

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
Facoltà di Giurisprudenza
Dottorato in diritto commerciale – XXV ciclo

**L'INDIVIDUAZIONE SUCCESSIVA DEL
CARATTERE SOCIALE DI UN'IMPRESA**

Tesi di dottorato del
dott. Antonio Dell'Osso

Tutor:
Chiar.mo Prof. Luigi Salamone

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Ruggero Vigo

ANNO ACCADEMICO 2011-2012

INDICE

| | |
|-----------------------|---|
| <i>Premessa</i> | 7 |
|-----------------------|---|

CAPITOLO I

IL PROBLEMA, IL FENOMENO, GLI INTERESSI

| | |
|--|----|
| <i>1. Il problema dell'interposizione nell'esercizio dell'attività di impresa; la dissociazione tra esercizio apparente ed occulto dell'attività di impresa: la dissociazione tra comportamento (imprenditoriale), interesse e (spendita del) nome, e tra potere di direzione e rischio d'impresa. Introduzione alla problematica della società occulta. Non esclusiva riconducibilità del fenomeno analizzato dalla giurisprudenza all'interposizione gestoria. Ipotesi di lavoro</i> | 12 |
| <i>2. Le peculiarità del fenomeno della società occulta:</i> | 29 |
| <i>2.1 Precisazioni terminologiche: società di fatto, società apparente, società irregolare, società occulta</i> | 29 |
| <i>2.1.1 Società di fatto</i> | 29 |
| <i>2.1.2 Società apparente</i> | 34 |
| <i>2.1.3 Società irregolare</i> | 36 |
| <i>2.2 Società occulta: la clausola di occultamento</i> | 38 |
| <i>2.2.1 Gli elementi costitutivi: (i) conferimento di beni e servizi in un fondo comune</i> | 42 |
| <i>2.2.2 (ii) partecipazione dei soci ad utili e perdite (c.d. alea comune); (iii) la prova del rapporto sociale (c.d. affectio societatis): elementi indiziari (finanziamenti, garanzie)</i> | 47 |

| | |
|---|----|
| 2.3 La qualifica dell'imprenditore individuale apparente..... | 50 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3. Cenni sulla storia giurisprudenziale della società occulta. La valutazione degli interessi rilevanti nell'analisi della giurisprudenza. Dall'esteriorizzazione all'apparenza di società: i rapporti interni ed i rapporti esterni..... | 51 |
|---|----|

CAPITOLO II

IL QUINTO COMMA DELL'ART. 147 L. FALL.: INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE

| | |
|--|----|
| 1. Il precedente dell'art. 24 d.lgs. 270/1999..... | 71 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2. L'articolo 147, comma quinto, della legge fallimentare. L'interpretazione maggioritaria nel senso del fallimento della società occulta (perché mai esteriorizzata nei confronti dei terzi)..... | 73 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3. Le (altre) interpretazioni della norma..... | 77 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3.1 L'interpretazione "riduzionista" e l'individuazione successiva del carattere sociale dell'impresa..... | 77 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3.2 L'interpretazione "funzionalista". Il collegamento con il quarto comma: fallimento della collettività o dei singoli soci?..... | 81 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.3 La nuova formulazione dell'art. 147, comma quinto, l. fall. come indizio per una possibile riaffermazione della tutela di tipo patrimoniale contro gli abusi nell'esercizio dell'attività di impresa. Imputazione degli effetti dell'attività di impresa sulla base del criterio sostanziale della spendita dell'interesse..... | 84 |
|---|----|

| | |
|--------------------------------------|----|
| 3.4 L'eccezionalità della norma..... | 87 |
|--------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 4. La formulazione dell'art. 147, comma quinto, l.fall. come occasione per una revisione delle condizioni d'uso dell'espressione "società occulta"..... | 88 |
|---|----|

CAPITOLO III

IL CRITERIO DELLA RIFERIBILITA' ED IL MICROSISTEMA NORMATIVO DELL'ART. 147 L. FALL

| | |
|--|------------|
| <i>Premessa.....</i> | <i>104</i> |
| <i>1.1 Il criterio inedito della riferibilità dell'attività di impresa (apparentemente) individuale alla società.....</i> | <i>107</i> |
| <i>1.2 Ricerca di una pregnanza semantica del concetto. La presenza di esso in altre norme di legge.....</i> | <i>110</i> |
| <i>1.3 La riferibilità nella contrapposizione decisione – dichiarazione. Valenza probatoria del concetto.....</i> | <i>114</i> |
| <i>1.4 Rilevanza della (modalità di attuazione della) attività dal punto di vista obiettivo..</i> | <i>122</i> |
| <i>2. Il profilo partecipativo-soggettivo.....</i> | <i>130</i> |
| <i>3. Il fallimento della società occulta nel (micro?)sistema dell'art. 147 della legge fallimentare. Eccezionalità della norma.....</i> | <i>138</i> |
| INDICE BIBLIOGRAFICO DEGLI AUTORI..... | 157 |
| INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI CITATE..... | 175 |

Premessa.

I. Secondo un'autorevole affermazione, un discorso ha occupato più di ogni altro la dottrina nello studio del diritto commerciale, ed è quello attinente al (la ricerca del) criterio generale di imputazione dell'attività di impresa¹ - al criterio, cioè, che possa valere in ogni circostanza e qualunque sia la forma esteriore dall'impresa stessa assunta -; una ricerca che appare affatto ardua laddove si registrino, nell'esercizio di quell'attività di impresa, dissociazioni o scostamenti tra il soggetto che, compiendo gli atti di cui essa si compone, spende il proprio nome ed il soggetto cui l'organizzazione dell'impresa sia non già imputabile formalmente, ma dal punto di vista dell'interesse speso (ché a lui spettano le decisioni che si tradurranno in dichiarazioni, e le eventuali utilità prodotte confluiranno nel suo patrimonio), cosicché il soggetto che ha svolto di fronte ai terzi l'attività imprenditoriale si configura come interposto di un interponente cui l'organizzazione della stessa è in realtà riferibile.

E' evidente, d'altronde, che il problema dell'interposizione propone in primo luogo delle istanze di ordine - potrebbe dirsi - morale², compendiabili nella riprovazione che suscita, da un punto di vista di giustizia sostanziale, la condotta di chi si nasconde dietro un prestanome, riuscendo a trasferire il rischio di impresa sui creditori della stessa, i quali inانamente proveranno a far valere le ragioni su di un soggetto dal patrimonio il più delle volte incapiente.

¹ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, Sez. I, Tomo 2.1, p. 209.

² G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 2000, p. 216.

II. Secondo altra, non meno autorevole, osservazione³, il dilemma sulla scelta del criterio di imputazione in materia di impresa rappresenta, invece, niente più che un'opzione politica del legislatore, in relazione alla sistemazione di classi di interessi differenti tra loro, nulla frapponendosi, in via di principio, all'adozione di un criterio economico - sostanziale; ma, più in generale, è lo stesso problema dell'interposizione nell'esercizio dell'impresa, soprattutto se declinato nei termini più famosi legati alla teoria dell'imprenditore occulto, a presentare oramai scarsa importanza pratica ed economica, se è vero (come è vero) che le maggiori problematiche sono oggi suscitate dalla grande impresa, le imprese individuali cedendo sempre più il passo, da un punto di vista numerico e non solo, a quelle costituite in forma societaria.

La marginalità del fenomeno potrebbe poi dirsi anche accentuata dalla riforma delle società di capitali e cooperative del 2003, in quanto essa ha introdotto una serie di strumenti⁴, oltre a quelli già presenti nell'ordinamento⁵, allo scopo di consentire l'articolazione di patrimoni e di iniziative con correlativa segmentazione del rischio.

III. La teoria che più di ogni altra ha combattuto⁶ per l'affermazione di un criterio differente dalla spendita del nome sul terreno del diritto dell'impresa assegnava grande rilievo, è risaputo, ad una norma di diritto fallimentare sulla quale (*rectius*, su di una parte della quale) sono state spese numerose critiche, e cioè l'art. 147 l. fall., il quale dispone, oggi come ieri, il fallimento dei soci illimitatamente responsabili di una società a base

³ B. LIBONATI, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 2004, p. 24.

⁴ Si pensi alla s.p.a. unipersonale (artt. 2325 e 2328 cod. civ.), ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447-*bis* ss. cod. civ.), all'introduzione di una apposita disciplina in materia di attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. cod. civ.).

⁵ Ad esempio la separazione patrimoniale di cui all'art. 2645-*ter* cod. civ.

⁶ Sic P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1992, VII, p. 74.

personale anche se rimasti occulti, per il tramite del meccanismo dell'estensione successiva del fallimento sociale già dichiarato.

La riforma della legge fallimentare del 2006, dopo una gestazione ispirata da logiche contrastanti⁷, ha finito col mantenere, per la parte che qui interessa, l'impianto originario, conservando l'istituto del fallimento del socio illimitatamente responsabile ed introducendo, fra le poche, una modifica sommessamente annunciata (nella Relazione Ministeriale di accompagnamento) come accoglimento del noto orientamento giurisprudenziale in materia di società occulta.

Il quinto comma dell'articolo 147 della legge fallimentare pare aver infatti reso diritto positivo ciò che prima era regola di matrice giurisprudenziale, ovvero il fallimento della società occulta; la forma dubitativa è motivata dalla mancanza, nel testo di legge, della espressione "società occulta" o di un suo immediato sinonimo, oltretutto da alcune perplessità manifestate da parte degli interpreti in sede di esegesi del precetto normativo.

Una peculiarità che può notarsi rispetto alla predetta norma sta in ciò che, per un verso, essa sembra riguardare il fenomeno interpositorio (in particolare, per quanto rileva in questa sede, nei limiti in cui possa guardarsi

⁷ Il riferimento è, ovviamente, alle proposte di riformulazione dell'art. 147 l. fall. contenute nei progetti di riforma, orientate ad ampliare l'ambito applicativo della regola dell'estensione: all'interno del testo predisposto dalla prima commissione Trevisanato [art. 5, comma primo, lett. c) schema disegno di legge delega (testo di maggioranza)], infatti, era prevista l'estensione della procedura a chi, "*ancorché socio limitatamente responsabile, ha fraudolentemente disposto della società insolvente come di cosa propria ovvero, nell'interesse proprio o di terzi, dolosamente attuato una gestione idonea a determinare l'insolvenza*".

Tale impostazione veniva successivamente attenuata nello schema di disegno di legge predisposto dalla seconda commissione Trevisanato, che introduceva l'estensione del fallimento ai "*soci che, se pur limitatamente responsabili, hanno disposto, anche indirettamente, dei beni sociali come di cosa propria attuando fraudolentemente, nell'interesse proprio o di terzi, una gestione che ha determinato l'insolvenza*".

alla società occulta come ad un interponente collettivo di un interposto individuale⁸) - che si è visto essere giudicato in declino nella sua ricorrenza pratica – e, per altro verso, si occupa di una fattispecie societaria, seppure soltanto di quella a base personale: un fenomeno recessivo ed uno di assoluta attualità, dunque.

IV. L'impostazione di questo lavoro prende le mosse dall'idea, tratta dall'esame del materiale giurisprudenziale, della dottrina e del linguaggio in essa contenuto, di una difformità di applicazione dell'espressione "occulto", talora interpretata come sinonimo di partecipazione, o struttura, sociale, nata con l'intento di rimanere celata agli occhi dei terzi, talaltra accolta, soprattutto negli arresti giurisprudenziali, nell'accezione di situazione di fatto non corrispondente alla pubblicità delle iscrizioni richieste dalla legge, nella convinzione che un orientamento giurisprudenziale non sia un blocco monadico, ma piuttosto il portato dell'evoluzione di un insieme di idee, mentre poi decidere se esse si siano sviluppate di pari passo con l'evoluzione della disciplina positiva ovvero siano state tralattivamente protratte nel tempo rimane compito, spesso gravoso, dell'interprete.

La nuova formulazione della norma in esame, unitamente ad una (ri)considerazione della storia giurisprudenziale in materia di rapporti sociali di fatto ed occulti, può portare l'interprete ad una revisione delle condizioni d'uso dell'espressione "società occulta", in grado di non limitare la sua portata all'esclusivo ambito dell'interposizione (reale) nell'esercizio dell'attività di impresa.

Sulla base di questa ipotesi di lavoro (sviluppata nel primo capitolo), si cercherà di delimitare (all'interno del secondo) l'ambito applicativo della fattispecie, e poi (nel terzo ed ultimo capitolo) di trarre dalla

⁸ Cfr. § 1, anche per le citazioni della dottrina.

prima e dalla definizione del secondo qualche indicazione sulla portata del quasi inedito (per il diritto scritto) criterio della “riferibilità”, la cui introduzione, è bene dirlo subito, ha generato un dilemma, i cui corni sono costituiti dalla possibilità che esso contenga *(i)* una regola generale, alternativa al criterio giuridico-formale legato alla spendita del nome, valevole per il diritto dell’impresa, ovvero *(ii)* una semplice, seppure rilevante, eccezione rispetto ad una regola ancora generale anche nel ramo commerciale del diritto.

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA, IL FENOMENO, GLI INTERESSI

1. Il problema dell'interposizione nell'esercizio dell'attività di impresa; la dissociazione tra esercizio apparente ed occulto dell'attività di impresa: la dissociazione tra comportamento (imprenditoriale), interesse e (spendita del) nome, e tra potere di direzione e rischio d'impresa. Introduzione alla problematica della società occulta. Non esclusiva riconducibilità del fenomeno analizzato dalla giurisprudenza all'interposizione gestoria. Ipotesi di lavoro; 2. Le peculiarità del fenomeno della società occulta; 2.1 Precisazioni terminologiche: società di fatto, società apparente, società irregolare, società occulta; 2.1.1 Società di fatto; 2.1.2 Società apparente; 2.1.3 Società irregolare; 2.2 Società occulta: la clausola di occultamento; 2.2.1 Gli elementi costitutivi: (i) conferimento di beni e servizi in un fondo comune; 2.2.2 (ii) partecipazione dei soci ad utili e perdite (c.d. alea comune); (iii) la prova del rapporto sociale (c.d. affectio societatis): elementi indiziari (finanziamenti, garanzie); 2.3 La qualifica dell'imprenditore individuale apparente; 3. Cenni sulla storia giurisprudenziale della società occulta. La valutazione degli interessi rilevanti nell'analisi della giurisprudenza. Dall'esteriorizzazione all'apparenza di società: i rapporti interni ed i rapporti esterni.

1. Il problema dell'interposizione nell'esercizio dell'attività di impresa; la dissociazione tra esercizio apparente ed occulto dell'attività di impresa: la dissociazione tra comportamento (imprenditoriale), interesse e (spendita del) nome, e tra potere di direzione e rischio d'impresa. Introduzione alla problematica della società occulta. Non esclusiva riconducibilità del fenomeno analizzato dalla giurisprudenza all'interposizione gestoria. Ipotesi di lavoro.

I. Le problematiche proposte dall'analisi della fattispecie della società occulta involgono immediatamente, come noto, la più ampia questione relativa all'imputazione soggettiva della disciplina dell'impresa

commerciale, allorché tra comportamento, interesse e nome si registrino dissociazioni soggettive⁹ tali da generare dubbi in proposito all'effettiva titolarità dell'iniziativa economica.

Si tratta, in particolare, del problema, certo antico¹⁰ ma tuttora dibattuto, dell'interposizione nell'esercizio dell'attività di impresa¹¹, del caso, cioè, in cui un soggetto (c.d. prestanome o interposto) agisce come imprenditore in nome proprio – essendo a lui applicabile lo statuto dell'imprenditore - ma per conto e nell'interesse di un diverso soggetto, cui l'intera attività è sostanzialmente riferibile¹² (c.d. imprenditore occulto o interponente).

Tale tema, a sua volta, è la scaturigine di un interrogativo di fondo della letteratura giuscommercialistica italiana, ovvero quello circa la prevalenza, nei rapporti attinenti all'esercizio di un'impresa commerciale, del criterio formale, basato sulla spendita del nome, o di quello sostanziale, imperniato sulla titolarità dell'interesse¹³.

⁹ Così si esprime P. SPADA, *Diritto commerciale. Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2009, p. 131.

¹⁰ W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 2, lo definisce “problema conosciutissimo che, sotto l'impero della legislazione previgente, fu oggetto di numerose indagini...”; ma si v. già, in luogo di molti, L. MOSSA, *Società interna e responsabilità esterna*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 29; G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, p. 206; G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 65.

¹¹ Che costituisce, come noto, una *species* del fenomeno dell'interposizione di persona, consistente, in linea generale, nel far apparire come parte di un rapporto un soggetto diverso da quello che vi abbia effettivamente un interesse: cfr. *infra*, in questo paragrafo.

¹² Cfr. sul punto anche M. GARCEA, *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di persone (commento a Trib. Forlì 9 febbraio 2008)*, in P. SPADA (a cura di), *Questioni e casi di diritto commerciale*, Padova, 2010, p. 170; l'autrice individua, conformemente all'opinione comune, il problema da risolvere “nella ricerca di criteri di imputazione della disciplina che, a fronte del criterio generale di imputazione della spendita del nome, siano idonei ad incrementare il numero di patrimoni destinati alla garanzia patrimoniale delle obbligazioni sorte nell'esercizio dell'attività di impresa in tutti i casi nei quali si rintracci una dissociazione tra il nome speso e l'interesse perseguito”.

¹³ C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in V. BUONOCORE – A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, vol. I, p. 122; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società* (a cura di M. CAMPOBASSO), Torino, 2008, p. 62.

II. Le fattispecie di sostituzione di persona diversa dall'interessato nel compimento di un'attività giuridicamente rilevante sono state più ampiamente studiate nel ramo privatistico del diritto, con particolare riferimento alle varie forme di interposizione nella conclusione del negozio giuridico¹⁴.

In tale ambito, particolare attenzione è stata rivolta all'ipotesi sostitutiva in cui la situazione giuridica nuova che il negozio da compiere è volto a produrre spiega i suoi effetti solo in capo alla parte – formale – dello stesso, che dovrà poi provvedere al trasferimento (dovuto) alla sfera patrimoniale del vero soggetto interessato: si parla in tale caso di interposizione reale¹⁵, fenomeno che non ha trovato la propria disciplina all'interno del codice civile del 1942.

All'interno di essa, dunque, non è dato riscontrare (come accade invece nella fattispecie dell'interposizione fittizia¹⁶) un'ipotesi di simulazione¹⁷,

¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 544.

¹⁵ L'interposizione è reale allorché l'intermediario agisca come effettivo contraente, assumendo in proprio i diritti che derivano dal negozio e obbligandosi a ritrasferirli all'interponente con un ulteriore atto: così L. NANNI, voce *Interposizione di persona*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1998, XVII, p. 1.

In tale caso, è dunque sufficiente l'accordo tra interposto e interponente, mentre a nulla rileva la conoscenza che di tale accordo abbia o possa avere l'altro contraente (il quale, del resto, non vi partecipa affatto), in quanto l'interposto diviene personalmente responsabile delle obbligazioni assunte. L'interposizione, invece, è fittizia allorché l'intervento dell'interposto sia solo simulato, perché chi contrae davvero è l'interponente, il quale esprime la volontà che sta alla base del negozio, laddove la volontà espressa dall'interposto è, appunto, solo simulata.

¹⁶ La dottrina dominante ritiene che tra i concetti di interposizione reale e fittizia sussistano differenze tali, sia sul piano formale che su quello sostanziale, da impedirne un'unificazione (ma per un tentativo in tal senso, si veda L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, il quale individua la matrice comune tra i due fenomeni nella cooperazione, e cioè nel fatto che l'interposto agisce in entrambi i casi in nome proprio ma nell'interesse dell'interponente, con la differenza che nell'interposizione fittizia gli effetti del negozio si produrrebbero direttamente in capo all'interponente, mentre in quella reale gli effetti passerebbero automaticamente in capo al mandante) e, dunque, la costruzione di una categoria unitaria di interposizione di persona in grado di accomunare le varie figure: si veda, per tutti, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in CICU – MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1984, p. 75.

poiché diritti e obblighi nascenti dal contratto sono acquistati dall'interposto¹⁸, il quale, conformemente alla volontà del soggetto interponente, contratta con il terzo in nome proprio¹⁹: l'accordo tra interponente ed interposto rimane limitato alla sfera di questi due soggetti, ed è perciò necessario un ulteriore trasferimento dal secondo a beneficio del primo.

Autorevole dottrina, nel considerare la posizione dell'interponente, o *dominus negotii*, ha poi proposto l'identificazione tra interposizione reale e rappresentanza indiretta, chiarendo che il rappresentante (indiretto) dichiara una volontà propria, perseguendo un risultato che tocca la sfera giuridica dell'interessato anche nell'ipotesi di mancata dichiarazione negoziale da parte di quest'ultimo²⁰.

L'autore individua l'unica nota comune alle due figure nella “*finalità pratica di occultamento del soggetto interessato all'affare che entrambe perseguono*”, sebbene anche qui sussista una differenza che continua a separarle in ciò che nell'interposizione reale lo scopo è quello di assicurare l'occultamento del mandante rispetto (soprattutto) alla persona del terzo contraente, laddove nell'interposizione fittizia l'esigenza di assicurare un celamento del reale interessato sussiste rispetto ai terzi diversi dall'altro contraente, parte dell'accordo interpositorio.

¹⁷ Il fondamentale criterio di distinzione tra interposizione reale ed interposizione fittizia è stato individuato in ciò che nella prima l'effettiva instaurazione del rapporto tra mandatario e terzo è realmente voluta non solo dalle parti del negozio, ma anche dallo stesso mandante che ha preordinato il programma, prevedendo altresì l'acquisto effettivo dei diritti e obblighi scaturenti dal negozio gestorio; non sussiste, inoltre, un'intesa tra mandante e terzo, come invece accade nell'altra ipotesi. Si veda in proposito C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1985, p. 200.

¹⁸ Secondo F. SCARDULLA, voce *Interposizione di persona*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, XXII, p. 144, nell'interposizione reale la persona interposta assume una posizione giuridica che non corrisponde a quella che ha sul piano economico, in quanto è tenuta a trasmettere il risultato della sua attività ad altri.

¹⁹ Cfr. Cass., 21 ottobre 1994, n. 8616, in *Foro it. Mass.*, 1994, p. 1143; Cass., 28 marzo 1981, n.1787, in *Giur. it.*, 1981, p. 480, la cui massima recita “*l'interposizione reale di persona si configura quando un soggetto (interposto), d'intesa con altro soggetto (interponente), contratta con un terzo in nome proprio ed acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto con l'obbligo, derivante dai rapporti interni con l'interponente, di ritrasmettere tutti i diritti così acquistati*”; così anche Cass., 18 gennaio 1982, n. 324.

²⁰ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 139; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, I, p. 526.

Nella c.d. rappresentanza indiretta, allora²¹, vi è un soggetto che agisce in nome proprio ma per conto di altri, diventando titolare del rapporto sottostante al contratto stipulato, con l'obbligo giuridico di ritrasferire la posizione conseguente al negozio al soggetto per conto del quale egli abbia agito²².

Il rappresentante indiretto, allora, non si fa portatore della volontà che gli effetti del negozio investano la persona del *dominus* né la dichiara, ma mira anzi, ed al contrario, a far riversare gli effetti su di sé²³; ne discende che non rileva la riconoscibilità o meno dell'alienità dell'affare nei confronti della controparte²⁴, come si evince dalla disposizione di cui all'art. 1705 cod. civ., dettata in tema di mandato senza rappresentanza, ma da tempo riconosciuta regola generale del diritto comune dell'agire per conto²⁵.

L'eventualità, cioè, che il terzo contraente possa avere avuto conoscenza del mandato nulla toglie al fatto che il mandatario acquisti i diritti e gli obblighi derivanti dal mandato nella propria sfera giuridica²⁶.

III. Il problema dell'interposizione gestoria assume poi particolare rilevanza allorché esso riguardi lo svolgimento di un'attività di impresa, la

²¹ Ma si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 546, per un'aspra critica contro l'identificazione dell'interposizione gestoria con la rappresentanza indiretta, ritenuta un "*termine assai improprio ed equivoco [...] denominazione, che sarà qui accuratamente evitata, perché atta, anziché a chiarire, a confondere le idee con l'offuscare differenze essenziali...*".

²² Ne consegue che in tale ipotesi l'interposto, stipulando in nome proprio il contratto, è a tutti gli effetti parte dello stesso, sia in senso formale che sostanziale, e che l'accordo con l'interponente ha per oggetto l'obbligo di ritrasferimento.

²³ L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 2.

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 550; C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 202; in giurisprudenza, Cass., 28 maggio 1977, n. 2202, in *Giur. it.*, 1977, p. 503; Cass., 14 luglio 1976, n. 2728, in *Giur. it.*, 1976, p. 687; Cass., 29 aprile 1976, n. 1532, tutte conformi alla massima per cui "*nel mandato senza rappresentanza, nessun rapporto si costituisce tra il mandante ed il terzo, ed il mandatario è direttamente obbligato nei confronti dell'altro contraente, anche se il contratto involga interessi esclusivamente propri del mandante e l'altro contraente non ignori l'esistenza di costui*".

²⁵ P. SPADA, *Diritto commerciale. Parte generale*, cit., p. 132.

²⁶ Cass., 25 gennaio 1978, n. 337, in *Giur. it.*, 1978, p. 75; Cass., 4 marzo 1971, n. 566, in *Giur. it.*, 1971, p. 230; Cass., 11 febbraio 1964, n. 302, in *Giur. it.*, 1964, p. 92.

quale, per la complessità che la caratterizza, richiede *naturaliter* la sostituzione dell'imprenditore nel compimento degli atti di cui essa si compone²⁷, non potendo egli da solo, al crescere della sua organizzazione produttiva, compiere tutti gli atti necessari allo svolgimento della propria attività professionale.

D'altro canto l'attività, in quanto attività di produzione per lo scambio, coinvolge necessariamente una pluralità di interessi, tra loro diversi²⁸ in ordine ad esigenza di tutela ed a posizione reciproca²⁹.

Simile conclusione è conseguenza dell'emersione di una prospettiva - differente da quella adottata in diritto privato per la definizione dei rapporti intersoggettivi, legata, come noto, all'atto - inestricabilmente connessa con l'attività; di qui una distinzione (quella appunto tra atto e attività³⁰) che non si presta ad essere spiegata in termini quantitativi, ma, piuttosto, con la considerazione dell'impresa in termini di attività oggettivamente considerata³¹ e, poi, di attività produttrice di ricchezza³².

²⁷ P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 73, sottolinea che il comportamento imprenditoriale è naturalmente parcellizzato tra più individui.

²⁸ E si pensi agli interessi dei proprietari dei beni, o degli strumenti di produzione (che non necessariamente, come è noto, debbono essere di proprietà dell'imprenditore), a quelli dei partecipanti alla produzione, tra i quali i dipendenti, a quelli, ancora, degli altri produttori: cfr. P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985, p. 20; B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, ibidem, p. 206.

²⁹ Cosicché anche il momento della contrattazione, da cui pure, si è visto, l'attenzione della dottrina per il fenomeno dell'interposizione ha preso le mosse, finisce con l'assumere delle caratteristiche diverse, legate proprio all'inserzione del momento contrattuale all'interno dell'attività di cui all'art. 2082 cod. civ.: approfonditamente su tale aspetto, *ex multis*, C. ANGELICI, *La contrattazione di impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, cit., p. 190 e *passim*, a partire dall'interrogativo "se ed eventualmente sotto quali aspetti il contratto stipulato da un imprenditore, in quanto momento di un'attività più ampia, risente delle caratteristiche di quest'ultima quanto ai suoi stessi modi di formazione, e richiede allora (o consente) schemi non necessariamente coincidenti con quelli dell'incontro di volontà e del classico combinarsi tra proposta ed accettazione".

³⁰ Rinviando al prosieguo del lavoro per ulteriori riferimenti, si rimanda qui almeno a G. AULETTA, voce *Attività*, (*dir. priv.*), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, III; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, *passim* e spec. p. 109 ss.

³¹ Per la qualificazione della "particolarissima rilevanza giuridica dell'impresa nel sistema di diritto privato" nella disciplina di un'attività oggettivamente considerata, e per la definizione della normativa sull'impresa quale disciplina "ad attività" piuttosto che "a soggetto" si rimanda alle limpide pagine di P.

Le problematiche che pertanto il problema dell'interposizione reale pone, prima fra tutte quella dell'acquisto, da parte dell'interposto che contratta in nome proprio, degli obblighi e dei diritti nascenti (per il caso dell'interposizione di diritto privato, costruita sul e pel negozio giuridico) dall'atto compiuto, debbono essere riproposte, seppure adattate e fatte le debite proporzioni, alla disciplina dell'impresa.

Esse diventano particolarmente pressanti allorché, come detto, si registri una dissociazione tra il soggetto cui la qualità di imprenditore è formalmente imputabile ed il reale interessato; in particolare, la già notata parcellizzazione del comportamento imprenditoriale, in quanto implicante un numero elevato di attività (giuridiche e materiali) da espletare, causa un aumento dei soggetti coinvolti nell'impresa globalmente intesa e, soprattutto, un incremento delle classi di creditori portatrici di interessi e diritti rispetto alla stessa.

Alla stregua del diritto comune dell'agire per conto, ricavabile dalla richiamata disciplina del mandato senza rappresentanza³³, il fenomeno

FERRO-LUZZI, *L'impresa, cit.*, p. 18 e *passim*; e altresì a B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 6.

³² C. ANGELICI, *Diritto commerciale. I*, Bari, 2006, p. 12; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale, cit.*, p. 7.

³³ In quanto paradigmatica della specifica modalità di attuazione del compimento dell'atto gestorio senza la spendita del nome.

Il mandato senza rappresentanza, come noto, costituisce una specifica modalità di attuazione del mandato, predisposta per le ipotesi in cui il mandatario, oltreché soddisfare il proprio obbligo di cooperazione gestoria, deve realizzare l'interesse del mandante a non volere entrare in rapporti con i terzi: cfr. C. SANTAGATA, *Del mandato, cit.*, p. 197.

Per la particolare rilevanza dell'aspetto della segretezza ricercato dal mandante, si vedano anche S. PUGLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 455; S. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione fittizia*, Milano, 1962, p. 54.

All'esigenza di segretezza parte della dottrina ha assegnato il ruolo di elemento naturale del contratto, postulando l'obbligo, per il mandatario senza rappresentanza, di non svelare preventivamente ai terzi l'identità del mandante (così G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, Torino, 1957, p. 77), laddove da altri si è replicato che, pur costituendo tale finalità un'evenienza piuttosto frequente, un obbligo siffatto per il mandatario possa dirsi sussistente solo allorché riveniente da una specifica indicazione in tal senso del mandante, ovvero l'interesse del mandante a restare occulto al terzo

dell'interposizione reale nell'esercizio dell'impresa dovrebbe essere regolamentato applicando lo statuto dell'imprenditore commerciale al soggetto che agisce in nome proprio (interposto), anche se per un interesse altrui (quello dell'interponente)³⁴.

Esso dovrebbe attingere, pertanto, alla disciplina del mandato senza rappresentanza; senonché, tale soluzione genera, come è stato scritto, un diffuso senso di ingiustizia, dovuto al fatto che il reale *dominus* dell'attività di impresa, esercitando l'attività per il tramite di un soggetto interposto, farà sopportare il rischio relativo, attraverso lo schermo costituito dall'imprenditore palese³⁵, ai creditori, primi fra tutti quelli più deboli.

IV. Costituisce, in effetti, principio generale del nostro ordinamento che il centro di imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici posti in essere è il soggetto il cui nome sia stato validamente speso nel traffico giuridico³⁶; il soggetto dell'attività, dunque, è il soggetto che produce i singoli atti dai quali essa risulta³⁷.

contraente sia desumibile dal tipo del negozio gestorio posto in essere o da altre circostanze (C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 198, nota 2).

³⁴ P. SPADA, *Diritto commerciale. Parte generale*, cit., p. 133.

³⁵ Soggetto il più delle volte nullatenente o quasi: così F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XVI, p. 1.

³⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, Torino, 2008, p. 88; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 150; V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 209; G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 29; ID., *Principi*, in V. BUONOCORE, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2001, Sez. I, Tomo 1, p. 17: "I tentativi di identificare regole particolari all'imputazione dell'impresa (e così il riferimento al potere, alla sovranità, al dominio, in sé considerati e anche "indirettamente" o "occultamente" esercitati) non hanno fondamento normativo e (anche se hanno avuto il merito di approfondire aspetti fisiologici e patologici dell'impresa) non hanno avuto successo. Il meccanismo dell'imputazione parte dagli atti, secondo le regole proprie di questi, e si riflette sull'attività, non viceversa".

³⁷ "Che il destinatario sia il portatore del nome speso (sia poi costui titolare del nome o lo rivendichi comunque come proprio) non è, a quanto mi risulta, mai stato messo in questione": P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 74.

Da questo punto di vista viene in rilievo, come detto, in particolare l'ipotesi del comportamento imprenditoriale tenuto nel nome proprio ma nell'interesse altrui; in proposito, sono sin troppo note le teorie che hanno cercato di attribuire la qualifica di imprenditore in base al dominio esercitato su un'impresa formalmente altrui, in particolare utilizzando l'attività di altri senza la propria spendita del nome³⁸, perché vi si dedichi qui più di un semplice cenno (risultando peraltro parzialmente eccentriche alla tematica oggetto del presente lavoro), dovuto più che altro alla peculiare rilevanza che la più conosciuta di esse attribuiva all'articolo 147 della legge fallimentare, oggetto (questo sì) di studio nelle pagine che seguiranno.

Così, si era dapprima fondata l'esclusione della spendita del nome quale requisito necessario ai fini dell'imputazione della responsabilità per debiti di impresa su di un principio di corrispondenza tra potere e responsabilità, argomentandone l'esistenza da alcune regole dettate in materia societaria³⁹ le quali, lette in combinato tra loro, consentirebbero di affermare

³⁸ W. BIGIAVI, soprattutto in *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954 e *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962; A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'"imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 2000, p. 214; F. FARINA, *L'acquisto della qualità di imprenditore*, Padova, 1985, p. 60; V. BUONOCORE, voce *Imprenditore*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, XX, p. 530.

³⁹ Si tratta della notissima tesi di G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1986, p. 103, fondata sulla rilevanza assegnata alle norme in materia di responsabilità illimitata del socio che ha potere di gestione nella società semplice (art. 2267 cod. civ.) e nell'accomandita semplice (art. 2318 cod. civ.); alla responsabilità, necessariamente ed inderogabilmente illimitata, del socio di società in nome collettivo di cui all'art. 2291 cod. civ.; alla responsabilità illimitata dell'unico azionista ex art. 2362 cod. civ.; ancora, alla responsabilità del preponente per atti compiuti dall'istitutore senza spenderne il nome (art. 2208 cod. civ.).

La tesi è stata vivamente criticata, osservandosi come non corrisponda al vero l'affermazione per cui la responsabilità illimitata sia indissolubilmente legata al potere di gestione (G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 94; F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 209; G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, cit., p. 10), ammettendosi, nelle società in nome collettivo, ove pure la responsabilità illimitata è inderogabile, che la gestione sia riservata solo ad alcuni dei soci; stesso discorso può essere fatto per i soci accomandatari della società in accomandita semplice, in quanto solo alcuni fra essi potrebbero essere investiti del potere di amministrare la società.

la responsabilità cumulativa dell'imprenditore palese e del *dominus*, con esclusione, tuttavia, del fallimento di quest'ultimo.

La più celebre tesi riteneva invece, nella sua versione definitiva, che la scelta legislativa sul terreno del diritto dell'impresa fosse nel senso del riconoscimento della qualifica di imprenditore commerciale a prescindere dalla spendita del nome, potendosi questa estendere (anche) al soggetto che, dominando l'impresa, si occulti dietro un prestanome che agisce in nome proprio⁴⁰.

Le citate proposte interpretative non hanno, come noto, trovato accoglimento né nel panorama dottrinale⁴¹ (successivamente alla riforma delle società di capitali e delle cooperative, peraltro, parte della dottrina ha proposto l'utilizzazione degli artt. 2497 ss. cod. civ. come impianto di riferimento ai fini della repressione dei fenomeni abusivi e, più in generale, dell'ampia casistica in cui l'imprenditore, individuale o collettivo, che spende il proprio nome nell'esercizio dell'attività di impresa sia in realtà eterodiretto

⁴⁰ Il procedere argomentativo di tale teoria prende le mosse, è appena il caso di dirlo, dalla formulazione originaria del secondo comma dell'art. 147 della legge fallimentare, il quale dispone il fallimento del socio occulto di società palese, per inferirne, in nome della parità di trattamento, l'applicazione analogica anche al caso del socio occulto di società occulta.

Amnesso il fallimento della società occulta, va riconosciuto che essa altro non è se non un imprenditore occulto [*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 del quale il prestanome non ha alcuna partecipazione sociale*]: W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 16], ciononostante qualificato come imprenditore e sottoposto a fallimento.

Tale impostazione, trasposta nell'ambito delle società di capitali, arrivava a teorizzare poi anche il fallimento del socio tiranno, ovvero del socio che si serve della società come cosa propria al fine di perseguire interessi del tutto personali (W. BIGIAMI, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.*, 1959, I, p. 623; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 691; ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in "estensione"*, in *Giur. it.*, 1959, I, p. 149).

⁴¹ Senza pretesa di esaustività, si vedano almeno T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 231 ss.; ID., *Considerazioni in tema di società e persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 245; ID., *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 1153; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 10.

da un altro imprenditore, reale interessato⁴²), né, salvo sporadiche adesioni⁴³, nella giurisprudenza, la quale ha tuttavia tracciato un proprio diverso percorso argomentativo per reagire alle più vistose forme di abuso dello schermo societario⁴⁴.

V. L'utilità - se non altro – espositiva di questi brevissimi cenni, (universalmente) noti eppure doverosi per introdurre la fattispecie dell'interposizione reale nell'attività di impresa, si rivela in ciò che l'analisi della fattispecie della società occulta, come subito anticipato, è stata tradizionalmente inserita nella tematica dell'*imprenditore occulto*, potendosi ad essa guardare, si è notato, come ad un interponente collettivo di un interposto individuale⁴⁵ (seppure con i dovuti adattamenti e le debite differenze, come subito si avrà modo di vedere).

⁴² Il riferimento è a F. FIMMANÒ, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in www.ilcaso.it, doc. n. 70/2007, il quale ritiene che le “variegate” fattispecie di imprenditore occulto e le connesse tecniche di estensione della responsabilità, soprattutto in tema di estensione del fallimento, siano definitivamente superate dal nuovo impianto normativo introdotto dalla riforma, che pone al centro la responsabilità derivante da attività di abusivo dominio sull'impresa.

Alla luce di ciò, l'autore sostiene che la ripercussione del fallimento sull'imprenditore occulto non possa più passare per un principio generale di imputazione diverso dalla spendita del nome, ma debba essere inquadrata negli artt. 2497 ss. cod. civ., secondo il paradigma della responsabilità da abusivo dominio di un'impresa (formalmente) altrui.

⁴³ Come ad esempio Trib. Ravenna, 28 marzo 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 138; Trib. Ferrara, 7 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 630.

⁴⁴ In tale alveo si inserisce l'elaborazione della c.d. teoria dell'impresa fiancheggiatrice, secondo la quale i comportamenti tipici tenuti dal c.d. socio tiranno, quali ad esempio il sistematico sostegno finanziario alla società, l'ingerenza negli affari sociali, la direzione di fatto della vita sociale, possono integrare l'esercizio di un'autonoma attività di impresa di finanziamento e/o gestione.

Si configurano così due imprese, l'una delle quali esercitata dall'interposto e l'altra, la c.d. impresa fiancheggiatrice appunto, esercitata dall'interponente; ciò implica la necessità di tenere distinti i due fallimenti.

In realtà, tale teorica non ha mancato di suscitare perplessità nella dottrina, la quale ha ravvisato in essa lo stimolo per critiche ancora più serie di quelle meritate dalla dottrina dell'imprenditore occulto, poiché del fallimento dell'impresa fiancheggiatrice possono giovare non tutti i creditori dell'impresa dominata, ma solo coloro i quali si siano procurati un titolo, reale ovvero personale, contro il titolare dell'impresa fiancheggiatrice, finendo così per avvantaggiare i creditori forti (P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 137; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 99).

⁴⁵ Ancora P. SPADA, *Questioni e casi*, cit., p. 135.

Nella società occulta, infatti, vi è un soggetto che agisce come imprenditore individuale⁴⁶ nei confronti dei terzi, tenendo a questi nascosta l'esistenza di altri soggetti, i quali, pur rimanendo - *nomina sunt consequentia rerum* - occultati, così come del resto la struttura sociale che essi compongono⁴⁷, partecipano a pieno titolo all'attività economica ed alle decisioni in cui essa si articola, dividendo tra loro gli utili da questa prodotti e sopportandone le relative perdite: in altre parole, nella società occulta vera e propria gli elementi di cui all'art. 2247 cod. civ. sono tutti presenti⁴⁸.

L'attività di impresa esercitata dall'(apparente) imprenditore individuale, pertanto, è svolta per conto della società, senza che ne sia speso il nome.

La società esiste nei rapporti interni tra i soci ma, si dice⁴⁹, l'esistenza di tale contratto non viene esteriorizzata; nei rapporti esterni essa si presenta – ed opera - quale impresa individuale⁵⁰.

Sotteso al patto di non esteriorizzazione della società è, prevalentemente, lo scopo di limitare il rischio dell'esercizio dell'impresa e la

⁴⁶ Celebri, fra le molte, le definizioni di W. BIGIAMI, *Società occulta, cit.*, p. 1: “*gli affari della società stessa sono sempre stati negoziati da un singolo che agisce in proprio nome (e, naturalmente, per conto della società, della quale egli non rivela però l'esistenza)*”; e di F. FERRARA jr. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, p. 46: “*... più persone convengono di gestire un affare in comune, conferendo all'uso dei beni che cadono in proprietà di tutte, con la intesa che l'accordo debba restar segreto, non apparire all'esterno. Uno solo dei soci è destinato ad operare con i terzi, e deve agire in nome proprio, perché gli altri intendono restare nell'ombra*”.

Alcuni autori ritengono però possibile che ad operare con i terzi sia non solo un vero e proprio socio dei componenti della società che rimangono occulti, bensì anche un terzo estraneo: ad esempio M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 252; G. FERRI, C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2009, p. 200.

⁴⁷ Si parla, in proposito, di “*espressa e concorde volontà dei soci di non rivelarne l'esistenza all'esterno*”: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, cit.*, p. 63.

⁴⁸ A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, p. 146, nota 56, il quale nota che di società occulta può parlarsi “*con riferimento all'ipotesi in cui sussistano tutti gli elementi strutturali di una società commerciale (patrimonio comune; affectio societatis; scopo di divisione degli utili; oggetto commerciale)*”.

⁴⁹ In luogo di molti, F. GALGANO, *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del contratto sociale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 702, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II, cit.*, p. 64.

⁵⁰ Ma si veda oltre, al § 3, per un approfondimento sulla problematica dell'esteriorizzazione.

correlativa responsabilità patrimoniale al solo patrimonio dell'imprenditore individuale apparente-gestore⁵¹ - che sarà perlopiù inadeguato a far fronte alle obbligazioni assunte -, evitando così che la società e, conseguentemente, i soci occulti rispondano delle stesse e siano assoggettabili a fallimento.

Pur potendo, come detto, essere inserita nel discorso, di più ampio respiro, riguardante l'interposizione reale nell'esercizio dell'impresa, la fattispecie di cui ci si occupa presenta delle peculiarità sia rispetto a quella dell'imprenditore occulto vero e proprio che rispetto ai fenomeni della società di fatto e della società apparente.

In tale caso, infatti, ad essere oggetto di occultamento non è l'esistenza di alcuni soci, i quali abbiano inteso celare la loro appartenenza al sodalizio sociale, ma lo stesso rapporto sociale: è la stessa esistenza di una struttura sociale ad essere tenuta nascosta⁵², in ciò proprio ritrovandosi l'essenza della clausola o patto di occultamento.

Inoltre, la relazione che lega l'imprenditore individuale apparente con i suoi occulti sodali è qualitativamente⁵³ più intensa rispetto a quella che, di norma, intercorre tra prestanome e imprenditore occulto, in quanto l'imprenditore individuale apparente è un vero e proprio socio di un ente che,

⁵¹ F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, XVI, p. 1.

⁵² Così G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004, XI, tomo II, p. 105, mettendo appunto in rilievo la circostanza per cui nel fenomeno della società occulta è "la stessa esistenza di un'impresa sociale ad essere oggetto di occultamento", mentre in quello del socio occulto di società palese ad agire nei rapporti esterni è "pur sempre una società e la dissimulazione investe solo il profilo della sua componente soggettiva": simile tenore in G. FAUCEGLIA, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, I, p. 9, sulla base del fatto che "almeno in linea teorica, la fattispecie si distingue dalla società occulta, di cui all'art. 147, 5° comma, l. fall., posto che tra il "vero" imprenditore e il suo prestanome non intercorre alcun rapporto societario; nonché dall'ipotesi prevista dal 4° comma dello stesso articolo, considerato che quest'ultimo disciplina il socio occulto di società palese".

⁵³ E su ciò si tornerà più diffusamente *infra*, nel secondo e nel terzo capitolo del lavoro.

come detto, presenta tutti i requisiti di cui all'art. 2247 cod. civ. e cui può applicarsi la disciplina prevista dal codice per le società personali (irregolari)⁵⁴.

E' evidente, d'altra parte, che il problema dell'esistenza della società occulta si pone (quasi) esclusivamente in sede fallimentare⁵⁵, allorché si tratti di accertare se la responsabilità per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa sia esclusivamente di chi abbia agito, quale imprenditore individuale, in proprio nome, ovvero della società occulta⁵⁶, cui queste siano riferibili, e degli altri soci.

VI. Alla disciplina della fattispecie di cui si verte sembra ora essere riferito il comma quinto dell'art. 147 l. fall., vera e propria norma cardine per l'interpretazione del problema dell'interposizione nell'esercizio dell'attività di impresa.

E' infatti affermazione condivisa, a livello generale, quella secondo cui l'art. 147 della legge fallimentare, sin dall'originaria formulazione del 1942, ha rappresentato, fra le tecniche di superamento della personalità giuridica delle società, una delle strade percorse con maggiore frequenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁵⁷ per ampliare, in caso di fallimento di un ente

⁵⁴ Per la configurazione della società di fatto (tematica all'interno della quale si fa ellitticamente talora rientrare anche la società occulta) quale tecnica giurisprudenziale ai fini dell'applicazione della disciplina delle società irregolari, si v. C. ANGELICI, voce *Società di fatto ed irregolare*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, XXIX, p. 7.

⁵⁵ In questo senso già G. FERRI, *Le società*, in F. VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1985, p. 61. "*Il problema naturalmente si pone quando la società occulta diviene palese, quando cioè l'impresa che si presenta come individuale si rivela come impresa sociale...*".

⁵⁶ A. NIGRO, *Il fallimento del socio*, cit., p. 146, parla in proposito dello "*spinoso problema dell'assoggettabilità al fallimento della società occulta, che è divenuto, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, una delle questioni più <sentite> in materia di fallimento delle società, sia sul piano dogmatico [...] sia sul piano pratico...*", mentre l'autore che più di tutti ha affrontato il tema (W. BIGIAMI) parla di "*gravissimo quesito*": cfr. *Società occulta*, cit., p. 2.

⁵⁷ A. NIGRO, *Sub art. 147*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, vol. II, p. 2183; F. VASSALLI, *Sub art. 147*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, vol. II, p. 1935.

societario, il novero dei soggetti nei confronti dei quali estendere la pronuncia di fallimento.

Tra le altre, possono qui brevemente menzionarsi⁵⁸ quella della trasformazione tacita della società di capitali in società in nome collettivo irregolare⁵⁹, della simulazione di società⁶⁰, della società di fatto tra la società di capitali⁶¹ ed i suoi soci, della trasgressione delle regole di organizzazione della società come causa di disapplicazione della normativa dettata per le società di capitali⁶².

VII. Da una valutazione del materiale giurisprudenziale - di quella che potrebbe chiamarsi storia giurisprudenziale dei rapporti sociali di fatto⁶³ (intendendosi, con tale locuzione, riferirsi ai problemi relativi ai rapporti societari afferenti a società per le quali non sono state eseguite le iscrizioni di pubblicità previste dalla legge) -, tuttavia, si evince come la sottoposizione a fallimento di soggetti il cui nome non sia stato speso nell'attività di impresa non abbia riguardato soltanto, e per primi, i casi della mancata spendita del

⁵⁸ Per una compiuta analisi, cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IX, tomo II, Torino, 1993, p. 433 ss.; B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 679 ss.

⁵⁹ F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 668.

⁶⁰ V. SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 290; A. CICU, *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 141; G. COTTINO, *Diritto commerciale, cit.*, p. 246.

⁶¹ Si v. App. Napoli, 4 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, p. 1726; Trib. Torino, 27 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 702; Trib. Palermo, 29 ottobre 1988, in *Temi Siciliana*, 1989, p. 75.

⁶² In ciò consiste l'elaborazione di F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 581; ID., *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1969, p. 37.

La giurisprudenza, dal canto proprio, soprattutto all'indomani della nota pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite sulla nullità della partecipazione di una società di capitali in una società di persone, ha fatto ricorso, con l'intenzione di sanzionare la condotta dei soci "tiranni", alla figura della *holding* personale, considerata alla stregua di un imprenditore individuale ovvero di socio di società di fatto; cfr. Cass., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 59; in tema anche App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 22, con nota di M. GARCEA, *E' inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?*

⁶³ Di cui si darà conto nel § 3 del presente capitolo.

nome pure in presenza di una decisione funzionale ad un interesse preconstituito di gruppo (quale è quella dichiarata dal socio-prestanome nel caso della società occulta⁶⁴), ma anche un'altra ipotesi.

Ci si riferisce, così, a tutto un insieme di casi in cui, pur non essendovi stata la formale spendita di una ragione sociale, in grado di imputare immediatamente e senza dubbi il comportamento imprenditoriale alla società, purtuttavia un insieme di soggetti nulla abbia fatto per occultare il sodalizio che li legava, e, ciononostante, la dichiarazione di fallimento ha riguardato solo uno di essi (il più delle volte l'amministratore unico); tutti quei casi, allora, riguardanti rapporti sociali di fatto⁶⁵ nei confronti dei quali può dirsi esservi stata un'esteriorizzazione sfuggita alla prima sentenza dichiarativa di fallimento.

Il fenomeno della società occulta e dei soci occulti, in altre parole, pare esser stato differentemente considerato da parte della dottrina e della giurisprudenza, nel senso che la prima ha studiato le (molteplici) problematiche originate dal fallimento del socio e della società non esteriorizzati, e dunque occulti in senso stretto, mentre la seconda ha per lungo tempo continuato a ritenere assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'allora secondo comma dell'art. 147 della legge fallimentare, anche il socio che pure avesse manifestato esteriormente, secondo la regola della spendita del nome – esteriorizzazione che sarà analizzata *infra*⁶⁶, la propria partecipazione alla società.

Tale dichiarazione c.d. tardiva⁶⁷ di fallimento attraverso il procedimento di estensione fu legata *ab origine*, come si vedrà, alle difficoltà pratiche di pervenire, sin dalla sede della dichiarazione di fallimento sociale,

⁶⁴ Si rimanda, su tale aspetto, al capitolo terzo.

⁶⁵ Cfr. il § 2 di questo capitolo.

⁶⁶ Sempre all'interno del terzo paragrafo, cui è dunque ancora necessario rimandare.

⁶⁷ Così G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1981, p. 73.

alla compiuta individuazione di tutti i soci che si fossero esteriorizzati (posto che in un primo periodo, come si vedrà, era saldamente richiesta l'esteriorizzazione della partecipazione sociale).

Ecco allora che, in tale contesto, anche il socio dichiarato fallito successivamente al fallimento della società, perché “scoperto” dopo di esso, venne denominato quale socio occulto, anche in presenza di fatti che avessero manifestato nei confronti dei terzi la sua partecipazione alla società.

VIII. Alla luce di tali, sia pure sommarie, considerazioni sorge il dubbio che il concetto che ci si presenta appaia a ben vedere *spurio*, e cioè che la congerie di fenomeni relativi ai rapporti sociali non manifestati congruamente secondo la regola formale della spendita del nome abbia riguardato, in sede fallimentare, non solo l'ipotesi più studiata dalla dottrina, ovvero quella del *socio occulto in senso stretto*⁶⁸ e, conseguentemente, della società occulta vera e propria, ovvero mai esteriorizzata, ma anche i casi che possono sin d'ora definirsi di *esteriorizzazione sfuggita*, ovvero i casi in cui non era stato possibile individuare gli ulteriori soci coinvolti nella partecipazione alla società al momento della dichiarazione di fallimento della stessa.

Le considerazioni che precedono, se ritenute valide, instillano nell'interprete, ancora, il dubbio se l'ambito applicativo della nuova norma di cui al quinto comma dell'art. 147 l. fall. non possa essere esteso a tutt'oggi, e per ciò che qui maggiormente rileva, anche ai casi dell'esteriorizzazione sfuggita del carattere sociale di un'impresa, e non solo al caso specifico dell'occultamento vero e proprio del rapporto sociale e, perciò, dell'interposizione reale nell'esercizio dell'attività di impresa.

⁶⁸ Per tale intendendo gli studiosi il componente di una società il quale non avesse manifestato ai terzi il suo rapporto sociale con la spendita del nome: L. MOSSA, *Apparenza di società e responsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 357; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 74.

Sulla scorta di tale premessa, nelle pagine che seguono si cercherà dapprima di analizzare più da vicino il fenomeno della società occulta in senso stretto, per poi passare ad una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di rapporti sociali di fatto, dalla quale, lo si anticipa, sarà possibile rafforzare l'impressione che la norma relativa all'estensione del fallimento sociale possa riferirsi non solo ai casi di voluto occultamento del vincolo sociale ma anche alle ipotesi dell'esteriorizzazione sfuggita; ciò che poi, si vedrà nel terzo capitolo, può avere delle conseguenze nell'individuazione della portata (probatoria, ad avviso di chi scrive) del nuovo concetto di riferibilità.

2. Le peculiarità del fenomeno della società occulta.

2.1 Precisazioni terminologiche: società di fatto, società apparente, società irregolare, società occulta.

2.1.1 Società di fatto.

Il corretto punto di partenza di un'indagine attorno ad un fenomeno implica, necessariamente, la perimetrazione dei confini della fattispecie, ciò che poi condiziona l'individuazione della disciplina ad esso applicabile.

Per quanto attiene alla figura della società occulta, un primo dato che potrebbe dirsi acquisito è quello della confusione terminologica⁶⁹, poiché spesso essa è stata accostata al concetto di società di fatto, o irregolare, dal

⁶⁹ Lo rileva, fra molti, F. GALGANO, *Società occulta, cit.*, p. 702, parlando dell'opportunità di "alcune precisazioni concettuali"; V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile. Artt. 2247-2250*, Milano, 2000, p. 131, parla appunto di confusione "se non altro nei limiti di una fungibilità delle relative locuzioni".

momento che non esistono, né sono mai esistite, definizioni normative sul punto e la stessa giurisprudenza ha sovente ricompreso sotto l'etichetta di "società di fatto" tanto la società occulta, quanto la società apparente.

Uno dei motivi di tale atteggiamento va ricercato nell'identità di normativa applicabile a fattispecie accomunate dalla mancata iscrizione nel registro delle imprese, ciò che ne determina (in quanto irregolari) l'assoggettamento alla disciplina di cui all'art. 2297 cod. civ.⁷⁰, purché esercitino un'attività commerciale; esse, in secondo luogo, vengono considerate come manifestazioni di un unico fenomeno, dal punto di vista economico⁷¹.

Ciò nulla toglie, tuttavia, all'opportunità di una chiarificazione concettuale, onde evitare possibili equivoci, pur non disconoscendo effettive somiglianze tra i fenomeni, laddove esistenti; e infatti la dottrina si è molto dedicata alla distinzione tra le varie tipologie societarie⁷², *rectius* dei modi di essere in cui la società si forma o si presenta nei confronti dei terzi⁷³.

⁷⁰ F. MICCIO, *Il socio di fatto, occulto, apparente e tiranno dopo la riforma del diritto societario e del diritto fallimentare*, in F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 228; in termini identici, ID., *Il punto sulla giurisprudenza in tema di società di fatto, società occulta e società apparente dopo la riforma del diritto societario e del diritto fallimentare*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 50.

⁷¹ C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, cit., p. 120, le considera appunto "espressione di un unico fenomeno dell'agire economico, in forma organizzata e su base personale, che acquista particolare rilievo in sede concorsuale a seconda, appunto, che la società di fatto sia palese o occulta".

Secondo G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 10, il motivo per cui il legislatore è stato indotto a non utilizzare nei testi di legge l'espressione "società di fatto" risiede nell'intento di evitare che esse potessero essere considerate un fenomeno meramente empirico.

⁷² C. ANGELICI, voce *Società di fatto ed irregolare*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, vol. XXIX, p. 1; W. BIGIARI, *Società occulta, società palese, società apparente*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 528; F. GALGANO, *Società occulta*, cit., *ibidem*; ID., *Il fallimento delle società*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, vol. X, p. 1; ID., *Le società in genere – Le società di persone*, Milano, 2007, p. 496; G. ROMAGNOLI, *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Società*, 1999, p. 35; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., *passim*; P. SPERA, *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008, p. 7; M. VACCHIANO, *Il fallimento della società di fatto*, Milano, 2004, p. 7.

⁷³ V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 132, rileva infatti che "la base della distinzione non è tipologica".

Essa ha, in linea di principio, chiarito come il concetto di società di fatto attenga alla formazione del contratto di società, ricorrendo allorché due o più persone si comportino in fatto come soci, senza che tra di esse sia intervenuto un contratto di società, scritto od orale⁷⁴ che sia.

I soci, pur non avendo formalizzato un contratto di società, assumono un comportamento conforme, *per facta concludentia*, al paradigma normativo dell'art. 2247 cod. civ.⁷⁵; in giurisprudenza è ricorrente l'affermazione per cui l'elemento caratterizzante di tale società non è la mancanza del contratto sociale, bensì il modo di manifestazione e di esteriorizzazione dello stesso⁷⁶.

Il concetto di società di fatto deve inoltre ritenersi circoscritto al solo ambito delle società di persone⁷⁷, dal momento che il contratto, fuori dall'ipotesi di conferimento di immobili in proprietà o in godimento eccedente la durata di nove anni o a tempo indeterminato⁷⁸, si perfeziona senza la necessità della forma scritta.

⁷⁴ Sic F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 702.

⁷⁵ Trib. Roma, 9 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 787: "La società di fatto nasce quando tra due soggetti, in mancanza della formalizzazione dell'accordo, si costituisce il vincolo sociale, manifestato attraverso un comportamento concludente consistente nell'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili e con l'assunzione delle responsabilità inerenti".

⁷⁶ Assumono cioè importanza tutte le manifestazioni esteriori idonee a rivelarne l'esistenza: cfr. Cass. 22 febbraio 2000, n. 1961, in *Società*, 2000, p. 578; Cass. 7 maggio 1976, n. 1594.

⁷⁷ E così, infatti, ancora G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 17.

⁷⁸ F. GALGANO, *Società occulta*, cit., *ibidem*; affermazione ricorrente in giurisprudenza è infatti quella per cui "il conferimento di un bene immobile nel patrimonio di una società di fatto non può validamente avvenire per fatti concludenti ed esige invece la forma scritta ad substantiam, senza che assuma in contrario rilievo l'eventuale qualificazione del bene come strumentale..." (così App. Torino, 11 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, p. 648; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1613; Cass., 26 giugno 1990, n. 6491); cosicché "il conferimento di un bene immobile da parte di un socio di una società di fatto alla società, in mancanza di un atto formale, vale come conferimento non in proprietà, ma in uso, per cui è al valore d'uso che deve essere ragguagliata la liquidazione della quota chiesta, ex art. 2289 cod. civ., dal socio uscente" (Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1201; in *Società*, 1993, p. 1043).

Logico corollario di questa impostazione è che "Il contratto verbale costitutivo di una società di fatto con conferimento di beni immobili a titolo di proprietà per il raggiungimento dello scopo sociale (nella specie conferimento di un terreno allo scopo di costruire un fabbricato per la relativa vendita e divisione degli utili) è affetto da nullità, ai sensi dell'art. 2251 cod. civ. in relazione all'art. 1350 n. 1 cod. civ., comportando la causa in concreto del contratto di società e la natura del bene conferito che l'obbligo

Ciò che assume rilievo è il comportamento tenuto da parte dei soci, indipendentemente dall'aver pattuito alcun accordo, ove la loro condotta concreti l'esercizio in comune di un'attività conforme alla fattispecie di cui all'art. 2247 cod. civ.⁷⁹: è società di fatto quella in cui due o più soggetti esercitano in comune un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, senza aver stipulato alcun accordo espresso, scritto ovvero orale⁸⁰, né tacito; o meglio, potrebbe dirsi, essendo legati tra loro da un accordo che non è stato formalizzato per iscritto.

Si spiega, dunque, perché la dottrina abbia più volte sottolineato la matrice giudiziale dell'istituto in questione⁸¹, che fa sì, da un lato, che le criticità ad essa connesse emergano quasi esclusivamente nella fase patologica del rapporto societario⁸² e, dall'altro, che la questione principale da affrontare sia quella probatoria, consistente nell'accertamento circa la sussistenza del

della forma scritta per il negozio di conferimento degli immobili si estende al contratto sociale..." (Cass., 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1688).

Le rigorose conseguenze di tale principio sono però talvolta attenuate da parte minoritaria della giurisprudenza di merito: così Cass., 29 aprile 1982, in *Riv. dir. comm.*, 1984, p. 15, con nota di G. GIULIANI: "La nullità della clausola di conferimento del godimento di un immobile in società per un tempo indeterminato, non stipulata in forma scritta, importa la nullità dell'intero contratto sociale, soltanto nel caso in cui il conferimento dell'immobile sia, per sua natura, essenziale al raggiungimento del fine sociale, ovvero così rilevante da far ritenere che, in sua mancanza, la società non si sarebbe costituita. L'accertamento e la valutazione a tal fine compiuti dal giudice di merito non sono censurabili in cassazione, se adeguatamente e correttamente motivate".

⁷⁹ C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit.; V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 119; G. COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, Padova, 1994, p. 101; ID., *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273; R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., passim.

⁸⁰ V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 119; C. MOTTI, *Le vicende delle società di persone*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 67.

⁸¹ F. GUERRERA, voce *Società in nome collettivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, VIII, p. 941, sottolineando la natura giudiziale del fenomeno, che fa sì che la questione di diritto sostanziale si risolva in quella probatoria, avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza del vincolo intercorrente tra le parti.

⁸² F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 50-51: le problematiche relative a tali figure societarie si pongono infatti o (i) in sede di scioglimento della società o di liquidazione della stessa, richiesta da uno dei soci, o (ii) quando un creditore lamenti l'inadempimento di un'obbligazione e richieda il fallimento della compagine sociale che egli ritenga sussistente o ancora (iii) quando sia il curatore fallimentare di un'impresa individuale a chiedere l'estensione del fallimento a carico di un altro soggetto, ritenuto socio di una società di fatto insieme al soggetto già dichiarato fallito.

vincolo sociale tra le parti⁸³, che si presenta come simile per tutte le tipologie societarie qui rassegnate.

Concettualmente distinta dalla società di fatto è pertanto la società occulta, nella quale, come visto *supra*, il contratto sociale di norma esiste ed è spesso stipulato per iscritto⁸⁴: in tutti tali casi, perciò, la società occulta non può essere considerata società di fatto, poiché non manca un contratto sociale; così come, all'opposto, la società di fatto non sottende necessariamente un fenomeno di dissimulazione del vincolo associativo⁸⁵, ben potendo i suoi componenti agire all'esterno senza celare l'esistenza dello svolgimento comune dell'attività.

Può, invece, verificarsi il fenomeno della c.d. società di fatto occulta⁸⁶ allorché due o più persone assumano comportamenti di fatto riconducibili all'art. 2247 cod. civ., pattuendo al contempo di tenere occultato il vincolo sociale intercorrente tra esse⁸⁷; nella maggioranza dei casi, tuttavia, la società occulta sottende un contratto sociale, di cui la stessa clausola di occultamento costituisce parte integrante, e d'altro canto la società di fatto non implica, per sua natura, l'occultamento dell'esistenza della società, posto che i componenti della stessa ben potrebbero agire senza nascondere l'esistenza di un'attività comune⁸⁸.

⁸³ E ciò spiega ancora meglio il motivo per il quale spesso le fattispecie di cui si discorre siano confuse tra loro. Per società di fatto si intendono, infatti tutte quelle società – necessariamente, si è visto, a base personale – la cui esistenza non risulta comprovata dalle iscrizioni prescritte dal regime legale di pubblicità, e pertanto deve essere provata e ricostruita, in sede giudiziale, soltanto attraverso fatti concludenti.

⁸⁴ F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 702; per le peculiarità della società occulta, si veda *infra*, nel prosieguo del capitolo.

⁸⁵ G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 105, in nota.

⁸⁶ V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 133.

⁸⁷ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, cit., p. 63.

⁸⁸ G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 105, in nota: la società di fatto “non sottintende necessariamente un fenomeno di dissimulazione del vincolo sociale ed è ben possibile che i suoi componenti agiscano all'esterno senza celare l'esistenza di un'attività comune”.

2.1.2 Società apparente.

Ancora diverso fenomeno rispetto alla società occulta è quello della società apparente, cui qui si accenna soltanto, poiché esula dalla materia oggetto di studio.

Come ampiamente noto, infatti, la società apparente non esiste, come tale (e ai sensi dell'art. 2247 cod. civ.), nei rapporti interni tra i soci, ma si è esteriorizzata nei confronti dei terzi.

La giurisprudenza⁸⁹, con rare eccezioni⁹⁰, afferma cioè che quando due o più persone, pur non agendo tra loro come soci, operino tuttavia all'esterno come tali, inducendo nei terzi la legittima opinione che tra di loro intercorra un rapporto sociale, è possibile dichiarare, sulla base del principio dell'apparenza ed a tutela dei terzi venuti in contatto con quella che ragionevolmente poteva ritenersi una struttura sociale, il fallimento della società, considerata a tali effetti come realmente esistente⁹¹.

Per aversi società apparente, allora, è sufficiente che un rapporto societario, sia pure non realmente esistente, venga esteriorizzato, cosicché la

⁸⁹ V. BUONOCORE, *Le società, cit.*, p. 133, definisce tale società “figlia prediletta della giurisprudenza”; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, cit.*, p. 67, parla chiaramente, in proposito, di “creazione giurisprudenziale”; similmente V. FRANCESCHELLI, *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 164, nota a Trib. Milano, 19 giugno 1976 (peraltro una delle poche pronunce contrarie all'ammissibilità del fallimento della società apparente), che definisce la costruzione della giurisprudenza come “interessante caso di judge made law, posto in essere da giudici di civil law.... Esiste nella empiricità del mondo giudiziario una società apparente che è l'applicazione più macroscopica di una invocata teoria dell'apparenza....”.

⁹⁰ Si veda ad es. Trib. Milano, 25 giugno 1976, in *Giur. merito*, 1978, I, p. 578, con nota di M. TAMPONI, *Apparenza di società, e responsabilità di chi l'ha provocata*.

⁹¹ *E pluribus*, Cass. 28 marzo 1990, n. 2539, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1727; Cass. 12 marzo 1992, n. 3011, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce “Società”, n. 354; Cass. 9 giugno 1993, n. 6438, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 297 e in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 659; Cass. 12 settembre 1997, n. 9030, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce “Società”, n. 473; Cass. 26 luglio 1996, n. 6770, in *Studium juris*, 1996, p. 1411; Cass. 26 settembre 2003, n. 14338, in *Vita not.*, 2004, p. 341; Cass. 21 giugno 2004, n. 11491.

società sia, in qualche modo, dichiarata dagli apparenti soci nei rapporti intrattenuti con i terzi⁹².

La parte prevalente dei commentatori ha tuttavia negato che la società apparente sia assoggettabile al fallimento, osservando come l'invocata teoria dell'apparenza non sia a ciò sufficiente, potendo tutt'al più avere come effetto la responsabilità del socio apparente⁹³; lo stesso articolo 2082 cod. civ., nel definire la nozione di imprenditore, non concede alcuno spazio all'apparenza nell'esercizio, appunto effettivo, dell'attività di impresa; e la stessa dichiarazione di fallimento transita per l'accertamento della, di nuovo effettiva, qualifica di imprenditore commerciale⁹⁴.

⁹² F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 704.

⁹³ G. FERRI, *Le società*, cit., p. 63, sottolinea che il principio dell'apparenza mira alla tutela dei terzi che siano in buona fede ed il cui affidamento sia ragionevole, cosicché sarebbe difficile applicare una tale teoria nel campo societario, *“nel quale manca la possibilità di distinguere fra terzi e terzi, tra terzi il cui affidamento può essere ritenuto ragionevole e rispetto ai quali sia individuabile una posizione di buona fede e terzi il cui affidamento non sia ragionevole o che conoscano esattamente la inesistenza del rapporto sociale”*; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2004, p. 102; ID., *Manuale delle società*, Torino, 1988, p. 64, il quale piuttosto identifica la società apparente con la società di fatto, nel senso che *“se due o più soggetti tengono nei rapporti con i terzi determinati comportamenti, singolarmente voluti in quanto tali come atti di autonomia negoziale, e se questi comportamenti singolarmente o nel loro insieme sono qualificabili come quelli propri di un rapporto sociale, i soggetti in questione appaiono e sono effettivamente soci: si ha in tal caso una società, che non solo appare ai terzi, ma esiste anche di fatto tra le parti”*; V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 135, il quale fa altresì notare come *“il comparto societario è uno dei pochi, se non addirittura l'unico, nell'ambito del quale abbia trovato accoglimento il principio dell'apparenza, guardato altrimenti con diffidenza e da giudici e da autori...”*.

Per la soluzione favorevole a quella giurisprudenziale si veda F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, pp. 230 ss.; F. GALGANO, *Società occulta*, cit., pp. 706 ss., il quale inquadra la società apparente all'interno dello schema della simulazione dei contratti, ritenendo appunto che essa sia *“tecnicamente, una società simulata, retta dagli specifici principi della simulazione nei contratti”*; oggetto della simulazione sarebbe in questo caso il contratto di società, *“non già i singoli atti posti in essere in nome della società apparente”*, i quali vengono semmai in rilievo *“quali atti di esecuzione del simulato contratto di società, quali comportamenti concludenti rivelatori del tacito contratto intervenuto fra gli apparenti soci”*.

Come conseguenza di ciò, la società apparente ed i suoi soci sono assoggettabili a fallimento, sia pure con il contemperamento per il quale questi ultimi potranno contestare, ognuno nel fallimento personale, il credito del terzo, provando che egli era a conoscenza dell'accordo di simulazione.

⁹⁴ E si veda *infra*, in questo capitolo, § 2.3.

La configurazione della società apparente, come si avrà modo di vedere⁹⁵, ha infatti avuto origine in giurisprudenza da un utilizzo eterodosso del concetto di esteriorizzazione del rapporto sociale.

2.1.3 Società irregolare.

Come autorevolmente rilevato⁹⁶, la giurisprudenza confonde spesso i concetti di società di fatto e di società irregolare⁹⁷, nonostante le differenze sussistenti, sia sul piano concettuale che su quello normativo⁹⁸.

E' stato infatti evidenziato come, sin dall'epoca antecedente l'entrata in vigore del codice civile, fosse viva la tendenza a far coincidere il significato del termine "società di fatto" con quello di "società irregolare"⁹⁹; e

⁹⁵ Cfr. *infra*, § 3.

⁹⁶ V. BUONOCORE, *Le società, cit.*, p. 131. Tuttavia, si v. Cass. 29 ottobre 1997, n. 10965, in *Società*, 1998, p. 483, per la corretta distinzione che precisa come la società di fatto "esprime un modo di manifestarsi della volontà sociale, in assenza della esplicitazione di espresso accordo, che deve risultare dallo stesso esercizio di fatto, in comune, dell'attività economica".

Più recentemente, la Suprema Corte ha affermato che ciò che caratterizza la società di fatto propriamente detta, più che la mancanza del contratto sociale, sia il modo in cui esso si esteriorizza, assumendo rilievo le manifestazioni esteriori che ne evidenzino l'esistenza: così Cass., 22 febbraio 2000, in *Società*, 2000, p. 578.

⁹⁷ Si veda ad es. Cass. 15 marzo 1971, n. 722; Cass. 5 novembre 1977, n. 4709. E ciò, per quanto di interesse, si riverbera sul problema della società occulta, sia sulla figura, sopra ricordata, della società di fatto occulta sia per il caso in cui la società occulta – indipendentemente se sia anche società di fatto o meno - viene intesa come espressione sinonimica di società di fatto.

Anche in dottrina si è sostenuto di poter interpretare il concetto di società di fatto quale sinonimo di società irregolare, cioè di società non regolarmente costituita: così P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 656.

⁹⁸ Ancora V. BUONOCORE, *Le società, cit.*, *ibidem*, precisa, dal punto di vista normativo, che "mentre di società di fatto, di società apparente e di società occulta si può parlare con riferimento ad ogni tipo di società personale, alle sole società in nome collettivo ed in accomandita semplice, può riferirsi invece il concetto di irregolarità".

⁹⁹ Il problema a monte su cui la dottrina e la giurisprudenza si erano interrogate, sotto la vigenza del codice di commercio, riguardava il dilemma se considerare le società non registrate regolarmente come persone giuridiche, ovvero, a norma dell'art. 77 cod. comm., "enti collettivi nei confronti dei soci", ovvero come enti sprovvisti di alcuna autonomia patrimoniale (si v. G. BONELLI, *La teorica delle società irregolari*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 9), impostazione, quest'ultima, cui la giurisprudenza di inizio secolo scorso si rifece (cfr. Cass. Firenze 4 aprile 1907, in *Foro it.*, 1907, I, c. 758; Cass. Firenze 30 dicembre 1911, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 361).

ciò come culmine dell'orientamento legislativo che, già dall'Ottocento, era propenso a trattare con estremo sfavore le società non assoggettate al regime legale di pubblicità¹⁰⁰.

Se si assume che il concetto di società irregolare si riferisce alla società – a carattere personale ed esercente un'attività commerciale¹⁰¹ - per la quale non sono state adempiute le formalità pubblicitarie di cui all'art. 2296 cod. civ., allora può dirsi che la società di fatto costituisce un caso particolare di società irregolare¹⁰², ma non esaurisce le sue possibili manifestazioni, posto che società irregolare potrà aversi (e si parlerà anzi in tal caso di società irregolare in senso proprio) anche laddove un atto costitutivo sia stato redatto, ma le parti non abbiano provveduto alla sua registrazione¹⁰³.

Nella società di fatto, tuttavia, l'estrinsecazione dell'accordo con il quale si dà vita alla società non è presupposta, e vi soccorre l'esercizio, per il tramite di comportamenti concludenti, dell'attività economica in comune; nella società irregolare in senso proprio, invece, come appena visto, il

La prima posizione era invece sostenuta da quanti esprimevano la propria preoccupazione per la sorte dei creditori sociali, del tutto estranei alla mancata iscrizione della società, i quali avrebbero ciononostante subito il concorso dei creditori personali dei soci nel fallimento (per tale posizione, V. SALANDRA, *Le società irregolari nel diritto vigente*, Roma, 1935).

¹⁰⁰ Sic G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 4 e passim; V. BUONOCORE / G. CASTELLANO / R. COSTI, *Società di persone (Casi e materiali)*, I, Milano, 1978, p. 237.

¹⁰¹ V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 132; ciò non significa, ovviamente, che una società semplice non possa costituirsi *per facta concludentia*, ma semplicemente che, in tale caso, la disciplina da applicarsi ad essa non sarà quella della collettiva irregolare, ma quella della stessa società semplice, destinata ad operare come disciplina di riferimento per le attività non commerciali esercitate in forma collettiva: e v. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 63.

¹⁰² P. SPERA, *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008, p. 10.

¹⁰³ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., *ibidem*; G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 64 sottolinea infatti come nella società di fatto manchi non soltanto la pubblicità legale ma anche e soprattutto il contratto sociale.

Anche R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2035, distingue puntualmente tra le società irregolari, in quanto società contrattualmente costituite, ma non registrate, e società di fatto, che, se pure non registrate, si differenziano dalle prime perché si costituiscono senza un preventivo accordo.

contratto è stato redatto, mancando solamente la formalità dell'iscrizione nel registro delle imprese dello stesso.

Non è quindi esatto concludere che tutte le società irregolari siano necessariamente società di fatto, se alla prima fattispecie si affianchi immediatamente la disciplina di cui all'art. 2297 cod. civ., posto che – lo si è visto - una società semplice può ben costituirsi, ed è ciò che accade nella maggior parte dei casi, attraverso l'esercizio in comune di fatto di un'attività economica (non commerciale), ed essere dunque, sotto il profilo peculiare del modo di manifestazione del contratto sociale, una società di fatto.

E' parimenti vero, d'altronde, che una società (commerciale) di fatto sarà necessariamente assoggettata alla disciplina della società in nome collettivo irregolare: la natura dell'attività, da un lato, e la forma di manifestazione del contratto, dall'altro, consentono di tenere distinte queste due fattispecie le quali, seppure si intersechino sovente, non usufruiscono di un ambito applicativo identico.

2.2 Società occulta: la clausola di occultamento.

E' possibile passare a trattare adesso della fattispecie che qui maggiormente rileva, continuando ad evidenziare le peculiarità che essa possiede rispetto a quelle appena passate in rassegna e cercando altresì di individuare con maggiore precisione la fattispecie, e la relativa disciplina ad essa applicabile.

Si è detto, in primo luogo, che uno degli elementi che si riscontrano nell'ipotesi di società occulta¹⁰⁴ è rappresentato dall'accordo, che i

¹⁰⁴ Tale espressione si è imposta come quella corrente e diffusa per descrivere la fattispecie, sebbene la dottrina di epoca più remota preferisse talvolta parlare piuttosto di "società interna": cfr. L. MOSSA, *Società interna e responsabilità esterna*, cit., p. 29; G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., p. 206; e si veda anche A. NIGRO, *Il fallimento del socio*, cit., p. 146, in nota, per il richiamo a quella parte

soci stringono tra loro, di non rivelare all'esterno l'esistenza della società, ovvero dalla c.d. clausola di occultamento¹⁰⁵.

L'accordo potrà essere tacito, e si avrà allora una società di fatto occulta: in tal caso la qualifica di società di fatto e la connessa rilevanza dei comportamenti dei soci saranno riferiti tanto all'esercizio in comune di un'attività economica quanto al patto di non esteriorizzazione vero e proprio.

I due momenti sono infatti intimamente connessi, e l'accordo – o il comportamento concludente – avrà necessariamente ad oggetto entrambi: se così non fosse, non si avrebbe società occulta, ma solo società di fatto, mancando quel *quid pluris* dato appunto dal patto di non esteriorizzazione della società.

L'accordo inoltre potrà risultare anche da un atto scritto¹⁰⁶ (che sarà parimenti occultato) stipulato tra i soci, i quali pattuiscono espressamente di celare l'esistenza di una struttura sociale, della quale tuttavia convengono, limitatamente ai propri rapporti, la costituzione, prevedendo un patrimonio

della dottrina (G. FERRI, *Le società*, cit., p. 60) che riteneva più corretto l'utilizzo di tale denominazione per le società che escludessero la possibilità di un'azione esterna in comune, e nelle quali l'attività in comune si esaurisse nel regolamento interno dei rapporti tra i soci (ripartizione di spese, di produzione, cointeressenza). L'illustre autore distingueva dunque queste ultime dalle società occulte, o non manifeste, che si propongono l'esercizio di un'attività economica esterna.

¹⁰⁵ Sotto il vigore dei vecchi codici, la validità o meno di siffatta clausola costituiva il principale problema attorno a cui la dottrina si interrogava; successivamente essa si divise tra gli autori (L. MOSSA, *Società commerciali personali*, Padova, 1951; BRACCO, *Le società commerciali non manifeste*, Milano, 1938, p. 40) che ritenevano la clausola illecita ed improduttiva di effetti, poiché la società in quanto impresa non potrebbe vivere di vita esclusivamente interna, né la volontà dei soci potrebbe attentare agli effetti di carattere sociale della costituzione della stessa società, ed altra parte della dottrina (A. GRAZIANI, *La società non manifesta e la responsabilità verso i terzi*, in *Giur. comp. dir. comm.*, IV, p. 19; W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, cit., p. 18; ID., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 45) la quale qualificava la clausola come valida, ma priva di effetti, in quanto non varrebbe ad esimere la società occulta dalla responsabilità verso i terzi per le obbligazioni assunte dall'imprenditore individuale apparente.

Altri scrittori (A. ASQUINI, in *Foro it.*, 1948, p. 360; F. PESTALOZZA, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 233), ancora, opinavano invece nel senso della piena validità ed efficacia della clausola, cosicché non sussisterebbe alcuna responsabilità della società per le obbligazioni assunte dall'imprenditore individuale apparente.

¹⁰⁶ A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 14.

sociale costituito da quanto essi conferiscono e, soprattutto, stabilendo che le operazioni sociali siano poste in essere da uno solo dei soci.

Il patto di occultamento deve quindi necessariamente ricomprendere, come uno dei suoi momenti qualificanti, anche il patto di gestione, ovvero l'accordo che sussiste tra gli occulti sodali in ordine all'assegnazione, in capo ad uno solo di essi, dei pieni poteri di amministrazione e gestione della società, sulla scorta dei quali egli dovrà agire all'esterno, senza, ovviamente, rivelare l'esistenza della stessa¹⁰⁷.

Il dato qualificante del patto di occultamento si coglie, in conclusione, sia con riferimento al momento della (mancata) spendita del nome della società che alla decisione amministrativa, affidata nel momento dichiarativo-esecutivo all'imprenditore individuale apparente, ma che rimane appannaggio della collettività nel momento della decisione, e cioè in quello gestorio.

In altri termini, la decisione alla base dell'atto di impresa compiuto rimane appannaggio della collettività (in ciò ritrovandosi uno dei dati qualificanti la stessa comunanza di un'attività¹⁰⁸), è decisione in comune, laddove la dichiarazione viene espressa, in esecuzione del patto di occultamento, da solo imprenditore individuale apparente.

¹⁰⁷ W. BIGIAMI, *Società occulta*, cit., p. 3: *“Si ha società occulta quando la società non è menomamente apparsa all'esterno; quando, cioè, gli affari (attivi o passivi) della società stessa siano sempre negoziati da un singolo che agisce in proprio nome (e, naturalmente, per conto della società, della quale egli non rivela però l'esistenza).*

Sul punto si veda anche App. Venezia, 10 dicembre 2011, consultabile sul sito www.ilcaso.it, secondo cui *“Essenziale elemento costitutivo della società occulta è rappresentato dal patto di occultamento, in forza del quale i rapporti con i terzi, ancorché intrattenuti per conto della società, figurano posti in essere da uno solo dei soci che appare all'esterno titolare di un'impresa individuale dal punto di vista fattuale, sì che – allorché non sia dato desumere, dalla ricostruzione operata dal Tribunale, alcuna plausibile ragione, e tanto meno dimostrazione, dell'esistenza del patto di occultamento – deve revocarsi la sentenza dichiarativa di fallimento di una società occulta”.*

¹⁰⁸ Per l'approfondimento di tali considerazioni, si rinvia al terzo capitolo del lavoro.

La società occulta, allora, può essere sussunta a pieno titolo nella tematica delle società di fatto, se con tale locuzione si intende raggruppare tutte quelle società – necessariamente, si è visto, a base personale – la cui esistenza non risulta comprovata dalle iscrizioni prescritte dal regime legale di pubblicità, e pertanto deve essere provata e ricostruita in sede giudiziale.

Andando al di là di tale minimo comune denominatore (la cui importanza è tuttavia subito da sottolineare, soprattutto in chiave di ricostruzione probatoria¹⁰⁹ dei comportamenti concludenti da valutare in sede giudiziale), poi, è stato possibile individuare le differenze che intercorrono con le varie figure della società di fatto, della società apparente e della società irregolare.

La prima acquisizione, ad ogni buon conto, non deve essere preterita nello studio del fenomeno, in quanto di grande importanza pratica, sol che si pensi che l'accertamento del vincolo sociale tra le parti si presenta simile, in punto di valutazione di fatti e comportamenti obiettivi, per le fattispecie esaminate¹¹⁰.

¹⁰⁹ Punto che verrà affrontato nel terzo capitolo del lavoro.

¹¹⁰ Anche nel caso della società occulta, come subito si vedrà, si andrà alla ricerca del coinvolgimento di (pretesi) soci, per il tramite dell'insieme di prove, storiche e critiche, di cui la giurisprudenza è solita servirsi nella ricostruzione della fattispecie societaria.

Quella relativa alla società occulta è infatti stata definita giurisprudenza creativa di fatti debitamente provati, nel senso che il giudice non pronuncia un provvedimento creando una fattispecie non prevista dalla legge ma dà la sua interpretazione a dei fatti laddove li ritenga provati: così V. VITRÒ, *Le società di fatto. Profili sostanziali ed effetti del fallimento*, Milano, 2008, p. 99.

E si veda anche F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 51, ove si osserva come “l'indagine su queste figure ha, per questa ragione, una matrice tipicamente ed intrinsecamente giudiziale, in quanto si tratta di accertare, nel corso di un processo ordinario di cognizione o, più spesso, di una istruttoria prefallimentare, se sussista una società di fatto, apparente od occulta tra i soggetti indicati dal creditore come soci della stessa [...] il tribunale fallimentare è chiamato a valutare, nell'ambito di un procedimento sommario, se vi siano elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza di un patto societario.”

2.2.1 Gli elementi costitutivi: (i) conferimento di beni e servizi in un fondo comune.

Come già accennato, la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi del contratto di società viene in rilievo allorché i terzi intendano avvalersene per dimostrare che le obbligazioni contratte, in nome proprio, dall'imprenditore (apparentemente) individuale siano debiti di una società della quale egli è l'amministratore¹¹¹, onde poter invocare la responsabilità illimitata e solidale degli altri soci.

In tale situazione, si tratta di stabilire se da comportamenti di fatto tenuti dai (pretesi) soci e da altri elementi obiettivi si possa desumere l'esistenza del rapporto sociale – o meglio la sussistenza, in primo luogo, di una attività comune, accertata per il tramite di circostanze obiettive¹¹² - considerando e valutando una serie di finanziamenti, attività, pagamenti, prestazioni di garanzie e contegni concreti assunti dai vari soggetti nello svolgimento dell'attività sociale.

La prova della sussistenza di un rapporto sociale può ovviamente essere una prova storica, intendendosi con ciò il rinvenimento del documento contenente il contratto di società¹¹³, ovvero di un prospetto di divisione degli utili e delle perdite, o ancora di periodici conteggi in merito alla ripartizione di utili¹¹⁴, di decisioni in merito al compimento di talune operazioni con i terzi¹¹⁵;

¹¹¹ F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, in SCIALOJA – BRANCA, *Commentario alla legge fallimentare*, Bologna, 1997, p. 158.

¹¹² Tra le quali, appunto, spiccano, per la ricorrenza negli arresti giurisprudenziali, la costituzione di un fondo comune e le modalità con cui il preteso socio ha collaborato alla gestione dell'impresa comune: cfr. Cass., 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780; Cass., 11 novembre 1967, n. 2726, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 280; Cass., 27 gennaio 1964, n. 193, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 74.

¹¹³ F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 166.

¹¹⁴ F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 166.

¹¹⁵ F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 53, il quale sottolinea, tuttavia, l'eccezionalità di tali rinvenimenti, ritenuti dallo stesso A. "assai rari, per non dire inesistenti", poiché "di regola sono

tutti documenti dai quali è possibile desumere, in via diretta, l'esistenza di una struttura sociale occulta.

Molto più frequente, in realtà, è l'ipotesi che la prova del rapporto sociale sia data per il tramite di prove critiche, ritenute pienamente ammissibili secondo il costante orientamento giurisprudenziale¹¹⁶, secondo il quale la prova dell'esistenza di una società può essere fornita con qualsiasi mezzo previsto dall'ordinamento¹¹⁷: dunque documenti, testimoni e presunzioni semplici, a patto e condizione che esse siano, a norma dell'art. 2729 cod. civ., gravi, precise e concordanti¹¹⁸.

Il giudice, cioè, avendo acquisito la conoscenza di un fatto noto, per il tramite di fonti materiali di prova¹¹⁹, ne deduce l'esistenza di un fatto precedentemente ignorato, che consiste nel fatto da provare, sulla base di un ragionamento di tipo deduttivo¹²⁰.

portate all'attenzione del Tribunale quasi esclusivamente fattispecie in cui l'unico dato fattuale è costituito da indici esteriori solo indirettamente riconducibili alla volontà di associarsi".

P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive* in U. APICE (diretto da), *La procedura fallimentare*, Torino, 2010, II, p. 824, aggiunge a queste le ipotesi dell'esistenza di quietanze di riscossione di somme, lettere dei soci o del socio occulto dalle quali risulta il compimento di affari o il consenso ad affari svolti dal singolo per conto dell'intero gruppo, pur ammettendo che "*se, tuttavia, i soci hanno deciso di costituire una società facendo apparire all'esterno uno solo di essi oppure se una persona intende assumere la qualità di socio senza risultare all'esterno come tale per varie ragioni, è difficile che restino prove scritte dalle quali desumere il vincolo che li lega*".

¹¹⁶ Cass. 14 febbraio 2003, n. 2200, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1220; Cass. 14 agosto 1997, n. 7624, in *Fall.*, 1998, p. 1150, con nota di F. PATINI, *Prova e presunzione del vincolo sociale nelle società di fatto*; Cass. 26 marzo 1994, n. 2985, in *Fall.*, 1994, p. 845; in tal senso anche pronunce più risalenti, come Cass. 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 733.

¹¹⁷ Così F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 53; V. BUONOCORE, *Le società*, cit., p. 136.

¹¹⁸ Tra le molte, Cass. 20 gennaio 2006, n. 1127; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2363.

¹¹⁹ F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 167; F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 53, che sottolinea come il fatto secondario, o fatto noto, possa ritenersi acquisito "*anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione*".

¹²⁰ Naturalmente, le presunzioni da cui inferire l'esistenza del fatto da provare dovranno rispondere, come recita l'art. 2729 cod. civ., ai tre precisi requisiti (i) della gravità, il quale consiste nel legame di necessità causale – di grado probabilistico e non assoluto – che deve sussistere tra il fatto noto ed il fatto ignoto, (ii) della precisione e (iii) della concordanza.

Il primo dei fatti ignorati da provare¹²¹, da un punto di vista logico, consiste nel conferimento di beni e/o di servizi in un fondo comune, riferibile alla società.

Nella quasi totalità dei casi, ovviamente, un fondo comune – inteso come insieme di beni destinati funzionalmente all’attività di impresa - non esiste, e gli immobili messi al servizio dell’attività imprenditoriale risultano intestati all’imprenditore individuale.

Il fatto noto da cui la giurisprudenza prende spunto consiste generalmente nel sistematico sostegno finanziario¹²² offerto all’impresa da soggetti ad essa formalmente estranei¹²³, ovvero in prestazioni lavorative prestate da terzi; fermo restando che, solitamente, essa accoglie una nozione lata di conferimento, definito come ogni contributo che possa servire

¹²¹ Sic F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 167, richiamando, in verità, i termini adoperati dalla Corte di Cassazione.

¹²² Numerose sentenze della Suprema Corte in tal senso: ad es., Cass. 29 marzo 1994, n. 2685, in *Fall.*, 1994, p. 845; Cass. 26 marzo 1994, n. 2985, in *Giur. it.*, 1995, 1, p. 46, con nota di NTUK EFFIONG, *Brevi note in tema di società di fatto (tra coniugi)* e in *Dir. fall.*, 1995, p. 620, con nota di M. DI LAURO, *Finanziamento o conferimento pro socio? L’eterno dilemma*; Cass. 8 gennaio 1991, n. 84, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 649; per altri riferimenti, si v. F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 169. Si v. inoltre la più recente Cass. 16 marzo 2007, n. 6299, in *Rep. gen. Foro it.*, 2007, voce *Società*, n. 571, che parla di “*indici rivelatori quali le fideiussioni e i finanziamenti in favore dell’imprenditore, allorquando essi – ancorché riguardanti il solo momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società - siano, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto, ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell’attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali*”. In termini simili Cass. 14 febbraio 2007, n. 3271, in *Fall.*, 2007, p. 970, allineata sulla valorizzazione qualitativa, piuttosto che quantitativa, degli apporti, “*potendo pochi interventi di finanziamento o di prestazione di garanzie costituire un idoneo indice rilevatore del rapporto societario*”, in quanto “*la sistematicità non deve essere intesa in senso meramente quantitativo*”; e Cass. 14 febbraio 2003, n. 2200

In dottrina, d’altro canto, si è evidenziato come il rilascio di fideiussioni *omnibus* sia idoneo a dare vita ad una trasformazione del capitale di prestito in capitale di rischio, essendo qualificabile come conferimento (P. G. CASELLI, *Fideiussione e società di fatto*, in *Dir. fall.*, 1974, p. 1037); in argomento, si v. anche D. FINARDI, *Il fallimento in estensione: socio occulto di società palese, tra affectio societatis e affectio coniugalis*, in *Società*, 2009, p. 231.

¹²³ In particolare, si fa riferimento a (i) garanzie prestate a favore dell’imprenditore palese, (ii) concessione di finanziamenti a favore dello stesso, (iii) messa a disposizione di beni personali, (iv) prestazioni lavorative: cfr. F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 54.; si v. anche F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 713, il quale menziona anche “*sottoscrizioni cambiarie*” e “*pagamenti con danaro proprio nelle mani dei creditori dell’imprenditore palese*”.

all'attuazione del fine sociale¹²⁴, sì da ricomprendere al suo interno non solo l'apporto di danaro o di beni mobili ma anche di beni incorporali, di azienda, di crediti ed altri ancora¹²⁵.

Ciascuno di questi atti potrebbe, preso singolarmente, presentare una causa (legittima) propria, diversa da quella dell'apporto di capitale di rischio o di una prestazione d'opera in società¹²⁶ - e ciò anche nelle ipotesi più indagate, come la prestazione di garanzie reali o personali in favore dell'imprenditore e la concessione di finanziamenti in denaro allo stesso -, cosicché il carattere di conferimento viene ricercato in alcune "deviazioni" dallo schema tipico della fattispecie, tali da giustificare una qualificazione diversa¹²⁷ dell'atto in questione.

Molto spesso, peraltro, la giurisprudenza finisce con il considerare il finanziamento come prestazione a titolo di conferimento, facendo discendere tale qualifica dalla presenza degli altri elementi di cui è necessario parimenti fornire la prova, ovverosia l'*affectio societatis* e la partecipazione ad utili o perdite¹²⁸.

¹²⁴ Si veda ad es. Cass. 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 733: "Il concetto di apporto del socio alla società va inteso in senso ampio, sì da comprendere ogni contributo che [...] possa servire all'attuazione del fine sociale, per cui deve essere riconosciuto il carattere di contributo in senso societario a quelle prestazioni mediante le quali viene provocato il reperimento a favore della società di danaro liquido e l'acquisto di merci per l'attività sociale".

¹²⁵ G. GIORDANO, *Conferimento, fideiussione e confusione di patrimoni*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, p. 155.

¹²⁶ F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 55.

¹²⁷ Nel caso dei finanziamenti, per esempio, si dà rilievo alla loro sistematicità, intesa, in senso lato, non solo come ripetitività costante nel tempo, ma risiedente anche nella decisività ai fini della gestione aziendale (perché effettuati in momenti importanti della stessa); così come, se trattasi di fideiussioni, viene in rilievo l'esclusione del diritto di regresso del garante: così Cass. 26 marzo 1994, n. 2685, cit.; e si v. inoltre F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, cit., p. 173 per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹²⁸ E si v., per una critica e per l'affermazione della necessità che i requisiti siano riscontrati in maniera autonoma, pur dovendo essere unitariamente considerati, D. TESTI, *Quando il finanziamento può dirsi conferimento*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 733.

Particolare importanza assume poi l'accertamento dell'esistenza di tale fondo comune, soprattutto ai fini della discriminazione della società dall'associazione in partecipazione, in quanto "l'associazione in partecipazione si distingue dalla società per la mancanza di un autonomo patrimonio comune, risultante dai conferimenti dei singoli soci, nonché per l'assenza di una gestione in comune dell'impresa per

Tali considerazioni traggono spunto dal dettato normativo dell'art. 2253 cod. civ., che non individua espressamente l'oggetto dei conferimenti, ma si limita a stabilire semplicemente che essi debbono essere idonei al raggiungimento dell'oggetto sociale; da ciò si è dedotto che la legge lascia spazio all'apporto di qualsivoglia utilità, purché economicamente apprezzabile¹²⁹.

Anche per tale motivo si è osservato come il rapporto tra i conferimenti e la prova di una società di fatto sia spesso rovesciato, e proceda non nel senso di dedurre l'esistenza della seconda dall'accertamento dei primi, ma in quello di considerare quali conferimenti le utilità economiche apportate ad una fattispecie di attività imprenditoriale qualificata come societaria¹³⁰.

Simili considerazioni spiegano, altresì, il motivo per cui il concetto di fondo o patrimonio comune sia stato valutato in maniera elastica, posto che un vero e proprio capitale potrebbe anche inizialmente mancare nelle società, se uno o più soci si limitino ad assumere l'obbligo di eseguire il conferimento¹³¹; beninteso, non nel senso che possa perdurare la mancanza

assumere l'associante l'intera responsabilità verso i terzi con solo controllo da parte dell'associato" (Cass. 21 ottobre 1981, n. 5518, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 441).

La necessità di tale accertamento è evidenziata anche dalla rilevazione secondo cui, se pure nella società non si viene a formare un fondo comune, c'è comunque un impegno a riconoscere un vincolo di destinazione, una funzionalizzazione di mezzi o strumenti idonei al raggiungimento di un obiettivo la cui utilità nel suo complesso avvantaggia la pluralità di soggetti che vi partecipano.

D'altro canto, il riconoscimento della sussistenza del requisito del conferimento di beni o servizi in un fondo comune, spia principale dell'esercizio di un'attività sociale, serve anche per delimitare la fattispecie societaria da quella della comunione, soprattutto nel caso più frequente nella pratica, ovvero allorché più soggetti si trovino in condizione di contitolarità di un'azienda.

In tale caso, la questione più delicata attiene alla verifica delle condizioni in presenza delle quali una situazione di contitolarità di un complesso aziendale possa integrare le caratteristiche di un'attività comune nella quale sia ravvisabile la fattispecie societaria: cfr. P. FERRERO, *Comunione incidentale di azienda e società di fatto*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 246.

¹²⁹ Cfr. sul punto A. BARBIERI, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fallimento*, 2008, p. 918.

¹³⁰ Così C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit. p. 4.

¹³¹ E infatti si veda D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 435: "Un tale fondo, una tale cassa, non possono tuttavia, come si è giustamente sottolineato, dirsi essenziali per l'esistenza di una società. Non solo infatti sono configurabili società

della predisposizione di una serie di strumenti per l'esercizio in comune di un'attività economica, che altrimenti non sarebbe neanche configurabile una fattispecie di tipo societario¹³².

2.2.2 (ii) partecipazione dei soci ad utili e perdite (c.d. alea comune); (iii) la prova del rapporto sociale (c.d. affectio societatis): elementi indiziari (finanziamenti, garanzie).

A dimostrazione di quanto si è appena detto, l'accertamento del conferimento di beni o servizi assorbe, nella considerazione dei giudici, quello del requisito della partecipazione agli utili e alle perdite, considerato come naturale corollario di quello.

Per ciò che attiene, più specificamente, al primo aspetto, il ragionamento più frequente riscontrato negli arresti giurisprudenziali è il seguente: una volta accertato che un soggetto ha eseguito delle prestazioni qualificabili come conferimento all'interno di un fondo comune, è legittimo ritenere, in mancanza di puntuali comportamenti in grado di escluderlo¹³³, che

con soli apporti di servizi, in cui pertanto la formazione del fondo è necessariamente esclusa, ma anche nelle società con conferimenti in denaro o in natura l'esistenza di un fondo è solo eventuale: i soci non sono infatti immediatamente obbligati, all'atto della costituzione della società, a eseguire i conferimenti pattuiti, potendo tale esecuzione essere rinviata al momento in cui si riveli necessaria per il proseguimento dell'attività sociale".

¹³² Cfr. M. VACCHIANO, *Il fallimento della società di fatto*, cit., p. 49; e per l'affermazione della centralità dei conferimenti e del patrimonio sociale sia nelle società regolari che irregolari, si veda Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, p. 1993, in *Dir. fall.*, 1993, p. 789.

¹³³ F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 58, cita un arresto emblematico sul punto (Trib. Roma 27 aprile 1979, in *Fall.*, 1980, p. 365), nel quale la qualifica di socio di fatto di un soggetto era esclusa a causa del fatto che questi aveva preteso "puntuali ed integrali restituzioni delle somme erogate, in modo tale che le perdite dell'attività sociale finissero col ricadere tutte sulle fallite, proprio in ragione del fatto che in tal modo non vi era stata alcuna condivisione delle perdite e dunque alcun rapporto societario".

Più in generale, costituiscono elementi in grado di rivelare la natura di finanziamento piuttosto che di conferimento *pro socio* l'ammontare e la frequenza delle operazioni poste in essere e l'omessa fissazione delle modalità e dei termini di restituzione delle somme, l'indeterminatezza della durata delle fidejussioni, la natura stabile e duratura della disponibilità delle somme da parte del finanziatore (così

egli abbia l'intenzione di trarre da tale investimento le utilità che esso è suscettibile di produrre per il tramite dell'attività economica esercitata.

Viene dunque accolta dalla giurisprudenza una nozione di utile abbastanza lata, tale da comprendervi non solo un incremento pecuniario diretto, ma anche ogni altro "ritorno" economico, o realizzazione di un vantaggio patrimoniale a beneficio del soggetto¹³⁴.

Similmente è a dirsi per quanto riguarda il requisito della c.d. *affectio societatis*¹³⁵, consistente nella volontà di collaborare in qualsiasi modo¹³⁶ all'esercizio in comune di un'attività economica avente scopo di lucro, ovvero

Cass., 14 febbraio 2003, n. 2200, in *Fallimento*, 2003, p. 580); ancora, la mancata previsione di un compenso per gli interventi e l'insussistenza di una giustificazione causale nella continuità dei finanziamenti fatti da uno stesso soggetto a beneficio della medesima attività imprenditoriale, laddove qualificabile come collaborazione per il conseguimento di scopi sociali (Cass., 22 marzo 2001, n. 4089, in *Fallimento*, 2002, p. 151; Cass., 27 novembre 1997, n. 1195, in *Fallimento*, 1998, p. 985); il numero di istituti di credito nei confronti dei quali l'impresa aveva delle posizioni passive a cui uno stesso soggetto presta delle fidejussioni (Trib. Roma, 24 marzo 1997, in *Fallimento*, 1997, p. 1243).

¹³⁴ Dunque anche in un semplice risparmio di spesa, come evidenziato da Cass., 6 agosto 1979, n. 4558, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2256, con nota di P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema dell'impresa*. Il caso specifico concerneva il vantaggio economico derivante ai soci dall'esercizio stesso della funzione creditizia che la società esercitava nei loro confronti, facendo sì che essi riuscissero ad ottenere, per effetto dell'attività di intermediazione nel credito, una serie di mutui a condizioni vantaggiose destinati al finanziamento delle proprie personali attività economiche.

Chiaramente, ai fini della sussistenza del requisito in parola sarà necessaria un'analisi dei rapporti bancari e dei proventi derivanti dalle attività professionali dei singoli presunti soci.

¹³⁵ Va fin d'ora specificato (sia pure con l'avvertenza che si tratta di un discorso che verrà ripreso nel prosieguo dello scritto) come sia possibile ritrovare una spiegazione del pleonaso di tale requisito soprattutto in ciò che esso viene inteso in maniera abbastanza desueta dalla giurisprudenza, ancora tendente ad associare alla fattispecie societaria, ed a qualificarne l'attività comune, in un'effettiva collaborazione fattuale tra i pretesi soci, in un "fare tutti assieme", in un coinvolgimento, ancora, personale del singolo socio nella concretezza dell'attività imprenditoriale, laddove invece il *proprium* della partecipazione ad un'attività sociale va ricercato piuttosto nella funzionalizzazione di decisioni e dichiarazioni, e, meglio, nella realizzazione, per il tramite di queste ultime, di decisioni assunte in comune; ciò che fa sì, ancora, che il dato qualificante della partecipazione sociale debba essere colto su di un piano squisitamente oggettivo, a partire da un complesso di decisioni volte ad organizzare e coordinare i rapporti giuridici concernenti i diversi fattori della produzione e cogliendone la peculiarità come vicenda gestoria. Per uno spunto in tal senso, M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2008, p. 56.

¹³⁶ Sono stati qualificati come sintomatici dell'esistenza dell'*affectio societatis*, tra gli altri, (i) l'esercizio di poteri direttivi nei confronti del personale ovvero di (ii) poteri di gestione sull'andamento dell'impresa, o ancora (iii) la richiesta di informazioni sulle sorti dell'attività di impresa.

– il che è sostanzialmente equipollente - nell'intento di partecipare alla gestione ed all'andamento della vita sociale¹³⁷.

Anche tale elemento – che, conviene dire sin d'ora, dietro la tralatizia vetustà del concetto è possibile tradurre, più modernamente, in funzionalizzazione di decisioni e dichiarazioni ad uno scopo precostituito¹³⁸ - viene sovente presunto esistente¹³⁹ per il sol fatto dell'aver effettuato un conferimento nella società, salvo che si tratti di rapporti familiari, per i quali la dimostrazione del requisito sarà più rigorosa, essendo ragionevole presumere, in mancanza della contraria dimostrazione, che in tali casi le prestazioni eseguite a favore dell'imprenditore palese siano sorrette dalla diversa causa dell'*affectio familiaris*¹⁴⁰; cosicché l'accertamento più difficile in materia consiste proprio nel rinvenire il discrimine tra la volontà di prestare ad altro familiare un'assistenza materiale e morale e la diversa volontà di contribuire allo svolgimento di un'attività economica ai fini della compartecipazione al lucro da essa derivante¹⁴¹.

¹³⁷ La giurisprudenza ha peraltro formulato una definizione dell'*affectio societatis* che si staccasse dall'elemento soggettivo e individuasse oggettivamente il vincolo di collaborazione ai fini dell'attività economica: cfr. Cass., 7 marzo 1984, n. 1573, in *Società*, 1984, p. 244.

¹³⁸ Nella (talvolta generica, talaltra superficiale) enunciazione di questo requisito, infatti, la giurisprudenza si rivela ancora legata alla concezione, oggi recessiva, della società-sodalizio, laddove elemento qualificante si rivela appunto, come si vedrà anche nella norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall., quello della funzionalizzazione di decisioni e dichiarazioni ad un interesse collettivo.

¹³⁹ F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 712, lo definisce “*alla prova dei fatti affatto pleonastico*”, in quanto “*esso non viene mai accertato in positivo*”.

P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1979, p. 797, lo definisce “*formula di dubbia utilità*”.

¹⁴⁰ La prassi giurisprudenziale è infatti nel senso di qualificare come sussistente tale requisito in presenza di un qualsivoglia conferimento: ad es., si v. App. Bari, 18 ottobre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 827, secondo il quale “*non ricorrendo pacificamente lo spirito di liberalità, l'apporto in questione non può essere stato motivato, attesa l'inesistenza di rapporti familiari o di particolare affettività, se non dall'affectio societatis al fine di partecipare agli utili e alle perdite dell'attività commerciale*”; Cass. 2 aprile 1999, n. 3163, in *Fallimento*, 2000, p. 606, con nota di G.M. ZAMPERETTI, *Società di fatto ed evoluzione della famiglia*; da ultimo Trib. S.M. Capua Vetere, 10 luglio 2007, in *Società*, 2009, p. 231, con nota di D. FINARDI.

¹⁴¹ Paradigmatico è, ad esempio, il caso del figlio che finanzia l'impresa dei genitori, non qualificabile per ciò solo come socio di fatto di questi ultimi da Trib. Sala Consilina, 31 maggio 2001, in *Fallimento*, 2002, p. 345.

2.3 La qualifica dell'imprenditore individuale apparente.

La dottrina ha riposto grande attenzione sulla figura dell'imprenditore individuale apparente, l'«*individuo isolato*»¹⁴² con il quale i terzi hanno negoziato.

In particolare, il fallimento della società occulta è stato dalla dottrina giustificato, soprattutto a partire dall'entrata in vigore del codice civile del 1942¹⁴³, sulla base della qualifica del socio che avesse agito per conto della società: a quest'ultimo si è guardato, infatti, come organo della società¹⁴⁴ o come institore segreto¹⁴⁵, ovvero, come prima ricordato, si è proposta l'applicazione analogica dell'art. 147 l. fall. - che prevede il fallimento del socio occulto di società palese¹⁴⁶ - al caso del socio occulto di società occulta¹⁴⁷, accomunato al primo da un'identità di *ratio*; ancora, si è sostenuto che la presenza nella realtà di un'impresa sociale non potrebbe essere cancellata per la mera volontà dei soci di non subire gli effetti di tale situazione¹⁴⁸.

¹⁴² W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, cit., p. 2.

¹⁴³ Nella vigenza del codice di commercio, infatti, l'opinione maggioritaria era nel senso di ritenere che delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi dovesse rispondere solo il socio che avesse agito a nome proprio, mentre la società occulta (o interna) doveva considerarsi società civile: si v., per tutti, T. ASCARELLI, *Manifestazione ai terzi e contratto di società commerciale. Responsabilità del falsus socius. Società e associazione*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 377.

Per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia al lavoro monografico di A. NIGRO, *Il fallimento del socio*, cit., p. 147, in nota.

¹⁴⁴ V. SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1948, p. 173.

¹⁴⁵ W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, cit., p. 18: ciò consentirebbe ai terzi di agire contro la società preponente sulla base dell'art. 2208 c.c.

¹⁴⁶ Ovverosia di un socio sulla cui responsabilità i terzi venuti a contatto con la società potrebbero non aver fatto per nulla affidamento.

¹⁴⁷ Il riferimento è ovviamente all'opera di W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; ID., *Difesa dell'imprenditore occulto*, cit.

¹⁴⁸ L. MOSSA, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 1957, p. 370 ss.

3. Cenni sulla storia giurisprudenziale della società occulta. La valutazione degli interessi rilevanti nell'analisi della giurisprudenza. Dall'esteriorizzazione all'apparenza di società: i rapporti interni ed i rapporti esterni.

I. Si rivela a questo punto opportuno, rispetto all'analisi che si sta svolgendo, l'interrogativo sulla concreta rilevanza degli interessi sottesi all'analisi giurisprudenziale in materia di società occulta e di mancata esteriorizzazione del vincolo sociale – come si è visto, il *proprium* del fenomeno -, ciò che è indispensabile laddove, come in questo caso, si affronti un fenomeno tipicamente giudiziale.

In altre parole, si tenterà (i) di comprendere e di soppesare, nei limiti imposti dalla parziale inconferenza di tale aspetto rispetto all'argomento principale di cui ci si occupa ed in parallelo con l'evoluzione della normativa in materia, la rilevanza degli interessi coinvolti, e dunque principalmente quelli dei terzi creditori, rispetto al fenomeno qui esaminato¹⁴⁹ - ciò risulterà utile anche ai fini della valutazione dell'impatto della novella legislativa, ed a quelli della (tentata) comprensione della stessa¹⁵⁰ -; ed altresì (ii) di comprendere la differenza tra il concetto di spendita del nome e quello, di matrice

¹⁴⁹ Appare utile, dunque, cercare di comprendere sia (i) se la giurisprudenza si sia trovata a dover "inseguire" un debitore del quale si supponeva la collettività che (ii) se essa si sia occupata di abusi, da parte dei soci, della struttura sociale stessa, ed analizzare in quest'ottica il pregiudizio che da una soluzione piuttosto che da un'altra potrebbe derivare ai creditori dell'apparente imprenditore individuale.

¹⁵⁰ Con un'avvertenza: spesso nelle pagine che seguono si parlerà - in apparente contrasto con la critica precedentemente fatta all'imprecisione del linguaggio ed alla confusione tra concetti limitrofi ma distinti - di società di fatto, e ciò proprio a causa della già ricordata tendenza giurisprudenziale a ad accomunare sotto l'etichetta di società di fatto una serie di fattispecie non totalmente coincidenti tra loro: così, ancora, F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 48: "Non è infrequente, in giurisprudenza, l'utilizzo dell'espressione "società di fatto" come sinonimo di società occulta e di società apparente...".

In ogni caso, l'attenzione sarà ovviamente rivolta principalmente alla fattispecie di società esistente ma non esteriorizzata.

prettamente giurisprudenziale, di esteriorizzazione del vincolo sociale¹⁵¹, sviluppatosi negli arresti giurisprudenziali, come vedremo, quale alternativa al criterio più rigoroso, nella veste di tutela delle pretese creditorie meritevoli e, ad un tempo, di argine a quelle abusive.

II. Nel diritto moderno, è stato affermato, la problematica delle società di fatto è costituita perlopiù dalle questioni attinenti alla prova del rapporto sociale a vantaggio dei creditori¹⁵².

Il problema principale che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare in tale ambito ha riguardato, come è ovvio, la possibilità di sottoporre a procedura fallimentare l'ente societario¹⁵³.

La salvaguardia dei creditori della società di fatto è passata, in un primo periodo (che può farsi coincidere, con qualche approssimazione, con la vigenza del codice di commercio del 1882¹⁵⁴), dal concetto di esteriorizzazione del vincolo sociale; il fondamento della pretesa dei terzi di poter contare sulla responsabilità e sull'eventuale fallimento di società di fatto fu in principio dunque ancorato al criterio della spendita del nome¹⁵⁵,

¹⁵¹ Ciò che è utile poi per distinguere le decisioni che individuano vere e proprie società occulte da quelle in cui si può parlare di una esteriorizzazione, sebbene in qualche modo avvenuta, sfuggita in un primo momento e che dunque rientra in una delle categorie sopra individuate in cui si manifesta il fenomeno dell'individuazione successiva del carattere sociale di un'impresa.

¹⁵² G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit. p. 22, che nota anche come anticamente fu la finalità di repressione di abusi commessi in danno dei soci da parte di società "fantasma" contratte *re o verbis* a spingere il legislatore francese del 1673 con l'*Ordonnance du commerce* a comminare la nullità della società che non avesse sottoposto il proprio atto costitutivo al regime di pubblicità prescritto.

¹⁵³ La Suprema Corte ha ritenuto che "*la domanda di accertamento dell'esistenza di una società di fatto tra imprenditore fallito ed altri non rientra nella competenza esclusiva del tribunale fallimentare ed è pertanto proponibile al di fuori della procedura concorsuale*" (Cass. 27 aprile 1973, n. 1150, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3158).

¹⁵⁴ Il quale, come è noto, disponeva, all'art. 98, che i soci, gli amministratori e tutti coloro che agiscono in nome della società rispondevano in solido per le obbligazioni assunte in nome della società irregolare.

¹⁵⁵ G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 24, aggiungendo che tale criterio "*nel contempo si pose anche come il limite oltre il quale non potè venire concessa la salvaguardia dell'interesse dei terzi creditori*".

seppure, come appena ricordato, declinato secondo la particolare forma dell'esteriorizzazione¹⁵⁶.

L'esteriorizzazione rappresentò infatti un temperamento del rigore formalistico conseguente alla stretta adozione del principio della spendita del nome, il quale cominciò ad essere considerato un elemento non (più) sufficiente per fondare la prova dell'esistenza di un rapporto sociale¹⁵⁷.

L'applicazione della regola della spendita del nome subì quindi delle modifiche nell'ambito delle società di fatto, assumendo delle caratteristiche particolari, legate alle difficoltà di ordine probatorio correlate alla dimostrazione dell'effettiva esistenza di una collettività operante in maniera eterodossa, ovvero della esistenza di ulteriori soci partecipanti alla stessa; di talché il problema della mancata spendita del nome (inteso, in senso stretto, quale il comportamento di chi utilizzi in maniera aperta e solenne il nome formale della società nel compimento delle varie attività negoziali inerenti all'attività di impresa) fu superato attraverso la ricerca di diversi fatti di esteriorizzazione in grado di provare altrimenti la sussistenza del rapporto sociale¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Sempre G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 26, parla in proposito di “un adattamento e un perfezionamento della spendita del nome”, in grado di offrire “pericoli minori di coinvolgimento di terze persone in responsabilità sociali”, “idonea piuttosto a evitare soluzioni puramente nominalistiche e formalistiche ricollegabili alla semplice spendita del nome”.

¹⁵⁷ Cosicché la giurisprudenza ritenne necessari dei comportamenti *uti socii* che apparissero, dal punto di vista oggettivo, come veri e propri fatti sociali.

Del resto, è stato osservato che sarebbe contraddittorio con la definizione stessa di società di fatto intendere il requisito dell'esteriorizzazione come spendita del nome sociale, in quanto ciò significherebbe escludere del tutto la possibilità stessa di un rapporto societario riconoscibile e ricostruibile sulla base della sua concreta attuazione e non per il tramite di dichiarazioni negoziali: così C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit. p. 3.

¹⁵⁸ Così ad esempio Cass., 28 maggio 1937; Cass., 14 febbraio 1957, n. 548, in *Dir. fall.*, 1957, p. 361, con nota di J. PIROTTI, *L'esteriorizzazione come requisito essenziale dell'esistenza della società*; Cass. Regno, 9 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, p. 961, con nota di V. SALANDRA, *Società irregolari e pubblicità di fatto*.

La giurisprudenza richiese, ai fini dell'estensione del dissesto sociale nei confronti di ulteriori soci, la sussistenza di comportamenti, di coinvolgimenti diretti in attività negoziali comuni¹⁵⁹.

Sin da allora, in altre parole, si manifestò una tendenza all'analisi oggettiva del fenomeno¹⁶⁰, prendendosi in considerazione il significato di determinati comportamenti da cui potesse desumersi il c.d. agire societario¹⁶¹, collocandosi in primo piano i fatti ed i comportamenti derivanti dall'esercizio di un'attività economica comune.

In tale contesto, particolare rilevanza venne data (trattandosi qui di rapporti esterni) all'attività negoziale svolta dai soci.

La funzione del citato requisito (che, si ripete, esso mantenne *grossomodo* fino all'entrata in vigore del codice civile, ma i cui effetti, almeno indirettamente, è dato tuttora cogliere), come si vedrà, fu quella di contemperare due esigenze tra loro contrapposte: quella, espressione del ceto creditorio, di non subire nocumento per comportamenti fraudolenti dei soci e quella di impedire il coinvolgimento di soggetti estranei nelle procedure fallimentari, per il tramite di inferenze probatorie sommarie¹⁶².

¹⁵⁹ Si giunse per tale via a ritenere che la responsabilità effettiva verso i terzi non fosse riconducibile soltanto ad una spendita del nome della società, ma che dipendesse da uno di quei comportamenti in grado di rivelare quella particolare spendita del nome dalla giurisprudenza chiamata esteriorizzazione: così ad esempio ancora, molti anni dopo, Cass., 4 ottobre 1978, n. 4412: “*In materia di società di fatto non occorre, ai fini della responsabilità dei soci, che le manifestazioni esteriori atte a provare di fronte ai terzi l'esistenza della società assurgano alla spendita della ragione sociale, essendo invece sufficiente che il comportamento univoco di chi agisce per la società si manifesti verso i terzi in modo tale da generare in essi, secondo i criteri correnti nella vita degli affari, il ragionevole convincimento di una attività spiegata quale socio della società e nell'interesse della stessa...*”

¹⁶⁰ C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 2; G. MARZIALE, *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 597.

¹⁶¹ Ovvero il compimento di operazioni che riproducano, nei rapporti esterni, quei comportamenti che normalmente soltanto un vero socio assume nello svolgimento dell'attività sociale: cfr. G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 55, e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁶² Fu proprio a causa di quella che è stata definita una “*impossibilità pratica, per i terzi creditori, di provare la conclusione del contratto sociale*” che la giurisprudenza finì con il ritenere necessaria una combinazione tra attività negoziali e comportamenti materiali, da valutare quali indizi: G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 25; e si veda infatti App. Roma, 27 febbraio 1936, in *Dir. Fall.*, 1936, p. 1124.

Si richiese perciò, da parte dei giudici, una prova basata su comportamenti e fatti in grado di essere valutati come operazioni poste in essere *uti socius* dal soggetto agente, nei confronti del quale le pretese creditorie venivano avanzate, con una soluzione che può essere definita mista rispetto, da un lato, al rigore formale del criterio legato alla spendita del nome e, dall'altro, all'eccessiva ampiezza del criterio economico-sostanziale relativo al concreto agire come socio.

Senonché, tale peculiare atteggiarsi della spendita del nome, nato per (contemperare la) tutela dei creditori, finì con il generare un ricorso sempre più frequente alla teoria dell'apparenza giuridica, con una conclusione che, seppure non condivisibile, possedeva una sua logica dal punto di vista della tutela che si tentava di apprestare¹⁶³.

Ecco allora che la regola dell'apparenza, corollario di quella dell'esteriorizzazione¹⁶⁴, nonostante le innegabili differenze che la separavano da questa (mettendo la prima al centro il dato soggettivo della buona fede dei terzi creditori e la seconda una serie di manifestazioni obiettive dell'esistenza di un'attività sociale), si sovrappose ad essa e la assorbì, dando alla luce quella "creatura giurisprudenziale" che porta il nome di società apparente¹⁶⁵.

¹⁶³ G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 67, il quale fa notare come "in quel primo tempo, la giurisprudenza, dal canto suo, dette credito alla teoria dell'apparenza soltanto al fine – giova ripeterlo – di consentire ai terzi, che avessero fatto conto sulle manifestazioni univoche e concludenti, di considerarsi al sicuro dalle contestazioni dei pretesi soci fondate sulla inesistenza o su una diversa configurazione o conformazione del vincolo sociale interno e volte a contrastare l'originaria chiara e inequivoca manifestazione...".

¹⁶⁴ O meglio, nata per evitare che i pretesi soci potessero contestare vittoriosamente i fatti costitutivi di esteriorizzazione opponendo una loro diversa volontà esterna.

¹⁶⁵ E' così dato di distinguere tra due diverse concezioni di apparenza, di cui una ancora ricollegata alle regole dell'esteriorizzazione, e l'altra, su cui è poi fondata l'assoggettabilità a fallimento della c.d. società apparente, ossia della società che appare all'esterno ma non è una vera società, per la quale i comportamenti dei pretesi soci diventano rilevanti solo in quanto idonei ad indurre i terzi nel convincimento dell'esistenza di un rapporto sociale, e non, come invece vorrebbe la regola dell'esteriorizzazione forgiata dalla giurisprudenza, perché ai fatti e comportamenti stessi possa riconoscersi un'obiettiva attitudine a rivelare l'esistenza di un vincolo sociale.

III. Per ciò che poi, più specificamente, attiene al problema dell'estensione del fallimento ai soci rimasti occulti, a partire dal quale, come è noto, si è sviluppato il discorso relativo al fallimento della società occulta in senso stretto, va notato innanzitutto come esso abbia costituito un meccanismo messo a punto dall'opera giurisprudenziale, vigente ancora il codice di commercio¹⁶⁶, in quanto legato, sin dalle sue origini, alla difficoltà pratica di pervenire, al momento della dichiarazione di fallimento della società, all'identificazione completa di tutti i supposti soci che si fossero esteriorizzati.

Tale meccanismo, definito come intuizione della giurisprudenza¹⁶⁷, non mancò di essere criticato¹⁶⁸, in quanto la lettera dell'art. 847 cod. comm.,

Osserva infatti G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 100, che “l'apparenza tout court applicata alle società di fatto presenta quindi caratteristiche diverse dall'esteriorizzazione-apparenza fondata su un diverso e particolare meccanismo e su distinti presupposti: tra i quali fa spicco il ruolo che giuoca l'esteriorizzazione nel mettere in ombra l'aspetto soggettivo, cioè la buona fede dei terzi [...]”.

Si veda anche F. GUERRERA, voce *Società in nome collettivo*, cit., p. 942, per una valutazione del mutamento del concetto di apparenza utilizzato dalla giurisprudenza: “la necessità di tutelare il legittimo affidamento ingenerato nei terzi ha finito col trasformare, però, il dogma dell'apparenza da regola di supporto, rispetto a quella primaria dell'esteriorizzazione, in principio operativo assorbente e auto-sufficiente: di qui la teoria della società apparente, come società non vera, eppure considerata come esistente nei rapporti coi terzi...”.

¹⁶⁶ L'art. 847 cod. comm. 1882, il quale disciplinava l'estensione del fallimento sociale ai soci illimitatamente responsabili, recitava testualmente “Il fallimento di una società in nome collettivo o in accomandita produce anche il fallimento dei soci responsabili senza alcuna limitazione. Il tribunale dichiara colla stessa sentenza il fallimento della società e dei soci, indica il nome e il cognome e il domicilio di questa, e nomina un solo giudice delegato e un solo curatore. Tuttavia l'asse della società deve tenersi distinto da quello di ciascun socio tanto nella formazione dell'inventario, quanto nelle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione dell'attivo e del passivo. I soli creditori della società prendono parte alle deliberazioni che riguardano l'interesse del patrimonio sociale, ma essi concorrono coi creditori dei singoli soci nelle deliberazioni riguardanti l'interesse del patrimonio individuale di ciascun socio fallito. La sentenza dichiarativa di fallimento produce per tutti i soci falliti gli effetti stabiliti nel titolo I di questo libro.”

¹⁶⁷ Così V. ANDRIOLI, *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 60.

¹⁶⁸ Come, del resto, criticato fu lo stesso meccanismo dell'estensione automatica di fallimento ai soci della società dichiarata fallita: G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, a cura di V. ANDRIOLI, Milano, 1939, p. 233 e A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 88, lo definirono infatti *contra rationem juris*, laddove U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1935, p. 249 parlò, in proposito, di disposizione “assolutamente intollerabile”.

come visto, sembrava presupporre la contemporaneità delle aperture di fallimento: quella della società e quella (dipendente dalla prima) dei soci di quella.

In un primo momento, tuttavia, la giurisprudenza etichettò come “occulto” anche il socio il quale avesse in qualche modo esteriorizzato la propria partecipazione alla vicenda sociale¹⁶⁹ successivamente alla sentenza di fallimento, mostrando in ciò significative differenze con la dottrina, propensa invece a definire propriamente occulto il socio che non si fosse palesato ai terzi con la spendita del nome¹⁷⁰.

Vigente il codice di commercio, allora, in considerazione degli orientamenti appena descritti, non può stupire che anche la dottrina si attestasse maggioritariamente su posizioni contrarie ad estendere la responsabilità per le obbligazioni assunte da un imprenditore individuale dietro cui si celava una struttura sociale¹⁷¹; mancante l’esteriorizzazione della struttura collettiva sociale, si diceva, non può esservi un’obbligazione sociale vera e propria, assunta in nome della società¹⁷².

Né l’inversione di tendenza in seguito al mutamento legislativo fu immediata, atteso che la sussistenza di una qualche forma di esteriorizzazione continuò ad essere richiesta anche allorché diventò diritto positivo la regola dell’estensione del fallimento ai soci rimasti occulti, con l’emanazione della legge fallimentare e, come noto, dell’art. 147.

¹⁶⁹ Cass, 10 aprile 1933, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 482.

¹⁷⁰ Così infatti L. MOSSA, *Apparenza di società e responsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 357.

¹⁷¹ Già allora le argomentazioni utilizzate per negare simile responsabilità erano relative alla posizione di mandatario senza rappresentanza del socio che agisce all’esterno ed al mancato affidamento ingenerato nei terzi allorché si trattasse di socio occulto; sul punto F. PESTALOZZA, *Il socio di fatto occulto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 482.

¹⁷² L. ASQUINI, *Sull’estensione del fallimento al socio occulto*, in *Foro civ.*, 1948, p. 56.

Fu solo in un momento posteriore¹⁷³, stante l'insoddisfazione suscitata dalla regola dell'esteriorizzazione, che la giurisprudenza escogitò il meccanismo dell'estensione del fallimento rispetto ai soli soci rimasti in un primo momento occulti¹⁷⁴, finendo col realizzare il risultato richiesto dalla dottrina¹⁷⁵ e con il concepire una deroga alla regola dell'esteriorizzazione, la cui validità era ritenuta tuttavia perdurante.

A tanto si giunse con l'applicazione analogica proprio del secondo comma dell'art. 147 l. fall. anche all'ipotesi del socio occulto della società occulta, che presentava un'identità di *ratio* sotto l'angolo visuale dell'occultamento del rapporto sociale limitatamente al socio da assoggettare a procedura fallimentare in estensione, posto che in entrambi i casi i creditori non avrebbero comunque avuto modo di fare affidamento sul patrimonio né del socio occulto di società palese né del socio occulto di società occulta.

Se dunque il punto discriminante era quello della tutela dell'affidamento del ceto creditorio, non vi era alcun motivo per opporsi all'estensione, per via analogica, dell'ipotesi espressamente contemplata dalla norma ad una situazione identica¹⁷⁶.

¹⁷³ G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 75: "fino all'incirca agli anni trenta, presso la giurisprudenza, l'ipotesi di fallimento, ancorché in estensione, di socio non esteriorizzato riscosse un successo limitato".

¹⁷⁴ Giova ripetere che anche in tal caso l'utilizzo dell'aggettivo occulto va inteso *cum grano salis*, poiché la giurisprudenza intendeva come socio occulto colui il quale fosse "scoperto" dopo la dichiarazione di fallimento – e dunque pur in presenza della sua esteriorizzazione –, mentre la dottrina chiamava "occulto" il socio che non avesse affatto manifestato ai terzi il suo rapporto sociale con la spendita del nome.

¹⁷⁵ *Rectius*, di una parte della dottrina, posto che altri autori negavano decisamente l'ammissibilità del fallimento in estensione del socio rimasto occulto: così ad esempio V. SALANDRA, *Le società irregolari*, cit., p. 138.

La parificazione tra le ipotesi del socio occulto di società palese e socio occulto di società occulta era infatti ritenuta ingiustificabile da una parte degli autori, i quali sottolineavano, sulla base delle argomentazioni più volte riportate, la diversità tra le fattispecie: cfr. A. SCALONE, *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, p. 291; F. PESTALOZZA, *La società occulta nella vecchia e nella nuova legislazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 221.

¹⁷⁶ Così, in luogo di altri, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2104.

A tale stadio dell'evoluzione giurisprudenziale, tuttavia, non vi era ancora (sempre) spazio per il fallimento di una società occulta, tanto che l'ipotesi ora espressamente prevista dal quinto comma dell'art. 147 l. fall. – cioè quella della dichiarazione di fallimento di un supposto imprenditore individuale cui fosse seguita la scoperta di uno o più soci di questo - era regolata nel senso della necessità della revoca dell'originario fallimento individuale e di quello eventualmente pronunciato in estensione per riaffermare il fallimento della struttura sociale e poi, nuovamente, quello dei soci¹⁷⁷, bensì rispettando, in tal caso, la regola dell'esteriorizzazione del rapporto sociale.

Il fallimento della società occulta rappresentò, in quest'ottica, un passo ulteriore, ispirato da finalità eminentemente pratiche¹⁷⁸ e comunque giustificato dal rispetto della causa unica dei fallimenti rispettivamente della società e dei soci: si ritenne cioè possibile, alla luce della considerazione per cui gli interessi dei creditori non sarebbero stati in alcun modo pregiudicati, “transitare” dalla dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale a quella del di lui socio (o dei di lui soci), finendo così per dichiararsi – seppure implicitamente - il fallimento della società occulta esistente, ma non esteriorizzata, tra essi.

Il problema più ricorrente nelle decisioni giurisprudenziali sul tema, peraltro, ha sempre riguardato la necessità o meno di esteriorizzazione del rapporto sociale (per il caso di soci occulti) ovvero della stessa struttura sociale (per il caso della società occulta)¹⁷⁹; nonché quello riguardante l'utilizzo, negli arresti giurisprudenziali, dell'aggettivo “occulto”.

¹⁷⁷ Cfr. ancora G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 78-79 (e *ivi* anche nota 19).

¹⁷⁸ E cioè da quella di evitare di passare per il filtro di una nuova dichiarazione di fallimento della società svelata tardivamente.

¹⁷⁹ “Soltanto quando si incrinerà, seppure non completamente, la regola dell'esteriorizzazione diverranno infatti realizzabili l'una e l'altra ipotesi: il fallimento di soci non esteriorizzati (occulti) di

La dottrina che più attentamente si è occupata del tema¹⁸⁰ ha infatti avuto modo di notare come sia opportuno operare una distinzione¹⁸¹ all'interno delle decisioni rese negli anni dai tribunali tra quelle che si occupano propriamente dell'assoggettabilità a fallimento di società occulte, e cioè di società esistenti ma non esteriorizzate – ovvero società che non abbiano mai speso il proprio nome nei traffici commerciali - e quelle che invece attengono al fallimento in estensione di società (e conseguentemente dei soci) scoperte, sebbene già esteriorizzate, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale¹⁸².

Tale distinzione va accompagnata ad un'altra, già accennata sopra, tra la posizione più rigorosa della dottrina, propensa come visto a considerare socio occulto solo colui il quale non avesse affatto palesato il proprio vincolo sociale nei confronti dei terzi, e quella della giurisprudenza, che ha sviluppato un concetto abbastanza ampio di socio occulto, ricomprendendovi anche il socio che, pur esteriorizzato, sia stato scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, e assoggettato perciò alla procedura di estensione successiva¹⁸³.

società invece esteriorizzata (palese) e il fallimento di società occulta e dei suoi soci": così G. SPATAZZA, *Le società di fatto*, cit., p. 44.

E si vedano inoltre, sul tema, le rassegne di giurisprudenza: cfr. in luogo di molte COSTI – DI CHIO, *Società in generale – Società di persone – Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1972, p. 70.

¹⁸⁰ Si fa riferimento ancora a G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 110.

¹⁸¹ Si è scritto infatti che “l'analisi della giurisprudenza [...] va preceduta necessariamente da una individuazione del nucleo di decisioni veramente attinenti al tema, liberato quindi da tutte quelle statuizioni che ricomprendono sotto l'etichetta di “occulti” dei vincoli sociali invece esteriorizzati”; così G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 108.

¹⁸² Così ad esempio Cass. 13 ottobre 1970, n. 1982, in *Foro it.*, I, c. 556; Cass. 26 novembre 1971, n. 3448, in *Mon. Trib.*, 1972, p. 602, con nota di P. PAJARDI.

Furono, così, chiamate occulte anche le società la cui esistenza non era rivelata direttamente attraverso la spendita del proprio nome ma solo attraverso il comportamento dei soci di questa.

¹⁸³ E per la dichiarazione di fallimento in estensione di società e soci esteriorizzati (ovvero che avessero manifestato il vincolo sociale mediante comportamenti obiettivamente ritenuti come sociali) ma scoperti in un momento successivo alla dichiarazione di fallimento di un socio dapprima considerato e dichiarato fallito come imprenditore individuale, cfr. ad esempio Cass., 28 settembre 1973, n. 2447, in *Giur. comm.*,

Le motivazioni di tale divaricazione terminologica possono spiegarsi alla luce della considerazione delle necessità e difficoltà pratiche legate, come detto, all'accertamento della completa compagine sociale nell'immediatezza della dichiarazione di fallimento, cosicché la qualifica di occulto ben si attaglia, in questa prospettiva, all'ipotesi della scoperta successiva della natura sociale di un'impresa apparentemente individuale, ancorché ciò non sia avvenuto in conseguenza di un vero e proprio occultamento del rapporto sociale¹⁸⁴.

IV. Generalmente può affermarsi che la giurisprudenza si trova di fronte a qualcuno, persona fisica o giuridica, che compie una pluralità di atti, i

1974, II, p. 335, la cui massima appare illuminante: “qualora, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che questi era socio di una società occulta titolare effettiva dell'impresa, il Tribunale può dichiarare d'ufficio, o su istanza del curatore nominato per il fallimento dell'imprenditore individuale, anche il fallimento della società occulta e dei suoi soci. Deve considerarsi socio occulto della moglie che svolge attività di commercio il marito che risulti contitolare del conto corrente bancario dal quale vengono prelevate – dall'una e dall'altro – le somme occorrenti per la gestione dell'impresa, che abbia assunto obbligazioni cambiarie per forniture di merci e sia infine intervenuto nelle trattative e nella stipulazione dei contratti relativi all'impresa medesima”.

Si evince chiaramente da tale lettura quanto l'utilizzo del termine occulto possa variare; nell'ipotesi sopra riportata, infatti, la parte per così dire “tralatizia” della massima sembra pacificamente riferirsi all'ipotesi della società occulta non esteriorizzata, in cui dietro un imprenditore individuale si celi una struttura sociale non manifestata ai terzi, e dunque un numero, più o meno nutrito, di partecipanti all'attività comune, parimenti rimasti nascosti ai terzi.

Basta, tuttavia, proseguire, nella parte in cui è esaminato e qualificato il caso di specie, per rendersi conto che non si tratta, in realtà, di un occultamento del rapporto sociale in senso stretto, poiché (lasciando da parte, e considerando qui per ipotesi superato, il diverso problema della necessità di distinzione tra *affectio societatis* ed *affectio familiaris*) il socio e marito della titolare dell'impresa commerciale – apparentemente – individuale aveva posto in essere dei comportamenti, quali appunto la contitolarità del rapporto di conto corrente bancario, l'assunzione di obbligazioni cambiarie e l'intervento personale nelle trattative e nella stipulazione dei contratti relativi all'attività di impresa, di sicura, ed obiettiva, esteriorizzazione del proprio vincolo sociale, cosicché egli può essere qualificato quale socio occulto (si ripete, dando qui per scontato che sia accertata nei suoi confronti la sussistenza di un rapporto la cui natura non sia semplicemente sussumibile nel vincolo di solidarietà familiare nei confronti della consorte) solo laddove si acceda all'accezione lata conferita da parte della giurisprudenza all'aggettivo.

Si vedano inoltre Cass., 13 ottobre 1970, n. 1982, in *Foro it.*, 1971, I, c. 556; Cass., 26 novembre 1971, n. 3448, in *Mon. trib.*, 1972, p. 602; App. Bologna, 9 maggio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 984; App. Torino, 24 aprile 1968, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 574.

¹⁸⁴ E si veda, in dottrina, l'utilizzo dell'aggettivo occulto fatto da V. ANDRIOLI, *Fallimenti sociali*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 793, in linea con il linguaggio adottato dalla giurisprudenza.

quali sono poi ricondotti ad una società sottostante (di fatto, occulta, occasionale a seconda delle circostanze¹⁸⁵) sulla base di elementi quali presunzioni o prove documentali od equivalenti, che consentano al giudice di ricostruire la sussistenza della società di fatto¹⁸⁶; difatti un primo dato incontrovertibile (e valevole anche per la società occulta propriamente detta) è dato da ciò che nel diritto vivente la società di fatto non appare mai con la visibilità di tutti i suoi elementi costitutivi.

Dalla lettura degli arresti si evince come sussista un atteggiamento di favore della giurisprudenza per il coinvolgimento del maggior numero di persone nel fallimento di un imprenditore individuale¹⁸⁷, particolarmente sentito allorché risulti un rapporto sussumibile nello schema societario e consistente nell'esercizio in comune di un'attività economica.

Si giunse così alla compiuta formazione dell'orientamento giurisprudenziale¹⁸⁸ il quale, come noto, riteneva la disciplina di cui al

¹⁸⁵ Anche qui la società occulta viene definita come una *species* della società di fatto: cfr. V. VITRÒ, *Le società di fatto*, cit., p. 124, secondo cui “*La società di fatto può essere occulta, occasionale, apparente, etc.*”

¹⁸⁶ “*Gli elementi che appaiono sul mercato permettono al giudice di ricostruire, anche in assenza di prove documentali e di altro genere equivalenti, la fattispecie società di fatto attraverso le presunzioni rappresentate dai vari elementi apparsi sul mercato, dove opera o ha operato la società o uno dei soci*”: così V. VITRÒ, *Le società di fatto*, cit., p. 199 e passim.

¹⁸⁷ “*Una volta accertata la reale esistenza della società di fatto nei rapporti interni, non è necessario accertare altresì se il rapporto sociale si sia manifestato anche nei riguardi dei terzi, in quanto la società di fatto realmente esistente risponde di fronte ai terzi e, se avente oggetto commerciale, è assoggettabile a fallimento, anche se occulta e priva della c.d. esteriorizzazione, cioè di comportamenti dei soci idonei a determinare l'incolpevole affidamento dei terzi circa l'esistenza della società*”: così Cass. 30 marzo 1977, n. 1221, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 912.

¹⁸⁸ *E plurimis*, Cass., 10 febbraio 2006, n. 2975, in *Fall.*, 2007, p. 107; Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Riv. dir. fall.*, 1997, II, p. 860; Cass., 6 dicembre 1996, n. 10889, in *Riv. dir. fall.*, 1997, II, p. 9; Cass., 20 settembre 1989, n. 3931, in *Foro it.*, 1990, I, p. 918; Cass., 12 novembre 1984, n. 5691, in *Impresa*, 1985, p. 1788; Cass., 30 marzo 1977, n. 1221, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 906; Cass., 17 marzo 1976, n. 977, in *Foro it.*, 1976, I, p. 942; Cass., 2 ottobre 1975, n. 3104, in *Rep. Foro it.*, 1975, p. 122; Cass., 6 ottobre 1972, n. 2885, in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 373, secondo cui “*la società di persone realmente esistente risponde di fronte ai terzi anche in difetto della c.d. esteriorizzazione, essendo sufficiente che la società esista e che il negozio donde trae origine la responsabilità sia comunque riferibile ad essa, anche se il socio che concretamente lo ha posto in essere non abbia agito in nome della società*”; Trib.

precedente secondo comma dell'art. 147 l. fall., relativa al socio occulto di società palese, applicabile per analogia (ovvero estensivamente) anche al caso della società occulta e dei soci (evidentemente occulti, tranne uno) di essa.

Secondo tale indirizzo, l'esteriorizzazione del vincolo sociale non è considerata indispensabile per l'esistenza della società se, di fatto, essa è stata costituita ed ha operato all'interno tra i vari soci¹⁸⁹.

La società acquista dunque la soggettività giuridica per il solo fatto della sua costituzione; né la mancata esteriorizzazione vale ad escludere la sua responsabilità – e perciò anche quella dei soci - per le obbligazioni contratte per essa¹⁹⁰.

La giurisprudenza, operando quella che è stata definita una scelta di politica giudiziaria¹⁹¹ distonica rispetto alle proprie tendenze interpretative in materia di interposizione nell'esercizio di un'impresa, si è attestata su una

Bologna, 20 maggio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 662; Trib. Catanzaro, 1973, in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 880.

¹⁸⁹ “Anche la società di fatto e la società occulta, quali fattispecie nelle quali viene prospettata l'esistenza di soggetti che nella veste di soci non apparenti devono condividere con l'imprenditore fallito la responsabilità verso i creditori, possono essere dichiarate fallite ai sensi dell'art. 147: tale disposizione, infatti, rendendo operativo nella sede fallimentare il principio della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci, stabilito dagli artt. 2291 e 2297 c.c., si applica anche all'ipotesi in cui, dichiarato il fallimento di un'impresa apparentemente individuale, sia successivamente accertata la natura sociale di essa, e debba quindi dichiararsi il fallimento della società e degli altri soci illimitatamente responsabili”: così Cass., 10 febbraio 2006, n. 2975, *cit.*

¹⁹⁰ In termini chiari Cass., 12 novembre 1984, n. 5691: “L'effettiva esistenza di una società e la partecipazione ad essa, anche se non palesate all'esterno, determinano l'applicazione di tutte le norme sulla società di fatto e, particolarmente, di quelle sulla responsabilità illimitata di tutti i soci verso i terzi per i debiti sociali, indipendentemente dall'esteriorizzazione, che del rapporto sociale non è elemento costitutivo”.

¹⁹¹ Cfr. P. SPADA, voce “Impresa”, in *Dig. it., sez. comm.*, Torino, 1992, VII, p. 75: “una sola modalità di interposizione nell'esercizio dell'impresa è unanimemente ritenuta incapace di rendere immune l'interponente dall'insolvenza dell'interposto e quindi di esonerarlo dall'imputazione dello statuto dell'imprenditore: si allude alla soggezione a fallimento della società occulta che i nostri Giudici, accettando una patente distonia di politica giudiziaria rispetto alla generale loro riluttanza a dar spazio al fallimento di altre figure soggettive interponenti, postulano all'unanimità o quasi”.

Anche F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, in I. GRECO (diretto da), *Fallimento delle società*, Milano, 1995, p. 306, definisce “assolutamente ingiustificata ed ingiustificabile” la scelta della giurisprudenza di riservare un differente trattamento alla società occulta rispetto a quello dell'imprenditore occulto.

posizione favorevole all'applicazione della disciplina dettata dal codice per le società di persone – in particolare quella desumibile dagli artt. 2291 e 2297 cod. civ. - anche al caso di una società (realmente esistente ma) occulta, inevitabilmente prendendo posizione nel senso della non necessarietà del requisito della esteriorizzazione del vincolo sociale, e dunque della spendita del nome della società¹⁹².

A tanto si giunge anche sulla base della considerazione per cui non vi è alcuna disposizione nel nostro ordinamento giuridico, sia comune che speciale, in virtù della quale i rapporti societari possono produrre i loro effetti sul piano delle responsabilità che ne derivano soltanto se il vincolo sociale si è esteriorizzato¹⁹³: la rilevanza della struttura sociale, anche laddove occultata, con riguardo alle procedure concorsuali consegue dunque al solo fatto della costituzione della società, una volta che dell'effettiva esistenza di tale struttura sia data la prova¹⁹⁴.

¹⁹² La situazione è ovviamente differente nelle società di capitali, per le quali la pubblicità ha carattere costitutivo, determinando l'attribuzione, in capo ad esse, della personalità giuridica; pertanto, è logicamente impossibile configurare una s.p.a. occulta.

¹⁹³ L'esteriorizzazione dell'azione sociale non è infatti richiesta dall'art. 2247 cod. civ., e non può essere ritenuta di per sé quale requisito essenziale per l'esistenza di una società: così F. FERRARA jr., *Imprenditori e società*, cit., p. 198; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 61; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 12.

¹⁹⁴ *“In virtù della prevalenza della realtà sull'apparenza, la società occulta ed i suoi soci occulti, una volta scoperti, rispondono solidalmente con il socio agente delle obbligazioni sociali da questo contratte. La responsabilità illimitata del socio occulto e la sua assoggettabilità a fallimento traggono fondamento dalla disciplina del rapporto societario e, quindi, dal concetto della rilevanza giuridica dei fenomeni, dei fatti, degli atti appartenenti alla realtà conoscibile, pur se ignoti al mondo esterno al momento della loro formazione. La mancata esteriorizzazione del rapporto societario non si pone quale elemento costitutivo di esso nel mondo giuridico, né esclude il verificarsi della responsabilità del patrimonio sociale, né quella illimitata e solidale degli altri soci in virtù delle regole giuridiche di cui al combinato disposto dagli artt. 2293 e 2267 c.c. ...”*: così Cass., 20 settembre 1989, n. 3931, in *Fallimento*, 1990, p. 372.

Ancora in tal senso Cass., 20 settembre 1990, n. 3931, in *Fallimento*, 1990, p. 372, in cui è rimarcato l'aspetto che la responsabilità illimitata del socio occulto e la sua assoggettabilità a fallimento traggono fondamento dalla *“rilevanza giuridica dei fenomeni, dei fatti, degli atti appartenenti alla realtà conoscibile, pur se ignoti al mondo esterno all'epoca della loro formazione [...] La mancata esteriorizzazione del rapporto societario non si pone quale elemento costitutivo di esso nel mondo giuridico, né esclude il verificarsi della responsabilità del patrimonio sociale, né quella illimitata e*

V. Una prima impressione che è possibile ricavare a seguito di una - sia pur sommaria e di certo incompleta - ricostruzione della storia giurisprudenziale, parallela in una certa misura rispetto all'evoluzione della normativa, della società occulta è che l'emersione di interessi contrapposti ha visto di fronte, da un lato, l'interesse del ceto creditorio a non veder ribaltare a proprio danno il rischio imprenditoriale da parte di soggetti effettivamente coinvolti in un'impresa rispetto alla quale far valere le proprie ragioni di credito e, dall'altro, quello di evitare abusi a danno di soggetti effettivamente estranei all'attività di impresa rispetto alla quale (*rectius*, al titolare della quale) era stato dichiarato il fallimento.

Una seconda impressione desumibile è che l'analisi della giurisprudenza abbia riguardato non solo ipotesi di interposizione vera e propria nell'esercizio dell'attività di impresa, ma, a ben vedere, *una serie di situazioni eterogenee tra loro*; ciò avveniva, almeno inizialmente, in un orientamento interpretativo che riguardava l'esteriorizzazione come regola ideata in temperamento del rigore del principio della spendita del nome¹⁹⁵, nel mentre il rigore della dottrina spingeva invece per far rientrare nell'ambito applicativo del secondo comma del 147 l. fall. solo i soci e le società tecnicamente occulte, ovvero che non avessero mai esteriorizzato la loro esistenza nei confronti dei terzi.

solidale degli altri soci in virtù delle regole giuridiche di cui al combinato disposto degli artt. 2293 e 2267 codice civile, ma funge da semplice diagramma di opacità rispetto agli effetti giuridici riguardanti i terzi da essi interessati, per i quali i vantaggi diventano evidenti con la scomparsa dell'impedimento, e, quindi, con la piena conoscenza della realtà di fatto e di diritto", in quanto il fallimento del socio occulto è espressione della "prevalenza della realtà sull'apparenza in favore di chi ne può trarre vantaggio senza ledere però i diritti dei controinteressati che senza colpa abbiano già riposto affidamento sull'apparenza".

¹⁹⁵ L'esteriorizzazione, come si è avuto modo di constatare, venne infine riguardata come un mezzo per concedere, da un lato, un'adeguata tutela agli interessi dei terzi creditori e, dall'altro, per porre un limite alle pretese degli stessi.

La dottrina, si è detto, si soffermava infatti piuttosto sul problema della spendita del nome e, più specificamente, su quello della mancata esteriorizzazione del rapporto sociale, e dunque sull'interposizione nell'attività di impresa vera e propria.

Gli è tuttavia che la giurisprudenza ha ritenuto di utilizzare il congegno dell'art. 147 secondo comma (oggi quarto) anche per le ipotesi in cui soci non dichiarati falliti con la sentenza di fallimento fossero materialmente scoperti dopo di questa, sia che si trattasse di soci e di società mai esteriorizzati e dunque "genuinamente" occulti che nel caso di soci e società che avessero manifestato una qualche forma di (sfuggita) esteriorizzazione della propria qualità.

Il meccanismo dell'estensione, in altre parole, è stato utilizzato dalla giurisprudenza per dichiarare il fallimento di chi, dopo una dichiarazione originaria di fallimento di una società (e dei suoi soci) o di un imprenditore individuale, venga scoperto – "risulti", dice la legge – socio, con conseguente fallimento, nel secondo caso, del "vero" soggetto imprenditore, la società occulta.

Uno studio storico della giurisprudenza rivela infatti come essa abbia considerato come socio occulto non solo il socio che non avesse mai manifestato, per il tramite della spendita del nome sociale, la propria appartenenza alla società ma anche colui il quale avesse esteriorizzato in qualche modo tale qualità ma fosse sfuggito alla dichiarazione di fallimento originaria¹⁹⁶ della società.

Proprio in questo alveo è nata la regola del fallimento in estensione successiva, poi codificata dal legislatore fallimentare del 1942 con il secondo comma dell'art. 147 l. fall.

¹⁹⁶ Ancora G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 107, con la giurisprudenza ivi citata in nota.

Se ciò è vero, ne discende che la giurisprudenza si è occupata di almeno due fenomeni, accomunati in quanto a disciplina applicabile e che, per poter essere - almeno lessicalmente - tenuti assieme, è possibile chiamare *individuazione successiva del carattere sociale di un'impresa*, col che si intende abbracciare tanto l'ipotesi della società occulta in senso stretto quanto i casi di esteriorizzazione sfuggita, intesa nel senso attenuato rispetto alla spendita del nome sociale fatto proprio dalla giurisprudenza, ovvero di società che avessero rivelato all'esterno la propria esistenza non attraverso la spendita del nome ma attraverso il comportamento negoziale dei suoi soci – in un'ipotesi, cioè, che esula dal caso della società occulta vera e propria, costituita sulla base di un preciso patto di non esteriorizzazione del vincolo sociale¹⁹⁷.

Di entrambi questi fenomeni è opportuno dunque tener conto nella molteplicità di problemi pratici che la giurisprudenza è stata chiamata a fronteggiare, come pure si è accorta quella parte della dottrina¹⁹⁸ che ha inteso, per la verità con lo scopo di escludere il fallimento della società occulta, la dicitura del secondo comma dell'art. 147 l. fall. nel senso di esteriorizzazione sfuggita¹⁹⁹.

¹⁹⁷ O meglio si interseca con essa, perché, come osservato, la società rimane occulta anche nel caso in cui essa sia effettivamente disvelata: F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 187.

¹⁹⁸ F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, in I. GRECO (diretto da), *Fallimento delle società*, Milano, 1995, p. 308.

¹⁹⁹ Il motivo per cui la giurisprudenza comprende nell'applicazione del meccanismo dell'estensione successiva anche il caso dell'esteriorizzazione sfuggita dopo la sentenza di fallimento, come visto, va ricercato nel fatto che l'estensione di fallimento è nata proprio per disciplinare quei fenomeni particolarmente frequenti in ipotesi di società di fatto in cui sussiste la difficoltà di ricostruzione della compagine sociale pur in presenza di fatti di esteriorizzazione.

Ciò che si vuol dire è che l'estensione, nata come un congegno in grado di integrare la massa attiva fallimentare attraverso il fallimento di soggetti scoperti successivamente (in un momento in cui i giudici, va ripetuto, erano fermi nel richiedere la spendita del nome per far valere le pretese creditorie, venendo poi tale rigore attenuato mediante il meccanismo dell'esteriorizzazione per poi arrivarsi ad ammettere anche il fallimento del socio mai esteriorizzato e dunque *stricto sensu* occulto) alla sentenza dichiarativa di fallimento di un soggetto o di una società, ha avuto utilizzi applicativi simili in situazioni differenti tra loro.

VI. La norma relativa all'estensione successiva rivela dunque, in base alla storia della giurisprudenza e degli interessi ad essa sottesi, una *ratio* più composita di quanto potrebbe sembrare a prima vista.

L'analisi della giurisprudenza ha permesso di mettere in luce la ricorrenza, nella prassi fallimentare, di una serie di fattispecie eterogenee tra loro, quali la società di fatto, la società occulta perché mai esteriorizzata, la società definita occulta ancorché in qualche modo esteriorizzata nei confronti dei terzi²⁰⁰.

Ciò è avvenuto perché la giurisprudenza ha spesso considerato separatamente il problema della configurazione della società nei rapporti interni e in quelli esterni²⁰¹, dando alla luce le opposte figure della società occulta e di quella apparente²⁰².

²⁰⁰ Per società esteriorizzata comunque intendendosi qualcosa di diverso rispetto alla società di cui al primo e quarto comma dell'art. 147 l. fall., posto che lì, parlandosi di società palese, si fa riferimento ad una società che abbia agito spendendo il nome sociale.

²⁰¹ E' infatti ricorrente negli arresti giurisprudenziali la massima per cui "mentre nei rapporti interni tra i soci, la prova di una società di fatto può dirsi raggiunta allorquando siano accertati l'esistenza di un fondo comune, l'alea comune nel guadagno e nelle perdite, nonché l'affectio societatis, cioè l'intenzione di stringere un vincolo di collaborazione allo scopo di perseguire un comune interesse, nei rapporti coi terzi, al fine di ritenere esistente una società di fatto, può bastare la sua manifestazione esterna, quando si concreti in elementi non equivoci, scaturenti dall'atteggiamento di due o più persone di collaborazione così organica da determinare il convincimento che essi agiscano come soci": così ad es. Cass., 10 gennaio 1980, n. 189; Cass., 6 novembre 1981, n. 5858; Cass., 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1987, p. 595.

²⁰² Così ad esempio Cass., 26 giugno 1984, n. 3722, in *Giust. civ.*, 1984, con nota di M. FINOCCHIARO, *Impresa familiare e convivenza tra i vari partecipi: "l'apparenza esterna della società (rilevante nei rapporti coi terzi) e la sua reale esistenza (rilevante nei rapporti interni tra i soci) sono, invero, due realtà giuridiche distinte che non presuppongono affatto necessariamente l'una l'esistenza dell'altra e che hanno, pertanto, ciascuna distinte esigenze probatorie, potendo ben darsi, come la giurisprudenza ha da lungo tempo messo in luce, sia un rapporto interno effettivo di società che non si manifesta nei confronti dei terzi e dà quindi vita alla c.d. società sia in senso reciproco opposto una società che appare - o vuol farsi apparire - come tale ai terzi, ma che per le più diverse ragioni, è solo un simulacro, più o meno consapevole, dietro il quale opera l'imprenditore individuale..."*.

La contrapposizione tra prova dei rapporti interni ed esterni, come segnalato da F. GUERRERA, voce *Società in nome collettivo*, cit., p. 942, risulta accentuata anche in Cass., 7 marzo 1984, n. 1573, nonché in Cass., 18 marzo 1988, n. 2500.

Per una valutazione unitaria dei due elementi, si veda tuttavia Cass., 6 agosto 1979, n. 4558, con nota di P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, laddove è sottolineato che "la distinzione fra i criteri giuridici cui deve ispirarsi l'indagine sull'esistenza di una società di fatto, a

L'interesse del ceto creditorio a non subire manovre fraudolente da parte dei (pretesi) soci, da un lato, e la volontà di evitare il coinvolgimento nel dissesto di soggetti estranei alla vicenda sociale, dall'altro, hanno guidato i giudici alla ricerca di soluzioni non sempre coerenti tra loro, perché inevitabilmente ritagliate per i singoli casi di specie.

Come si è visto, l'orientamento favorevole alla tutela dei creditori ha dapprima trovato l'argine forte costituito dalla necessità di spendita del nome da parte del (preteso) socio e della (pretesa) società, per poi ammorbidirsi dinanzi a manifestazioni inequivocabilmente interpretabili quali fatti sociali, secondo la regola dell'esteriorizzazione.

Oggi, alla luce della norma che è qui in commento, la legge risolve e concede prevalenza (prevalenza che ovviamente, nell'ottica fallimentaristica, passa per l'imputazione di un capitolo dello statuto dell'imprenditore commerciale) alla prima classe di interessi – che finisce col prevalere, come già nel caso dell'originario secondo comma dell'art. 147 l. fall., anche sullo stesso affidamento dei creditori –, purché sia provato un rapporto sociale non fittizio ed effettivo, che deve risultare nell'ambito della procedura fallimentare.

*seconda che si tratti dei rapporti esterni o dei rapporti interni [...] non autorizza affatto il frazionamento delle risultanze probatorie a seconda che riflettano direttamente l'uno o l'altro aspetto, laddove si esige, all'opposto, una valutazione unitaria delle stesse in relazione ad entrambi i temi di prova. [...] Pertanto il contratto sociale, può risultare, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti, dalle manifestazioni esteriori dell'attività del gruppo, quando per la loro sintomaticità e concludenza costituiscano elementi rivelatori dell'esistenza della società anche nei rapporti interni; così come elementi probatori riguardanti i requisiti strutturali possono essere utili sul piano dell'esteriorizzazione del rapporto e dell'affidamento dei terzi..."; conformi anche Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, in Fallimento, 1989, p. 269; Trib. Milano, 12 gennaio 1989, in Giur. it., 1989, I, c. 446, con nota di G. DI CHIO, *Rapporti interni e comportamenti con i terzi come prove dirette dell'esistenza di una società di fatto*, in una fattispecie nella quale si combinavano sia elementi in grado di provare l'esistenza del vincolo effettivo societario interno che elementi (quali il conferimento di crediti in firma, le prestazioni d'opera, la partecipazione alla gestione sociale, attuata in particolare intrattenendo rapporti con clienti e fornitori) idonei a provare la c.d. esteriorizzazione.*

Ciò che deve ora essere verificato più compiutamente è se tale prevalenza di interessi sia stata sancita dal legislatore per il tramite del puro e semplice accoglimento dell'orientamento giurisprudenziale – come la semplice lettura della Relazione ministeriale di accompagnamento alla novella sembrerebbe far ritenere, come si vedrà - o se sia possibile rintracciare a tutt'oggi ulteriori spunti interpretativi connessi all'evoluzione del fenomeno, in grado di meglio calibrare la portata dell'intervento normativo.

Esce peraltro rafforzato il dubbio, che a questo punto diviene legittima ipotesi di lavoro, che si era prima anticipato²⁰³ e che non può che condurre a chiedersi se la nuova formulazione del quinto comma possa riferirsi ad entrambe le ipotesi sopra menzionate, riguardando allora non solo il fenomeno dell'interposizione nell'attività di impresa ma anche il caso dell'esteriorizzazione sfuggita.

²⁰³ Cfr. *supra*, § 1.

CAPITOLO SECONDO

IL QUINTO COMMA DELL'ART. 147 L. FALL.: INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE

1. Il precedente dell'art. 24 del d.lgs. 270/1999; 2. L'articolo 147, comma quinto, della legge fallimentare. L'interpretazione maggioritaria nel senso del fallimento della società occulta (perché mai esteriorizzata nei confronti dei terzi); 3. Le (altre) interpretazioni della norma; 3.1 L'interpretazione "riduzionista" e l'individuazione successiva del carattere sociale dell'impresa; 3.2 L'interpretazione "funzionalista". Il collegamento con il quarto comma: fallimento della collettività o dei singoli soci?; 3.3 La nuova formulazione dell'art. 147, comma quinto, l. fall. come indizio per una possibile riaffermazione della tutela di tipo patrimoniale contro gli abusi nell'esercizio dell'attività di impresa. Imputazione degli effetti dell'attività di impresa sulla base del criterio sostanziale della spendita dell'interesse; 3.4 L'eccezionalità della norma; 4. La formulazione dell'art. 147, comma quinto, l. fall. come occasione per una revisione delle condizioni d'uso dell'espressione "società occulta".

1. Il precedente dell'art. 24 del d.lgs. 270/1999.

La norma contenuta nel quinto comma dell'art. 147 della legge fallimentare non rappresenta una novità assoluta all'interno del nostro ordinamento.

L'art. 24, comma primo, della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza²⁰⁴ dispone infatti che "se l'esistenza di un socio illimitatamente responsabile risulta dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza della società o di una impresa individuale, il Tribunale estende i relativi effetti nei suoi confronti con sentenza in camera di consiglio, che è comunicata ed affissa a norma dell'art. 8, terzo comma".

Si è scritto, a proposito di tale disposizione, che essa ricalca la formulazione dell'art. 147, comma quarto (ma secondo all'epoca

²⁰⁴ D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

dell'introduzione del decreto legislativo sull'amministrazione straordinaria)²⁰⁵ della legge fallimentare, e che disciplina la posizione del socio occulto, inteso nella duplice accezione di socio occulto di società palese e di socio occulto di società occulta²⁰⁶.

In tale norma il legislatore aveva già disciplinato il problema della società occulta, optando, con anticipo sulla novella della legge fallimentare, per l'assoggettamento a fallimento della stessa²⁰⁷.

Per la verità la norma non parla espressamente (come del resto l'articolo 147 l. fall. rinnovato) di società occulta, e neanche di società, bensì regola la posizione del socio illimitatamente responsabile scoperto dopo la dichiarazione di fallimento (della società ovvero) dell'impresa individuale, lasciando così intendere che per "socio illimitatamente responsabile" debba intendersi tanto il socio occulto di società palese che il socio occulto di società occulta; cionondimeno, come si è visto, la dottrina ha ritenuto pacificamente che l'ambito applicativo della disposizione vada esteso anche all'ipotesi della società occulta vera e propria.

In tale caso, inoltre, il tribunale fallimentare sarà chiamato non ad estendere ad altro soggetto gli effetti della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, bensì a rettificare il contenuto di quest'ultima, in quanto l'accertamento della sussistenza di una società implica l'identificazione, quale imprenditore assoggettato alla procedura, della stessa e non più del soggetto

²⁰⁵ Così G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Commento sistematico al d.lgs. 8 luglio 1999*, n. 270, Milano, 2000, p. 91, il quale segnala l'aggiunta "opportuna" (rispetto all'allora secondo comma dell'art. 147 l.fall.) dell'applicazione della norma anche al caso della società occulta.

²⁰⁶ A. PAPPALARDO, *Le società con soci illimitatamente responsabili*, in C. COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12.9.2007*, n. 169, Torino, 2008, p. 134.

²⁰⁷ A. PAPPALARDO, *Le società con soci illimitatamente responsabili*, cit., p. 134: "il testo della norma è chiaro nel riconoscere la possibilità dell'estensione degli effetti della dichiarazione di insolvenza anche alla società occulta".

(l'imprenditore individuale apparente) originariamente dichiarato insolvente²⁰⁸.

2. L'articolo 147, comma quinto, della legge fallimentare. L'interpretazione maggioritaria nel senso del fallimento della società occulta (perché mai esteriorizzata nei confronti dei terzi).

I. All'art. 147 l. fall., nella versione successiva alla riforma – *rectius*, ai tre atti di cui essa è composta²⁰⁹ - del diritto fallimentare, si è guardato come ad un “*micro testo unico*”²¹⁰, in cui, pur non stravolgendo la logica e la funzione della norma²¹¹, il nomoteta ha provveduto a raccogliere le regole sul fallimento del socio illimitatamente responsabile, con la palese intenzione di regolamentare tutta una serie di criticità interpretative sorte nel corso degli anni²¹², solo parzialmente risolte dagli interventi della Corte costituzionale²¹³.

²⁰⁸ A. PAPPALARDO, *Le società con soci illimitatamente responsabili*, cit., p. 134; L. GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 300.

Né vai poi trascurato come un commentatore abbia osservato che l'estensione degli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza all'imprenditore occulto non rileva soltanto ai fini della propagazione della procedura di amministrazione straordinaria, ma anche ai fini dell'estensione della dichiarazione di fallimento, poiché l'art. 25 del d. lgs. 270/1999 dispone che i provvedimenti di apertura dell'amministrazione straordinaria, di dichiarazione di fallimento e di conversione delle procedure si estendono ai soci illimitatamente responsabili cui sono già estesi, in virtù dell'art. 24, gli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza: così G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, Roma, 2000, p. 96, concludendo che “*una volta riferiti gli effetti dello stato di insolvenza all'imprenditore occulto ai sensi dell'art. 24, questi possa poi anche essere dichiarato fallito ai sensi dell'art. 25*”.

²⁰⁹ Per la parte qui trattata, le novità sono introdotte dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*).

²¹⁰ M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento al socio*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 429, il quale vede nella nuova formulazione dell'articolo in esame “*più una forma di restyling della precedente versione, che una vera e propria norma di innovazione*”

²¹¹ Così L. GAFFURI, *commento all'art. 147*, in P. PAJARDI, *Codice del fallimento* (a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI), Milano, 2009, p. 1622.

²¹² Così M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2122; G. FERRI JR., *voce Procedure concorsuali (riforma delle)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Milano, 2009

Di talché gli aspetti di teoria generale su cui il testo della norma induceva a riflettere, ovvero soprattutto quelli attinenti alla possibilità di attribuire al socio illimitatamente responsabile la qualità di imprenditore commerciale, da un lato, ed alla ricerca di un fondamento e di una *ratio* al fallimento stesso del socio illimitatamente responsabile, dall'altro, non sono stati in alcun modo affrontati, e men che meno risolti, dalla novella della legge fallimentare²¹⁴.

Tra i nodi interpretativi che il legislatore ha tentato di risolvere, per quanto qui di interesse, è ovviamente centrale quello sul fallimento della società occulta: a mente del quinto comma dell'art. 147 l. fall., *“allo stesso modo si procede qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile”*.

Il “modo” cui il legislatore fa riferimento è, chiaramente, quello del comma precedente²¹⁵, che sancisce l'estensione del fallimento ai c.d. soci

(Aggiornamento), v. XXVII, p. 11, per cui l'intervento del legislatore sembra volto ad adeguare tale disciplina da un lato all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale e dall'altro alle modificazioni della disciplina delle società di capitali e delle cooperative.

²¹³ La Consulta è infatti intervenuta a più riprese nei confronti della norma in commento, dichiarando, di volta in volta, l'illegittimità costituzionale di alcune sue parti: ad es., con la pronuncia 27 giugno 1972, n. 110 (in *Foro it.*, 1972, I, p. 1902), nella parte in cui non era previsto che il tribunale ordinasse la comparizione, in camera di consiglio, dei soci illimitatamente responsabili nei confronti dei quali la sentenza dichiarativa di fallimento produce effetto, affinché essi potessero far valere il proprio diritto di difesa; con sentenza 16 luglio 1970, n. 142 (in *Foro it.*, 1970, I, p. 2037), nella parte in cui la norma non consentiva, ai medesimi soci illimitatamente responsabili, l'esercizio del diritto di difesa durante l'istruttoria prefallimentare; ancora, con sentenza 28 maggio 1975, n. 127 (in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 561), nella parte in cui la norma negava al fallito la legittimazione a chiedere la dichiarazione di fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

²¹⁴ M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione*, cit., p. 429; A. NIGRO, *sub art. 147*, cit., p. 2169; A. AIMI, *sub art. 147*, in TEDESCHI (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, II, p. 1346.

²¹⁵ Art. 147, comma quarto, l. fall.: *“Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi”*: tale norma, già presente nel testo originario del r.d. 267/1942, è stata modificata solo riguardo all'iniziativa processuale, prevedendo l'impossibilità, per il tribunale fallimentare, di provvedere d'ufficio alla dichiarazione di fallimento del socio occulto, ed invece estendendo tale possibilità a beneficio dei creditori e dei soci palesi. *Cfr.* G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 103, in nota.

occulti di società palese con soci illimitatamente responsabili, ovvero ai soci che risultino essere tali in un momento cronologicamente posteriore alla dichiarazione di fallimento della società di cui fanno parte.

Orbene, è opportuno chiedersi, a questo punto dell'indagine, se il legislatore abbia effettivamente ritenuto di accogliere, *sic et simpliciter*, l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'assoggettamento a fallimento di una società, anche se il vincolo sociale non è stato esteriorizzato²¹⁶, o se la norma non sia suscettibile di quella diversa (seppure comprendente tale ultima ipotesi) interpretazione ipotizzata nel primo capitolo del lavoro.

Il che equivale a dire che bisogna chiedersi se dietro la formula apparentemente innocua dell'accoglimento di un orientamento giurisprudenziale non si nasconda, in realtà, qualcosa di più complesso, alla luce delle acquisizioni raggiunte nel primo capitolo, allorché si è potuto notare come la giurisprudenza non abbia mai abbandonato del tutto il concetto di esteriorizzazione del vincolo sociale.

II. Autorevole dottrina ha sostenuto che la norma di cui all'art. 147, comma quinto, l. fall. esprimerebbe, a ben vedere, il principio di fondamentale importanza per cui, in sede ed agli effetti del concorso fallimentare, la realtà deve prevalere sull'apparenza²¹⁷; e se ciò vale per i soci che abbiano occultato ai terzi il vincolo sociale, deve valere anche per il caso in cui sia dissimulata l'esistenza di una società.

²¹⁶ Cfr. il capitolo precedente, § 3.

²¹⁷ G. CAVALLI, *I presupposti*, cit., p. 103, il quale conclude che "ciò consente di affermare che la spendita del nome del socio non è necessaria al fine di consentire la sua personale dichiarazione di fallimento"; D. RESTUCCIA, *Brevi note sul fallimento del socio*, cit., p. 121.

Alla gran parte dei commentatori²¹⁸, più in generale, la disposizione è quindi parsa rappresentare la conferma del radicato orientamento giurisprudenziale²¹⁹, che era già giunto, lo si è osservato, ad assoggettare a fallimento anche le società occulte, ritenendo non indispensabile il requisito dell'esteriorizzazione del vincolo sociale ai fini della sussistenza di una società.

Il quinto comma dell'art. 147 l. fall., pertanto, “codifica” la teoria della società occulta²²⁰, convincimento che verrebbe rafforzato ulteriormente

²¹⁸ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 95; P. L. PELLEGRINO, *Esdebitazione e fallimento delle società*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, II, p. 322 e *passim*; A. NIGRO, *commento all'art. 147*, cit., p. 2181; U. DE CRESCIENZO, *Il fallimento delle società di persone*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, II, p. 1512; U. APICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare (normativa ed adempimenti)*, Torino, 2008, p. 298; R. CALDERAZZI, *sub art. 147*, in G. TERRANOVA – G. FERRI jr. – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. PERRINO – B. SASSANI (a cura di), *La nuova legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, p. 308; F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma*, cit., p. 2; C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, cit., p. 62; F. VASSALLI, *Commento all'art. 147*, cit., p. 1933.

²¹⁹ Le decisioni così orientate sono moltissime: qui si citano, *ex multis*: Cass. 22 febbraio 2008, n. 4528, in *Fallimento*, 2008, p. 918; Cass. 10 febbraio 2006 n. 2975, in *Mass. giust. civ.*, 2006, p. 2, e in *Fallimento*, 2006, p. 970: “anche la società di fatto e la società occulta, quali fattispecie nelle quali viene prospettata l'esistenza di soggetti che nella veste di soci non apparenti devono condividere con l'imprenditore fallito la responsabilità verso i creditori, possono essere dichiarate fallite ai sensi dell'art. 147: tale disposizione, infatti, rendendo operativo nella sede fallimentare il principio della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci, stabilito dagli artt. 2291 e 2297 c.c., si applica anche all'ipotesi in cui, dichiarato il fallimento di un'impresa apparentemente individuale, sia successivamente accertata la natura sociale di essa, e debba quindi dichiararsi il fallimento della società e dagli altri soci illimitatamente responsabili”; Cass. 26 marzo 1997, n. 2700, in *Fallimento*, 2007, p. 1009; Cass. 6 dicembre 1996 n. 10889, in *Giur. it.*, 1998, p. 735; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1106, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3227, con nota di M. VACCHIANO, *Sulle orme della società occulta: tra imprenditore individuale apparente già fallito e società di comodo*; Cass. 4 marzo 1987 n. 2259, in *Società*, 1987, p. 654; e si legga G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., *passim*, per una riconsiderazione della mole di decisioni favorevoli all'assoggettamento a fallimento della società occulta. Sull'argomento si v. il capitolo precedente, specialmente al § 3.

²²⁰ Così L. AUTUORI, *commento all'art. 2361*, in P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, vol. *Azioni*, Milano, 2008, p. 760; G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 106, secondo cui “oggi, dunque, è certo, perché lo dice la legge, che anche le società occulte possono fallire e ciò implica il fallimento derivato dei loro soci occulti illimitatamente responsabili.”

Per L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, II, p. 1509, “il 5° comma dell'art. 147 l. fall. ha senza dubbio positivizzato il fenomeno, in precedenza frutto della mera elaborazione giurisprudenziale, della società occulta”; cfr. anche P. PISCITELLO, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 112, secondo cui “è inoltre espressamente regolata la possibilità di dichiarare il fallimento della società occulta [...] ne consegue che la mancata esteriorizzazione della

dalla lettura della *Relazione Ministeriale* di accompagnamento alla riforma della legge fallimentare²²¹.

In realtà tale norma (la cui portata è lungi dall'essere compendiabile nel semplice accoglimento di un orientamento giurisprudenziale consolidato) ha dato adito a numerose – e diverse - interpretazioni, dividendo altra parte degli interpreti sulla propria portata applicativa e sulle ricadute sistematiche che essa è in grado di produrre.

Su tali interpretazioni ci si soffermerà nella prima parte del capitolo, per poi provare a definire meglio l'ambito di applicazione della fattispecie dettata dal quinto comma dell'art. 147 della legge fallimentare, come rinnovellato.

3. Le (altre) interpretazioni della norma.

3.1 L'interpretazione "riduzionista" e l'individuazione successiva del carattere sociale dell'impresa.

I. Come detto, il legislatore ha optato per un richiamo al comma quarto dell'art. 147 l. fall., disponendo che, nel caso in cui, successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento a carico di un imprenditore individuale, "risulti" la riferibilità dell'impresa ad una società della quale lo stesso sia socio illimitatamente responsabile, si debba procedere nello stesso modo previsto, appunto, dal comma precedente dello stesso articolo.

società non impedisce di sottoporre la stessa a procedura concorsuale quando ne viene scoperta l'esistenza".

²²¹ Secondo la quale, seccamente, "nel quarto e nel quinto comma viene recepito il noto orientamento giurisprudenziale in tema di socio e di società occulta".

Parte della dottrina, a partire da una più sottile distinzione rispetto al dettato del comma quinto dell'art. 147 l. fall., ha ritenuto che la norma si riferisca, in realtà, non a società la cui struttura collettiva, ed in definitiva la sua esistenza, sia stata occultata, bensì, più semplicemente, ad enti la cui natura non fosse emersa in un primo momento, ma solo successivamente²²²; tale prospettiva valorizza il fatto che la norma non parli espressamente di una società "occulta"²²³.

Secondo la citata opinione, anche all'indomani della riforma non può dirsi risolto (affermativamente) il problema dell'assoggettabilità a fallimento della società occulta; e ciò perché il legislatore si sarebbe limitato a prevedere l'applicazione del meccanismo di estensione del fallimento (già operante allorché si scoprono soci rimasti nascosti di una società palese) al caso in cui si ritrovino soci rimasti occulti di un imprenditore, che si era creduto individuale, dichiarato fallito, ma non avrebbe richiesto espressamente il requisito dell'occultamento rispetto alla società alla quale l'attività di impresa del soggetto dichiarato fallito sia riferibile.

Il tribunale fallimentare, allora, non potrebbe direttamente estendere il fallimento ai soci dell'imprenditore dichiarato fallito, ma dovrebbe prima dichiarare anche il fallimento della società; e, per far ciò, dovrebbe a sua volta accertare l'esistenza di questa, secondo indici che – per considerazioni logico-sistematiche - ne presuppongono comunque l'esteriorizzazione; pertanto, è da ritenersi che non venga meno la caratteristica della riconoscibilità ai terzi della società stessa.

²²² Ovvero, per richiamare le parole di illustre dottrina (V. ANDRIOLI, voce "Fallimento (diritto privato processuale)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 306), che essa si applichi ai soli casi in cui "l'attività imprenditoriale, a seguito di più matura riflessione, sia riferibile alla società e non alla persona fisica che ne era solo socio".

²²³ A. NIGRO, *commento all'art. 147, cit.*, p. 2181, su cui anche G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento, cit.*, p. 106, in nota, ove l'osservazione che il citato autore "pur ammettendo sulla scorta della nuova indicazione normativa l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, parrebbe negare, invece, la possibilità di dichiarare fallita la società occulta in quanto tale...".

La tesi rappresentata, cioè, continua a ritenere che anche all'indomani della riforma del diritto fallimentare la società occulta, perché non esteriorizzata rispetto ai terzi, non fallisca.

La norma, allora, si riferirebbe ad una società necessariamente esteriorizzata (ché altrimenti, secondo la dottrina citata, non si avrebbe responsabilità verso i terzi) la cui sussistenza verrebbe verificata ed accertata successivamente alla dichiarazione del fallimento dell'imprenditore individuale apparente, unitamente, come si è visto, all'accertamento dello stato di insolvenza della stessa²²⁴.

L'interpretazione si avvicina, a questo punto, all'opinione giurisprudenziale, quale riferita *supra*, che riteneva applicabile il meccanismo dell'estensione successiva²²⁵ al caso del socio o della società scoperti successivamente alla dichiarazione di fallimento ma non anche mai esteriorizzati; e ciò in quanto è chiaro che qualificare la portata dell'intervento legislativo come applicazione di tale meccanismo all'ipotesi dell'individuazione successiva del carattere sociale dell'impresa, ma negare che tale affermazione implichi il fallimento (anche) della società occulta in senso stretto, ovvero mai esteriorizzata nei confronti dei terzi, non può che comportare la conclusione che la norma si riferisce a ipotesi di accertamento successivo della collettività che abbia esercitato in comune un'attività di impresa commerciale, che si era ritenuta individuale, in presenza però di

²²⁴ L'accertamento già compiuto nei riguardi dell'imprenditore, in realtà socio, già dichiarato fallito, non sarebbe sufficiente, in quanto l'insolvenza di questi potrebbe essere determinata da debiti personali: così A. NIGRO, *sub art. 147, cit.*, p. 2182; U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l.fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, III, p.1682, ove la notazione per cui "è nei confronti del patrimonio del nuovo soggetto imprenditore che va, perciò, di bel nuovo accertato lo stato di insolvenza", in quanto, ancora, "il fallimento della società occulta investe, dunque, un diverso patrimonio, e non può dirsi in senso tecnico lo stesso fallimento, poiché ha riguardo non solo a diversi soggetti ma anche a diversi patrimoni...".

²²⁵ E che anzi, si è visto, applicò inizialmente tale meccanismo proprio all'ipotesi dei soci esteriorizzati in qualche modo, ma scoperti successivamente alla dichiarazione di fallimento sociale.

elementi che possano far ritenere sussistente l'esteriorizzazione della struttura sociale stessa.

Un altro autore²²⁶, aderendo alla descritta opinione, ha poi affermato che la norma introdotta con la riforma, secondo questa interpretazione, avrebbe quantomeno lasciato irrisolto il dubbio se l'esteriorizzazione del vincolo sociale sia o meno indispensabile per l'imputazione della responsabilità patrimoniale verso i terzi²²⁷.

II. A proposito di tali interpretazioni, si è notato che esse conducono ad affermare che la fattispecie del quinto comma predicherebbe l'occultamento della sola relazione della società (a questo punto palese) con l'attività esercitata dall'imprenditore dichiarato fallito, non anche dell'ente collettivo in quanto tale: il che equivale a dire che l'aggettivo "occulto" andrebbe riferito non già alla società in quanto tale, ma alla relazione che intercorre con l'impresa individuale.

Si sarebbe dunque in presenza di una società – palese - che esercita un dominio, questo sì occulto, su un'impresa altrui, apparentemente esercitata in forma individuale²²⁸; tale conclusione discende dal fatto che la dottrina citata risolve negativamente il problema dell'assoggettabilità a fallimento della società occulta²²⁹, ritenendo necessario il requisito della spendita del nome

²²⁶ F. VASSALLI, *Commento all'art. 147*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, vol. II, p. 1934.

²²⁷ F. VASSALLI, *Commento all'art. 147, cit.*, p. 1934, il quale, tuttavia, si schiera apertamente a favore della necessità dell'esteriorizzazione del rapporto sociale: "*chi scrive ha sostenuto e sostiene la tesi della necessità dell'esteriorizzazione del rapporto sociale...*".

²²⁸ Così P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, 2011, p. 1239.

²²⁹ Sempre A. NIGRO, *sub art. 147, cit.*, p. 2181: "*ed è qui che è destinata ad entrare in gioco la questione della necessità o meno dell'esteriorizzazione della società quale requisito essenziale per la configurabilità di una responsabilità a suo carico verso i terzi e, quindi, il problema dell'assoggettabilità o meno al fallimento della società occulta...*".

sociale ai fini della responsabilità patrimoniale della stessa e della possibilità di assoggettarla a procedura fallimentare.

In realtà, la tesi esposta non conduce necessariamente alla soluzione della società palese con dominio occulto su impresa (formalmente) altrui, perché ammette, più semplicemente, che la norma si riferisca ad una ipotesi in cui la società si sia in qualche modo palesata²³⁰ ma tale esteriorizzazione sia sfuggita al primo accertamento, come può accadere – e di sovente, si è visto, accade - nelle ipotesi dei rapporti sociali di fatto; ne discende che la fattispecie astratta dell'art. 147 l. fall. può riferirsi tutt'al più al caso della società che, pur essendosi esteriorizzata, non sia stata, erroneamente, riconosciuta come tale.

3.2 L'interpretazione “funzionalista”. Il collegamento con il quarto comma: fallimento della collettività o dei singoli soci?

Da un diverso autore, ancora, si è proposto una diversa interpretazione della norma - dal riconosciuto impatto sistematico²³¹ - , che fa leva proprio sull'inciso “*allo stesso modo*”, con cui si apre il quinto comma dell'art. 147 l. fall.

Seguendo tale linea interpretativa, si può arrivare a sostenere che l'esplicito riferimento al comma precedente non avrebbe mero valore letterale, ma comporterebbe la ben più importante conseguenza per cui l'estensione del fallimento non riguarda la collettività, bensì i soli soci – *rectius*, l'interposto, già dichiarato fallito, e gli interponenti; un'interpretazione che

²³⁰ Non è chiaro, tuttavia, se codesti autori, nel richiedere un'esteriorizzazione del rapporto sociale, si riferiscano esclusivamente alla spendita del nome della collettività ovvero vi ricomprendano anche gli ulteriori indici di manifestazione del vincolo sociale presi in considerazione dalla giurisprudenza per forgiare il proprio concetto di esteriorizzazione, di cui si è visto al § 3 del capitolo primo.

Il dato sicuro cui conduce tale tesi è dato dal fatto che affinché una società possa dirsi esistente ed assoggettabile a fallimento essa deve essere esteriorizzata.

²³¹ G. FERRI JR., voce *Procedure concorsuali*, cit., p. 12.

presenta somiglianze con quella, di matrice giurisprudenziale, che giudica superflua un'esplicita sentenza di fallimento della società occulta, ritenendola "implicita" in quella dei suoi soci²³².

Ciò che risulta espressamente regolato dalla lettera della nuova norma è il fallimento in estensione del socio occulto di società occulta, ma non anche - non espressamente e non direttamente, perlomeno - quello della struttura sociale (anch'essa) occulta²³³, cui del resto nemmeno si allude nel testo di legge.

La formulazione anodina della norma lascia in effetti spazio ad entrambe le interpretazioni, posto che manca un esplicito riferimento all'art. 147, comma primo, l. fall. e, inoltre, la struttura dei due commi sembra essere la stessa: in entrambi i casi, infatti, vi è una dichiarazione di fallimento di un soggetto (una società con soci palesi illimitatamente responsabili, nel quarto comma, un imprenditore individuale, nel quinto comma), accomunata dal mancato accertamento di un'ulteriore situazione rilevante dal punto di vista fallimentare: in un caso la presenza di altri soci illimitatamente responsabili, oltre a quelli già dichiarati falliti in estensione al fallimento della società, nell'altro quella di una struttura collettiva entificata, celata ai terzi.

Nella fattispecie della società palese con soci occulti, il "rimedio" a tale mancato accertamento è costituito dalla successiva dichiarazione di fallimento in estensione a carico degli altri soci illimitatamente responsabili la cui esistenza risulti successivamente, e l'inciso "*allo stesso modo*", con cui si apre il comma quinto, potrebbe riferirsi proprio a questo.

Il fallimento della società, a tale stregua, costituirebbe una superfetazione, sovrabbondante rispetto a quello che rappresenta lo scopo

²³² Sulle origini storiche di tale indirizzo giurisprudenziale si v. *supra*, cap. 1, § 3.

²³³ Cfr. FERRI JR., voce *Procedure concorsuali*, cit., p. 12, ove si afferma che "*non sembra in realtà scontato, e nemmeno agevole, ricavare da queste norme indicazioni che consentano di affermare senz'altro il fallimento dell'imprenditore occulto (né, in realtà, quello della stessa società occulta)...*".

della norma, ovvero fondare la responsabilità dei soci rimasti occulti rispetto ad obbligazioni assunte nel nome di una società di cui essi fanno parte: ma per fare ciò potrebbe essere sufficiente estendere il fallimento a tali soggetti, senza passare necessariamente per l'accertamento dell'esistenza e dello stato di insolvenza di una società, operazione logica cui, tra l'altro, si finisce spesso con il pervenire per il tramite di inferenze sommarie.

Ciò è tantopiù vero valorizzando la prospettiva funzionale sottesa alla costruzione dottrinale della società occulta: essa, infatti, è stata concepita alla stregua di un presupposto concettuale, utile al fine di rendere possibile l'estensione della dichiarazione di fallimento a carico dell'imprenditore palesatosi ai terzi anche ad altri soggetti, qualificati come soci occulti del primo²³⁴.

Se ciò è vero, allora, per raggiungere il fine prefissato (pratico, come necessariamente richiede la sede fallimentare in cui il problema si manifesta²³⁵) non occorre percorrere la tortuosa strada del previo fallimento della struttura sociale occultata, ma sarebbe sufficiente dimostrare la sussistenza di un rapporto occulto tra i diversi soci cui l'impresa fallita è riferibile; rapporto che, tuttavia, sarebbe sociale solo di nome, ma in realtà privo di quel carattere organizzativo e metaindividuale tipico della struttura sociale vera e propria.

Al sintagma società occulta dovrebbe allora ricondursi il significato di attività svolta in comune, sia pure in forma diversa da quella societaria in senso tecnico.

²³⁴ G. FERRI JR., *ibidem*, rilevando che in tale caso, a differenza che in quello relativo all'imprenditore occulto, non è in discussione la qualità di imprenditore della società occulta, ma la sua stessa esistenza, implicando l'accertamento di quest'ultima la prima qualifica.

²³⁵ G. FERRI JR., *ibidem*, rilevando che la figura della società occulta "è emersa, dapprima nella prassi e poi nella stessa disciplina positiva, proprio e solo in ambito fallimentare".

3.3 La nuova formulazione dell'art. 147, comma quinto, 1. fall. come indizio per una possibile riaffermazione della tutela di tipo patrimoniale contro gli abusi nell'esercizio dell'attività di impresa. Imputazione degli effetti dell'attività di impresa sulla base del criterio sostanziale della spendita dell'interesse.

Secondo una diversa opinione dottrinale, poi, la riforma della legge fallimentare avrebbe fornito elementi sufficienti per riconsiderare, alla luce del mutato quadro normativo, le celebri e già citate teoriche, in particolare quelle relative all'imprenditore occulto ed involgenti, in una visione d'insieme, la riaffermazione della tutela patrimoniale in vece di quella risarcitoria contro gli abusi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale²³⁶.

All'interno di questa corrente dottrinale si segnala una tesi recentemente sostenuta²³⁷.

Come noto, l'assoggettabilità a fallimento del socio occulto di società occulta era stata ricavata applicando per analogia quello che all'epoca era il comma secondo dell'art. 147 l. fall., che conteneva il fallimento dei soci occulti (illimitatamente responsabili) di società palese; da tale dato si era desunto, per *analogia legis*, che non fosse possibile, anche qualificando la norma come eccezionale, escludere il fallimento (anche) dei soci occulti di società occulta²³⁸.

²³⁶ In tal senso, ora in maniera più convinta, ora più cautamente, si vedano F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, p. 40; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, I, Bologna, 2009, p. 26; P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive*, in U. APICE (diretto da), *La procedura fallimentare*, Torino, 2010, II, p. 743.

²³⁷ Il riferimento è al recente contributo di P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, cit., p. 1233: "E' imprenditore individuale soggetto a fallimento la persona fisica che operi per il tramite di società delle quali detta persona disponga come cosa propria, anche senza esserne socio né amministratore, allo scopo di esercitare una attività commerciale riferibile in fatto a sé ma formalmente imputata alle società stesse mediante stabile ed esclusiva spendita del loro nome".

²³⁸ W. BIGIAVI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, cit., p. 45: "Se esso (il legislatore, n.d.s.) introduce la responsabilità del socio occulto di società palese, giustizia vuole che risponda anche il socio occulto di

Ora, la norma dell'art. 147, comma quinto, l. fall. ha, pur nelle incertezze finora prospettate, il pregio di disporre chiaramente, e per la prima volta come dato positivo, la possibilità che sia dichiarato il fallimento di un imprenditore che non ha mai speso il proprio nome nell'esercizio dell'attività di impresa; di un imprenditore (collettivo), in altre parole, che, rispetto all'impresa stessa, è rimasto celato ai terzi, che hanno sempre interagito con un imprenditore individuale: di un imprenditore, finalmente, *occulto*.

Il rilievo sistematico della citata positivizzazione del fallimento della società occulta si ritroverebbe, in questa prospettiva, in ciò che il passaggio logico che conduceva dal fallimento del socio occulto di società palese a quello dei soci occulti di società occulta, precedentemente utilizzato come ponte logico per l'ulteriore affermazione della superfluità del requisito della spendita del nome - almeno ai limitati fini della dichiarazione di fallimento²³⁹ - per l'imputazione dell'impresa e del rischio ad essa connesso, è ora assunto al rango di dato positivo, ed anzi, potrebbe dirsi, incontroverso della norma²⁴⁰.

Cosicché simile acquisita certezza consentirebbe all'interprete di spostare in avanti la frontiera dell'interpretazione²⁴¹, arrivando sino alla domanda cruciale se la norma dell'art. 147, comma quinto, l. fall. sia (limitatamente alla parte in cui sancisce che può essere dichiarato il fallimento di un imprenditore – collettivo -, ovvero di un soggetto del quale non è mai stato speso il nome nel traffico giuridico) suscettibile di applicazione analogica o non sia piuttosto una norma eccezionale.

società occulta"; ed essendo il fallimento del socio conseguenza inevitabile del fallimento dell'ente sociale, ne discendeva immancabilmente la necessità della previa dichiarazione di fallimento dello stesso.

²³⁹ E da qui ancora era ricavata l'affermazione relativa al fallimento di qualsiasi soggetto che risultasse *dominus* di un'impresa formalmente esercitata da altri: su tale aspetto ancora P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, cit., p. 1238.

²⁴⁰ In quanto discussi, come si è visto nei §§ precedenti, sono sia il fallimento della società occulta che la (necessità dell'accertamento dell') esistenza della stessa.

²⁴¹ P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, cit., p. 1240.

La conclusione cui la citata dottrina giunge, prendendo spunto, in concreto, da un'intricata vicenda processuale, è quella per cui il comma quinto dell'art. 147 l. fall. non costituisce il mero recepimento di un orientamento della giurisprudenza, ma assurge al ruolo di principio generale del diritto (fallimentare); principio che implica la responsabilità di impresa per i soggetti che effettivamente la gestiscano²⁴².

Anche altra parte della dottrina, nell'aderire all'interpretazione maggioritaria per cui il quinto comma dell'art. 147 l. fall. avrebbe reso regola di diritto positivo il fallimento della società occulta, ha tuttavia sottolineato come la disposizione lascerebbe margine per opinare nel senso dell'introduzione del principio generale dell'imputazione degli effetti dell'attività di impresa alla stregua del criterio sostanziale della spendita dell'interesse e non già di quello formale della spendita del nome²⁴³.

Proprio la configurazione dello stesso quale regola generale, quantomeno sul terreno del diritto dell'impresa, implica che sia qui soppiantata la regola giuridico-formale della spendita del nome desunta dall'art. 1705 cod. civ., ritenuta invece paradigmatica²⁴⁴ della disciplina da applicare in materia di agire per conto.

²⁴² Risalta subito una differenza fondamentale rispetto alla posizione prima esaminata al § 2.1, perché in tal caso il fallimento della società rimane requisito indispensabile per applicare il meccanismo *ex* 147, comma primo, l. fall (la dottrina citata ritiene infatti che il comma quinto dell'art. 147 l. fall. abbia enunciato *per tabulas* la fallibilità della società occulta, e che da ciò – e solo da ciò - dipenda il fallimento dei soci illimitatamente responsabili), mentre altrove, come visto, è addirittura indicato come superfetazione rispetto all'intento perseguito dalla *ratio* della norma ovvero, più radicalmente, si ritiene che con riguardo alla fattispecie in esame non sia possibile neanche parlare di società occulta, riferendosi essa piuttosto al diverso caso della società palese che eserciti un dominio – occulto ovvero non riconosciuto - su un'attività di impresa altrui.

In altre parole, qui si muove dalla fallibilità della società occulta come dato positivo acquisito per desumerne degli ulteriori spunti applicativi, mentre la dottrina prima citata nega in radice che qui di società occulta si stia discutendo, oppure che sia necessaria l'effettiva dichiarazione di fallimento dell'ente sociale.

²⁴³ L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, cit., p. 1510.

²⁴⁴ Lo si è visto nel § 1 del primo capitolo.

Ciò, a sua volta, implica che non possano sussistere ostacoli all'applicazione analogica di tale principio, a mente dell'art. 14 disp. prel., oltre i casi ed i tempi in essa considerati²⁴⁵.

Entrambe le opinioni qui riportate, per quanto diverse in ordine all'*iter* ragionato, affermano dunque – seppure la prima più convintamente e la seconda in maniera più cauta, limitandosi invero più a prospettare una soluzione che a propugnarla – la valenza di principio generale di settore della *regula juris* contenuta nella soggezione al fallimento della società occulta, in grado di comportare ricadute sistematiche molto rilevanti sull'intero terreno del diritto dell'impresa e di spostare il criterio di imputazione dalla spendita del nome alla spendita dell'interesse²⁴⁶.

3.4 L'eccezionalità della norma.

All'opposto rispetto all'opinione appena riportata, in ordine alla possibile valenza generale del principio desumibile dalla disposizione in commento, si colloca invece chi ritiene che il fallimento della società occulta rappresenti una norma chiaramente eccezionale²⁴⁷.

Codesta interpretazione muove dalla (ritenuta) perdurante valenza, anche all'indomani della riforma della legge fallimentare, del solo criterio formale della spendita del nome.

Da tale affermazione discende che la società occulta non possa dirsi direttamente responsabile verso i terzi per le obbligazioni contratte per conto della stessa, ma in nome proprio, dall'imprenditore individuale, fino a quando quest'ultimo non sia dichiarato fallito; il soggetto che agisce

²⁴⁵ L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, *ibidem*.

²⁴⁶ Si v. *infra*, § 1.3 del terzo capitolo.

²⁴⁷ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, 2008, p. 66.

all'esterno in nome proprio è qualificato come mandatario senza rappresentanza della società occulta, cosicché anche dopo la nuova disciplina di cui al quinto comma dell'art. 147 l. fall. non può dirsi che l'attività di impresa sia imputata alla società in tutti i suoi effetti attivi e passivi.

Al di fuori della disciplina fallimentare, dunque, alla fattispecie della società occulta dovrà applicarsi la disciplina del mandato senza rappresentanza, in modo che l'unico mezzo di tutela dei creditori dell'imprenditore individuale nei confronti della società occulta successivamente scoperta può essere l'*actio mandati contraria* di cui all'art. 1719 cod. civ.

4. La formulazione dell'art. 147, comma quinto, l. fall. come occasione per una revisione delle condizioni d'uso dell'espressione "società occulta".

I. Nei paragrafi che precedono si è avuto modo di vedere come l'introduzione della norma di cui all'art. 147 l. fall., quinto comma, non possa essere semplicisticamente definito come accoglimento in sede legislativa dell'orientamento giurisprudenziale relativo all'assoggettamento a fallimento della società occulta; dimostrano tale assunto le diverse interpretazioni fornite dalla dottrina in ordine al suo impatto sistematico ed applicativo.

Dietro la generica affermazione della dottrina maggioritaria, per cui il legislatore avrebbe disposto il semplice accoglimento dell'opinione giurisprudenziale favorevole all'assoggettamento a fallimento della società occulta, i commentatori si sono divisi sia sull'ambito applicativo della norma (ora vista come consacrazione legislativa del suddetto orientamento, ora invece considerata quale conferma alla necessità di esteriorizzazione del vincolo sociale, con esclusione del fallimento della società occulta in senso

stretto) che sulla portata sistematica della stessa (invocandosi da alcune parti la valenza di regola generale - suscettibile di applicazione analogica anche alla fattispecie dell'imprenditore occulto e di fornire l'agognato sostegno del dato positivo alle celebri intuizioni fornite da tale teoria – e da altre l'eccezionalità della stessa al ristretto ambito fallimentare).

E' ora il momento di (cercare di) definire l'ambito applicativo della fattispecie che si viene qui esaminando, a partire dal vaglio delle proposte interpretative esaminate *supra*.

Partendo, in particolare, dalla tesi favorevole ad un'interpretazione della norma nel senso del fallimento dei soli soci illimitatamente responsabili ma non anche della società²⁴⁸, può dirsi che simile lettura pare togliere del

²⁴⁸ Cfr. § 3.1; si tralascerà in questa sede di commentare le implicazioni, di portata amplissima e comunque inconferente rispetto all'argomento del presente lavoro, dell'opinione riportata al § 3.3, in quanto il ragionamento insito in essa prende le mosse dalla positivizzazione del fallimento della società occulta per trarne delle indicazioni a favore dell'assoggettamento a fallimento dell'imprenditore occulto. Basta qui sottolineare come la tesi arrivi a sostenere che il contenuto della norma esplicita un principio generale a livello dell'ordinamento, che non può tollerare che a beneficiare di un rischio limitato nell'attività di impresa sia un soggetto il quale non utilizza gli strumenti messi a disposizione all'uopo dalla legge per raggiungere tale risultato; e, per far rafforzare la bontà delle proprie conclusioni, l'autore si richiama ad una tesi non recentissima in materia di responsabilità per esercizio dell'attività imprenditoriale.

In un'indagine storica sulla responsabilità in materia commerciale per l'esercizio di un'attività di impresa, un autore (M. MONTANARI, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990) aveva infatti individuato quali principi cardine in materia (i) la posizione c.d. dominicale sul patrimonio gestito ad impresa e sugli acquisti, incrementi e prodotti di essa quale presupposto per l'assunzione di responsabilità e (ii) la non necessarietà, né sufficienza, dal punto di vista storico, del requisito della spendita del nome ai fini dell'assunzione di siffatta responsabilità patrimoniale.

La teoria in commento sostiene la responsabilità adiettizia del *dominus* di un patrimonio gestito ad impresa sulla base di un principio generale desumibile in materia di fonti di obbligazioni; tale risultato è raggiunto sulla base della considerazione per cui esiste all'interno del nostro ordinamento un caso fisiologico di responsabilità patrimoniale per l'esercizio dell'impresa da parte di chi non spende il proprio nome nell'esercitarla, ovvero il caso della responsabilità dell'usufruttuario o affittuario di azienda, il c.d. gestore occulto.

A norma del primo comma dell'art. 2561 cod. civ., infatti, "*l'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue*"; tale norma pone dunque il problema della tutela dei terzi che, ignari del mutamento di gestione, abbiano contrattato facendo esclusivo affidamento sulla responsabilità del *dominus*.

Ci si è chiesti, in altre parole, chi rispondesse, per il caso che l'usufrutto (o l'affitto) d'azienda non risultassero dal registro delle imprese ed il gestore comunque non apparisse in altro modo ai terzi, dei

tutto rilievo alla presenza, nella norma di cui al quinto comma, della parola “società”.

Appare invero significativo che il legislatore, intervenendo per la prima volta e dopo più di sessant’anni dall’entrata in vigore della legge fallimentare su un tema quantomai controverso, abbia espressamente richiesto che l’attività svolta dall’imprenditore individuale (apparente) sia riferibile, sulla base di indici probatori, ad una struttura avente le caratteristiche dell’art. 2247 cod. civ., di cui l’erroneamente considerato imprenditore individuale sia in realtà – come sancito espressamente dalla disposizione - socio illimitatamente responsabile e, necessariamente (ché altrimenti non si avrebbe società), amministratore²⁴⁹.

debiti contratti da quest’ultimo nell’esercizio dell’impresa per il tramite dell’azienda presa in usufrutto ovvero in affitto.

A tal proposito si rileva come un costante indirizzo giurisprudenziale proclamasse non solo la responsabilità, *ex apparentia iuris*, del cedente, ma anche quella del nuovo gestore che agisce sotto l’antica ditta, rimanendo ignoto ai terzi (appunto, del c.d. gestore occulto).

Tale teoria è stata dunque invocata dalla tesi citata per corroborare l’interpretazione che la norma sul fallimento della società occulta non sarebbe eccezionale, ma avrebbe espresso in maniera compiuta un principio generale di impossibilità di esercizio di un’impresa in regime di assoluta irresponsabilità, con la conseguente sua applicabilità anche al caso dell’imprenditore occulto.

Per la verità, la riferita tesi a carattere storico presenta più di un aspetto non condivisibile, come bene evidenziato da A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, tomo II, Torino, 1993, p. 454, soprattutto in ciò che (i) la qualificazione dell’usufruttuario di azienda come gestore occulto non pare cogliere nel segno e, più di ogni altra cosa, (ii) la responsabilità illimitata dei soci nelle società di persone non si connette affatto, automaticamente, alla loro posizione dominicale, intesa come diritto di proprietà, sull’impresa sociale.

Più in generale, la tesi citata non esplicita in maniera chiara in che modo il criterio di imputazione ritenuto generale si ricollegli alla regola dell’art. 2208 cod. civ.; se, in altri termini, sia necessaria la dichiarazione, o la riconoscibilità (ritenuta indispensabile per il caso dell’instatore) della qualità professionale del soggetto agente.

A parte il tenore testuale, come visto tutto tranne che univoco, dell’art. 147, comma quinto, l. fall., tale tesi pare cioè non avere agganci testuali nel diritto positivo, cosicché l’affermazione principale di essa si risolve in una petizione di principio, nel quale la proposizione che deve essere provata (la valenza di regola generale del criterio di imputazione basato sulla spendita dell’interesse) è supposta implicitamente o esplicitamente nelle **premesse**, e data per scontata durante il ragionamento che dovrebbe dimostrare che è vera.

²⁴⁹ Soggetto pertanto alla disciplina dell’art. 2257 cod. civ.

La giusta considerazione e valorizzazione dell'espresso riferimento ad una struttura con le caratteristiche della società di persone, sebbene non iscritta nel registro delle imprese, consente di definire con maggiore precisione l'ambito della fattispecie.

II. Va infatti considerato, per altro verso, che la valorizzazione del linguaggio utilizzato dal legislatore, come insegnato da autorevole dottrina, impone l'adozione di una fondamentale cautela conoscitiva²⁵⁰, consistente nella valutazione della relatività della fattispecie alla disciplina: ciò nel senso che l'utilizzo di un determinato lemma o di una determinata espressione non può essere interpretato solo rifacendosi alla definizione codicistica di esso.

Il percorso logico non può dunque muovere dalla fattispecie alla disciplina, ma deve necessariamente prendere le mosse dalla disciplina per poi interrogarsi sulla fattispecie che ne condiziona l'applicazione²⁵¹.

L'insidia insita nel primo modo di ragionare consiste, evidentemente, nel pericolo di reificazione del linguaggio legislativo, ovvero nell'assegnazione di un referente costante ad ogni termine ivi utilizzato, ciò che implicherebbe, a sua volta, il rischio di uniformazione delle condizioni di applicazione di discipline diverse da loro dal punto di vista dei valori tutelati sulla sola scorta della salvaguardia dell'uniformità del linguaggio.

In altri termini, ed applicando il ragionamento alla fattispecie in esame, il mero utilizzo del termine "società" all'interno della norma in esame non implica, per ciò solo, l'assegnazione ad esso del referente disciplinare di

²⁵⁰ P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1992, VII, p. 39.

²⁵¹ "E' solo prescelta una determinata disciplina – al limite una singola norma (benché non esaurita da un singolo enunciato normativo) - che è conoscitivamente legittimo interrogarsi sulla fattispecie che ne condiziona l'applicazione": sic P. SPADA, voce *Impresa*, cit., *ibidem*.

cui all'art. 2247 cod. civ.²⁵², ove tale utilizzo non sia accompagnato da elementi sistematici in grado di orientare l'interprete verso una soluzione piuttosto che un'altra²⁵³.

Simili elementi sistematici paiono tuttavia sussistere nel caso di specie, poiché l'utilizzo della parola società è riscontrato in un articolo della legge fallimentare dedicato, come da rubrica, al fallimento delle società, non essendo revocabile in dubbio che ci si riferisca, in tal caso, al fallimento di una struttura avente le caratteristiche di cui all'art. 2247 cod. civ., e conforme ad uno dei tipi disciplinati dalla norma stessa²⁵⁴.

Non pare legittimo, alla luce di ciò, inferire dal tenore letterale della disposizione che essa ha ad oggetto un esercizio in comune di un'attività economica non sussumibile nello schema societario, un, come si è scritto, rapporto occulto tra più soggetti privo di valenza organizzativa e insuscettibile di far sorgere un autonomo soggetto di diritto assoggettato in quanto tale a fallimento; ché anzi, come si è in parte visto e sarà approfondito, intanto il meccanismo di estensione del fallimento viene applicato in quanto i comportamenti riscontrati in sede probatoria siano

²⁵² Ancora sul tema, in maniera illuminante, P. SPADA, voce *Impresa*, cit., *ibidem*: “L'uniformità del linguaggio può essere solo un indizio della uniformità della fattispecie e, in quanto tale, fungere (in virtù di una postulata unità dell'ordinamento giuridico) da criterio residuale di identificazione di questa; residuale nel senso che ad esso è consentito ricorrere solo quando dalla disciplina prescelta non sia possibile risalire, testualmente, (micro)sistematicamente, teleologicamente, al modello di fatto che ne funge da presupposto”.

²⁵³ Chiaramente sul punto L. SALAMONE, *La proprietà del mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 81, ove l'osservazione (in quella sede riferita al concetto di rivendicazione rispetto alla norma di cui all'art. 948 cod. civ., ma dotata di valenza generale e metodologica) per cui postulare che all'utilizzo di un termine corrisponda sempre un determinato referente legislativo corrisponde ad un approccio dogmatico, in quanto finisce per utilizzare un modello concettuale in associazione di una denominazione non imposta dal lessico legislativo senza sottoporla alla prova di resistenza che riguarda il piano delle regole che essa è effettivamente indirizzata ad applicare.

²⁵⁴ In questo caso, una società in nome collettivo.

sussumibili nella fattispecie societaria, e non in altre seppure contigue ad essa²⁵⁵.

L'accertamento della possibilità di riferire l'attività svolta ad una collettività comprende, necessariamente, quello sulla sussistenza, dedotta dagli indizi e prove ritrovati, della stessa, cosicché una volta che si sia appurata l'effettiva partecipazione di altri soggetti all'attività apparentemente individuale, non sussumibile in altre fattispecie (come l'associazione in partecipazione) né giustificabile altrimenti (come *affectio familiaris*, ad esempio) che come volontà di legare le comuni sorti a quelle di una stessa iniziativa – allora comune – appare giocoforza affermare la sussistenza di una struttura con tutte le caratteristiche previste dall'art. 2247 cod. civ.²⁵⁶.

III. Ancora, può osservarsi che, se pure è vero che il quinto comma dell'art. 147 l. fall. sembrerebbe, dal punto di vista letterale, disciplinare solo il meccanismo dell'estensione del fallimento agli altri soci del soggetto dichiarato fallito, è altresì vero che quest'ultimo presuppone che la dichiarazione di fallimento della società, da cui dipende tanto quella dei soci palesi quanto quella, successiva, dei soci occulti, sia già avvenuta.

In altre parole, il quinto comma richiama lo “stesso modo” del precedente, secondo cui deve essere dichiarato il fallimento anche degli altri soci occulti la cui esistenza risulti: da tale angolo visuale, dunque, potrebbe sostenersi che, ritenendo assoggettata a fallimento anche la società occulta, non si sarebbe in presenza dello “stesso modo” del comma precedente, ma di

²⁵⁵ La stessa costruzione della società apparente è oggetto di numerose critiche da parte della dottrina proprio sulla base del fatto che si tratterebbe di una società non vera, non realmente esistente tra i soci, e dunque non sussumibile in alcun modo nella fattispecie di cui all'art. 2247 cod. civ.

²⁵⁶ Ancora A. NIGRO, *Il fallimento del socio*, cit., p. 146, nota 56, il quale nota che di società occulta può parlarsi “con riferimento all'ipotesi in cui sussistano tutti gli elementi strutturali di una società commerciale (patrimonio comune; affectio societatis; scopo di divisione degli utili; oggetto commerciale)”.

un meccanismo estensivo del fallimento peculiare, che combina (i) la necessità di fallimento della società al fine di (ii) estendere il medesimo agli altri soci: una sorta di fallimento in estensione ascendente prima, e discendente poi²⁵⁷.

In realtà, però, se l'inciso più volte citato venisse riferito all'intero quarto comma, la norma potrebbe essere interpretata in maniera sistematicamente più coerente: tale comma, infatti, disciplina l'emersione di altri soci occulti dopo la dichiarazione di fallimento della società.

Ecco allora che quell'inciso iniziale presuppone anche in tal caso come necessario il previo fallimento dell'ente sociale individuato, che funge da presupposto logico, cronologico ed anche normativo, del successivo fallimento in estensione degli altri soci.

Né pare possibile sostenere che l'accertamento dell'identità di impresa tra attività esercitata dall'imprenditore dichiarato fallito e quella riconducibile alla società occulta sia in grado di legittimare il fallimento c.d. implicito della società occulta: prassi che, se può essere compresa dal punto di vista pratico, non è condivisibile dal punto di vista logico e normativo, poiché l'accertamento dell'identità di impresa costituisce certo un momento ineliminabile nell'ipotesi di risultanza di una società occulta, ma non esime dall'accertamento, da parte del tribunale, della sussistenza di una società occulta tra i vari soci e, soprattutto, dell'insolvenza delle stessa.

L'identità di impresa verrà allora in rilievo quale importante discriminare tra insolvenza per debiti personali ed insolvenza derivante dall'inadempimento delle obbligazioni di impresa, ma non può implicare che non sia necessaria una sentenza autonoma di fallimento, volta ad individuare

²⁵⁷ In quanto in tal caso il procedimento è volto ad accertare dapprima il fallimento della società, per poi ripercuotersi sui soci illimitatamente responsabili: così M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione*, cit., p. 435.

un nuovo soggetto imprenditore ed anche un distinto patrimonio, in senso tecnico, rispetto a quello del soggetto già dichiarato fallito²⁵⁸.

Per tutti i motivi suesposti, l'interpretazione c.d. funzionalista del quinto comma dell'art. 147 l. fall., seppure prenda le mosse dalla corretta individuazione dello scopo precipuo della norma²⁵⁹, non appare condivisibile.

IV. Per ciò che attiene invece all'interpretazione definita riduzionista dell'art. 147²⁶⁰, comma quinto, della legge fallimentare (a mente della quale la società occulta propriamente detta non rientra nell'ambito della norma, perché essa dovrebbe riferirsi al caso in cui l'impresa appare individuale in virtù di un'affrettata ricostruzione ovvero al caso in cui l'occultamento sarebbe riscontrabile solo nella relazione intercorrente tra una società e l'attività posta in essere dal socio in proprio nome, essendo dunque la società palese ma con un dominio occulto su impresa altrui), va notato, innanzitutto, come essa sembri configurare una dualità di iniziative che nella lettera della legge non trova riscontro.

Sembrirebbe, infatti, che si sia qui in presenza di una iniziativa individuale sotto il dominio (occulto) di una società che esercita la propria attività in maniera palese; mentre la formulazione del quinto comma dell'art.

²⁵⁸ Sul punto, chiaramente, il già ricordato pensiero di U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione*, cit., 1680: *“Poiché l'insolvenza che può portare al fallimento è insolvenza non dell'impresa, ma del soggetto imprenditore, al quale occorre perciò riferirsi per valutare l'esistenza dello stato di insolvenza (art. 5 l. fall.), non può escludersi che l'insolvenza della persona fisica, apparente imprenditore individuale, non sia insolvenza della società occulta. E' allora necessario chiedersi se il tribunale per dichiarare il fallimento della società occulta debba accertare l'insolvenza anche della società, o possa limitarsi all'accertamento dell'insolvenza dell'apparente imprenditore individuale”*.

²⁵⁹ Si è visto che la norma nasce, più che dall'affermazione del fallimento della società occulta, dalla necessità di coinvolgimento nel dissesto dei soci dell'imprenditore dichiarato fallito, anche perché, esclusa la marginalità dei casi in cui vi siano ulteriori beni nella disponibilità della collettività, la soddisfazione dei creditori dipenderà in grande misura dalla possibilità di aggredire il patrimonio degli ulteriori soggetti coinvolti nella procedura fallimentare, dal momento che l'insolvenza della collettività si è già rivelata in quella dell'imprenditore individuale, a meno che essa non si accerti dipendere anche da debiti personali di quest'ultimo.

²⁶⁰ Cfr. § 2.1

147 l. fall. mette di fronte l'interprete ad alcuni dati difficilmente controvertibili, ovvero (i) la presenza di un'unica attività di impresa coinvolta nella procedura fallimentare²⁶¹, (ii) la riferibilità della stessa in capo ad una società, della quale, è vero, non si dice che sia occulta, ma non si dice neanche che debba essere palese e che occulta debba qualificarsi solo la relazione con l'impresa (allora, si ripete, *un'altra* impresa) esercitata dal soggetto dichiarato fallito, ma soprattutto (iii) la qualifica di funzionario di un'iniziativa collettiva contenuta nella definizione del soggetto dichiarato fallito come socio illimitatamente responsabile della società cui l'attività imprenditoriale da questi espletata sia riferibile, cosicché la legge stessa mette in evidenza che si tratta di un'unica impresa, e non mai di iniziative distinte tra loro occultamente collegate.

V. Ancora, può osservarsi che se tale interpretazione implica la necessità della previa dichiarazione di fallimento della società e, come conseguenza, dei soci, essa esclude, di contro, dall'assoggettabilità a fallimento la vera e propria società occulta, costituita con il comune intento di celare la struttura collettiva ai terzi.

Non risulta chiaro, tuttavia, il modo con il quale la struttura il cui carattere entificato e sociale emerga in un momento successivo debba essere accertato, posto che il problema della necessità dell'esteriorizzazione è qui risolto positivamente.

Cosicché se la società occulta propriamente detta (quella cioè costituita sulla base di un patto di occultamento tra i sodali, mirante a non esteriorizzare la propria esistenza in alcun modo all'esterno) non rientra nell'ambito della norma, questa dovrebbe, come detto, riferirsi al caso in cui

²⁶¹ L'attività che viene riferita dalla società, infatti, appare inequivocabilmente la medesima attività già svolta dall'imprenditore individuale dichiarato fallito.

l'impresa appare individuale in virtù di un'affrettata ricostruzione, di, come pure è stato sostenuto²⁶², un'esteriorizzazione "sfuggita" alla sentenza dichiarativa di fallimento, e non mai ad altre ipotesi.

Non si capisce, allora, come si possa affermare che, in ordine alla fattispecie della società occulta, un punto discusso sia quello relativo alla necessità o meno dell'esteriorizzazione del vincolo sociale²⁶³, *rectius* sarebbe necessario affermare che si fa, in tal caso, un utilizzo della locuzione società occulta simile a quello che la giurisprudenza risalente faceva del sintagma socio occulto, riferendosi (anche) ai rapporti sociali esteriorizzati eppure sfuggiti alla prima dichiarazione di fallimento, laddove invece è poi invalso, soprattutto in dottrina, l'utilizzo del termine in senso stretto, riferito cioè ai soli rapporti sociali non esteriorizzati affatto nei confronti dei terzi²⁶⁴.

VI. Per tutti i motivi suesposti, la norma dell'art. 147, comma quinto, l. fall. pare riferirsi ad una fattispecie che potremmo chiamare *individuazione successiva del carattere sociale di un'impresa*, che comprende al suo interno tanto l'ipotesi di una società costituita con l'intento di celarne l'esistenza e di palesare all'esterno solo un socio, ma nella veste di imprenditore individuale (*id est* la società occulta vera e propria), quanto le

²⁶² F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, cit., p. 308, in nota, allorché l'autore, nel riassumere il notissimo passaggio logico della teoria bigiaviana basato sull'applicazione analogica del secondo comma dell'art. 147 l. fall. (contenente la disposizione sul socio occulto di società palese) al caso dell'imprenditore occulto e della società occulta, ipotizza una lettura "*neutra rispetto al problema della spendita del nome e, pertanto, assai meno pericolosa*", tale per cui la norma "*potrebbe anche avere, puramente e semplicemente, lo scopo di sancire e disciplinare la fallibilità di ulteriori soci la cui esistenza, sebbene esteriorizzata, fosse sfuggita, per una ragione qualsiasi, alla sentenza dichiarativa del fallimento sociale*".

²⁶³ Così infatti F. VASSALLI, *Commento all'art. 147*, cit., p. 1934: "*discussi, invece, sono i seguenti profili [...]: se sia necessaria l'esteriorizzazione del vincolo sociale per l'imputazione di responsabilità alla società verso i terzi e, dunque, per il suo assoggettamento al fallimento...*".

²⁶⁴ Si rimanda sul punto al capitolo primo, § 3.

ipotesi, già citate²⁶⁵, in cui risulti l'esistenza di una struttura sociale laddove sembrava esserci solo un'impresa individuale, ma ciò indipendentemente dalla volontà di tenere celato l'esercizio in comune dell'attività economica²⁶⁶.

Tale acquisizione pare peraltro confermata alla luce dell'*excursus* compiuto nel primo capitolo in merito alla storia giurisprudenziale degli interessi sottesi al fenomeno che si viene studiando²⁶⁷.

In quella sede, infatti, si era avuto modo di notare come le situazioni eterogenee di fronte alle quali la giurisprudenza si era trovata a districarsi avessero prodotto decisioni che si occupavano tanto dell'assoggettabilità a fallimento di società occulte vere e proprie, e cioè di società esistenti ma non esteriorizzate – ovvero società che non abbiano mai speso il proprio nome nei traffici commerciali - quanto del fallimento in estensione di società (e conseguentemente dei soci) scoperte, sebbene già esteriorizzate, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale; quelle a proposito delle quali illustre dottrina fallimentarista aveva avuto modo di parlare di esteriorizzazione sfuggita²⁶⁸.

Proprio le esigenze pratiche sottese all'ambito fallimentare, unitamente alla richiamata eterogeneità delle fattispecie di società non

²⁶⁵ V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, cit., p. 306; F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, cit., p. 308; F. GALGANO, *Società occulta*, cit., p. 702, allorché si nota come “società occulta” non equivale a società segreta, poiché la società rimane, dal punto di vista giuridico, occulta anche se venga svelata la sua esistenza ai terzi.

²⁶⁶ La legge non richiede infatti come necessario ai fini dell'applicazione della relativa disciplina che la società in questione sia occulta, ma solo che ad essa risulti riferibile l'attività svolta dall'imprenditore individuale dichiarato fallito; se si comprendesse nel suo ambito applicativo anche l'ipotesi menzionata, dunque, potrebbero essere superate le osservazioni di quella parte della dottrina che, facendo leva sul dettato letterale della norma, che non predica la qualità di occulta della società, sostiene, come visto, che la riconoscibilità della società verso i terzi non risulti legalmente soppressa, e debba dunque ancora adesso essere richiesta: cfr. A. NIGRO, sub art. 147, cit., p. 2181; ID., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., p. 146.

²⁶⁷ Si rimanda sul punto al § 3.

²⁶⁸ Vale la pena ripetere le parole di V. ANDRIOLI, voce “*Fallimento*”, cit., che riportava all'ambito applicativo della norma anche le ipotesi in cui “*l'attività imprenditoriale, a seguito di più matura riflessione, sia riferibile alla società...*”; ID., *Fallimenti sociali*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 793.

operanti in modo – l’espressione è volutamente utilizzata in forma atecnica – “regolare”, fanno propendere per l’interpretazione secondo cui la riforma della legge fallimentare ha circoscritto e ridotto il campo applicativo della fattispecie rispetto a ciò che parte della dottrina aveva sostenuto.

Il legislatore ha formulato una norma nella quale è messo al centro il rapporto societario intercorrente tra il soggetto che agisce quale funzionario della collettività ed i suoi occulti sodali; e se essa, come detto, non può essere considerata *sic et simpliciter* come l’accoglimento dell’orientamento giurisprudenziale in materia di società occulta, non può neanche, all’esito di un’analisi della fattispecie, essere interpretata nel senso dell’esclusione del fallimento della società occulta in senso proprio.

Essa sembra in realtà formulata come un contenitore, in grado di tenere assieme delle fattispecie anche eterogenee tra di loro (si pensi alla società exteriorizzata ma non dichiarata fallita e alla società occulta vera e propria, che rimane tale indipendentemente da una involontaria exteriorizzazione), riunite, purtuttavia, sotto il concetto di riferibilità, da un lato, e di rapporto societario²⁶⁹ che deve necessariamente legare il soggetto

²⁶⁹ E tale spunto – sibbene si riferisca a materia esulante dai limiti del presente scritto - può avere una qualche utilità anche per demarcare la fattispecie di cui ci si occupa da altre, seppur limitrofe: si era infatti opinato che il fenomeno della società occulta fosse da inquadrare nella più ampia problematica dell’imprenditore occulto, trattandosi in entrambi i casi di un soggetto, perlopiù persona fisica, esercente un’attività di impresa commerciale in nome proprio, ma per conto e nell’interesse di un diverso soggetto, persona fisica (nel caso dell’imprenditore occulto) o ente collettivo societario (società occulta): *cfr.*, in luogo di altri, F. D’ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, *cit.*, p. 305 ss.; G. FERRI, C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, *cit.*, p. 200.

Di qui (e, dunque, dalla considerazione di una differenza *quantitativa* tra i fenomeni) anche il celebre esempio bigiaviano sull’assurdità della circostanza per cui, in presenza di due soggetti (prestanome e imprenditore occulto) il secondo non debba fallire, mentre se invece i soggetti sono tre (imprenditore individuale apparente e due soci occulti) il fallimento possa essere invece dichiarato.

Ma è proprio tale interpretazione, basata sull’accomunare le due situazioni (e, nel caso di società di capitali, anche la fattispecie dell’azionista tiranno) a poter essere messa quantomeno in discussione alla luce della nuova formulazione della norma, che espressamente fa riferimento ad una persona fisica esercente attività di impresa ma a cui sia riferibile l’attività di un ente collettivo societario - non già, si badi, di un interponente persona fisica - di cui egli faccia parte.

che agisce ai soggetti chiamati a rispondere in sede concorsuale dei debiti dal primo contratti, dall'altro lato²⁷⁰.

Un'interpretazione che tenesse assieme le due ipotesi, ovvero coinvolgesse anche quella del fallimento dell'imprenditore individuale dietro cui si celi una società che si sia in qualche modo esteriorizzata, ma la cui esteriorizzazione, intesa nel senso già spiegato di emersione di comportamenti qualificabili come sociali svolti dai pretesi soci nei confronti dei terzi non sembra, innanzitutto, incompatibile col dettato normativo, soddisfatto dalla presenza di una impresa erroneamente qualificata come individuale (ciò che avverrebbe in entrambe le ipotesi) di cui risulti la riferibilità.

In tale modo, inoltre, si comprenderebbe meglio anche il mancato esplicito riferimento da parte del legislatore all'ipotesi della società occulta in senso stretto²⁷¹.

Il concetto stesso di riferibilità si rivelerebbe allora idoneo a tenere insieme fattispecie tra loro non coincidenti, accomunate dal mancato coinvolgimento di ulteriori soci (o della struttura sociale) nella prima

Anche P. PISCITELLO, *Ambito di applicazione delle discipline della crisi*, cit., p. 116, insiste sul fatto che sulla base degli attuali dati normativi non può essere affermata l'estensione delle procedure concorsuali all'imprenditore occulto, non potendo essere derogato il principio generale della spendita del nome; inoltre, l'autore valorizza la circostanza per cui il quinto comma dell'art. 147 l. fall. regola una fattispecie in cui, pur appearing ai terzi un'impresa individuale, sussiste una società tra due o più soggetti, mentre *“la fattispecie dell'esercizio di un'impresa individuale tramite prestanome è qualitativamente diversa da quella della società occulta, poiché non esiste alcuna società tra l'imprenditore occulto ed il prestanome”*.

²⁷⁰ Una lettura della disposizione, “aggiornata” all'intervento del legislatore, consente pertanto di escludere, come si è da alcune parti sostenuto, che il soggetto che compia gli atti in nome proprio ma per conto della società sia anche un non socio, bensì un soggetto “estraneo” all'occulta compagine: si veda ad es. M. GHIDINI, *Società personali*, cit., p. 252; G. FERRI, C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 200.

²⁷¹ Del resto, è stato notato che anche la dichiarazione di fallimento in estensione del socio occulto possa aversi sia nel caso in cui con la sentenza dichiarativa del fallimento di una società iscritta non sia stato dichiarato il fallimento del socio non iscritto, ma che coi comportamenti avesse manifestato la propria partecipazione alla società che nel caso del fallimento del socio non iscritto ed altresì rimasto occulto nel corso della vita sociale: U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione*, cit., p. 1675.

dichiarazione di fallimento e dal recupero all'esecuzione concorsuale in favore dei creditori sociali di tali soggetti in un momento successivo.

Codesta interpretazione si attaglia all'eterogeneità della casistica fallimentare, dimostrandosi idonea ad adattarsi ad ogni caso in cui successivamente alla dichiarazione di fallimento di un soggetto si riveli, *rectius* risulti (a prescindere dalle modalità con cui ciò avvenga, ma non per questo soltanto non ricomprendendosi nell'ambito applicativo anche l'ipotesi della società non esteriorizzata²⁷²), la sussistenza di ulteriori soci²⁷³ ovvero di una attività svolta, in concreto, da una società commerciale, in cui cioè più

²⁷² In senso simile sembra orientato P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive*, in U. APICE (diretto da), *La procedura fallimentare*, Torino, 2010, II, p. 823; sebbene l'autore argomenti dapprima che "la riferibilità dell'impresa del fallito ad una società lascia automaticamente pensare al fallimento della società occulta e dei suoi soci, poiché ben difficilmente l'estensione del fallimento avviene nei confronti di una società palese, in quanto di questa il tribunale fallimentare ne percepisce l'esistenza prima dell'avvio della procedura a carico di un suo socio illimitatamente responsabile", finisce poi per ritenere, anche sulla base della considerazione per cui "la norma non dice espressamente se la società alla quale sia riferibile l'impresa del fallito debba essere palese oppure occulta, e nemmeno se il rapporto sociale debba essere occulto", che l'ambito applicativo ricompreso nella previsione normativa, e dunque la disciplina dettata, sia lo stesso sia nell'ipotesi di estensione del fallimento individuale ad una società palese che in quella dell'estensione del fallimento individuale ad una società occulta.

²⁷³ In tal senso peraltro giurisprudenza recente: si veda infatti App. Lecce, 3 marzo 2010, consultabile su www.ilcaso.it, riferita ad una fattispecie concreta in cui si era eccepita la carenza di legittimazione in capo al curatore di richiedere il fallimento di soci palesi sfuggiti alla dichiarazione di fallimento sulla base del fatto che, trattandosi di soci palesi, per essi dovrebbero vigere le regole generali e non invece quella di cui al comma quarto dell'art. 147 l. fall., in quanto quest'ultima disposizione si occupa esclusivamente dei soci rimasti occulti.

Il provvedimento citato, pur partendo dalla considerazione per cui "l'iniziativa processuale finalizzata alla declaratoria in estensione del fallimento dei soci è dalla norma attribuita al curatore limitatamente ai soci occulti individuati dopo la dichiarazione di fallimento in ragione del fatto che prima di tale dichiarazione non esiste un curatore e che i soci palesi, agevolmente individuabili, sono automaticamente dichiarati falliti a seguito del fallimento della società (in seguito ad iniziativa unica volta al fallimento della società e, contemporaneamente, dei soci illimitatamente responsabili)", afferma che ciò non esclude che "ove [...] per particolari vicende processuali, residuo dopo la declaratoria di fallimento della società soci, ancorché non occulti, non assoggettati a fallimento secondo le regole ordinarie, ben possa ritenersi sussistente la legittimazione del curatore, il quale agisce esercitando una facoltà propria dei creditori che rappresenta, a chiedere il fallimento in estensione: l'iniziativa attribuita al curatore con riguardo alle situazioni occulte rinvenute dopo il fallimento legittima, a fortiori, lo stesso curatore all'iniziativa nei confronti dei soci palesi sfuggiti per evenienze anomale, come nella specie, all'estensione automatica conseguente al fallimento della società".

Seppure di carattere spiccatamente processuale, la pronuncia fornisce una conferma del valore plurivoco assegnato dalla giurisprudenza al meccanismo dell'estensione del fallimento, su cui ci si era soffermati nella parte conclusiva del primo capitolo.

soggetti abbiano svolto in comune l'attività del debitore fallito, abbiano assunto le decisioni funzionali allo svolgimento di tale attività e si siano ripartiti gli utili²⁷⁴.

VII. Laddove si condivida ciò che precede, una conseguenza logica che potrebbe inferirsi è che la norma esprime il principio per cui è soggetto alla dichiarazione di fallimento (anche) l'ente sociale il cui nome non è stato speso nel traffico giuridico.

Ma a mente dell'art. 1 l. fall., come noto, possono fallire solo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale: dunque la società occulta, se fallisce, deve essere considerata un imprenditore commerciale collettivo²⁷⁵, ciò che a sua volta implica e presuppone che la spendita del nome non costituisca requisito indispensabile, in sede fallimentare (restando, certo, da appurare se eccezionalmente, per la norma in esame, o meno), ai fini della qualifica di imprenditore commerciale²⁷⁶ - in questo caso, della società.

²⁷⁴ P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive*, cit., p. 823.

²⁷⁵ Particolarmente importante pare essere tale conclusione allorché si consideri come autorevole dottrina (soprattutto si veda T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, *passim* e spec. p. 240 ss.) aveva ritenuto che “nella c.d. società occulta non v'è una collettività che possa divenire imprenditrice perché nessun atto viene compiuto dalla collettività; imprenditore sarà il solo gerente, che a sua volta potrà rivolgersi verso i mandanti, nei suoi confronti (illimitatamente) responsabili, ma i terzi non potranno agire direttamente verso questi, appunto perché non hanno trattato con una società (ciò che invece li autorizzerebbe a contare sulla responsabilità di tutti i soci e perciò anche di quelli occulti della società con la quale hanno trattato), ma con una persona fisica (che agisce, torniamo a ricordare, in nome proprio) e che, essa, diviene imprenditore...”.

Non vi sarebbe, nel nostro ordinamento, alcuna situazione in cui la responsabilità per un'attività compiuta viene estesa a chi non sia soggetto della stessa in virtù della soggettività degli atti che la integrano.

²⁷⁶ Cfr. sul punto G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 230: “E' imprenditore, dispone l'art. 2082 cod. civ., chi esercita un'attività economica al fine della produzione o scambio di beni o servizi; né da tale disposizione normativa né da altre norme è dato desumere che l'assunzione della qualifica di imprenditore commerciale presuppone la spendita del nome. Necessario e sufficiente, a tal fine, l'esercizio di fatto dell'attività imprenditoriale [...] L'unico modo, previsto dal legislatore, per esercitare un'attività commerciale senza essere imprenditore, limitando la propria responsabilità patrimoniale ed evitando la possibilità di andare soggetto alla dichiarazione di fallimento, è di operare attraverso una società fornita di personalità giuridica, la sola responsabile per le obbligazioni poste in essere”.

In conclusione, pertanto, la società occulta fallisce, ed è dunque a tutti gli effetti della legge fallimentare un imprenditore commerciale collettivo, proprio perciò assoggettato a fallimento.

L'ultimo capitolo del lavoro sarà dedicato, quindi, a saggiare la tenuta di tali possibili inferenze logiche ed interpretative, sulla scorta di una più approfondita analisi *(i)* di alcune parole, o “momenti” della norma, che assumono una valenza centrale nel dettato del quinto comma dell'art. 147 l. fall. e, soprattutto, *(ii)* della valenza microsistemica tanto di esso quanto dell'intera norma dell'art. 147 l. fall., ciò che ancora *(iii)* dovrebbe finalmente fornire una risposta in ordine all'eccezionalità o valenza di regola generale della norma.

L'esteriorizzazione del vincolo sociale, ovvero la spendita del nome sociale, non è dunque indispensabile per l'esistenza della società: *cfr.* R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2099; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 298; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 602.

CAPITOLO TERZO

IL CRITERIO DELLA RIFERIBILITÀ ED IL (MICRO?)SISTEMA NORMATIVO DELL'ART. 147 L. FALL.

Premessa; 1.1 Il criterio inedito della riferibilità dell'attività di impresa (apparentemente) individuale alla società; 1.2 Ricerca di una pregnanza semantica del concetto. La presenza di esso in altre norme di legge; 1.3 La riferibilità nella contrapposizione decisione – dichiarazione. Valenza probatoria del concetto; 1.4 Rilevanza della (modalità di attuazione della) attività dal punto di vista obiettivo; 2. Il profilo partecipativo-soggettivo; 3. Il fallimento della società occulta nel (micro?)sistema dell'art. 147 della legge fallimentare. Eccezionalità della norma.

Premessa.

La disamina compiuta nei due capitoli precedenti ha permesso di delimitare, se chi scrive non si inganna, l'ambito applicativo della norma, includendo al suo interno tanto la fattispecie della società occulta in senso stretto, costituita col preciso intento – consacrato nel patto di occultamento - di non comparire, di fronte ai terzi, come struttura sociale, quanto il fenomeno, più sfumato eppure non infrequente nella prassi prefallimentare, dell'esteriorizzazione sociale semplicemente sfuggita al tribunale fallimentare nella dichiarazione di fallimento del socio-imprenditore individuale apparente.

E' ora necessario proseguire nell'approfondimento di alcuni aspetti della norma dell'art. 147 l. fall., notando come essa possa essere ulteriormente analizzata nei seguenti elementi: (i) esercizio dell'attività di impresa commerciale da parte di un imprenditore individuale; (ii) dichiarazione di fallimento a carico di tale imprenditore; (iii) “risultanza”, nell'ambito della relativa procedura fallimentare, della riferibilità dell'attività svolta da

quest'ultimo ad una società commerciale; (iv) qualificazione, sulla base di un idoneo corredo probatorio, dell'apparente imprenditore individuale come socio illimitatamente responsabile della ritrovata struttura sociale²⁷⁷.

Nell'ambito di una tale disamina, dunque, alcuni momenti – ed alcune espressioni presenti nella norma – sembrano assumere un'importanza particolare: ci si riferisce, innanzitutto, al tramite sulla base del quale si attiva, in sede fallimentare, il meccanismo di estensione della procedura concorsuale, ovvero alla risultanza della riferibilità dell'impresa già dichiarata fallita ad una società.

Simile risultanza era già richiesta nel secondo comma del medesimo articolo con riguardo all'esistenza di ulteriori soci della società dichiarata fallita; il sostantivo viene ora ripetuto con – il *calembour* appare inevitabile – riferimento alla riferibilità dell'attività di impresa.

Posto che il tenore letterale della norma nulla dice in ordine all'occultamento del rapporto sociale, bisogna chiedersi cosa significhi che, nell'ambito del procedimento fallimentare, risulti la riferibilità di un'impresa ad una società, ed indagarne, in particolare, la valenza probatoria e processuale.

In secondo luogo, viene in rilievo il fatto che il criterio della riferibilità è predicato rispetto all'impresa, ovvero ad un'attività²⁷⁸ l'imputazione dei cui effetti, ai fini del diritto fallimentare, subisce una modifica in virtù dell'accertamento della comunanza della titolarità su di essa.

La norma si presenta cioè come norma scritta a misura di un'intera attività, e non già di singoli atti.

²⁷⁷ E' stato osservato che per il legislatore della riforma fallimentare è indispensabile, ai fini dell'estensione del fallimento alla società occulta, che l'attività dell'imprenditore fallito sia riferibile alla società, a nulla rilevando l'esteriorizzazione del vincolo sociale: così P.L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive, cit.*, p. 823.

²⁷⁸ Per una più attenta valorizzazione di tale aspetto, si veda *infra*, § 1.4.

Ancora, in questa prospettiva, deve essere valorizzato il profilo partecipativo presente nella disposizione, e ciò nel senso che l'utilizzo di un preciso linguaggio legislativo, di cui si è fornito in precedenza riscontro, teso a sottolineare la natura societaria del rapporto intercorrente tra il soggetto dichiarato fallito e la struttura sociale realmente esistente, sembra essere indirizzato a porre in risalto il fatto (obiettivo) della partecipazione ad una attività inteso come attività diretta alla gestione di un valore, il fatto oggettivo, ancora, di porre in rilievo la naturale tensione della vicenda societaria al conseguimento di un incremento di valore iniziale derivante dall'attività stessa ²⁷⁹, come fatto, ancora, produttivo di conseguenze, in ambito fallimentare, allorché si tratti di rispondere delle conseguenze negative di quell'attività.

Il fallimento in estensione²⁸⁰ dipende da un accertamento sul piano processuale (e dunque probatorio) della esistenza di una struttura collettiva che esercitava un'attività di impresa che si rivela essere la medesima esercitata dal soggetto già dichiarato fallito, e perciò dalla valenza funzionale – rispetto ad un interesse collettivo preconstituito - che tale attività individuale evidentemente possedeva.

Infine, la norma dovrà essere ulteriormente esaminata per l'alternativa che essa pone tra l'eccezionalità del suo contenuto (rispetto al criterio formale della spendita del nome) e la possibilità di considerarla come regola generale, in grado di stabilire la prevalenza del criterio della spendita dell'interesse per l'esercizio dell'attività di impresa; quesito apicale, che non potrà trovare soluzione che nella considerazione della collocazione sistematica della norma all'interno del microsistema della legge fallimentare

²⁷⁹ In tal senso M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, cit., p. 28 e *passim*.

²⁸⁰ Che lo si voglia riferire alla società della quale si accerti l'esistenza ovvero ai soli soci illimitatamente responsabili, secondo l'idea di cui si è visto nel capitolo precedente.

(ed in particolare dell'articolo 147), in quanto volta alla sistemazione di classi di interessi solo parzialmente prese in considerazione, prima della novella legislativa, dal nomoteta in ambito fallimentare²⁸¹.

1.1 Il criterio inedito della riferibilità dell'attività di impresa (apparentemente) individuale alla società.

I. Prendendo le mosse dal concetto di riferibilità contenuto nella norma, va osservato come un autore²⁸², commentando il potenziale impatto della norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall., si sia chiesto, pur nell'alveo di un'interpretazione della novella nel senso dell'accoglimento dell'orientamento giurisprudenziale consolidato²⁸³, se dalla norma non siano destinate a trarre nuovo vigore le obiezioni relative al fallimento dell'imprenditore occulto, e ciò perché, se è vero che il comma non parla

²⁸¹ Quesito che potrebbe anche indurne un altro (che pure in questa sede non sarà affrontato), ovvero quello attinente al motivo di una scelta in apparente controtendenza con l'impianto generale della riforma, tendente a privilegiare sempre più un tipo di tutela risarcitoria in materia di esercizio, per così dire, non fisiologico dell'attività di impresa in forma societaria. In dottrina si afferma infatti la tendenza a circoscrivere "sempre più il ricorso allo strumento della responsabilità per debiti assunti dalla società", se non addirittura a prescindere "del tutto": cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI – G.B. FERRI, Torino, 2010, p. 99.

E così in materia di azionista e quotista unico, tanto nella sede codicistica (artt. 2325, secondo comma, e 2462, secondo comma, cod. civ.) che in quella fallimentare (arg. ex art. 147 l.fall.); in materia di attività di direzione e coordinamento di società (art. 2497 cod. civ.); ancora, in materia di atti gestori compiuti o decisi da soci di s.r.l. e produttivi di danno per la società, gli altri soci o i terzi.

Ciò potrebbe in effetti far apparire per certi versi anacronistica la scelta legislativa di – prima ancora che rendere diritto positivo il fallimento della società occulta – mantenere l'istituto del fallimento del socio illimitatamente responsabile vigente all'interno del nostro ordinamento: scelta non necessitata e, si è scritto, forse neanche necessaria (Cfr. tra gli altri A. NIGRO, *Commento all'art. 147, cit.*, p. 2174; A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, p. 1039).

²⁸² M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze, cit.*, p. 2123-2124.

²⁸³ In tal senso confortato dalla considerazione che, sebbene il tenore letterale della norma sia suscettibile di alimentare ancora dei dubbi (alla base, del resto, delle letture alternative della stessa esaminate nel primo capitolo) sull'effettivo significato della sua portata applicativa, la "coerenza del sistema" implica sia che (i) fallisca la società occulta sia che (ii) la dichiarazione di fallimento di una società occulta e dei suoi soci non richieda necessariamente il previo fallimento di un imprenditore individuale apparente.

espressamente di società né di imprenditore occulto, esso introduce tuttavia un concetto quasi inedito²⁸⁴ per il diritto scritto: il concetto di “riferibilità”.

L’aggettivo “riferibile” è predicato dalla norma riguardo alla (attività di) impresa esercitata dall’imprenditore individuale apparente; e rappresenta il *trait d’union* tra essa e l’effettiva titolare della stessa, ovvero la società della quale questi fa parte.

Il fallimento della società occulta, in altre parole, potrebbe ritenersi fondato, all’esito della riforma della legge fallimentare, appunto sul criterio della riferibilità, ora consacrato nel testo legislativo; codesto criterio, tuttavia, se pure appare interamente da ricostruire in quanto ai caratteri applicativi, tradirebbe l’intenzione di superare o affiancare la categoria della spendita del nome, quantomeno in sede fallimentare²⁸⁵.

La questione pone all’interprete almeno un duplice ordine di problemi, riguardanti (i) la (ri)costruzione della categoria della “riferibilità”, a partire da un tentativo di analisi del campo semantico del concetto e il già riferito quesito avente ad oggetto (ii) la valutazione se il concetto contenga in sé un principio – ovvero l’affermazione della possibilità che fallisca un soggetto il cui nome non è mai stato speso nel traffico giuridico, e nell’interesse del quale un altro soggetto ha agito in nome proprio - destinato ad affiancare, o addirittura a soppiantare, il criterio formale della spendita del nome in sede fallimentare, ovvero anche a codificare, sul terreno del diritto dell’impresa, il criterio della spendita dell’interesse ai fini dell’assunzione della qualità di imprenditore commerciale.

²⁸⁴ Come si avrà modo di vedere più avanti.

²⁸⁵ Si è visto che P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale, cit.*, p. 1241, con riferimento al quinto comma, parla di “*principio generale di settore*” finalmente cristallizzato nella norma scritta e probabilmente in grado di fondare con maggiore vigore una teoria rivolta alla responsabilità patrimoniale per obbligazioni assunte da un soggetto nell’esercizio dell’attività di impresa per conto di un altro soggetto.

II. Il verbo riferire, come già ricordato, nell'accezione che qui interessa, significa "concernere", "aver relazione"²⁸⁶, "riguardare"²⁸⁷, cosicché il suo aggettivo riferibile indica qualcosa o qualcuno "da potersi o doversi riferire"²⁸⁸, ed indica perciò che qualcosa o qualcuno è suscettibile di essere ricollegato a qualcosa o qualcun altro.

Applicato alla fattispecie di cui si verte, la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. sembra affermare che, ai fini dell'estensione del fallimento, ciò che conta è la riconducibilità dell'attività di impresa commerciale, in relazione alla quale è stato dichiarato il fallimento individuale, ad un ente sociale.

La riferibilità ad una società è predicata rispetto all'attività di impresa posta in essere dall'apparente imprenditore individuale, ed è dunque principalmente nell'ottica di tale concetto che essa va analizzata.

Così come formulato dalla norma, il concetto sembra attagliarsi ad una fattispecie di "comunità" dell'impresa, nella quale l'imprenditore agisce individualmente ed in nome proprio ma per conto della società²⁸⁹; ed in effetti in tal senso sembra utilizzato in quegli arresti giurisprudenziali precedenti la

²⁸⁶ F. PALAZZI, *Novissimo dizionario della lingua italiana*, Milano, 1939, p. 987.

²⁸⁷ N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1966, p. 1340.

²⁸⁸ Ed ha come sinonimi "concernente", "riguardante", "relativo".

²⁸⁹ In proposito, è affermazione condivisa e pacifica - lo si è visto già all'inizio del primo capitolo - quella secondo cui l'imputazione dell'attività di impresa avviene sulla base del criterio giuridico - formale della spendita del nome piuttosto che secondo quello economico-sostanziale della titolarità dell'interesse: così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. I, cit.*, p. 88-89, enunciando come esempio di tale principio la disciplina del mandato senza rappresentanza, di cui all'art. 1705 cod. civ.

Alla base di tale affermazione sta la considerazione che "il legislatore non fissa (espressamente) un diverso criterio di imputazione dell'attività di impresa e della sua disciplina e ciò implica che la qualità di imprenditore è acquistata - con pienezza di effetti - dal soggetto e solo dal soggetto il cui nome è stato speso nel compimento dei singoli atti di impresa. Diventa imprenditore colui che esercita personalmente l'attività di impresa compiendo in proprio nome gli atti relativi...".

Non casualmente, si è visto, la dottrina si è subito chiesta se tale requisito sia idoneo a fungere da alternativa alla spendita del nome in sede concorsuale (M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze, cit.*, p. 2123).

riforma della legge fallimentare, nei quali il termine già compare in maniera simile a quanto poi sarà trasposto nel testo legislativo²⁹⁰.

1.2 Ricerca di una pregnanza semantica del concetto. La presenza di esso in altre norme di legge.

Il verbo “riferire” indica che qualcosa o qualcuno può essere collegato a qualcosa o qualcun altro, che qualcosa riguarda un soggetto: come si vede, esso possiede un campo tematico assai vasto ed anche – è il meno che si possa dire - affatto vago.

Ciò che in questa sede è possibile fare è verificare la presenza di tale vocabolo all'interno di altre disposizioni legislative vigenti, per (cercare di) individuare, laddove possibile, un minimo comune denominatore del suo campo semantico, che consenta di assegnare allo stesso un significato, dal punto di vista giuridico, che vada oltre le - appena svolte - prime, e scarse, osservazioni.

Sulla parziale scorta di un'attenta segnalazione²⁹¹, l'aggettivo “riferibile” può essere ritrovato almeno quattro volte, ovvero (in ordine cronologico) in una deliberazione del Senato, in un decreto legislativo e in due articoli del codice civile.

²⁹⁰ Cfr. Cass., 17 marzo 1976, n. 977: “[...] una volta venuta alla luce tale realtà economica e giuridica e la riferibilità alla società delle obbligazioni assunte dal socio in effetti agente per la società, la responsabilità, che già impegna il patrimonio dell'impresa che è sociale, non può non estendersi anche agli altri titolari di detto patrimonio, in virtù appunto dell'accordo societario, in base al quale tutti i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali per il solo fatto della loro qualità di soci....”, citata anche da M. VACCHIANO, *Il fallimento della società di fatto*, cit., p. 80.

²⁹¹ Cfr. M. LUPOI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. notariato*, 2006, p. 468.

Esso compare in una deliberazione del Senato della Repubblica²⁹² istitutiva di una Commissione d'inchiesta in materia di rifiuti: nell'elencazione dei compiti demandati alla istituenda commissione, si legge all'art. 3, lett. d), di tale deliberazione, che essa ha il compito di *“svolgere indagini atte a far luce sul ciclo dello smaltimento dei rifiuti, sulle organizzazioni che lo gestiscono, sui loro aspetti societari, sull'eventuale coinvolgimento in tali attività della malavita organizzata e sull'eventuale presenza di interessi e capitali riferibili ad organizzazioni malavitose nazionali o straniere”*.

Il sintagma “interessi riferibili”, poi, si ritrova nel d. lgs. n. 153/1999²⁹³, in materia di fondazioni bancarie, che all'art. 4, lett. c), prevede che *“i soggetti ai quali e' attribuito il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo e i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni”*.

Ancora, l'art. 39-*novies* del d. lgs. n. 273 del 30 dicembre 2005²⁹⁴ ha introdotto all'interno del codice civile l'art. 2645-*ter*, rubricato *“trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”*²⁹⁵.

A proposito di tale norma – di valenza, quantomeno per la collocazione codicistica, più marcata - si è scritto che la riferibilità dell'interesse ad un soggetto non comporterebbe che il soggetto cui l'interesse

²⁹² Art. 3 della deliberazione del Senato della Repubblica del 12 ottobre 1995, istitutiva di una Commissione parlamentare d'inchiesta sul problema dei rifiuti e sulle attività poste in essere in materia dalle Pubbliche Amministrazioni centrali e periferiche, pubblicato in G.U., 14 ottobre 1995, n. 241.

²⁹³ D. lgs. 17 maggio 1999, n. 153, contenente la disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1999, n. 461. pubblicato in G.U., 31 maggio 1999, n. 125.

²⁹⁴ Poi convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51.

²⁹⁵ Il principale dubbio interpretativo generato da tale norma consiste nella necessità di appurare se essa possa essere considerata una norma volta a disciplinare gli effetti di negozi già tipizzati dal legislatore dal punto di vista esclusivamente pubblicitario o, piuttosto, una norma che, operando anche su un piano sostanziale, introduca un negozio atipico con effetto di destinazione, la cui disciplina si ricava dalla norma stessa.

sia riconducibile sia l'effettivo titolare della pretesa; d'altro canto, la formula utilizzata non implicherebbe che titolari della pretesa siano uno o più soggetti determinati o determinabili, cosicché sarebbe possibile ammettere la destinazione del patrimonio anche ad una generalità di soggetti²⁹⁶.

La riferibilità dell'interesse andrebbe quindi interpretata nel senso di comprendere all'interno di essa non solo i beneficiari veri e propri della destinazione, ma anche tutti coloro i quali possano ricevere un vantaggio diretto o anche soltanto indiretto dalla destinazione²⁹⁷: essa esprimerebbe pertanto il concetto per cui non sarebbe necessario che l'interesse sia "proprio" delle persone nei confronti delle quali è costituito il vincolo, bastando che esso sia, appunto, a queste semplicemente riferibile.

Il concetto sarebbe allora funzionale, a prescindere dalla necessità dell'indicazione o meno di uno specifico soggetto beneficiario, ad ampliare la gamma dei possibili soggetti interessati dalla stessa: si tratterebbe di un criterio di collegamento, seppure non forte, tra l'atto di destinazione e gli interessi delle categorie di soggetti menzionati dall'art. 2645-ter cod. civ., svincolando cioè la destinazione dal riferimento a criteri formali e consentendone un utilizzo a più ampio raggio, mediante l'utilizzo della formula citata.

Infine, la presenza dell'aggettivo è riscontrabile in una norma in materia di bilancio, e specificamente di nota integrativa, ovvero l'art. 2427, comma primo, n. 22) cod. civ.²⁹⁸, che elenca analiticamente le voci che

²⁹⁶ G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 334; a ciò altra parte della dottrina ha replicato che sarebbe impossibile costruire un vincolo di destinazione senza l'indicazione dello specifico beneficiario (G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 177), la cui presenza è testualmente richiesta dal dettato normativo.

²⁹⁷ O anche avere un interesse meramente morale all'attuazione della stessa: così B. MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011, p. 93 ss.

²⁹⁸ Secondo cui, fra le numerose altre voci, devono essere indicate in nota integrativa "le operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei

devono essere contenute in tale documento contabile, ma che non risulta qui in alcun modo utile ai fini del discorso che si viene facendo, essendo norma di matrice squisitamente contabile, che tende ad individuare la parte dell'onere finanziario derivante da un contratto di finanziamento che può essere temporalmente ricollegata ad un determinato esercizio sociale.

Come è agevole constatare, esce rafforzata da questo sia pur breve *excursus* l'impressione primigenia di vaghezza semantica del concetto di riferibilità; il vocabolo è utilizzato in connessione con quello di "interesse" o anche, in un solo caso, con quello di "capitali", intesi nell'accezione allargata e del tutto atecnica di mezzi finanziari a disposizione di alcune categorie di soggetti, anch'essi indicati senza precisione.

Ciò che tutt'al più pare potersi dire è che, se proprio un minimo comune denominatore deve essere ricercato all'interno del campo semantico della riferibilità, quale sommariamente tracciato, esso può unicamente cogliersi in un allargamento del novero di soggetti coinvolti dall'applicazione della disciplina prevista dalla norma, mediante un criterio di identificazione degli stessi non ancorato ad indici formali e, potrebbe dirsi, più sfumato.

Esso non sembra pertanto capace di esprimere più che un concetto, pertanto non rigoroso, di riconducibilità, ricollegabilità di qualcosa o qualcuno a qualcosa o qualcun altro, un *trait d'union* secondo indici di correlazione non rigorosi dal punto di vista formale.

benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto, sulla base di un apposito prospetto dal quale risulti il valore attuale delle rate di canone non scadute quale determinato utilizzando tassi di interesse pari all'onere finanziario effettivo inerente i singoli contratti, l'onere finanziario effettivo attribuibile ad essi e riferibile all'esercizio, l'ammontare complessivo al quale i beni oggetto di locazione sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell'esercizio qualora fosse stati considerati immobilizzazioni, con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati inerenti all'esercizio".

1.3 La riferibilità nella contrapposizione decisione – dichiarazione. Valenza probatoria del concetto.

Dimostratasi dunque insoddisfacente, quantomeno a fini ricostruttivi, un'analisi semantica del vocabolo, se non nel senso, minimo, dell'indicazione della riconducibilità di qualcuno o qualcosa a qualcuno o qualcos'altro, si rivela più interessante una riflessione che tenga conto della formulazione dell'intera norma, scandita nei suoi vari momenti.

L'attenzione va ora posta sul primo dei tre tasselli dei quali la norma è strutturata, e cioè il significato di quella “risultanza della riferibilità” di cui fa espressa menzione il quinto comma dell'articolo 147 l. fall. per indicare l'elemento della fattispecie in presenza del quale la legge impone l'attivazione del meccanismo del fallimento in estensione.

I. Esercitare un'impresa – e, dunque, per proprietà transitiva, un'attività - e gestire le risorse destinate a servizio di tale iniziativa, consiste, come è stato scritto “empiricamente”²⁹⁹, in un flusso di decisioni³⁰⁰, cui seguono, di volta in volta ed in conformità alle decisioni assunte, comportamenti materiali valutabili dal diritto in termini di liceità o illiceità e comportamenti produttivi di conseguenze giuridiche, e cioè le c.d. dichiarazioni³⁰¹.

Nell'ambito della società occulta come qui considerata, l'attività svolta dall'imprenditore individuale apparente - in realtà socio e amministratore della società stessa - si presta ad essere qualificata alla stregua

²⁹⁹ Così P. SPADA, *Diritto commerciale. Elementi*, Padova, 2009, p. 23.

³⁰⁰ Ovvero “fare o astenersi dal fare, fare questo o quello, farlo in uno o altro modo”.

³⁰¹ Ancora definite come “enunciati verbali dotati di un significato a stregua di un codice linguistico (tipicamente di una lingua istituzionale, come l'italiano, l'inglese ecc.)”: sic P. SPADA, *Elementi*, cit., *ibidem.*

di decisione funzionale³⁰², la quale può essere o non proceduralizzata, a seconda che l'attività decisoria segua o meno un modello di procedimento, seppure deformalizzato.

La particolarità, in questo caso, è data dal fatto che, dal punto di vista del diritto privato, il comportamento che l'imprenditore individuale apparente assume nei confronti dei terzi è libero, ignora cioè la decisione e si concentra sulla dichiarazione, mentre invece esso è, in quanto modo di estrinsecazione della volontà comune di una struttura sociale, in realtà funzionale alla cura di quell'interesse preconstituito.

In tale prospettiva, allora, il concetto di riferibilità sembra attagliarsi al momento (antecedente) della decisione piuttosto che a quello (posteriore) della dichiarazione, e toccare un problema diverso e anche cronologicamente antecedente a quello della spendita del nome³⁰³ (cui la dichiarazione, evidentemente, si riferisce).

L'imprenditore individuale di cui parla la norma, nell'esercitare l'impresa, assume decisioni in concorso con gli altri soci³⁰⁴, *rectius* secondo processi decisionali di diritto societario, ma esprime le dichiarazioni conseguenti alle decisioni assunte secondo processi dichiarativi di diritto libero ed individuale.

³⁰² In quanto assume rilievo in essa la congruità ad uno scopo preconstituito, e cioè tale decisione è messa a servizio, seppure solo nei rapporti interni, della comune attività economica.

³⁰³ Ciò che si vuol dire è che, mentre la problematica relativa alla spendita del nome riguarda espressamente il momento della dichiarazione della volontà sociale, il concetto di riferibilità sembra attagliarsi meglio alla fase (antecedente) della decisione e (dunque) dell'amministrazione del patrimonio comune, consistendo in una decisione senza spendita del nome, in una decisione, ancora, non senza dichiarazione in nome dei soggetti interessati e decidenti.

³⁰⁴ Si veda sul punto N. RONDINONE, *L'esercizio dell'impresa e l'acquisto della qualità di imprenditore*, in AA.VV., *Elementi di diritto dell'impresa. Impresa – proprietà industriale e concorrenza – contratti commerciali – procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 44, secondo cui l'assunzione delle decisioni a base degli atti di gestione avverrà secondo le regole societarie, comunque coinvolgendo tutti i soci, e pertanto i rapporti tra i soci ed il socio - prestanome andranno regolamentati, in via di principio, secondo la disciplina del rapporto societario e solo in via integrativa secondo (anche) le norme sul contratto di mandato.

La risultanza della riferibilità ad una società dell'impresa esercitata non fa altro che svelare la posizione funzionale assunta dall'apparente imprenditore individuale, svelando come la dichiarazione espressa da quest'ultimo fosse congrua ad uno scopo precostituito, pur laddove essa si era palesata quale individuale e dunque libera.

La società fallisce, e conseguentemente i soci del già dichiarato fallito apparente imprenditore individuale, non già (o meglio, non solo) perché l'attività imprenditoriale da questi esercitata sia riferibile ad una società, ma *in virtù della posizione funzionale ricoperta da quest'ultimo rispetto alla stessa*, in virtù del fatto cioè che egli è un socio illimitatamente responsabile di una struttura collettiva della quale egli faceva parte³⁰⁵ e che quell'attività svolgeva in comune dal punto di vista decisionale³⁰⁶.

Se ciò che precede è corretto, allora può dirsi che è l'identità del soggetto che decide con quello che dichiara (il primo la società, il secondo un suo organo, seppure non noto ai terzi) – identità che non era stato possibile rilevare in un momento antecedente, o perché la struttura sociale era stata all'uopo celata ovvero perché semplicemente sfuggita, nonostante un'avvenuta esteriorizzazione nei confronti dei terzi - a fondare la responsabilità dei soci rimasti occulti: è l'identità dell'impresa fallita con quella sociale, alla quale appartengono dunque le decisioni prese nell'attività dell'erroneamente ritenuta attività individuale, poi estrinsecate tramite il proprio organo, seppure non noto ai terzi come tale.

³⁰⁵ La legge ritiene decisiva la circostanza per cui il soggetto agente in nome proprio agisce non per conto "altrui", ma per conto di una società di cui egli stesso fa parte, di cui egli stesso estrinseca la volontà precedentemente formata e che egli ha contribuito a formare.

³⁰⁶ In sostanza, è la rilevanza, seppure successivamente all'espletamento dell'attività ad essa connessa, del collegamento dell'agire dell'imprenditore apparentemente individuale ad una società di cui egli stesso fa parte ad aver indotto il legislatore ad indietreggiare, per così dire, dal momento della dichiarazione a quello della decisione per poter chiamare a rispondere delle obbligazioni assunte anche gli altri soci, i (potremmo dire) cogestori dell'impresa.

In tal senso è giusto parlare di prevalenza della realtà sull'apparenza: la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. afferma che il soggetto che agiva lo faceva, in realtà, estrinsecando una volontà non sua, una volontà appartenente ad una collettività³⁰⁷ di cui egli fa parte e che ha contribuito a formare³⁰⁸.

La riferibilità si rivela pertanto lo strumento tecnico utilizzato per recuperare l'applicazione integrale delle norme societarie per l'esercizio (occultato o rimasto comunque occulto) di un'attività economica in comune, attraverso una riqualificazione imperativa ex post dell'intera attività svolta dal soggetto dichiarato fallito in senso sociale.

La deroga alla regola generale rappresentata della spendita del nome quale requisito necessario ai fini dell'imputazione dell'attività di impresa³⁰⁹ è giustificata sulla base della posizione funzionale ricoperta dal soggetto agente per conto di una collettività cui egli partecipa a tutti gli effetti.

II. Se riferibilità significa, dal punto di vista della scomposizione logica delle fasi dell'esercizio dell'impresa commerciale, assunzione delle decisioni in comune, secondo processi decisionali di tipo societario, è poi vero che, nella sede processuale fallimentare, essa deve tradursi

³⁰⁷ In tal senso Cass., 17 marzo 1976, n. 977, in *Fallimento*, 1976, p. 942, ove l'affermazione per cui “il socio, infatti, risponde di fronte ai terzi proprio in quanto realizza la volontà sociale formatasi secondo il procedimento societario”; cfr. anche M. VACCHIANO, *Sulle orme della società occulta*, cit., p. 3228.

³⁰⁸ E si vedano già, sul punto, le note pagine di G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 55, allorché l'illustre autore scriveva che “quando l'azione esterna, pur essendo attuata da una sola persona, è determinata dalla cooperazione volitiva di tutti i partecipanti, è il risultato di una volontà comune; e quando i beni attraverso i quali si opera, nonostante l'intestazione o il possesso, sono considerati di proprietà comune, ci troviamo di fronte ad una società, anche se questa situazione esternamente non appare; con la conseguenza che ove in qualsiasi modo questa realtà risulti, i principi applicabili sono quelli propri della società, e non varrebbe richiamarsi al suo carattere interno e non manifesto per sottrarsi all'applicazione dei principi che regolano il rapporto sociale (ad es. per quanto attiene alla responsabilità del socio o alla sua dichiarazione di fallimento)”.

In ciò può peraltro ancora cogliersi una differenza rispetto al caso dell'imprenditore occulto, in cui il prestanome non solo non estrinseca una volontà propria ma ne estrinseca una appartenente ad un soggetto diverso da sé e cui egli non ha minimamente contribuito.

³⁰⁹ Soluzione ritenuta preferibile, come si vedrà al § 3.

nell'accertamento di evidenze probatorie in grado di concretarla, di svelare che l'attività esercitata era comune a più soggetti, così dimostrando altresì la funzionalizzazione ad un interesse collettivo del comportamento apparentemente libero ed individuale del soggetto dichiarato fallito³¹⁰.

Emerge a questo punto *il carattere eminentemente probatorio* del requisito della riferibilità, quale prova³¹¹ dell'effettiva esistenza di una società³¹²; momento centrale dell'intera vicenda è infatti quello della dimostrazione, attraverso il riscontro di comportamenti obiettivi, del coinvolgimento *uti socii* di ulteriori soggetti rispetto a quelli formalmente dichiarati nello svolgimento dell'attività sociale o, nel caso dell'individuazione successiva del carattere sociale di un'impresa, dell'espletamento di un'attività comune, laddove si era dichiarato il fallimento dell'impresa individuale.

La stessa dottrina che, per attenuare il possibile significato rivoluzionario della “regoletta”³¹³ di cui al secondo comma dell'art. 147 l. fall., interpretava il significato di un'eventuale interpretazione analogica della stessa

³¹⁰ Ricordava l'assoluta preminenza della questione attinente ai rapporti sociali di fatto, qui intesi nell'accezione allargata di comportamenti cui non corrispondono dichiarazioni formali congrue agli interessi perseguiti ancora G. SPATAZZA, *La società di fatto*, cit., p. 22.

³¹¹ Rivelata attraverso gli indici messi a punto dalla giurisprudenza, di cui si parlava nel primo capitolo del lavoro: la riferibilità serve appunto per accertare, sul piano processuale, che la “paternità” dell'iniziativa era in realtà di una società e non dell'individuo dichiarato fallito.

³¹² Non a caso la dottrina aveva avuto modo più volte di osservare come *in subiecta materia* la questione di diritto sostanziale (relativa evidentemente all'accertamento dell'esistenza della società) si risolvesse nella questione probatoria, sottolineando ancora la centralità assoluta data dalla prova dell'esistenza della società di fatto: così F. GUERRERA, voce *Società in nome collettivo*, cit., p. 941, il quale, secondo l'impostazione qui condivisa e approfondita nei capitoli precedenti, ricorda che, a partire dalla massima consolidata in giurisprudenza per cui occorre distinguere tra prova nei rapporti interni e prova nei rapporti esterni per l'esistenza di una società di fatto, l'orientamento giurisprudenziale è stato spesso incline ad applicare la procedura del fallimento in estensione anche con riferimento a soci o società “esteriorizzate”.

L'a. sottolinea quindi la rilevanza centrale della prova del contratto sociale in caso di società occulta vera e propria, ritenendo che la rilevanza reale del contratto sociale, una volta che esso risulti provato, consente l'imputazione al soggetto collettivo dell'attività di impresa e degli effetti conseguenti anche in mancanza della spendita del nome sociale.

³¹³ Così (oltre che “*apparentemente modesta*”) definita da F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, cit., p. 308.

limitandolo al (solo) caso di una esteriorizzazione sfuggita poneva, per far ciò, l'accento sul significato processuale e probatorio della norma³¹⁴, in grado di svelare una realtà prima non emersa.

La prova sarà fornita tramite la sussistenza di elementi oggettivi, di comportamenti il cui significato, potrebbe dirsi sociale, si spiega in riferimento ad un rapporto di tipo societario³¹⁵; l'accertamento processuale della realizzazione concreta di un rapporto sociale si svolge quindi su di un piano oggettivo³¹⁶, persino laddove attenga alla sussistenza del requisito, già in tesi di matrice psicologica, dell'*affectio societatis* (ma che è opportuno "tradurre" oggi, come già si era avuto modo di notare³¹⁷, in una funzionalizzazione di decisioni e dichiarazioni ad uno scopo precostituito riferibile ad una collettività).

III. Proprio perché si tratta di individuare (e di valutare la ricorrenza di) un rapporto di tipo societario, come tale sussumibile nella fattispecie dell'art. 2247 cod. civ., momento decisivo è quello dell'esercizio di un'attività comune: non casualmente l'aspetto maggiormente analizzato negli arresti giurisprudenziali, anche per delimitare l'analisi rispetto a fenomeni

³¹⁴ Si è già menzionata l'interpretazione di V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, cit., p. 307, il quale, contrario al fallimento della società occulta in senso stretto, mitigava la portata della regola in commento al caso in cui l'attività imprenditoriale fosse riferibile alla società a seguito di una più matura riflessione in sede processuale, allorché le risultanze documentali e non consentissero al curatore di giungere a tale conclusione.

³¹⁵ Così C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 2, per cui "sembra comunque indubbio che il fulcro operativo della vicenda si caratterizza per un'analisi essenzialmente oggettiva"; G. MARZIALE, *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 597; in tal senso anche P. MONTALENTI, *Revoca del fallimento di una società di fatto tra soci di una società per azioni e sorte dei fallimenti individuali*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 355.

³¹⁶ La giurisprudenza infatti ritiene che la prova dell'esistenza di una società nei rapporti interni "può essere desunta da facta concludentia. In particolare, il giudice di merito può utilizzare, quali elementi rivelatori dell'esistenza della società, anche nei rapporti interni tra i soci, la corrispondenza, gli atti e, in genere, tutto il comportamento tenuto dai soci nei confronti dei terzi...".

³¹⁷ Cfr. § 2.2.2 del capitolo primo.

contigui³¹⁸, è stato proprio l'elemento dell'attività in comune³¹⁹, *rectius* la sussistenza di indici dai quali essa potesse desumersi, sottolineandosi taluna volta la modalità di collaborazione del soggetto all'attività imprenditoriale e talaltra ponendosi invece l'accento sulla costituzione di un fondo comune.

Non a caso, ancora, l'attività è ciò a cui, lessicalmente, è agganciata la riferibilità nel testo della norma di cui all'art. 147 l. fall.: essa è predicata dell'impresa e, cioè, transitivamente, di un'attività, che deve, per poter essere sussunta nella fattispecie normativa astratta, possedere i caratteri dell'attività comune.

Allora, in quest'ottica, la riferibilità fornisce sì la prova che l'attività espletata dal soggetto dichiarato fallito sia riconducibile dal punto di vista probatorio alla società ma, così facendo, finisce col coinvolgere anche e necessariamente la prova del contratto sociale nei rapporti interni, almeno per il caso della società occulta vera e propria, perché mai esteriorizzata nei rapporti coi terzi.

La valenza probatoria del concetto implica che per attivare il meccanismo di estensione sia fornita la prova, da parte dei soggetti legittimati istanti per l'attivazione di tale procedura, di almeno due evidenze, sebbene intimamente collegate tra loro, e cioè l'esistenza di una società e la riconducibilità a tale ente dell'impresa della quale si è accertato lo stato di insolvenza³²⁰.

³¹⁸ Prima fra tutti l'associazione in partecipazione.

³¹⁹ Ciò che è stato definito come "*comportamento concludente consistente nell'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili*": così Trib. Roma, 9 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 787; con particolare riferimento alla fattispecie della società occulta, si veda Cass., 17 gennaio 1998, n. 366, in *Giur. it.*, 1998, p. 826: "*la mancata esteriorizzazione del rapporto societario costituisce il presupposto indispensabile perché possa legittimamente predicarsi, da parte del giudice, la esistenza di una società occulta, ma ciò non toglie che si richieda pur sempre la partecipazione di tutti i soci all'esercizio della attività societaria in vista di un risultato unitario, secondo le regole dell'ordinamento interno...*".

³²⁰ Una cosa non può stare senza l'altra, cosicché se si provasse l'esistenza di una società occulta ma non l'identità di impresa perché parte dei debiti per cui era stato dichiarato fallito l'imprenditore erano di

La riferibilità dell'impresa alla società comprende e assorbe necessariamente l'accertamento dell'esistenza della società stessa, e da essa anzi deve, logicamente, prendere le mosse per poi rivelare la connessione con l'attività dell'imprenditore fallito, in realtà socio, cosicché essa dimostra anche la natura funzionale, e cioè congrua ad un interesse preconstituito relativo ad un'attività economica comune, dell'attività svolta dall'imprenditore dichiarato fallito³²¹.

La riferibilità, perciò, non è altro che un'espressione compendiosa del corredo di indizi e prove elaborate dalla giurisprudenza per ritenere l'attività svolta come comune, per ritenere attuata la fattispecie di cui all'articolo 2247 cod. civ., e comprende, come visto nel secondo capitolo, sia le prove del contratto interno tra i soci che anche le ipotesi di manifestazione esteriore dell'appartenenza alla società, purché però essa possa dirsi effettivamente esistente (anche) tra i soci.

La ritenuta bontà dell'interpretazione per cui l'ambito applicativo della norma si estende a fenomeni eterogenei tra loro - perché comprendenti, per un verso, un fenomeno di interposizione reale nell'attività di impresa e, per altro verso, un fenomeno di esercizio in fatto di un'attività economica in comune senza un ricercato occultamento della struttura collettiva sfuggito ad

natura personale non dovrebbe addivenirsi al fallimento della società che sta dietro di lui: e così U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci*, cit., p. 1682, per cui *“non si può, tra l'altro, dimenticare che l'imprenditore individuale può essere dichiarato fallito anche per debiti personali, estranei all'attività di impresa, e magari per debiti esclusivamente personali: come ritenere allora che possa essere dichiarato il fallimento in estensione della società occulta, secondo un meccanismo che non richiede l'accertamento dello stato di insolvenza di questa società, quando magari l'imprenditore apparentemente individuale è stato dichiarato non per debiti d'impresa ma per debiti, insoddisfatti, contratti per l'acquisto di beni destinati all'uso personale?”*.

³²¹ La valutazione dei comportamenti, dei fatti e delle evidenze documentali conduce in primo luogo ad inferirne l'esistenza di un'attività in realtà comune, e, subito dopo, la connessione di essa con le obbligazioni contratte a proprio nome dall'imprenditore dichiarato fallito.

un esame iniziale – fa sì che la riferibilità si attagli ad entrambe le fattispecie³²².

Nel caso dell'estensione del fallimento dal soggetto dichiarato fallito ad una società che si era in qualche modo palesata, il concetto si traduce nella valorizzazione del significato di quei comportamenti manifestatisi ai terzi, purché essi, unitamente alle altre circostanze, inducano il giudice a ritenere sussistente, come ora richiede espressamente la legge, una fattispecie societaria.

Laddove invece si sia in presenza di una società occulta, perché mai esteriorizzata, dovrà essere accertata la sussistenza del rapporto sociale dal punto di vista interno; se possibile, attraverso anche i comportamenti dei (pretesi) soci; altrimenti, valorizzando ogni altra circostanza probatoria ritenuta idonea.

1.4 Rilevanza della (modalità di attuazione della) attività dal punto di vista obiettivo.

I. Interessante è ancora poi notare (passando ad analizzare il secondo dei tre momenti ritenuti maggiormente rilevanti) che il testo della norma parla di riferibilità di una (attività di) impresa.

Tale constatazione, ispirata evidentemente al testo normativo, implica una considerazione sul rilievo che la norma assegna all'(attività di) impresa, in una prospettiva che pare volta a mettere in secondo piano, almeno dal punto di vista della legge fallimentare, la dimensione legata agli atti

³²² Essa esprime la valutazione di fatti e comportamenti che, se conformi alla fattispecie societaria ex articolo 2247 cod. civ., conducono all'applicazione della normativa della collettiva irregolare ed, in particolare, dell'art. 2297 cod. civ., uscendo rafforzata la constatazione di autorevole dottrina, che aveva inteso la società di fatto essenzialmente quale tecnica valutativa di una serie di comportamenti, volta alla individuazione di una fattispecie societaria cui applicare la disciplina della società irregolare, ovvero non iscritta nel registro delle imprese (C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 7).

e ad esaltare piuttosto quella legata all'attività; non più intesa, allora, come insieme, come sommatoria di atti³²³, in una visione quantitativa della stessa, ma come potenziale categoria autonoma dell'ordinamento giuridico, idonea ad essere presa in considerazione in quanto tale da una norma di legge³²⁴.

Nella prospettiva di studio³²⁵ dell'attività qui considerata, vanno peraltro considerate separatamente le posizioni di chi³²⁶ ha distinto, nell'ambito dei fenomeni ricondotti alla categoria, le ipotesi in cui l'agire rileva dal punto di vista normativo, quale comportamento dovuto, da quelle in cui esso rileva come fattispecie produttiva di effetti rispetto a chi ha invece ritenuto di impostare l'intero studio del fenomeno dell'attività su di un piano più elevato rispetto a quello su cui giacciono i tradizionali istituti, in particolare l'atto.

³²³ Una prospettiva allora atomistica, come di recente sostenuto: cfr. M. MAUGERI, *Partecipazione sociale, cit.*, p. 52.

³²⁴ Così ragionando, allora, la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. mette in risalto il concetto di attività, riportato al centro della disciplina del fenomeno economico dell'impresa, troppo spesso risolta nel profilo soggettivo relativo all'imprenditore: cfr. ancora M. MAUGERI, *Partecipazione sociale, cit.*, p. 52, per la qualifica dell'attività come vera e propria categoria dell'ordinamento giuridico, che "mostra di staccarsi nettamente dal modulo puntuale, statico dell'atto o del negozio giuridico e dal loro carattere conchiuso e definito, per collocarsi interamente nella dimensione della "effettività", intesa nel senso di principio selettivo del materiale proveniente dalla realtà economica...".

Parte della dottrina (P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976), invece, aveva già da tempo segnalato l'inidoneità del richiamo allo schema della fattispecie (come sostenuto da G. AULETTA, voce *Attività, cit.*, p. 982) per soddisfare l'esigenza di precisare maggiormente le caratteristiche giuridiche del fenomeno attività, proponendo perciò l'opportunità, ed anzi la necessità, di uno studio più generale del fenomeno dell'attività, su di un piano distinto rispetto a quello dell'atto giuridico, postulando la necessità di indagare il fenomeno dell'attività su di un piano sistematico più elevato rispetto a quello dell'atto.

³²⁵ Il concetto di attività, dal punto di vista privatistico, presenta un'indubbia, e quasi indissolubile, connessione con quello di impresa, quale emerso dal codice del 1942, nel senso che l'attività è stata quasi sempre studiata in continuità con lo studio del fenomeno dell'impresa, seppure sostenendosi, da autorevole parte della dottrina, l'impossibilità di attribuire l'imputazione per l'attività di impresa e (quindi) la qualifica di imprenditore solo ad effetti che si colleghino all'attività nel suo complesso e non agli atti che la compongono: così G. OPPO, *L'impresa come fattispecie, cit.*, p. 256: "si conferma così che la considerazione dell'impresa come attività non deve essere resa esclusiva a spese della considerazione degli atti: l'attività è fatta degli atti, non viceversa".

³²⁶ G. AULETTA, voce *Attività, cit.*, p. 982, e cfr. nota 319.

II. Senza pretendere di affrontare (ancor prima per inadeguatezza della penna che per quella della sede) un discorso di portata così ampia, ciò che qui si vuole sottolineare è che la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. mette al centro non tanto il soggetto imprenditore (che viene individuato proprio in connessione e a partire dal fallimento dell'impresa) quanto la crisi di una impresa³²⁷, manifestandosi come emersione normativa della tendenza ad un'analisi sempre più obiettiva di tale fenomeno³²⁸, sia nel momento probatorio che come referente della disciplina³²⁹.

Né tale rilievo assegnato all'attività (di impresa) deve meravigliare, atteso che si era da tempo notato come l'intera tematica relativa ai rapporti sociali di fatto – all'interno della quale può farsi rientrare, con le cautele di cui si disse, anche la società occulta – può essere ricondotta al problema dell'imputabilità dell'attività posta in essere³³⁰; affermazione che, se risulta un po' eccessiva (nel pretermettere, sebbene le due cose siano inestricabili, l'indubbio rilievo del momento probatorio funzionale a valutare il significato obiettivo di comportamenti tenuti dai soggetti di cui si pretende il coinvolgimento *uti socii* nell'impresa comune), coglie senz'altro nel segno per

³²⁷ E l'identità di impresa significa proprio che l'impresa dichiarata decotta era in realtà sociale, che il fallimento già dichiarato non dipendeva anche da debiti personali dell'imprenditore individuale.

³²⁸ L'evoluzione dottrinale, infatti, è stata perlopiù nel senso di risolvere i caratteri dell'impresa nel carattere soggettivo della stessa, considerando cioè la definizione codicistica dell'art. 2082 cod. civ. come “*il tramite attraverso cui pervenire alla nozione di imprenditore e, dunque, il presupposto in base a cui identificare, per il soggetto che la esercita, la disciplina applicabile...*” (così G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277).

Si è così adottata un'impostazione tesa all'analisi della disciplina della società, quale forma di esercizio collettivo dell'impresa, nell'ottica prevalente dei problemi organizzativi del soggetto, in questo caso collettivo, che l'impresa si trova ad esercitare, come notato da C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 11.

³²⁹ Sul punto chiaramente N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 74, secondo cui si assiste ad una netta emersione, quale referente della disciplina fallimentare, “*accanto al soggetto imprenditore, dell'impresa in quanto tale, considerata oggettivamente come attività economica organizzata (sempre più spesso in forma societaria, non presentando la maggior parte delle imprese individuali le dimensioni richieste per l'applicazione delle procedure concorsuali)...*”.

³³⁰ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 181.

ciò che riguarda l'importanza, dal punto di vista giuridico, da assegnarsi all'intera attività di impresa, a seconda dei modi di valutazione di un comportamento.

L'essenza del fenomeno, nonché la sua autonomia ed il valore giuridico, è individuata nell'oggettiva emersione di un comportamento che, in funzione di interessi o valori sociali, collettivi, o comunque ultra individuali, diviene punto di riferimento di una disciplina³³¹; disciplina che tuttavia, in considerazione della concezione unitaria dell'attività come fenomeno e come principio generale dell'agire, secondo autorevole dottrina non deve necessariamente passare, almeno in un primo momento, attraverso il soggetto, non deve, in altre parole, potersi risolvere nella tradizionale categoria dell'atto³³².

L'oggettività, come è evidente, postula la possibilità di riscontrare e qualificare un dato fenomeno, un fatto, indipendentemente dal soggetto che lo pone in essere: tale conseguenza discende dalla constatazione per cui la natura stessa dell'attività ne rende opportuno, come già sottolineato, uno studio che si allontani dalla prospettiva del soggetto³³³.

³³¹ Sic P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 203.

³³² Ancora P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 204: "E veramente nell'attività viene superato tutto il tradizionale ordine concettuale che, partendo, o meglio diremmo postulando, il soggetto, si dirama nei due indirizzi distinti, anche se coordinati: soggetto, capacità giuridica, situazioni soggettive, beni; soggetto, capacità d'agire, atti, effetto"; e ancora, a p. 202: "E' invero caratteristico e tipizzante dell'attività una sorta di capovolgimento ed inversione del tradizionale rapporto soggetto-azione, non più individuandosi e costruendosi questa in funzione di quello, ma dovendosi invece partire dall'azione, e vedere come intorno ad essa si coordini l'entità produttiva, i momenti dell'azione, i mezzi con i quali si svolge, il risultato cui tende".

L'effettività viene in rilievo come criterio, di natura appunto oggettiva, e perciò potenzialmente indipendente dal soggetto, di identificazione dell'attività in presenza di un programma di azione e comportamentale oggettivamente riscontrato: F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività di impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1955, p. 417, per il quale il criterio dell'effettività svolge il ruolo di modo dell'essere dell'attività stessa, "ricostruito esclusivamente attraverso il manifestarsi e l'esplicarsi di un comportamento".

³³³ Ancora M. MAUGERI, *Partecipazione sociale*, cit., p. 54, e in nota, per gli opportuni richiami a G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (Civili e laburisti a confronto)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 405; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 206: "I tradizionali istituti privatistici per vero, esprimendo

L'attività dunque non va analizzata ai fini della sua qualificazione come lecita o illecita, come comportamento libero o dovuto, ma piuttosto nel significato di espressione effettiva di un'attività produttiva che, per sua natura, involge una molteplicità di interessi³³⁴.

Come autorevolmente ed altrove sostenuto, se l'identificazione dell'insieme degli atti funzionalmente collegati dall'unicità dello scopo come attività può avere soltanto rilievo terminologico³³⁵, esso può anche avere invece un valore più penetrante, in quanto si attribuisce diretta rilevanza giuridica all'insieme degli atti che diventano oggetto della normativa.

III. Orbene, pur di fronte alla divaricazione che le appena citate interpretazioni presentano, la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. si presenta senz'altro quale momento di emersione della rilevanza giuridica di un'attività, in quanto essa (i) postula che la riferibilità ad una società riguardi l'intera attività di impresa svolta dal soggetto dichiarato fallito nell'erronea convinzione che si tratti di imprenditore individuale e, ciò che più conta, (ii)

tipicamente un momento individualistico dell'esperienza giuridica, sono in sé, in principio, suscettibili di ricostruzione ed analisi tanto subbiettivistica che obbiettivistica; l'attività per sua natura no".

³³⁴ Riflessioni simili, in punto di considerazione oggettiva dell'attività di impresa, sono peraltro state svolte da autorevole dottrina, all'indomani della riforma: è stato infatti notato, sin dai primi commenti, come questa contenesse chiare indicazioni nel senso dell'opportunità di uno studio della impresa quale attività dal punto di vista non soggettivo, bensì da quello oggettivo, impersonale e funzionale del mercato e dell'attività organizzata in forma di impresa [C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., *ibidem*, ove l'illustre autore si chiede se "nel nostro ordinamento, ove la nozione di impresa ha acquisito un significato tecnico ed ove quella di società espressamente evoca la prospettiva della "attività" (poi, ma si pensi alla società unipersonale, "comune"), non sia proprio la categoria dell'impresa a poter fornire lo schema concettuale sulla cui base costruire il diritto societario"], con la conseguenza che le regole volte ad individuare l'assunzione di una responsabilità patrimoniale conseguente all'esercizio di una attività organizzata in forma imprenditoriale debbono porsi su un piano differente da quello dettato per il singolo atto giuridico: in questi termini E. BOCCHINI, *La teoria dell'imprenditore occulto e la teoria dell'informazione: una rivisitazione*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, II, p. 22; C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., *ibidem*.

³³⁵ Servire quindi "per indicare gli atti nel loro insieme, pur rimanendo oggetto della disciplina i singoli atti": così G. AULETTA, voce *Attività*, cit., p. 982

prende in esame, ai fini dell'applicazione della disciplina della responsabilità patrimoniale che si esplica nell'estensione del fallimento, l'attività globalmente posta in essere, denunciandosi quale norma di diritto positivo che si stacca dal modulo puntuale, statico, dell'atto quale monade e si occupa invece della (riqualificazione di una) attività considerata, appunto, nella sua oggettività³³⁶, distaccandosi ancora, come detto, dal momento dichiarativo per indagarne quello decisionale e le modalità concrete della sua attuazione³³⁷.

E' infatti attraverso le modalità in cui l'attività si è svolta che si parte, sul piano probatorio, per accertare la comunanza dell'attività: oggetto di valutazione è l'attività nel suo complesso, cercando di dedursi dalle modalità di svolgimento della stessa la sussistenza di ulteriori soggetti cointeressati allo svolgimento dell'impresa.

In tale ottica il riferimento immediato all'attività induce a partire dall'azione, e vedere come intorno ad essa si coordini l'entità produttiva, i momenti in cui essa si scompone, i mezzi con i quali si svolge, il risultato cui tende, per dedurne i soggetti cointeressati da coinvolgere nella procedura concorsuale.

La rilevanza dell'attività, intesa obiettivamente, sta allora in ciò che la norma parte dalle modalità di estrinsecazione obiettiva del fenomeno per arrivare alla (ritenuta sussistenza della) attività comune ed ai soggetti interessati ai fini fallimentari, il momento dell'individuazione di un'attività comune attraverso il suo oggettivo svolgimento fungendo da *prius* logico-giuridico per giungere all'identificazione dei soggetti a quell'attività cointeressati.

³³⁶ E cioè a prescindere dal soggetto che, formalmente, l'ha posta in essere.

³³⁷ E ciò sia nel caso della società che, pur esteriorizzata nei confronti dei terzi, sia sfuggita alla dichiarazione di fallimento che in quello della società occulta vera e propria; se nel secondo la mancanza di spendita del nome collettivo è addirittura, potrebbe dirsi, elemento costitutivo della fattispecie, nel primo, così come in generale nei rapporti sociali di fatto, spesso manca la spendita di una ragione sociale: si v. C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 7.

Tali considerazioni rafforzano l'idea che il significato del concetto stesso di riferibilità, in quanto associato indissolubilmente all'attività, vada ricercato su tale piano, e cioè su quello della riconducibilità oggettiva dell'attività di impresa: la riferibilità, allora, metterebbe in evidenza il fatto che i rapporti giuridici posti in essere dall'imprenditore individuale apparente sono organizzati in vista di un determinato risultato, proprio di una (e comune alla) collettività³³⁸.

E, se è vero che l'attività trova concretizzazione tramite gli atti, cosicché l'atto non è distinguibile dal punto di vista fenomenico dall'attività, e viceversa³³⁹, è anche vero che la valutazione di questi può subire modifiche in virtù della loro inserzione nell'attività, con inevitabili ricadute applicative nel senso dell'applicabilità ad essi della disciplina societaria; tra atto e attività, in questa prospettiva, non sussiste alcuna differenza sul piano ontologico, ma, piuttosto, dal punto di vista del trattamento giuridico.

Nel caso della società occulta, vi è un'attività che formalmente è stata svolta in nome di un solo individuo; allorché tuttavia si accerta che sussiste una riconducibilità oggettiva dell'attività ad una società la disciplina degli atti di cui pure consta l'attività di impresa subisce, seppure limitatamente

³³⁸ In altri termini, la riferibilità esprime il collegamento oggettivo che sussiste tra l'attività di impresa e la società e gli altri soci; facendo emergere il fatto che quell'attività sia un'attività effettivamente comune, sulla base del collegamento con l'impresa esercitata dall'imprenditore.

Essa concerne cioè tutta l'attività del tribunale fallimentare allorché esso sia chiamato a valutare, nell'ambito di un procedimento sommario, se vi siano elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza di un patto societario.

³³⁹ P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 41: l'attività è vista come un modello comportamentale che, se è elemento della fattispecie della disciplina dello statuto imprenditoriale, si presta poi ad essere scomposta in una pluralità di comportamenti suscettibili di essere considerati, autonomamente, come fattispecie di altre discipline.

Similmente P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 192, secondo il quale è errata l'impostazione della dottrina (perlopiù pubblicistica) che ritiene di poter identificare una differenza tra atto e attività già sul piano empirico, potendo questa essere ricercata solo "in termini del modo in cui il comportamento viene valutato".

ai fini fallimentari, una modifica relativa al termine di imputazione della responsabilità patrimoniale ad essi connessa.

Il concetto di riferibilità serve, allora, come criterio necessario per l'imputazione di un capitolo dello statuto dell'imprenditore – ovviamente, quello relativo all'assoggettamento a procedura fallimentare - , e cioè per l'attribuzione della titolarità dell'impresa sotto l'angolatura ed ai fini del diritto fallimentare; esso esprime una deroga alla spendita del nome nell'attività di impresa, a mezzo del quale il legislatore riqualifica *ex post* ed imperativamente un'intera attività esercitata in senso sociale sulla base della ricollegabilità oggettiva con una collettività, (laddove risulti in sede probatoria processuale) che abbia deciso e gestito in comune ciò che apparentemente è stato esteriorizzato come individuale³⁴⁰.

A tale attribuzione della titolarità dell'impresa consegue l'imputazione dell'attività svolta dall'imprenditore dichiarato fallito; non pare quindi attagliarsi all'ipotesi della società occulta (neanche nel caso della società occulta c.d. in senso stretto) la distinzione, pure autorevolmente proposta, tra titolarità dell'impresa ed imputazione della stessa³⁴¹.

Uno degli esempi formulati dalla dottrina citata in proposito è proprio quello dell'impresa sociale nella quale i soci rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali, poiché in tal caso, si

³⁴⁰ Tanto è possibile proprio in quanto ora c'è una norma che prende in considerazione l'attività di impresa unitariamente svolta e considerata anche ai fini dell'imputazione.

Il concetto di riferibilità serve ad accertare dunque l'identità tra l'impresa esercitata dal socio prestanome e quella della società occulta, o meglio a disvelare la (con)titolarità di un'impresa in tutti quei casi in cui, appunto, l'attività imprenditoriale sia riferibile ad una società che manifesti perciò l'insolvenza dell'intero gruppo, corrisponda cioè all'incapacità anche dei soci occulti illimitatamente responsabili di far fronte alle obbligazioni.

³⁴¹ V. BUONOCORE, *L'impresa, cit.*, p. 184, secondo cui la titolarità è un concetto formale, a differenza dell'imputazione; la mancata coincidenza dei due concetti implica che, pur rappresentando la confluenza dell'una e dell'altra nella stessa persona la normalità, “*si può essere titolare dell'impresa e non essere l'unico soggetto cui è imputabile l'attività di impresa [...] non necessariamente colui cui può essere imputata l'attività di impresa è sempre e solo il titolare dell'impresa stessa*”.

dice, titolare dell'impresa è la società ma l'attività viene imputata anche ai soci che sono soggetti diversi.

Il caso che ci occupa presenta tuttavia delle diversità, non potendosi certo dire, all'esito della dimostrata riferibilità dell'attività apparentemente individuale ad una collettività, che il soggetto cui è imputata l'attività di impresa in via immediata non ne sia anche il titolare: ciò nel senso che la società, ancorché occulta, deve ritenersi la titolare dell'impresa e ad essa è immediatamente imputata l'attività.

La legge cioè imputa l'attività svolta anzitutto alla società e solo dopo in estensione ai soci, nell'interpretazione che si è ritenuta preferibile, cosicché non vi è qui un meccanismo che parta dal titolare e si propaghi ad imputare a soggetti non titolari, come nel caso dell'estensione ai soci illimitatamente responsabili; è invece l'accertamento di una diversa titolarità a monte dell'impresa il fatto che fa scattare l'applicazione della norma.

2. Il profilo partecipativo-soggettivo.

I. Per altro verso, non deve stupire che la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. disponga una disciplina diversa rispetto a quella prevista per il mandato dall'art. 1705 cod. civ. (sebbene, lo si ricorda, qui tale norma sia analizzata non in quanto parte della disciplina del contratto di mandato ma in quanto regola generale).

Il motivo va ricercato in ciò che la norma richiede l'effettiva presenza di un rapporto societario (e viene qui in rilievo il terzo momento rilevante nella lettura della norma, quello che fa riferimento al rapporto societario che deve intercorrere tra il soggetto dichiarato fallito e gli altri coinvolti nella procedura fallimentare).

Se la centralità del concetto di riferibilità ai fini della soggezione a fallimento della collettività che sta dietro all'imprenditore individuale apparente è un dato indiscutibile, è anche vero che la norma sottolinea la necessità di un rapporto di natura sociale tra il soggetto che abbia agito per conto della società ed i suoi soci: essa richiede che egli sia socio illimitatamente responsabile della società, con ciò smentendo, innanzitutto, quelle opinioni che non giudicavano necessaria la configurazione di un rapporto di tale tipo, ritenendo possibile che ad agire per conto della società fosse anche un estraneo.

I rapporti interni, dunque, tra i soci debbono essere regolati secondo le norme della società di persone (irregolare), piuttosto che secondo la disciplina del mandato³⁴²; se ciò che precede è corretto, ne deriva che il concetto di riferibilità è strettamente connesso alle regole decisionali delle società di persone, e da esse non può scindersi.

Assume cioè particolare rilievo la circostanza per cui da un lato (i) la partecipazione ad un'attività in comune ha importanza decisiva ai fini del fallimento e dall'altro (ii) il fallimento della società occulta si spiega alla luce della necessità di rendere operativi in ambito fallimentare i principi che reggono il funzionamento e l'organizzazione delle società di persone.

L'imprenditore individuale apparente dichiarato fallito ha dunque agito quale amministratore e rappresentante di una società che, dal punto di vista della disciplina applicabile, è configurabile quale collettiva irregolare³⁴³, e

³⁴² N. RONDINONE, *L'esercizio dell'impresa e l'acquisto della qualità di imprenditore*, cit., p. 56; da ciò consegue che il socio – imprenditore individuale apparente non potrebbe esercitare l'*actio mandati contraria* nei confronti degli altri soci, né potrebbero avvalersene i creditori in via surrogatoria ovvero il curatore fallimentare.

³⁴³ *Il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 50, evidenziando il duplice dato della mancanza di iscrizione presso il registro delle imprese e la conseguenza dell'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2297 c.c.

Cfr. anche *supra*, primo capitolo, § 2.1.1.

che la legge dimostra di considerare quale società a tutti gli effetti³⁴⁴, purché sia possibile nel caso di specie rinvenire gli elementi costitutivi del contratto di società di cui all'art. 2247 cod. civ.

L'assunzione delle decisioni che sono alla base degli atti di gestione dell'impresa, sia dal punto di vista organizzativo che dell'esercizio effettivo della stessa, avviene infatti secondo le regole societarie.

Non vi è dunque qui propriamente un'imputazione della qualifica derivante dall'attività di un soggetto distinto, motivata dalla circostanza che la società è economicamente l'iniziatore e l'interessata rispetto all'attività del primo, ma l'accertamento che una collettività ha svolto effettivamente un'attività ad essa riconducibile; non ci sono perciò due imprenditori, uno qualificato in virtù dell'imputazione dell'attività e il secondo in virtù dell'iniziativa economica³⁴⁵: qui l'imprenditore è solo uno, la società cui l'attività svolta dal socio è effettivamente riconducibile.

II. Per altro verso, il fatto che la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. abbia espressamente richiesto che il soggetto che ha agito in nome proprio lo abbia fatto quale socio (e amministratore) della società occulta della cui compagine sociale egli stesso fa parte pare elemento idoneo a fissare una linea di demarcazione rispetto all'ipotesi del mandato, sia pure senza rappresentanza, tante volte invocato dalla dottrina per spiegare il fenomeno e disciplinarlo in conformità al principio generale della spendita del nome, come ricavato dall'art. 1705 cod. civ.

³⁴⁴ Infatti è proprio in virtù dell'applicazione della disciplina della collettiva irregolare – in particolare nella parte in cui la legge dispone che i soci della società irregolare rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali – che, in caso di dichiarazione di fallimento della società occulta, viene altresì dichiarato automaticamente il fallimento dei soci ai sensi dell'art. 147 l.fall.

³⁴⁵ Di imprenditore “aggiunto”, piuttosto che occulto, parlava T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale, cit.*, p. 236.

Il nucleo costante del fenomeno della cooperazione gestoria, con o senza rappresentanza, come individuato dalla dottrina³⁴⁶, consiste in ciò che l'attività giuridica posta in essere dal cooperatore è sempre eteroregolata in funzione della programmazione e realizzazione di un assetto di interessi che rispetto a questi è alieno; la programmazione per la soddisfazione della quale il mandatario agisce non lo vede, dunque, in alcun modo compartecipe.

Egli, infatti, con la conclusione del contratto di mandato assume l'obbligo di porre in essere tutti gli atti o negozi giuridici coerenti con l'attuazione del programma gestorio predisposto da un soggetto diverso dall'agente³⁴⁷.

L'essenza stessa del fenomeno dell'“agire per conto altrui” risiede dunque nell'espletamento di un'attività giuridica eteroregolata per l'attuazione di un interesse alieno; ciò che non sembra attagliarsi alla fattispecie della società occulta, in cui il socio agisce nei rapporti con i terzi per la soddisfazione di un interesse comune a lui ed agli altri soci, rimasti occulti.

III. La dottrina che, sotto la vigenza della vecchia legge fallimentare, respingeva la tesi dell'assoggettabilità a fallimento della società occulta faceva leva, come noto, sul disposto dell'art. 1705 cod. civ., il quale sancisce, per l'ipotesi di mandato senza rappresentanza, l'esclusione da responsabilità del mandante, soggetto per il conto del quale si agisce³⁴⁸.

³⁴⁶ C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1985, p. 94-95: “Il carattere specifico del mandato sta nell'obbligo di compiere attività giuridica eteroregolata”.

³⁴⁷ “L'attività esecutiva dovrà invece svolgersi entro il binario obbligato della programmazione gestoria predisposta per la sua realizzazione dell'interesse alieno”: così ancora C. SANTAGATA, *Del mandato, cit.*, p. 98.

³⁴⁸ Si v. per tutti G. F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società, cit.*, p. 62; GRAZIANI, *Diritto delle società, cit.*, p. 16; D. BARBERO, *Sistema di diritto privato italiano*, Torino, 1965, II, p. 522.

Affermare la responsabilità della società occulta, secondo detta opinione, avrebbe significato superare tale principio, cosa impossibile³⁴⁹; pertanto si giungeva alla conclusione della struttura meramente obbligatoria della società occulta e della sua irresponsabilità verso i terzi sia della società che dei soci per l'attività svolta in nome proprio dal gestore.

Se allora, come notava la dottrina, il principio codificato dall'art. 1705 cod. civ. veniva superato allorché si ammetteva il fallimento della società occulta, a maggior ragione tale regola deve ritenersi superata (o meglio derogata), in ambito fallimentare, dalla consacrazione legislativa del fallimento (anche) della società occulta operata oggi dal quinto comma dell'art. 147, comma quinto, l. fall.

Proprio la rilevanza del dato normativo in esame consente di demarcare, oggi, la differenza tra la disciplina legislativamente prevista per la disciplina della società occulta e quella relativa al mandato senza rappresentanza, in punto di responsabilità per le obbligazioni assunte dall'individuo agente per conto della collettività.

La disciplina di cui all'art. 1705 cod. civ. prevede infatti che i terzi non abbiano alcun rapporto con il mandante, e che il mandatario senza rappresentanza – qui, il socio imprenditore individuale apparente - potrebbe agire nei confronti del proprio mandante – qui, della società e dei soci occulti – con l'*actio mandati contraria ex art. 1719 cod. civ.* al fine di farsi somministrare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha assunto in proprio nome.

³⁴⁹ Cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit. p. 235: “L'art. 1705 fa capo a questo orientamento per quanto concerne la responsabilità per gli atti compiuti e non v'è ragione per non far capo allo stesso criterio anche per lo svolgimento dell'attività; detto criterio poi si riporta al rilievo che i terzi hanno diritto di essere tutelati, ma nei riguardi appunto del soggetto sulla cui solvibilità, contrattando con lo stesso (ed ecco perché particolari considerazioni possono valere per la responsabilità ex lege), hanno fatto affidamento”.

Senonché la disciplina di cui al quinto comma dell'art. 147 l. fall., anche a volerla esaminare nella prospettiva del mandato, si pone nella prospettiva esattamente opposta a quella fin qui enunciata, prevedendo che i terzi creditori possano rifarsi, nella sede concorsuale, proprio su quel mandante con il quale non dovrebbero avere nessun tipo di rapporto.

Né va trascurato, ad ulteriore conferma di quanto si viene affermando, un altro, importante aspetto: quello per cui la riforma, mettendo in evidenza la contiguità tra il fallimento della società occulta, la partecipazione ad essa del socio illimitatamente responsabile che vi partecipa e per essa agisce, e la riconducibilità dell'attività da esso svolta da un punto di vista oggettivo e funzionale, fornisce un'altra indicazione importante nel senso della inapplicabilità alla fattispecie della società occulta del mandato, e specificamente del mandato senza rappresentanza.

La riforma pone la fattispecie in un ambito separato rispetto alla prospettiva del mandato, rimarcandone il carattere eminentemente societario, come attentamente notato da chi (seppure nel più ampio ambito di una rivisitazione dell'intero problema dell'esercizio indiretto dell'attività di impresa alla luce della teoria dell'informazione) ha inteso la disposizione come una negazione del diritto di cittadinanza, nel nostro ordinamento, del mandato di impresa collettiva³⁵⁰, perché la norma sul mandato esprime

³⁵⁰ E. BOCCHINI, *La teoria dell'imprenditore occulto*, cit., p. 26-27; tanto si deduce dalla considerazione che se il mandato al compimento di più atti giuridici consente ad uno dei contraenti di agire senza palesarsi sul mercato, ciò non dimostra affatto che la disciplina di tale istituto si attagli a quella dell'impresa, risolvendosi tale ragionamento in una petizione di principio.

Nel senso dell'improprietà del richiamo alla disciplina del mandato per l'esame della problematica del rapporto tra imprenditore occulto e imprenditore palese, *cfr.* P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, cit., p. 1239; in giurisprudenza, per l'affermazione dell'impossibilità dell'attività imprenditoriale a formare oggetto di mandato, Cass., 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2263.

un'eccezione al principio generale di obbligo di esteriorizzazione degli agenti sul mercato, ai fini della trasparenza dello stesso³⁵¹.

IV. Va per altro verso osservato che in materia di impresa esiste una norma notissima, e parimenti dibattuta³⁵², che si pone a metà strada tra la disciplina del mandato e quella dell'art. 147, comma quinto, l. fall.: ci si riferisce ovviamente all'art. 2208 cod. civ., definito come archetipo della specialità del diritto commerciale rispetto a quello civile³⁵³.

Tale norma stabilisce l'onere, per l'istitutore, di mettere a parte il terzo, al momento della conclusione del contratto, del fatto che egli agisce quale rappresentante dell'imprenditore, sancendo altresì, come conseguenza della mancata *contemplatio domini*, la responsabilità personale di quest'ultimo.

L'aspetto che avvicina la norma a quella esaminata nel presente lavoro sta, per un verso, in ciò che essa riguarda la responsabilità dell'imprenditore per l'attività svolta da un funzionario (la cui qualifica professionale non è in discussione) nel suo interesse e, per l'altro, nella circostanza che il terzo che abbia interagito con l'istitutore può, in deroga alla disciplina generale dettata nell'art. 1705 cod. civ., agire direttamente contro l'imprenditore – preponente per gli atti compiuti e per il soddisfacimento

³⁵¹ La prospettiva di indagine qui richiamata ritiene il mercato un sistema informativo il cui funzionamento presuppone, e la cui fisiologia richiede, la riduzione delle asimmetrie informative per evitare i fallimenti del mercato stesso.

Fondamentale in questa prospettiva diventa quindi la trasparenza degli agenti sul mercato stesso, espressione della necessità generale dell'obbligo di palesarsi di chi agisce sul mercato e, correlativamente, dell'impossibilità di avvantaggiarsi del funzionamento del mercato senza sottostare alle sue regole.

³⁵² L'utilizzo della quale al fine della configurazione della teoria dell'imprenditore occulto è sin troppo noto per meritare più di un semplice richiamo: si ricorda, infatti, che, prima di approdare ad una maggiore considerazione della norma di cui all'art. 147 l. fall., W. BIGIAMI (*Società occulta, cit.*, p. 25) indicava nell'art. 2208 il "*punto di partenza*" di tutto il ragionamento sulla responsabilità dell'imprenditore occulto.

³⁵³ G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 550.

delle obbligazioni contratte dall'istitore, purché pertinenti all'esercizio dell'attività di impresa³⁵⁴.

E' altresì vero, tuttavia, che la norma presenta caratteristiche che la allontanano parecchio dall'art. 147, comma quinto, l. fall., in quanto essa prende in considerazione singoli atti e non un'attività, avvicinandosi così al mandato; così come il fatto che essa presupponga, come riconosce dottrina pressoché unanime, la riconoscibilità della qualità di preposto all'esercizio dell'attività di impresa altrui in capo all'istitore³⁵⁵ la pone in posizione eccentrica sia rispetto al mandato – ove tale requisito non è richiesto, ché anzi la dottrina ammette pacificamente che la relativa disciplina può mirare a tutelare la legittima esigenza di segretezza del mandante – che rispetto alla fattispecie della società occulta, che implica, all'opposto, l'occultamento del rapporto sociale intercorrente tra il socio – imprenditore individuale apparente e gli altri soci.

L'utilità di questa disposizione può allora ritrovarsi, per gli scopi dell'indagine che si viene facendo, in un conforto all'interpretazione della norma sul fallimento della società occulta nel senso di un'ulteriore deroga al principio *ex art. 1705 cod. civ.*³⁵⁶, seppure più avanzata ancora sul piano della difformità dal principio stesso della spendita del nome³⁵⁷.

³⁵⁴ L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. I. Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, 2008, p. 126.

³⁵⁵ Cosicché sia esteriorizzato il legame che unisce il preposto all'attività di impresa dell'imprenditore chiamato a rispondere in deroga all'art. 1705 cod. civ.: basti qui un rinvio a U. BELVISO, voce "*Institore*", in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 2; ID., *L'institore*, Napoli, 1966, p. 314; A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'"imprenditore occulto"*, *cit.*, p. 635.

Bollava invece quale "contraddizione immanente" l'interpretazione dell'art. 2208 cod. civ. proposta da Bigiavi D. BARBERO, *Sono proprio ammissibili l'imprenditore occulto e il suo fallimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 373.

³⁵⁶ Ovvero ancora nel senso della modifica di parte della disciplina prevista per il compimento di atti di impresa allorché vi sia l'inserzione degli stessi in un'attività, appunto, di impresa.

³⁵⁷ Una deroga che (questo si rappresentando un elemento comune con la norma in commento) si spiega allora per essere l'attività svolta nell'interesse dell'organizzazione sociale: cfr. G. OPPO, *Principi*, *cit.*, p. 19.

3. Il fallimento della società occulta nel (micro?)sistema dell'art. 147 della legge fallimentare. Eccezionalità della norma.

I paragrafi precedenti hanno consentito di approfondire l'analisi della norma a partire da alcune parole chiave contenute nella stessa, e segnatamente, come visto (i) la risultanza (sul piano processuale e probatorio) della riferibilità, (ii) la centralità dell'attività di impresa, considerata nelle modalità oggettive del suo svolgimento e ancora (iii) la necessaria ricorrenza, nei rapporti interni, di un rapporto riconducibile alla fattispecie societaria per l'attivazione del meccanismo di estensione del fallimento, ciò che legittima la disapplicazione della disciplina dettata per il contratto di mandato³⁵⁸.

Resta da chiarire, ora, se la valorizzazione della collocazione sistematica della norma contenuta nel quinto comma dell'art. 147 l. fall., alla luce della considerazione della *ratio* del fallimento dei soci illimitatamente responsabili rimasti occulti, non sia idonea a condurre all'acquisizione di un qualche ulteriore risultato interpretativo.

Tale indagine dovrà essere condotta lungo due linee direttrici, ovvero considerando, innanzitutto, l'inserimento della norma all'interno del capo X del titolo II della legge fallimentare, che disciplina il fallimento di società con soci illimitatamente responsabili e, successivamente, vagliando l'eccezionalità della norma stessa³⁵⁹.

³⁵⁸ Questione differente, che verrà tra poco affrontata, è quella riguardante la disapplicazione dell'art. 1705 cod. civ. in quanto regola generale.

³⁵⁹ E' chiaro che, come già detto, l'alternativa sussiste tra la possibilità che la norma abbia codificato il principio della rilevanza della spendita dell'interesse ai fini dell'imputazione degli effetti dell'attività di impresa (con il corollario che non vi sarebbero limiti all'applicazione analogica di tale regola generale al di là dei casi da essa espressamente contemplati) e l'eccezionalità del suo contenuto (che la renderebbe perciò insuscettibile di applicazione analogica).

I. Il precetto normativo di cui all'articolo 147 l.fall. è stato considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie come un'eccezione rispetto alle regole generali espresse dall'articolo 1 (ma anche all'articolo 5) della legge fallimentare.

La norma sul fallimento automatico dei soci illimitatamente responsabili di società di persone ha la sua origine nel codice di commercio del 1882³⁶⁰, il quale già conteneva il principio per cui il fallimento di una società di persone produceva anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili; essa è stata mantenuta pressoché intatta dal legislatore della novella fallimentare, il quale ha evitato di prendere posizione sulla collocazione sistematica della regola dell'estensione del fallimento³⁶¹.

Sin dall'originaria formulazione, la regola del fallimento in estensione – *rectius*, in ripercussione³⁶² - ha suscitato aspri contrasti sul suo

³⁶⁰ Sebbene la regola per così dire originaria fosse quella del (solo) fallimento personale dei singoli soci, mentre solo successivamente, già alla vigilia delle codificazioni ottocentesche, intervenne l'idea della soggettività giuridica delle società personali, e dunque quella di un distinto fallimento della società stessa. Per una ricostruzione storica di tale evoluzione, F. GALGANO, *sub art. 147, cit.*, p. 142 ss. In realtà, sia nelle disposizioni del *Code de commerce* napoleonico (artt. 440 e 452) che in quelle, *pedissequae*, del codice di commercio del Regno d'Italia del 1865 non era sancito espressamente il fallimento personale dei soci illimitatamente responsabili per il caso di fallimento della società, ma la portata delle norme (che disponevano l'apposizione dei sigilli, oltre che allo stabilimento principale della società, anche presso il domicilio dei soci; l'iscrizione del nome dei soci tenuti in solido per le obbligazioni sociali presso il registro dei falliti; la menzione nella dichiarazione di fallimento delle generalità di ciascun socio) aveva indotto la dottrina e la giurisprudenza ad affermare che esso fosse chiaramente desumibile.

³⁶¹ A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, p. 1041; G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, *cit.*, p. 95, secondo cui "le ragioni per le quali il socio illimitatamente responsabile viene dichiarato personalmente ed automaticamente fallito per effetto del fallimento della società sono tuttora controverse, soprattutto in dottrina, né la riforma ha ritenuto di prendere un'esplicita posizione sul punto..."

³⁶² Dovendosi intendere per fallimento in ripercussione quello previsto dal comma primo dell'art. 147 l.fall., ovvero il fenomeno di diritto sostanziale per effetto del quale il fallimento di una società con soci illimitatamente responsabili si ripercuote, automaticamente, sui soci che hanno assunto quella posizione nella compagine societaria, e per fallimento in estensione quel fenomeno per il quale ad una pronuncia dichiarativa di fallimento di una impresa se ne aggiunge un'altra: così M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento in estensione*, *cit.*, p. 432.

fondamento, registrandosi sul punto le più svariate opinioni³⁶³, la dominante delle quali ha qualificato la norma di cui all'articolo 147 l. fall. come eccezionale rispetto alle regole generali degli articoli 1 e 5 della stessa legge, secondo cui – oggi come ieri – sono assoggettabili a fallimento i soli imprenditori commerciali in stato di insolvenza³⁶⁴.

Di tale portata è stato il divario interpretativo apertosi su tale istituto, che parte autorevole della dottrina ne ha proposto l'eliminazione³⁶⁵ alla vigilia dell'intervento novellatore sulla legge fallimentare.

³⁶³ La questione più dibattuta sin dalle origini ha riguardato il rapporto tra tale norma e le regole generali sui presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento poste dagli articoli 1 e 5 l. fall. (così sul punto A. NIGRO, *sub art. 147, cit.*, p. 2170).

Parte autorevole della dottrina ha ritenuto di poter conciliare tali dati normativi; per quanto riguarda il presupposto soggettivo, sulla base di un'interpretazione per cui il socio illimitatamente responsabile sarebbe da qualificare imprenditore commerciale (F. GALGANO, *sub art. 147, cit.*, p. 140 ss.; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000, p. 155 ss.) ovvero imprenditore commerciale indiretto (W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto, cit.*, p. 161 ss.; ID., *Difesa dell'imprenditore occulto, cit.*, p. 162 ss.).

Per ciò che attiene al presupposto oggettivo del fallimento, è stato sostenuto che la dichiarazione di fallimento del socio dovrebbe comunque conseguire allo stato di personale insolvenza dello stesso: di qui fu sostenuta la teoria c.d. dell'insolvenza globale, che giudicò necessario l'accertamento cumulativo dell'insolvenza tanto della società quanto dei soci (V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa, cit.*, p. 195 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 162; F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973), mentre altrove si ritenne di poter configurare l'insolvenza della società quale prodotto dell'insolvenza dei singoli soci (T. AULETTA, *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 546).

³⁶⁴ Su tale posizione G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento, cit.*, p. 95; A. NIGRO, *sub art. 147, cit.*, p. 2172; ID., *Il fallimento delle società*, in A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 312; M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999, p. 28; F. FERRARA JR. – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 708; S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 371; ID., *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 420; E. BERTACCHINI, *Il fallimento delle società*, in AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 401; G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società, cit.*, p. 171; R. PROVINCIALI – G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p. 724; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 779; E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento. I*, Milano, 1997, p. 107.

³⁶⁵ A. NIGRO, *sub art. 147, cit.*, p. 2169: l'a., a partire dalla (condivisibile) constatazione che tale regola ha prodotto “un immenso e inestricabile groviglio di problemi interpretativi ed applicativi”, riferisce di aver suggerito l'eliminazione di tale principio dal nostro ordinamento, in quanto non necessario e vieppiù abbandonato da altri ordinamenti europei, e la sua sostituzione con meccanismi alternativi mirati a compulsare il socio per il pagamento dei debiti sociali. Tale suggerimento non è stato evidentemente accolto, in quanto, se nelle commissioni istituite per la riforma della legge fallimentare il discorso ha riguardato perlopiù l'ampiezza da assegnare alla regola dell'estensione, la legge delega ha finito con

A fronte di tale interpretazione maggioritaria, che qui si ritiene di condividere, altrettanto controversa è stata la ricerca della *ratio* di tale norma, ricerca nella quale, tuttavia, è emerso sin da subito il significato eminentemente pratico della stessa, già evidenziato dai commentatori del codice di commercio del 1882³⁶⁶ e consistente nel qualificarla come mezzo tecnico per realizzare, a carico dei soci, la garanzia posta dalla legge a loro carico a favore del ceto creditorio.

L'articolo 147 della legge fallimentare esprime, in questa ottica, un'esigenza, peculiare, di realizzazione immediata, in sede concorsuale, del principio della responsabilità illimitata dei soci di società personali mediante il coinvolgimento di questi nella procedura concorsuale: esigenza di coinvolgimento nel dissesto dei soggetti in qualche modo responsabili del cattivo andamento dell'attività imprenditoriale, pure se privi dei requisiti soggettivi e oggettivi stabiliti in generale dalla stessa legge ai fini dell'assoggettamento alle procedure concorsuali.

L'ipotesi che si affaccia a questo punto del lavoro è che il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, e poi anche il fallimento successivo in estensione, si avvicinino, sotto alcuni aspetti, ad un microsistema normativo con proprie logiche, cementate dalla comune *ratio* appena descritta; e ciò vale, ancora di più ed effettivamente³⁶⁷, dopo la novella della legge fallimentare,

ignorare del tutto il problema, con la conseguenza che “*il d. lgs. 5/2006 si è collocato [...] in una linea di assoluta continuità con l'assetto previgente, limitandosi ad apportare all'art. 147 semplici ritocchi...*”.

³⁶⁶ Si veda per tutti G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, a cura di V. ANDRIOLI, Milano, 1939, III, p. 233, il quale la riteneva “*una disposizione introdotta contra rationem juris per ragione di opportunità*”, ragione di opportunità da rinvenirsi nell'intento del legislatore di spronare i soci ad accorrere in aiuto della società per evitarne lo stato di decozione, sanzionando l'eventuale inerzia degli stessi con il loro fallimento personale, con un meccanismo presuntivo in grado di desumere da tale omissione (anche) il proprio personale stato di insolvenza.

³⁶⁷ In effetti, accostare una norma coeva all'emanazione del codice civile (e dunque precedente alla stesura della Costituzione Repubblicana) ad una valenza, seppur solo parzialmente, microsistemica può apparire come una forzatura; ma ciò che qui si intende segnalare è la sussistenza, sin dalla originaria formulazione della norma, di logiche proprie dell'istituto, in grado di giustificare deroghe di non poco momento a regole altrimenti di portata generale.

allorché potrebbero dirsi emerse, con la separazione operata dal legislatore tra società a base personale e società a base capitalistica, delle esigenze proprie di alcuni gruppi sociali.

Pare condivisibile, in quest'ottica, l'osservazione di quella dottrina che, pur partendo dalla qui non condivisa premessa della qualità di imprenditori dei soci illimitatamente responsabili, ritrova la giustificazione della norma in una tutela degli interessi reciproci dei soci, nei loro rapporti interni, ed in particolare nella finalità preventiva del fallimento sociale, attraverso la tutela dell'esigenza del socio insolvente ad essere salvato dal fallimento per intervento del socio solvibile³⁶⁸.

La scelta – squisitamente politica, potrebbe dirsi, ed in ogni caso discrezionale – della procedura concorsuale anche nei confronti di soggetti privi dei requisiti generali necessari per l'assoggettamento a fallimento risponde dunque ad esigenze pratiche, da un lato, di tutela dei rapporti interni tra i soci, e, dall'altro, di temperamento tra gli interessi dei creditori personali dei soci e quelli della società.

Il primo comma dell'articolo 147 l. fall. ed il fallimento dei soci illimitatamente responsabili rispondono alle logiche proprie, precedentemente menzionate, e questo produce norme in deroga a regole generali contenute nella stessa legge, dettate per singoli istituti o classi di rapporti³⁶⁹.

³⁶⁸ E' la nota tesi di F. GALGANO, *sub art. 147, cit.*, p. 149, il quale considera che se il socio fallisse solo a seguito dell'accertamento della sua personale insolvenza (e dunque potesse, una volta che sia stato dichiarato il fallimento della società, limitarsi a pagare i debiti sociali, dando prova di una solvibilità in grado di sottrarlo al fallimento) egli non interverrebbe per pagare i debiti sociali nell'insolvenza della società, al riparo della sicurezza di non poter essere personalmente dichiarato fallito.

Se ciò è vero, la norma non tutela gli interessi dei creditori, ma, appunto, quelli dei soci nei loro reciproci rapporti.

Ma sul punto, si è visto, già G. BONELLI, *Del fallimento, cit.*, di cui alla nota precedente.

Si veda anche S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1966, p. 371, il quale giustifica l'istituto "per la realistica considerazione che il socio che non provvede in tempo al pagamento dei debiti sociali manifesta nel modo migliore la sua personale insolvenza", ma soprattutto sottolinea che "la sanzione del fallimento opera come un salutare stimolo per l'adempimento di quei debiti".

³⁶⁹ N. IRTI, *L'età della decodificazione, cit.*, p. 71.

La specialità, o, come in questo caso, l'eccezionalità, nascono come espressione di una logica normativa, portatrice di un criterio di disciplina che si pone come caratterizzato da una capacità espansiva³⁷⁰.

Questo pare essere il motivo per cui l'esigenza di coinvolgimento dei soggetti interessati all'attività di impresa finisce col determinare, nel caso del primo comma dell'articolo 147 l. fall., una deroga alle regole generali espresse dagli articoli 1 e 5 l. fall.³⁷¹.

II. Simile esigenza, dotata di un proprio ritmo di sviluppo, è poi espressa soprattutto dal quarto comma dell'articolo 147 l. fall., che estende l'esigenza, appena menzionata, del coinvolgimento nella procedura concorsuale dei soggetti interessati all'attività commerciale decotta anche a coloro i quali siano rimasti nell'ombra o semplicemente non siano stati colpiti dalla dichiarazione di fallimento³⁷², riferendosi a tutta una serie di casi in cui pure non sempre è stata manifestata ai terzi, quantomeno con le iscrizioni previste dalla legge, la formale qualifica di socio illimitatamente responsabile della società fallita³⁷³.

Bisogna chiedersi se la nuova formulazione dell'articolo 147 della legge fallimentare, nella sua riconosciuta natura di corpo a sé stante, di micro testo unico³⁷⁴, possa essere il risultato dell'emersione normativa di una

³⁷⁰ Ché altrimenti, se così non fosse, non avrebbe senso dettare il divieto di analogia dell'art. 14 disp. prel.: N. IRTI, *L'età del decodificazione*, cit., p. 90; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 88; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1968, I, p. 606.

³⁷¹ P. PISCITELLO, *Ambito di applicazione delle discipline della crisi*, cit., p. 109.

³⁷² Così ad esempio, e fra le molte, Cass., 17 marzo 1976, n. 977, in *Fallimento*, 1976, p. 942; cfr. anche M. VACCHIANO, *Sulle orme della società occulta*, cit., p. 3228.

³⁷³ Secondo U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione*, cit., p. 1675, infatti, la dichiarazione di fallimento in estensione può colpire il socio non iscritto ma di fatto manifesto, così come il socio non iscritto e restato, nel corso della vita sociale, occulto ai terzi; ancora, la procedura può prendere le mosse dal fallimento di società non iscritta ma di fatto manifesta.

La *ratio* della norma sta dunque nella conferma del coinvolgimento nel dissesto dei soggetti interessati, anche laddove rimasti nell'ombra o semplicemente sfuggiti alla dichiarazione di fallimento.

³⁷⁴ Cfr. M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione*, cit., p. 430.

dialettica tra interessi contrapposti³⁷⁵, il risultato della separazione definitiva tra la forma societaria capitalistica e quella personalistica anche in ambito fallimentare, per ciò che attiene alla responsabilità patrimoniale per debiti inerenti l'esercizio dell'attività imprenditoriale.

La modifica dell'art. 147 l. fall., infatti, nella direzione della limitazione dell'applicazione delle regole sul fallimento in estensione ai soli soci delle società in nome collettivo, in accomandita semplice ed in accomandita per azioni induce ad escludere, stante il mancato richiamo ai tipi della società per azioni e della società a responsabilità limitata, la possibilità di applicare il meccanismo dell'estensione del fallimento all'azionista o quotista unico che non abbiano effettuato i conferimenti previsti dagli artt. 2342 e 2464 cod. civ., ovvero che non abbiano effettuato la pubblicità prevista dagli artt. 2362 e 2470 cod. civ.³⁷⁶.

Questi soggetti, pur assumendo la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, sono sottratti all'estensione del fallimento, a testimonianza di una precisa volontà del legislatore di separare, quanto a trattamento, i tipi capitalistici da quelli personalistici e di incentivare l'esercizio di impresa in forma di società capitalistica.

In quest'ottica va analizzata anche la relatività di lessici e nomenclature adottati dalla disciplina settoriale³⁷⁷: solo così si spiega l'utilizzo

³⁷⁵ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 148.

³⁷⁶ F. MICCIO, *Il socio di fatto, occulto, apparente e tiranno dopo la riforma*, cit., p. 254.

³⁷⁷ Ciò che implica la considerazione di quel "significato proprio delle parole secondo l'intenzione del legislatore" cui fa riferimento l'art. 12 delle disposizioni preliminari: cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 85; G.L. BECCARIA, *Linguaggi settoriali e lingua comune*, p. 14, in G.L. BECCARIA (a cura di), *I linguaggi settoriali in Italia*, Milano, 1973; L. SALAMONE, *Unità e molteplicità della nozione di valore mobiliare. Quaderni di Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1995, p. 85, secondo cui i microsistemi "sono normative dotate di una nomenclatura e di un codice linguistico non necessariamente coincidenti con quelli del sistema. Ciò implica che l'operatore del diritto lasci da parte termini e concetti consegnati dalla tradizione formatasi nell'ambiente culturale dell'ordinamento monosistemico, quando si trovi in sede interpretativa del microsistema, dove oggi possono rivelarsi mero pregiudizio culturale gravido di effetti pericolosi...".

della parola “società” nel quinto comma dell’art. 147 l. fall.; esso non vuole affatto significare che per l’esistenza di una società (di persone) e della correlativa responsabilità patrimoniale non sia necessaria la spendita della ragione sociale, ché anzi tale fenomeno viene confermato nella sua dimensione patologica e non già in quella fisiologica che ad esso sarebbe assegnata laddove si ritenesse bandita (come deve affermare chi ritenga la norma in questione contenente un principio generale) la necessità della spendita del nome per l’acquisto della qualità di imprenditore commerciale³⁷⁸.

Certo, la legge fallimentare, seppure conservi ancora oggi la propria natura di diritto speciale³⁷⁹, si pone quale legge generale rispetto al diritto della crisi (e fatta salva la normazione speciale rispetto a questo); l’articolo 1 della legge fallimentare, nel delimitare l’ambito soggettivo di applicazione della stessa, fa riferimento, per la nozione di imprenditore commerciale, a quella del codice civile, cosicché i problemi relativi alla imputazione dell’attività di impresa, salva la risaputa importanza assegnata proprio all’art. 147 l. fall. in tale ottica, sono i medesimi posti in sede di teoria generale dell’impresa.

Il fallimento del socio illimitatamente responsabile non costituisce, in tale ottica, né applicazione delle citate regole generali né una scelta necessaria all’interno del nostro ordinamento.

Ora, qui siamo in presenza di una norma che rompe con questa logica, sia nel caso di un’esteriorizzazione sfuggita (allorché, come si è già ricordato, non sempre può riscontrarsi una formale spendita del nome sociale e dunque una perfetta corrispondenza tra decisione e dichiarazione) che in quello della società occulta in senso stretto (della quale fattispecie il patto di non esteriorizzazione costituisce, come visto, un momento essenziale).

³⁷⁸ Il concetto di società è qui essenzialmente funzionale all’applicazione della normativa fallimentare ed alla realizzazione in sede concorsuale della responsabilità patrimoniale per una serie di casi che comprende, ma non esaurisce, quello dell’interposizione vera e propria.

³⁷⁹ F. D’ALESSANDRO, *Gli aspetti generali, cit.*, p. 308.

III. L'esigenza di coinvolgimento nel dissesto di un'impresa sociale si pone senza dubbio come identica nelle due (pur differenti) ipotesi del socio occulto (o successivamente scoperto) di società invece palese e del socio occulto di società occulta³⁸⁰ (o la cui esteriorizzazione fosse sfuggita all'atto della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale), come già da tempo si era sottolineato³⁸¹, facendo leva proprio sull'espressa previsione di legge del secondo comma dell'art. 147 l. fall.

Proprio sui rapporti interni interviene il fallimento contemplato nell'art. 147 l. fall.³⁸², allo scopo di assicurare la parità di trattamento tra soci illimitatamente responsabili; già una valorizzazione del dato letterale – di quell'“*allo stesso modo*” di cui si è sottolineata³⁸³ l'inadeguatezza a fondare il solo fallimento degli altri soci ma non anche della società occulta, e che ciononostante deve essere analizzato nella struttura della norma - è infatti in

³⁸⁰ Così Cass., 17 marzo 1976, *cit.*, secondo cui la *ratio* dell' (allora) secondo comma dell'art. 147 l. fall. “*risulta comune alle due ipotesi, rispettivamente dell'estensione (espressamente prevista dalla norma) del fallimento al socio occulto di società palese dichiarata fallita, e dell'estensione alla società occulta, ed ai soci occulti, del fallimento del singolo che abbia operato in apparenza come imprenditore individuale*”.

³⁸¹ Così già W. BIGIAMI, *Società occulta, cit.*, p. 1 ss.; ID., *L'imprenditore occulto, cit.*, p. 38, ove l'a. fa notare che “*se [...] si ammette che il terzo non possa contare sui patrimoni di altri soci, ignoti ai suoi occhi e inesistenti in quel momento [...], come si giustifica allora la responsabilità (stabilita dalla legge) dei soci occulti di una società palese?*”.

La deroga per eccezione alla regola generale espressa nel diritto generale dell'agire per conto dall'art. 1705 cod. civ. (su cui si veda *infra*) muove dalla necessità di garantire una parità di trattamento tra soci occulti illimitatamente responsabili, non essendo possibile ravvisare (pure nella invece conclamata differenza tra società palese agente in nome proprio e società occulta in senso stretto) i motivi di un trattamento disciplinare diverso nel medesimo caso del socio occulto di società occulta rispetto al fallimento normativamente sancito del socio occulto di società palese.

³⁸² N. RONDINONE, *L'esercizio dell'impresa, cit.*, p. 56, riprendendo la tesi dottrinale di F. GALGANO, il quale distingue tra la finalità c.d. *a posteriori* della norma (mirante ad assicurare, nella liquidazione del patrimonio sociale, parità di trattamento tra i soci illimitatamente responsabili, senza posporre, nel contempo, i creditori sociali ai creditori particolari dei soci stessi) e la finalità preventiva della stessa (e cioè, conformemente alle riferite tesi di BONELLI e GALGANO, indurre i soci stessi a pagare i debiti sociali prima che si creino le condizioni di insolvenza per l'assoggettamento al fallimento), che ha il duplice obiettivo di (i) scongiurare l'insolvenza sociale e (ii) di assicurare priorità rispetto ai creditori particolari.

³⁸³ *Cfr.* capitolo secondo, § 3.

grado di richiamare l'attenzione sulla stretta connessione che intercorre tra il fallimento dei soci occulti illimitatamente responsabili di società palese ed il fallimento dei soci occulti di società occulta.

Ne discende, allora, che l'estensione del fallimento contenuta nel quinto comma si presenta funzionale essenzialmente al coinvolgimento degli altri soci illimitatamente responsabili rimasti occulti; è funzionale, cioè, all'affermazione di tale principio, discusso, criticato eppure rimasto inalterato nella riforma del diritto fallimentare³⁸⁴.

La riqualificazione in senso sociale dell'attività di impresa, prevista dal meccanismo di estensione di cui al quinto comma dell'art. 147 l. fall., ha dunque la funzione di consentire il coinvolgimento nel dissesto di un'impresa (realmente) sociale dei soggetti che alla gestione di essa abbiano concorso, nell'attuazione di un mezzo tecnico per realizzare a carico dei soci la garanzia posta dalla legge a tutela dei creditori sociali.

Né possono ancora oggi addursi, con lo stesso vigore argomentativo, le perplessità assiologiche più volte invocate, relative alla concessione di una garanzia supplementare ma non attesa, e su cui non era stato fatto affidamento, laddove la stessa garanzia viene sottratta ai creditori dell'imprenditore individuale dichiarato fallito.

L'ordinamento, infatti, aveva già sancito il fallimento dei soci occulti illimitatamente responsabili, compiendo, sin dalla formulazione originaria della legge fallimentare, una scelta chiarissima nel senso dell'irrilevanza dell'esteriorizzazione del vincolo sociale e, quel che è più

³⁸⁴ Né tale circostanza può meravigliare, atteso che, come si è avuto modo di constatare, l'ingresso del fallimento della società occulta nella prassi dei tribunali fallimentari era avvenuto, come si è avuto modo di vedere, proprio a partire dall'estensione della procedura concorsuale anche nei confronti dei soci occulti di società occulta. Sul punto si rimanda al § 3 del primo capitolo.

Ciò appare peraltro coerente con le finalità pratiche sottese alla legge fallimentare, atteso che nelle società personali a venire in rilievo ai fini della soddisfazione dei creditori sociali sono soprattutto le disponibilità dei beni dei soci illimitatamente responsabili, posta la relatività del concetto di capitale in questo tipo di organizzazione collettiva dell'attività di impresa.

importante, sulla questione della garanzia apprestata a tutela dei creditori sociali che sul patrimonio dei soci illimitatamente responsabili non avessero fatto minimamente affidamento.

La legge ora estende tale principio anche alla società occulta, mostrando che quella norma non riguarda tanto l'affidamento creato nei confronti dei terzi quanto, soprattutto, la tutela dei rapporti interni tra i soci ed il principio della realtà³⁸⁵.

IV. Vi è dunque, all'interno della norma, un'esigenza che risponde a logiche proprie, nel senso che se è vero che la legge realizza in sede fallimentare il principio della responsabilità illimitata dei soci di società personali, è anche vero che tale risultato è raggiunto oltrepassando gli indici formali della spendita del nome, tanto nel caso della c.d. esteriorizzazione sfuggita³⁸⁶ quanto in quello della società occulta vera e propria.

Ciò che permette il superamento di tale regola generale dei rapporti giuridici, funzionale alla certezza degli stessi anche nel campo del diritto dell'impresa³⁸⁷, è proprio la necessità di rispondere ad esigenze legate alla

³⁸⁵ Gli argomenti utilizzati in dottrina per sottolineare l'incoerenza, dal punto di vista degli interessi tutelati, della soluzione relativa al contiguo problema dell'imprenditore occulto sono sin troppo noti, potendosi compendiare nel sacrificio dei creditori personali dell'imprenditore occulto, ipoteticamente ignari dell'attività del proprio debitore, rispetto al vantaggio (ingiustificato) per i creditori dell'imprenditore palese, cui viene "regalata" garanzia senza affidamento: cfr. A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 35; T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 1153; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 11.

³⁸⁶ Si è infatti visto nel primo capitolo come lo stesso requisito dell'esteriorizzazione, oggi anche dal punto di vista normativo non più necessario per l'applicazione del quinto comma dell'art. 147 l. fall. (che pure, nell'interpretazione qui sostenuta, si riferisce anche ai casi di esteriorizzazione del rapporto sociale, supportata da elementi probatori in grado di far ritenere effettivamente esistente un rapporto sociale tra i pretesi soci), non è da intendere, né nell'applicazione di esso fatta dalla giurisprudenza né nel significato dato dalla dottrina, come spendita del nome sociale, poiché altrimenti non sarebbe possibile neanche configurare – e *a fortiori* accertare in sede processuale – un rapporto sociale sulla base della sua concreta attuazione: C. ANGELICI, *voce Società di fatto*, *cit.*, p. 3.

³⁸⁷ B. LIBONATI, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale*, *cit.*, p. 24, il quale evidenzia che la complessità dell'organizzazione di impresa esige subito, per una migliore tutela dei terzi, trasparenza nella struttura di imputazione, per poi sostenere che la spendita del nome dell'imprenditore risulti a tal

tutela dei rapporti interni tra i soci, alla finalità preventiva del fallimento dell'impresa sociale, alla sistemazione di classi di interessi creditorie non prese in considerazione dalla legge fallimentare del 1942.

La sussistenza di tali logiche è del resto la conseguenza della “nascita” (si è ricordato, giurisprudenziale) del meccanismo di estensione, da un lato, e della stessa possibilità di sottoporre a dichiarazione di fallimento strutture sociali ritenute esistenti per il tramite dell'attuazione concreta di un rapporto sociale, dall'altro.

Nel momento in cui si ritiene di poter valutare giuridicamente (e seppure dall'esclusiva angolatura del diritto fallimentare) una serie di fenomeni per il loro valore probatorio di attuazione di un rapporto societario, è chiaro che l'imputabilità di un comportamento a seconda delle formali dichiarazioni espresse diventa un problema di seconda istanza rispetto alla ricostruzione stessa dell'attuazione del rapporto³⁸⁸, e che la seconda è possibile solo a patto di considerare in maniera meno rigorosa la prima.

Così si spiega, *in primis*, l'origine stessa del concetto di esteriorizzazione del rapporto sociale, che, prima di venire in qualche modo distorta fino ad approdare all'aberrazione logica e giuridica della società ritenuta esistente ma non vera³⁸⁹, fungeva da criterio equilibratore tra le pretese dei creditori e la necessità di non coinvolgere nel dissesto soggetti affatto estranei all'impresa decotta.

Ma l'esteriorizzazione, quale attenuazione della spendita del nome, presuppone proprio, e si fonda anzi, sulla esigenza del coinvolgimento nel

fine indispensabile, “tanto più indispensabile anzi in quanto la congerie di interessi coinvolti, e la naturale esigenza di velocità nei traffici [...] non consentono complicazioni o ambiguità nell'affidamento dei terzi”.

³⁸⁸ E così autorevolmente, C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 6.

³⁸⁹ Cfr. capitolo primo, § 3.

dissesto dei soggetti coinvolti nell'attività imprenditoriale, anche se rimasti nell'ombra o non comparsi formalmente³⁹⁰.

In quest'ottica, la stessa circostanza³⁹¹ per cui la giurisprudenza rimanga fedele al principio della spendita del nome quale unico criterio ai fini dell'imputabilità giuridica di un comportamento in materia di acquisti immobiliari³⁹² o allorché non sia in gioco il fallimento, o ancora in sede di rappresentanza processuale³⁹³, assume caratteri meno contraddittori, o meglio può più agevolmente essere spiegata con la riespansione, al di fuori di una logica settoriale e per certi aspetti microsistemica, della valenza di regola generale del criterio giuridico-formale legato alla spendita del nome.

V. Chiarito che l'esigenza di chiamare a rispondere, in sede concorsuale, i soggetti cointeressati alla gestione di quel patrimonio destinato ad impresa apparso come oggetto di gestione individuale rappresenta senz'altro, nella logica del fallimento (e poi del fallimento in estensione) dei soci illimitatamente responsabili, anche nel caso in cui essi non abbiano manifestato tale qualità ai terzi, la funzione principale della norma, va ora notato come essa sembri perseguire un secondo scopo, di carattere più

³⁹⁰ Seppure, come si è detto, richieda un ulteriore requisito dei comportamenti qualificati come sociali, e cioè la loro estrinsecazione nei confronti dei terzi.

³⁹¹ Pure messa in evidenza da N. RONDINONE, *L'esercizio dell'impresa*, cit., p. 55, come esempio di incoerenza da S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, cit., p. 216, il quale, partendo da una concezione di fondo per cui nell'ipotesi della società occulta "non ricorra alcuna fattispecie societaria", ricorda che la giurisprudenza "in molte altre circostanze valorizza – non so con quanta coerenza – il principio della spendita del nome".

³⁹² Per i quali si configura come necessaria una formale spendita della ragione sociale: cfr. Cass., 7 febbraio 1984, n. 936, in *Società*, 1984, p. 658; Cass., 5 maggio 1980, n. 2935, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 1558; Cass., 24 febbraio 1975, n. 691, in *Foro it.*, 1976, I, 213.

³⁹³ C. ANGELICI, voce *Società di fatto*, cit., p. 7; V. BUONOCORE-G. CASTELLANO-R. COSTI, *Società di persone. Casi e materiali*, Milano, 1978, p. 873; esigenza motivata in giurisprudenza dalla necessità che il convenuto sia messo nelle condizioni di apprestare le proprie difese anche in ordine all'aspetto della legittimazione processuale attiva: cfr. sul punto specificamente Cass., 4 marzo 1980, n. 1433, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 758.

generale, e riferito specificamente all'ipotesi della società occulta vera e propria, ovvero mai esteriorizzata.

Scopo principale perseguito dai soci tramite l'occultamento del rapporto sociale esistente è, evidentemente, quello di sottrarsi alle responsabilità connesse all'utilizzo dello strumento societario, soprattutto in punto di assoggettamento a fallimento³⁹⁴.

Tale scopo sarebbe perfettamente lecito e perseguibile laddove i soci utilizzassero uno degli strumenti messi all'uopo a disposizione dall'ordinamento³⁹⁵ (viene in mente, in primo luogo, la costituzione di una società a responsabilità limitata); ma ciò che si riscontra nella fattispecie della società occulta è proprio la (provata sul piano processuale) esistenza effettiva di una società a responsabilità illimitata, *rectius* una società in nome collettivo irregolare, un tipo societario, quindi, nel quale la responsabilità illimitata per i

³⁹⁴ F. GALGANO, *voce Imprenditore occulto e società occulta*, *cit.*, p. 1.

³⁹⁵ Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, cit.*, p. 95, secondo cui “*i soci occulti, mediante la non esteriorizzazione del vincolo sociale, perseguono il disegno di sottrarsi al fallimento personale ed alla responsabilità illimitata per i debiti dell'impresa comune, che sono invece regole inderogabili del tipo societario (società in nome collettivo) da essi prescelto. I soci che intendono limitare la propria responsabilità per i debiti sociali devono farlo costituendosi in uno dei tipi societari per i quali è previsto tale beneficio..*”.

Si veda poi P. SPADA, *Diritto commerciale. I, cit.*, p. 138, il quale offre uno spunto di natura generale verso la valutazione di alcune nuove tendenze sistematiche per affrontare le problematiche poste dall'interposizione reale nell'esercizio dell'impresa; il *trust*, la separazione patrimoniale prevista dall'art. 2645-ter cod. civ., la possibilità di esercitare imprese individuali separando il patrimonio destinato a tali iniziative dal patrimonio restante dell'imprenditore, costituendo cioè società per azioni o a responsabilità limitata unipersonali, la possibilità, ancora, di compartimentare l'iniziativa imprenditoriale ed il rischio ad essa connesso affidando l'esercizio dell'attività propria di ogni settore ad una distinta società (costituendo cioè un gruppo di società), rappresentano alcuni esempi della molteplicità degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento ai fini dell'articolazione di patrimoni ed iniziative, cosicché diviene legittimo, secondo l'illustre autore, domandarsi se le tecniche indirette miranti allo stesso scopo appena menzionato non possano ritenersi, oggi più di ieri, come comportamenti in frode alla legge, suscettibili di essere neutralizzati mediante il ripristino dell'universalità della garanzia patrimoniale. Similmente, ancora, P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, *cit.*, p. 1240, concludendo che “*le grandi aperture liberalizzatrici delle recenti riforme societaria e fallimentare si potranno magari criticare, ma a nostro sommo avviso hanno un risvolto responsabilizzante nient'affatto criticabile: che cioè, laddove non è più necessario ricorrere ad espedienti, chi agli espedienti rimane affezionato rimanga perciò anche senza la copertura della legge...*”.

debiti sociali rappresenta una regola inderogabile, scolpita dall'art. 2291 cod. civ.

In tal senso, la norma del quinto comma dell'art. 147 l. fall. (nella parte in cui, lo si ripete, si riferisce ad ipotesi di interposizione reale nell'esercizio dell'attività di impresa) rappresenta una reazione dell'ordinamento all'uso distorto della forma societaria; ma, come si è visto, la sua vera e più autentica funzione non può essere spiegata se non ricorrendo allo studio delle peculiari esigenze poste dal fallimento in estensione.

VI. Alla luce di quanto precede, è agevole la risposta al dilemma i cui due corni, come detto, sono costituiti dall'eccezionalità della norma rispetto alla disciplina generale dettata dall'art. 1705 cod. civ. ovvero dalla sua capacità di assurgere a principio generale di settore³⁹⁶ sul terreno del diritto dell'impresa.

Seguendo un autorevole insegnamento, può osservarsi come nessuna norma, in sé considerata, possa definirsi regolare piuttosto che eccezionale³⁹⁷, in quanto la classificazione delle stesse avviene sulla base di un giudizio di comparazione guidato dal criterio dell'elemento comune.

La comparazione tra norme, che ovviamente postula già un'attività interpretativa di giudizio sul contenuto delle stesse, deve essere attuata a

³⁹⁶ Insiste sulla necessità di tale interrogativo P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale*, cit., p. 1240: "Ma allora bisogna pur chiedersi se davvero l'art. 147 sia norma eccezionale o almeno se lo sia nella parte che stiamo considerando, quando cioè dichiara la fallibilità ovvero la responsabilità patrimoniale ad hoc di un soggetto – la società occulta – di cui non è stato speso il nome. Non è certo questa la sede per affrontare un simile discorso, già tante volte sviluppato con esiti contrapposti e incommunicabili..."; tale rinuncia ad esprimere un'opinione in un senso o nell'altro, riguardo all'interrogativo prospettato, è tuttavia solo apparente, poiché lo stesso a., poche righe dopo, si esprime così: "ecco dunque che il comma 5 dell'art. 147, lungi dal costituire mera registrazione d'un indirizzo giurisprudenziale o dall'essere rinserrabile nell'esclusivo campo societario, assurge davvero al rango di principio generale di settore, quello di cui il Maestro bolognese (il riferimento è, ovviamente, a W. BIGIAMI, *nds*) non potè persuadere mancandogli l'appoggio sicuro della norma scritta venuta mezzo secolo dopo".

³⁹⁷ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 57.

partire da una fattispecie che abbia la medesime caratteristiche (o “note”) della norma c.d. regolare, essendo tuttavia fornita di una nota differenziale; ebbene, la norma eccezionale, come noto, possiede un effetto diverso rispetto a quello disposto nella norma regolare.

Essa finisce col rompere la logica della norma regolare, introducendone una propria e diversa; ad una parziale identità di fattispecie corrisponde un’alterità di effetti³⁹⁸.

La norma eccezionale introduce un nuovo criterio di disciplina che finisce col derogare, per eccezione, alla disciplina regolare.

L’eccezione, è stato scritto, può verificarsi sia nei confronti di una singola norma che nei confronti di una regola generale: in questo caso, l’eccezione avviene nei confronti di una norma che esprime, però, una regola generale in materia di agire per conto³⁹⁹, in funzione della nota differenziale costituita, nella norma eccezionale, dalla presenza di una struttura societaria.

Vista dal lato degli effetti, dunque, la norma eccezionale appare discentrica⁴⁰⁰, nella misura in cui introduce un nuovo criterio di disciplina⁴⁰¹, discostandosi dalla valutazione della fattispecie più semplice compresa nella norma generale.

³⁹⁸ N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 58; F. MODUGNO, *Norme eccezionali, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXVIII, p. 517; P. COPPA – ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale. Studi*, Modena, 1915, I, p. 80; V. GUELI, *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, Milano, 1942, p. 44.

Una norma può essere definita generale allorché si tratti non tanto di una singola norma, quanto di principi e criteri di disciplina che pervadono l’ordinamento, quale sicuramente può essere definito il criterio della spendita del nome.

³⁹⁹ Nella norma dell’art. 1705 cod. civ., infatti, un soggetto agisce in nome proprio ma per conto di un altro soggetto, e la legge dispone che gli effetti degli atti compiuti dal mandatario ricadano solo sulla sfera di quest’ultimo. Nella norma del 147 l. fall., invece, un soggetto agisce in nome proprio, per conto di un altro soggetto delle cui decisioni egli è partecipante, essendo dunque tali decisioni funzionali ad uno scopo preconstituito (ed in ciò sta la nota differenziale).

⁴⁰⁰ N. IRTI, *L’età della decodificazione, cit.*, p. 60.

⁴⁰¹ L’eccezionalità misurandosi allora nella capacità interruttiva di uno sviluppo di una logica regolare e nell’istituzione di una nuova corrispondenza.

L'articolo 1705 cod. civ., dettato in tema di mandato, assurge da tempo a regola generale nel diritto comune dell'agire per conto⁴⁰², in quanto regola in grado di garantire certezza del diritto e uniformità di soluzioni.

La norma dell'articolo 147 l. fall., perlomeno nella parte in cui si occupa della società occulta c.d. in senso stretto, opera una deroga a questo diritto comune dell'agire per conto in campo societario; la legge, come visto, assegna prevalenza alla funzione esercitata dal soggetto dichiarato fallito, poiché socio di una società, e perciò fissa anche, come visto sopra, una netta linea di demarcazione rispetto alla disciplina del mandato senza rappresentanza⁴⁰³, e dispone l'alterità di effetti rispetto al caso della norma regolare *ex art.* 1705 cod. civ., e cioè una deroga c.d. per eccezione rispetto alla regola insita in tale precetto normativo⁴⁰⁴.

Con ciò, ovviamente, non si intende negare che la norma in questione contenga un principio potenzialmente in grado di estendersi a tempi e casi non previsti⁴⁰⁵, perlomeno nella parte in cui, disciplinando il (qui

⁴⁰² In luogo di molti, P. SPADA, *Diritto commerciale. I, cit.*, p. 136.

⁴⁰³ Non stupisca peraltro che, pur insistendosi qui sulla differenza tra la disciplina della società occulta, attinente ad un fenomeno societario e bisognosa in tale alveo normativo di trovare collocazione disciplinare, e la disciplina del mandato, si ritorni a sottolineare la deroga al dettato dell'art. 1705 cod. civ.

Tale disciplina, infatti, si è posta nel tempo quale vera e propria regola generale nella materia dell'agire per conto, ed è da questa angolatura che va analizzato il rapporto con il quinto comma dell'art. 147 l. fall., ed il suo carattere di eccezionalità relativamente, appunto, alla regola generale appena esposta.

⁴⁰⁴ Tale interpretazione presuppone evidentemente di ritenere che la fattispecie della società occulta vera e propria, perché mai esteriorizzata, fosse assoggettata, prima dell'entrata in vigore della novella della legge fallimentare e dunque del quinto comma, alla disciplina del mandato senza rappresentanza, implicando l'applicazione della regola generale.

Ciò non toglie, poi, che nel quinto comma dell'art. 147 l. fall. si ritrovi la realizzazione in sede concorsuale del principio della responsabilità illimitata *ex art.* 2291 cod. civ., in quanto, come si è visto, il giudizio interpretativo sull'eccezionalità della norma assume sempre carattere relativo rispetto ad un'altra norma, cosicché uno stesso precetto normativo può porsi come eccezionale rispetto ad un altro ma in conformità rispetto ad un altro ancora (*"Nessuna norma, in sé considerata, è regolare o eccezionale"*: così, ancora, N. IRTI, *L'età della decodificazione, cit.*, p. 57).

⁴⁰⁵ Si veda infatti N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 342, per l'osservazione per cui se l'applicazione analogica delle leggi eccezionali è da escludersi con apposita norma (l'attuale art. 14 disp. prel. c.c.) ciò implica che esse, ancorché eccezionali o proprio perché eccezionali, sono portatrici di un nuovo principio, capace, in potenza, di estendersi a tempi e casi non previsti.

ritenuto necessario e previo) fallimento della società occulta, si afferma il fallimento di un ente del quale non è stato speso il nome nell'attività di impresa⁴⁰⁶; non casualmente autorevole dottrina ha sottolineato la natura politico-economica della scelta del criterio di imputazione, legata alla tutela di differenti classi di interessi, nulla frapponendosi, in ipotesi, all'adozione di un criterio sostanziale⁴⁰⁷.

E di tale segno pare tanto la scelta del mantenimento dell'istituto del fallimento del socio illimitatamente responsabile quanto quella, da inquadrare in questa cornice, di cui al quarto e quinto comma dell'art. 147 l. fall., ipotesi in cui la scelta dell'ordinamento non è immediatamente nel senso dell'affidamento del ceto creditorio ma dell'esigenza di garantire, da un lato, parità di trattamento tra soci illimitatamente responsabili e, dall'altro, di evitare un ricorso distorto alla struttura societaria laddove per altri versi l'ordinamento stesso offre una molteplicità di strumenti ai fini dell'esercizio di un'impresa in regime di responsabilità limitata.

Si tratta di un'eccezione di cui pure non si intende, in un senso, disconoscere *a priori* la potenziale fecondità; e che, nell'altro, non può certo venire derubricata a monelleria o distrazione del legislatore⁴⁰⁸, come elemento dal quale difendersi a tutti i costi; essa può essere considerata, allora, come un'eccezione da comprendere all'interno dell'istituto del fallimento delle società a base personale e con soci illimitatamente responsabili, ove le esigenze descritte, diverse dall'affidamento del ceto creditorio, trovano consacrazione nell'art. 147 l. fall.

⁴⁰⁶ Ma, si ricordi, lo stesso caso dell'esteriorizzazione sfuggita si riferisce a fattispecie in cui potrebbe non esserci una chiara formalizzazione nella dichiarazione del soggetto agente, perché il concetto di esteriorizzazione è nato proprio in riferimento a rapporti sociali di fatto ricostruibili sulla base di comportamenti concludenti riconducibili al paradigma normativo di cui all'art. 2247 cod. civ.

⁴⁰⁷ B. LIBONATI, *L'impresa e le società*, cit., p. 21.

⁴⁰⁸ Sic N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, cit., p. 344.

Ciò si è notato con riguardo, anzitutto, alla deroga operata dallo stesso alle regole generali dettate dagli artt. 1 e 5 l. fall. in materia di presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento; alla deroga per eccezione al criterio giuridico formale di imputazione; ancora, al fatto che l'articolo 147 l. fall. contiene un concetto di società che, se dopo la riforma si riferisce alla sola società personale, indica allora solo la società-sodalizio, e non mai la società unipersonale, rafforzando l'idea della relatività del lessico legislativo a seconda del contesto nel quale esso viene utilizzato.

VII. In conclusione, la deroga al principio giuridico-formale di imputazione della responsabilità per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa ha ragioni settoriali – e pertanto ha una specifica ragion d'essere in ambito societario.

Per quanto riguarda la specifica ipotesi oggetto di studio, essa si giustifica, dal punto di vista dell'intera norma, in quanto ne condivide la finalità c.d. preventiva del fallimento dell'impresa sociale, stimolando i soci ad intervenire in soccorso della società prima che questa versi in stato di insolvenza; e, in rapporto con il quarto comma del medesimo articolo 147 l. fall., in quanto elimina una disparità di trattamento difficilmente giustificabile tra soci parimenti occulti⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Diversamente, l'ordinamento favorirebbe, in qualche modo, la costituzione di società occulte, perché, mentre nel caso di società palese con soci occulti a questi ultimi nulla varrebbe occultare la propria partecipazione, venendo comunque chiamati a rispondere delle obbligazioni assunte dalla società in sede fallimentare, nel caso della società occulta una lacuna disciplinare poteva, fino al 2006, essere colmata solo dalla giurisprudenza, mancante la consacrazione normativa.

INDICE BIBLIOGRAFICO DEGLI AUTORI

- P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVI, Torino, 1985;
- L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, II, p. 1429;
- N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 73;
- A. AIMI, *sub art. 147*, in TEDESCHI (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, II, p. 1346;
- F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività di impresa)*, in *Riv. dir. crit. priv.*, 1955, p. 417;
- G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Commento sistematico al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, 2000;
- C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in V. BUONOCORE – A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, p. 122;
- V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (diritto privato processuale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 306;
- V. ANDRIOLI, *Fallimenti sociali*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 793;
- V. ANDRIOLI, *Scritti giuridici*, Milano, 2007;
- C. ANGELICI, *La contrattazione di impresa*, in AA. VV., *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985;

- C. ANGELICI, voce *Società di fatto ed irregolare*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, XXIX, p. 1;
- C. ANGELICI, voce “*Società in generale (Appendice)*”, in *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, Torino, 1997, XIV, p. 267;
- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006;
- C. ANGELICI, *Diritto commerciale. I*, Bari, 2006;
- C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in P. ABBADESSA – G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, I, p. 3;
- C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in AA. VV., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, p. 141;
- U. APICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare. Normativa ed adempimenti*, Torino, 2008;
- T. ASCARELLI, *Manifestazione ai terzi e contratto di società commerciale. Responsabilità del falsus socius. Società e associazione*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 377;
- T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 245;
- T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 1153;
- T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959;
- T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962;

- L. ASQUINI, *Sull'estensione del fallimento al socio occulto*, in *Foro civ.*, 1948, p. 56;
- G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937;
- G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, III;
- G. AULETTA, *Scritti giuridici*, Milano, 2001, VI, p. 317;
- T. AULETTA, *Fallimento dell'ex socio con responsabilità illimitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 546;
- D. BARBERO, *Sono proprio ammissibili l'imprenditore occulto e il suo fallimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 373;
- L. BARBIERA, *Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone: una nuova motivazione dell'ammissibilità nel confronto con le ridimensionate obiezioni della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 708;
- A. BARBIERI, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*, in *Fallimento*, 2008, p. 914;
- E. BARCELLONA – R. COSTI – F. GRANDE STEVENS, *Società in accomandita per azioni, sub art. 2452 – 2461*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997;
- A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009;
- G.L. BECCARIA, *Linguaggi settoriali e lingua comune*, in G.L. BECCARIA (a cura di), *I linguaggi settoriali in Italia*, Milano, 1973;
- F. BELVISO, *Società occulta*, in N. ABRIANI – A. CASTAGNOLA (a cura di), *Dizionari sistematici. Società e fallimento*, Milano, 2008, p. 52;
- U. BELVISO, voce *Institore*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVII, Roma, 1989, p. 2;

- U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, III, p. 1657;
- E. BERTACCHINI, *Il fallimento delle società*, in AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007;
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994;
- W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 2;
- W. BIGIAMI, *Fallimento degli azionisti sovrani della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 951;
- W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954;
- W. BIGIAMI, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, I, 2, 1954, p. 691;
- W. BIGIAMI, *La sentenza di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 366;
- W. BIGIAMI, *Società occulta, società palese, società apparente*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 528;
- W. BIGIAMI, *Fallimento di società occulta su domanda o reclamo (inammissibili) di un creditore*, in *Giur. it.*, 1957, p. 801;
- W. BIGIAMI, *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 144;
- W. BIGIAMI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962;
- N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1968, I, p. 603;

- E. BOCCHINI, *La teoria dell'imprenditore occulto e la teoria dell'informazione: una rivisitazione*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, I, p. 21;
- G. BONELLI, *La teorica delle società irregolari*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 9;
- G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, a cura di V. ANDRIOLI, Milano, 1939;
- S. BRACCO, *Le società commerciali non manifeste*, Milano, 1938;
- A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932;
- A. BRUNETTI, *Trattato delle società*, Milano, 1948;
- V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969;
- V. BUONOCORE, voce *Imprenditore*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, XX, p. 500;
- V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile. Artt. 2247-2250*, Milano, 2000;
- V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, Sez. I, Tomo 2.1;
- V. BUONOCORE - G. CASTELLANO - R. COSTI, *Società di persone (Casi e materiali)*, I, Milano, 1978;
- L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale. I. Premesse storiche. disciplina dell'impresa*, Bari, 2006;
- O. CAGNASSO, *Il fallimento per estensione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2007;
- R. CALDERAZZI, *sub art. 147*, in G. TERRANOVA – G. FERRI JR. – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. PERRINO – B. SASSANI, *La nuova legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, p. 304;

- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2008;
- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2011;
- L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962;
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951;
- G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004, XI, tomo II, p. 105;
- G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 550;
- A. CICU, *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 141;
- G. E. COLOMBO, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1513;
- R. COSTI – V. DI CHIO, *Società in generale – Società di persone – Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1972, p. 70;
- R. COSTI, *Il fallimento della società*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 454;
- G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273;
- G. COTTINO, *Le società. Diritto commerciale, I*, Padova, 1994;
- G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 2000;
- G. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219;

- F. D'ALESSANDRO, *Gli aspetti generali*, in I. GRECO (diretto da), *Fallimento delle società*, Milano, 1995, p. 308;
- U. DE CRESCIENZO, *Il fallimento delle società di persone*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, II, p. 1503;
- F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973;
- G. DI CHIO, *Rapporti interni e comportamenti con i terzi come prove dirette dell'esistenza di una società di fatto*, nota a Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, in *Giust. civ.*, 1989, I, c. 446;
- A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, p. 1039;
- F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1988;
- F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2004, p. 102;
- M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999;
- M. FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento al socio*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 429;
- M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011;
- F. FARINA, *L'acquisto della qualità di imprenditore*, Padova, 1985;
- G. FAUCEGLIA, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, vol. I, p. 1;

- FR. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1952;
- F. FERRARA, *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 668,
- F. FERRARA jr. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009;
- F. FERRARA jr. – A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995;
- P. FERRERO, *Comunione incidentale di azienda e società di fatto*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 246;
- G. FERRI, *Delle società: disposizioni generali, società semplici, in nome collettivo, in accomandita semplice*, Bologna, 1955;
- G. FERRI, *Le società*, in F. VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1985;
- G. FERRI, C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2009;
- G. FERRI JR., voce *Procedure concorsuali (riforma delle)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Milano, 2009 (Aggiornamento), v. XXVII;
- P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976;
- P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA. VV., *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985;
- F. FIMMANÒ, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in www.ilcaso.it, documento n. 70/2007;
- F. FIMMANÒ, *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica*, in www.ilcaso.it, documento n. 135/2009;
- F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, p. 90;

- D. FINARDI, *Il fallimento in estensione: socio occulto di società palese, tra affectio societatis e affectio coniugalis*, in *Società*, 2009, p. 231;
- M. FINOCCHIARO, *Impresa familiare e convivenza tra i vari partecipi*, nota a Cass., 26 giugno 1984, n. 3722, in *Giust. civ.*, 1984, p. 2746;
- S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali e società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 223;
- V. FRANCESCHELLI, *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. comm.*, 1978 II, p. 164;
- E. FRASCAROLI SANTI, *Questioni sempre nuove in tema di società occulta*, in *Dir. fall.*, 1974, p. 186;
- G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 334;
- L. GAFFURI, *commento all'art. 147*, in P. PAJARDI, *Codice del fallimento* (a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI), Milano, 2009, p. 1622;
- F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 581 ss;
- F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1969;
- F. GALGANO, *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del contratto sociale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 702;
- F. GALGANO, *Il fallimento delle società*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, vol. X, p. 1;
- F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XVI, p. 1;

F. GALGANO, *sub art. 147*, in F. GALGANO – A. BONSIGNORI, *Fallimento delle società*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1997, p. 143;

M. GARCEA, *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di persone (un commento a Tribunale Forlì 9 febbraio 2008)*, in P. SPADA, *Questioni e casi di diritto commerciale*, Padova, 2010, p. 170;

A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990;

M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972;

G. GIORDANO, *Conferimento, fideiussione e confusione di patrimoni*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, p. 149;

A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963;

F. GUERRERA, voce *Società in nome collettivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, p. 938;

L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011;

G. GUIZZI *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277;

B. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 679;

A. JORIO, *Il fallimento*, Torino, 1970;

A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000;

M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Fallimento*, 2009, p. 1333;

N. IRTI, *L'età della decodificazione. Vent'anni dopo*, Milano, 1990;

- A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Judica – Zatti*, Milano, 2000, p. 155;
- B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA. VV., *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985;
- B. LIBONATI, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 2004;
- B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1;
- G. LO CASCIO, *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*, in *Fallimento*, 2009, p. 1013;
- A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in CICU – MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XIII, Milano, 1984;
- M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. notariato*, 2006, p. 468;
- M. MACCHIA, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, in *Fallimento*, 1994, p. 482;
- V. MARICONDA, *Una "nota stonata" delle Sezioni Unite: la s.p.a. non può essere accomandante di s.a.s.*, in *Corr. giur.*, 1988, p. 1293;
- G. MARZIALE, *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 597;
- M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa. Profili ricostruttivi*, Milano, 2008;
- B. MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011;

- P. MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in *Fallimento*, 2011, p. 1233;
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948;
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, I;
- F. MICCIO, *Il socio di fatto, occulto, apparente e tiranno dopo la riforma del diritto societario e del diritto fallimentare*, in F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 228;
- F. MICCIO, *Il punto sulla giurisprudenza in tema di società di fatto, società occulta e società apparente dopo la riforma del diritto societario e del diritto fallimentare*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 50;
- G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957;
- P. MONTALENTI, *Revoca del fallimento di una società di fatto tra soci di una società per azioni e sorte dei fallimenti individuali*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 349;
- P. MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 640;
- M. MONTANARI, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990;
- L. MOSSA, *Apparenza di società e responsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 357;
- L. MOSSA, *Società interna e responsabilità esterna*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 29;
- C. MOTTI, *Le vicende delle società di persone*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 63;
- L. NANNI, voce *Interposizione di persona*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1998, XVII;

- U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1935;
- A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974;
- A. NIGRO, *Fideiussione: garanzia o conferimento*, in *Dir. fall.*, 1992, p. 59;
- A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, tomo II, Torino, 1993, p. 433;
- A. NIGRO, *I problemi fondamentali del diritto concorsuale nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1338;
- A. NIGRO, *Sub art. 147*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, vol. II, p. 2168;
- A. NIGRO, *Il fallimento delle società*, in A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009;
- E. NTUK EFFIONG, *Brevi note in tema di società di fatto (tra coniugi)* e in *Dir. fall.*, 1995, p. 620;
- G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 591;
- G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 109;
- G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XVI;
- G. OPPO, *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, Padova, I, 1992;
- G. OPPO, *Principi*, in V. BUONOCORE, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2001, Sez. I, Tomo 1;
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998;

- P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;
- L. PANZANI, *Imprenditore individuale apparente, società occulta ed identità di impresa*, in *Fallimento*, 1995, p. 923;
- L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fallimento*, 2009, p. 1055;
- A. PAPPALARDO, *Le società con soci illimitatamente responsabili*, in C. COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, p. 127;
- F. PATINI, *Prova e presunzione del vincolo sociale nelle società di fatto*, in *Fall.*, 1998, p. 1150;
- A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'“imprenditore occulto” nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623;
- F. PAZZAGLIA, *Fallimento dichiarato come individuale di impresa collettiva*, in *Dir. fall.*, 1952, p. 225;
- G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società. Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007;
- P. L. PELLEGRINO, *Le imprese collettive*, in U. APICE (diretto da), *La procedura fallimentare*, Torino, 2010, II, p. 699;
- F. PESTALOZZA, *Il socio di fatto occulto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 482;
- F. PESTALOZZA, *La società occulta nella vecchia e nella nuova legislazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 221;
- G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 177;

- J. PIROTTI, *L'esteriorizzazione come requisito essenziale dell'esistenza della società*, in *Dir. fall.*, 1957, p. 361;
- P. PISCITELLO, *Ambito di applicazione delle discipline della crisi*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 112;
- F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, 2008, p. 1297;
- F. PLATANIA, *Il fallimento del socio di fatto di società in accomandita semplice*, in *Fallimento*, 2010, p. 190;
- D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 433;
- G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. I*, Bologna, 2009;
- R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974;
- R. PROVINCIALI – G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988;
- S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Saggi, Pratica*, Milano, 1951;
- S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965;
- M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, vol. II, p. 2120;
- D. RESTUCCIA, *Brevi note sul fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 103;
- L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965;

- E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento. I*, Milano, 1997;
- G. ROMAGNOLI, *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Società*, 1999, p. 35;
- G. ROMANO PAVONI, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 53;
- G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953;
- N. RONDINONE, *L'esercizio dell'attività di impresa e l'acquisto della qualità di imprenditore*, in AA. VV., *Elementi di diritto dell'impresa. Impresa. Proprietà industriale e concorrenza – contratti commerciali – procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 44;
- R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59;
- L. SALAMONE, *Unità e molteplicità della nozione di valore mobiliare*, in *Quaderni di Banca, borsa, titoli di credito*, Milano, 1995;
- L. SALAMONE, *La proprietà del mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 77;
- V. SALANDRA, *Società irregolari e pubblicità di fatto*, in *Foro it.*, 1930, p. 961;
- V. SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 290;
- V. SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1948;
- G. SAMMARCO, *La società occulta*, in *Riv. not.*, 1972, p. 100;
- C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in SCIALOJA – BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1985;
- G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (Civilisti e laburisti a confronto)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 405;

G. SANTONI, *L'amministrazione straordinaria delle società e dei gruppi*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, Roma, 2000, p. 96;

S. SATTA, *A proposito del c.d. fallimento del socio occulto*, in *Giust. civ.*, 1958, p. 169;

S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964;

A. SCALONE, *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, p. 291;

F. SCARDULLA, voce *Interposizione di persona*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, XXII, p. 143;

M. SCIUTO – P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni, cit.*, vol. I, p. 59;

F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, in *Fallimento*, 2011, p. 567;

G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980;

G. SPATAZZA, *Verso la soppressione del socio occulto*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 205;

P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema dell'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2256;

P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1992, VII, p. 32;

P. SPADA, *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in AA. VV., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, p. 117;

P. SPADA, *Diritto commerciale. Parte generale. Storia, lessico e istituti*, Padova, 2009;

P. SPADA, *Diritto commerciale. Elementi*, Padova, 2009;

P. SPERA, *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008;

- M. SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2008, p. 86;
- D. TESTI, *Quando il finanziamento può dirsi conferimento*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 733;
- D. TESTI – M.C. PUGLIA, *Società di persone*, in *Giur. comm.*, 1990, p. 681;
- U. TOMBARI, *commento all'art. 2361*, in G. ALPA – V. MARICONDA (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2005, p. 1070;
- M. VACCHIANO, *Sulle orme della società occulta: tra "imprenditore individuale apparente" già fallito e società "di comodo"*, in *Foro it.*, 1995, p. 3228;
- M. VACCHIANO, *Il fallimento della società di fatto*, Milano, 2004;
- F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973;
- F. VASSALLI, *Sub art. 147*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, vol. II, p. 1926;
- R. VIGO, *Il fallimento delle società*, in RAGUSA MAGGIORE – C. COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, III, p. 764;
- V. VITRÒ, *Le società di fatto. Profili sostanziali ed effetti del fallimento*, Milano, 2008;
- G.M. ZAMPERETTI, *Società di fatto ed evoluzione della famiglia*, in *Fallimento*, 2000, p. 606.

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI CITATE

- Cass. Firenze, 4 aprile 1907, in *Foro it.*, 1907, I, c. 758;
- Cass. Firenze, 30 dicembre 1911, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 361;
- Cass. Regno, 9 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, p. 961;
- App. Roma, 27 febbraio 1936, in *Dir. fall.*, 1936, p. 1124;
- App. Bologna, 9 maggio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 984;
- Cass., 27 gennaio 1964, n. 193, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 74;
- App. Napoli, 4 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, p. 1726;
- Cass., 14 febbraio 1957, n. 548, in *Dir. fall.*, 1957, p. 361;
- Cass., 11 febbraio 1964, n. 302, in *Giur. it.*, 1964, p. 92;
- Cass., 11 novembre 1967, n. 2726, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 280;
- C. Cost., 16 luglio 1970, n. 142, in *Foro it.*, 1970, I, p. 2037;
- Cass., 13 ottobre 1970, n. 1982, in *Foro it.*, 1971, I, c. 556;
- Cass., 4 marzo 1971, n. 566, in *Giur. it.*, 1971, p. 230;
- Cass., 26 novembre 1971, n. 3448, in *Mon. Trib.*, 1972, p. 602;
- C. Cost., 27 giugno 1972, n. 110, in *Foro it.*, 1972, I, p. 1902;
- Cass., 6 ottobre 1972, n. 2885, in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 373;
- Cass., 27 aprile 1973, n. 1150, in *Foro it.*, 1974, I, c., 3158;
- Cass., 28 settembre 1973, n. 2447, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 335;
- Cass., 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 733;
- Cass., 24 febbraio 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780;

C. Cost., 28 maggio 1975, n. 127, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 561;
Cass., 2 ottobre 1975, n. 3104, in *Rep. Foro it.*, 1975, p. 122;
Cass., 17 marzo 1976, n. 977, in *Foro it.*, 1976, I, p. 942;
Trib. Milano, 19 giugno 1976, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 164;
Trib. Milano, 25 giugno 1976, in *Giur. merito*, 1978, I, p. 578;
Cass., 14 luglio 1976, n. 2728, in *Giur. it.*, 1976, p. 687;
Cass., 30 marzo 1977, n. 1221, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 912;
Cass., 28 maggio 1977, n. 2202, in *Giur. it.*, 1977, p. 503;
Cass., 25 gennaio 1978, n. 337, in *Giur. it.*, 1978, p. 75;
Cass., 6 agosto 1979, n. 4558, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2256;
Cass., 4 marzo 1980, n. 1433, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 758;
Cass., 5 maggio 1980, n. 2935, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 1558;
Cass., 28 marzo 1981, n.1787, in *Giur. it.*, 1981, p. 480;
Cass., 21 ottobre 1981, n. 5518, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 441;
Cass., 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2263;
Cass., 7 febbraio 1984, n. 936, in *Società*, 1984, p. 658;
Cass., 7 marzo 1984, n. 1573, in *Società*, 1984, p. 244;
App. Bari, 18 ottobre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 827;
Cass., 12 novembre 1984, n. 5691, in *Impresa*, 1985, p. 1788;
Trib. Ravenna, 28 marzo 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 138;
Cass., 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1987, p. 595;
Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, in *Fall.*, 1989, p. 269;

Cass., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 59;
Trib. Palermo, 29 ottobre 1988, in *Temì Siciliana*, 1989, p. 75;
Trib. Milano, 12 gennaio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 446;
Cass., 29 settembre 1989, n. 3931, in *Foro it.*, 1990, I, p. 918;
Cass. 28 marzo 1990, n. 2539, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1727;
Cass., 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1668;
Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 649;
Cass. 12 marzo 1992, n. 3011, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce “Società”, n. 354;
Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1201;
Cass. 9 giugno 1993, n. 6438, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 297;
Trib. Ferrara, 7 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 630;
Cass., 26 marzo 1994, n. 2985, in *Giur. It.*, 1995, p. 46;
Cass., 29 marzo 1994, n. 2685, in *Fall.*, 1994, p. 845
Cass., 21 ottobre 1994, n. 8616, in *Foro it. Mass.*, 1994, p. 1143;
Trib. Bologna, 20 maggio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 662;
Cass. 26 luglio 1996, n. 6770, in *Studium juris*, 1996, p. 1411;
Cass., 6 dicembre 1996, n. 10889, in *Riv. dir. fall.*, 1997, II, p. 9;
Trib. Rom, 24 marzo 1997, in *Fall.*, 1997, p. 1243;
Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Riv. dir. fall.*, 1997, II, p. 860;
Trib. Torino 27 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 702;
Cass., 14 agosto 1997, n. 7624, in *Fall.*, 1998, p. 1150;
Cass. 12 settembre 1997, n. 9030, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce “Società”, n. 473;

Cass. 29 ottobre 1997, n. 10965, in *Società*, 1998, p. 483;
Cass., 27 novembre 1997, n. 1195, in *Fall.*, 1998, p. 985;
Cass., 17 gennaio 1998, n. 366, in *Giur. it.*, 1998, p. 826;
Cass., 2 aprile 1999, n. 3163, in *Fall.*, 2000, p. 606;
Trib. Roma, 9 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 787;
Cass., 22 febbraio 2000, n. 1961, in *Società*, 2000, p. 578;
Cass., 22 marzo 2001, n. 4089, in *Fall.*, 2002, p. 151;
App. Torino, 11 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, p. 648;
Cass., 14 febbraio 2003, n. 2200, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1220;
Cass. 26 settembre 2003, n. 14338, in *Vita not.*, 2004, p. 341;
App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 22;
Cass., 10 febbraio 2006, n. 2975, in *Fall.*, 2007, p. 107;
Cass., 14 febbraio 2007, n. 3271, in *Fall.*, 2007, p. 970;
Cass., 16 marzo 2007, n. 6299, in *Rep. gen. Foro it.*, 2007, voce “Società”, n. 571;
Trib. S.M. Capua Vetere, 10 luglio 2007, in *Società*, 2009, p. 231;
Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in P. SPADA (a cura di), *Questioni e casi di diritto commerciale*, Padova, 2010, p. 170;
App. Lecce, 3 marzo 2010, consultabile sul sito www.ilcaso.it;
App. Venezia, 10 dicembre 2011, consultabile sul sito www.ilcaso.it;