"<sup>76</sup>, e addirittura dallo stesso utilizzo del termine, preferendo incentrare l'intera disciplina, contenuta negli artt. 2497 ss. c.c. sul concetto di "attività di direzione e coordinamento". Il mutamento di prospettiva cui si è accennato interessa anche un altro aspetto di questa innovativa disciplina, cioè la circostanza che il modello di responsabilità da essa introdotto prescinde dal criterio formale della spendita del nome, ma non per cedere il passo ad un diverso criterio di imputazione sostanziale, bensì per il riconoscimento e la conseguente regolazione da parte del legislatore della

---

<sup>75</sup> Sebbene manchi ad oggi una considerazione diretta del fenomeno da parte della legge fallimentare. È in cantiere però una riforma strutturale del diritto del procedure concorsuali, che prevede una specifica disciplina sulla crisi del gruppo. Per un approfondimento circa le proposte di riforma, si veda lo *Schema di DDL per la riforma organica delle procedure concorsuali e relazione di accompagnamento del presidente Rordorf*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale - Rivista online*, 2015, II, sez. Materiali.

<sup>76</sup> Relazione al D.Lgs. n.6/2003, § 13, in [www.TuttoCamere.it](http://www.TuttoCamere.it).

ricorrenza di un interesse imprenditoriale del soggetto che esercita l'attività di eterodirezione, la cui particolarità consiste in ciò che esso può coincidere o meno con quello del titolare dell'impresa.<sup>77</sup> Vi è di più: l'art. 2497 c.c., nell'introdurre una sanzione risarcitoria a carico di "società o enti"<sup>78</sup> che abusino dell'attività di direzione e coordinamento, ha operato un indiretto riconoscimento di liceità dell'attività medesima, non essendo configurabile l'abuso (cioè l'uso abnorme) di uno strumento che non possa essere usato in condizioni di legittimità, essendo altrimenti ciò che si configura, non già un abuso, bensì un fatto illecito.<sup>79</sup> Esiste cioè una "sfera di riconosciuta liceità" delineata dal rispetto dei "principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria" e dall'introduzione della regola dei cc.dd. vantaggi compensativi<sup>80</sup> che finisce per ampliare la discrezionalità della capogruppo nella gestione coordinata delle società del gruppo<sup>81</sup>, con la conseguenza che non può più ritenersi in contrasto coi principi (in passato) ritenuti immanenti al diritto societario porre il centro delle decisioni strategiche sulla gestione delle società al di fuori di esse.<sup>82</sup>

#### **2.4.1- Presupposti oggettivi e natura giuridica della responsabilità.**

---

<sup>77</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, 2012, pp. 267-268.

<sup>78</sup> Ci si soffermerà più avanti nel testo sulla esatta portata da attribuire a questa locuzione.

<sup>79</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 275.

<sup>80</sup> Con questa espressione si fa riferimento al congegno previsto dalla parte finale del I co. dell'art. 2497 c.c., in base al quale è esclusa la responsabilità della capogruppo ove il danno risulti mancante alla luce del risultato globale dell'attività di direzione unitaria, pur attuata in violazione dei principi di corretta gestione, ovvero anche a seguito di specifiche operazioni.

<sup>81</sup> M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale - rivista online*, 2015, I, p. 42.

<sup>82</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 268, dove l'autore parla della facoltà da parte di un soggetto di eterodirigere la società alla stregua di una "situazione soggettiva attiva".

La norma contenuta nell'art. 2497 c.c. si pone di fronte al fenomeno di abuso della gestione societaria con un atteggiamento differente da quello da sempre adottato soprattutto in dottrina: essa non si pone l'obiettivo dello squarcio del velo della personalità giuridica, ma al contrario mira al rafforzamento di quest'ultimo, poiché costituisce il coronamento di un sistema che garantisce la certezza della responsabilità limitata a beneficio di chi si serve dello strumento delle società di capitali, ma ne sanziona l'abuso<sup>83</sup> in termini di responsabilità risarcitoria diretta.

La norma prevede la responsabilità delle società o degli enti che, “esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” nei confronti dei soci cc.dd. esterni per il danno arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e dei creditori sociali per la lesione arrecata all'integrità del patrimonio della società, che costituisce la loro garanzia generica. Presupposti per l'insorgenza della responsabilità diretta sono la sussistenza di un “interesse imprenditoriale proprio o altrui” confliggente con quello della società eterodiretta e la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. La portata innovativa della norma sta proprio nel fatto che essa, al contrario di tutte le costruzioni adoperate in passato per rimediare a questo genere di situazioni di tirannia, non richiede l'accertamento di una sorta di paternità da parte del dominus dell'interesse che sospinge l'attività di eterodirezione abusiva, rendendo di per sé irrilevante anche la verifica (generalmente ostativa all'applicazione della sanzione patrimoniale) della spendita del nome di quest'ultimo; l'unico elemento che rileva nell'economia della norma è la

---

<sup>83</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 268.

sussistenza di un interesse imprenditoriale extrasociale, finanche riferibile a terzi, rispetto a quello delle società abusate, restando ininfluyente anche la natura di tale interesse, che non necessariamente deve essere lucrativo, purché riferito ad attività di impresa.<sup>84</sup>

Di non poco momento è l'individuazione della natura giuridica della responsabilità risarcitoria predisposta dall'art. 2497 c.c., perché da essa dipende anche una diversa valutazione della portata pratica della norma. Ciò vale in particolare per le conseguenze che discendono dalla qualificazione della responsabilità in tema di onere probatorio, che, ove ritenuto incumbente sul soggetto danneggiato, sarebbe di assai difficile espletamento, considerando che le direttive impartite dalla capogruppo hanno generalmente natura informale (specie nei casi più patologici, che maggiormente interessano in questo lavoro, di *dominus* occulto o di fatto), di tal che ne è sostanzialmente precluso l'accesso ai creditori<sup>85</sup> come pure ai soci esterni, specie nel tipo azionario, caratterizzato dall'assenza di specifici di diritti di informazione. Diverse ragioni militano per la qualificazione contrattuale della responsabilità del *dominus*. Innanzitutto la disciplina contenuta nel capo IX ci fornisce almeno una ipotesi tipizzata in cui l'attività di direzione e coordinamento è esercitata “sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”<sup>86</sup>. In questi casi l'origine dell'esercizio dell'attività di eterodirezione risiede nella volontà contrattuale delle parti ed implica una specifica attribuzione di funzioni con cui si investe concretamente il *dominus* del

---

<sup>84</sup> C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 7 s.

<sup>85</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., pp. 281-282.

<sup>86</sup> A. IRACE, *Sub art. 2497 c.c.*, in *AA. VV.*, “*La riforma delle società*”, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, p. 320. L'autrice in verità si riferisce qui al co. II dell'art. 2497-*sexies*, soppresso l'anno successivo ex art. 5 D.Lgs. 37/2004, ma l'argomentazione ben può essere riferita all'art. 2497-*septies*, il quale, inserito dal medesimo art. 5 D.Lgs. 37/2004, prevede che le disposizioni del capo IX si applicano anche ai casi in cui, fuori dai casi di cui all'art. 2497-*sexies*, la eterodirezione è esercitata “sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”.

coordinamento della gestione delle società. In situazioni come questa, l'obbligo presupposto dall'art. 2497 c.c. del rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria assume la natura specifica di obbligo contrattuale, sicché è innegabile che il suo inadempimento genererà le conseguenze di cui all'art. 1218 c.c. Ma queste conclusioni valgono anche per il caso in cui l'esercizio dell'attività suddetta e la titolarità del relativo potere derivino da una situazione di fatto. Una volta che tale potere sia stato costituito attraverso dei comportamenti reiterati, esso viene a configurarsi in termini di poterdovere per l'esistenza di un contratto implicito.<sup>87</sup> La responsabilità del *dominus* non discende dalla violazione del generico *neminem laedere*, previsto dall'ordinamento in capo a ciascun soggetto nei confronti di qualunque altro consociato. Essa deriva dalla violazione di uno specifico dovere nascente da un preesistente rapporto obbligatorio, scaturente dall'effettivo svolgimento da parte della capogruppo delle attività gestorie, le quali, per il solo fatto dell'esercizio, impongono il rispetto non solo dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, bensì anche del catalogo di obblighi previsti dagli artt. 2497 *bis* ss. c.c. Non può inoltre ignorarsi la circostanza che l'obbligazione risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c. nasce nei confronti di soggetti puntualmente individuati dalla norma stessa: creditori sociali, per l'incapienza cagionata al patrimonio della società, loro garanzia generica *ex art.* 2740 c.c.; soci delle dominate, per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della loro partecipazione.<sup>88</sup> Il dato è particolarmente rilevante se si

---

<sup>87</sup> A. IRACE, Sub *art.* 2497 c.c., in *AA. VV.*, "La riforma delle società", a cura di Sandulli-Santoro, cit., p. 320.

<sup>88</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., pp. 276 ss. L'autore adduce quale ulteriore argomentazione la circostanza che il fenomeno di gruppo si inquadri nel concetto di collegamento negoziale, in virtù del quale, i vari contratti di società, pur conservando ciascuno la propria autonoma causa, sono economicamente e teleologicamente collegati tra loro per la realizzazione di uno scopo unitario. Lo schema del collegamento contrattuale farebbe insorgere a carico delle società del gruppo, compresa la *holding*, il dovere specifico di non ledere l'integrità del patrimonio delle società debentrici.

considera che la responsabilità prevista dalla clausola generale dell'art. 2043 c.c. è generalmente indicata con la locuzione “responsabilità del passante”, proprio a sottolineare la strutturale indeterminatezza della vittima dell'illecito aquiliano e la non qualificazione del rapporto giuridico tra danneggiante e danneggiato, che sorge proprio in occasione della commissione dell'illecito. Non è quindi argomento sufficiente a ricostruire in termini extracontrattuali la responsabilità in esame, quello tratto dalla previsione da parte del II co. dell'art. 2497 c.c. della responsabilità in via solidale di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo.<sup>89</sup> Né tanto meno può accettarsi l'impostazione che individua nella responsabilità da eterodirezione abusiva una “ipotesi tipizzata di lesione del diritto di credito”, considerando la norma espressiva di un valore desumibile anche dal principio di cui all'art. 2043 c.c.<sup>90</sup> Soccorre all'interpretazione prescelta dell'art. 2497 c.c. in termini di responsabilità contrattuale l'argomento teleologico, secondo il quale “ad un enunciato normativo deve attribuirsi quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento”<sup>91</sup>, perché, come già sottolineato, l'onere probatorio diabolico in capo ai danneggiati, che discenderebbe dalla qualificazione contrattuale della responsabilità del dominus, renderebbe assai ardua l'attuazione della disciplina predisposta dall'art. 2497 c.c., tradendo la volontà oggettiva della legge.

#### **2.4.2- La sorte della *holding* persona fisica.**

---

<sup>89</sup> L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2003, p. 1487.

<sup>90</sup> C. ESPOSITO, *La “categoria” dell'abuso “nella” personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., pp. 81-82.

<sup>91</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

L'aspetto maggiormente problematico della nuova forma di sanzione posta dall'art. 2497 c.c. è legata all'estensione del suo ambito di applicazione soggettivo. Essendo ormai pacifica la guarentigia in favore dello Stato, a seguito della espressa esclusione operata dall'art. 19, VI co. D.L. 78/2009 convertito in l. 102/2009<sup>92</sup>, resta da affrontare il problema dell'applicabilità della norma alla persona fisica. Occorre immediatamente considerare che il fenomeno è da sempre assai diffuso nella prassi, di modo che non manca di suscitare esigenze di tutela dello stesso tenore di quelle scaturenti dall'abusiva eterodirezione perpetrata da soggetti collettivi. A suggerire, in prima istanza, una interpretazione della norma in esame nel senso di escludere la persona fisica dal novero dei soggetti interessati dalla disciplina vi è il dato strettamente letterale, cui si lega la volontà del legislatore storico, che si desume dai lavori che hanno preceduto l'emanazione della norma. L'art. 2497 c.c. infatti prevede la responsabilità da direzione e coordinamento in capo a "le società o gli enti", formula che non pare affatto comprendere la persona fisica, rivelandosi forzata l'argomentazione di chi<sup>93</sup> cerca di far rientrare quest'ultima all'interno del concetto di "ente naturale". Parrebbe trarsi conferma della esclusione dalla lettura dei lavori preparatori, che mostra come la locuzione definitivamente inserita nella norma abbia sostituito una diversa versione, nella quale più evidente appariva la ricomprensione della persona fisica nell'alveo dei soggetti passivi dell'azione di responsabilità ivi prevista: "chi e a qualunque titolo" fosse titolare del potere di direzione e coordinamento. La sostituzione del "chi" con la più stringente dizione "le società o gli enti" parrebbe tradire la volontà del legislatore di lasciare la persona fisica al di fuori del perimetro della norma,

---

<sup>92</sup> Con una norma solo apparentemente generale ed astratta, il legislatore si è preoccupato di fugare ogni dubbio circa l'esclusione dello Stato dall'ambito di applicazione della sanzione risarcitoria, in un periodo in cui era ravvisabile in capo al Ministero dell'Economia una vera e propria attività abusiva di direzione e coordinamento nel noto caso Alitalia.

<sup>93</sup> C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., pp. 79-80.

forse a causa delle remore suscitate dalla nuova disciplina circa la possibile forza dissuasiva che essa avrebbe potuto esercitare sugli investitori a danno del mercato delle partecipazioni societarie. Ciononostante la sostituzione della lettera della norma non appare sufficiente ad escluderne l'applicabilità anche in capo alla persona fisica, innanzitutto per la debolezza intrinseca dell'argomento storico, atteso che la volontà concreta del legislatore storico ha ben poca influenza sullo sviluppo della norma, una volta che questa sia venuta ad esistenza, inserendosi così all'interno di un dato quadro sistematico; in secondo luogo, la lettura della disposizione all'interno della normativa nella quale è inserita suggerisce l'incertezza della suddetta volontà legislativa, tradita dal difetto di coordinamento sistematico: il generico "chi" previsto nella prima stesura dell'art. 2497 c.c., pur espunto da questa norma, permane infatti in diverse altre disposizioni del capo IX.<sup>94</sup> Anche a prescindere da simili considerazioni, il fattore che maggiormente si impone a suffragio di una applicazione estensiva della norma è l'imprescindibile esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata.<sup>95</sup> Ritenere la persona fisica esclusa dal novero dei soggetti passivi dell'azione risarcitoria prevista dalla norma comporta il riconoscimento di una inspiegabile disparità di trattamento in situazioni tra loro identiche ad opera del sistema. Verrebbe a determinarsi infatti l'inammissibile risultato per cui i soggetti (creditori e soci) che abbiano subito un danno da direzione e coordinamento da parte di società o enti,

---

<sup>94</sup> G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, 2013, I.

<sup>95</sup> In questo senso la dottrina prevalente: P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, 2011, II, nt. 10; C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., pp. 85 ss.; M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale - rivista online*, cit., p. 25; C. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit.; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 286; M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p. 106, il quale ritiene che la norma, nel suo significato letterale, sia inapplicabile alla persona fisica, ma trova un adeguamento nella doverosa interpretazione analogica.

vedrebbero tutelata la propria aspettativa risarcitoria; al contrario, i creditori e i soci di società eterodirette da una *holding* persona fisica, figura ammessa in giurisprudenza da molto prima della introduzione della disciplina di cui si tratta, vedrebbero recisa in radice la loro pretesa risarcitoria, restando di fatto privi di qualsivoglia tutela.<sup>96</sup> La norma restrittivamente interpretata produrrebbe nel sistema illogicità ed incoerenza tali da non superare il vaglio del confronto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione. Vi è addirittura chi ritiene che l'art. 2497 c.c. rappresenti una esplicazione del principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, sicché ritenere che una siffatta iniziativa sia preclusa all'imprenditore individuale presterebbe il fianco, a monte, all'ulteriore rilievo del contrasto con l'art. 41 Cost.<sup>97</sup> Non è sufficiente, ad avviso di chi scrive, a scalfire le suesposte considerazioni il rilievo, cui già si è fatto cenno, per cui un'applicazione così ampia della sanzione prevista dalla norma comporterebbe il rischio di disincentivare gli investimenti in partecipazioni societarie. Giustificare l'interpretazione restrittiva sulla base di questo assunto significherebbe elevare la patologia al rango di regola, dovendosi peraltro considerare che l'acquisto di partecipazioni non è necessariamente dettato dalla volontà di esercitare attività direzione e coordinamento nei confronti delle società partecipate, presupposto imprescindibile dell'applicazione della sanzione. Deve invece ritenersi che la norma si ponga come strumento di disincentivo di attività tiranniche da parte del soggetto che acquisti partecipazioni rilevanti; laddove invece avallare una

---

<sup>96</sup> Anche a voler applicare il correttivo giurisprudenziale volto a favorire il fallimento della *holding*, sulla scia del noto filone Caltagirone, di cui si dirà a breve, questo gioverebbe ai soli creditori c.d. forti. Costituisce infatti uno dei principali limiti di tale costruzione e della tutela patrimoniale in generale proprio il fatto che la possibilità di insinuarsi al passivo del fallimento della *holding* personale è riservata solo a quei creditori le cui pretese si fondino su atti negoziali di cui la fallita abbia assunto la paternità mediante spendita del nome. Cioè, in definitiva, quei creditori dotati di forza contrattuale tale da essersi fatti garantire direttamente dal *dominus*. Resterebbero così privi di tutela tutti quei creditori che si siano interfacciati con le sole società eterodirette, cioè la gran parte di essi, e in ogni caso i soci esterni.

<sup>97</sup> G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit.

irresponsabilità del *dominus* comporterebbe rischi ancor più evidenti per il mercato, a causa delle remore che verrebbero a determinarsi in capo ai soggetti che potrebbero potenzialmente interfacciarsi con le società del gruppo eterodiretto da una *holding* persona fisica. Si deve concludere che ai fini dell'applicazione della sanzione di cui all'art. 2497 c.c., assume rilevanza il mero esercizio dell'attività abusiva di direzione e coordinamento, intesa come fatto<sup>98</sup>, a prescindere dalla fonte da cui la suddetta attività promana. La norma si pone come espressione di un principio generale dell'ordinamento<sup>99</sup>, la cui reale portata può essere colta solo guardando ad essa con gli occhiali dell'interpretazione estensiva.<sup>100</sup>

### **2.4.3- Caratteri della *holding* personale. Disamina e critica del c.d. filone Caltagirone.**

Ammessa l'applicabilità dell'art. 2497 c.c. alla *holding* personale, bisogna passare ad interrogarsi circa le caratteristiche che la qualificano. Come più volte si è rimarcato, la giurisprudenza da tempo riconosce l'esistenza del fenomeno e si è preoccupata di ricostruirne i tratti essenziali al fine di

---

<sup>98</sup> Relazione al D. Lgs. 6/2003, § 13, in [www.TuttoCamere.it](http://www.TuttoCamere.it), “per dare corretta impostazione e soluzione ai problemi di responsabilità occorre porre a base della disciplina il “fatto” dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento [...]”; in questo senso anche M.PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, cit., p. 109; M. GARCEA, *I “gruppi finti”. Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell’esercizio dell’impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, p. 206: “Ai fini dell’applicazione [...] indifferente la fonte (o il titolo giuridico) dell’attività di direzione e coordinamento, discendendo piuttosto l’applicazione della disciplina dal mero fatto della direzione e coordinamento”; M. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit.

<sup>99</sup> A. IRACE, *Sub art. 2497 c.c.*, in *AA. VV.*, “*La riforma delle società*”, a cura di Sandulli-Santoro, cit., p. 316; C. ESPOSITO, *La “categoria” dell’abuso “nella” personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, cit., p. 85.

<sup>100</sup> M. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit.

individuare la fattispecie e differenziarla da figure limitrofe, in particolare quella del socio tiranno. La qualificazione giurisprudenziale della *holding* personale o di fatto presenta diversi limiti, che ci si accinge a rimarcare, dovuti soprattutto al fatto che essa è finalizzata al ritrovamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, senza che però tale ricerca passi per i sentieri già battuti dalla bigiaviana teoria dell'imprenditore occulto, da cui la giurisprudenza cerca maldestramente di prendere le distanze<sup>101</sup> La maggiore espressione di questa giurisprudenza, che ha dato vita ad un orientamento cui per anni si sono attenuti i giudici di legittimità e di merito, è rappresentata dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 26 febbraio 1990, n. 1439<sup>102</sup> emessa (quasi)<sup>103</sup> all'esito della ben nota vicenda del fallimento dei fratelli Caltagirone. La S.C. trae occasione dalla paradigmatica vicenda per ricostruire, in una sentenza dal carattere volutamente "accademico", la fattispecie *holding* e ricondurla sotto la categoria dell'impresa commerciale secondo i dettami del combinato disposto degli artt. 2082 e 2195 c.c. Essendo a tal fine in primo luogo necessario individuare in capo all'impresa un'attività di produzione o di scambio di beni e servizi, la Corte chiarisce come una siffatta attività possa essere attuata in due modi: in via diretta, nel caso della società operativa, dove la produzione e lo scambio di beni e servizi integrano l'oggetto sociale immediato; in via indiretta, nel caso della *holding*, dove l'oggetto sociale è solo mediato. L'ammissibilità di un oggetto sociale mediato si desume dall'art. 2361 c.c. laddove sancisce il divieto di assunzione di partecipazioni in altre imprese "se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto." In

---

<sup>101</sup> E. IANNELLO, *Tecniche sanzionatorie dell'abuso dello schermo societario: limiti teorici e pratici*, in *Fallimento*, 1999, I, p. 125.

<sup>102</sup> La sentenza è pubblicata in *Dir. Fall.*, 1990, II, p. 1005, con nota di U. I. STRAMIGNONI.

<sup>103</sup> La sentenza non chiuse la vicenda processuale dei fratelli Caltagirone, la cui sorte fu ribaltata in sede di rinvio, proprio in conseguenza del principio di diritto espresso dalla S.C.: App. Roma, 16 dicembre 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 429 ss., con nota di P. SPADA.

questo modo è possibile affermare la sussistenza di una imprenditorialità propria della *holding*, che si esplica però in due fasi: in una fase in via diretta per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo, in una seconda fase in via indiretta, per quanto attiene alla produzione, che viene di fatto attuata dalle società operative.<sup>104</sup> Affinché sia possibile ravvisare in capo alla *holding* personale un'attività imprenditoriale di questo tipo, che la esponga alla sanzione patrimoniale, è necessario, secondo la S.C., individuare una serie di requisiti, atti a distinguerla dalla figura ad essa contigua (se non proprio sovrapponibile) del socio tiranno. In primo luogo l'attività della capogruppo deve essere sorretta da un'autonoma organizzazione di mezzi, distinta rispetto a quella delle società operative; essa inoltre deve esplicarsi mediante “atti, soprattutto negoziali, [...] posti in essere dalla capogruppo in nome proprio”<sup>105</sup>, a differenza di quanto avviene nel caso del socio tiranno, ove manca il requisito della spendita del nome; in terzo luogo, occorre che tale attività sia corredata di un'autonoma economicità, ravvisabile nell'attitudine a produrre un incremento dei risultati economici sia del gruppo che delle sue singole entità, direttamente ricollegato all'attività di gestione unitaria e non diversamente conseguibile. Tutti e tre i requisiti testé indicati devono ritenersi superflui, ove non addirittura impossibili. Per quanto attiene al requisito dell'autonoma organizzazione è lampante l'inutilità di un compendio di mezzi propri nel caso di una impresa che si assume in premessa essere mediata. Rende bene l'immagine di tale superfluità il Tribunale di Padova<sup>106</sup> nel rimarcare che, quanto meno nel caso della *holding* pura, il *dominus* si serve, senza intermediazione, dei mezzi costituiti dalle società operative, “senza che

---

<sup>104</sup> A tale nozione di imprenditorialità accede la distinzione operata dalla Cassazione tra *holding* pura, che si limita ad esercitare il coordinamento e la direzione unitaria delle società del gruppo, e *holding* operativa, che svolge un'attività autonoma, solitamente di carattere finanziario, in favore delle società eterodirette.

<sup>105</sup> Cass., 1990 n. 1439, in *Dir. Fall.*, cit., p. 1048.

<sup>106</sup> Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, II, p. 1224.

gli serva, in certi casi estremi, più che un telefono cellulare, con cui impartire gli ordini e le direttive ai suoi sottoposti (magari da una spiaggia caraibica.)”.

Passando al requisito dell’autonoma economicità, – tenendo per ultima la questione della spendita del nome, che più di tutte le altre dimostra la contraddittorietà della ricostruzione in esame – deve riconoscersi che anche questo possa sussistere, come anche mancare, senza che ne sia travolto il riconoscimento del carattere imprenditoriale dell’attività direttiva. Proprio in virtù del carattere mediato di questa, lo scopo di lucro della capogruppo può coincidere con quello delle società eterodirette, atteso che i risultati economici di queste comunque si riverberano nel patrimonio del soggetto che ne detiene le partecipazioni rilevanti. *Dulcis in fundo*, paradigmatica dell’impostazione rigoristica ed estrema su cui si è assestata la Corte è la supposta necessità di ravvisare atti negoziali posti in essere in nome del *dominus*. Innanzitutto bisogna rimarcare che la Cassazione si basa, nel porre tale requisito, su di una premessa errata: che l’art. 2082 c.c. richieda il compimento di atti negoziali con rilevanza esterna. Così non è. Nella definizione posta dall’art. 2082 c.c. non compare neanche indirettamente il riferimento alla necessità di esplicitare l’attività di impresa sul piano negoziale, sicché è ben possibile ravvisare nel panorama giuridico-economico imprese che tale esplicitazione non presentino.<sup>107</sup>

Anche prescindendo da questa osservazione, è da ritenere che la spendita del nome sia comunque un requisito pressoché impossibile da individuare, posto che la ragione per cui una persona fisica si avvale di una simile struttura per l’esercizio di un’attività economica di fatto riconducibile ad essa soltanto, è proprio il perseguimento del beneficio dell’anonimato, sicché è di immediata intuizione che questi si guarderà bene dallo spendere il proprio nome nel traffico giuridico. Gli atti negoziali sono, in casi di questo genere, posti in

---

<sup>107</sup> In tal senso E. IANNELLO, *Tecniche sanzionatorie dell’abuso dello schermo societario: limiti teorici e pratici*, in *Fallimento*, cit., p. 125; Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Fallimento*, cit., p. 1224.

essere in prima persona dalle società sottoposte all'attività di gestione unitaria, le quali però intervengono sempre a trattativa conclusa (dal *dominus* in prima persona) al momento della sottoscrizione, per assumerne la paternità. Coglie nel segno chi ritiene che la necessità di tale requisito potrebbe essere soddisfatta solo laddove lo si intendesse nel senso che ai terzi, nella gran parte dei casi, è ben noto che le operazioni delle società operative fanno capo al *dominus* e “intanto si sono risolti a contrarre con la società operativa in quanto sapevano che alle spalle della stessa stava la *holding* e non hanno trattato con gli amministratori della società operativa, ma direttamente con le persone fisiche in cui si sostanzia la *holding*.”<sup>108</sup> La successiva evoluzione normativa ha confermato l'assoluta irrilevanza dei requisiti individuati dal filone Caltagirone, consentendo agli interpreti di qualificare un soggetto come *holding*, per il mero fatto dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dal titolo del suddetto esercizio, che può anche non poggiare sul dato del controllo formale.

Alla luce di questa disamina è possibile giungere alla conclusione che la costruzione della Suprema Corte, lungi dal dilatare le possibilità di repressione dei fenomeni di gestione abusiva di imprese, di fatto fa rientrare dalla finestra la *fictio iuris* della società fiancheggiatrice.<sup>109</sup> Anche alla luce dell'evoluzione normativa e dell'influenza sempre maggiore esercitata dal diritto europeo sul nostro ordinamento interno, si può serenamente affermare che non è più sostenibile un impianto così rigorosamente formalistico, essendo l'intero

---

<sup>108</sup> L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fallimento*, 2009, II, p. 1061.

<sup>109</sup> In questo senso F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., pp. 307-308; il quale scrive “Tale orientamento non è altro che la trasposizione in tema di gruppi dell'assai discutibile espediente giurisprudenziale dell'impresa fiancheggiatrice o collaterale”; così anche E. IANNELLO, *La fallibilità dell'holding personale tirannica tra presupposti ed effetti contraddittori*, in *Fallimento*, 2002, II, p. 1228; ID, *Tecniche sanzionatorie dell'abuso dello schermo societario: limiti teorici e pratici*, in *Fallimento*, cit., p. 125.

sistema ormai orientato verso una condizione di netta prevalenza della sostanza sulla forma o, detto in altri termini, del dato fattuale su quello giuridico.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Il principio di prevalenza della sostanza sulla forma è particolarmente apprezzabile in materia di principi contabili e regole di redazione del bilancio, dove la *ratio* è quella di fornire un quadro quanto più possibile aderente alla effettiva realtà economica dell'impresa, che rischia altrimenti di restare celata sotto la coltre di stringenti principi formali. Una traccia della rilevanza del suddetto principio nella normativa europea è dato dall'art. 2 della direttiva 2003/51/Ce, che così statuisce "Gli Stati membri possono prevedere o prescrivere che la presentazione degli importi nelle voci del conto profitti e perdite e dello stato patrimoniale tenga conto della sostanza dell'operazione o del contratto stabilizzati".

## Capitolo terzo

### RAPPORTI TRA TUTELA PATRIMONIALE E RISARCITORIA NUOVI ORIZZONTI IN TEMA DI INTERPOSIZIONE DI PERSONA

#### 3.1- La *summa divisio* nell'impianto sanzionatorio *post-riforme*.

Nel corso della disamina dei dati positivi introdotti dalla riforma di diritto societario a beneficio dell'interprete che si misuri con casi di abuso dello schermo societario, si è messo in luce come il sistema normativo si stia dirigendo verso forme di tutela differenti rispetto alla mera assoggettabilità a fallimento del *dominus* tirannico. Il panorama dottrinale italiano è da tempo orientato verso il superamento della tutela patrimoniale quale forma privilegiata di rimedio contro modalità di gestione scellerate, poiché ritenuta da molti mezzo inefficiente e inadeguato rispetto alle esigenze profilate dalla pratica. Questo sentimento di insofferenza è particolarmente evidente nei confronti del congegno del fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili *ex art. 147 L. Fall.*, che non fu mai visto di buon occhio dagli studiosi della materia, i quali al contrario lo considerarono una “aberrazione logica”<sup>111</sup>, ed è tutt'ora ritenuto un meccanismo iniquo, frutto di una scelta politica e non coerente con il sistema, tanto che da lungo tempo se ne auspica l'abolizione e la sostituzione con meccanismi in grado di raggiungere i medesimi risultati con maggiore semplicità e prontezza.<sup>112</sup> Si è visto ampiamente che la riforma del 2003 ha fornito nuovi agili strumenti di

---

<sup>111</sup> U. PIPIA, Sub *art. 847*, in *Del fallimento*, Torino, 1932, p. 762.

<sup>112</sup> A. NIGRO, Sub *art. 147*, in *Nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, cit., p. 2169; Per un'ampia analisi storica della questione, A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, II.

repressione di condotte abusive, che consentono il superamento dell'esigenza giurisprudenziale di cercare ad ogni costo degli spiragli per giungere allo squarcio del velo della personalità giuridica. Questa, espressione di un anelito di giustizia sostanziale avvertita dai giudici ante-riforma, era dettata dall'insufficienza dell'impianto normativo dell'epoca rispetto al ritrovamento di mezzi differenti per assicurare tutela ai soggetti che si ritrovavano a subire danni spesso irrimediabili in conseguenza della spregiudicata gestione dell'impresa. Oggi questa estrema esigenza può considerarsi superata in seguito alla presa di posizione del legislatore nel senso di consolidare la personalità giuridica, perseguendone il rafforzamento tramite la previsione di sanzioni mirate alla recisione delle distorsioni in grado di inquinare il corretto funzionamento della persona giuridica, la quale resta dal canto suo intatta, senza che soprattutto si possa mai trapassare la segregazione patrimoniale che la correda.

Dal combinato delle riforme societaria e fallimentare emerge un quadro normativo fondato su di una *summa divisio*<sup>113</sup>: da un lato, le società personali e in accomandita per azioni, per le quali si consolida la regola della responsabilità illimitata dei soci e del loro assoggettamento a fallimento in ripercussione; dall'altro le altre società di capitali, per le quali al contrario è definitivamente fugato il dubbio circa la possibilità del sorgere di una responsabilità illimitata in capo ai soci che siano venuti a trovarsi in situazioni tali da integrare presunzioni di tirannia. Ciò è dovuto alle modifiche, seppur da taluni ritenute marginali<sup>114</sup>, apportate dal legislatore fallimentare all'art. 147,

---

<sup>113</sup> F. FIMMANO, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 288, dove l'autore rimarca il superamento delle tecniche giurisprudenziali finalizzate allo squarcio della personalità giuridica da parte di un "nuovo impianto normativo che si muove su un doppio binario"; così anche M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per terodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit., p. 14.

<sup>114</sup> In particolare A. NIGRO, *Sub art. 147*, in *Nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2170.

cui deve riconoscersi il pregio di aver in gran parte eliminato le incertezze circa l'ambito di applicazione della norma, che l'avevano accompagnata sin dalla sua rifusione nel R.D. 267/1942<sup>115</sup>. È certo oggi che il fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili può conseguire solo all'originario fallimento di società appartenente ai tipi che prevedono *ab origine* la presenza di tale categoria di soci, restando preclusa invece la sanzione patrimoniale a carico del socio unico e *a fortiori* del socio tiranno di società di capitali, per i quali essa cede il passo a forme di responsabilità risarcitoria più prontamente azionabili.

### **3.2- Tutela dei soggetti danneggiati tra responsabilità risarcitoria e patrimoniale.**

Il percorso di ricerca lungo il quale ci si sta muovendo ha portato alla delineazione di un nuovo impianto sanzionatorio che corre su di un doppio binario, in conseguenza della netta demarcazione operata dal legislatore fallimentare del 2006 che nel puntualizzare l'ambito di applicazione dell'art. 147 L. Fall. ha fatto di questa norma una "eccezione tipologica"<sup>116</sup>. Occorre a questo punto rimarcare quali differenze corrono in effetti tra i due sistemi emergenti dalle riforme, quanto la nuova disciplina in tema di eterodirezione si ponga sulla scia di un effettivo superamento delle tecniche sanzionatorie patrimonialistiche e quali spazi di operatività permangano in capo a dette tecniche. È indubbio il vantaggio sistematico derivante dall'introduzione del

---

<sup>115</sup> Il legislatore fallimentare del 2006 infatti nel novellare il primo comma dell'art. 147 ha effettuato, per quanto attiene all'ambito di applicazione, un ritorno alla dizione dell'art. 847 cod. comm., antesignano della norma.

<sup>116</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 291.

microsistema dell'art. 2497 c.c. in favore di quelle categorie di soggetti per i quali l'eventuale fallimento in estensione del *dominus* abusivo rappresenta nulla più che il miraggio di una tutela di fatto irraggiungibile. Si tratta della platea dei creditori delle società eterodirette che nel corso della vita dell'aggregato societario si sono interfacciati, per lo meno in senso formale, con i soli organi amministrativi di queste, senza che mai nelle relazioni commerciali intercorse sia figurata una sottoscrizione del fallito, ben al riparo dietro il paravento precostituito. Si capisce bene che, proprio in virtù dell'agognato ed imprescindibile requisito della spendita del nome, questi soggetti non hanno titolo per iscrivere il proprio credito al passivo del reale gestore dell'apparato societario, pur quando questi, smascherato e ricondotto sotto la fattispecie dell'imprenditore commerciale, sia stato sottoposto a procedura fallimentare. La tutela patrimoniale resta per tanto, in questo genere di situazioni, appannaggio dei soli creditori cc.dd. forti, in particolare le banche, che grazie al proprio incisivo potere contrattuale siano riusciti a strappare al *dominus* la sottoscrizione di atti negoziali.<sup>117</sup> È immediatamente percepibile la rispondenza alle esigenze di creditori strutturalmente deboli della disciplina propugnata dall'art. 2497 c.c., che prescinde dalla spendita del nome del gestore, alla luce della consapevolezza della natura interna dell'attività di eterogestione, che si concreta normalmente in un flusso di direttive impartite dal tiranno agli organi gestori delle dominate, i quali ne assumono la paternità giuridica. Ulteriore indice della maggiore agilità della tutela risarcitoria *ex art.* 2497 c.c., rispetto a quella patrimoniale, risiede nella perdita di centralità dell'attività di impresa, che si traduce nell'irrilevanza della qualità del *dominus*, il quale può indifferentemente rivestire lo *status* di socio, le prerogative dell'amministratore (di fatto o diritto), come anche essere

---

<sup>117</sup> E. IANNELLO, *La fallibilità della holding personale tirannica tra presupposti ed effetti contraddittori*, in *Fallimento*, cit., pp. 1228-1229.

assolutamente estraneo a qualsiasi ruolo istituzionale in seno alle società del gruppo. L'unico accertamento prodromico all'inflizione della sanzione risarcitoria è quello relativo all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, che non presenta un catalogo di modalità tipiche di attuazione, traducendosi nell'espletamento di una funzione di direzione strategico-finanziaria, come riconosciuto dal legislatore che permette l'assolvimento del suddetto accertamento anche mediante presunzioni, come statuito dall'art. 2497-*sexies* c.c. Corollario della perdita di centralità del requisito dell'imprenditorialità commerciale è la superfluità della verifica di un autonomo scopo di lucro nell'esercizio dell'attività di eterodirezione, come risulta d'altronde dalla lettera dell'art. 2497 c.c., che pone tra i presupposti di applicazione della responsabilità ivi prevista la sussistenza di un "interesse imprenditoriale proprio o altrui". Come già sottolineato in precedenza, non è necessario che un tale interesse risieda necessariamente nella sfera del soggetto esercente l'attività, essendo sufficiente l'alienità di questo rispetto alle società eterodirette.

Non va sottaciuto che la non necessarietà dell'accertamento dei requisiti di una imprenditorialità commerciale dell'attività di eterodirezione ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2497 c.c. non esclude la possibile sussistenza di questi ultimi. Sicché laddove il soggetto esercente un'attività di direzione e coordinamento corredata dei caratteri tipici dell'impresa commerciale si riveli autonomamente insolvente, non è esclusa la dichiarazione di fallimento di quest'ultimo<sup>118</sup> successivamente e anche indipendentemente dall'inflizione della sanzione risarcitoria. In questo caso ben potranno i soggetti

---

<sup>118</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, cit., p. 316; ID, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, pp. 90 ss.; ID, *Abuso nell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, Torino, 2010, I, pp. 299 ss.; ID, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fallimento*, 2007, pp. 419 ss.

danneggiati dalla condotta abusiva del fallito, previo apposito accertamento del loro credito<sup>119</sup>, insinuarsi al passivo di quest'ultimo concorrendo con i suoi creditori diretti, per le pretese rimaste insoddisfatte dalle società eterodirette a causa della lesione cagionata dalla sua gestione spregiudicata all'integrità dei patrimoni sociali di queste.

La prospettazione di una simile eventualità non deve però sconfinare nell'errore metodologico commesso da quella parte della giurisprudenza che, sulla scia di simili suggestioni, ha fatto leva sulla responsabilità risarcitoria *ex art. 2497 c.c.* per giungere in ultima istanza sempre e comunque alla soluzione fallimentare.<sup>120</sup> Un simile automatismo è assolutamente inaccettabile in quanto, ricavando dall'applicazione dell'*art. 2497 c.c. sic et simpliciter* i presupposti dell'applicazione della sanzione patrimoniale, finisce per frustare gli scopi delle riforme, le quali hanno inteso tenere ben distinti i due rimedi, che così finiscono invece per essere cumulati, sicché in ultima istanza dall'applicazione dell'*art. 2497 c.c.* scaturiscono conseguenze assimilabili a quelle del fallimento in estensione, ma con l'elusione dei limiti previsti dall'*art. 147 L. Fall.*, primo tra tutti l'impermeabilità dei soci a responsabilità limitata rispetto al fallimento della società.

### **3.2.1- Residui spazi d'azione della sanzione patrimoniale. Coesistenza nel sistema delle due forme di tutela e distinzione dei relativi ambiti di applicazione.**

---

<sup>119</sup> M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit., pp. 36-37, dove l'autore rimarca l'insufficienza della deliberazione del tribunale fallimentare circa la sussistenza del *fumus boni iuris* riguardo alle pretese dei soggetti legittimati *ex art. 2497 c.c.*, essendo invece necessario un apposito giudizio di accertamento nel quale si provveda anche all'esatta liquidazione del credito, non potendo tali operazioni essere lasciate ad un accertamento sommario.

<sup>120</sup> M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit., p. 27.

È appena il caso di rilevare, come d'altronde emerge dalle considerazioni sopra svolte, che permangano nel sistema spazi di operatività della tutela patrimoniale, in particolare sul piano del fallimento in estensione *ex art. 147 L. Fall.*, strumento che, al netto dei limiti pocanzi enunciati, presenta indubbi vantaggi per quanto attiene allo svolgimento delle procedure concorsuali. Infatti pur restando le procedure (inerenti rispettivamente alla società e ai soci illimitatamente responsabili di questa) formalmente distinte, e sebbene l'art. 148, II co L. Fall. imponga la separazione delle masse al fine di limitare il concorso tra creditori particolari del socio e creditori della società, il congegno dell'art. 147 L. Fall. consente quel minimo di coordinamento tra le parallele procedure da far sì che qualcuno vi ravvisi un "prototipo delle tecniche miranti a tale risultato"<sup>121</sup>. I vantaggi derivanti dal meccanismo dell'automatico fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile derivano in primo luogo proprio dall'eccezionalità della norma rispetto agli artt. 1 e 5 del RD 267/1942, i quali richiedono rispettivamente il requisito soggettivo dell'imprenditorialità commerciale e quello oggettivo dell'insolvenza. Nel raggio di azione della norma non è richiesta l'autonoma verifica di detti presupposti, essendo questa surrogata dalla partecipazione dei soggetti alla società. È da rilevare inoltre la maggiore prontezza con cui l'esecuzione fallimentare consente ai creditori il recupero di risorse che, passando per l'azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.*, richiederebbe accertamenti ulteriori.<sup>122</sup> Si spiega con ciò perché il legislatore, pur pressato da continue istanze di eliminazione dell'istituto, ritenuto da molti iniquo ed anacronistico, abbia

---

<sup>121</sup> M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, cit., p. 16.

<sup>122</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1238.

scelto di tener fermo un simile meccanismo nel nostro sistema. Autorevole dottrina, peraltro risolutamente contraria al mantenimento del congegno posto dall'art. 147 L. Fall., ne individua la *ratio* nella circostanza che nel sistema italiano delle procedure concorsuali, basato sulla tutela dei creditori, “il fallimento costituisce, sul piano dell'esecuzione, lo strumento tecnicamente più idoneo [...] per realizzare, a carico dei soci, la garanzia posta dalla legge a favore dei creditori sociali senza lesione dei reciproci interessi di questi e, anche, senza ledere gli interessi dei creditori particolari”<sup>123</sup>.

Pare dunque di dover ritenere che dall'introduzione nel sistema di norme volte a fornire i soggetti danneggiati da attività abusiva di gestione di impresa di una tutela risarcitoria non possa farsi discendere la definitiva obliterazione di tecniche di natura patrimoniale.<sup>124</sup> La soluzione poi diviene obbligata alla luce della considerazione sistematica dei risultati delle riforme societaria e fallimentare, dal momento che proprio quest'ultima, come si avrà modo di approfondire in seguito, con l'inserimento nell'art. 147 del nuovo V co., pare aver posto di nuovo in gioco teoriche antiche basate sulla sanzione patrimoniale.<sup>125</sup> Deve concludersi allora che le due forme di tutela con i rispettivi limiti e vantaggi, non siano pensate dal legislatore in modo tale da escludersi l'un l'altra, ma conservino entrambe i propri luoghi di operatività, dovendosi all'uopo solamente distinguere i relativi campi di applicazione. Nel corso dell'indagine volta all'accertamento dell'abuso di un'attività di direzione e coordinamento, è ben possibile riscontrare la sussistenza di fattispecie collocate in zone franche rispetto alla disciplina apprestata dall'art. 2497 c.c. Ci

---

<sup>123</sup> A. NIGRO, Sub *art. 147*, in *Nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, cit., p. 2173.

<sup>124</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1237; F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, 2008, II, p. 1299.

<sup>125</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1238.

si riferisce innanzitutto alla ricorrenza di casi in cui l'abuso di eterodirezione presenti caratteri di sistematicità ed ampiezza tali da sconfinare in fenomeni di mera interposizione nell'esercizio di impresa individuale, le c.d. "finzioni di gruppo"<sup>126</sup>, che non giustificano l'applicazione di una disciplina pensata per un'articolazione dell'iniziativa economica in più soggetti giuridici coordinati da un *dominus* che però nel corso dell'attività ponga un interesse imprenditoriale extrasociale davanti a quello delle altre entità del gruppo. Agli antipodi rispetto al fenomeno testé indicato vi è il caso in cui non sia possibile ravvisare, tra le diverse entità dell'aggregato societario, un soggetto collocato in posizione apicale, bensì sussista tra queste una sostanziale collaborazione e unicità di scopi idonea a configurarsi in termini di *affectio societatis* sicché, lungi dall'individuare una qualche forma di dominio, si possa sostenere di aver di fronte una c.d. supersocietà di fatto. Si è anticipato nel II capitolo di questo lavoro come la riforma di diritto societario, con la modifica dell'art. 2361 c.c., abbia risolto in senso positivo l'annosa questione circa la possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di persone, di modo che residua oggi il problema dell'esatta interpretazione della norma, al fine di stabilire se tale partecipazione possa avvenire in via di mero fatto, sì da potersi configurare l'esistenza di una supersocietà occulta.

### **3.3- La "supersocietà di fatto": natura non ostativa dei limiti ex art. 2361, II co. c.c.**

---

<sup>126</sup> M. GARCEA, I "gruppi finti". *Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, cit.

L'introduzione nel sistema delle norme contenute negli artt. 2361, II co. c.c. e 111-*duodecies* disp. att. recide ogni dubbio circa l'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone. Nel risolvere l'antica questione tuttavia il legislatore non ha potuto impedire che le previsioni contenute nell'art. 2361, II co. c.c. contribuissero a farne sorgere di nuove. Nell'ammettere la partecipazione comportante responsabilità illimitata da parte della società per azioni, la norma pone infatti due limiti formali: la previa delibera autorizzativa dell'assemblea e la specifica informazione da parte degli amministratori nella nota integrativa di bilancio. La previsione di simili adempimenti ha alimentato la problematica delle conseguenze dell'eventuale inottemperanza, che si traduce in quella della possibilità di configurare una simile partecipazione in via di mero fatto. La questione in definitiva attiene alla natura dei limiti posti dalla norma, cioè se possano considerarsi condizioni di validità o efficacia della partecipazione stessa. L'opinione negativa in merito alla suesposta qualificazione dei limiti previsti dall'art. 2361, II co. c.c., deriva in prima battuta dalla considerazione immediata circa la strutturale incompatibilità della natura occulta o fattuale della partecipazione con il compimento di atti formali.<sup>127</sup> Essendo tuttavia una simile argomentazione di per sé insufficiente a sorreggere la soluzione positiva alla questione dell'ammissibilità di una società di persone partecipata da società di capitali in via di fatto, questa andrà ricercata tra le pieghe del sistema ordinamentale, arricchito dalla riforma del 2003. Questa peraltro è la strada indicata e battuta dalla Corte di Cassazione<sup>128</sup>, che si è recentemente misurata col problema di cui si sta trattando, risolvendolo in senso positivo.

---

<sup>127</sup> F. ANGIOLINI, "Super-società" di fatto: la Consulta non "scioglie la riserva", in *Fallimento*, 4/2015, p. 421.

<sup>128</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095.

Per una congrua valutazione del valore attribuibile alla delibera assembleare autorizzativa dell'assunzione è necessario aver chiaro il quadro della disciplina dei poteri riservati agli amministratori. Innanzitutto l'art. 2384 c.c. stabilisce al I co. che il potere di rappresentanza attribuito all'organo gestorio è generale, aggiungendo al II co. l'importante previsione secondo la quale "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." La norma stabilisce dunque la regola generale dell'inopponibilità ai terzi, facendo salva solo l'*exceptio doli*, in modo da trasferire immediatamente sulla società il rischio delle violazioni degli amministratori che eccedano i poteri loro conferiti, sicché i terzi abbiano la garanzia che la società farà fronte in ogni caso agli atti posti in essere nel suo nome dagli amministratori.<sup>129</sup>

Permane il problema della mancata considerazione da parte della norma dei limiti legali ai poteri degli amministratori, quali sono quelli previsti dall'art. 2361, II co. c.c. Nella recente sentenza testé citata la Suprema Corte si assesta sulla posizione per cui la circostanza che il legislatore non abbia previsto una specifica diversa disposizione per il caso delle limitazioni legali, letta alla luce della costante tutela del mercato e dei terzi di cui è irradiata tutta la riforma di diritto societario, e sulla premessa che il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori è, per espressa previsione legislativa, generale, fa sì che anche l'assenza di delibera autorizzativa sia inopponibile ai terzi, salva l'*exceptio doli*. D'altronde anche le indicazioni provenienti dal diritto europeo, che si impongono ormai tra i criteri di interpretazione del diritto interno, muovono in tale direzione: i *considerando* 2 e 9 della direttiva 2009/101/CE, sulla premessa

---

<sup>129</sup>Il principio è espresso da Cass. 26 gennaio 2006, n. 1525 - richiamata da Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095 cit. - la quale ritiene che esso "lungi dal penalizzare le società, consente una più intensa valorizzazione delle loro potenzialità, eliminando una remora alla instaurazione di rapporti con esse".

dell'importanza rivestita dalla tutela degli interessi dei terzi, auspicano che l'uniformità delle discipline nazionali sia perseguita attraverso norme che “limitino, per quanto possibile, le cause di invalidità delle obbligazioni assunte in nome della società”.

Occorre ancora tenere presente l'ulteriore dato normativo costituito dall'art. 2364 c.c. che, nel disciplinare le competenze riservate all'assemblea ordinaria, esprime secondo la S.C. l'intento del legislatore di evidenziare la mancata ricomprensione tra le competenze dei soci del governo della società, demandato invece agli amministratori. Il n. 5 del co. I della norma in questione, nel tenere ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti, anche previa autorizzazione assembleare, rappresenta una conferma della ricomprensione di tali atti – quelli per cui l'autorizzazione è richiesta – nell'alveo del potere gestorio ad essi attribuito. L'autorizzazione assembleare richiesta dall'art. 2361, II co. c.c. deve per tanto essere considerata alla stregua di un atto che integra poteri già esistenti in capo all'organo gestorio, avente dunque una valenza organizzativa meramente interna, come confermato dall'espressa previsione del carattere generale del potere di rappresentanza attribuito agli amministratori *ex art. 2384 c.c.*

Nel bilanciamento tra gli interessi dei soci e creditori della società di capitali e quelli appartenenti ai creditori della società di fatto da essa partecipata, risulta prevalente l'interesse di questi ultimi. Sarebbe infatti in netto contrasto col sistema far gravare sul terzo che entri in contatto con la supersocietà il rischio della nullità o inefficacia di quest'ultima a causa dell'assenza di un adempimento di cui non hanno la possibilità di verificare la sussistenza, posto che della delibera assembleare la legge non prescrive pubblicità. Ancor meno sarebbe pensabile imporre a questi un onere di richiesta di chiarimenti circa

l'esistenza della deliberazione autorizzativa, se si considera che una simile imposizione, contrariamente all'indiscutibile volontà del legislatore, costituirebbe causa di una paralisi dei traffici commerciali. *A fortiori* questa considerazione si impone per l'ulteriore adempimento formale richiesto dall'art. 2361, II co. c.c., cioè la specifica informazione della partecipazione nella nota integrativa di bilancio. Trattandosi infatti di formalità posteriore all'esperimento di attività commerciale da parte della supersocietà, è impensabile far dipendere da esso la validità o l'esistenza di questa, relegando in una sorta di limbo tutta l'attività svolta nelle more di un simile adempimento. L'esigenza di tutela degli affidamenti si impone senza riserve. Non va sottovalutato peraltro l'ingiustificato privilegio che deriverebbe agli amministratori della società di capitali partecipante dalla negazione dell'ammissibilità di una partecipazione in via di fatto, dal momento che per questi sarebbe assai comodo sottrarsi alle conseguenze negative – di natura patrimoniale – derivanti dalla stessa, trincerandosi dietro il dato formale dell'assenza di delibera autorizzativa dell'assemblea, acquisendo invece “silenziosamente” gli effetti positivi della partecipazione.<sup>130</sup> Basti pensare al fenomeno dell'impresa illecita<sup>131</sup>, dove l'illiceità dell'attività economica non comporta necessariamente la nullità dei singoli atti posti in essere nell'esercizio della stessa e soprattutto non osta all'acquisto dello *status* di imprenditore da parte del soggetto che la esercita, sottoponendo lo stesso quanto meno agli effetti negativi derivanti dallo statuto dell'imprenditore commerciale, primo fra

---

<sup>130</sup> In questo senso F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, cit., p. 1298; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. Fall.*, 2014, p. 68, che, oltre a ritenere priva di legittimità costituzionale la circostanza che “la partecipazione in società di persone da parte di altre società di persone possa avvenire anche per effetto di un comportamento concludente, mentre lo stesso comportamento sarebbe irrilevante per una società di capitali sol perché non autorizzata dalla sua assemblea”, rimarca come in questo modo si lascerebbe al singolo imprenditore la scelta circa l'attuazione dei presupposti della sua stessa dichiarazione di fallimento.

<sup>131</sup> Per una panoramica sul fenomeno dell'impresa illecita, illegale e immorale G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale I. Diritto dell'impresa*, Torino, 2012, pp. 39 ss.

tutti il fallimento. Allo stesso modo deve tenersi presente il particolare regime di nullità delle società, per il quale questa si traduce in ogni caso in causa di scioglimento, sancendo l'apertura di una fase liquidatoria. Questo regime speciale si traduce, sul piano degli effetti, nella circostanza che la società nulla è considerata comunque efficace per il passato, mentre per il futuro essa diviene società in stato di liquidazione.<sup>132</sup> Ciò fa sì che l'esistenza della supersocietà irregolare sarebbe comunque innegabile per tutto il periodo di operatività della medesima.

Può dunque concludersi che l'inottemperanza agli adempimenti formali richiesti dal II co. dell'art. 2361 c.c. non sia ostativa al perfezionamento della partecipazione per fatti concludenti di società di capitali in società di persone, in aderenza alla maggiore sensibilità espressa dal legislatore per il dato fattuale e la tutela degli affidamenti rispetto a quello formale, che permea tutta la storia del diritto commerciale<sup>133</sup>, dai suoi albori sino alla massima espressione del principio di prevalenza del fatto sul diritto raggiunta nel nostro tempo ad opera del legislatore europeo.

### **3.3.1- Cenni in tema di applicabilità dell'art. 2361, II co. c.c. alla S.R.L.**

L'art. 111-*duodecies* disp. att. inserisce le S.R.L. nel novero delle persone giuridiche che possono partecipare ad una società di persone. Resta da capire pertanto la modalità attraverso la quale una simile facoltà può essere esercitata da parte di tali soggetti. La questione, in altre parole, concerne l'applicabilità del II co. dell'art. 2361 c.c., dettato in tema di S.P.A., al tipo sociale di cui si sta trattando. Se in prima battuta può osservarsi come nella S.R.L. sussistano

---

<sup>132</sup> F. ANGIOLINI, "Super-società" di fatto: la Consulta non "scioglie la riserva", in *Fallimento*, cit., p. 423.

<sup>133</sup> Come sottolineato da Cass. 21 gennaio 2016 n. 1095, cit.

interessi non difformi da quelli afferenti al tipo azionario<sup>134</sup>, è necessario però aver presente il diverso catalogo di poteri di indirizzo e controllo della società riconosciuto ai soci di della stessa. Nella S.P.A. infatti le prescrizioni previste dall'art. 2361, II co. c.c. – in particolare per quanto attiene alla delibera autorizzativa – sono giustificate dall'opportunità di mettere gli azionisti al corrente di una partecipazione che potrebbe rivelarsi rischiosa per il loro investimento, alla luce della sostanziale estraneità di questi rispetto alla gestione della società. Una esigenza di questo tipo non si riscontra invece nella società a responsabilità limitata, caratterizzata da una struttura personalistica in virtù della quale i soci, pur se non amministratori, partecipano attivamente alla vita dell'ente. Né può sostenersi che la necessità della previa delibera discenda dall'art. 2479, n. 5 c.c. che richiede la decisione dei soci per il compimento di “operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale [...] o una rilevante modificazione dei diritti dei soci”. L'assunzione di una partecipazione comportante responsabilità illimitata non è di per sé suscettibile di determinare un mutamento dell'oggetto, salvo il caso in cui essa sia talmente eterogenea da snaturare gli scopi originari della partecipante. Allo stesso modo deve ritenersi, in accordo con la Suprema Corte<sup>135</sup>, che tale partecipazione non sia idonea ad incidere sui diritti dei soci, che continuano ad essere responsabili nei limiti del conferimento, quanto piuttosto su quelli della società stessa che assume lo *status* di socio illimitatamente responsabile. I diritti dei quotisti della S.R.L., previsti dall'art. 2468 c.c. restano perfettamente immutati, non potendo pretendersi di far rientrare nel novero delle lesioni di tali diritti il maggior rischio gravante sul conferimento.

---

<sup>134</sup> F. ANGIOLINI, “*Super-società*” di fatto: la Consulta non “scioglie la riserva”, in *Fallimento*, cit., p. 422.

<sup>135</sup> Cass. 21 gennaio 2016 n. 1095, cit., cui si rinvia per un approfondimento della questione, in questa sede appena accennata.

Per quanto attiene all'obbligo informativo riguardante l'indicazione in nota integrativa della partecipazione comportante responsabilità limitata, come rimarcato dalla S. C.<sup>136</sup>, questa discende comunque dalle norme dettate in tema di bilancio della S.R.L., di tal ché nessun pregiudizio per i terzi discenderebbe dalla non applicabilità a quest'ultima dell'art. 2361, II co. c.c.

Anche le indicazioni provenienti dall'interpretazione letterale dell'art. 111-*duodecies* disp. att. depongono nel senso della non applicabilità. Infatti la norma, pur contenendo un richiamo all'art. 2361, II co. c.c., non prevede alcun tipo di estensione alla S.R.L. delle prescrizioni ivi richieste. Secondo l'indicazione della Cassazione<sup>137</sup>, l'inciso "di cui all'art. 2361, comma secondo del codice civile" è riferito ai "soci illimitatamente responsabili" e mira a realizzare un raccordo con la disposizione codicistica, al fine di individuare puntualmente la fattispecie da cui discende l'obbligo di redigere il bilancio attenendosi a determinate prescrizioni. La norma presenta certamente una formulazione infelice, ma non è possibile da una simile ambiguità far scaturire delle conseguenze totalmente estranee alla volontà della legge.

Pare doveroso un ultimo riferimento positivo all'art. 2475-*bis* c.c. che, parallelamente all'art. 2384 c.c. in tema di S.P.A., prevede un potere di rappresentanza generale in capo agli amministratori di S.R.L., affiancando a tale previsione quella, contenuta nel II co., dell'inopponibilità ai terzi delle limitazioni ai poteri gestori di questi, salva l'*exceptio doli*. Valgono in questo caso le stesse considerazioni già espresse in tema di S.P.A. È possibile pertanto pervenire alla conclusione che la partecipazione comportante responsabilità illimitata resta anche per la S.R.L. un atto gestorio degli

---

<sup>136</sup> Cass. 21 gennaio 2016 n. 1095, cit.

<sup>137</sup> Cass. 21 gennaio 2016 n. 1095, cit.

amministratori, cui non si estendono le prescrizioni dettate in tema di S.P.A. dal II co. dell'art. 2361 c.c.

### **3.3.2- Fallimento della supersocietà occulta in ripercussione del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di società di capitali. Profili di (il)legittimità costituzionale.**

Il fenomeno della supersocietà di fatto riceve la disciplina della collettiva irregolare. Essa rientra nel novero dei tipi sociali che, in seguito alla riforma del 2006, l'art. 147 L. Fall. ha espressamente decretato come passibili di fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili. La norma peraltro, al primo comma, ha premura di specificare che i soci illimitatamente responsabili su cui si ripercuote il fallimento della società, possono anche non essere delle persone fisiche, instaurando così un raccordo con l'art. 2361, II co. c.c., come modificato dalla riforma societaria.

Ciò non vale tuttavia ad impedire che residui nell'economia dell'art. 147 L. Fall. una lacuna nella tutela dei creditori della supersocietà di fatto. La norma prevede al IV co. che la dichiarazione di fallimento della società determini l'estensione dello stesso anche ai soci illimitatamente responsabili la cui esistenza sia scoperta in un momento successivo, in altre parole ai soci occulti; al V co. poi è previsto un meccanismo che muove in direzione inversa: laddove, dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale, emerga l'esistenza di una società di cui questi è socio illimitatamente responsabile, il fallimento sarà esteso alla società stessa e agli altri soci illimitatamente responsabili. *Quid iuris* nel caso in cui il fallimento originario sia dichiarato a carico di una società di capitali socia illimitatamente responsabile di una

supersocietà occulta? Per rispondere al quesito è opportuno indagare innanzitutto sull'elasticità delle maglie di interpretazione della norma. Anzitutto va sgomberato il campo dalla possibilità di una interpretazione analogica sorretta su di una pur sussistente identità di *ratio*, la quale è preclusa dalla natura speciale dell'art. 147 L. Fall. Resta l'interrogativo circa la possibilità di operare una interpretazione estensiva della norma che arrivi a ricomprendere anche il caso testé indicato. Alcuni esponenti della giurisprudenza di merito<sup>138</sup> ritengono che, rappresentando i commi IV e V dell'art. 147 L. Fall. corollari del principio generale espresso dal primo comma, essi contengono norme applicabili anche al caso non espressamente previsto di società occulta la cui esistenza sia emersa in seguito al fallimento originariamente dichiarato nei confronti di società di capitali. La tesi, a sommosso avviso di chi scrive, non è condivisibile. L'interpretazione estensiva infatti si distingue da quella analogica – per la quale la norma si applica al caso non ricompreso in virtù dell'*eadem ratio* condivisa con la fattispecie rientrante nella previsione della stessa – per la circostanza che qui il caso non espressamente previsto dalla norma, possa comunque rientrare all'interno del perimetro di questa, per l'ampiezza della sua formulazione letterale. La lettera dell'art. 147, V co. L. Fall. è estremamente chiara invece nel circoscrivere la fattispecie rilevante al caso del fallimento dell'imprenditore "individuale". Non vale a giustificare tale preciso riferimento la circostanza – individuata dal Tribunale di Reggio Calabria<sup>139</sup> in una sentenza avente ad oggetto il fallimento di una supersocietà di fatto – che la Relazione Ministeriale di accompagnamento al D. Lgs. 6/2003 indichi che la norma abbia inteso recepire

---

<sup>138</sup> Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. Fall.*, cit.; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. It.*, 2008, p. 1425; Trib. Prato, 15 novembre 2010, in *Foro It. Merito Extra*, 2011, III, p. 8

<sup>139</sup> Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, cit., pp. 71-72; così anche M. SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 889.

il noto orientamento di matrice bigiaviana, che si era sviluppato sull'ipotesi di società occulta partecipata da sole persone fisiche, essendo prima della riforma nient'affatto pacifica la possibilità per una società (di capitali o di persone) di partecipare ad una società personale. L'argomento, già di per sé fallace, perde del tutto consistenza dinanzi alla semplice constatazione che la riforma di diritto fallimentare del 2006, madre del V co. dell'art. 147, non solo è successiva a quella di diritto societario che, con la modifica dell'art. 2361 c.c., ha reciso il dubbio circa la possibilità per un ente societario di assumere lo *status* di socio illimitatamente responsabile di società personale, ma ha innegabilmente tenuto conto di quest'ultima, come dimostrato dal tenore letterale del I co. dell'art. 147 L. Fall. che, inserendo la locuzione “pur se non persone fisiche” in riferimento ai soci illimitatamente responsabili, ha operato un chiaro raccordo con la norma di cui all'art. 2361 c.c. Alla luce delle suesposte considerazioni, deve concludersi che l'art. 147, V co. L. Fall. non è passibile di analogia e né tanto meno di interpretazione estensiva. Questa circostanza apre la strada a forti sospetti di illegittimità costituzionale della norma, non sanabili mediante interpretazione costituzionalmente orientata, cui per l'appunto non è lasciato spazio.

Tale sospetto è stato ritenuto non manifestamente infondato da tre giudici<sup>140</sup>, i quali a breve distanza di tempo l'uno dall'altro, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta. Le tre ordinanze di remissione degli atti alla Corte Costituzionale percorrono sostanzialmente il medesimo iter logico, che passa per l'impossibilità di accogliere le istanze delle curatele dei fallimenti di società di capitali di estensione dei suddetti fallimenti alle società di fatto di cui si allegava fossero socie illimitatamente responsabili, a causa del

---

<sup>140</sup> Trib. Bari, ordinanza del 20 novembre 2013, iscritta al n. 66 del Registro delle Ordinanze; Trib. Parma, ordinanza del 13 marzo 2014, iscritta al n. 93 del Registro delle Ordinanze; Trib. Catania, ordinanza del 27 novembre 2014, iscritta al n. 67 del Registro delle Ordinanze.

carattere ostativo della dizione letterale dell'art. 147, V co. L. Fall, non suscettibile di interpretazione analogica e né tanto meno estensiva, per motivi non dissimili da quelli poc'anzi esposti. L'ostacolo, rappresentato dall'esclusivo riferimento contenuto nell'art. 147, V co. L. Fall. all'“imprenditore individuale”, all'estensione del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali alla società di fatto cui questa partecipi in qualità di socia illimitatamente responsabile, determina una violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione. Emerge una ingiustificata disparità di trattamento tra società di fatto e tra creditori delle stesse. Infatti, secondo i Tribunali di Bari, Parma e Catania, allorché il fallimento sia originariamente dichiarato nei confronti della società di fatto questo sarebbe estensibile ai soci illimitatamente responsabili di questa, anche se non persone fisiche, *ex art. 147, co. I L. Fall.*; laddove la prima dichiarazione riguardi invece una società di capitali, l'estensione alla società di fatto partecipata dalla fallita resterebbe esclusa; ancora, ai sensi del V co. della norma in esame, sarebbe possibile l'estensione del fallimento di un “imprenditore individuale” alla società di fatto cui questi partecipi e agli altri suoi soci illimitatamente responsabili, mentre tale estensione resterebbe preclusa in caso di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di società di capitali. Sotto il profilo della violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 147, V co. L. Fall. sarebbe causa di una ingiustificata compressione del diritto di difesa dei creditori della supersocietà di fatto, i quali riceverebbero maggior tutela nei casi, assolutamente imprevedibili e casuali, in cui il fallimento originario riguardi la stessa supersocietà ovvero un “imprenditore individuale” socio illimitatamente responsabile di questa, rispetto all'ipotesi sostanzialmente identica di estensione del fallimento di una società di capitali alla supersocietà da questa partecipata; l'ultimo profilo di illegittimità riguarda la disparità di trattamento

tra creditori di società di fatto partecipate da sole persone fisiche e creditori di società di fatto partecipate anche o esclusivamente da società di capitali, considerando oltretutto il riconoscimento di liceità espresso dal legislatore societario del 2003 rispetto a tali ultime partecipazioni.

A fronte di tali argomentazioni, la Corte Costituzionale non ha “sciolti la riserva”<sup>141</sup>, dichiarando inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Bari per difetto di motivazione<sup>142</sup> e manifestamente inammissibili le questioni sollevate rispettivamente dai tribunali di Parma e Catania<sup>143</sup>. Secondo la Consulta le remittenti nel sollevare le questioni non si sarebbero preliminarmente interrogate sulle questioni dell’ammissibilità di una partecipazione di società di capitali in società personali in via di mero fatto, prescindendo dalle prescrizioni dell’art. 2361, II co. c.c., e dell’applicabilità di quest’ultima norma alla S.R.L., per la quale manca un’analogia espressa previsione. Tanto è bastato alla Corte per dichiarare rispettivamente l’inammissibilità e la manifesta inammissibilità delle tre questioni prospettate, per difetto di motivazione in punto di rilevanza delle stesse ai fini delle decisioni dei tribunali. Pare dunque che ci si trovi al cospetto di un problema aperto.

La lacuna di tutela derivante dalla norma in esame è in realtà più apparente che reale. Deve infatti ritenersi, in accordo con la Suprema Corte di Cassazione<sup>144</sup>, che il fallimento della supersocietà di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili, siano essi persone fisiche o società di capitali, passi in ogni caso attraverso l’applicazione, non già del V, bensì del I co. dell’art. 147 L. Fall.,

---

<sup>141</sup> Secondo l’evocativa espressione di F. ANGIOLINI, “*Super-società*” di fatto: la Consulta non “scioglie la riserva”, in *Fallimento*, cit.

<sup>142</sup> Corte Cost. 12 dicembre 2014, n. 276, in *Fallimento*, 4/2015, p. 414.

<sup>143</sup> Corte Cost., ordinanza n. 15, 13-29 gennaio 2016.

<sup>144</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, cit.

una volta accertata l'esistenza della società stessa e il suo stato di insolvenza – accertamento, quest'ultimo, non richiesto *ex adverso* per i soci illimitatamente responsabili, che falliscono *ex lege*, unicamente in ragione del loro *status* di soci.

### **3.4- Portata della riforma dell'art. 147 L. Fall., tra istanze di eliminazione e nuovi scenari in tema di interposizione di persona.**

L'istituto del fallimento in estensione risale alla nascita della *societas mercatorum*, nella quale il fallimento di uno dei coimprenditori comportava l'automatico fallimento di tutti gli altri. Esso si è tramandato nella storia del diritto societario fino all'epoca moderna, durante la quale il principio per cui il fallimento della società produce il fallimento dei suoi soci illimitatamente responsabili è transitato dall'art. 847 del codice di commercio all'art. 147 del D. Lgs. 267/1942, sopravvivendo da ultimo alla riforma di diritto fallimentare del 2006. Nel corso della sua antichissima storia l'istituto non ha mai smesso di generare un groviglio spesso inestricabile di dubbi interpretativi e problemi di applicazione, attinenti in particolare al suo ambito di applicazione e al coordinamento sistematico con i presupposti della dichiarazione di fallimento. Proprio questa circostanza ha suscitato numerose istanze volte all'eliminazione dal sistema ordinamentale italiano di un principio non dotato di carattere di necessità, frutto di una pura scelta del legislatore, che avrebbe ben potuto optare per il non inserimento dell'istituto nell'ambito della disciplina concorsuale o per la sua sostituzione con meccanismi di tipo diverso, come dimostrato volgendo alla materia uno sguardo di tipo comparatistico, dal quale si evince la scelta del legislatore spagnolo del 2003 e di quello francese del

2005 di non confermare la vigenza del principio<sup>145</sup>. Le richieste di sostituzione del congegno del fallimento in estensione con un meccanismo diverso, più semplice e snello, ma comportante risultati equivalenti, sono state totalmente ignorate dal legislatore del 2006, il quale ha tenuto fermo l'istituto, operando una sorta di “restyling”<sup>146</sup> dell'art. 147 L. Fall., nel tentativo di risolvere espressamente quei problemi interpretativi e applicativi che si erano manifestati sotto la vigenza della norma nella sua versione originale. L'intento del legislatore può considerarsi parzialmente riuscito, dal momento che sono stati eliminati la maggior parte dei dubbi relativi all'ambito di applicazione della norma. Ma non possono dirsi risolti tutti i problemi emersi nel corso della storia dell'istituto, relativi soprattutto alla collocazione sistematica dell'art. 147 L. Fall., la cui struttura è rimasta sostanzialmente inalterata<sup>147</sup>.

Ma sta all'occhio dell'interprete riconoscere, nell'ambito di una pur modesta modificazione della norma, una portata ben più ampia. Non mancano autori che si domandino se dalla norma così rinnovata “non riprenderanno vigore le obiezioni in ordine alla razionalità dell'esclusione del fallimento dell'imprenditore occulto”<sup>148</sup>, facendo leva – tra l'altro – sull'introduzione nel testo della norma dell'inedito concetto di “riferibilità”, il quale potrebbe prestarsi al riconoscimento di una categoria diversa da quella dell'imputabilità e che certamente dimostra l'apertura del legislatore al superamento di

---

<sup>145</sup> A. JORIO, Sub art. 147, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, cit., nt. 3; M. SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e M. Fabiani, cit. p. 877.

<sup>146</sup> M. SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e M. Fabiani, cit. p. 878; M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, cit., p. 2122.

<sup>147</sup> A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, II, pp. 1050-1051; A. NIGRO, Sub art. 147, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, cit., p. 2170.

<sup>148</sup> M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, cit., p. 2124.

quest'ultima categoria. Ma il recepimento da parte dell'art. 147, V co L. Fall., dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in tema di fallimento della società occulta, nient'affatto pacifico durante l'elaborazione della teoria bigiaviana, comporta una conseguenza ben più incisiva. L'espressa previsione del fallimento di una società mai apparsa all'esterno perché celata alle spalle di un'apparente impresa individuale, nonché dei soci della stessa, comporta l'enunciazione positiva della "fallibilità di un imprenditore di cui non è mai stato speso il nome nell'esercizio della impresa e che in tal senso può ben dirsi [...] occulto"<sup>149</sup>. È stato messo in luce come l'introduzione del V comma nell'art. 147 L. Fall. sia valso a sanare la più grave lacuna della teoria dell'imprenditore occulto prospettata da Bigiavi lo scorso secolo. Il più importante limite della teoria, ampiamente esaminata nel primo capitolo di questo lavoro, consiste infatti nel tentativo del maestro bolognese di ricavare la nota conseguenza – la fallibilità dell'imprenditore occulto – da una doppia analogia. Sulla base della *eadem ratio* sussistente nelle due ipotesi del fallimento del socio occulto di società palese – espressamente previsto dal II co. dell'art. 147 L. Fall. nel testo pre-riforma – e di quello del socio occulto di società occulta e, conseguentemente, della società stessa, aveva esteso a quest'ultima fattispecie le conseguenze che la norma prevedeva espressamente solo per la prima. Fin qui *nulla quaestio*. La forzatura era però facilmente riscontrabile nel secondo passaggio della ricostruzione, con il quale Bigiavi estendeva l'applicazione della norma ad una terza fattispecie non prevista, per l'appunto quella dell'imprenditore occulto individuale, operando una ulteriore analogia. L'impossibilità di accogliere questo secondo passaggio analogico derivava dalla circostanza che esso fosse fondato non già su di una norma positivamente data, bensì sul risultato di una precedente analogia, senza

---

<sup>149</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1239.

peraltro essere sorretto sulla medesima *ratio* sussistente nelle prime due ipotesi, costituita dall'esistenza di un rapporto sociale. La portata "rivoluzionaria" della riforma, per altri versi di scarsa importanza, dell'art. 147 L. Fall. si coglie dunque in tema di interposizione di persona nell'esercizio di impresa. L'introduzione nella norma del V co. è valsa infatti al recupero di quella *eadem ratio*, della cui mancanza ha dovuto dolersi il maestro bolognese. L'attuale espressa previsione della fallibilità della società occulta apre all'operatore giuridico che si accosti a questa tematica una "nuova frontiera dell'interpretazione"<sup>150</sup>, che consente di estendere la sanzione patrimoniale anche ai casi di cattiva imprenditoria che esulano dal campo societario. Affrancata la previsione del fallimento della società occulta dalla precedente analogia, è possibile ipotizzarne una del tutto autonoma per tutti quei casi in cui della segregazione patrimoniale benefici surrettiziamente un soggetto che non adoperi gli strumenti apprestati dall'ordinamento e corredati delle relative garanzie, limitandosi a restare dietro le quinte mentre un mero prestanome mostra il proprio volto ai terzi.

Così oggi l'art. 147 L. Fall. può prestarsi alla configurazione di un principio di ordine pubblico economico per il quale è intollerabile l'irresponsabilità di quei soggetti che abbiano effettivamente gestito un'impresa.<sup>151</sup>

Deve concludersi pertanto che l'impatto della riforma fallimentare sull'intero panorama della responsabilità da gestione di impresa non è stato affatto di poco momento, come un primo sguardo potrebbe suggerire. Essa porta con sé la potenzialità di aprire nuovi orizzonti in tema di interposizione di persona nell'esercizio di un'attività economica, che si inserisce nel solco di una

---

<sup>150</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1240.

<sup>151</sup> P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, cit., p. 1241.

rinnovata attenzione alla tematica degli abusi dello schermo societario manifestata dalla sinergia tra questa e la riforma di diritto societario del 2003. Un nuovo e ampio catalogo di strumenti di reazione è stato offerto agli interpreti contro gli episodi di tirannia nella gestione di impresa, a questi l'arduo compito di muoversi con scaltrezza di fronte ai nuovi scenari che l'evoluzione normativa sempre porta con sé.

## CONCLUSIONI

All’esito di questo percorso di ricerca nell’ambito dei sistemi, tra loro strettamente interconnessi, del diritto societario e fallimentare circa i mezzi di repressione a disposizione dell’interprete che intenda far fronte a situazioni di gestione anomala di impresa, è possibile affermare, abbastanza serenamente, che il bilancio appare positivo.

Molta acqua è passata sotto i ponti da quando, nel lontano 1959, Walter Bigiavi confessava di accarezzare da tempo “l’idea di raggruppare in un grosso volume i [suoi] scritti su questo argomento: in un grosso volume dalla sgargiante copertina gialla ed illustrata, dove si vedrebbe profilarsi, dietro un muro color mattone, la figura semi-nascosta di un losco individuo, mascherato di nero e vestito di nero; che sarebbe – manco a dirlo e come del resto risulterebbe dal titolo fiammeggiante di questo «giallo giuridico» – «L’IMPRENDITORE OCCULTO»”. Affermare che il “giallo giuridico” sia stato risolto è certamente conclusione eccessiva, posto che l’evoluzione della disciplina e della relativa interpretazione costituisce attività incessante, e guai se così non fosse. Ma che il legislatore abbia mosso passi da gigante nel corso di 50 anni di produzione normativa è innegabile. Il risultato di questa evoluzione sta proprio nella non essenzialità, oggi, di cercare a tutti i costi – compreso quello di operare forzature interpretative insuscettibili di trovare seguito nelle aule di tribunale – un “losco individuo mascherato” sul quale soddisfare le esigenze di quei soggetti che dalla “allegra” gestione di impresa risultino danneggiati. L’opera sinergica delle riforme di diritto societario e fallimentare ha consegnato agli operatori giuridici un ampio ventaglio di rimedi contro situazioni di abuso progressivamente più ampie, a partire dal singolo e, al limite, isolato atto

tirannico, fino ad arrivare a mastodontiche aggregazioni di società asservite ad interessi alieni, i quali consentono di prescindere dall'esigenza, a lungo avvertita – e non solo in Italia – di “squarciare il velo della personalità giuridica”; che consentono anzi di rafforzare e rendere impenetrabile il *corporate veil*, mediante congegni che permettono di stroncare condotte potenzialmente abusive *all'interno* della persona giuridica stessa, in modo da renderla funzionale ad un uso corretto, che tenga conto delle esigenze di tutela di tutti quei soggetti che con essa si potrebbero interfacciare nel corso della sua esistenza.

Così oggi la riforma di diritto societario offre, nell'art. 2476, VII co. c.c., un'arma efficace contro contegni tirannici singolarmente individuati, dotata del valore aggiunto della potenzialità di prevenzione, insita nella repressione di singoli atti suscettibili di dare origine ad una più ampia attività di *mala gestio*; allo stesso modo può dirsi che gli artt. 2467 c.c. e 2497-*quinquies* c.c. consentono oggi l'automatica neutralizzazione di forme striscianti di sottocapitalizzazione nominale, attraverso la sostanziale riqualificazione in capitale di rischio di quei mezzi finanziari furbescamente apportati alla società sotto forma di capitale di credito; l'inedita disciplina predisposta dall'art. 2497 c.c. contro l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società, fornisce ai soggetti da questa danneggiati una tutela risarcitoria, che si rivela ben più snella e funzionale rispetto a quella patrimoniale, che spesso finisce per diventare appannaggio delle sole categorie di creditori forti; ancora, in quei casi in cui non è dato riscontrare l'esistenza di una *holding*, sovraordinata rispetto alle altre entità dell'aggregato societario, bensì la manifestazione di uno spirito di collaborazione qualificabile in termini di *affectio societatis*, l'art. 2361 c.c. rimuove le antiche inibizioni all'affermazione dell'esistenza di una supersocietà di fatto o occulta – *rectius* di una società di persone partecipata in

via di mero fatto da società di capitali – assoggettabile a fallimento in caso di insolvenza; infine, il riscatto morale della bigiaviana teoria: la modifica dell’art. 147 L. Fall., che al V comma ha finito per riconoscere, all’esito di una disputa durata oltre 50 anni, l’ammissibilità e la relativa fallibilità della società occulta, consegnando all’interprete che si accosti alla sofferta tematica una “nuova frontiera dell’interpretazione” dotata della notevole potenzialità di spalancare orizzonti del tutto inediti nel campo dell’interposizione di persona.

## BIBLIOGRAFIA

ANGIOLINI, , *“Super-società” di fatto: la Consulta non “scioglie la riserva”*,  
in *Fallimento*, 4/2015

ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. Soc.*, 1958

ASCARELLI, *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società  
di capitali ad una società di persone*, in *Foro It.*, 1957, I

ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto;  
amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro It.*, 1956, I

BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio.  
Ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. Soc.*, 2007,  
fasc. 2-3

BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2476 e 2497-quinquies c.c.*,  
in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2012, fasc. 2

BIGIAMI, *Ancora sulla giurisprudenza della società occulta*, in *Giur. It.*, 1957,  
I

BIGIAMI, *Difesa dell’imprenditore occulto*, Padova, 1962

BIGIAMI, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti,  
confusione di patrimoni*, in *Giur. It.*, 1954, I, sez. II

BIGIAMI, *L’imprenditore occulto*, Padova, 1962

BIGIAMI, *La giurisprudenza della Cassazione sull’ammissibilità della società  
occulta*, in *Giur. It.*, 1957, IV

BIGIAMI, *Responsabilità illimitata del socio “tiranno”*, in *Foro It.*, 1960, I

BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949

CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale I. Diritto dell'impresa*, Torino, 2012

DENOZZA, *Analisi economica del diritto delle società per azioni*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, Milano, 1998

DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, II

ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006

FABBRINI, *Imprenditore occulto e socio sovrano*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1959

FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, II

FIMMANO', *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, Torino, 2010, I

FIMMANO', *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, 2012

FIMMANO', *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fallimento*, 2007

FIMMANO', *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009

FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. Comm.*, 2004, I

GARCEA, *I "gruppi finti". Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II

IANNELLO, *La fallibilità dell'holding personale tirannica, tra presupposti ed effetti contraddittori*, in *Fallimento*, 2002, II

IANNELLO, *Tecniche sanzionatorie dell'abuso dello schermo societario: limiti teorici e pratici*, in *Fallimento*, 2009, I

IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005

IRACE, Sub art. 2497 c.c., in AA. VV. *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003

MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, 2011, II

NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Diritto delle banche e del mercato finanziario*, 2004, III

NIGRO, Sub art. 147, in *Nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006/2007

PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fallimento*, 2009, II

PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2003

PARRELLA, *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, sub art. 2476, in AA. VV. *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003

PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "Imprenditore Occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I

PIPIA, Sub art. 847, in *Del fallimento*, Torino, 1932

PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, 2008, II

PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, II

RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006/2007

SATTA, *A proposito del fallimento del c.d. socio occulto*, in *Giust. Civ.*, 1958, I

SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2010

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980

### **Fonti online**

MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, 2015, I

SCOGNAMIGLIO, *“Clausole generali”, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, 2013, I

Relazione al D. Lgs. n. 6/2003, in [www.tuttocamere.it](http://www.tuttocamere.it)

Schema DDL per la riforma organica delle procedure concorsuali e relazione di accompagnamento del presidente Rordorf, in *Orizzonti del Diritto Commerciale – rivista online*, 2015, II, sez. Materiali

## **Giurisprudenza**

Corte Costituzionale, 12 dicembre 2014, n. 276, in *Fallimento*, 4/2015

Corte Costituzionale, ordinanza n. 15, 13-29 gennaio 2016

Corte di Cassazione, 10 aprile 1953, n. 937, in *Foro It.*, 1953, I

Corte di Cassazione, 12 agosto 1953, n. 2711, in *Foro It.*, 1953, I

Corte di Cassazione, 12 novembre 1954, in *Dir. Fall.*, 1955, II

Corte di Cassazione, 14 febbraio 1957, n. 548, in *Giur It.*, 1957

Corte di Cassazione, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Dir. Fall.*, 1990, II

Corte di Cassazione, 26 gennaio 2006, n. 1525, *Giur. It.*, 2006, II

Corte di Cassazione, 21 gennaio 2016, n. 1095

Corte d'appello di Roma, 16 dicembre 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, I

Tribunale di Padova, 2 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, II

Tribunale di Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. It.*, 2008

Tribunale di Prato, 15 Novembre 2010, in *Foro It. Merito Extra*, 2011, II

Tribunale di Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. Fall.*, 2014

Tribunale di Bari, ordinanza del 20 novembre 2013, iscritta al n. 66 del Registro delle Ordinanze;

Tribunale di Parma, ordinanza del 13 marzo 2014, iscritta al n. 93 del Registro delle Ordinanze;

Tribunale di Catania, ordinanza del 27 novembre 2014, iscritta al n. 67 del Registro delle Ordinanze.