

DIPARTIMENTO DI IMPRESA E MANAGEMENT

Cattedra di Diritto Commerciale

*L'estensione del fallimento della società di fatto, costituita
dalla S.r.l. fallita, da un'altra S.r.l. e da persone fisiche.*

RELATORE

Prof. Raffaele Lener

CANDIDATO

Lucrezia Crescimanno
199621

Anno accademico 2018/2019

*L'estensione del fallimento della società di fatto, costituita
dalla S.r.l. fallita, da un'altra S.r.l. e da persone fisiche.*

Introduzione6

Capitolo primo

La società di fatto

1. Definizione di società9

 1.1 Società semplice10

 1.2 Società in nome collettivo12

2. Definizione di società di fatto13

 2.1 Società di fatto tra persone fisiche e giuridiche14

 2.2 *Species* della società di fatto16

 2.2.1 *Società occulta*16

 2.2.2 *Società apparente*17

 2.2.3 *Società di fatto e società irregolare*18

 2.3 Figure simili alla società di fatto19

 2.3.1 *Associazione in partecipazione*19

 2.3.2 *Comunione*20

 2.3.3 *Impresa familiare*20

 2.4 La prova dell'esistenza del rapporto societario;21

 2.4.1 *Prova nei rapporti interni e prova dei rapporti esterni*23

Capitolo secondo

Il fallimento della società di fatto

1. Definizione di fallimento	26
1.1 Organi del fallimento	29
1.2 Effetti della dichiarazione di fallimento.....	31
1.2.1 Effetti per il fallito	31
1.2.2 Effetti per i creditori.....	32
1.2.3 Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori	34
1.2.4 Effetti sui rapporti giuridici preesistenti	35
2. Fallimento della società in nome collettivo	36
3. Fallimento della società di fatto e dei soci.....	39
3.1 Fallimento del socio occulto e della società occulta	42
3.2 Fallimento della società apparente	44
3.4 Fallimento di una società di fatto tra persone fisiche e persone giuridiche	46

Capitolo terzo

*Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017 del 4.12.2017 Tribunale di Roma
Sezione Fallimentare, sentenza 76/2018 del 1.2.2018*

1. Fallimento di S.r.l	49
2. Istanza successiva al Tribunale di Roma, da parte del curatore in estensione del fallimento ex art 147 LF “ <i>sussistenza società in nome collettivo irregolare tra la S.r.l. fallita, un'altra S.r.l. e tre persone fisiche socie</i> ”	51
3. Rigetto del Tribunale di Roma alle domande della Curatela in merito alla estensione del fallimento ex art. 147 LF	52
4. Istanza della Curatela alla Corte di Appello di Roma per l’annullamento di detto provvedimento di rigetto: “ <i>Accertamento della sussistenza di una società di fatto tra detti soggetti e la “S.r.l. fallita”</i> ”	54
5. Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017.....	55
5.1 Conclusioni derivanti dalla Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017	58
6. La Sentenza del Tribunale di Roma N. 76/18	58

Introduzione

Il filone giurisprudenziale del 2016 con le sentenze 1095 - 10507 e 12120 ha delineato il fenomeno delle “super società”, chiarendo come possa essere individuata l'esistenza di una società di fatto insolvente, partecipata da società di capitali, con ciò superando il contenuto letterale dell'articolo 147 comma 5 della l. fall. che in precedenza riteneva applicabile, l'estensione del fallimento, alla sola ipotesi prevista: *“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”*.

In questo scritto si vuole esaminare una ulteriore evoluzione della giurisprudenza, seppur non di emanazione del giudice di legittimità, ritenendo che vi siano elementi di novità, nella decisione della Corte di Appello di Roma che, in sede di reclamo, da parte del curatore fallimentare, contro la decisione del Tribunale di Roma, di non estendere il fallimento di una S.r.l., alla società di fatto occulta insolvente, partecipata da un'altra S.r.l. e da soci persone fisiche non imprenditori, accoglie il reclamo del curatore fallimentare.

Tale decisione ha destato, l'immediato l'interesse degli addetti ai lavori e della stampa specializzata (art. Sole 24 ore del 19 febbraio 2018), poiché con forza in tale decisione, la Corte di Appello evidenzia che la prova rigorosa di comportamenti e fatti compiuti in modo sistematico, idonei a manifestare la volontà di destinare beni, risorse, capacità di credito, per l'esercizio di una attività ulteriore, rispetto alle attività delle singole società o dei soci, sia assolutamente necessaria, per verificare l'esistenza di una società di fatto occulta e al fine di estendere alla stessa ed ai soci il fallimento.

In definitiva, essendo le conseguenze della estensione del fallimento, gravissime e coinvolgendo nello specifico la sfera patrimoniale di ben quattro soci (inclusa la S.r.l. già dichiarata fallita), persone fisiche e giuridiche, viene escluso che possa essere sufficiente un singolo atto, magari episodico, a favore della società fallita da parte di terzi, per individuare l'esistenza di una società di fatto insolvente e dei soci occulti.

Al fine di esaminare in modo compiuto la fattispecie in esame si è dato conto nel primo capitolo, del presente lavoro, della natura giuridica della società di persone nelle sue diverse declinazioni (società di persone regolari, irregolari, di fatto, occulte,

apparenti), estendendo l'esame anche alle imprese familiari, comunioni e associazioni in partecipazione. Si è rivolta particolare attenzione ai requisiti oggettivi e soggettivi richiesti *ex lege* al fine di meglio definire e comprendere *l'affectio societatis* riferibile ai diversi possibili soci della società di fatto: persone fisiche e persone giuridiche. In questo capitolo, si è approfondito il percorso seguito dall'evoluzione normativa (Riforma del diritto societario), dalla dottrina e dalla giurisprudenza per arrivare a ritenere concretamente possibile, l'esistenza di una società di fatto oltre che tra persone fisiche anche tra persone giuridiche, e nello specifico di S.r.l., fino ad ipotizzare una società di fatto occulta tra persone giuridiche e persone fisiche. Particolare attenzione è stata dedicata alla individuazione della prova del vincolo sociale, nella società di fatto occulta, infatti "qualora manchi l'atto costitutivo formalizzato" è stato dato conto della difficoltà di fornire elementi certi, in sede processuale in merito all'esistenza del vincolo associativo.

Nel secondo capitolo è stata esaminata la procedura fallimentare per individuarne gli aspetti fondamentali, con particolare riguardo alla possibilità di estensione del fallimento ex art. 147 l. fall..

È stata prestata attenzione alla evoluzione giurisprudenziale che è arrivata a definire come fallibile la super-società di fatto, per effetto della estensione del fallimento della società di capitali, anche ad altre società di capitali (S.r.l.), fino alla sentenza trattata nel presente scritto, che ricomprende tra i soci "occulti", oltre a persone giuridiche anche persone fisiche. Si è ritenuto opportuno evidenziare la tutela destinata ai soci, anche occulti, attraverso l'utilizzo dell'istituto dell'impugnazione, a garanzia del diritto alla difesa, in una situazione ancor più grave del fallimento della società regolare, e di qui la tutela riscontrabile nella richiesta "rigorosità" della prova dell'esistenza del rapporto sociale nella società di fatto.

Si è concluso il presente lavoro con l'analisi dettagliata delle varie fasi della vicenda processuale, che ha visto il coinvolgimento di diversi soggetti giuridici, in seguito al fallimento della S.r.l..

L'analisi del caso ha consentito di riaffermare alcuni principi già noti in dottrina e in giurisprudenza, ma anche di individuare gli elementi di novità, costituiti sia dall'estensione del fallimento ex art. 147 c. 5 l. fall., oltre che a persone giuridiche (S.r.l.) partendo dal fallimento di una persona giuridica, anche a persone fisiche, sia per il rafforzamento del principio secondo cui, solo una meticolosa prova, da parte

del curatore istante, costituita da elementi concreti determinanti ai fini gestori, può consentire al giudice di decidere sulla estensione del fallimento, con tutti gli effetti previsti dalla legge fallimentare sui singoli soci "occulti" .

Capitolo primo

La società di fatto

1. Definizione di società 1.1 Società semplice 1.2 Società in nome collettivo 2. Definizione di società di fatto 2.1 Società di fatto tra persone fisiche e giuridiche 2.2 *Species* della società di fatto 2.2.1 Società occulta 2.2.2 Società apparente 2.2.3 Società di fatto e società irregolare 2.3 Figure simili alla società di fatto 2.3.1 Associazione in partecipazione 2.3.2 Comunione 2.3.3 Impresa familiare 2.4 La prova dell'esistenza del rapporto societario 2.4.1 Prova nei rapporti interni e prova nei rapporti esterni

1. Definizione di società

Le società sono organizzazioni di persone e di mezzi create dall'autonomia privata per l'esercizio in comune di un'attività produttiva. Sono le strutture organizzative tipiche, anche se non esclusive, previste dall'ordinamento per l'esercizio in forma associata dell'attività di impresa¹. Secondo quanto previsto dall'art. 2247 del c.c. “*Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*”.

La società, anche se dal contratto trae origine, non è mai soltanto un contratto. Essa è un'organizzazione di persone e di beni per il raggiungimento di uno scopo produttivo, organizzazione che, se non sempre assurge a persona giuridica, tuttavia in ogni caso assume una propria autonomia, rispetto ai soci che l'hanno creata e ai loro patrimoni².

Per l'esistenza della società, è necessaria la presenza di alcuni requisiti essenziali: il conferimento, l'esercizio in comune di un'attività economica e la divisione degli utili.

Il conferimento è indispensabile per acquisire la qualità di socio e consiste nell'assunzione dell'obbligazione di fare o di dare, può avere ad oggetto *beni o servizi*³ ed è richiesta la loro determinazione/quantificazione per le società in nome collettivo, in accomandita semplice, per azioni, in accomandita per azioni, a

¹ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2016, p. 118

² G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 1988, p.225

³ Art. 2247 c.c.

responsabilità limitata e cooperative. I conferimenti concorrono alla formazione del capitale di rischio iniziale per lo svolgimento dell'attività di impresa.

L'esercizio in comune di un'attività economica è imprescindibile ed è questo il cosiddetto scopo-mezzo del contratto di società ed oggetto sociale, che definisce la specifica attività economica che i soci si propongono di svolgere⁴. L'oggetto sociale deve consistere nell'esercizio di un'attività economica predeterminata nell'atto costitutivo della società.

La divisione degli utili prevista dall'art. 2247, che è solo uno dei possibili scopi, è tipico delle società di persone e delle società di capitali. Una società quindi, viene costituita tra più soggetti per svolgere attività di impresa con terzi allo scopo di conseguire utili, lucro oggettivo, destinati ad essere successivamente divisi fra i soci, lucro soggettivo. È questo appunto il cosiddetto scopo di lucro o di profitto⁵.

Il legislatore ha distinto tra società di persone e società di capitali. Le società di persone sono prive della personalità giuridica e rientrano in questa categoria le società semplici, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice. Le società di capitali, invece, sono caratterizzate dalla personalità giuridica e si distinguono in società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata.

È necessario scernere le società cooperative e le mutue assicuratrici poiché esse perseguono uno scopo mutualistico⁶ e cioè forniscono beni, servizi ed occasioni di lavoro ai soci, a condizioni più vantaggiose di quelle che i soci stessi otterrebbero sul mercato⁷.

1.1 Società semplice

Una società viene definita "società semplice" allorquando venga utilizzata per l'esercizio di attività non commerciale⁸. È importante sottolineare che "*il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente*"⁹. Il modello organizzativo della società semplice prevede che "*salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei*

⁴ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 122

⁵ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 127

⁶ Art. 2511 c.c.

⁷ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 128

⁸ Art. 2249 c.c.

⁹ Art. 2252 c.c.

*soci disgiuntamente dagli altri*¹⁰ ed è quindi riconosciuto ad ogni socio a responsabilità illimitata il potere di amministrare la società.

Il legislatore ha negato la personalità giuridica alle società semplici ma ha provveduto a tutelare i creditori, rendendo il patrimonio della società autonomo e distinto dal patrimonio di proprietà dei soci stessi.

*“Nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti”*¹¹ e non sono previste disposizioni circa il contenuto dell’atto costitutivo.

Diversamente da quanto stabiliva il codice del 1942, anche per le società semplici è oggi prevista l’iscrizione al registro delle imprese. L’iscrizione avviene nella sezione speciale ed era in origine priva di specifici effetti giuridici avendo solo funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia¹². Anche questo punto è stato però successivamente modificato. L’art. 2 del d.lgs. 18-05-2001, n. 228, ha infatti attribuito efficacia di pubblicità legale all’iscrizione delle società semplici nel registro delle imprese¹³.

I soci delle società di persone possono conferire a titolo di capitale di rischio qualunque bene o servizio sia suscettibile di valutazione economica, non è prevista alcuna disciplina specifica per la società semplice e non è neppure richiesta la valutazione iniziale dei conferimenti, poiché tale società è esente dall’obbligo di tenuta delle scritture contabili e di redazione del bilancio dell’esercizio.

I soci rispondono personalmente ed illimitatamente alle obbligazioni sociali, nonostante la garanzia primaria di tali obbligazioni sia la società con il proprio patrimonio. Tale responsabilità è inderogabile, a meno che non sia specificatamente previsto in apposito patto sociale, portato a conoscenza dei terzi con i mezzi idonei¹⁴.

Nella società semplice il creditore sociale può rivolgersi direttamente al singolo socio illimitatamente responsabile e sarà quest’ultimo a dover invocare la preventiva escussione del patrimonio sociale indicando, specifica l’art. 2268, *“i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi”*¹⁵, diversamente, il creditore personale del socio non potrà mai aggredire il patrimonio sociale per soddisfarsi.

¹⁰ Art. 2257 c.c.

¹¹ Art. 2251 c.c.

¹² Art. 10, 5° comma, legge 580/1993

¹³ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 146

¹⁴ Art. 2267 c.c.

¹⁵ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 147

1.2 Società in nome collettivo

La società in nome collettivo, come la società semplice, rientra tra le società di persone ed è priva di personalità giuridica. Si distingue dalla società semplice poiché può essere utilizzata sia per l'esercizio di attività commerciale sia per attività non commerciale e per le obbligazioni sociali rispondono sia il patrimonio sociale sia i singoli soci personalmente ed illimitatamente in modo inderogabile¹⁶.

Le S.n.c. sono distinte in società in nome collettivo *regolare* e società in nome collettivo *irregolare*, è condizione di regolarità l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro dell'impresa e la mancata registrazione prevede che venga applicata la disciplina della società semplice¹⁷. Il legislatore, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, ha previsto regole di forma¹⁸ e di contenuto¹⁹ per l'atto costitutivo. Secondo l'Art. 2296, n.6 c.c. l'atto costitutivo deve indicare *“i conferimenti di ciascun socio, il valore ad essi attribuito e il modo di valutazione”* per determinare l'ammontare del capitale sociale nominale. Tuttavia *“il contratto costitutivo di società in nome collettivo, che non abbia per oggetto il conferimento di beni immobili, può essere concluso anche oralmente, essendo il documento scritto richiesto solo in funzione dell'eventuale iscrizione della società nel registro delle imprese. Tale documento è, pertanto, superfluo per le società irregolari, alle quali si applica, in forza del rinvio di cui all'art. 2293 cod. civ. la disposizione del precedente art. 2251, secondo il quale il contratto di società (personali) non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti”*²⁰.

Il beneficio di escussione, nella società collettiva regolare, diversamente dalla società semplice e dalla S.n.c. irregolare, opera automaticamente e *“i creditori non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale”*²¹, invece è previsto, come per la società semplice, che il patrimonio della società sia intangibile da parte dei creditori personali dei soci.

¹⁶ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 131

¹⁷ Art. 2297 c.c.

¹⁸ Art. 2296 c.c.

¹⁹ Art. 2295 c.c.

²⁰ Cass. 15.4.1992, n. 4569

²¹ Art. 2304 c.c.

2. Definizione di società di fatto

Il codice civile non predispone una definizione di “società di fatto” e la giurisprudenza ritiene che *“L'esistenza di una qualunque società (...), e quindi anche di una società di fatto, richiede il concorso di un elemento oggettivo, rappresentato dal conferimento di beni o servizi, con la formazione di un fondo comune, e di un elemento soggettivo, costituito dalla comune intenzione dei contraenti di vincolarsi e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale. Tale comune intenzione costituisce il contratto sociale, senza del quale qualsiasi società non può esistere. Quel che caratterizza la società di fatto (...) non è dunque la mancanza del contratto sociale, ma il modo in cui questo si manifesta e si esteriorizza; esso infatti può essere stipulato anche tacitamente, e risultare da manifestazioni esteriori dell'attività di gruppo, quando esse, per la loro sintomaticità e concludente, evidenzino l'esistenza della società”*²².

Pertanto, gli elementi costitutivi della società di fatto sono il fondo comune, l'alea comune e *l'affectio societatis*. *L'affectio societatis* implica che il risultato economico sia perseguito mediante attività comune, ovvero è necessario che l'attività sia riconducibile alla volontà collettiva dei soci, sia in fase deliberativa che esecutiva, non essendo tuttavia indispensabile la partecipazione personale di tutti i soci a ciascun atto dell'attività imprenditoriale collettiva²³.

L'esistenza di una società di fatto richiede il concorso di un elemento oggettivo e di un elemento soggettivo, ma il requisito oggettivo del conferimento costituisce nella pratica l'elemento fondamentale per valutare se una società di fatto esista o meno e proprio sulla base di esso può essere altresì ricavato l'elemento soggettivo della collaborazione. La Cassazione ha infatti chiarito che *“una società può ben esistere anche se i soci non abbiano manifestato in modo espresso la loro volontà di unirsi in società, potendo tale volontà desumersi dalla circostanza che le parti abbiano costituito un fondo comune destinandolo all'esercizio di una attività al fine di ripartirsene gli utili”*²⁴. L'oggetto del conferimento può essere qualsiasi contributo avente valore economico ovvero beni, in proprietà o godimento, o prestazioni di servizi, è possibile anche il conferimento di azienda, in società di persone, ed il conferimento del nome e del marchio.

²² Cass. 22.2.2000, n.1961; in termini, Cass. 7.5.1976, n.1594

²³ Cass. 23.9.1971, n. 2644

²⁴ P. SPERA, *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*. Milano, 2008, p. 32

La principale eccezione a tale principio è relativa ai beni immobili. La Corte di Appello ha infatti chiarito che: *“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, avente valore solo tributario”*²⁵.

La società di fatto è regolata dalle norme della società semplice se l’attività esercitata non è commerciale, è invece regolata dalle norme della società collettiva irregolare se l’attività è commerciale, con la conseguenza che tutti i soci risponderanno personalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali²⁶.

Alle società di fatto non è attribuibile la personalità giuridica ma godono di autonomia patrimoniale, prevista esclusivamente a tutela dei creditori sociali²⁷; questo comporta che il patrimonio della società non sia completamente distinto da quello dei soci. Per quanto detto, per i debiti sociali rispondono entrambi, salvo la preventiva escussione del patrimonio sociale.

Sebbene la società di fatto sia priva di personalità giuridica, in quanto titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti dai soci, essa gode di soggettività giuridica e quindi, come per le altre forme societarie, ad essa saranno riconducibili situazioni giuridiche attive e passive, crediti e debiti, diritti e obblighi.

2.1 Società di fatto tra persone fisiche e giuridiche

In seguito alla riforma del diritto societario D.lgs n. 6 del 17 gennaio 2003 che ha apportato delle modifiche anche all’art. 2361, è ora consentito alle società di capitali possedere partecipazioni in società di persone, contrariamente a quanto accadeva prima della riforma, laddove si era consolidata una giurisprudenza secondo la quale, doveva considerarsi nullo l’atto costitutivo, della partecipazione di una società di capitali in società di persone, poiché considerato adottato in violazione della legge.

L’articolo 2361 comma due del codice civile ora prevede espressamente *“l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’Assemblea;*

²⁵ P. SPERA, *op. cit.*, p. 30

²⁶ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 138

²⁷ Cass. 27.5.1995, n. 5922

di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del Bilancio”.

La disposizione dettata per le società per azioni prevede espressamente che sia sottratto al potere degli amministratori la decisione dell’acquisto di tali partecipazioni, poiché si rende necessaria una preventiva autorizzazione dell’Assemblea seppure ordinaria, a tale acquisto.

In merito alla partecipazione di società a responsabilità limitata in società di persone, siano esse iscritte regolarmente nel registro delle imprese o anche irregolari, non è prevista una disciplina specifica come per le S.p.a.

Per l’acquisto da parte di S.r.l. di partecipazioni in società di persone, si ritiene che non costituisca un ostacolo quanto prescritto dall’art. 2361, secondo comma, c.c. – applicabile alle società per azioni – in quanto alla decisione di partecipare all’atto gestorio di acquisto di partecipazione, sono tenuti gli amministratori della società a responsabilità limitata. Quanto sopra implica che non sia richiesta una espressa autorizzazione preventiva da parte dei soci della S.r.l. e quanto previsto invece nell’art. 2361 per le S.p.a., mira a rimuovere il limite interno al potere dell’organo amministrativo, di società per azioni, al fine di esonerare gli stessi dalla responsabilità sociale, fermo restando il dettato dell’art. 2384 c.c., in ragione della opponibilità ai terzi delle limitazioni, ai poteri di rappresentanza degli amministratori. L’unico limite posto all’acquisto della partecipazione da parte delle S.r.l. è costituito dal significativo mutamento dell’oggetto sociale previsto dall’art. 2479, secondo comma, n.5, c.c., (materia riservata alla competenza dei soci) derivante dall’assunzione della partecipazione nelle società di persone, da parte della società a responsabilità limitata. Anche la recente giurisprudenza della Suprema Corte nell’anno 2016 si è espressa più volte in questo senso²⁸.

Appare ormai pacifico, quindi, che in base a quanto previsto dall’articolo 2361, secondo comma c.c. e dell’art. 111 – duodecies disposizioni attuative del codice civile, è consentito che una società in nome collettivo (e in accomandita semplice) regolare sia costituita anche fra società di capitali infatti testualmente cita “*qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all’art.2361, comma secondo, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o a società limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni*”.

²⁸ Cfr. Cassazione, 21.1.2016, n.1095; Cassazione 20.5.2016, n. 10507; Cassazione 13.6.2016, n. 12120

Quindi si può ritenere astrattamente possibile l'esistenza di una società di fatto palese o occulta, i cui soci siano sia persone giuridiche (S.p.a., S.r.l., S.a.pa.) che persone fisiche. Nel concreto i giudici di merito in tema di fallimento ed estensione dello stesso alla società di fatto, ai sensi dell'art. 147 comma 5 si sono già espressi in tal senso *“La disciplina legale delle società di capitali non è di ostacolo a che una società appartenente a tale tipo possa partecipare, unitamente ad altri soggetti a società di persona irregolare, anche occulta per lo svolgimento in comune di un'attività commerciale²⁹”*.

L'esistenza di una società di fatto irregolare palese o occulta costituita tra sole persone fisiche o tra persone fisiche e giuridiche si ritiene quindi ormai pacificamente possibile. Resta ferma la stessa necessità, di cui si è trattato nei paragrafi precedenti, di dimostrare l'esistenza del requisito oggettivo e soggettivo per l'esistenza della società di fatto (intento comune di svolgere una attività di impresa, conferimenti di beni e servizi) .

2.2 *Species* della società di fatto

2.2.1 Società occulta

Uno dei fenomeni riconducibili alla società di fatto è la società occulta. La società occulta è costituita con l'espressa e concorde volontà dei soci di non rivelarne l'esistenza all'esterno. La società occulta può essere una società di fatto, ma può risultare anche da un atto scritto tenuto ovviamente segreto dai soci; ciò che la caratterizza è comunque il dato che, per comune accordo, l'attività di impresa deve essere svolta ed è svolta per conto della società, ma senza spenderne il nome³⁰.

Il presupposto essenziale del giudice per predicare l'esistenza di una società occulta è la mancata *esteriorizzazione*, tuttavia è anche necessario che tutti i soci partecipino all'esercizio dell'attività societaria, per il conseguimento di un risultato unitario e che i conferimenti dei soci siano diretti a costituire un patrimonio *“comune, sottratto alla libera disponibilità dei singoli partecipi (art. 2256 c.c.) e alle azioni esecutive dei loro creditori personali (artt. 2270 e 2305 c.c.)*. Invero, *l'unica particolarità di tale peculiare struttura organizzativa a base collettiva occulta si sostanzia nel fatto che*

²⁹ Tribunale di Roma, sezione fallimentare 658/16 ; Corte di appello di Roma, n. 10562/20176

³⁰ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 138

*le operazioni economiche determinanti la nascita di obbligazioni sono compiute da chi agisce non già in nome della società (vale a dire del gruppo complessivo dei soci), la cui esistenza è occulta, bensì in nome proprio*³¹.

La mancata esteriorizzazione prevede che l'impresa nei rapporti esterni si presenti come impresa individuale di uno dei soci o di un terzo, che operano in nome proprio. L'obiettivo è quello di limitare la responsabilità nei confronti dei terzi al patrimonio del soggetto che ha operato in nome proprio.

La società occulta potrebbe conseguire gli stessi obiettivi adottando strumenti previsti dall'ordinamento, come ad esempio la costituzione di una società di persone che controlli una società di capitali (costituita anche da un solo socio), usufruendo in tal modo della limitazione della responsabilità propria della S.r.l. e con eventuale estensione del fallimento in modo più trasparente.

La giurisprudenza e parte della dottrina sostengono che la mancata esteriorizzazione non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità della società occulta e degli altri soci, è necessario e sufficiente che i terzi provino a posteriori l'esistenza del contratto di società e che gli atti posti in essere dal soggetto in nome proprio siano riferibili alla società occulta. In tal modo, dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale è possibile estendere tale fallimento alla società e ai soci occulti³².

La riforma del diritto fallimentare³³ ha recepito tale orientamento, infatti l'art. 147, 5° comma, prevede che 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, si applica agli altri soci illimitatamente responsabili la regola del fallimento del socio occulto.

2.2.2 Società apparente

La società di fatto talvolta può configurarsi come società irregolare apparente, fenomeno sempre riconducibile alla società di fatto. La società apparente, in cui è irrilevante l'esistenza o meno della volontà delle parti e il fenomeno è ritenuto esistente perché di fatto apparente sulla base di manifestazioni esteriori³⁴.

La giurisprudenza afferma che una società, ancorché non esistente nei rapporti tra i presunti soci, deve considerarsi esistente all'esterno quando due o più persone

³¹ Cass. 17.1.1998, n.366, AC, 1998, 7, 826

³² G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 139

³³ D.lgs. 9-1-2006, n.5

³⁴ P. SPERA, *op. cit.*, p. 6

operino in modo da ingenerare nei terzi la ragionevole opinione che essi agiscono come soci e quindi il convincimento della effettiva esistenza della società.

La conseguenza dell'applicazione del principio di apparenza del rapporto sociale di fronte ai terzi è che, anche in sede di pronuncia di fallimento, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento, giustificato ed incolpevole, che costoro agissero come soci³⁵.

La società apparente è quindi assoggettata al fallimento come una società di fatto realmente esistente con difficoltà da parte dei soci ad eccepire l'inesistenza della società.

In particolare, la società irregolare apparente sembrerebbe essere più facilmente esposta al fallimento rispetto alla società occulta poiché il comportamento idoneo ad ingenerare il convincimento dei terzi è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di un vincolo sociale, senza che sia ulteriormente necessario l'accertamento in concreto degli ulteriori elementi quali ad esempio il conferimento di beni e servizi per la costruzione del fondo comune finalizzato all'esercizio della impresa³⁶.

2.2.3 Società di fatto e società irregolare

Nella pratica, anche giurisprudenziale e soprattutto nelle sentenze meno recenti (Cass. 15.3.1971, n. 722) la nozione di società di fatto è spesso utilizzata per indicare la società irregolare. Certamente tra le due vi sono affinità, la principale delle quali consiste nel fatto che in entrambe non è adempiuto l'onere formale dell'iscrizione nel registro delle imprese. Si può anzi affermare che la società di fatto costituisce un caso particolare di società irregolare³⁷.

La giurisprudenza di legittimità ha rilevato che società di fatto e società irregolare vadano tenute distinte poiché *“Quello che caratterizza la società di fatto, e la differenza della società irregolare, non è (...) la mancanza del contratto sociale, ma il modo in cui questo si manifesta e si esteriorizza; esso infatti può essere stipulato anche tacitamente, e risultare da manifestazioni esteriori dell'attività di gruppo,*

³⁵ In questo senso, cfr Cass. 12 settembre 1997, n. 9030; cass. 21 giugno 2004 n. 11491

³⁶ Cass. 14.2.2001, n. 2095

³⁷ P. SPERA, *op. cit.*, p. 10

quando esse, per la loro sintomaticità e concludenza, evidenzino l'esistenza della società³⁸”.

Quindi la nozione di società di fatto ricomprende diversi fenomeni caratterizzati da “irregolarità”.

Si può ritenere che la società irregolare “classica” sia caratterizzata dalla presenza di tutti gli elementi caratterizzanti il contratto sociale e dalla sola mancanza della iscrizione dello stesso, mentre nella società di fatto non vi è alcuna manifestazione espressa di volontà ma solo comportamenti determinati che fanno implicitamente ritenere l'esistenza di una società di fatto che si può esplicitare sia nella società occulta, sia in una società apparente.

2.3 Figure simili alla società di fatto

2.3.1 Associazione in partecipazione

“Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto³⁹”.

L'associazione in partecipazione prevede che i rischi e gli utili siano del solo associante, obbligato a corrispondere all'associato la quota di utili ad esso spettante, mentre nella società di fatto la responsabilità e rischi dell'impresa sono assunti in comune e gli utili sono suddivisi in parti uguali⁴⁰.

Nell'associazione in partecipazione, è titolare e conduce la gestione dell'impresa l'associante, il quale intrattiene i rapporti con i terzi assumendone la responsabilità, ma è prevista la possibilità dell'associato di interferire in tale gestione.

Qualora persona diversa dall'associante, non si limiti a ingerirsi nella gestione interna ma ponga in essere rapporti contrattuali con i terzi, spendendo il nome dell'impresa, si è fuori dall'associazione in partecipazione e, nel concorso degli altri requisiti, si ricorre alla società di fatto⁴¹. Parte della dottrina e della giurisprudenza si discosta da questa diffusa opinione e ritiene che il mero accertamento di una gestione

³⁸ Cass. 22.2.2000, n. 1961

³⁹ Art. 2549 c.c.

⁴⁰ App. Milano 8.2.1994, FP, 1996, 44, con nota di Stumpo G.)

⁴¹ Cass. 15.3.1976, n.958

comune apparirebbe come un indizio non sufficiente a far dichiarare l'esistenza di una società di fatto⁴².

2.3.2 Comunione

La comunione di azienda è lo stato di contitolarità di un'azienda ed è costituita o mantenuta al solo scopo del godimento⁴³.

La distinzione tra società di fatto e comunione di azienda si fonda sulla mancanza dell'intento speculativo, che caratterizza il godimento del bene oggetto della comunione, e sulla antitesi tra il concetto di godimento e quello di impresa⁴⁴.

Ciò, con riferimento all'azienda, implica che si abbia società – eventualmente di fatto – allorché essa azienda sia sfruttata direttamente dai comproprietari secondo la strumentale destinazione all'esercizio dell'impresa. Il fenomeno deve essere invece ricondotto alla comunione quando oggetto di comune utilizzazione siano soltanto i vari beni che costituiscono l'azienda.

Tuttavia, sebbene siano distinte, la comunione può evolvere in società di fatto e tale trasformazione può risultare sia da un atto formale sia dal comportamento assunto dai comproprietari con lo svolgimento dell'attività d'impresa e l'utilizzazione di beni comuni⁴⁵.

2.3.3 Impresa familiare

L'impresa familiare ha una autonoma disciplina e risponde a precise finalità ed è per questo che l'art. 230 – bis del codice civile ne dà una definizione precisa.

L'articolo si preoccupa di definire cosa si debba intendere per il “familiare”, la partecipazione dello stesso al lavoro, alle decisioni agli utili, alla trasferibilità della partecipazione e alla modalità di liquidazione del familiare.

Come chiarito dalla giurisprudenza *“l'istituto dell'impresa familiare ha natura residuale e suppletiva (...) con la conseguenza che non può riconoscersi la esistenza in concreto di tale istituto quando i rapporti intervenuti tra i componenti della famiglia e manifestati in un'attività economica produttiva, svolta con partecipazione di tutti, trovino il loro fondamento in un diverso rapporto negoziale”*⁴⁶.

⁴² P. SPERA, *op. cit.*, p. 15

⁴³ Art. 2248 c.c.

⁴⁴ P. SPERA, *op. cit.*, p. 17

⁴⁵ Cass. 10.11.1992, n.12087

⁴⁶ Cass. 19.7.1996, n. 6505

Stante la definizione data dal codice, l'impresa familiare e la sua formale costituzione, si può arrivare a definirla società di fatto quando sia possibile dimostrare che il rapporto intercorrente tra i familiari configuri un vero e proprio rapporto societario occulto o apparente.

Decisiva la “confusione” tra queste due entità giuridiche (impresa familiare – società di fatto) “*nel caso in cui i familiari con il loro comportamento esteriore e con la prestazione di finanziamenti e garanzie, abbiano ingenerato nei terzi il convincimento sull'esistenza di una entità societaria*”, tanto da rendere possibile la dichiarazione di fallimento della società di fatto tra i partecipanti alla impresa familiare⁴⁷.

In tema di impresa familiare, si è ritenuto che, allorché il vincolo tra i partecipanti all'impresa si manifesti all'esterno, la figura possa essere sovrapposta a quella della società di fatto, intesa come società apparente⁴⁸.

Di nuovo quindi va riaffermata la necessità di verificare in concreto i rapporti tra i familiari, le finalità perseguite e la rappresentazione esterna dei ruoli dei partecipanti e come viene percepita dai terzi sia in termini di gestione della impresa e sia di partecipazione alla ripartizione degli utili e ciò per stabilire se si tratta di impresa familiare o società di fatto.

Quindi solo se ricorrono le condizioni richieste dal codice civile in ordine *all'affectio familiaris* si potrà ritenere esistente l'impresa familiare⁴⁹.

2.4 La prova dell'esistenza del rapporto societario

L'accertamento dell'esistenza di una società di fatto assume rilievo in merito agli effetti nei confronti dei soci e nei confronti dei terzi. Con riguardo ai soci si fa riferimento all'obbligo dei conferimenti, alle obbligazioni che sorgono tra i soci a seguito delle operazioni poste in essere dalla società e al diritto alla ripartizione degli utili. Quanto ai terzi venuti in contatto con la società, si fa riferimento alla responsabilità solidale dei soci derivante dalle obbligazioni contratte dalla società, alla soggettività giuridica, al beneficio di escussione, agli effetti del fallimento nei confronti dei soci.

Sul piano processuale, tali effetti possono essere fatti valere solo previo accertamento dell'esistenza della società di fatto. Tale prova, qualora manchi l'atto costitutivo

⁴⁷ Trib. Roma 22.2.1993, FP, 1996 159

⁴⁸ P. SPERA, *op. cit.*, p. 22

⁴⁹ Detti M. Impresa ed azienda nella comunione legale dei coniugi ed impresa familiare RN, 1975,1,775

formalizzato, non è agevole ed è regolata da principi diversi, a seconda che si tratti di rapporti interni o di rapporti esterni⁵⁰.

Come chiarito dalla dottrina, in caso di società di fatto palese, dovrà provarsi l'esistenza del vincolo sia nei rapporti interni sia nei rapporti esterni; nella società di fatto occulta invece sarà sufficiente provare l'esistenza del vincolo fra i soci; nella società apparente infine dovrà provarsi che il vincolo, inesistente nei rapporti interni, si configura come esistente nei confronti dei terzi⁵¹.

La giurisprudenza sostiene che *“nella verifica della sussistenza degli estremi di una società di fatto, il giudice, mentre nei rapporti con i terzi deve far riferimento essenzialmente alle manifestazioni esteriori significative dell'esistenza di una affectio societatis che abbiano ingenerato nei terzi un affidamento in tal senso meritevole di tutela, nei rapporti interni deve basarsi sulla ricostruzione e interpretazione della reale volontà delle parti; l'onere della prova della sussistenza di un rapporto sociale non formalizzato incombe su chi lo allega quale fatto costitutivo di una sua pretesa”*⁵².

Al fine della verifica dell'esistenza di una società di fatto è comunque necessaria una valutazione unitaria delle manifestazioni esteriori e dei rapporti interni, dai quali può risultare la sussistenza del contratto sociale.

Quando si manifesta l'apparenza di una società, la stessa deve essere considerata esistente nei confronti dei terzi in buona fede come pure l'esistenza effettiva della società di fatto è da considerarsi nei confronti dei terzi che non erano al corrente dell'esistenza della stessa. Tale principio pare confermato anche dal giudice di legittimità *“il terzo, il quale abbia concluso un contratto con il socio di una società di fatto con riguardo ad attività a questa riferibili, senza conoscere all'epoca l'esistenza di tale società e di detta qualifica dell'altro contrente, può far valere le sue ragioni di credito nei confronti della società stessa e dei soci illimitatamente responsabili, anche al fine del loro fallimento e nell'ambito delle relative procedure, alla stregua del principio della prevalenza della situazione reale su quella apparente, con la sola salvezza delle posizioni dei controinteressati, che abbiano senza colpa riposto affidamento sull'apparenza”*⁵³.

⁵⁰ P. SPERA, *op. cit.*, p. 57

⁵¹ MONTALENTI P., *GCO*, 1978, 5, 2, 760

⁵² Cass. 24.5.2000, n.6797

⁵³ Cass. 20.9.1989, n. 3931

2.4.1 Prova nei rapporti interni e prova dei rapporti esterni

La Cassazione ha ritenuto che per stabilire l'avvenuta costituzione di una società di fatto nei rapporti interni tra i soci è necessario accertare l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo. Con riguardo al primo è necessario sincerarsi dei conferimenti di beni e servizi finalizzato alla costituzione di un fondo comune e della comune partecipazione dei soci agli utili e alle perdite. Con riguardo al secondo, è necessario verificare la intenzione dei contraenti di vincolarsi e collaborare per il conseguimento di un interesse comune nell'esercizio collettivo di una impresa. Pertanto, al fine di dimostrare l'esistenza di una società di fatto non è sufficiente per ricondurre la qualità di socio che lo stesso abbia svolto delle mansioni che potenzialmente potrebbero ritenersi riconducibili ad un rapporto di lavoro subordinato⁵⁴.

A maggior specificazione di quanto detto sopra, non basta ad affermare l'esistenza di un rapporto societario, ad esempio la circostanza che più agenti di commercio dividano tra loro in parti uguali le provvigioni liquidate dal committente e la prova che gli stessi abbiano partecipato in parti uguali alle spese di esercizio dell'impresa.

Il Tribunale di Milano ha stabilito che *“l'apporto di prestazioni d'opera, le direttive impartite ai dipendenti, l'acquisizione di ordini, il conferimento di crediti di firma e la gestione dell'impresa sociale provano l'esistenza della società di fatto nei rapporti interni tra i soci e costituiscono la forma di esteriorizzazione del vincolo sociale”*⁵⁵.

L'esistenza dei rapporti interni tra i soci possono anche palesarsi da *facta concludentia* dei soci nei confronti dei terzi e il giudice può avvalersi di tutti i mezzi di prova previsti dall'ordinamento giuridico italiano, comprese le presunzioni semplici.

Per stabilire l'effettiva costituzione della società, la verifica dei rapporti interni è basata sulla ricostruzione e interpretazione della volontà dei soci, al contrario, per l'analisi dei rapporti esterni, il giudice, si concentra sulle *“manifestazioni esteriori significative dell'esistenza di una affectio societatis che abbiano ingenerato nei terzi un affidamento in tal senso meritevole di tutela”*⁵⁶.

⁵⁴ Cass. 25.5.1983, n.3591

⁵⁵ P. SPERA, *op. cit.*, p. 61

⁵⁶ Cass. 24.5.2000, n.6797

La giurisprudenza ha precisato che per configurare la responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non è necessaria la prova dell'esistenza della società, essendo sufficiente la mera "apparenza", ovvero il comportamento di due o più persone che operano con i terzi in modo da ingenerare il convincimento che esse agiscono come soci, pur non essendo legate da vincoli societari⁵⁷. Al fine della tutela del terzo in buona fede "è sufficiente che il soggetto che abbia trattato con il socio apparente provi un comportamento che, secondo l'apprezzamento insindacabile del giudice di merito, sia idoneo a designare la società come titolare del rapporto; in tal caso incombe sulla società apparente la prova che controparte fosse consapevole della inesistenza del vincolo sociale e quindi non meritevole di tutela"⁵⁸. L'apparenza è tutelata poiché è funzionale alla tutela della fiducia dei terzi di buona fede e gli atti a cui bisogna far riferimento, per poter parlare di "apparenza" sono quelli di amministrazione e gestione del patrimonio sociale posti in essere dall'imprenditore-socio.

Anche la dottrina ha riconosciuto la possibilità di affermare l'esistenza e la responsabilità di una società quando si sia determinato il ragionevole affidamento dei terzi, nonostante la tutela dell'apparenza non abbia il valore di principio generale nell'ordinamento⁵⁹.

Ciò che viene tutelato è la "buona fede" dei terzi che è stata definita dalla Suprema Corte come "uso della cautela necessaria per non farsi trarre in inganno da manifestazioni esteriori suscettibili di controllo"⁶⁰.

È per questo che il giudice di merito ha considerato possibile l'esistenza di una società di fatto tra un imprenditore individuale ed un familiare dello stesso nel caso in cui tale familiare si sia occupato dell'organizzazione interna, dei rapporti con i dipendenti, dei contatti con la clientela e i fornitori, oltre a provvedere alle disposizioni di pagamento⁶¹. Le attività citate se pur non svolte dall'imprenditore, hanno ingenerato (manifestazioni esteriori) nel terzo in buona fede, che ha avuto dei rapporti (esterni) con il familiare, la convinzione che lo stesso fosse socio di una società.

Interessante ai fini della individuazione di una società di fatto e dell'affidamento di terzi secondo il principio di buona fede, l'ipotesi individuata dal giudice di

⁵⁷ P. SPERA, *op. cit.*, p. 63

⁵⁸ Cass. 20.4.2006, n. 9250

⁵⁹ MARZIALE G., *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*, *GCo* 1975, 5, 2, 597

⁶⁰ Cass. 9.6.1993, n.6438

⁶¹ Tribunale di Messina, 8.1.2003, n. 1192

legittimità nel caso di *“società di persone regolarmente costituite ha rilevanza l'apparenza giuridica circa la qualità di socio di altre persone oltre quelle risultanti dall'atto costitutivo iscritto e la inopponibilità ai terzi ignari delle modificazioni non iscritte dell'atto costitutivo e dettate esclusivamente a tutela della buon fede dei terzi medesimi e non può risolversi in un loro pregiudizio (...)”*; in questo specifico caso appare determinate *“(...) l'emissione e circolazione di assegni con sottoscrizione sotto il timbro della società, senza l'indicazione di procura o d'altro titolo, nonché il rilascio di effetti cambiari di rilevante importo per l'obbligazione sociale, coordinati al contenuto di una lettera sottoscritta dai due soci originari e da altra persona, ben potevano costituire elementi di particolare significato per giustificare l'affidamento dei terzi sull'esistenza di un vincolo sociale nei confronti di tale persona che nei detti atti aveva assunto una posizione identica a quella degli altri soci”*⁶².

Nel caso in esame, pertanto, i terzi vengono indotti a ritenere l'esistenza di una società di fatto, da manifestazioni esterne di persone estranee al contratto sociale originario ma presenti all'atto del rilascio di garanzie o concessioni di crediti in favore della società.

⁶² Cass. 18.6.1968, n. 2009

Capitolo secondo

Il fallimento della società di fatto

1. Definizione di fallimento 1.1. Organi del fallimento 1.2 Effetti della dichiarazione di fallimento 1.2.1 Effetti per il fallito 1.2.2 Effetti per i creditori 1.2.3 Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori 1.2.4 Effetti sui rapporti giuridici preesistenti 2. Fallimento della società in nome collettivo 3. Fallimento della società di fatto e dei soci 3.1 Fallimento del socio occulto e della società occulta 3.2 Fallimento della società apparente 3.4 Fallimento di una società di fatto tra persone fisiche e persone giuridiche

1. Definizione di fallimento

Il fallimento può essere definito come una procedura funzionale alla regolamentazione delle situazioni di “insolvenza” in cui si trovano gli imprenditori commerciali.

Da questa definizione è possibile evincere due elementi essenziali di tale procedura, il primo evidenzia una condizione imprescindibile, lo stato di insolvenza, il secondo la caratteristica propria del destinatario, l’essere imprenditore commerciale.

La procedura liquidatoria non è l’unica soluzione proposta dalla Legge Fallimentare nel caso si verifichi lo stato di insolvenza.

La legge fallimentare⁶³ ha previsto diverse procedure concorsuali: il fallimento, il concordato preventivo, l’accordo di ristrutturazione dei debiti e la liquidazione coatta amministrativa.

Tali procedure sono generali e collettive, ossia coinvolgono tutto il patrimonio dell’imprenditore e tutti i creditori ai quali viene riconosciuta una particolare tutela che ha come scopo quello di assicurare la *par condicio creditorum*⁶⁴.

Il fallimento è una procedura giudiziaria che mira a liquidare il patrimonio dell’imprenditore insolvente, opportunatamente reintegrato, e a ripartirne il ricavato fra i creditori, secondo criteri ispirati alla parità di trattamento⁶⁵.

⁶³ R.d. 16-3-1942, n.267

⁶⁴ *Par condicio creditorum*: uguale regolamento di tutti i rapporti che fanno capo all’imprenditore mediante la realizzazione di tutti i beni dell’imprenditore (G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 1988, p.530)

⁶⁵ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 580

Il presupposto, come detto sopra, per la dichiarazione di fallimento è lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale. L'art. 5, secondo comma, l. fall. Stabilisce che *“lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. L'insolvenza è l'incapacità patrimoniale dell'imprenditore di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni e può manifestarsi attraverso inadempimenti o altri fatti esterni, quali la fuga, l'irreperibilità, la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo⁶⁶.

Secondo la giurisprudenza, l'insolvenza è l'impotenza strutturale e non soltanto transitoria dell'imprenditore a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie allo svolgimento della propria attività commerciale⁶⁷.

Pertanto affinché si possa concretizzare la dichiarazione di fallimento non è sufficiente il solo inadempimento delle obbligazione assunte poiché è necessario che l'inadempimento sia l'effetto del verificarsi dello stato di insolvenza.

L'art. 15, comma 9, l. fall. prevede un limite per la dichiarazione del fallimento: *“non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila”*.

Quanto al requisito soggettivo e cioè l'essere “imprenditore commerciale va precisato che pur possedendo tale requisito, non sono soggetti al fallimento gli imprenditori commerciali che siano in grado di dimostrare il possesso congiunto dei tre requisiti quantitativi previsti dall'art. 1, secondo comma, l. fall.

Sarà quindi l'imprenditore commerciale a dover provare l'esistenza, congiunta, dei tre requisiti per scongiurare le procedure fallimentari.

La procedura fallimentare trova un limite al suo espletamento, nella eventuale cessazione dell'esercizio dell'impresa e così accade che il fallimento dell'impresa individuale e di quella collettiva, può essere dichiarato, solo se non è trascorso più di un anno dalla cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese. A garanzia dei creditori viene riconosciuta agli stessi e al pubblico ministero, la possibilità di

⁶⁶ Art. 7, l. fall.

⁶⁷ Cass. N. 5215/08

provare l'effettiva cessazione dell'attività dell'imprenditore individuale e di quella collettiva nel caso di cancellazione d'ufficio dal Registro delle imprese.

Il fallimento può essere dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero⁶⁸.

La richiesta del debitore costituisce una facoltà, poiché può avere interesse a sottrarsi ad azioni esecutive individuali, ma diviene un obbligo, sanzionato penalmente, quando l'inerzia provoca l'aggravamento del dissesto⁶⁹.

L'imprenditore che richiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale una serie di documenti previsti dall'art. 14, l. fall.⁷⁰ e competente per la dichiarazione di fallimento è il "tribunale dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa"⁷¹.

Il pubblico ministero ha il potere-dovere di chiedere il fallimento quando l'insolvenza risulti da fatti che configurano reati fallimentari, al fine di promuovere l'azione penale prima della dichiarazione di fallimento⁷² e *"quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente da un giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile"*⁷³.

L'art. 15, l. fall. disciplina il procedimento per la dichiarazione di fallimento e stabilisce che il tribunale decide sulla richiesta di fallimento con uno speciale procedimento in camera di consiglio (comma 1) e tramite decreto convoca il debitore e i creditori istanti per il fallimento (comma 2). Il tribunale, ad istanza di parte, può anche emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, tali provvedimenti possono essere revocati con il decreto che rigetta l'istanza o confermati con la sentenza che dichiara il fallimento (comma 8).

Il fallimento è dichiarato dal Tribunale con sentenza e nella stessa procede anche alla nomina del giudice delegato per la procedura e il curatore fallimentare. Con la sentenza viene ordinato al fallito il deposito dei bilanci e delle altre scritture

⁶⁸ Art. 6, comma 1, l. fall.

⁶⁹ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 2016, p. 587

⁷⁰ Art. 14, l. fall.: *"L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre esercizi, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto."*

⁷¹ Art. 9, comma 1, l. fall.

⁷² Art. 238, l. fall.

⁷³ Art. 7, n. 2, l. fall.

contabili, nonché l'elenco dei creditori, entro tre giorni. Vengono inoltre stabiliti i termini per i creditori e i terzi per la presentazione delle domande di insinuazione al fallimento. La sentenza produce i suoi effetti alla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei confronti dei terzi si producono alla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese⁷⁴

Il debitore o qualunque altro interessato, può proporre con ricorso, reclamo contro la sentenza che dichiara il fallimento. Tale ricorso deve essere presentato entro trenta giorni, che decorrono per il debitore dalla data della notificazione della sentenza e per gli altri interessati dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese, e deve essere depositato nella cancelleria della Corte d'Appello. L'impugnazione non sospende gli effetti della dichiarazione di fallimento, salvo quanto previsto dall'articolo 19 l. fall. che prevede che la Corte d'Appello può disporre la temporanea liquidazione dell'attivo, qualora esistano gravi motivi e la richiesta deve essere avanzata da una parte o dal curatore. Il Presidente del Tribunale nei cinque giorni successivi al deposito fissa con decreto l'udienza di comparizione, entro sessanta giorni dal deposito del ricorso. La sentenza che revoca il fallimento dovrà essere notificata, a cura della cancelleria, al curatore, al creditore e al debitore e dovrà essere pubblicata, come per la dichiarazione di fallimento, nel registro delle imprese; tuttavia, gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi fallimentari restano salvi. La sentenza che rigetta il reclamo dovrà essere notificata al reclamante.⁷⁵

1.1 Organi del fallimento

Il Capo II della l. fall. prevede che le attività previste dalla procedura fallimentare siano svolte da quattro organi: il tribunale fallimentare, il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori.

Il tribunale fallimentare “è investito dall'intera procedura fallimentare” e si occupa di: nominare, revocare o sostituire gli organi della procedura, qualora non sia prevista la competenza del giudice delegato; chiedere informazioni e delucidazioni al curatore, il fallito e il comitato dei creditori; decidere sia le controversie che non siano di competenza del giudice delegato sia i reclami contro i provvedimenti del

⁷⁴ Art. 16, l. fall.

⁷⁵ Art. 18, l. fall.

giudice stesso⁷⁶. Tuttavia, il tribunale provvede anche alla sostituzione dei componenti del comitato dei creditori, secondo quanto previsto dall'art. 37-bis. Tutti i provvedimenti previsti sono pronunciati con decreto, contro il quale è possibile presentare reclamo alla Corte d'Appello.

Il giudice delegato, secondo quanto previsto dall'art. 25, l. fall., “*svolge funzioni di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura*” tra le altre nomina e revoca il comitato dei creditori e sostituisce tale organo nello svolgimento delle sue funzioni nel caso di inerzia; emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti; provvede alla formazione dello stato passivo e lo rende esecutivo; autorizza il curatore a stare in giudizio come attore o convenuto; prende decisioni, nel termine di quindici giorni, inerenti ai reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori⁷⁷. Anche i provvedimenti del giudice, come quelli del tribunale, sono pronunciati con decreto motivato, contro il quale può essere proposto reclamo dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori o da qualsiasi soggetto che abbia un interesse, al tribunale o alla Corte d'Appello. Il termine per proporre reclamo è di dieci giorni dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento e tale reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento⁷⁸.

Il curatore è nominato con la sentenza di fallimento pronunciata dal tribunale⁷⁹, assume la veste di pubblico ufficiale, e ad esso compete “*l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura (...) nell'ambito delle funzione ad esso attribuite*”⁸⁰.

Entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, il curatore deve presentare una “*relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri*”, la stessa deve essere presentata al giudice delegato⁸¹.

Il curatore può essere revocato dal tribunale, con decreto motivato, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio in qualsiasi momento e può essere sostituito con richiesta dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi.

⁷⁶ Art. 23, l. fall.

⁷⁷ Art. 25, l. fall.

⁷⁸ Art. 26, l. fall.

⁷⁹ Art. 27, l. fall.

⁸⁰ Art. 31, l. fall.

⁸¹ Art. 33, l. fall.

L'ultimo organo rilevante nella procedura fallimentare è il comitato dei creditori, *“composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità del soddisfacimento degli stessi”*⁸².

La riforma del 2006 ha aumentato i poteri e le funzioni del comitato dei creditori rafforzandone il ruolo ed infatti esso si occupa di vigilare sul comportamento del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri su richiesta del tribunale o del giudice delegato⁸³, ha diritto ad ispezionare le scritture contabili e i documenti relativi alla procedura di fallimento, può presentare istanza per la revoca del curatore⁸⁴ e può esercitare l'azione di responsabilità nei confronti del curatore revocato⁸⁵.

1.2 Effetti della dichiarazione di fallimento

La legge distingue quattro categorie di effetti della dichiarazione di fallimento: per il fallito, per i creditori, sugli atti pregiudizievoli ai creditori e sui rapporti giuridici preesistenti.

1.2.1 Effetti per il fallito

Gli effetti più rilevanti per il fallito sono quelli di tipo patrimoniale, costui è privato *“dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione del fallimento”*⁸⁶. Il fallito quindi perde l'amministrazione e la disponibilità, ma non la proprietà, dei suoi beni, e tali poteri vengono attribuiti al curatore.

Lo spossessamento comprende tutti *“i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi”*⁸⁷, anche se il curatore può decidere di rinunciare a tali beni qualora ritenga che le passività da sostenere per l'acquisto siano superiori al loro valore. Invece sono esclusi dal fallimento i beni elencati dall'art. 46 l. fall⁸⁸.

⁸² Art. 40, l. fall.

⁸³ Art. 41, l. fall.

⁸⁴ Art. 37, l. fall.

⁸⁵ Art. 38, comma 2, l. fall.

⁸⁶ Art. 42, comma 1, l. fall.

⁸⁷ Art. 42, comma 2, l. fall.

⁸⁸ Art. 46, comma 1, l. fall. : Non sono compresi nel fallimento: 1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale; 2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia; 3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei

Il fallito non perde la capacità di agire e la proprietà dei beni che compongono il patrimonio fallimentare, fin quando la proprietà di questi non sia trasferita a soggetti terzi con atti di disposizione dell'amministrazione fallimentare⁸⁹. Poiché il fallito non può disporre dei beni e dei diritti oggetto di spossessamento, gli atti da lui posti in essere, che abbiano come oggetto tali beni e diritti, “sono inefficaci rispetto ai creditori”, come inefficaci sono “i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento” poiché tutte le utilità conseguite nel corso della procedura fallimentare sono acquisite al fallimento⁹⁰.

La dichiarazione di fallimento determina anche una modificazione nella sfera personale e penale

Per il fallito sono previste limitazioni alla sua libertà personale: diritto al segreto epistolare e diritto alla libertà di movimento. In riferimento al primo, il fallito, qualora non sia persona fisica, è tenuto a consegnare direttamente la propria corrispondenza al curatore, mentre, nel caso in cui sia persona fisica, è previsto un temperamento, infatti dovrà consegnare al curatore la corrispondenza riguardante i rapporti compresi nel fallimento⁹¹. In riferimento alla seconda limitazione, è necessario che il fallito comunichi al curatore qualsiasi cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio⁹².

La riforma del 2006 ha previsto invece, l'abrogazione delle incapacità politiche e ha soppresso il registro dei falliti, eliminando quindi le incapacità derivanti dall'iscrizione dei soggetti falliti nello stesso.

Il fallimento espone il fallito a sanzioni per i fatti compiuti prima o dopo la dichiarazione di fallimento che sono configurati dalla legge come reati, in quanto diretti a recare pregiudizio ai creditori. I principali reati connessi al fallimento sono: la bancarotta fraudolenta, la bancarotta semplice e il ricorso abusivo al credito.

1.2.2 Effetti per i creditori

L'art. 52 l. fall. prevede che “*il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito*” e dalla data di dichiarazione di fallimento i creditori potranno

figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile; 4) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

⁸⁹ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 2016, p. 594

⁹⁰ Art. 44, l. fall.

⁹¹ Art. 48, l. fall.

⁹² Art. 49, l. fall.

realizzare i loro crediti soltanto mediante la procedura fallimentare, divenendo così creditori concorsuali. I creditori concorsuali acquistano il diritto di partecipazione alla ripartizione dell'attivo in seguito all'accertamento giudiziale del loro credito, divenendo creditori concorrenti.

I creditori concorrenti sono distinti in creditori chirografari e privilegiati. I primi sono soddisfatti secondo il principio della *par condicio creditorum* e partecipano alla ripartizione dell'attivo non gravato da vincoli. I creditori privilegiati, i cui crediti sono garantiti da pegno, ipoteca o privilegio, godono di diritto di prelazione sul ricavato della vendita del bene oggetto di garanzia e qualora non siano interamente soddisfatti concorrono al soddisfacimento con i creditori chirografari.

Dai creditori concorrenti, si distinguono poi, i creditori della massa, soggetti i cui crediti devono essere soddisfatti in prededuzione, ovvero prima dei creditori concorrenti, e per intero. I crediti prededucibili non contestati sono anche esonerati dall'accertamento giudiziale e nel caso in cui siano liquidi ed esigibili possono essere pagati nel momento in cui divengono esigibili.

Per l'esecuzione collettiva fallimentare è previsto che ogni credito sia accertato giudizialmente (Art. 52) e non può essere iniziata o proseguita, su i beni compresi nel fallimento, dal giorno della dichiarazione del fallimento, nessuna azione individuale esecutiva e cautelare (Art. 51).

E' espressamente previsto che i creditori partecipano al concorso, per l'importo che il credito ha al momento della dichiarazione di fallimento poiché, secondo quanto previsto dall'art. 55, comma 1, l. fall. tale dichiarazione "*sospende il corso degli interessi convenzionali o legali*", fatta eccezione per i crediti privilegiati e per i crediti prededucibili⁹³.

La dichiarazione di fallimento non esclude invece la compensazione tra crediti verso il fallimento e debiti nei confronti di esso, come previsto dall'art. 56 l. fall. È ammessa la compensazione anche qualora il credito verso il fallimento non sia scaduto alla data della dichiarazione, purché il credito non sia stato acquistato "*per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore*"⁹⁴.

⁹³ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 598

⁹⁴ G. FERRI, *op. cit.*, 1988, p.548

1.2.3 Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori

È estremamente difficile che la dichiarazione di fallimento sia contestuale alla manifestazione dello stato di insolvenza, solitamente intercorre un intervallo temporale, durante questo lasso di tempo l'imprenditore può aver compiuto una serie di atti di disposizione che possono aver alterato la *par condicio creditorum*. Questi atti di disposizione possono essere stati posti in essere dall'imprenditore nel tentativo di ovviare alla crisi o di mascherarla.

Quindi, intervenuto il fallimento sorge l'esigenza di tutelare i creditori e la legge ha predisposto particolari mezzi per la ricostruzione del patrimonio del fallimento. Tale problema non è tipico della materia fallimentare, infatti, nel codice civile il legislatore già prevede con l'art. 2901 l'azione revocatoria. L'azione revocatoria "ordinaria" dichiara l'inefficacia dell'atto di disposizione nei confronti del creditore nell'ipotesi in cui il debitore sottragga, con pregiudizio dei suoi creditori, beni al suo patrimonio.

Nel campo del fallimento, la legge fissa un periodo di tempo a seconda dei soggetti che lo hanno compiuto, del contenuto e delle circostanze che lo hanno determinato, entro il quale gli effetti dell'atto di disposizione possono essere eliminati, in quanto l'atto viene considerato come fatto in frode dei creditori con presunzione *iuris et de jure*, ovvero non suscettibile di prova contraria, o con presunzione *iuris tantum*, ovvero a meno che non risulti la ignoranza da parte del terzo della insolvenza dell'imprenditore⁹⁵.

La legge prevede che sono privi di effetto per i creditori tra gli altri, gli atti a titolo gratuito quando compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie che presentano caratteristiche tali da far ritenere la esistenza di un accordo tra imprenditore e terzi a danno dei creditori. Per questi atti il curatore non dovrà agire in giudizio per accertare la loro inefficacia e il terzo sarà tenuto a restituire quanto ricevuto al fallimento, anche qualora ignorasse lo stato di insolvenza dell'imprenditore

Qualora gli atti di disposizione compiuti dal fallito non rientrino negli atti previsti specificatamente dalla legge fallimentare, l'eliminazione degli effetti è subordinata alla ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 2901 c.c. per l'azione revocatoria

⁹⁵ G. FERRI, *op. cit.*, p.549

ordinaria. L'azione revocatoria è esercitata dal curatore fallimentare e deve essere proposta dinanzi al tribunale fallimentare. Il principio ispiratore della revocatoria fallimentare è che tutti gli atti posti in essere dall'imprenditore insolvente si presumono pregiudizievoli per i creditori, in quanto idonei ad alterare, quanto meno, la *par condicio creditorum*.

I presupposti per l'applicazione della revocatoria fallimentare sono: a) l'insolvenza dell'imprenditore (presupposto oggettivo); b) la conoscenza dell'insolvenza da parte del terzo (presupposto soggettivo).

Spetterà all'imprenditore l'onere di provare che l'atto non abbia arrecato danno alla massa dei creditori e sarà il terzo, invece, a dover provare che l'imprenditore non era già insolvente qualora l'atto sia stato compiuto in un certo periodo anteriore, sei mesi o un anno a seconda dei casi, alla dichiarazione di fallimento. Per alcuni atti, particolarmente sintomatici dello stato di insolvenza, è posta una presunzione relativa di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo e sarà ancora il terzo a dover provare che ignorava tale stato di insolvenza⁹⁶.

L'eliminazione degli effetti dell'atto di disposizione pregiudizievole ai creditori è stabilita solo nei confronti della massa dei creditori poiché tra le parti l'atto revocato resta valido e il terzo che abbia subito la revocatoria è "*ammesso al passivo per il suo eventuale credito*"⁹⁷ e parteciperà alle ripartizioni dell'attivo in concorso con gli altri creditori.

1.2.4 Effetti sui rapporti giuridici preesistenti

La dichiarazione di fallimento trova dei rapporti in corso di esecuzione e la legge si occupa di stabilire gli effetti che il fallimento determina rispetto a tali rapporti.

È previsto lo scioglimento *ex lege* a seguito della dichiarazione di fallimento per i contratti di borsa a termine, l'associazione in partecipazione in caso di fallimento dell'associante, i contratti di conto corrente ordinario e bancario, commissione e mandato nel caso di fallimento del mandatario⁹⁸. Anche il contratto di appalto si scioglie di diritto qualora il curatore non dichiari "*di voler subentrare nel rapporto (...) offrendo idonee garanzie*" (comma 1) o il committente *in bonis* si opponga alla

⁹⁶ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 600

⁹⁷ Art. 70, comma 2, l. fall.

⁹⁸ Artt. 76-77-78, l. fall

prosecuzione in quanto *“la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto”* (comma 2) ⁹⁹.

Esistono poi, contratti che proseguono nonostante il fallimento di una delle due parti, poiché il curatore subentra nel contratto, in quanto tali contratti sono vantaggiosi per la massa dei creditori e tra questi, il contratto di locazione di immobili, l'affitto di aziende, il contratto di edizione. Il curatore che subentra in tali contratti *ex lege* dovrà adempiere per l'intero e in prededuzione le relative obbligazioni.¹⁰⁰

Vi è infine una serie di contratti la cui sorte non è stabilita *ex lege* e restano quindi *“sospesi”* a seguito del fallimento. Per tali contratti sarà il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, a decidere se sciogliere o continuare il contratto. Il contraente in bonis *“può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto”* (comma 2) e qualora tale contratto venga effettivamente sciolto il contraente ha il diritto di *“far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento”* (comma 4) divenendo creditore concorsuale *“senza che gli sia dovuto risarcimento del danno”* (comma 4)¹⁰¹. Rientrano tra gli altri la vendita a termine o a rate con riserva di proprietà, il preliminare di vendita di immobili, i contratti esecuzione continuata o periodica.

2. Fallimento della società in nome collettivo

La disciplina applicabile al fallimento delle società è in linea di massima quella applicabile per l'imprenditore individuale, se pur con i dovuti adattamenti previsti dagli artt. 146-156 della legge fallimentare.

Il presupposto del fallimento della società non è sempre stato pacifico in dottrina, poiché da una parte ci sono coloro che sostengono la necessità che la società sia titolare di una impresa, mentre altri muovono dal presupposto che la società sia sempre titolare di una impresa. *“Diversa e più convincente è la posizione di coloro, che coerentemente con l'adesione al principio dell'effettività, credendo nell'autonomia e nella prevalenza delle norme sull'impresa – norme in grado di condizionare la veste stessa della società – hanno ritenuto che le società non*

⁹⁹ Art. 81, l. fall.

¹⁰⁰ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 600

¹⁰¹ Art. 72, l. fall.

falliscano in quanto tali ma in quanto rivestano (...) la qualità di imprenditore commerciale”¹⁰².

L’interpretazione della giurisprudenza, a partire dagli anni ’70, ha condiviso l’impostazione secondo la quale l’esercizio dell’attività commerciale discende dal fatto stesso della loro costituzione e prescinde dal concreto esercizio dell’impresa commerciale, escludendo in tal modo, salvo qualche eccezione, che il presupposto della assoggettabilità della società al fallimento sia collegato all’effettivo esercizio dell’attività commerciale. La regola della effettività è stata applicata “*solo quando lo statuto evidenzia un oggetto sociale non commerciale*”¹⁰³.

In merito alle società su base personale, è interessante la pronuncia del giudice di legittimità il quale asserisce che è “*assoggettabile al fallimento indipendentemente dall’effettivo esercizio dell’attività, poiché acquista la qualità di imprenditore commerciale dal momento della sua costituzione, non dall’inizio del concreto esercizio dell’attività di impresa, dovendo ritenersi sussistente il requisito della professionalità richiesto dall’art. 2082 c.c. per il solo fatto della costituzione per l’esercizio di un’attività commerciale, che segna l’irreversibile scelta per il suo svolgimento, come per altro si desume anche dagli art. 2308 e 2323 c.c.*”¹⁰⁴.

La legge fallimentare non prevede specificatamente a chi, nell’ambito della società, compete l’iniziativa per la dichiarazione di fallimento su richiesta del debitore, ma è condivisa l’opinione che ritiene legittimati gli amministratori sia nelle società di persone che nelle società di capitali.

Gli effetti del fallimento della società per i soci sono diversi a seconda del tipo di società e del regime di responsabilità degli stessi.

La società in nome collettivo è caratterizzata da soci a responsabilità illimitata e l’art. 147, l. fall. prevede che il fallimento della società produca anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, mentre “*il fallimento di uno o più soci illimitatamente responsabili non produce il fallimento della società*”¹⁰⁵.

La dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile è conseguenza automatica del fallimento della società, anche se questi non sia imprenditore o se il

¹⁰² V. BUONOCORE E A. BASSI, *Trattato di diritto fallimentare*, 2010, p. 94; F. GALGANO, *Il fallimento delle società*, Padova, 1988, p. 8 : “Non basta, per dichiarare il fallimento di una società con oggetto commerciale, avere accertato l’esistenza della società: occorre, ulteriormente, accertare che essa rivesta la qualità di imprenditore, in particolare commerciale”.

¹⁰³ G. MARASÀ, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, p. 1120

¹⁰⁴ Cass. 28.4.2005, n.8849

¹⁰⁵ Art. 149, l. fall.

suo patrimonio non sia dissestato. Il socio dichiarato fallito può proporre opposizione contro la sentenza dichiarativa del fallimento e questa sarà accolta qualora si rilevi l'inesistenza dei presupposti per la dichiarazione del fallimento della società o si escluda l'esistenza del rapporto sociale tra il soggetto, presunto socio, e la società fallita.

L'estensione automatica del fallimento consente la realizzazione della responsabilità sussidiaria del socio, attraverso l'applicazione della procedura concorsuale nei suoi confronti e ciò al fine di garantire la *par condicio creditorum*¹⁰⁶.

L'estensione del fallimento al socio, sia contestuale al fallimento della società sia successiva, esige, come previsto dall'art.147, terzo comma, l. fall., che il socio sia convocato dal Tribunale per esercitare il suo diritto di difesa alla stregua dell'imprenditore ex art. 15 l. fall¹⁰⁷.

Per l'automatico fallimento del socio, non ha alcun rilievo il fatto che la qualità di socio risulti palesemente o che il rapporto sia interno e non sia esteriorizzato. Il fallimento è quindi esteso anche al socio occulto, pertanto, "*se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, (...), dichiara il fallimento dei medesimi*"¹⁰⁸.

Le procedure fallimentari della società e dei soci sono autonome ma è prevista l'unificazione degli organi fallimentari, infatti è nominato un solo giudice delegato e un solo curatore, possono però esistere più comitati di creditori. Oltre alla perfetta autonomia delle procedure fallimentari, è incontestabile la non necessaria coincidenza "*fra la sfera di debito e di responsabilità delle società (e quindi la massa dei creditori sociali ammessi al passivo di questa) e la sfera di responsabilità del socio per le obbligazioni sociali (e quindi la massa dei creditori sociali ammessi al passivo di quest'ultimo)*"¹⁰⁹.

Data la distinzione delle singole masse fallimentari, la chiusura dei singoli fallimenti può avvenire in momenti distinti e per cause diverse. La chiusura del fallimento del singolo socio non ha rilievo rispetto al fallimento della società e degli altri soci illimitatamente responsabili e neppure la chiusura del fallimento della società è rilevante rispetto al fallimento dei singoli soci, qualora sia attuata per insufficienza di attivo o esaurimento delle operazioni fallimentari. Qualora invece il fallimento sia

¹⁰⁶ G. FERRI, *op. cit.*, 1988, p.572

¹⁰⁷ V. BUONOCORE E A. BASSI, *op.cit.*, 2010, p. 101

¹⁰⁸ Art. 147, comma 4

¹⁰⁹ A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, p. 120

chiuso per mancanza di creditori concorrenti o per soddisfacimento integrale di essi o per concordato, si determina la cessazione del fallimento dei singoli soci¹¹⁰.

Alla chiusura del fallimento, il curatore dovrà chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese¹¹¹.

3. Fallimento della società di fatto e dei soci

Per l'applicazione dell'art. 147 l. fall. *“è sufficiente il riscontro, oltre che della situazione normale di una società che esiste nella realtà e come tale operi nei rapporti con i terzi, anche delle situazioni anomale costituite dalla società meramente apparente nei confronti dei terzi, pur se inesistente nei rapporti interni, e della società occulta, cioè realmente esistente, ma non esteriorizzata”*¹¹².

Ai fini dell'esame dell'applicazione dell'art. 147 l. fall. è evidente quindi la necessità di avere un quadro chiaro delle diverse tipologie di società di persone diverse da quella “regolari”: società di fatto, occulta, apparente di cui si è ampiamente parlato nel capitolo precedente del presente scritto.

È fondamentale, quindi, in sede concorsuale, dimostrare l'esistenza delle tipologie di società di cui sopra.

L'esistenza di una società di fatto e la sua assoggettabilità al fallimento può essere affermata sia sulla sola base dell'esteriorizzazione del vincolo societario sia con riferimento ai rapporti interni che consentono *“di affermare la responsabilità verso i terzi, nonché se avente oggetto commerciale, l'assoggettabilità al fallimento, rimanendo irrilevante la circostanza che il rapporto sociale sia rimasto occulto e privo di esteriorizzazione”*¹¹³, tuttavia tale esteriorizzazione non è essenziale per accertare l'effettiva esistenza del rapporto.

Tra le manifestazioni esteriori assumono particolare rilevanza i rapporti di finanziamento e le prestazioni di garanzia a favore dell'imprenditore che non sono sufficienti ad evidenziare il rapporto esistente tra l'imprenditore e il garante o il finanziatore, ma possono costituire indici rilevatori quando per la loro sistematicità, rivelano una *“collaborazione del socio al raggiungimento degli scopi sociali”*¹¹⁴.

¹¹⁰ G. FERRI, *op. cit.*, 1988, p.580

¹¹¹ Art. 118, comma 2, l. fall.

¹¹² Cass. 25.3.1981, n. 1708

¹¹³ Cass. 30.3.1977, n.1221

¹¹⁴ Cass. 17.10.1986, n. 6087

Nella procedura fallimentare l'onere della prova incombe sul soggetto legittimato alla richiesta del fallimento, creditore o pubblico ministero, che intende far valere l'esistenza della società di fatto, sia che si tratti di società apparente che di società occulta, e possono essere utilizzabili tutti i mezzi di prova senza nessuna particolare limitazione degli stessi¹¹⁵.

Ai sensi dall'art. 147 l. fall il fallimento della società di fatto comporta il fallimento dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, infatti tale norma è applicabile a tutte le società che prevedono la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci¹¹⁶. Il fallimento ex lege del socio "*pur se non persona fisica*", prescinde dalla sua insolvenza, essendo legato alla sola qualità di socio ed all'insolvenza della società¹¹⁷.

La Cassazione ha poi previsto che qualora un soggetto sia stato precedentemente ammesso al passivo della società, non è esclusa la dichiarazione di fallimento di costui, in quanto socio di fatto¹¹⁸.

Nel caso di soci scoperti successivamente alla dichiarazione di fallimento della società di fatto, le due sentenze sono autonome e la sentenza che dichiara il fallimento dei nuovi soci costituisce una sentenza integrativa della prima e il nuovo soggetto dichiarato fallito potrà opporsi a tale sentenza integrativa ma non agli accertamenti definitivi inerenti alla prima sentenza fallimentare, la quale "*secondo i principi speciali del sistema processuale fallimentare, fa stato erga omnes, e produce i suoi effetti nei confronti delle sfere giuridiche patrimoniali di tutti i soggetti implicati nella dichiarazione medesima*"¹¹⁹.

A seguito della riforma delle procedure concorsuali del 2006, il fallimento di una società per estensione della dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, qualora egli risulti socio di una società di fatto, non può essere dichiarato d'ufficio come previsto dall'ex art. 6 l. fall. Era comunque possibile giungere a tale conclusione, anche prima della modifica dell'art. 6, poiché secondo quanto previsto dall'art. 111, comma due, Cost. è necessario che la procedura si svolga "*nel contraddittorio tra le parti (...) davanti al giudice terzo ed imparziale*"¹²⁰.

¹¹⁵ P. SPERA, *op. cit.*, p. 168

¹¹⁶ P. SPERA, *op. cit.*, p. 174

¹¹⁷ V. BUONOCORE E A. BASSI, *op. cit.*, 2010, p. 101

¹¹⁸ P. SPERA, *op. cit.*, p. 178

¹¹⁹ Cass 6.6.1975, n. 2238

¹²⁰ P. SPERA, *op. cit.*, p. 183

Contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto il reclamo dal debitore e da qualunque interessato. Il ricorso va depositato nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni¹²¹.

Nel caso di accertamento del fallimento della società di fatto successiva alla dichiarazione di fallimento di uno solo dei soci, con estensione del fallimento stesso a tutti i soci illimitatamente responsabili, è consentita agli stessi la proposizione del ricorso in opposizione alla decisione del tribunale, in base al combinato disposto degli artt. 18 e 147 l. fall.. In questo caso l'originario fallito non avrà la veste di litisconsorte necessario¹²².

Ai sensi dell'art. 22 l. fall. contro il decreto emesso dal tribunale che respinge il ricorso per la dichiarazione del fallimento, il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente, possono proporre reclamo alla Corte di Appello, che decide sul ricorso con decreto motivato. Nell'ipotesi in cui la Corte di Appello dovesse accogliere il ricorso, contro la decisione del giudice di prime cure, provvederà ad inviare la propria decisione al tribunale, affinché lo stesso provveda alla dichiarazione del fallimento.

La decisione della Corte di Appello ha valore di pronuncia "*rescindente*" che si limita all'accertamento dell'esistenza dei requisiti necessari alla dichiarazione di fallimento, rimettendo però tale decisione al tribunale, unico competente a farlo ed unico a poter gestire la procedura fallimentare, attività preclusa alla Corte di Appello viste le sue caratteristiche di tale giudice. Si verifica quindi l'esistenza di una fattispecie a formazione progressiva "*risultando la dichiarazione di fallimento dalla fusione del decreto della Corte di Appello e della successiva sentenza del tribunale*".

In concreto il tribunale fallimentare, nel caso di reclamo, accolto da parte della Corte di Appello, non provvede in modo automatico alla dichiarazione del fallimento, non essendo il giudice *ad quem* vincolato, competendo allo stesso la verifica dei presupposti per la declaratoria di fallimento, attraverso la valutazione sia dei fatti sopravvenuti che dei fatti dedotti nelle fasi precedenti e non esaminati dalla Corte di Appello.

Il Tribunale chiamato a dichiarare il fallimento, di una società di fatto la cui esistenza è stata accertata dalla Corte di Appello, adita in sede di reclamo art. 22 l. fall. oltre agli accertamenti di cui sopra, prima di dichiarare il fallimento è chiamata a decidere

¹²¹ Art. 18, l. fall.

¹²² Cass. 6.2.1998, n.1225

sul reclamo proposto dai soci occulti della società di fatto irregolare ed occulta, proposto ai sensi dell'art. 22 comma 4 l. fall. contro la decisione della Corte di Appello. In particolare il Tribunale deve accertare preliminarmente il rispetto del diritto al contraddittorio e del principio della difesa, spesso eccepito dai ricorrenti.

La Corte di Cassazione ha statuito “ *nel procedimento camerale e sommario che precede la dichiarazione di fallimento, il principio del contraddittorio ed il diritto alla difesa del debitore restano assicurati quando questi sia informato dell’iniziativa in corso e dei fatti rilevanti per la configurazione dei requisiti oggettivi e soggettivi di detta declaratoria; in particolare, il diritto alla difesa del debitore resta garantito allorché il medesimo lo abbia esercitato dinanzi alla corte d’appello in sede di reclamo ex art 22 l. fall. senza necessità di ulteriore sua convocazione da parte del tribunale cui gli atti siano stati rimessi per la dichiarazione di fallimento*”¹²³.

3.1 Fallimento del socio occulto e della società occulta

Nel caso di società occulta, ovvero costituita con l’espressa e concorde volontà dei soci di non rivelarne l’esistenza all’esterno, quando la società sia divenuta palese, la società occulta e i soci rispondono nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte nell’esercizio dell’attività di impresa. Quindi, qualora prima della dichiarazione di fallimento emerga che l’impresa faccia capo ad una società occulta, può essere dichiarato il fallimento di questa società ed esteso ai soci illimitatamente responsabili, secondo quanto previsto dall’art. 147 l. fall. .

Molto più spesso però, accade che sia dichiarato il fallimento di una impresa individuale e soltanto in un momento successivo, nel corso della procedura fallimentare, emerga l’esistenza di una società occulta. Tale verifica dell’esistenza di una società occulta nel corso del fallimento risulta più facilmente dimostrabile poiché il curatore può da un’analisi della documentazione e dei rapporti intercorsi tra l’imprenditore e i terzi individuare la prova “rigorosa” dell’esistenza di una società di fatto.

In base a quanto previsto dall’art. 149 l. fall. il fallimento del socio non può essere esteso alla società pertanto sembrerebbe essere precluso il fallimento della società di fatto individuata successivamente al fallimento dell’imprenditore individuale.

¹²³ sez. I sentenza n. 269 del 10/01/2017, Rv 643023 -01

Per dichiarare il fallimento, quindi, della società e modificare la situazione creatasi con la dichiarazione del fallimento dell'impresa individuale si dovrà procedere o con una nuova dichiarazione di fallimento nei confronti della società, che si aggiunge al fallimento già dichiarato, o sarà necessaria una modificazione della sentenza dichiarativa del fallimento e dovrà essere riconosciuto come soggetto passivo, non più l'imprenditore singolo, ma la società e i soci illimitatamente responsabili palesi o occulti.

Solitamente, viene emessa una nuova dichiarazione che viene considerata integrativa della prima, poiché la modificazione della dichiarazione non può avvenire attraverso il procedimento di correzione previsto negli artt. 287 e segg. cod. proc. civ., dato che non si è in presenza di un errore materiale, e dovrebbe essere utilizzato il rimedio della opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento sostenendo che l'imprenditore da dichiarare fallimento è un soggetto diverso da quello inizialmente previsto. Questo rimedio prevede un termine molto ristretto e un giudizio contenzioso, perciò si presenta come praticamente inutilizzabile¹²⁴.

L'estensione del fallimento alla società occulta deve essere promossa su istanza del curatore, dai creditori e dal socio fallito e non avrà efficacia retroattiva.

Nel caso di socio occulto, la cui partecipazione in società palese emerga dopo la dichiarazione di fallimento della società, il Tribunale "*su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito dichiara il fallimento*" del socio occulto¹²⁵.

Si determina l'esistenza del socio occulto, ai fini dell'estensione del fallimento, qualora venga rilevata la manifestazione dell'*affectio societatis* da parte del soggetto presunto socio, ovvero atti e comportamenti non giustificabili se non sulla base di un rapporto societario effettivo, per quanto occultato¹²⁶. Sono particolarmente rilevanti i finanziamenti e le prestazioni di garanzia, qualora siano ripetuti nel tempo e quindi "*ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali*"¹²⁷.

Altri indici rivelatori per i quali occorre la prova al fine della dichiarazione di fallimento, sono rappresentati dalla partecipazione agli utili e alle perdite e dalla spendita del nome. La giurisprudenza ha infatti ritenuto possibile il fallimento del

¹²⁴ G. FERRI, *op. cit.*, 1988, p.577-578

¹²⁵ Art. 147, comma quattro, l. fall.

¹²⁶ V. BUONOCORE E A. BASSI, *op. cit.*, 2010, p. 118

¹²⁷ Ex multis, Cass. 16.7.1999, n. 6514

socio occulto, pur legato da parentela, il quale abbia curato i rapporti con fornitori e dipendenti della società palese¹²⁸, di cui si è detto anche sopra in apposito paragrafo al quale si fa rinvio. Per gli atti e i comportamenti che ricorrono in presenza di legami familiari, la prova della loro sussistenza deve essere particolarmente rigorosa e intensa e l'esteriorizzazione del vincolo societario deve fondarsi *“su elementi e circostanze concludenti (...) tali da deporre, in modo non equivoco, nel senso di una sua compartecipazione all'attività commerciale del consanguineo”*¹²⁹.

Nel caso di fallimento sia del socio occulto sia del socio palese, la dottrina ricollega la disciplina della dichiarazione originaria di fallimento, al socio palese che ha speso il proprio nome e la disciplina del fallimento in estensione ex art. 147 l. fall. al socio occulto, ovvero colui che non ha speso il proprio nome in attività sociali¹³⁰.

Pertanto, si riafferma il principio che per l'estensione del fallimento, anche la società di fatto eventualmente accertata, va dichiarata fallita.

La Cassazione ha di recente previsto che *“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 l. fall.: tale disposizione, infatti, rendendo operativo nella sede fallimentare il principio della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci, stabilito dagli art. 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. Legittimato a chiedere l'estensione del fallimento in tal caso è il solo curatore, mentre non risultano legittimati né all'azione né alle impugnazioni i singoli creditori, i quali, ai sensi dell'art. 6 l. fall., possono chiedere la dichiarazione di fallimento soltanto ex novo”*¹³¹.

3.2 Fallimento della società apparente

Il legislatore della riforma non ha dato una disciplina alla cd. Società apparente, come invece ha fatto per la società occulta. La società apparente è caratterizzata dalla

¹²⁸ Trib. Napoli, 17.4.1996

¹²⁹ Cass. 28.8.2006, n.18618

¹³⁰ G. SPATAZZA, *Verso la soppressione del socio occulto*

¹³¹ Cass. 10.2.2006, n.2975

“*esteriorizzazione del rapporto sociale, quantunque inesistente nei rapporti interni*”¹³².

Sembrerebbe che questo tipo di società acquisisca un qualche rilievo nel caso di fallimento dell'imprenditore individuale poiché gli organi della procedura fallimentare qualora non rilevino mediante acquisizione di prove l'esistenza di rapporti sociali, preferiscano invocare il principio dell'apparenza al fine di dichiarare il fallimento di una società realmente esistente in quanto apparente.

La Giurisprudenza ritiene che il comportamento che ingenera nei soggetti terzi in buona fede, il convincimento dell'esistenza di un vincolo contrattuale, sia sufficiente ad affermare l'esistenza di una società, senza che sia necessario analizzare se ricorrano i conferimenti di beni e servizi per la formazione di un fondo comune e dell'alea comune¹³³.

L'effetto della dichiarazione di una società apparente è quello di avvantaggiare anche quei creditori che non sono stati tratti in errore dalla presunta natura sociale dell'impresa ma che per effetto del fallimento beneficiano della tutela prevista per la universalità dei creditori.

In tale fattispecie, non si ha più la possibilità di distinguere tra terzi di buona fede e terzi di mala fede e in altri termini, la società risulta fallita verso tutti ed anche verso coloro che non hanno fatto alcun affidamento sull'esistenza di un vincolo sociale e coloro che conoscevano l'inesistenza del vincolo stesso.

Nella società apparente esiste una società sul piano della responsabilità, ma non esiste una società “*per quanto riguarda i rapporti interni tra i soci*” infatti il socio apparente che paga un debito sociale non ha diritto di regresso nei confronti degli altri soci, diversamente da quanto previsto dall'art. 148, comma tre, l. fall. circa la possibilità di “*regresso fra i fallimenti dei soci per la parte pagata in più della quota rispettiva*”¹³⁴. Quindi, nella società occulta prevale “*la regola della realtà*”, nella società apparente la regola “*dell'affidamento e dell'apparenza*”¹³⁵.

Sia nella società occulta che nella società apparente ci si trova di fronte ad atti e comportamenti di ingerenza nella gestione dell'impresa. Nel primo caso sono attuati con la consapevolezza e l'intenzionalità dell'*affectio societatis* e nel secondo caso

¹³² G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società*, p. 220

¹³³ Cass. 14.1.2001, n.2095

¹³⁴ A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, p. 214

¹³⁵ P. PAJARDI- A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 755

con l'inconsapevolezza di dar vita all'apparenza di un vincolo sociale capace di generare nei terzi il convincimento di trovarsi di fronte ad una società di fatto¹³⁶.

3.4 Fallimento di una società di fatto tra persone fisiche e persone giuridiche

Come sopra meglio precisato, la riforma delle società di capitali ha apportato modifiche all'art. 2361 c.c. ed ha legittimato le società di capitali a possedere partecipazioni in società di persone ed in particolare tale partecipazione è ritenuta possibile sia alle S.p.a., S.a.p.a. e S.r.l (si veda paragrafo 2.1., Capitolo 1).

A tale riforma è stato adattato il primo comma dell'art. 147 l. fall., secondo il quale *“la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente a uno dei tipi regolati nei capi III, IV e del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili”* e specificatamente, l'inciso *“pur se non persone fisiche”* ha la finalità di chiarire che falliscono per estensione anche le eventuali società (sia di capitali, sia di persone), socie (ai sensi dell'art. 2361, secondo comma, c.c.) di società di persone¹³⁷.

Nel caso di insolvenza di società di fatto partecipata da persone fisiche e da società di capitali è necessario comprendere se sia possibile estendere il fallimento alla società di capitali partecipante, qualora tale partecipazione, non sia stata deliberata dall'assemblea, ma sia stata decisa ad attuata dall'organo amministrativo.

Tale ipotesi va esaminata nel particolare caso in cui la società di capitali abbia la forma della S.p.a. poiché l'art. 2361 c.c. richiede espressamente l'autorizzazione dell'assemblea per l'acquisto della partecipazione, sottraendo con ciò il potere all'organo amministrativo per tale attività. È inoltre prevista che la partecipazione acquisita venga fornita specifica informazione nella nota integrativa anche ai fini della conoscibilità da parte dei terzi, visto il deposito del Bilancio nel registro imprese.

È evidente che l'inciso del primo comma dell'art. 147 l. fall. risulta coerente con il citato articolo 2361 c.c. prevedendo il fallimento in estensione anche nei confronti dei soci non persone fisiche. In tale caso la società di capitali, al pari degli altri soci, della società di persone, viene estesa la responsabilità illimitata, di qui la necessità

¹³⁶ V. BUONOCORE E A. BASSI, *op. cit.*, p. 127

¹³⁷ Relazione Ministeriale illustrativa Riforma Procedure Concorsuali, sul nuovo art. 147

prevista dall'art. 2361 c.c. di rimettere all'assemblea dei soci e non agli amministratori la scelta di partecipare a una società di persone.

Facendo sempre rinvio al paragrafo 2.1, Capitolo 1, appare ormai pacifico che le stesse limitazioni non valgono, in quanto non espressamente previste, nel caso di società a responsabilità limitata, trovando gli amministratori un limite al loro potere gestorio, nelle sole ipotesi di modifiche all'oggetto sociale, materia riservata all'assemblea.

Pertanto è ormai pacifico che nel caso di dichiarazione di fallimento di una società di capitali, il fallimento possa essere esteso, su istanza del curatore, alla società di fatto occulta, costituita dalla società già dichiarata fallita, da una S.r.l. e da persone fisiche legate da vincolo di parentela.

In un caso concreto, il giudice di secondo grado¹³⁸ non ha dedicato alcuna attenzione particolare alla natura giuridica dei soci occulti, dando per assodata la possibilità di estendere il fallimento sia alle persone fisiche e sia alla persona giuridica (S.r.l.), dedicando invece il massimo dell'attenzione alla verifica della prova rigorosa dell'esistenza del vincolo sociale (conferimento di beni, servizi, marchio, garanzie reciproche etc.) fornita dal curatore, sia nell'atto con cui ha richiesto il fallimento della società di fatto, che nel reclamo ex art.18 e 162 L.F. alla decisione del Tribunale che respingeva l'istanza di fallimento. Come previsto dallo steso art. 148 l. fall.

Gli stessi giudici di merito ormai non ritengono che vi siano ostacoli alla estensione del fallimento al socio occulto, S.r.l., di società di fatto, anche se già dichiarato fallito *“È quasi superfluo rilevare che una volta ammesse la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone anche irregolare o di fatto, alla luce di quanto previsto dagli artt. 2361 c.c. e 111 duodecies disp. Att. c.c. e la fallibilità ai sensi dell'art. 147 comma 1 l. fall. della società di fatto, partecipata da una società di capitali, non vi è alcuna ragione che nell'ipotesi disciplinata dal comma 5 dello stesso art. 147- in cui l'esistenza della società di fatto emerga successivamente al fallimento di una dei suoi soci –possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendo o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già dichiarato fallito sia un imprenditore individuale o una società di capitali”*¹³⁹.

¹³⁸ Corte d'Appello di Roma, n.52099/16

¹³⁹ Sentenza Tribunale di Roma 76/18 estensione fallimento n.373/15; Cass. Sez. 1 10507 del 20.05.2016, Rv 639798

Come per i soci persone fisiche il fallimento del socio di capitale produce gli stessi effetti sul patrimonio e sui creditori della società (socia), pertanto il Tribunale può ben decidere nell'economia della gestione dei due fallimenti, della prima S.r.l. e poi della società di fatto, di affidare la gestione dei due fallimenti allo stesso curatore fallimentare, ben potendosi costituire più comitati dei creditori per le singole masse.

Capitolo terzo

Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017 del 4.12.2017

Tribunale di Roma Sezione Fallimentare Sentenza 76/2018 del 1.2.2018

1. Fallimento di S.r.l. 2. Istanza successiva al Tribunale di Roma, da parte del curatore in estensione del fallimento ex art 147 LF “*sussistenza società in nome collettivo irregolare tra la S.r.l. fallita, un'altra S.r.l. e tre persone fisiche socie*” 3. Rigetto del Tribunale di Roma alle domande della Curatela in merito alla estensione del fallimento ex art. 147 LF 4. Istanza della Curatela alla Corte di Appello di Roma per l'annullamento di detto provvedimento di rigetto: “*Accertamento della sussistenza di una società di fatto tra detti soggetti e la “S.r.l. fallita”*” 5. Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017 5.1 Conclusioni derivanti dalla Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017 6. La Sentenza del Tribunale di Roma n. 76/18

Per motivi legati alla riservatezza di seguito si individueranno i soggetti coinvolti nei procedimenti citati con le seguenti definizioni:

- Società di capitali dichiarata fallita di seguito denominata “S.r.l. fallita”;
- Società di capitali coinvolta nel fallimento della società di fatto occulta di seguito denominata “altra S.r.l.”;
- Amministratore unico della S.r.l. fallita e di altra S.r.l. di seguito denominato “Amministratore Unico”;
- Socia della altra S.r.l., dipendente della S.r.l. fallita e figlia dell'Amministratore Unico di seguito denominata “figlia dipendente”;
- Socia della altra S.r.l. e figlia dell'Amministratore Unico di seguito denominata “figlia”.

1. Fallimento di S.r.l

Il caso che in questo scritto si vuole esaminare, trae la sua origine dal fallimento di una società a responsabilità limitata dichiarato dal Tribunale di Roma Sezione Fallimentare (Sentenza del 10 aprile 2015 - fall. n 373/15 rep. 411/2015), in seguito

alla proposta da parte della società del Concordato Preventivo. Tale proposta di Concordato è stata ritenuta non meritevole di accoglimento da parte del PM ai sensi dell'art. 162 l. fall., lo stesso ne ha chiesto la dichiarazione di inammissibilità e *"In considerazione dello stato di insolvenza emerso nell'ambito del procedimento visto l'art. 7 LF"*¹⁴⁰, ha chiesto che venisse dichiarato il fallimento della società istante¹⁴¹. Nella stessa udienza il Tribunale di Roma Sezione Fallimentare ha provveduto al rigetto del Concordato Preventivo, visto il parere del Pubblico Ministero, e alla simultanea dichiarazione di fallimento.

Dagli atti del fallimento emergono, Decreto 131/14 Tribunale Ordinario di Roma - richiesta di chiarimenti in merito alla proposta di Concordato, degli elementi peculiari quale ad esempio la presenza di una diversa persona giuridica ("altra S.r.l.") proprietaria dello stabilimento e di alcuni beni strumentali utilizzati dalla "S.r.l. fallita". Questa "altra S.r.l.", proprietaria dell'immobile viene definita nel decreto sopra citato *"della famiglia..."* essendovi coincidenza di Amministratore Unico con la "S.r.l. fallita" ed essendo socie di questa società di "famiglia" le figlie dell'amministratore. L' "altra S.r.l.", vanta un ingente credito nei confronti della "S.r.l. fallita" per canoni di locazione non pagati e nel contempo, come si evince dal Decreto, risulta in affanno finanziario nei confronti del *"ceto bancario"*, proprio a causa della "S.r.l. fallita" che non ha pagato regolarmente i detti canoni di locazione (somma ingente). Sempre nel Decreto si evidenzia l'esistenza anche di una posta di credito vantata dalla "S.r.l. fallita" nei confronti dell' "altra S.r.l.", proprietaria dello stabilimento e di alcuni beni strumentali, tale credito viene affermato nel Decreto *"quale finanziamento diretto ad altra società, ancorché appartenente alla medesima famiglia (...), e quale partecipazione al nuovo stabilimento, sia in termini di depauperamento della liquidità sociale della (...) "S.r.l. fallita", sia in termini di deviazione dall'oggetto sociale"*.

In fine, sempre nel Decreto, si fa cenno ad una posta di credito presente nella "S.r.l. fallita" nei confronti dell'"amministratore unico", di notevole entità *"se si tratta di denari utilizzati per l'attività corrente della società, perché si contabilizza un credito verso il sig... "amministratore unico"? tale voce merita una giustificazione, indipendentemente dal fatto che nel piano sia previsto che tale credito sarà incassato (...)"*.

¹⁴⁰ Sentenza del 10 aprile 2015 - fall. n 373/15 rep. 411/2015

¹⁴¹ Comunicazione parere del PM, concordato preventivo 131/14, Tribunale Fallimentare di Roma

La “S.r.l. fallita” al momento della dichiarazione del fallimento risultava partecipata da un solo socio con la carica di Amministratore Unico della società. La “S.r.l. fallita” diventa a socio unico a partire dal 2013, mentre in precedenza le quote erano possedute anche dalla “figlia dipendente” e dalla “figlia” dell’“Amministratore Unico” nonché socio (tali elementi sono importanti ai fini della comprensione delle fattispecie esaminata).

Il quadro di partenza sopra delineato "fallimento della S.r.l." presenta degli elementi peculiari sia per la tipologia di fallimento, in quanto determinato non già dalla istanza di un creditore, ma conseguente al mancato accoglimento della proposta di Concordato in continuità e sia per la dichiarazione del fallimento stesso, avvenuta nella stessa udienza fissata per la decisione sull'accoglimento del Concordato e non già per l'esame di una istanza di fallimento, come evidenziato nel reclamo ex art. 18 e 162 l. fall. presentato dalla “S.r.l. fallita”¹⁴². Non sfugge inoltre l'esistenza già in queste fasi "di un sospetto" di coinvolgimenti più ampio e di più soggetti nel fallimento.

2. Istanza successiva al Tribunale di Roma, da parte del curatore in estensione del fallimento ex art 147 LF “*sussistenza società in nome collettivo irregolare tra la S.r.l. fallita, un'altra S.r.l. e tre persone fisiche socie*”

Il curatore fallimentare in seguito all'incarico ricevuto e alla documentazione contabile ed extra contabile acquisita, propone al Tribunale di Roma Sezione Fallimentare l'estensione del fallimento della “S.r.l. fallita”, “*alla stessa società in nome collettivo irregolare*”, all’“altra S.r.l.”, all’“Amministratore Unico” (di entrambe le società), alla “figlia dipendente” e alla “figlia” (socie della “altra S.r.l.” di famiglia insieme al padre). Come si è specificato nei precedenti capitoli il curatore ha la possibilità di chiedere l'estensione del fallimento a norma dell'art. 147 l.fall. anche dopo che è stato dichiarato il fallimento dell'imprenditore e in questo caso il curatore ha ritenuto di avere elementi comprovanti l'esistenza di una società di fatto occulta insolvente.

La curatela quindi chiede che “*venga accertata la sussistenza di società in nome collettivo irregolare occulta, cui riferire soggettivamente l'attività commerciale*”

¹⁴² Reclamo ex art.18 e 162 LF, avverso Sentenza di Fallimento 377/2014 (Tribunale di Roma Sezione Fallimentare) e contestuale istanza di sospensione ex art. 19 LF

apparentemente svolta” dalla “S.r.l. fallita”, “*fra tale ultima società*”, l’“altra S.r.l.”, l’“Amministratore Unico”, la “figlia dipendente” e la “figlia”.

3. Rigetto del Tribunale di Roma alle domande della Curatela in merito alla estensione del fallimento ex art. 147 LF

Il Tribunale di Roma Sezione Fallimentare nell’esaminare l’istanza del curatore si sofferma in modo approfondito al capitolo 3) sulla “*disciplina legale relativa alle società di persone, con particolare riferimento alle società di persone irregolari. La partecipazione di società di capitali a società di persone. Le conseguenze quanto all’applicazione della disciplina del fallimento delle società di persone*”¹⁴³.

Come pure evidenziato anche nei precedenti paragrafi di questo scritto, il Tribunale di Roma, rifacendosi al dettato normativo e alla consolidata giurisprudenza, non pone alcun dubbio sulla possibilità che venga dichiarato il fallimento della società in nome collettivo irregolare, palese o anche occulta costituita sia da persone fisiche, sia da società di capitali, come pure l’estensione del fallimento art. 147 primo comma l. fall., ai relativi soci, personalmente ed illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali assunte art. 2291 c.c..

Il Tribunale di Roma fa proprio, quanto contenuto nella pronuncia della Cassazione 20 maggio 2016 n. 10507, circa l’interpretazione estensiva dell’art. 147 quinto comma l. fall. e quindi non discute la possibilità di estendere il fallimento alla società di persone irregolare “*nella quale l’attività di impresa riferibile a tale società, sia stata apparentemente svolta da una società, anche di capitali, il cui fallimento sia stato in precedenza pronunciato*”.

Il Giudice di merito, arriva quindi alla conclusione, che per il caso oggetto del suo esame, non vi sono ostacoli a che la “S.r.l. fallita”, possa aver partecipato ad una società di persone irregolare, anche occulta, insieme ad altri soggetti sia persone fisiche, che persone giuridiche con l’intento di svolgere un’attività commerciale e che verificata l’insolvenza di tale società irregolare, su istanza dei soggetti legittimati, possa essere dichiarato il Fallimento; conseguenza dello stesso sarà l’estensione del fallimento ai soci (persone fisiche o giuridiche).

¹⁴³ Sentenza Tribunale di Roma Sezione Fallimentare, n.658/2016, 8.9.2016

Sempre il Tribunale di Roma ritiene legittima la richiesta da parte del curatore della “S.r.l. fallita”, l’estensione del fallimento alla società irregolare anche occulta partecipata da società di capitali e la possibilità che quest’ultima possa essere dichiarata fallita in quanto socia, insieme ai soci persone fisiche.

Precisato quanto sopra il giudice di merito, sottolinea la necessità, come anche richiamato nelle motivazioni della sentenza del 2016 del giudice di legittimità, di subordinare la decisione della estensione ex art. 147 quinto comma l. fall. ad un “rigoroso” esame delle motivazioni, che fanno ritenere certamente esistente il rapporto sociale irregolare tra la “S.r.l. fallita”, “altra S.r.l.”, “Amministratore Unico”, “figlia dipendente” e “figlia”, alla luce delle gravi conseguenze che ne derivano: estensione del fallimento ai soci persone fisiche e giuridiche.

Entrando nel merito, il Tribunale di Roma si sofferma proprio ad esaminare gli “indizi” e la “rigorosa” dimostrazione della prova degli stessi, da parte del curatore, che fanno ritenere esistente un vincolo sociale tra i presunti soci della società irregolare. In questa fase, il Tribunale esclude immediatamente un presunto socio individuato nella “figlia”, poiché rileva testualmente: *“non un rigo del ricorso introduttivo è dedicato ad illustrare la sussistenza di vincolo sociale (quali conferimenti? Quali attività?)”*.

Questa esclusione è significativa poiché alla “figlia” il curatore collega un fatto (svincolo di una polizza a favore della S.r.l. fallita), ma questo fatto viene considerato insufficiente a provare il vincolo sociale.

Procedendo con l’esame del possibile vincolo sociale dell’altro presunto socio, “figlia dipendente”, il giudice di merito arriva alle stesse conclusioni del precedente, evidenziando che quanto esposto nell’istanza proposta dal curatore, al più, si possa configurare un concorso nei presunti reati fallimentari commessi dall’”Amministratore Unico” risultando la “figlia dipendente” coinvolta nella gestione amministrativa. Tali elementi vengono ritenuti dal giudice di merito assolutamente insufficienti per considerare esistente il vincolo sociale alla “figlia dipendente” seppure le prove fornite dal curatore fossero certamente maggiori rispetto a quelle fornite per la “figlia”.

Da ultimo il Tribunale di Roma esamina sia la posizione dell’”Amministratore Unico” che dell’”altra S.r.l.” definita “di famiglia” e proprietaria dello stabilimento locato alla “S.r.l. fallita”.

Anche per questi due presunti soci occulti, della società irregolare occulta, il giudice di merito evidenzia che non vi sono elementi, che fanno ritenere esistente un vincolo sociale e che tutte le motivazioni addotte dal curatore sono di natura essenzialmente indiziaria ma che mancano, come richiesto dall'articolo 2729 c.c. di quel grado di gravità, precisione e concordanza *“per ritenere sussistente prova per presunzioni dell'esistenza di conferimento di beni e servizi, con costituzione di un fondo comune sottratto alla disponibilità dei singoli partecipi, da parte dei soggetti sopra indicati e della sussistenza dell'intenzione, comune agli stessi soggetti, di vincolarsi e di collaborare per conseguire i risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo dell'attività di produzione e commercio di prodotti (...)”*.

4. Istanza della Curatela alla Corte di Appello di Roma per l'annullamento di detto provvedimento di rigetto; *“Accertamento della sussistenza di una società di fatto tra detti soggetti e la “S.r.l. fallita”*

In data 7 ottobre 2016 la curatela ha proposto alla Corte di Appello di Roma il reclamo ex artt.22 e 147 l. fall.

Nel ricorso, il curatore si sofferma puntualmente sugli elementi che a suo giudizio, costituiscono prova dell'esistenza del vincolo sociale, tra i presunti soci della società di persona irregolare occulta della quale chiede il fallimento e l'estensione dello stesso ai soci occulti.

Nel capitolo uno viene evidenziato come tra la “S.r.l. fallita” e l’”altra S.r.l.” esistesse un vincolo produttivo con utilizzo in comune di fattori produttivi che le due società avevano messo “in comune” allo scopo di svolgere una attività commerciale. Vengono citati: l'utilizzo del personale della “S.r.l. fallita” per il completamento dello stabilimento dell’”altra S.r.l.”; l'utilizzo di un fattore produttivo indispensabile nel ciclo produttivo della “S.r.l. fallita”, “l'acqua” (un solo contatore intestato all’”altra S.r.l.”), di contro una sola utenza dell'energia elettrica intestata alla “S.r.l. fallita”; utilizzo di macchinari tecnicamente collegati, di proprietà in parte della “S.r.l. fallita” e in parte dell’”altra S.r.l.”, ed incapaci di funzionare singolarmente poiché parti singole di un unico macchinario.

Oltre alle due società il curatore evidenzia l'apporto di fattori produttivi da parte dell’”Amministratore Unico”, nella società di fatto occulta, poiché lo stesso risulta

proprietario di alcuni beni strumentali utilizzati nel ciclo produttivo della “S.r.l. fallita” oltre al fatto che lo stesso “Amministratore Unico” ha rivendicare la proprietà del marchio utilizzato per i prodotti realizzati e venduti dalla “S.r.l. fallita”.

Oltre agli elementi probatori di cui sopra, la curatela evidenzia l’interscambio di garanzie fideiussorie tra la “S.r.l. fallita” e l’”altra S.r.l.” e l’”Amministratore Unico”.

La curatela in questo capitolo cerca di dimostrare “*l’esistenza di un’attività produttiva terza*” (società di persone irregolare occulta) costituita tra la “S.r.l. fallita”, l’”altra S.r.l.” e l’”Amministratore Unico”.

Passando all’analisi della posizione delle altre due persone fisiche, “figlia dipendente” e “figlia” eccepisce al giudice di prime cure, l’esistenza della prova del vincolo sociale proprio per l’esistenza “del conferimento” e di “attività compiute”, evidenziando l’apporto di danaro attraverso lo svincolo di polizze personali a favore della società irregolare occulta e per la “figlia dipendente”, la collaborazione a tale società, attraverso la cura della documentazione (fatture verso terzi non consegnate alla curatela e trovate nel suo ufficio dalla GF nel corso di un accesso).

Quindi la curatela, traccia nel ricorso, un quadro molto puntuale degli elementi comprovanti (apporto di beni e intento comune dei soci di svolgere una attività di impresa) il rapporto sociale esistente tra la “S.r.l. fallita”, l’”altra S.r.l.” e le tre persone fisiche, finalizzato alla gestione di una impresa per il tramite di una società di fatto, irregolare occulta.

5. Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017

La Corte di Appello di Roma, Prima Sezione Civile, Volontaria giurisdizione si è pronunciata con sentenza n. 10562/2017 del 04.12.2017 sul ricorso reclamo presentato dalla curatela.

Nei motivi della decisione è scritto “*il reclamo ex art. 22 l. fall. è fondato e deve essere accolto nei confronti*” della “altra S.r.l.”, dell’”Amministratore Unico” e della “figlia dipendente” - *con conseguente accertamento della esistenza di una società di fatto tra detti soggetti e la società già dichiarata fallita dal Tribunale di Roma con sentenza del 10.04.2015 e, quindi, con rimessione degli atti ai primi giudici per provvedere, in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi ex artt. 5 e 15 l. fall., alla*

correlata estensione del fallimento nei loro confronti – mentre deve essere respinto nei confronti della “figlia”, per una sostanziale insufficienza di prova indiziaria circa la partecipazione di quest’ultima alla menzionata società di fatto la cui esistenza è stata accertata nel presente giudizio della Corte.

La Corte d’Appello nel ripercorrere i motivi della decisione del Tribunale di Roma, evidenzia come il rigetto sia stato determinato per la mancata prova “*da parte della curatela ricorrente, l’esistenza di una società irregolare occulta tra una Srl, dichiarata fallita, un’altra Srl ed i tre soci di quest’ultima- (...) in funzione del concreto esercizio dell’attività d’impresa costituente esecuzione dell’oggetto sociale della società di capitali fallita*”.

La Corte d’Appello evidenzia, come alla base della decisione dei giudici di merito vi fosse, la giusta, convinzione della necessità di una prova rigorosa “*sia del conferimento di beni e servizi per la costituzione di un fondo comune, sottratto alla disponibilità dei singoli compartecipi (...). E sia l’intenzione, comune a detti soggetti, di vincolarsi e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell’esercizio dell’attività di produzione e commercio dei prodotti dolciari*”.

La Corte però, smentisce le conclusioni a cui è arrivato il giudice di merito, poiché ripercorrendo l’analisi delle argomentazioni, addotte dalla curatela, di cui si è già trattato sopra, arriva ad affermare che “*le argomentazioni della curatela – sia sul piano logico che su quello economico – sono persuasive*” e quindi atte a supportare una decisione basata sul rigore della prova.

Nel dettaglio vengono considerate assolutamente rilevanti dalla Corte, le argomentazioni di cui sopra, ai fini della prova dell’esistenza della società di fatto occulta insolvente, tra la “S.r.l. fallita” e l’“altra S.r.l.”, e quindi esistenti i conferimenti di beni e servizi per la costituzione di un fondo comune.

Si ritiene opportuno riportare tali elementi poiché hanno un carattere sostanziale e, a giudizio di chi scrive, costituiscono gli elementi probatori alla base della estensione del fallimento ex art. 147 comma 5:

- 1) La dotazione della “S.r.l. fallita” di materie prime, di macchinari (obsoleti) e di mano d’opera (105 operai) ma non di una importante materia prima come l’acqua e la non disponibilità di spazi se non in misura limitata (appena 300 mq);
- 2) La dotazione dell’“altra S.r.l.” di numerosi macchinari ad alta tecnologia e di ampi spazi produttivi (circa 9.100 mq) e di una indispensabile materia prima come

l'acqua; la non disponibilità da parte della "altra S.r.l." dell'energia elettrica e delle maestranze.

- 3) La dotazione comune delle due società di un forno assemblato con componenti di proprietà di entrambe le società;
- 4) Ordinativi dell'"altra S.r.l." firmati per accettazione dalla "S.r.l. fallita" e viceversa;
- 5) Scambio tra le due società di garanzie fideiussorie;
- 6) Dimostrato sostegno finanziario dato dall'"Amministratore Unico" alle due società attraverso considerevoli prelievi dalla "S.r.l. fallita" a sostegno dell'"altra S.r.l.";

Questi elementi fanno concludere alla Corte *"nel senso che l'attività industriale delle due aziende era strettamente integrata, interdipendente e complementare. In altre parole l'una società non poteva fare a meno dell'altra per la realizzazione del ciclo produttivo."*

La Corte riconosce anche la prova relativa al coinvolgimento nella società di fatto irregolare occulta, della persona fisica dell'"Amministratore Unico", individuato come *"il vero dominus della società occulta"* e ciò a causa del conferimento nel fondo della stessa di numerosi macchinari di sua proprietà nonché del Marchio.

La Corte quindi a differenza del Tribunale di prime cure e ritiene *"comportamenti incontrovertibilmente rilevatori dell'esistenza di una società"* fra la "S.r.l. fallita", l'"altra S.r.l." e la persona fisica "Amministratore Unico".

Conclusivamente la Corte considera provata, anche la partecipazione alla società di fatto irregolare occulta della "figlia dipendente" viste le funzioni amministrative della "figlia dipendente", dedicate alla custodia dei documenti della "S.r.l. fallita", dell'"altra S.r.l." e dell'"Amministratore Unico" (a riprova il ritrovamento di documenti da parte della GF), ma anche la elaborazione di documenti volti ad occultare la società di fatto.

La Corte, in parziale riforma del decreto impugnato dichiara l'esistenza della società di fatto tra la "S.r.l. fallita", l'"altra S.r.l.", la persona fisica dell'"Amministratore unico" e la di lui "figlia dipendente", escludendo invece la "figlia" per mancanza di prove a supporto della sua partecipazione alla costituzione del fondo comune per l'esercizio dell'impresa. La Corte rimette gli atti al Tribunale di Roma per l'estensione della declaratoria del fallimento ai tre soggetti individuati come soci della società di fatto occulta insolvente.

5.1 Conclusioni derivanti dalla Sentenza Corte di Appello di Roma N. 10562/2017

Da quanto sopra esposto emerge che con la decisione della Corte di Appello di Roma si aggiunge un ulteriore tassello alla giurisprudenza di legittimità che con le pronunce 1095, 10507 e 12120 del 2016 (cassazione) aveva già delineato chiaramente la possibilità della estensione del fallimento ex art. 147 della società fallita ad altre società costituenti una società di fatto occulta insolvente.

L'elemento di novità, come si è detto nella introduzione, è senza dubbio l'affermazione del principio secondo il quale non basta un solo fatto o comportamento per individuare la qualità di socio della società di fatto, quanto piuttosto si rende necessario dimostrare l'esistenza, di una serie complessa di azioni e fatti che abbiano come finalità la realizzazione di un progetto condiviso (l'esercizio in comune di una impresa commerciale). Colpisce quindi il richiamo alla necessità di avere un quadro indiziario ricco di elementi probatori, che consentano di individuare senza alcun dubbio, l'esistenza del progetto imprenditoriale condiviso, dal quale discende la qualità di socio anche se di società irregolare occulta o apparente, prescindendo dalla natura giuridica del socio stesso.

6. La Sentenza del Tribunale di Roma n. 76/18

Il Tribunale di Roma ha emesso la sentenza dichiarativa del fallimento della società di fatto costituita dalla "S.r.l. fallita", un'"altra S.r.l." e due persone fisiche, "Amministratore Unico" e "figlia dipendente", e in proprio dei soci di detta società di fatto.

E' molto interessante notare l'attenzione che viene posta dal Tribunale di merito, nel rilevare l'esistenza dei presupposti, soggettivi e oggettivi, per l'accertamento dell'esistenza di una società di fatto tra i soggetti (di cui sopra) e per l'estensione del fallimento (della "S.r.l. fallita") a detta società di fatto ed ai suoi soci.

Interessante l'affermazione *"è quasi superfluo rilevare che una volta ammesse la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone anche irregolare o di fatto, alla luce di quanto previsto dagli articoli 2361 c.c. e 111 dueodecies disp. Att. C.c. e la fallibilità ai sensi dell'art. 147 comma 1 l. fall. della società di fatto partecipata da una società di capitali, non vi è alcuna ragione che nell'ipotesi disciplinata dal comma 5 dello stesso art. 147 – in cui l'esistenza della società di*

fatto emerga successivamente al fallimento di uno dei suoi – possa giustificare un differente trattamento normativo, ammettendo o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già dichiarato fallito sia un imprenditore individuale o una società di capitali”¹⁴⁴

Ciò viene riportato in questo scritto a completamento di quanto detto nella parte finale del precedente paragrafo.

¹⁴⁴ Cass. Sez.1 n. 10507 del 20.05.2016, Rv 639798

Bibliografia

BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*, p. 214

BUONOCORE V. E BASSI A., *Trattato di diritto fallimentare*, 2010

CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, 2016

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, 1988

GALGANO F., *Il fallimento delle società*, Padova, 1988, p. 8

MARASÀ G., *Il presupposto soggettivo del fallimento*, p. 1120

NIGRO A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, 1974, p. 120

PAJARDI P. – PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 1986, p. 755

PELLEGRINO G., *Fallimento delle società*, p. 220

SPERA P., *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*. Milano, 2008

PAJARDI P., *Codice del Fallimento*. Milano, 1994