

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. DIDONE Antonio - Presidente

Dott. CRISTIANO Magda - rei. Consigliere Dott. SCALDAFERRI Andrea -

Consigliere Dott. FERRO Massimo - Consigliere

Dott. NAZZICONE Loredana – Consigliere
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 22518-2014 proposto da:

(OMISSIS) S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, e
(OMISSIS), elettivamente domiciliati in (OMISSIS), presso l'avvocato
(OMISSIS), rappresentati e difesi dall'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce
al ricorso;

-ricorrenti- contro

FALLIMENTO (OMISSIS) S.R.L.;

-intimato -

avverso la sentenza n. 28/2014 della CORTE D'APPELLO di CALTANISSETTA,
depositata il 26/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/01/2016 dal
Consigliere Dott. MAGDA CRISTIANO;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato (OMISSIS) che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SOLDI ANNA MARIA che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Caltanissetta ha respinto il reclamo proposto da MES s.r.l. e da Rocco Messina avverso la sentenza del Tribunale di Gela che ha dichiarato il fallimento della società di fatto da loro costituita con la già fallita Messina s.r.l. e li ha conseguentemente dichiarati falliti, ai sensi dell'art. 147 l. fall., quali soci illimitatamente responsabili di detta società.

La corte territoriale ha ritenuto, quanto alla MES, che fosse irrilevante l'assenza di una deliberazione assembleare autorizzativa della partecipazione della s.r.l. alla società di fatto, atteso che l'art. 2631 c.c., così come l'art. 2479 c.c., sono norme dirette a tutelare i soci, e non i terzi, la cui violazione può giustificare sul piano interno l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, ma che non escludono che nei rapporti esterni la società di fatto, che nasce, agisce e diventa titolare di diritti ed obblighi per effetto della condotta univocamente tenuta dai soci e dai soggetti cui è stata delegata la gestione, sia esistente. Ha inoltre escluso che l'art. 147 co. 5° l. fall. limiti il fallimento in estensione della società di fatto all'ipotesi in cui il socio già fallito sia un imprenditore individuale.

Nel merito ha ritenuto pienamente provata l'esistenza della s.d.f. fra i reclamanti e Messina s.r.l. nonché il suo stato di insolvenza.

La sentenza è stata impugnata da MES s.r.l. e da Rocco Messina con ricorso per cassazione affidato a quattro motivi e illustrato da memoria.

Il Fallimento intimato non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con il primo motivo i ricorrenti contestano che possa configurarsi la partecipazione di fatto di una società di capitali ad una società di persone.

Osservano al riguardo che l'art. 2361, 2° comma c.c. - nel prevedere che l'assunzione da parte della s.p.a. della partecipazione in altre imprese, comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, deve essere deliberata dall'assemblea e che di tale partecipazione gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa al bilancio - costituisce norma inderogabile, posta a tutela dei soci e dei creditori della s.p.a., che altrimenti vedrebbero la società assumere, a loro insaputa, lo *status* di soggetto fallibile per obbligazioni altrui, pur in assenza di insolvenza, come avviene per il caso di fallimento in estensione. Identica conclusione varrebbe, poi, anche per le s.r.l. (che, ai sensi dell'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. sono annoverate fra le persone giuridiche che possono partecipare a società di persone), stante il disposto dell'art. 2479, 2° comma n. 5 c.c., che riserva alla competenza dei soci la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale od una rilevante modificazione dei loro diritti.

2) Col secondo motivo i ricorrenti lamentano violazione dell'art. 147, 5° comma, l. fall., che consente l'estensione del fallimento alla società di fatto solo quando il socio già fallito sia un imprenditore individuale e non anche quando sia una società di capitali e che costituirebbe noma non suscettibile di interpretazione estensiva od analogica.

3) I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, devono essere respinti.

3.1) Questa Corte, con la recente sentenza n. 1095/016, ha già affrontato, risolvendola in senso positivo, la questione dell'ammissibilità di una società di fatto (occulta o comunque irregolare, ai sensi dell'art. 2297 c.c.) fra società di capitali, allorché la partecipazione sia assunta dall'amministratore in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361, 2° comma, c.c.

La pronuncia si fonda sostanzialmente sul rilievo che colui che entra in contatto con l'ente- società deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza: agli amministratori è infatti conferito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri non sono opponibili ai terzi, ai

sensi dell'art. 2384 c.c., anche se pubblicate, salvo che si provi che questi ultimi abbiano agito scientemente in danno della società. Ciò vale anche nell'ipotesi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere gestorio : l'eventuale rilevanza esterna di tale dissociazione si porrebbe infatti in contrasto con le finalità perseguite dal legislatore della riforma del diritto societario - di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito favorendo la tutela del mercato, la stabilità dell'agire sociale e la certezza dei traffici - in quanto minerebbe alla base ogni possibilità di garantire ai terzi la necessaria sicurezza in ordine alla validità degli atti compiuti dall'organo che ha formalmente la rappresentanza della società (Cass.18754/07).

Il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori mediante il compimento di atti eccedenti i poteri loro conferiti è stato perciò interamente trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa farà fronte in ogni caso agli atti posti in essere, in suo nome e per suo conto, dall'organo gestorio.

Non può in conseguenza ammettersi che la società di capitali, la quale abbia svolto attività di impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle eventuali conseguenze negative derivanti dal suo agire (ivi compreso il fallimento per ripercussione nel caso in cui sia accertata l'insolvenza della società di fatto) proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori.

In definitiva, secondo Cass. n. 1095/016, la partecipazione acquisita dall'amministratore senza osservanza dei requisiti legali prescritti è pienamente valida: l'inadempimento dell'organo gestorio avrebbe rilevanza meramente interna, giustificando l'adozione dei rimedi rispetto ad esso predisposti (azione sociale di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), ma non varrebbe a determinare la nullità dell'acquisto compiuto o l'inefficacia dell'attività imprenditoriale di fatto svolta.

3.2) In questa sede non appare necessario richiamare ulteriormente l'amplissima motivazione che sorregge la decisione.

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

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

La società di fatto nulla continua dunque ad esistere sino alla definizione dei rapporti giuridici pendenti, con la conseguenza che rimangono fermi i diritti acquisiti nei suoi confronti dai terzi creditori di buona fede e, soprattutto, che rimane ferma la sua soggezione al fallimento in caso che ne venga accertata l'insolvenza.

3.3) Può aggiungersi, infine, con esclusivo riferimento alle s.r.l., che l'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. - che detta prescrizioni in tema di bilancio delle società in nome collettivo e in accomandita per azioni i cui soci illimitatamente responsabili siano unicamente società di capitali - si limita ad annoverare le s.r.l. fra le società che possono assumere partecipazioni in società di persone.

Il riferimento contenuto nella norma all'art. 2361, 2° comma, c.c. vale ad individuare la fattispecie (partecipazione in impresa comportante l'assunzione della responsabilità illimitata) da cui deriva l'obbligo di redazione del bilancio secondo la disciplina richiamata, ma non estende le prescrizioni formali di cui all'art. 2361 cit. alle s.r.l.

Va escluso, poi, che la partecipazione della s.r.l. ad una società di persone rientri nelle operazioni comportanti "*una rilevante modificazione dei diritti dei soci*" che, ai sensi dell'art. 2479, 2° comma n. 5 c.c., sono riservate alla competenza dell'assemblea: la

modifica derivante dall'acquisto della partecipazione consiste infatti nell'assunzione da parte della s.r.l. della responsabilità illimitata per le obbligazioni della partecipata, mentre non muta la posizione dei soci, che continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento.

L'operazione di acquisto potrebbe piuttosto rientrare fra quelle, sempre riservate alla competenza dell'assemblea dei soci, che comportano "*una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo*", ma in questo caso occorrerebbe accertare che la partecipazione in una società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare in concreto l'oggetto.

Al di là di tale ipotesi, nella specie non dedotta dai ricorrenti, l'acquisto resta dunque un atto gestorio riservato agli amministratori, efficace sino al limite dell'agire intenzionale dannoso dei terzi, di cui all'art. 2475-ter c.c.

Va, in conclusione, ribadito che, accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società di capitali, il fallimento di queste ultime costituisce una conseguenza "*ex lege*" prevista dall'art. 147, comma 1, l.fall., senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza (Cass. n. 1095/016 cit.).

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

3.4) La censura offre anche lo spunto per alcune precisazioni, che si rendono necessarie onde evitare il rischio che l'art. 147, 5° comma l. fall. venga utilizzato impropriamente per aggirare le disposizioni dettate dagli artt. 2476, 7° comma, e 2497 c.c. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti.

Come è stato correttamente rilevato in dottrina, la norma non si presta, infatti, all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto).

La prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci.

Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una *holding* di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore.

3.5) Ciò precisato, il collegio condivide l'orientamento, maggioritario in dottrina, secondo cui un'interpretazione dell'art. 147, 5° comma l. fall. che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.: invero, una volta ammessa la configurabilità di una società di

fatto partecipata da società di capitali e la conseguente sua fallibilità ai sensi del 1° comma dell'art. 147 l. fall., non v'è alcuna ragione che, nell'ipotesi disciplinata dal ridetto 5° comma - in cui l'esistenza della società emerga in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci - possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo.

Non può infatti concepirsi diversità di trattamento fra due fattispecie che presentano identità di *ratio*.

Va escluso, d'altro canto, che il carattere eccezionale della disposizione (che, secondo quanto si legge nella relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. di riforma della legge fallimentare, ha recepito l'orientamento giurisprudenziale in tema di fallibilità della c.d. società occulta) ne impedisca un'applicazione più ampia di quella consentita dalla sua formulazione letterale: è stato infatti correttamente rilevato che il divieto di applicazione analogica delle leggi eccezionali, sancito dall'art. 14 disp. prel. c.c., non comporta anche il divieto di una loro interpretazione estensiva, volta ad individuare tutte le ipotesi in esse disciplinate e che ne sono fuori solo in apparenza, perché non esplicitamente menzionate.

Va allora considerato che, anteriormente all'entrata in vigore, nel 2003, del d. lgs. di riforma del diritto societario, la giurisprudenza negava la possibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone (per tutte: Cass. n. 5636/88) e che il dibattito intorno alla configurabilità di una società di fatto o occulta fra società di capitali, ed alla conseguente fallibilità di queste ultime quali soci illimitatamente responsabili, si è sviluppato solo dopo la riforma della legge fallimentare: appare dunque evidente che il legislatore della riforma ha codificato l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva il fallimento delle società occulte tenendo conto che esso si era formato sul presupposto (dato per scontato) che le società in questione potessero essere costituite solo fra persone fisiche.

Tali considerazioni appaiono sufficienti ad attribuire al riferimento all'imprenditore individuale contenuto nell'art. 147, 5° comma l. fall. valenza meramente indicativa dello "stato dell'arte" dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione.

Ciò che, del resto, trova indiretta conferma nell'ordinanza n. 15/016 della Corte Costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la q.l.c. dell'art. 147, 5° comma cit., ha fra l'altro evidenziato come i giudici rimettenti abbiano omesso di verificare previamente la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata della disposizione censurata.

4) Con il terzo motivo i ricorrenti, lamentando violazione dell'art. 2697 c.c., sostengono che le circostanze di fatto sulle quali la corte del merito ha fondato il proprio convincimento risulterebbero indicative non già dell'*affectio societatis*, ma dell'*affectio familiaris* di Rocco Messina nei confronti della madre e della moglie (amministratrici uniche, rispettivamente, di Messina s.r.l. e di MES s.r.l.), che l'avrebbero indotto a svolgere attività esecutive per conto delle due società, compatibilmente con i suoi impegni di lavoro.

Il motivo, che sembra contestare il solo accertamento concernente la qualità del Messina di socio della s.d.f., è inammissibile, in quanto si limita ad affermare l'errata valutazione da parte della corte del merito del complesso degli elementi probatori acquisiti, senza però specificare quali di essi siano stati in concreto travisati, né indicare le ragioni che avrebbero dovuto condurre ad una loro diversa interpretazione.

5) Parimenti inammissibile, infine, è l'ultimo motivo del ricorso, con il quale si contesta che il curatore abbia fornito la prova dell'insolvenza della MES e di Rocco Messina.

Come già rilevato dalla corte territoriale i ricorrenti sono infatti privi di interesse al predetto accertamento, atteso che il loro fallimento è stato dichiarato per ripercussione del fallimento della società di fatto da essi costituita con Messina s.r.l., di cui sono soci

illimitatamente responsabili e della quale non pongono in dubbio l'insolvenza.

Il ricorso va, in conclusione, interamente rigettato.

Non v'è luogo alla liquidazione delle spese in favore del fallimento intimato, che non ha svolto attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.P.R. n. 115/2002, introdotto dall'art. 1, 17° comma, della l. n. 228 del 24.12.2012, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Roma, 26 gennaio 2016.

Il cons. est.

Il Presidente