

CORTE DI APPELLO DI MILANO, 25 maggio 2004 - Trombetti
Presidente - Vanoni *Consigliere* - La Manna *Consigliere rel. Est.* - ND
Importers Exportes S.r.l. (Avv. Calmieri, Citterio e Flematti) c. Tonino
Mortoni (Avv. Resti).

Riforma Tribunale di Milano , 9 novembre 2002.

**Società - Società di persone - Partecipazione di società di capitali a
società di persone -Inammissibilità - Sopravvenienza della riforma
delle società di capitali - Irrilevanza.**

(Codice civile, artt. 1420, 2247, 2361, 111-*duodecies* disp. att.).

*La partecipazione di una società di capitali ad una società di persone, regolare o
irregolare, con riferimento al periodo anteriore all'entrata in vigore della c.d.
riforma del diritto societario, doveva e deve considerarsi affetta da nullità per
violazione di norme imperative, comportando la violazione di norme inderogabili
concernenti l'amministrazione ed i bilanci della società di capitali.*

La partecipazione di società di capitali in società di persone.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il fatto. - 3. Cenni sullo stato del dibattito dottrinale fino
agli anni Ottanta. - 4. Gli argomenti delle Sezioni Unite della Suprema Corte di
Cassazione avverso l'ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società
di persone e le critiche della dottrina. - 5. Fine dell'eterna *querelle*: la partecipazione di
società di capitali in società di persone alla luce della riforma delle società di capitali del
2003.

1. Nella sentenza in epigrafe la Corte di Appello di Milano torna
ad affrontare la *vexata quaestio* della legittimità della partecipazione di
una società di capitali ad una società di persone¹. Nel caso di specie si

¹ Fattispecie oggi espressamente prevista dal, nuovo art. 2361 comma secondo c.c.,
introdotto dalla riforma del diritto societario, operata con d.lgs. n. 6 del 2003, che
prevede (innovando rispetto al sistema precedente che taceva sul punto), che una
società di capitali possa assumere «partecipazioni in altre imprese comportante una
responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime». Per i primi commenti a
tale norma, si vedano: COTTINO-SARALE-WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in
Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2004, 84;
ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti, Vella,
Bologna, Il Mulino, 2003, 93; WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in
Società, 2003, n. 2-bis, 270; DONATIVI, *Commento sub art. 2361 cod. civ.*, in *La riforma delle
società: Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6* a cura di Sandulli e Santoro,
Giappichelli, Torino, 2003, 218; CAVANNA, *Commento sub art. 2361 cod. civ.*, in *Il nuovo
diritto societario: Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, 6*, diretto da Cottino, Bonfante,
Cagnasso, Montalenti, Zanichelli, Bologna-Roma, 447; MIRONE, *Commento sub art. 2361*

tratta ancora una volta della possibilità di configurare una società di fatto (s.n.c. irregolare) la cui compagine societaria includa una società su base capitalistica (società a responsabilità limitata)².

La Corte, dopo aver rilevato l'inapplicabilità al caso concreto della nuova disciplina introdotta dalla riforma societaria del 2003 (che ammette oggi espressamente che una società di capitali possa divenire socia di una società di persone), in quanto anteriore alla riforma stessa, ribadisce l'orientamento tradizionale della nostra giurisprudenza di legittimità, contraria a tali partecipazioni.

cod. civ., in *Società di capitali: Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, 412; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 38; FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in questa *Rivista*, 2003, 735; TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, IX, 1076.. Per una ricostruzione dello stato del dibattito in dottrina e in giurisprudenza, prima della riforma si vedano, *multis*: COLOMBO, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, 1513; COSTI-DI CHIO, *Società in generale – società di persone – Associazione in partecipazione*, nella *Giur. Sist. Civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1991, 140; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, quarta ed., Utet, Torino, 2000, 65; GIULIANI, *Partecipazione di società di capitali a società personali: ricostruzione critica della tesi di nullità e delle sue possibili conseguenze*, in questa *Rivista*, 1993, 728; PREITE, *Mezzi di tutela per i soci di società di capitali accomandante, alternativi alla dichiarazione di nullità della s.a.s.*, in questa *Rivista*, 1989, I, 1, 1367; MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in questa *Rivista*, 1989, I, 640; AMATUCCI, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, Jovene, Napoli, 1996; SCOTTI CAMOZZI, *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, *Cont. impr.*, 1989, I, 97; OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. Civ.*, 1976, I, 1; GHIDINI, *Società personali*, Cedam, Padova, 1972, 92; BARBIERA, *Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone: una nuova motivazione dell'ammissibilità nel confronto con le ridimensionate obiezioni della giurisprudenza di legittimità*, Nota a Cass., Sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, in questa *Rivista*, 1989, II, 708; GUIDA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone contrasta con una disciplina giuridica imperativa?*, in *Dir. giur.*, 1997, 563. Per un'ampia rassegna delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, v. anche COSSU, *La partecipazione tra società di capitali e altri organismi di diritto privato*, in *Studium iuris*, 2001, 1524. Per una analisi comparatistica con il sistema tedesco si vedano: GENGHINI, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la "GmbH" & Co. KG*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 409; TESSERA CHIESA, *La partecipazione delle società di capitali alle società di persone e la nullità del contratto sociale in Italia e in Germania*, in *Giur. it.*, 1998, 1086. Nella dottrina più risalente si veda il celebre saggio di SRAFFA e BONFANTE, *Società in nome collettivo fra società anonime?*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 609; nonché ASCARELLI, *Confusione del patrimonio della società e del socio; società con una società anonima, e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931, I, 927. In Italia sollevò per la prima volta la questione «se possa concepirsi una società in nome collettivo costituita da due o più società anonime», VIVANTE in *Trattato di diritto commerciale*, 1 ed., vol. I, 1893, 330.

² Cfr. BUONOCORE-CASTELLANO-COSTI, *Società di persone*, I, Milano, 1978, 219, ove si segnala che l'80% delle decisioni giurisprudenziali in materia concernono società di fatto (e sono relative al coinvolgimento nel procedimento concorsuale, di ulteriori soggetti).

Il tema in questione è stato, per decenni, oggetto di un serrato dibattito fra dottrina e giurisprudenza³. Infatti benché la soluzione permissiva fosse stata ampiamente prevalente in dottrina, sia pur, giova ricordarlo, non senza voci contrarie o limitazioni⁴, la giurisprudenza, specie quella di legittimità, aveva da sempre accolto la soluzione negativa⁵, recepita anche da Cass. S.U. 17 ottobre 1988, n. 5636⁶, che costituisce il *leading case* in materia. Senza preoccuparsi delle critiche che tale decisione aveva ricevuto⁷, la Suprema Corte aveva successivamente riaffermato la tesi senza attribuire apparentemente alcun rilievo a tali critiche⁸.

³ Cfr. COLOMBO, (nt. 1), 1513, il quale osserva come il tema in esame abbia costituito uno di quei problemi giuridici del diritto commerciale sui quali nel tempo si è creata «una sorta di incomunicabilità fra dottrina e giurisprudenza».

⁴ Fra gli autori che ritenevano ammissibile la partecipazione di società di capitali in società di persone si vedano, *multis*: BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, 197; ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e di società tra società*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1952, I, 385; COLOMBO, (nt. 1, 1515); SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1, 118); DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, quinta ed., 1996, 61; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, 232; FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, 130; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 82; SATTI S., *Società di persone tra società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 1; STOLFI, *Appunti sulla partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Dir. fall.*, 1970, I, 296; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Morano, Napoli, 1962; BARBIERA, (nt. 1), 708. Si pronunciavano in senso contrario: AZZOLINA, *Sull'ammissibilità di una società di fatto fra società di capitali e persone fisiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 496; FRE', *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, 93; GHIDINI, (nt. 1), 92; RAGUSA MAGGIORE, *Partecipazione di una società di capitali ad una società di persone. Il problema non è ancora definitivamente risolto*, Nota a Tribunale di Udine 9 novembre 1996, in *Dir. fall.*, 1997, IV, 746; AMATUCCI, (nt. 1), 1. Si collocavano invece in una posizione intermedia, nel senso di ritenere ammissibile tali partecipazioni solo in veste di socio limitatamente responsabile (e.g. socio accomandante in una società in accomandita semplice), tra gli altri: COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo, II, 234; CAMPOBASSO, (nt. 1), 64; GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 1982, 269; OPPO, (nt. 1).

⁵ Nella giurisprudenza di legittimità, ritengono inammissibile, in generale, la partecipazione di una società di capitali in una società di persone: Cass. 18 giugno 1955, n. 1903, *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Società*, n. 189; Cass. 26 ottobre 1956, n. 3963, in *Foro it.*, 1957, I, 513; Cass. 11 gennaio 1962, n. 21, in *Foro it.*, 1963, I, 239; Cass. 7 agosto 1963, n. 2235, in *Giust. Civ.* 1963, I, 2575; Cass. 24 febbraio 1968, n. 632, *Giust. Civ.*, 1968, I, 1475; Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, 369; Cass. 19 maggio 1980, n. 3263 in *Foro it.*, 1981, I, 6151; Cass. Sez. un. 19 novembre 1981, n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, 2897; Cass. 28 gennaio 1985, n. 464, in *Foro it.*, 1985, II, 392. Sancisce la nullità (*ex tunc*) per violazione di norme imperative la ormai celebre Cass. Sez. un. 17 ottobre 1988, n. 5636, in questa *Rivista*, 1989, II, 708. In senso sostanzialmente coincidente v. anche Cass. 10 novembre 1992, n. 12087, inedita; Cass. 16 febbraio 1993, n. 1906, in *Foro it.*, 1993, I, 1875; Cass. 2 gennaio 1997, n. 7, in *Dir. giur.*, 1997, 562.

⁶ Cass. Sez. un. 17 ottobre 1988, n. 5636, in riforma di App. Napoli 31 marzo 1987, in questa *Rivista*, 1989, II, 708.

⁷ MONTALENTI, (nt. 1), 640; SCOTTI CAMOZZI, (nt. 1), 97; BARBIERA, (nt.1), 708; MARZIALE, in *Foro it.*, 1988, I, 3248; MARICONDA, *Una nota stonata delle Sezioni Unite: la s.p.a. non può essere accomandante di s.a.s.*, in *Corr. Giur.*, 1988, 1293; RAGUSA MAGGIORE, *E' nulla la*

Dunque, sebbene ciò non fosse espressamente previsto da alcuna norma, e benché tali partecipazioni fossero tecnicamente immaginabili, era principio del diritto vivente in Italia che una società di capitali non potesse partecipare ad una società di persone⁹.

La questione assume notevole rilevanza, oltre che in sede di iscrizione, in sede fallimentare, quando si vuole configurare una società di fatto, fra società di capitali o tra una persona fisica ed una (o più) società di capitali, da desumere dal comportamento concludente di queste, per smascherare e reprimere l'«abuso della personalità giuridica»¹⁰ ed estendere il fallimento *ex art. 147 l. fall.*, alle persone fisiche che utilizzano le società di capitali come mero schermo di copertura della loro attività; cioè per usare le parole del Bigiavi, del c.d. «socio tiranno» che «usi la società come cosa propria», «agendo con assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario, degradando la società a suo mero strumento», anche attraverso la «confusione dei patrimoni» (quello personale con quello sociale)¹¹. In altre parole, si pone il problema se, in caso di dissesto, sia configurabile una società di fatto tra le varie società e tra queste e le persone fisiche che le controllano, al fine di chiamare a rispondere personalmente i veri artefici del dissesto che si nascondono dietro lo schermo delle società di capitali, ed evitare così che tutte le conseguenze negative vengano scaricate anche sui creditori¹². E va da sé che la risposta a tale quesito dipende, in primo luogo, da quella relativa alla possibilità che una società di capitali possa essere socia di una società di persone¹³.

partecipazione di una società per azioni ad un'accomandita semplice? in *Dir. fall.*, 1989, II, 315; PREITE, *Mezzi di tutela per i soci di società di capitali accomandante, alternativi alla dichiarazione di nullità della s.a.s.*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1367; BORGIOI, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 301;

⁸ V. nota 5.

⁹ In questi termini: COTTINO, (nt. 1), 84.

¹⁰ Su tale tematica si rinvia, *multis*, a GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, nel Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, vol. XXIX, 97, ove, tra l'altro, ampia bibliografia.

¹¹ Cfr. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180. Per la teoria dell'imprenditore occulto, si rinvia a, BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Cedam, Padova, 1954; ID., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Cedam, Padova, 1962.

¹² Cfr. DISABATO, (nt. 1), 42, dove si legge: «negare l'ammissibilità di una società di fatto di cui siano socie società di capitali (e persone fisiche)... significa, cioè, privilegiare i creditori particolari delle singole persone fisiche o giuridiche che dovrebbero risultare soci, rispetto ai creditori dell'impresa sostanzialmente comune, ovvero i soggetti effettivamente titolari di questa rispetto alla massa dei suoi creditori che non hanno avuto il potere contrattuale di richiedere, nel far credito alle varie società, la fideiussione personale dei soci».

¹³ Come è noto, la giurisprudenza non ha mai aderito alla teoria dell'imprenditore occulto, ed ha preferito ricorrere a tecniche alternative di repressione degli abusi della personalità giuridica, quali l'imputazione al «socio tiranno» dell'esercizio di un

Il tema è destinato oggi ad essere rivisitato in virtù dell'entrata in vigore del nuovo art. 2361, comma secondo, del codice civile, introdotto con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il quale, anche nell'intento di dotare le società italiane di una modalità organizzativa consentita alle società dei principali ordinamenti comunitari¹⁴, prevede espressamente - in connessione con l'art. 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione - che una società di capitali possa assumere «partecipazioni in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali», seppur imponendo, come si vedrà meglio in seguito, talune condizioni e limitazioni.

2. L'attore assumeva che tra lui e l'amministratore delegato di una società a responsabilità limitata erano intervenuti accordi relativi alla costituzione di una società a responsabilità limitata per l'esercizio in comune di una attività economica nel settore degli *stand* fieristici e che, sebbene tale società non fosse stata poi ritualmente costituita, la relativa attività era stata tuttavia concretamente svolta in via di fatto. Sulla base di tali presupposti, il medesimo conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Milano sia la s.r.l. che il suo amministratore delegato chiedendo l'accertamento dell'esistenza di un rapporto societario di fatto (s.n.c. irregolare) tra lui, la s.r.l. ed il suo amministratore, ed il conseguente pagamento in suo favore di alcune somme di denaro che gli sarebbero spettate *uti socius*

La s.r.l. convenuta deduceva l'erroneo inquadramento dei rapporti giuridici operato dall'attore, dovendosi, a suo dire, il rapporto inquadrare piuttosto nello schema dell'associazione in partecipazione, stante anche l'impossibilità di configurare, alla stregua della dominante giurisprudenza di legittimità, una società di fatto, costituita tra persone fisiche da una parte, ed una società di capitali dall'altra; chiedeva in via riconvenzionale che fosse accertato l'obbligo dell'attore di partecipare, in veste di associato in partecipazione, alle perdite subite dalla s.r.l. in relazione da alcuni affari rivelatisi in passivo, compensandosi tale credito con quello eventualmente riconosciuto in capo all'attore.

Il Tribunale accoglieva le domande dell'attore ed accertava che tra quest'ultimo e la s.r.l. convenuta era intercorsa una società di fatto nel corso delle cui attività erano maturate ragioni di credito in favore dell'attore.

autonoma attività di impresa (c.d. impresa fiancheggiatrice). Per un critica a tale orientamento della giurisprudenza, si veda, *multis*, COLOMBO, (nt. 1), 1537.

¹⁴ Come si vedrà meglio in seguito, la partecipazione di società di capitali in società di persone era, già da tempo, ammessa in Germania, in Francia, nel Regno Unito, in Svizzera, in Spagna ed in Austria.

Il giudice fondava la propria decisione essenzialmente sulle seguenti considerazioni: *a)* l'esito istruttorio avrebbe «posto in evidenza sia un conferimento di beni, sia una volontà di condivisione di utili e perdite, sia l'estrinsecazione verso terzi della volontà di concludere un contratto sociale, e dunque la sussistenza di tutti gli elementi necessari per l'esistenza dell'ente societario»; *b)* la partecipazione di società di capitali a società di persone sarebbe «fenomeno ormai pacificamente ammesso ed anzi anche avallato dal novello legislatore societario».

A seguito di gravame da parte della s.r.l., la Corte di Appello di Milano, accoglieva le censure proposte dall'appellante, ed in particolare qualificava il rapporto intercorso di fatto tra le parti come associazione in partecipazione, stante la ritenuta inammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone.

Nella motivazione della sentenza, la Corte formulava alcune interessanti considerazioni, sul tema della dell'ammissibilità della partecipazione.

Al riguardo si pone preliminarmente un problema di carattere temporale relativo all'applicabilità della nuova normativa di cui al testo novellato dell'art. 2361, secondo comma, cod. civ.. Nell'opinione della Corte, la fattispecie, in quanto anteriore al 1° gennaio 2004, non può considerarsi regolata, dalla nuova legge societaria, sibbene dal previgente testo del codice civile.

Ed in relazione a tale anteriore assetto normativo, che, come si è detto, non dava soluzione univoca al problema in questione, la Corte fa proprio l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza dominante, in specie di legittimità, che ritiene inammissibile tale partecipazione, per contrasto con norme imperative.

In particolare tale orientamento rileva una incompatibilità della disciplina della società di persone partecipata, con l'ordinamento della società di capitali partecipante.

Al riguardo la Corte d'Appello di Milano richiama gli argomenti della Suprema Corte nelle sue più recenti decisioni sulla scia della celebre S.U. 17 ottobre 1988, n. 5636. Tali argomenti, come si vedrà meglio in seguito, attengono alla imperatività delle regole in materia di amministrazione delle società di capitali e di redazione dei bilanci, che sarebbero pregiudicate da tale tipo di partecipazione.

Sotto il primo profilo, ammettendo la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone si avrebbe la conseguenza che «la parte di patrimonio investita in quella partecipazione verrebbe sottratta alle regole in materia di amministrazione della società di capitali, che mirano ad assicurare la tutela dell'integrità patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori» e che sono perciò inderogabili, «applicandosi invece le norme in materia di amministrazione delle società di persone per le quali gli amministratori non sono soggetti a quei controlli». Sotto il secondo profilo, cioè quello relativo alla inderogabilità delle norme in

materia di redazione dei bilanci, «ammettendo la partecipazione in società personali, proprio nell'ambito della disciplina del bilancio...si aprirebbe un contrasto interno di norme imperative» tali da pregiudicare l'osservanza del principio fondamentale della chiarezza e precisione.

Nell'opinione della Corte tale orientamento, consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, lungi dall'essere smentito dalla nuova disciplina societaria, troverebbe piuttosto in essa una conferma *ex post*, essendo infatti, l'innovativa previsione, accompagnata da disposizioni intese a cautelare almeno in parte proprio quelle esigenze di trasparenza e controllo amministrativo e contabile che la giurisprudenza aveva ritenuto pregiudicate dalla partecipazione in questione, e sulla base delle quali fondava il divieto. Tale affermazione fa riferimento in particolare alle condizioni e limitazioni che il legislatore della riforma ha previsto come contrappeso alla riconosciuta ammissibilità della partecipazione in società di persone. Dunque, in primo luogo l' art. 2361 c.c., che richiede, come *condicio sine qua non*, che l'assunzione di tale partecipazione venga deliberata dall'assemblea, ed impone poi l'obbligo in capo agli amministratori di dare informazione di tali partecipazioni nella nota integrativa. L'art. 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione richiede inoltre che, qualora tutti i soci illimitatamente responsabili siano società di capitali, le società di persone partecipate debbano redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni, e che in presenza dei presupposti debbano anche redigere il bilancio consolidato ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

3. Appare a questo punto utile procedere ad un rapida ricostruzione degli orientamenti che sulla questione si erano nel tempo formati, fino all'entrata in vigore della riforma societaria del 2003, avendo particolare riguardo alla decisione delle Sezioni Unite del 1989 che costituiva il punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale. Decisione tra l'altro fatta propria dalla Corte d'appello di Milano nella sentenza in epigrafe.

Il tema è stato oggetto di un ampio e vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, reso ancora più problematico dal fatto che nessuna norma risolveva espressamente la questione¹⁵.

¹⁵ Resta il fatto che il legislatore del 1942 avrebbe avuto la possibilità di risolvere la questione se avesse accolto l'art. 116 del progetto Asquini, che prevedeva espressamente che «la società in nome collettivo può soltanto costituirsi tra persone fisiche». Ma tale previsione non passò poi nel testo definitivo del codice civile. Sul punto cfr. SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 97.

Cfr., tuttavia, tra gli altri, PORZIO, *Società di capitali socie di società di persone*, in *Dir. giur.*, 1956, 597, il quale, invocando il principio generale della libera esplicazione

In Italia la questione fu sollevata per la prima volta dal Vivante¹⁶, il quale si esprime negativamente in base all'argomento della presunta incompatibilità con tale partecipazione del diverso regime di responsabilità della società partecipante. Dunque l'anonima «per la natura limitata delle garanzie che offre ai creditori» non avrebbe potuto assumere la veste di socio in altri enti collettivi sottoposti al diverso regime della responsabilità illimitata. Tale tesi, che fu accolta anche dal Manara¹⁷, venne poi ripudiata dallo stesso Vivante nelle edizioni successive del Trattato¹⁸.

Nel 1921, in un celebre saggio¹⁹, anche Sraffa e Bonfante risolsero negativamente la questione; ma sulla base di un diverso argomento. Secondo gli autori in questione infatti, il c.d. *intuitus personae*, che veniva elevato ad elemento strutturale e caratterizzante delle società personali («il sostrato della società in nome collettivo») sarebbe stato possibile solo tra le persone fisiche, tra «uomini vivi e reali», e giammai tra società di capitali, le quali sono invece caratterizzate dal c. d. *intuitus rei*. E ciò «per quelle ragioni di conoscenza personale, di fiducia nell'attività, nell'integrità, nella stessa fortuna commerciale delle persone, su cui per lunga tradizione si è basata la società in nome collettivo».

L'argomento dell'*intuitus personae*²⁰ venne recepito dalla giurisprudenza negli anni Trenta, e fu da questa mantenuto anche dopo l'emanazione del codice del 1942 ed almeno fino agli anni settanta²¹.

Sempre a sostegno della tesi negativa, si era ancora osservato che alcune norme della disciplina della società di persone, presupponendo necessariamente la qualità di persone fisiche dei soci, non sarebbero state applicabili quando socio fosse stata una società di capitali e ne avrebbero così reso inammissibile la partecipazione²². Ad esempio le norme relative

dell'autonomia privata in assenza di specifici limiti posti esplicitamente dal legislatore, rinveniva già nella formulazione letterale dell'art. 2247 (relativo alla struttura causale del contratto di società in generale), un implicito riconoscimento del fatto che una società di capitali potesse legittimamente partecipare ad una società di persone.

¹⁶ VIVANTE, (nt. 1), 330.

¹⁷ MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, 1902, II, 1, n. 408, 281, e n. 368, 448.

¹⁸ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 4 ed., vol. II, n. 298, 26.

¹⁹ SRAFFA-BONFANTE, (nt. 1), 612.

²⁰ Su tale argomento sembrava fondare successivamente la propria tesi negativa anche, GHIDINI, (nt. 1), 97, laddove si legge: «la considerazione fiduciaria che, quando la società è personale, si rivolge alle persone dei soci (soprattutto per la loro solvibilità), si rivolge invece, quando si tratti di società di capitali (che sia socio di società personale), alla persona degli amministratori, che possono mutare, per atti di volontà propri degli organi della società partecipante (di capitali), senza che sulla loro nomina, revoca, sostituzione possa influire la società (madre) personale».

²¹ In questo senso cfr. COLOMBO, (nt. 1), 1515.

²² Cfr., *multis*, GHIDINI, (nt. 1), 93.

alla morte (art. 2284) o all'incapacità sopravvenuta del socio (art. 2294), quelle concernenti l'amministrazione della società (artt. 2257-2258), etc.

In sintesi, tre erano principalmente le obiezioni che i sostenitori della tesi negativa, adducevano contro l'ammissibilità delle partecipazioni in questione: a) la responsabilità illimitata del socio di società di persone; b) l'argomento dell'*intuitus personae*; c) l'inapplicabilità alla società di capitali di alcune norme dettate per le società personali.

E tali obiezioni, anche dopo l'emanazione del codice del 1942, erano state raccolte dalla giurisprudenza nonché dalla dottrina (minoritaria) che si esprimeva a favore della tesi negativa.

Sull'altro versante, pronte erano state le repliche della dottrina prevalente, favorevole alla tesi positiva, per controbattere alle suddette argomentazioni.

Per quanto riguarda il primo argomento, si era replicato che anche la società di capitali risponderebbe con tutto il suo patrimonio per le obbligazioni sociali. E dunque in questa prospettiva non vi sarebbe alcuna differenza sostanziale a seconda che titolare della partecipazione sia una persona fisica od una persona giuridica. Infatti «nelle società di capitali, *limitata* (al conferimento) è la responsabilità *dei loro soci*, mentre ovviamente illimitata è la responsabilità *della s.p.a.* per le proprie obbligazioni»²³.

All'altro argomento della essenzialità dell'*intuitus*, si è ribattuto che, innanzitutto, l'*intuitus personae* costituisce elemento normale ma giammai essenziale («non assume rilievo tipologico») delle società di persone, dato che la legge consente oggi la possibilità di prevedere la libera trasferibilità delle quote, e quindi la mutabilità delle persone dei soci senza il consenso altri soci, e che comunque esso è configurabile anche nei confronti delle persone giuridiche²⁴.

Nét antomeno decisiva è stata ritenuta l'inapplicabilità di quelle norme in materia di società di persone, che presuppongono la fisicità del socio. Si è infatti replicato che non si tratta di norme essenziali ma di regole che vengono in considerazione solo al verificarsi dei presupposti di fatto, e che sarebbe comunque applicabile la restante parte della disciplina²⁵.

²³ COLOMBO, (nt. 1), 1517.

²⁴ Sulla non essenzialità dell'*intuitus* nelle società di persone, si vedano, *multis*: SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 240; OPPO, (nt. 1), 6; FORNASIERO, *Organizzazione ed intuitus nelle società di persone*, Padova, 1984, 120.

²⁵ Cfr. COLOMBO, (nt. 1), il quale rileva come la nullità possa «derivare dalla contrarietà a norme imperative, non dalla mancanza nella fattispecie, dei presupposti di fatto per applicare regole di applicazione eventuale».

Occorre, infine, segnalare una posizione intermedia in cui si collocava parte della dottrina²⁶ avallata anche da certa giurisprudenza, secondo cui avrebbe dovuto distinguersi tra partecipazione come socio a responsabilità illimitata (fattispecie inammissibile), e partecipazione in qualità di socio limitatamente responsabile, che sarebbe stata, invece, legittima²⁷.

Tale dottrina accoglieva la tesi tradizionale secondo cui il fondamento dell'inammissibilità della partecipazione come socio illimitatamente responsabile era da rinvenirsi nell'incompatibilità della partecipazione con la responsabilità illimitata dei soci di società di persone. Tuttavia, l'argomento, veniva affinato rispetto alla sua formulazione tradizionale, per superare l'ovvia replica che anche la società di capitali risponderebbe con tutto il proprio patrimonio per le obbligazioni sociali assunte dalla società di persone. Questa dottrina rilevava che come le partecipazioni in questione avrebbero permesso ai soci della società partecipante, di «cumulare il vantaggio delle società di capitali (responsabilità limitata) con i vantaggi della società di persone (potere diretto di amministrazione)». Ed è proprio tale conseguenza che si riteneva inammissibile, in quanto, si diceva, il nostro ordinamento consentirebbe «l'esercizio di attività d'impresa in regime di responsabilità limitata per i soci solo se si adotta un ordinamento di tipo corporativo (qual è quello della società di capitali) fondato su regole che escludono il potere di amministrare del socio in quanto tale»²⁸.

Occorre rilevare tuttavia, che questa tesi non è più valida dopo l'entrata in vigore della riforma societaria del 2003, che ammette espressamente

²⁶ Cfr., tra gli altri, OPPO, (nt. 1), 4. La tesi verrà successivamente ripresa e sviluppata da CAMPOBASSO, (nt. 1), 64; e GALGANO, *Le società in genere* (nt. 4), 446. Quest'ultimo tuttavia, rileva semplicemente l'elusione del principio della responsabilità illimitata ma non ne fa conseguire la incompatibilità.

²⁷ V. OPPO, (nt. 1), 11, dove si legge: «Né sul piano della responsabilità, né sul piano dei modelli di gestione, né sul piano dell'*intuitus* sembra esistano ragioni sufficienti per negare la partecipazione di società di capitali a società personali in veste di socio limitatamente responsabile e di accomandante in ispecie. Negarla significherebbe fare del concettualismo di segno opposto a quello in cui cade chi ammette la partecipazione in veste di socio illimitatamente responsabile sopravvalutando la personalità o la capacità della società».

²⁸ Così, CAMPOBASSO, (nt. 1), 67. Per una critica a tale posizione si veda COLOMBO, (nt. 1), 1533, laddove si legge: «la verità è che i soci della s.p.a. partecipante alla s.n.c., se vogliono esercitare un potere diretto di amministrazione, non hanno altra via che...diventare essi stessi, personalmente, soci, (e così diventare illimitatamente responsabili, perdendo il vantaggio della limitazione della responsabilità ottenuto facendo partecipare alla s.n.c. la loro s.p.a.; se invece socia è solo la s.p.a., né essa (in persona dei suoi amministratori: *a meno che anch'essi divengano soci!*) né i suoi azionisti hanno alcun potere di amministrazione, sicché il preteso cumulo dei vantaggi non esiste».

tale cumulo nella società a responsabilità limitata. Infatti, l'art. 2475 c.c., nella nuova formulazione, prevede che l'atto costitutivo della s.r.l. possa attribuire ai soci, congiuntamente od anche disgiuntamente tra loro, il potere diretto di amministrazione, consentendo così di cumulare tale potere (tipico delle società personali), con il beneficio della responsabilità limitata (tipico invece, delle società di capitali) ²⁹.

4. Nel 1989, le S.U. si ritrovavano ad affrontare *funditus* la questione³⁰. Questa volta, però, si trattava di un caso mai presentatosi prima l'ammissibilità della partecipazione in veste di accomandante, e dunque quale socio a responsabilità limitata³¹. Fattispecie che, come visto prima veniva ritenuta ammissibile anche da numerosi sostenitori della tesi negativa.

La S.C., dopo aver respinto gli argomenti posti tradizionalmente a sostegno dell'inammissibilità, ha tuttavia mantenuto ferma la soluzione negativa attraverso però un percorso diverso. Gli argomenti accolti attengono infatti questa volta alla presunta incompatibilità della partecipazione, non più con la disciplina della partecipata ma con l'ordinamento della società partecipante (la società di capitali).

Tali argomenti, che come detto sono anche quelli fatti propri dalla sentenza in commento, attengono al fatto che tale partecipazione sarebbe contraria a norme imperative delle società di capitali sotto un duplice profilo: le caratteristiche del potere di gestione attribuito agli amministratori di s.p.a. e le prescrizioni sui bilanci dell'azionaria.

Sotto il primo profilo, si afferma che, ammettendo la partecipazione di una società di capitali in una società di persone, si avrebbe la conseguenza che «la parte di patrimonio investita in quella partecipazione verrebbe sottratta a quelle regole» (le regole imperative sull'amministrazione della s.p.a. che attengono alla non delegabilità in permanenza del potere di gestione degli amministratori, quelle relative alla soggezione al controllo del collegio sindacale, al controllo giudiziario *ex art. 2409 c.c.* nonché alle responsabilità degli amministratori *ex artt. 2392-2395 c.c.*), applicandosi invece le norme in materia di amministrazione delle società di persone, per le quali «i soci-amministratori, non sono soggetti a quei controlli».

Dunque, secondo la Corte, una tale partecipazione determinerebbe nell'amministrazione di tale «nuovo ed abnorme ente sociale», un insanabile contrasto «con la normativa dettata per la società azionaria,

²⁹ Nello stesso senso si vedano, AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2004, 45; MIRONI, (nt. 1), 418.

³⁰ Cass. Sez. un. 17 ottobre 1988, n. 5636 (nt. 6).

³¹ In particolare, una società in accomandita semplice, di cui la s.p.a. accomandante possedeva l'80% del capitale sociale, ed i due accomandatari il 10% ciascuno.

dove la legge riserva inderogabilmente agli amministratori la gestione del patrimonio sociale, mentre il patrimonio verrebbe fatalmente gestito, almeno in parte, da soggetti diversi, e, quindi, sottratto ai controlli predisposti per l'amministrazione della società di capitali».

Tale fenomeno non si verificherebbe invece nel caso di partecipazione di società di capitali ad altra società di capitali, dato che «le regole applicabili a tale amministrazione sarebbero identiche a quelle che si applicano nella società partecipante, che di riflesso verrebbe così tutelata».

Sotto l'altro profilo della imperatività della disciplina dei bilanci, affermano le S.U. che ammettendo la partecipazione in questione «si aprirebbe un contrasto interno di regole, tali da porre in serio pericolo l'osservanza del principio fondamentale della chiarezza e precisione», posto dalla legge a tutela dei soci e dei creditori. Infatti, da un lato, il bilancio della società di persone «non sarebbe depositato in Tribunale né pubblicato sul B.U.S.A.R.L.» (oggi Registro delle imprese), dall'altro, la società di persone non sarebbe obbligata ad osservare i criteri prudenziali in sede di redazione del bilancio d'esercizio stabiliti rigorosamente dalla legge per le s.p.a.. Ne deriverebbe dunque una diminuzione della trasparenza del bilancio della s.p.a. la quale, mediante la partecipazione in questione, sottrarrebbe «tutta ovvero una frazione della propria impresa...ai controlli apprestati dalla legge in tema di bilanci». «Dal punto di vista giuridico», prosegue la Corte, «quella partecipazione si convertirebbe nella possibilità di non osservare (totalmente o parzialmente) quei controlli, quella pubblicità e gli stessi criteri di cui agli artt. 2423 ss. c.c.». E «poiché la legge non può autorizzare una violazione di se stessa...si deve concludere...che, per non rendere istituzionale la violazione dei principi sui bilanci sulle società per azioni, è da ritenere esistente il divieto della sua partecipazione ad una società di persone».

Questo orientamento rappresenta, come detto, il punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale³² e costituisce inoltre il definitivo punto di rottura con la dottrina, prevalentemente schierata per l'ammissibilità. Ciò almeno, fino al recentissimo intervento del legislatore della riforma il quale, sia pur recependo le indicazioni giurisprudenziali appena viste, ha oggi accolto la soluzione positiva.

Prima di passare all'esame di tali novità, pare utile dar conto delle critiche alla decisione delle S.U.³³, e più in generale, a tale orientamento contrario all'ammissibilità della partecipazione.

³² Su tale orientamento si assesterà, infatti, anche la giurisprudenza successiva. veda, *supra*, (nt. 5).

³³ Per una rassegna bibliografica dei numerosi commenti critici della dottrina alla sentenza delle S.U. si veda, *supra*, (nt. 7). Più recentemente si vedano anche: COLOMBO,

Il primo argomento, (quello della sottrazione dell'amministrazione del patrimonio delle s.p.a. investito nella partecipazione, alle regole ed ai controlli stabiliti dalla legge) è stato confutato, tanto dal punto di vista «concettuale-metodologico» che da quello «sistematico-sostanziale».

Sotto il primo profilo, si è ribattuto, che tale argomento, non soltanto porterebbe a «risultati assurdi», ma sarebbe anche «giuridicamente infondato»³⁴.

La critica sta essenzialmente in ciò: che «se fosse vero che l'assunzione di partecipazioni da parte di una società di capitali fosse vincolata al limite sistematico dell'equivalenza delle discipline in materia di controlli e di responsabilità dei gestori», si dovrebbe giungere alla (assurda) conclusione di ritenere altrettanto «inammissibili forme di partecipazione che sicuramente sono legittime, o perché espressamente previste dalla legislatore o perché unanimemente ritenute tali in dottrina e in giurisprudenza»³⁵. Dal punto di vista della fondatezza giuridica dell'argomento, si è poi replicato che tale argomentazione cadrebbe nell'equivoco di «considerare il patrimonio della società partecipata come (parte) del patrimonio della partecipante, dimenticando che, di mezzo, sta la quota/partecipazione nella partecipata, e che è questa a rappresentare il patrimonio della partecipata nel patrimonio della partecipante³⁶»; dunque, nell'errore di «concepire la partecipazione nella s.a.s. alla stregua di una quota di comunione». Muovendosi, invece, da tale diverso presupposto, risulterebbe evidente che «l'amministrazione della partecipazione sociale non viene per nulla delegata, giacché rimane nei poteri e nelle responsabilità della s.p.a. partecipante».

Sotto il profilo sistematico-sostanziale, si è invece cercato di dimostrare, che il socio di società di persone (quand'anche società di capitali, attraverso i suoi amministratori), disporrebbe, in ogni caso, di poteri di

(nt. 1), 1513; e GIULIANI, (nt. 1), 728. In senso sostanzialmente adesivo all'orientamento negativo, si veda invece, AMATUCCI, (nt.1), 55.

³⁴ In questi termini, COLOMBO, (nt. 1), 1519.

³⁵ Così, MONTALENTI, (nt.1), 648. Per osservazioni simili cfr. anche: COLOMBO (nt. 1), 1518; SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 120, MARZIALE, (nt. 7), 3250, BORGIOI, (nt. 7), 307. Il riferimento è in particolare alla partecipazione in consorzi, in *joint ventures*, in associazioni temporanee di imprese con imprese non in forma di società di capitali, in una associazione in partecipazione in cui associante non sia una società di capitali, alla concessione in usufrutto o in affitto dell'azienda sociale ad una impresa non in forma di società di capitali, ed infine alla partecipazione in società estere non soggette a regole in materia di amministrazione e di pubblicazione dei bilanci almeno equivalenti a quelle di diritto italiano.

³⁶ Così, SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 105. In senso analogo si veda, COLOMBO (nt. 1), 1520.

controllo sulla gestione di tale società, quantomeno equivalenti, e forse superiori, a quelli di cui dispone il socio di società di capitali³⁷.

Relativamente alle critiche rivolte contro la seconda argomentazione (presunta violazione delle norme in tema di bilancio delle società per azioni), anche in questo caso, la dottrina favorevole alla soluzione positiva, non si è limitata a mettere in evidenza le conseguenze, a suo dire, «sconvolgenti»³⁸ che deriverebbero dall'accoglimento di tale argomento, ma ne ha attaccato la fondatezza giuridica stessa.

Con riguardo al primo aspetto, è stato osservato che l'accoglimento di una tale argomentazione dovrebbe far ritenere inammissibili ogni tipo di partecipazione in società estere, qualora la disciplina in materia di bilanci del Paese della partecipata non preveda una pubblicità dei bilanci almeno equivalente a quella richiesta dalla legge italiana. O comunque, qualora l'accessibilità dei documenti contabili della partecipata straniera sia, di fatto, quantomeno improbabile³⁹.

Con riguardo, invece, alla fondatezza giuridica dell'argomento, si è replicato che l'osservazione secondo cui la partecipazione in questione, sottrarrebbe «tutta ovvero una frazione della propria impresa...ai controlli apprestati dalla legge in tema di bilanci», sarebbe conseguenza, ancora una volta, della «obliterazione del concetto di partecipazione», che «considera come beni della s.p.a. partecipante i beni, crediti e debiti

³⁷ Si vedano: SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 114; MONTALENTI, (nt. 1), 646; COLOMBO, (nt. 1), 1522; DI SABATO, (nt. 1), 41. Per quanto riguarda la presunta sottrazione alle regole sulla soggezione al controllo del collegio sindacale, tale dottrina replica che «la disciplina più rigorosa tipica delle società di capitali è compensata, nelle società personali, dai più intensi poteri di informazione e di controllo attribuiti direttamente al socio». Infatti quest'ultimo in base all'art. 2261 c.c., ha diritto a pretendere direttamente dagli amministratori «notizia dello svolgimento degli affari sociali, di consultare i documenti relativi all'amministrazione», e di ottenere ed approvare o meno, il bilancio (COLOMBO). La non assoggettabilità delle società personali alla procedura di controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c., sarebbe compensata invece dal diritto del socio di chiedere, anche individualmente, la revoca giudiziale dell'amministratore per giusta causa (MONTALENTI). Viene infine rilevato che neppure sul piano della responsabilità degli amministratori *ex art.* 2392-2395 c.c., si potrebbe parlare di un minor grado di tutela del socio di società di persone. In quanto tale responsabilità sarebbe soggetta «a regole non dissimili da quelle relative alla responsabilità degli amministratori di s.p.a.» (COLOMBO): in particolare: responsabilità in base alla diligenza del mandatario *ex art.* 2260 comma 2° c.c., soggezione all'azione di responsabilità verso la società e, forse, anche responsabilità diretta verso il singolo socio a tutela della società.

³⁸ L'espressione è di COLOMBO, (nt. 1), 1525.

³⁹ Si vedano, MONTALENTI, (nt. 1), 651; COLOMBO, (nt. 1), 1525, ove si legge: «si ipotizzi la partecipazione in una società giapponese o di Singapore.....solo in base ad un formalismo bizantino si potrebbe sostenere che l'informazione dell'azionista della partecipata è maggiore (!) di quella relativa al bilancio della partecipata società di persone»; sul punto, cfr. anche, SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 107.

della partecipata, anziché la partecipazione in sé, come posizione giuridica oggetto di valutazione»⁴⁰.

Dunque, l'unica conseguenza che la partecipazione in questione comporterebbe, sarebbe, semmai, l'obbligo per gli amministratori della società di capitali partecipante di indicare e valutare in sede di redazione del bilancio, alla posta attiva «partecipazione», l'investimento effettuato⁴¹, potendosi tutt'al più ipotizzare l'obbligo in capo agli amministratori della partecipante, di dare, nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione, informazione circa gli elementi economico-patrimoniali desunti dal bilancio della partecipata, rilevanti ai fini della valutazione della partecipazione⁴².

Ai fini della valutazione della partecipazione, l'assenza di obblighi di pubblicità del bilancio delle società personali sarebbe poi irrilevante sotto il profilo della conoscibilità del bilancio da parte della partecipante, la quale, infatti, «in quanto socio, ha diritto alla sua approvazione o in ogni caso alla sua comunicazione»⁴³.

Sotto la diversa angolazione della diversità di struttura del rendiconto delle società di persone rispetto al bilancio delle s.p.a., è stato infine osservato che, secondo la maggioranza degli autori l'art. 2217 c.c. getterebbe una sorta di «ponte sistematico» tra rendiconto e bilancio, che ne attenuerebbe notevolmente le differenze. Secondo tali autori infatti, per realizzare i principi di "evidenza e verità" (che devono considerarsi del tutto equivalenti a quelli della rappresentazione veritiera e corretta di cui all'art. 2423 c.c.), ed in attuazione del principio di applicazione, nelle valutazioni, «dei criteri stabiliti per il bilancio delle società per azioni, in quanto compatibili», i criteri per la formazione del bilancio della società per azioni, dovrebbero trovare applicazione anche nelle società personali⁴⁴.

In definitiva lo stato patrimoniale ed il conto economico del bilancio delle società personali, potrebbe non essere tanto analitico quanto quello della s.p.a., e non dovrebbe necessariamente comprendere una nota integrativa.

⁴⁰ *Ibidem*, 1527.

⁴¹ COLOMBO, (nt. 1), 1525, «La verità è che, una volta riconosciuta l'alterità soggettiva tra s.p.a. partecipante e società (di capitali o di persone) partecipata, elemento del patrimonio della partecipante, di cui il bilancio della partecipante deve dare conoscenza, è la partecipazione, *non i beni (attività e passività) della partecipata*. Si che il contrasto interno di regole, tale da porre in serio pericolo l'osservanza del principio fondamentale della chiarezza e precisione, costituisce solo il frutto dell'obliterazione di quella alterità soggettiva e della conseguente distinzione tra beni della partecipata e partecipazione, la quale ultima sola è bene della partecipante».

⁴² *IBIDEM*, 650; COLOMBO, (nt. 1), 1530.

⁴³ MONTALENTI, (nt. 1), 650.

⁴⁴ COLOMBO (nt. 1), 1528; MONTALENTI, (nt. 1), 652.

E' stato tuttavia rilevato che tale «*minore analiticità del bilancio delle società di persone non può assolutamente fondare l'affermazione di minori poteri di informazione spettanti ai soci di tale società*»⁴⁵. Infatti, questa sarebbe ampiamente compensata dal diritto della società di capitali, socia della società di persone, di chiedere a quest'ultima tutte le indicazioni ed i chiarimenti necessari per una approfondita conoscenza della situazione patrimoniale ed economica della partecipata.

5. L'orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto, creava notevoli inconvenienti sotto un duplice profilo. Da un lato, perché comportava l'impossibilità di configurare, in sede fallimentare, società di fatto (occulte) fra società di capitali, da desumere dal comportamento concludente degli organi di queste, con estensione (*ex art. 147 l. fall.*) del fallimento al loro *dominus* (socio tiranno); dall'altro, perché privava le società italiane di una modalità organizzativa, concessa invece alle società degli altri Paesi comunitari⁴⁶.

L'ampia diffusione del fenomeno a livello comunitario, è dimostrata, tra l'altro, anche dal fatto che il legislatore comunitario, proprio in

⁴⁵ Così, COLOMBO, (nt. 1), 1529.

⁴⁶ In Germania è pacifico già a partire dalla decisione del *Reichsgerichtshof* del 22 luglio 1922 (riportata in *Entscheidungen des Reichsgerichtshofs in Zivilsachen*, 105, 101), che una società di capitali possa partecipare ad una società di persone, o che due o più società di capitali possano costituire fra loro società personali. Una apposita disciplina tuttavia, è dettata per le sole ipotesi in cui i soci illimitatamente responsabili della società di persone siano tutti società di capitali. Ed è quanto avviene, per esempio, nella ben nota *GmbH&Co KG*, regolata dalla *GmbH Novelle* del 1980: si tratta di una società in accomandita semplice dove una società a responsabilità limitata assume la veste di accomandatario, ed i soci della s.r.l. la posizione di accomandanti. Non desta invece particolari problemi al legislatore tedesco la diversa ipotesi in cui vi sia almeno una persona fisica soggetta a responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. Per più ampi riferimenti sul sistema tedesco, si vedano., GENGHINI, (nt. 1), 423; TESSERA CHIESA, (nt. 1), 1086. In Francia tale partecipazione è stata prevista, già a partire dalla Legge 24 luglio 1966 n. 537 (*Loi sur les sociétés commerciales*) il cui art. 12 prevede la possibilità che una *personne morale* partecipi ad una collettiva, ma solo al fine di regolare le conseguenze in caso di assunzione da parte della persona giuridica della veste di amministratore. Tale norma viene infatti considerata espressione di un principio più generale. Per riferimenti cfr. COLOMBO, (nt. 1), 1534; SCOTTI CAMUZZI, (nt. 1), 124. Anche nel Regno Unito è pacifico che una *company* possa partecipare ad una *partnership*, o che quest'ultima venga costituita anche esclusivamente da *companies*. In Svizzera per contro, la partecipazione di persone morali a società personali in veste di socio illimitatamente responsabile è consentita solo con riguardo alla società semplice. E', invece, proibita con riguardo alla società in nome collettivo, mentre è prevista, ma solo in veste di socio limitatamente responsabile, nell'accomandita semplice. Per tali riferimenti si veda, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 84. Anche nell'ordinamento spagnolo non si dubita, nonostante non esista una norma che lo preveda espressamente, che una *sociedad anonima* possa partecipare ad una *sociedad colectiva* o ad una accomandita. Cfr., al riguardo, JIMENEZ SANCHEZ, *Manual de derecho mercantil*, 2003, 426.

considerazione del crescente numero, all'interno della Comunità, di società personali i cui soci a responsabilità illimitata sono società di capitali, e forse con l'intento di attenuare i pericoli che tale partecipazione può comportare per i soci, i creditori ed i terzi, ha emanato nel 1990 una direttiva di armonizzazione delle legislazione societarie dei Paesi membri⁴⁷ con la quale ha imposto agli stessi di estendere il campo di applicazione della disciplina del bilancio di esercizio e consolidato, anche alle società di persone (per l'Italia vengono indicate le s.n.c. e le s.a.s.) «quando tutti i soci illimitatamente responsabili» siano società di capitali (per il nostro Paese, s.p.a., s.r.l. e s.a.p.a.) o «società non disciplinate dal diritto di uno Stato membro le quali però abbiano una forma giuridica» comparabile a quelle di capitali⁴⁸.

Vale poi la pena di ricordare che il divieto in questione era probabilmente di semplice elusione: infatti tali società, anche in base al principio della libertà di stabilimento delle società in ambito comunitario, ed alla sempre più decisa adesione della Corte di Giustizia alla c.d. «teoria dell'incorporazione» con le recenti decisioni nei casi CENTROS (1998), UBERSEERING (2002) ed INSPIRE ART (2003), sarebbero libere di costituirsi secondo un qualsiasi ordinamento che preveda l'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone, e poi operare, anche esclusivamente, nel nostro Paese⁴⁹.

⁴⁷ Direttiva del Consiglio delle Comunità europee dell'8 novembre 1990, n. 605, integrativa delle Direttive 78/660 CEE e 83/349 CEE, in materia di conti annuali e consolidati per quanto riguarda il loro campo di applicazione. Il testo è rinvenibile, in questa *Rivista*, 1991, I, 442.

⁴⁸ Il nostro Paese aveva giustificato la mancata attuazione della direttiva in questione, con la dichiarazione di impossibilità che in Italia si verificasse il presupposto di applicazione della medesima (ossia che tutti i soci illimitatamente responsabili della società di persone fossero società di capitali). Per una critica a tale atteggiamento del legislatore si veda: COLOMBO, (nt. 1), 1535. Può essere interessante, inoltre, rilevare come neppure la Germania (dove la partecipazione di società di capitali in società di persone è pacificamente ammessa) avesse dato piena attuazione della predetta direttiva, a causa «di opinioni divergenti, in seno agli ambienti interessati, quanto alle misure necessarie per pervenirvi», tant'è che, a causa di questo inadempimento, ha subito una condanna della Corte di Giustizia (Corte Giust. CE C-272/97).

⁴⁹ V. anche COLOMBO, (nt. 1), 1536; ove invece si rileva la possibilità di eludere il divieto in questione attraverso la costituzione all'estero di una società di persone tra società di capitali, che dovrebbe poi essere riconosciuta nel nostro Paese in virtù della Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche del 29 febbraio 1968 (ratificata dall'Italia con legge 220/71). Tuttavia il punto appare quantomeno incerto: infatti ai sensi del suo art. 14 la «Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procederà per ultimo a tale formalità», ed al riguardo occorre rilevare che, non avendo tutt'oggi l'Olanda ancora ratificato la predetta Convenzione, essa dovrebbe considerarsi *tamquam non esset*. Anche se per la verità tale

Tale essendo la situazione, appare evidente come fosse quanto meno opportuna, una espressa presa di posizione da parte del nostro legislatore.

Così, in attuazione dell'art. 2, lett. g, della legge del 3 ottobre 2001, n. 366 (Delega al governo per la riforma del diritto societario), che nei suoi «principi generali» delegava il Governo a «disciplinare forme partecipative di società in differenti tipi associativi tenendo conto delle esigenze di tutela dei soci, dei creditori sociali e dei terzi», il legislatore delegato (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha finalmente riconosciuto la possibilità che società di capitali partecipino in società di persone, in veste di socio illimitatamente responsabile⁵⁰.

E' stato, infatti, aggiunto all'art. 2361 c.c. un secondo comma del seguente tenore: «L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del

Convenzione è stata più volte richiamata in alcune decisioni della giurisprudenza, anche di legittimità, sul presupposto che essa espliciti un qualche effetto nel nostro ordinamento (v. Cass. Civ., 198/85, App. Milano, 25 febbraio 1981, Trib. Milano 11 gennaio 1979). Sulle tematiche relative alla libertà di stabilimento in ambito comunitario ed alla connessa problematica della c.d. "concorrenza tra ordinamenti giuridici", si vedano invece, *multis*, BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato della società*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.* 2001, 569; KERSTING & SHINDLER, *The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, in *German Law Journal*, 2003, 1289, ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca; HIRTE, *Wettberw der Rechtsordnungen nach "Inspire Art": Auch das Beurkundungserfordernis für GmbH Anteilsübertragungen steht zur Disposition*, in *GmbHHR* 2003, R421; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 71; PORTALE, "Armonizzazione" e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corr. Giur.*, 2003, 95; KIRCHNER-PAINTER-KAAL, *Legislatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=496395; ROTH, *From Centros to Uberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, 177; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari* in questa *Rivista*, 2000, 559; PERNAZZA, *La libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori: il caso Inspire Art*, in http://judicium.it/news/ins_03_03_04/pernazza.html; MECHELLI, *La libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 83. Sul problema se, dopo le sentenze della Corte di Giustizia nei casi Centros, Uberseering ed Inspire Art, sia plausibile aspettarsi in Europa uno scenario paragonabile a quello che si è sviluppato negli Stati Uniti con riguardo al c.d. "Delaware effect", si veda ENRIQUES, *EC Company Law and the Fear of a European Delaware*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=553885.

⁵⁰ Sebbene la riforma avesse propriamente ad oggetto la disciplina delle società di capitali, essa avrà dunque notevoli ripercussioni anche sulle società di persone, tanto che si è parlato di «intervento trasversale nel diritto delle società di persone». Così, WEIGMANN, (nt. 1), 270.

bilancio». Inoltre, una volta caduto nel nostro ordinamento il divieto di partecipazione di società di capitali in società di persone, è sorto anche l'obbligo per l'Italia di dare attuazione alla direttiva sopra richiamata.

A tal fine, l'art. 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile, a completamento della disciplina, e riprendendo pedissequamente il disposto della direttiva, ha previsto che «qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili» siano società di capitali, le società di persone partecipate (s.n.c. o s.a.s.) debbano redigere il bilancio «secondo le norme previste per le società per azioni», e che in presenza dei presupposti debbano anche «redigere e pubblicare» il bilancio consolidato ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127⁵¹.

Dunque, la riforma ha oggi esteso l'obbligo del consolidato anche alle società di persone controllanti altre imprese: ma solo quando tali società fungano da capogruppo. Diversamente, le società di persone partecipate per intero da società di capitali sono soggette, coerentemente con la direttiva 90/605, solo alla redazione dei bilanci secondo gli *standard* delle società per azioni, ma non al deposito ed alla pubblicazione degli stessi nel registro delle imprese.

La nuova disciplina sembra, *prima facie*, voler realizzare una sorta di compromesso tra le ragioni della dottrina e quelle della giurisprudenza. Infatti, se da un lato essa prevede espressamente la legittimità delle partecipazioni in esame, dall'altro, come si rileva anche nella sentenza in epigrafe, detta delle «disposizioni intese, almeno in parte, a cautelare quelle esigenze di trasparenza e controllo amministrativo e contabile che la giurisprudenza aveva ritenuto pregiudicate»⁵².

Disposizioni - sembra potersi aggiungere - che trovano la loro *ratio* comune, proprio nell'intento di tutelare quegli interessi dei soci, dei

⁵¹ Cfr., DONATIVI, (nt. 1), 236, che richiamando il principio di tassatività in materia di pubblicità legale, osserva come l'obbligo imposto alle società di persone di redazione del bilancio secondo le norme delle s.p.a., in presenza dei presupposti richiamati dalla norma, non potrebbe considerarsi come comprensivo dell'ulteriore obbligo di pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese. In senso dubitativo si veda, invece, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 94.

⁵² Tali esigenze sembrano oggi quanto mai attuali se si pensa al caso Enron, in cui il dissesto è stato attuato mediante la cessione di attività e passività in c.d. *special purpose vehicles* (che nella sostanza erano delle *partnerships*), attraverso cui dette somme venivano occultate agli occhi delle società di revisione contabile, anche se al contempo le regole contabili erano, almeno formalmente, rispettate. Si vedano, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 92; SCHWARCZ, *Enron, and the Use and the Abuse of Special Purpose Entities in Corporate Structures*, in: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=306820; HEALY & PALEPU; *The fall of Enron*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=417840; COFFEE, *What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990's*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=373581.

creditori sociali e dei terzi che potrebbero risultare compromessi da tali partecipazioni.

In primo luogo dunque, la necessità dell'autorizzazione assembleare e la conseguente previsione di un limite al potere gestorio degli amministratori, vanno interpretati quale strumento di tutela dei soci a fronte della pericolosità dell'operazione che provocherebbe una «alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici della società di capitali»⁵³.

Inoltre, la previsione degli oneri informativi in capo alla partecipante (descrizione analitica delle partecipazioni nella nota integrativa del bilancio), ed a carico della partecipata (obbligo di redigere, e qualora quest'ultima controlli altre imprese ai sensi del d.lgs. 127/91 anche pubblicare, i bilanci, secondo gli *standard* della società per azioni), vanno visti come strumenti di garanzia dei creditori sociali, dei terzi e dei soci della partecipante, introdotti dal legislatore della riforma a contrappeso del rischio insito in tali partecipazioni⁵⁴.

Tuttavia, sebbene la scelta legislativa di aprire la nostra legislazione societaria a tale nuova modalità organizzativa sembra essere opportuna, da un punto di vista contenutistico, appare invece condivisibile l'opinione di chi ha osservato che «la lettura della norma... lascia il lettore insoddisfatto e dubbioso»⁵⁵.

Infatti, la (forse eccessiva) laconicità della formula del nuovo art. 2361 c.c., apre e lascia irrisolte numerose questioni, trascinando con sé alcuni rilevanti problemi attuativi. A tacer d'altro, l'ambito di applicazione del 2361, la determinazione dell'assemblea competente per la deliberazione (ordinaria o straordinaria?), la natura della delibera assembleare (competenza propria o autorizzazione che rimuove un limite ad un potere degli amministratori?), il problema dell'amministratore persona giuridica, all'applicabilità ancora, delle nozioni di «controllo» e «collegamento» *ex art.* 2359 c.c. alle società di persone nei casi in cui tali concetti costituiscano il presupposto per l'applicazione di norme, ma

⁵³ In tal senso, si vedano, DONATIVI, (nt. 1), 220; ASSOCIAZIONE PREITE (nt. 1), 94; TOSCHI VESPASIANI, (nt. 1), 1077.

⁵⁴ Si vedano: MIRONE, (nt. 1), 417; DONATIVI, (nt. 1), 220; CAVANNA (nt. 1), 456; DI SABATO, (nt. 1), 41. Nel senso che le cautele introdotte dal legislatore della riforma non siano sufficienti ad evitare i pericoli temuti dalla S.C., si veda, invece, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), il quale in particolare rileva, oltre alla mancata previsione dell'obbligo di pubblicazione del bilancio della partecipata nel registro delle imprese, la inefficacia della «specifica informazione» nella nota integrativa *ex art.* 2361, comma 2, la quale stando all'art. 1, n. 2, della direttiva 8 novembre 1990, si esaurirebbe nella indicazione «del nome, della sede e della forma giuridica dell'impresa partecipata».

⁵⁵ COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 90; In senso sostanzialmente analogo cfr., WEIGMANN, (nt. 1), 272;

soprattutto la eventuale idoneità della previsione a risolvere l'annosa questione della configurabilità, in sede fallimentare, di società occulte tra società di capitali da dedurre dal comportamento concludente di queste⁵⁶.

Appare dunque opportuno esaminare brevemente ognuna di esse, non senza però anticipare che ogni soluzione interpretativa appare in molti casi quanto meno incerta, e sarà compito della giurisprudenza cercare e ristabilire un punto di equilibrio nella disciplina⁵⁷.

A) Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della norma, questa, essendo diretta a regolare le partecipazioni comportanti «una responsabilità illimitata per le obbligazioni» sociali delle società di capitali partecipanti, sembra innanzitutto non dover trovare applicazione alla partecipazione ad una s.a.s. o ad una s.a.p.a. in qualità di socio accomandante, la quale pertanto dovrà ritenersi ammissibile senza ulteriori formalità (ciò significa che rientrerà nella sfera di competenza degli amministratori della società di capitali *ex art. 2380-bis c.c.*)⁵⁸. Mentre è da ritenersi senz'altro applicabile alla partecipazione in veste di socio accomandatario in società in accomandita per azioni ed alle società cooperative, in virtù dei rinvii alla norme della s.p.a. operati rispettivamente dagli artt. 2454 e 2519 c.c.⁵⁹.

L'altro problema riguardante l'estensione dell'art. 2361 c.c. alle società a responsabilità limitata, trova invece espressa soluzione positiva nell'art. 111-*duodecies* disp. att., che espressamente prevede il caso di una s.r.l. che assuma la veste di socio illimitatamente responsabile di s.n.c. o s.a.s.⁶⁰.

Irrisolta è invece la questione dell'applicabilità della nuova disciplina alle società semplici partecipate da società di capitali, data la limitazione degli obblighi informativi *ex art. 111-duodecies* disp. att. alle s.n.c. ed alle s.a.s.. Sul punto appare tuttavia condivisibile l'opinione di chi ha osservato come tale «limitazione non sembra comportare alcun divieto di partecipazione alle società semplici, dato che l'art. 2361, comma 2, non può che ritenersi prevalente sulle disposizioni attuative» e che in ogni

⁵⁶ Per tacere altre questioni, quali le conseguenze derivanti dalla violazione del divieto di immistione da parte della società di capitali accomandante, od ancora, la possibilità di dedurre dall'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., che impone alle società di persone interamente partecipate da società di capitali «di redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni», l'obbligo ulteriore per le stesse di depositare e pubblicare i loro bilanci nel registro delle imprese. Su tale questioni cfr. MIRONE (nt. 1), 421.

⁵⁷ In senso analogo, WEIGMANN (nt. 1), 272.

⁵⁸ Cfr. anche, WEIGMANN, (nt. 1), 271; MIRONE, (nt. 1), 419; DONATIVI, (nt. 1), 223; ASSOCIAZIONE PREITE, (nt. 1), 94. In senso dubitativo cfr., invece, AA.VV. (nt. 1), 45.

⁵⁹ Sul punto, DONATIVI, (nt. 1), 236.

⁶⁰ In senso analogo, *multis*, COTTINO-WEIGMANN-SARALE, (nt. 1), 90; MIRONE, (nt. 1), 417.

caso «non si comprenderebbe la *ratio* di tale esclusione»⁶¹. Resta probabilmente salvo il caso in cui la società di capitali pattuisca il beneficio della responsabilità limitata, rendendolo opponibile ai terzi con la pubblicità *ex art. 2267 c.c.*⁶².

Sotto il profilo ermeneutico, deve ancora ricordarsi come pacifica appaia l'interpretazione della nozione di «assunzione di partecipazioni... comportante una responsabilità illimitata», con riferimento alle sole ipotesi in cui «detta responsabilità sia inerente e connaturata alla partecipazione di modo tale che sia l'assunzione della partecipazione in sé considerata a comportare l'insorgere del peculiare regime patrimoniale della partecipazione», con esclusione dei casi in cui tale responsabilità dipenda da circostanze ulteriori ed eventuali (quali ad. es., la responsabilità illimitata dell'unico azionista o dell'unico socio di s.r.l. per mancato rispetto degli obblighi pubblicitari o per mancato versamento integrale dei conferimenti, la violazione del divieto di immistione del socio accomandante di s.a.s.)⁶³.

B) Secondo l'opinione pacifica della dottrina, che appare pienamente condivisibile, l'assemblea competente a deliberare l'assunzione della partecipazione ai sensi del comma 2 dell'art. 2361 è quella ordinaria, dovendo trovare piena applicazione l'art. 2364, comma 1, n. 5, che stabilisce una competenza residuale dell'assemblea ordinaria quando non sia espressamente prevista la competenza dell'assemblea in sede straordinaria⁶⁴.

Qualora l'acquisto della partecipazione dovesse invece essere fatto da una società a responsabilità limitata, potrebbe ritenersi applicabile l'art. 2479, comma 2, n. 5, che rimette alla competenza dei soci la decisione circa il compimento di «operazioni che comportano...una rilevante modificazione dei diritti dei soci», fattispecie in cui rientra probabilmente l'assunzione di partecipazioni comportanti una responsabilità illimitata della s.r.l. partecipante, per le obbligazioni sociali della società personale partecipata⁶⁵, come tra l'altro dimostra la copiosa giurisprudenza che

⁶¹ DONATIVI, (nt. 1), 223; MIRONE, (nt. 1), 417; COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 91. *Contra* cfr. CAVANNA, (nt. 1), 457. In senso dubitativo sembra esprimersi invece FORTUNATO, (nt. 1), 737.

⁶² Così anche, DONATIVI, (nt. 1), 223; ASSOCIAZIONE PREITE, (nt. 1), 94.

⁶³ Sul punto cfr., *multis*, DONATIVI, (nt. 1), 221, MIRONE, (nt. 1), 419, ASSOCIAZIONE PREITE, (nt. 1), 93; TOSCHI VESPASIANI, (nt. 1), 1078.

⁶⁴ Cfr. *multis*, DONATIVI, (nt. 1), 234; MIRONE, (nt. 1), 417; CAVANNA, (456), il quale rileva come sarebbe richiesta la riunione in sede straordinaria, eventualmente, «solo al fine di formalizzare la modifica dell'oggetto sociale che eventualmente conseguisse all'acquisizione medesima».

⁶⁵ Sul punto, concorde, DONATIVI, (nt. 1), 237. In senso dubitativo, si veda, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 91. *Contra*, TOSCHI VESPASIANI, (nt. 1), 1079, il quale ritiene competenti gli amministratori, nel caso di silenzio dell'atto costitutivo.

riteneva inammissibile la partecipazione in esame prima della riforma del 2003, e che fondava tra l'altro tale tesi proprio sul pregiudizio che una così rischiosa operazione avrebbe potuto recare ai diritti dei soci.

C) Altro punto incerto è quello della natura della delibera assembleare di assunzione della partecipazione: autorizzazione che rimuove un limite ad un potere gestorio degli amministratori o competenza propria dell'assemblea?. Preferibile, ed inoltre più coerente con la *ratio* del 2361, comma 2, appare, al riguardo, la prima soluzione⁶⁶. Infatti, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese costituisce un atto tipicamente gestorio e come tale di competenza degli amministratori. L'obiettivo del richiesto *placet* assembleare, è semplicemente quello di tutelare i soci di fronte ad un'operazione che comporta un'alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse alla partecipazione azionaria⁶⁷. E tale obiettivo appare pienamente soddisfatto da una semplice deliberazione assembleare che si pronuncia sul compimento dell'operazione, lasciandone poi la concreta esecuzione agli amministratori. Quest'ultimi rimarranno dunque gli unici responsabili del compimento di una operazione rispetto alla quale la delibera assembleare ha avuto il solo scopo di rimuovere un limite legale ai loro poteri. Da ciò discende che rimarrà nell'ambito del potere discrezionale degli amministratori non soltanto la scelta sulle concrete modalità di esecuzione dell'operazione ma anche la decisione sull'*andell'*operazione stessa⁶⁸.

D) Altra questione che dovrà probabilmente essere riconsiderata è quella relativa all'ammissibilità dell'amministratore persona giuridica.

Infatti, la disposizione di attuazione del nuovo art. 2361, comma 2, ipotizza che tutti i soci illimitatamente responsabili della società di persone siano società di capitali: considerato che nella s.a.s. il potere di amministrazione può essere conferito solo ai soci accomandatari, ne consegue che «ammettere che vi possa essere una s.a.s. in cui tutti i soci accomandatari sono società di capitali significa anche ammettere che il

⁶⁶ Quasi unanime sul punto la dottrina. Cfr. DONATIVI, (nt. 1), 227; MIRONE, (nt. 1), ASSOCIAZIONE PREITE, (nt. 1), 94; TOSCHI VESPASIANI, (nt. 1), 1078.

⁶⁷ In questo senso, DONATIVI, (nt. 1), 228.

⁶⁸ Incerte appaiono poi le conseguenze in caso di assunzione della partecipazione in violazione della delibera assembleare. Ferma restando la responsabilità degli amministratori verso la società e la possibilità di una ratifica assembleare successiva, è dubbio se si possa parlare di inefficacia dell'atto di acquisto per violazione di un limite legale ai poteri degli amministratori o di inopponibilità ai terzi, fatta ovviamente salva l'eccezione del dolo. Cfr., MIRONE, (nt. 1), 419; WEIGMANN, (nt. 1), 271.

potere di amministrazione venga esercitato dalla persona giuridica socio accomandatario»⁶⁹.

Circa poi le concrete modalità di esercizio del potere di amministrazione, sembra possibile dedurre, in assenza di indicazioni legislative al riguardo, che la società di capitali partecipante dichiarerà la sua volontà per il tramite di un proprio rappresentante, che assumerà solidalmente con la persona giuridica, gli stessi obblighi, diritti e responsabilità previsti per l'amministratore persona fisica⁷⁰.

E) Altro punto molto controverso, è quello relativo alla possibilità di riferire le nozioni di «controllo» e di «collegamento» di cui all'art. 2359 c.c., alle società di persone partecipate da un società per azioni, nei casi in cui tali nozioni costituiscano il presupposto per l'applicazione di regole, con particolare riferimento ai problema della trasparenza dei conti di gruppo⁷¹.

E' stato infatti osservato, che la nozione di controllo di una società su un'altra è riferita concettualmente alle società di capitali, dove gli amministratori sono nominati dall'assemblea ordinaria che decide secondo un criterio capitalistico⁷². E, sembra potersi aggiungere che, proprio tale circostanza permette la determinazione del concetto di «influenza dominante» richiesto dall'art. 2359 per la configurazione di un rapporto di controllo. Mentre se si pensa ad una società in nome collettivo in regime di amministrazione disgiuntiva, partecipata da una società per azioni, difficilmente potrà dirsi che quest'ultima sia in grado di esercitare una influenza dominante sulla collettiva. Infatti, «ciascun amministratore non dispone di un potere sovrano, ma può al massimo

⁶⁹ Così, REGOLI, in AA.VV. *Manuale breve*, (nt. 1), 56; In senso sostanzialmente analogo, COTTINO-WEIGMANN-SARALE, (nt. 1), 91. In senso dubitativo, si vedano invece, MIRONE, (nt. 1), 421; CAVANNA, (nt. 1), 458; TOSCHI VESPASIANI, (nt. 1), 1079.

⁷⁰Cfr. COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 91; MIRONE, (nt. 1), 421; REGOLI, (nt. 64), 56. Quest'ultimo propone di supplire, almeno in parte, al «vuoto legislativo con un'applicazione analogica dell'art. 5 del d.lgs. 240/1991, che disciplina l'amministratore persona giuridica del GEIE».

⁷¹ Ma si pensi anche alla possibilità di estendere alle società personali partecipate da s.p.a.: la nuova disciplina in tema di «direzione e coordinamento» di società di cui al nuovo Capo IX, del titolo V del libro V del codice civile (artt. 2497-2497-sexies), il divieto di sottoscrizione di azioni o quote della controllante previsto dall'art. 2359-*quinquies* c.c., il divieto di acquisto di azioni o quote da parte di società controllate nella controllante *ex art. 2359-bis*, il divieto di sottoscrizione reciproca di azioni di cui all'art. 2360. Sul punto, si veda, CAVANNA, (nt. 1), 459, il quale, in particolare, osserva che «escludendosi l'interpretazione estensiva della nozione di controllo» si avrebbe la conseguenza che «la semplice interposizione di una società di persone nel gruppo legittimerebbe l'aggiramento di tali limiti».

⁷² Si vedano, *multis*, WEIGMANN, (nt. 1), 271; COTTINO-WEIGMANN-SARALE, (nt. 1), 93; MIRONE (nt. 1), 418; CAVANNA (nt. 1), 459.

esercitare un veto all'iniziativa degli altri»⁷³. Si potrà, tutt'al più, riconoscere l'esercizio di una «influenza notevole» ai fini della nozione di collegamento⁷⁴.

Se così fosse, ne deriverebbe dunque che, salvo le eccezioni di cui all'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., al bilancio della società di capitali non dovrebbe essere allegata «copia integrale del bilancio della società di persone partecipata ma solo un prospetto riepilogativo dei suoi dati essenziali», e che i conti di quest'ultima non dovrebbero rientrare nel consolidamento del bilancio della s.p.a. controllante⁷⁵.

E tali conseguenze renderebbero ancora attuali quei pericoli, di pregiudizio di trasparenza e controllo amministrativo e contabile, che la Suprema Corte aveva ritenuto insiti in tali partecipazioni⁷⁶.

F) Come anticipato nelle premesse, la «positivizzazione» della partecipazione di società di capitali in società di persone, operata dal legislatore del 2003, potrebbe condurre alla riconsiderazione dell'annoso problema relativo alla configurabilità, in sede fallimentare, di società di fatto (occulte) fra società di capitali, da desumere dal comportamento concludente degli organi di queste, con estensione (*ex art. 147 l. fall.*) del fallimento al loro *dominus* («socio tiranno»)⁷⁷. E dunque, all'utilizzo di tale nuova fattispecie, oltre che come modalità organizzativa dell'impresa, quale tecnica di repressione degli «abusi» della personalità giuridica⁷⁸.

In linea di principio, avendo la riforma del 2003 richiesto come *condicio sine qua non* per la validità della partecipazione, la deliberazione dell'assemblea, la configurabilità per *facta concludentia* di una tale fattispecie, dovrebbe considerarsi «in radice inammissibile»⁷⁹.

Tuttavia, a ben vedere la soluzione sembra dover dipendere essenzialmente dalla risposta ad un altro quesito: ovvero, se possa considerarsi valido l'acquisto della qualità di socio illimitatamente responsabile in una società di persone, voluto dagli amministratori della società di capitali partecipante, in difetto del *placet* assembleare, e dunque eccedendo un limite legale al loro potere di rappresentanza.

Al riguardo, la dottrina favorevole alla soluzione positiva sembra fondare la propria argomentazione essenzialmente sul fatto che mentre il

⁷³ WEIGMANN, (nt. 1), 271.

⁷⁴ Così, COTTINO-WEIGMANN-SARALE, (nt. 1), 93.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ In questo senso, COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 95.

⁷⁷ Favorevoli a questo sviluppo, WEIGMANN, (nt. 1), 271; COTTINO-SARALE-WEIGMANN, (nt. 1), 91; DI SABATO, (nt. 1), 42. In senso dubitativo, invece, MIRONE, (nt. 1), 418; FORTUNATO, (nt. 1), 737.

⁷⁸ Si veda, *supra*, pag. 3.

⁷⁹ E' questa l'opinione di GALGANO, (nt. 10), 102, il quale ritiene così definitivamente superata la questione.

vecchio testo dell'art. 2384, nell'affermare che gli amministratori avevano il potere di compiere tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale, faceva salve le limitazioni che risultavano direttamente dalla legge, il nuovo testo della norma non contiene analoga previsione. Infatti essa, dopo l'enunciazione secondo cui «il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale», chiarisce al 2° comma che sono opponibili ai terzi che abbiano intenzionalmente agito a danno della società «le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti», senza escludere il caso in cui la competenza assembleare sia fissata, invece che dallo statuto, direttamente dalla legge⁸⁰.

Sebbene la considerazione non sia probabilmente inattaccabile, sembra tuttavia che la riforma del 2003 offra alla giurisprudenza quantomeno la possibilità di rivedere il proprio orientamento sul tema delle società occulte tra società di capitali.

Certo è che, come ha osservato di recente il Di Sabato: «negare l'ammissibilità di una società di fatto di cui siano socie società di capitali (e persone fisiche) significa andare contro le esigenze di tutela dei terzi che si vorrebbero, perché ciò si traduce nell'impossibilità di aggredire in sede fallimentare il patrimonio delle persone fisiche che stanno dietro le società di capitali; significa, cioè, privilegiare i creditori particolari delle singole persone fisiche o giuridiche che dovrebbero risultare soci, rispetto ai creditori dell'impresa sostanzialmente comune, ovvero i soggetti effettivamente titolari di questa rispetto a quella massa dei suoi creditori che non hanno avuto il potere contrattuale di richiedere, nel far credito alle varie società, la fideiussione personale ai soci»⁸¹.

Francesco Dagnino

⁸⁰ COTTINO-WEIGMANN-SARALE, (nt. 1), 91. *Contra*, si veda, invece, DONATIVI, (nt. 1), 227, secondo il quale, il difetto di deliberazione assembleare, in quanto violazione di un limite legale ai poteri di rappresentanza degli amministratori, comporterebbe l'inefficacia dell'acquisto della partecipazione, opponibile ai terzi. Tuttavia l'autore, non ne fa derivare alcuna conseguenza in materia di configurazione di una società di fatto tra società di capitali. In senso adesivo, cfr., MIRONE, (nt. 1), 419.

⁸¹ DI SABATO, (nt. 1), 42.