



TRIBUNALE ORDINARIO DI BENEVENTO
SEZIONE II CIVILE
Ufficio preposto ai Fallimenti

Il G.D.

premessi che risulta pendente, innanzi al Tribunale di Benevento, un giudizio volto all'accertamento, ai sensi dell'art. 147, co. V, l.fall., dell'esistenza di una società di fatto tra la fallita [nome], [cognome], il Notaio [nome] e la [nome] e finalizzato, altresì, ad ottenere la declaratoria di fallimento della predetta società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili, Notaio [nome] e [nome] (v. pag. 1 del parere reso dal legale incaricato dalla procedura, Avv. [nome]).

rilevato che il giudizio di cui sopra, avuto specifico riguardo alla posizione del Notaio [nome], risulta essere stato incardinato, *sub* R.G. n. 55/2017, in virtù di rituale ricorso presentato dagli stessi curatori del fallimento [nome].

preso atto della nota informativa, recante la data del 24 gennaio 2018, predisposta dagli organi della menzionata procedura concorsuale iscritta al n. 45/2016 del registro generale dei fallimenti del Tribunale di Benevento;

letto il parere reso dal legale incaricato – nell'ambito del giudizio *ex art.* 147, co. V, l.fall. innanzi menzionato – dalla curatela del fallimento [nome];

esaminato il fascicolo telematico della procedura fallimentare n. 45/2016;

OSSERVA

i curatori del fallimento n. 45/2016, facendo proprio il contenuto del parere reso dall' [nome], con nota informativa del 24 gennaio 2018, rimettevano a questo G.D. «ogni valutazione, determinazione ed ogni altro provvedimento ritenuto idoneo ... in ordine alla eventuale ipotesi di definizione transattiva del giudizio di accertamento *ex art.* 147, comma 5, l.fall. R.G. n. 55/2017 proposto con ricorso dalla [stessa] curatela dell'esistenza di una società di fatto tra la fallita [nome] A. [nome] il Notaio [nome] e la [nome] per la declaratoria di fallimento della società di fatto e dei soci illimitatamente responsabili,

in [nome] » (pag. 3).

Nella predetta nota informativa, si rappresentava, più specificatamente, «che, nelle more della fase prefallimentare, il resistente [nome] lo, per il tramite del proprio difensore, [aveva] fatto pervenire alla curatela una manifestazione di disponibilità a transigere il giudizio offrendo di versare al fallimento [nome] la somma complessiva di € 120.000,00 (di cui € 40.000,00 all'atto della stipula dell'accordo transattivo, nonché l'ulteriore somma di € 80.000,00 in 24 rate mensili)» (pag. 2).

I curatori precisavano, inoltre, di aver richiesto al proprio «difensore costituito, Avv. *[nome]*, un parere circa la fattibilità giuridica della proposta transattiva formulata [dal] resistente e che, successivamente, verificata la detta fattibilità, avrebbero eventualmente [valutato] la convenienza economica [della stessa]».

Sulla scorta delle chiarificazioni che precedono, riservando – come innanzi anticipato – al G.D. ogni valutazione, i curatori esponevano, in definitiva, le seguenti proprie argomentazioni:

- ✓ «... nel ... parere [reso dal legale incaricato dalla procedura] si paventava quale elemento ostativo alla transazione la valutazione dell'esistenza di un interesse di tipo pubblicistico all'accertamento dell'insolvenza;
- ✓ ... detta questione veniva specificatamente chiarita ritenendo che la procedura prefallimentare non sia riconducibile ad un processo tra parti contrapposte in quanto idonea a dar luogo (nel caso di accoglimento della domanda) ad un accertamento costitutivo valevole erga omnes. Con la conseguenza della indisponibilità del procedimento da parte del singolo creditore successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento e l'inefficacia ed irrilevanza di ogni manifestazione di volontà;
- ✓ ... soltanto dopo la dichiarazione di fallimento, il curatore rappresenta gli interessi di tutti i creditori della massa (del fallimento già dichiarato e non di quello in estensione che necessita di un ulteriore pronuncia) e sta in giudizio a tutela di tutti i creditori (della società fallita);
- ✓ ... pertanto, non appaiono sussistenti ostacoli a ritenere ammissibile la rinuncia al ricorso per estensione di fallimento ex art. 147, co. 5 l.fall. come accaduto in altre fattispecie analoghe;
- ✓ ... alla luce anche del pronunciamento della Suprema Corte (Cass. Sez. I, 14 aprile 2015 n° 7497), così come il Curatore sceglie di agire nei confronti di terzi, egli stesso è legittimato al compimento della scelta opposta, laddove ciò appaia più conveniente per la massa dei creditori concorsuali;
- ✓ ... ad avviso [dei] curatori, la scelta circa la definizione transattiva del giudizio in estensione, dovrebbe essere condivisa dal Pubblico Ministero nella sua qualità di parte del giudizio de quo il quale, qualora la dovesse ritenere vantaggiosa, potrebbe sottoscrivere e/o autorizzarla;
- ✓ ... il Collegio dei Curatori, ... da una prima e sommaria analisi patrimoniale del *[nome]*, [ritiene] comunque non congrua la somma offerta per la definizione del giudizio e ... eventualmente [ne] propporr[à] una controproposta, nettamente migliorativa; si [riserva] di agire in tal senso solo a seguito di autorizzazione a procedere alla transazione;
- ✓ ... infine [e, ad ogni buon conto], la giurisprudenza recente ha affermato che il significato dell'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili va ricercato nella volontà di potenziare la garanzia generale delle obbligazioni contratte dalla società attraverso il patrimonio individuale dei soci (Cass., 12 nov. 2008 n° 27013)» (cfr., in tal senso, tenore letterale delle pagg. 2-3 della nota informativa datata 24 gennaio 2018).

Delineato, con i brevi cenni che precedono, il quadro giuridico e fattuale in cui si innesta la questione sottoposta all'attenzione di questo G.D., esaminato il fascicolo telematico della procedura fallimentare n. 45/2016, va rilevato, *in limine*, attesa la pregnanza delle conseguenze che ne discendono, che non risulta essere stato versato in atti alcun documento dal quale desumere la "manifestazione [di] disponibilità a transigere il giudizio" (cfr. pag. 2 del parere reso dall'Avv. *A. ...*) che – come innanzi premesso – risulta essere stato incardinato, innanzi al Tribunale di Benevento, ai sensi dell'art. 147, co. V, l.fall. e, "subordinatamente anche ai sensi de[gli articoli] 1 e 5 l.fall. in ragione di un credito da eterodirezione ex art. 2497 c.c." (v. "oggetto" del richiamato parere reso dal legale della procedura).

Puntualizzato, dunque, che risulta essere stato espressamente affermato che oggetto del parere del legale della procedura è la sola "fattibilità giuridica ... della proposta transattiva formulata dal resistente" (pag. 2), la rilevata carenza documentale, di là dalle considerazioni che verranno di seguito esposte, appare già di per sé determinate nel senso di precludere il rilascio di una autorizzazione – anche *sub specie* di superamento del vaglio di legittimità, ex art. 35, co. III, l.fall., cui sono soggette le attività, di matrice contrattuale, rappresentate nella nota informativa del 24 gennaio 2018 – alla chiusura, in via transattiva, del giudizio di cui al n. 55/2017 del registro dei ricorsi prefallimentari, pendente innanzi al Tribunale di Benevento.

La relazione redatta dalla curatela nonché il parere reso dal legale della procedura recano solo scarse indicazioni in ordine al *quantum* proposto ed alle modalità di corresponsione della somma offerta (si rimanda, sul punto, alla pag. 2 del parere reso dall'Avv. *A. ...* o ed alla pag. 2 della nota informativa predisposta dai curatori); del tutto negletti risultano essere, per contro, i profili giuridici la cui regolamentazione – eventualmente, ove mai ritenuta astrattamente configurabile una tale possibilità – si intende rimettere all'autonomia privata.

Sul punto ed in stretta correlazione ai rilievi or ora svolti, non può essere trascurata, *invero*, la significativa circostanza che, notoriamente, la transazione, sotto il profilo strutturale, rappresenta un contratto di scambio, a prestazioni corrispettive ed a carattere oneroso, che, per di più, ai sensi dell'art. 1967 c.c. deve essere provato per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'art. 1350 c.c.

Tutti questi profili meritano di essere opportunamente soppesati, ai fini della presente decisione, in quanto – pur nella consapevolezza che, nel caso di specie, sembrerebbero essere ancora in corso delle trattative (avuto riguardo, in via esemplificativa, alla convenienza economica della proposta in esame) – appare senz'altro indiscutibile che il complesso dei diritti abdicato dall'uno e dall'altro contraente non risulta sufficientemente desumibile, neppure per via logica di consequenzialità, dal nuovo regolamento di interessi che si intende cristallizzare con la sottoscrizione della transazione.

In aggiunta a quanto sopra, si rileva che la necessità di disporre di elementi ulteriori tali da esplicitare il contenuto giuridico dello stipulando contratto emerge, ad esempio, anche in considerazione del significativo dato – ben evidenziato da coloro i quali hanno discusso in ordine alla facoltà, riconosciuta alle parti, di apporre termini o condizioni – che la composizione della lite deve risultare definitiva e non già transitoria.

Ad ogni buon conto, ammesso pure di poter prescindere dall'analisi dell'aspetto da ultimo menzionato, non può non essere rimarcato che restano completamente sconosciuti i termini delle "reciproche concessioni" di cui all'art. 1965 c.c. che, sganciate dai diritti effettivamente spettanti,

devono comunque riguardare la posizione assunta dalle parti in riferimento alle reciproche pretese o contestazioni.

In ogni caso, poi, dovendosi assumere peculiari determinazioni in materia di definizione alternativa della controversia, non può essere contestata la valenza delle pronunce in cui, pur se al verificarsi di evenienze dissimili rispetto al tipo di quella che qui ci occupa, la giurisprudenza ha ritenuto che *«la specificità dei termini di un accordo transattivo non costituisce ... requisito essenziale per la validità della transazione, se dal contesto della convenzione sia dato desumere la sussistenza di dazioni e concessioni che le parti si siano reciprocamente fatte allo scopo di porre fine ad una lite già cominciata o di prevenire una lite che può sorgere tra di loro»* (Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2006, n.22395).

Nel caso di specie, attesa la mancata puntuazione degli elementi essenziali sui quali si dovrebbe basare la transazione, non risulta possibile operare alcun tipo di apprezzamento ponderato delle condizioni contrattuali che possa estrinsecarsi nei termini che precedono.

In stretta correlazione agli aspetti da ultimo segnalati, ribadito nuovamente che oggetto di analisi è la sola “fattibilità giuridica” della proposta transattiva, si ritiene che le conclusioni della curatela vadano più correttamente qualificate – prima ancora che come richiesta di intervento *ex art. 41, co. IV, l.fall.*, stante la mancata costituzione del Comitato dei Creditori – in termini di informativa preventiva rivolta al G.D. ai sensi e per gli effetti dell’*art. 35, co. III, l.fall.*

Conseguentemente, merita di essere opportunamente considerato che la valutazione che si richiede di operare in questa sede – ben lungi dal concernere un sindacato sull’equilibrio economico del contratto (che, secondo i principi generali, nemmeno potrebbe ritenersi del tutto precluso laddove venga richiesto al G.D. di provvedere in applicazione dell’*art. 41, comma IV, l.fall.*) – si sostanzia, tra l’altro, in una indagine relativa anche alla sussistenza di una giustificazione causale da intendere come “causa in concreto”.

Ebbene, siffatto tipo di indagine, risulta, allo stato, precluso stante la già rilevata mancata allegazione di elementi tali da consentire il rilascio di una autorizzazione alla chiusura anticipata del giudizio prefallimentare *de quo* limitatamente alla posizione del resistente, Notaio *Vita* lo.

Risalta, da questo angolo prospettico, la differenza contenutistica con il precedente giurisprudenziale (decreto del 20/07/2017 reso dal G.D. presso il Tribunale di Napoli nell’ambito del fallimento n. 245/2016) allegato, al proprio parere, dal legale della procedura. In quello specifico caso, infatti, l’istanza che il giudice delegato ha ritenuto di poter accogliere, riportava, in larga parte, il testo di una proposta transattiva formulata, tra l’altro, in più versioni.

Pertanto, in assenza di una bozza o di una sintesi essenziale del contenuto di un eventuale stipulando accordo, risulta impossibile operare qualsivoglia tipo di valutazione proprio in ordine alla c.d. fattibilità giuridica della proposta transattiva che, di fatto, quanto al suo contenuto, non risulta essere stata tratteggiata neppure in termini generici ed astratti.

La questione *sub iudice* merita, tuttavia, in punto di stretto diritto sostanziale e processuale, ulteriori puntualizzazioni che, traendo spunto dallo studio operato, ai fini della redazione del proprio parere, dal legale incaricato dalla procedura, conducono, anche in considerazione dei suddetti profili, ad un esito decisorio diametralmente opposto rispetto al precedente giurisprudenziale che si è innanzi richiamato.

L'iter logico-giuridico che qui si intende seguire muove da alcune considerazioni preliminari che attengono, in primo luogo, ai tipi di società, alla acquisizione della qualità di socio a mezzo della stipula del contratto di società tra le parti ed alla peculiare tipologia di giudizio contemplata dall'art. 147, co. V, l.fall.

Terminata l'analisi dei profili or ora elencati, il vaglio di legittimità ha ad oggetto la ammissibilità di una eventuale definizione alternativa del predetto giudizio incardinato ex art. 147, co. V, l.fall. che, in particolare, la curatela ed il Notaio o intendono qui realizzare – limitatamente quindi alla posizione di una sola delle parti che si asserisce rivestire la qualità di socio della s.d.f. la cui esistenza deve ancora essere accertata – a mezzo di una transazione. In questa seconda fase, come è evidente, l'indagine non potrà non tener conto dei caratteri salienti che connotano lo strumento negoziale a cui si è or ora fatta menzione.

Procedendo con ordine, va evidenziato, sin da subito, che i tipi di società costituiscono un numero chiuso posto che non risultano ammissibili società cc.dd. atipiche.

La ragione giustificativa che sorregge il principio appena richiamato – che trova il suo referente normativo all'art. 2249, co. I, c.c. – va rinvenuta, eminentemente, nella dirimente circostanza che il contratto di società produce effetti non solo tra le parti ma anche nei confronti dei terzi. È stato accuratamente posto in luce, infatti, come proprio le esigenze di tutela di questi ultimi e, più in generale, di ordinato svolgimento della vita economica nonché di celerità dei traffici commerciali abbiano indotto il legislatore a negare, in deroga all'art. 1322, co. I, c.c., la possibilità di costituire tipi di società nuovi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente regolamentati dal codice civile.

Con maggiore impegno esplicativo, può affermarsi, ai fini di una compiuta comprensione del passaggio argomentativo che precede, che, con la stipula del contratto di società le parti contraenti diventano membri della struttura organizzativa che hanno inteso creare. Più specificatamente, tale condizione si sostanzia nell'acquisto della qualità di soci e nella acquisizione della titolarità di una serie articolata di situazioni soggettive di diversa natura – attive e passive (diritti, poteri, facoltà, obblighi, divieti, responsabilità) – che, sulla scorta delle più autorevoli elaborazioni concettuali che sono state sviluppate nel corso degli anni, si è soliti distinguere in due macro categorie: a) situazioni di natura amministrativa, aventi ad oggetto la partecipazione individuale all'attività comune (quali, ad esempio, il diritto di voto ed il potere di amministrare la società e di rappresentarla nei rapporti con i terzi); b) situazioni di natura patrimoniale, aventi ad oggetto la partecipazione individuale ai risultati dell'attività comune, durante la vita della società ed al momento dello scioglimento della stessa (tra le quali si annoverano, in via esemplificativa, il diritto agli utili ed alla quota di liquidazione e la partecipazione alle perdite).

Ebbene, le situazioni soggettive di cui ciascun socio è investito variano, per contenuto e per grado di tutela, nei singoli tipi di società.

Cionondimeno, va osservato che i modelli organizzativi predisposti dal legislatore per i singoli tipi di società non presentano un grado di rigidità assoluto, essendo consentito, al contrario, un parziale adattamento alle esigenze del caso concreto. È necessario, però, che le clausole a tal fine preordinate (cc.dd. clausole atipiche) non siano incompatibili con la disciplina del tipo di società prescelto. Nell'atto costitutivo, quindi, non possono essere contenute pattuizioni che si pongano in aperto contrasto con aspetti della relativa disciplina legale espressamente dichiarati inderogabili o

che comunque devono essere considerati tali in quanto fissano i caratteri essenziali organizzativi e/o funzionali di quel determinato tipo.

Quanto sinora esposto rappresenta un dato pacificamente acquisito; tuttavia, va considerato che i limiti imposti all'autonomia privata circa l'inserimento di clausole atipiche non sempre risultano, in concreto, suscettibili di agevole definizione e ciò anche a causa delle connessioni esistenti tra i diversi aspetti della disciplina legale di ciascun tipo. Ad ogni buon conto, si ritiene che i regimi di responsabilità per le obbligazioni sociali rivestano, di regola, carattere cogente e non derogabile proprio in considerazione dell'ovvia ragione che essi – ricollegandosi alle osservazioni già svolte allorquando, in precedenza, sono stati posti in luce i riflessi che, dal contratto di società, si riverberano sui terzi – coinvolgono anche la posizione dei suddetti terzi.

Ciò posto, è opportuno chiarire, in particolare e sin da ora, che, nella società in nome collettivo (artt. 2291-2312 c.c.), tutti i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali e non è ammesso patto contrario (art. 2291 c.c.).

Rimarcato il modo incisivo con cui l'esigenza di tutela dei terzi pervade le scelte del legislatore in materia di elaborazione dei principi che governano la materia societaria, dato atto delle conseguenze che discendono, per gli stessi soci, dalla stipula del contratto societario, va rilevato, a questo punto, incentrando l'attenzione sul profilo della responsabilità, che la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società di fatto (di norma anche occulta) e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa dovesse essere successivamente scoperta.

Al verificarsi di tale evenienza, trova applicazione, pertanto, proprio l'art. 147, co. V, l.fall. a mente del quale, *«qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile»*, si procede nello stesso modo di cui al precedente comma IV ossia *«il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento»* della medesima e degli altri soci occulti illimitatamente responsabili.

A tal fine, è stato affermato che necessario e sufficiente è l'allegazione, *a posteriori*, ad opera dei terzi, di elementi tali da dimostrare l'esistenza del contratto di società e la circostanza che gli atti posti in essere dal soggetto agente in proprio nome siano invece riferibili a tale società, anche quando quest'ultima non risulti essere stata esteriorizzata. In sintesi, dunque, dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale, il fallimento viene esteso alla società ed agli altri soci di fatto (di norma anche occulti), una volta acquisita la prova – anche in via presuntiva – che esiste una società tra il fallito e gli altri soggetti interessati alla sua attività d'impresa.

In ordine al precipuo contesto rispetto al quale vanno rapportate le considerazioni or ora esposte nonché quelle che seguiranno, va chiarito, poi, per completezza espositiva che, recentemente, il Giudice di legittimità costituzionale, in tema di estendibilità del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali ad altre società o persone fisiche che ne risultino essere soci di fatto, ha affermato che *«l'esegesi estensiva della disposizione [di cui all'art. 147, co. V, l.fall] – ritenuta preclusa dal [giudice a quo], ma già invece condivisa da parte della giurisprudenza di merito e della dottrina – si è ormai consolidata in termini di diritto vivente per effetto di alcuni successivi e risolutivi interventi del giudice della nomofilachia»*.

La Corte di Cassazione, sezione prima civile – dopo aver dato risposta positiva all'interrogativo circa la fallibilità di una società di capitali, [anche] a responsabilità limitata, che

si accerti essere socia di una società di fatto insolvente, allorché la partecipazione sia stata assunta in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361, secondo comma, cod. civ. (sentenza 21 gennaio 2016, n. 1095) – ha poi espressamente escluso che possa “ammetersi 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)” (sentenza 20 maggio 2016 n. 10507).

Ha condivisibilmente osservato, infatti, come al riferimento all’“imprenditore individuale” vada, *ratione temporis*, attribuita “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 *factis specie* non ancora prospettabili alla data della sua emanazione”. Ed ha sottolineato come, a contrario, “un’interpretazione dell’art. 147, quinto 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.” (sentenza n. 10507 del 2016 e, sulla stessa linea, sentenza 13 giugno 2016, n.12120).

La disposizione denunciata [dal Tribunale di Vibo Valentia] già, dunque, vive e si riflette nell’interpretazione, costituzionalmente adeguata, che equipara la società di capitali all’impresa individuale ai fini della estendibilità del fallimento agli eventuali rispettivi soci di fatto» (Corte costituzionale, sentenza 22 novembre-6 dicembre 2017, n. 255).

Chiarita univocamente nei termini che precedono la portata del giudizio esperibile ai sensi dell’art. 147, co. V, l.fall. e sgombrato il campo da ogni perplessità inerente alla ritualità della proposizione delle domande in esso ricomprese anche avuto riguardo al caso di specie (il riferimento va operato, in particolare, al ricorso prefallimentare *sub* R.G. n. 55/2017 pendente innanzi al Tribunale di Benevento), sempre muovendosi sul piano dei principi generali, la gradualità del ragionamento impone di esplicitare un passaggio ulteriore che si innesta su alcune delle deduzioni articolate, nel suo parere, dal legale della procedura.

In particolare, è ivi dato leggere che «la necessità del previo accertamento dell’insolvenza della società di fatto – come sostenuto dalla giurisprudenza ... – deriva proprio dalla natura giuridica del fallimento in estensione previsto dall’art. 147 l.fall., che costituisce il momento fondamentale dal quale deriva automaticamente, per estensione, il fallimento dei soci illimitatamente responsabili. L’accertamento della sussistenza di tale società implica, insomma, l’identificazione, quale imprenditore, di un soggetto diverso da quello originariamente dichiarato fallito con efficacia costitutiva *ex tunc*. Solo con la sentenza dichiarativa di fallimento si produrranno gli effetti propri dell’accertamento della società di fatto che prima è, e resta, un[a] mera situazione di fatto priva di vincolatività giuridica per l’ordinamento e non può qualificarsi come un diritto già indisponibile e pre-esistente all’efficacia costitutiva che solo la sentenza può attribuirgli. La sentenza dichiarativa del fallimento è, non a caso, una sentenza complessa: costitutiva, di accertamento e di condanna (generica a pagare). La riprova di quanto detto sta, ad esempio, nell’inammissibilità di provvedimenti cautelari, anche ai sensi dell’art. 15 l.fall., che anticipano gli effetti proprio della sentenza dichiarativa (e costitutiva) del fallimento (...) La

sentenza di fallimento (come quella del fallimento in estensione) fa da spartiacque tra il prima ed il dopo dell'accertamento costitutivo del tribunale» (pagg. 3-4).

L'estratto del parere reso dal legale della procedura *ut supra* riportato, non condivisibile in relazione ad una parte del suo contenuto ed alle conclusioni a cui si perviene, consente di introdurre, nell'ambito del discorso generale sviluppato sino a questo momento, delle precisazioni che attengono, più specificatamente, al "*carattere costitutivo della pronuncia*" che conclude il giudizio incardinato ai sensi e per gli effetti dell'art. 147, co. V, l.fall.

Ebbene, da un angolo prospettico di stretto diritto processuale civile, si è soliti sostenere, in generale, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'azione costitutiva quella a cui si correla la nascita di un diritto o di uno *status* (azione costitutiva in senso stretto) oppure la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici preesistenti. Tratto peculiare di tale tipologia di azione è la tipicità – l'essere, cioè, astrattamente esperibile nei soli casi indicati dalla legge – comunemente giustificata con la deroga che essa implica rispetto alla natura meramente dichiarativa del provvedimento del giudice, che, usualmente, si limita, infatti, ad accertare un rapporto giuridico preesistente al processo, senza determinare alcuna sua modifica.

Talvolta, tale carattere viene così grandemente accentuato al punto tale che, in relazione alla categoria delle azioni costitutive, secondo un certo orientamento di pensiero, sarebbe addirittura preferibile ritenere trattarsi di un "diritto alla modificazione giuridica sostanziale" che viene comunque prodotta proprio dal provvedimento del giudice.

Effettuata, poi, la distinzione tra azioni costitutive non necessarie (che ricomprendono quelle in cui l'effetto costitutivo-modificativo-estintivo perseguito dall'attore potrebbe ottenersi al di fuori del processo, attraverso la collaborazione del "debitore") ed azioni costitutive necessarie, viene affermato, in particolare, che queste ultime comportano una modificazione che le parti non avrebbero alcuna possibilità di conseguire in via alternativa, attraverso la propria autonomia negoziale, neppure se, sul punto, fosse possibile riscontrare la concorde volontà di entrambe. Esempi che la manualistica tradizionale annovera nell'ambito della suddetta categoria di azioni costitutive vengono rinvenuti in alcune delle impugnative del matrimonio, ai sensi degli artt. 117 ss. c.c., nella domanda di divorzio o di separazione personale (tenuto conto, a tal riguardo, che, anche in quest'ultima fattispecie, l'eventuale accordo dei coniugi necessita di un controllo, sotto forma di "omologazione", da parte dell'autorità giudiziaria) e nell'azione di disconoscimento di paternità (art. 244 c.c.). Si dice, infatti, che, al ricorrere delle ipotesi ora indicate, appare decisamente poco agevole la individuazione di un diritto sottostante, preesistente al processo, che sia diverso dal puro e semplice diritto d'azione. In virtù della suddetta peculiarità, secondo una parte degli studiosi, sarebbe opportuno stabilire, per questa specifica tipologia di azione, una collocazione autonoma ed a sé stante sia rispetto alla giurisdizione contenziosa che a quella volontaria. In maniera emblematica, merita particolare menzione quella impostazione di pensiero che utilizza a questo riguardo – o quantomeno per alcune di tali ipotesi (ad esempio, per il giudizio di interdizione o di inabilitazione, nonché per quello mirante alla dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore o alla dichiarazione di fallimento di un imprenditore) – il concetto di "giurisdizione (o processi) a contenuto oggettivo", per sottolineare come tali processi vertano non (direttamente) su un diritto o su uno *status*, bensì solamente sul dovere per il giudice di provvedere.

Di là dalla opinabilità o meno delle tesi di cui – da ultimo – si è dato conto, quello che qui si sostiene è, in definitiva, che è vero sì, come affermato dal legale della procedura, che *«solo con la*

sentenza dichiarativa di fallimento si produrranno gli effetti propri dell'accertamento della società di fatto», ma non altrettanto parimenti può essere affermato, in considerazione della specialità della situazione su cui si incide, che le parti, anche se concordi in tal senso, possano disporre a piacimento proprio degli effetti che produrrebbe l'accertamento della esistenza di una s.d.f., posto che, a seconda della tesi a cui si sceglie di aderire, si tratta di azioni costitutive necessarie in cui vengono in rilievo diritti indisponibili, status e, addirittura, il solo dovere, per il giudice, di provvedere.

Tale circostanza, infatti, non può essere revocata in dubbio, posto che, certamente, così come le parti non possono accordarsi, a mezzo di un contratto, per stabilire che una di esse debba essere considerata fallita pur in assenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, allo stesso modo ed in senso opposto, nemmeno possono sottrarre, in via negoziale, al fallimento una di esse allorquando ricorrano comunque tutti i presupposti normativamente prefissati in materia.

Proprio tenuto conto dei peculiari tratti che connotano il giudizio pendente innanzi al Tribunale di Benevento la questione della ammissibilità della conclusione, in via transattiva, di un giudizio incardinato ai sensi e per gli effetti dell'art. 147, co. V, l.fall., va risolta in senso negativo, stante la inidoneità dello strumento negoziale prescelto a regolamentare vicende che, sul piano processuale, sono oggetto di azioni costitutive necessarie.

La suddetta inidoneità emerge, altresì, anche dall'analisi delle norme dettate dal codice civile proprio in materia di transazione.

Si impongono, sul punto, le seguenti precisazioni.

Come è noto, la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra di loro (art. 1965 c.c.).

Si è soliti affermare, in ossequio all'insegnamento di autorevoli studiosi della materia, che, transigibile è la lite avente contenuto patrimoniale, purché a carattere non personale e salvo particolari cautele.

Inoltre, i diritti che formano oggetto della lite non devono essere sottratti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, alla disponibilità delle parti, pena la nullità del contratto (art. 1966, comma 2, c.c.).

Pacificamente acquisita è, poi, la costante attitudine, sia pure potenziale, della transazione ad incidere sulla vicenda litigiosa potendo la stessa essere qualificata, pertanto, in termini di negozio dispositivo e non di accertamento posto che la funzione di quest'ultimo è solo quella di rimuovere un'incertezza intorno alla situazione preesistente, mediante un accordo tra le parti circa il suo modo di essere e gli effetti giuridici prodotti.

Invero, le parti transigono proprio al fine di non sottoporre al giudizio la controversia, con lo scopo precipuo cioè di evitare una pronuncia decisiva in ordine alla spettanza dei diritti (in relazione al profilo da ultimo menzionato, merita di essere opportunamente rimarcato, dunque, che *«a differenza della transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuno di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta a dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo; esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, ma rende definitive ed immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva*

incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che risultano dall'accertamento, e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione in contrasto con esso»: Cass., 10/01/1983, n. 161).

Tenuto conto dei principi generali dettati in materia di transazione, dirimente rilievo assume, infatti, la circostanza che presupposto della *res dubia* che caratterizza la transazione è costituito non dall'incertezza obiettiva circa lo stato di fatto e diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali dei rispettivi diritti ed obblighi delle parti.

Motivo di nullità, invece, come si è avuto modo di anticipare, è quello previsto dall'art. 1966, co. II, c.c. qualora le parti dispongano di diritti per loro natura o per espressa disposizione di legge sottratti alla loro disponibilità. Si pensi, in via esemplificativa, ai diritti della personalità o alle già menzionate situazioni soggettive di diritto familiare, come, ad esempio, i diritti alimentari o lo *status* di figlio.

Come sopra ricordato, la transazione presuppone un atto dispositivo di diritti, cosicché si impone, in via immediata, il collegamento con la regola dettata dall'art. 1966, co. I, c.c. che prevede, in particolare, che *«per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti»*.

Va osservato, in relazione ai profili che maggiormente rilevano in questa sede, che l'esatta portata dell'inciso "*capacità di disporre dei diritti*" non appare di facile intelligibilità, potendosi registrare, sul punto, la formazione di più orientamenti che, in contrasto tra loro, hanno avanzato ipotesi in ordine alla sua esatta decodificazione. Infatti, secondo una prima tesi tale inciso richiamerebbe la *capacità d'agire generale*, mentre, secondo altra diversa impostazione, esso farebbe invece riferimento alla *legittimazione a transigere*. In ogni caso, si è concordi nel riconoscere la capacità o il potere di transigere una controversia a colui il *quale abbia la capacità o il potere* di compiere l'atto idoneo a dar vita alla situazione giuridica controversa. È assioma incontestato che, in difetto di tale requisito, per espressa disposizione codicistica, il contratto di transazione è nullo.

Ecco, dunque, che appare opportuno puntualizzare – ai fini di una più compiuta comprensione dei motivi a sostegno della tesi della *intransigibilità di una posizione da definire nell'ambito del giudizio incardinato ai sensi e per gli effetti dell'art. 147, co. V, l.fall.* – che lo *status* indica, in termini di stretto diritto sostanziale, la situazione giuridica soggettiva che esprime la posizione di un soggetto nei confronti di altri soggetti nell'ambito di una coattività organizzata.

Approfondendo ulteriormente la tematica in questione, nel quadro dello sviluppo dei cc.dd. gruppi intermedi tra individuo e Stato (riconosciuti e promossi, nel contesto ordinamentale vigente, dall'art. 2 Cost.), la nascita di uno *status* di carattere tipicamente ed esclusivamente privatistico deriva dall'essere il soggetto membro di una associazione o socio di una società.

Allo *status* si riconosce il rango di situazione giuridica autonoma, tutelata in quanto tale, ma anche di fonte di altre situazioni giuridiche attive e passive – in particolare diritti ed obblighi – che sono a loro volta tutelate in quanto tali. La perdita dello *status* determina, dunque, automaticamente, la perdita anche delle situazioni derivate; allo stesso modo, alla acquisizione di uno *status*, si riconnettono svariate altre situazioni giuridiche soggettive che da esso sempre derivano.

Con maggiore impegno esplicativo, è stato autorevolmente posto in luce come lo *status* non rappresenti una somma di diritti ed obblighi, ma si sostanzia in una diversa e distinta situazione che

riceve protezione dall'ordinamento mediante l'attribuzione di azioni giudiziarie volte ad accertarne l'esistenza e l'eventuale sua violazione ad opera di terzi.

Venendo a ciò che maggiormente rileva in questa sede, va rimarcato che lo *status*, quindi, non si acquista per usucapione né si perde per prescrizione, incidendo il mancato esercizio solo sui singoli diritti derivati.

Nello *status*, dunque, si riscontra un elemento materiale – costituito dalla posizione del soggetto nell'ambito della collettività organizzata – ed un elemento formale, costituito dalla relativa tutela accordata dall'ordinamento giuridico.

Ebbene, per i motivi già esposti in precedenza e che attengono alla rilevanza esterna del contratto di società, la tutela apprestata dall'ordinamento non può che operare in duplice verso di modo tale che, come, ad esempio, al socio viene riconosciuta la possibilità di agire in giudizio per il riconoscimento dei vantaggi economici che discendono dalla sua posizione in maniera non dissimile, pur se in senso inverso, ai terzi (forse maggiormente interessati ai profili di responsabilità) deve essere consentito di adire le vie legali per ottenere la verifica di quegli effetti ad essi favorevoli che discendono dall'avvenuto accertamento dello *status* di socio in capo a tutti quei soggetti che mirano, invece, a conseguire il beneficio della limitazione di responsabilità e l'esenzione dal fallimento segretamente e, pertanto, al di fuori di ogni regola e di ogni controllo.

Pertanto, sono proprio quelle esigenze di tutela dei terzi e, più in generale, di ordinato svolgimento della vita economica e celerità dei traffici commerciali di cui si è dato conto in apertura e che rappresentano il substrato su cui si innerva la inderogabilità della disciplina dettata in tema di responsabilità a rendere inammissibile lo stralcio, in via transattiva, della posizione di un soggetto che si asserisce essere socio di una s.d.f.

In aggiunta a quanto sopra, è opportuno rimarcare che, ove ritenuta sussistente la suddetta s.d.f., la sua disciplina dovrà essere imprescindibilmente rinvenuta in quella designata per la regolamentazione della s.n.c. irregolare che comporta, *ex art. 2297 c.c.*, che i rapporti fra società e terzi siano regolati, per alcuni aspetti, dalle norme dettate in materia di società semplice che, per i soci, risultano meno favorevoli.

Vale la pena ricordare, quindi, che, una volta accertata la sussistenza di un accordo delle parti sui requisiti fissati dall'art. 2247 c.c., il contratto di società deve essere ritenuto perfetto e, se l'attività dedotta in contratto è di tipo commerciale, la disciplina applicabile non può che essere quella della società in nome collettivo. È questa, infatti, il solo tipo di società commerciale per la cui costituzione non sono richieste ulteriori specificazioni contrattuali, come è invece necessario per l'accomandita semplice (previsione delle due categorie di soci) e per le società di capitali. D'altro canto, non può trattarsi di società semplice perché l'attività è commerciale.

Il regime di responsabilità che governa la tipologia di società che verrebbe in rilievo, ove mai fosse accertata l'esistenza di una s.d.f., appare dunque inderogabile ed ogni patto che incida sulla responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali non potrebbe avere effetto alcuno.

Del resto, l'intangibilità, ad opera dei privati, degli assetti societari che maggiormente spiccano per le implicazioni esterne che vi si correlano non rappresenta una novità assoluta. Invero, già in passato, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di puntualizzare che *«le controversie in materia societaria possono formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela*

dell'interesse collettivo dei soci e dei terzi; pertanto non sono compromettibili e devolvibili al giudizio degli arbitri le controversie riguardanti lo scioglimento delle società; tale principio si applica anche in ipotesi di società di persone, la quale costituisce sia sul piano sostanziale che processuale, un centro autonomo di rapporti intersoggettivi diversi e distinti da quelli facenti capo ai singoli soci» (Cass., 19/09/2002, n. 12412).

In conclusione, tirando le fila del discorso, con la transazione – che, va ribadito, è negozio dispositivo – non ci si può validamente accordare sul *modus essendi* dello *status* giuridico di socio; le parti, infatti, pur nell'esercizio dell'autonomia privata ad essi riconosciuta, non dispongono di alcun potere atto ad incidere su tale tipologia di situazione giuridica – regolamentata, per i suoi riflessi esterni, con norme di carattere imperativo ed inderogabile – residuando, quale unica forma di intervento, l'esperimento di azioni giudiziarie di tipo costitutivo.

Differente è, invece, la sorte e la natura dei singoli diritti derivati dallo *status* in relazione ai quali non sussistono ragioni che ne possano precludere la possibilità, per le parti, di poterne disporre.

Di là dalle considerazioni innanzi esposte che conducono ad una declaratoria di inammissibilità di qualsivoglia tipo di proposta transattiva a stralcio della posizione della parte resistente nell'ambito del giudizio prefallimentare n. 55/2017, poco convincenti appaiono, infine, anche i rilievi conclusivi svolti dal legale della curatela. Questi, nel suo parere, ha affermato, in particolare, che «*si potrebbe sostenere che così come il curatore sceglie di agire nei confronti di terzi, egli stesso è parimenti legittimato al compimento della scelta opposta, laddove ciò appaia più conveniente per la massa dei creditori concorsuali. E tale scelta, tenuto conto che nella specie il ricorso di fallimento è stato promosso dalla Procura della Repubblica di Benevento, potrebbe essere inviata all'Ufficio del P.M. incaricato che, proprio nella qualità di parte del processo e quale legittimata all'estensione anche in via autonoma, laddove la condivida e la ritenga vantaggiosa, possa suggellarla e/o condividerla e/o sottoscriverla e/o emettere un visto che nulla osta alla sua sottoscrizione da parte degli organi fallimentari» (pag. 11).*

La soluzione proposta dal legale della procedura appare di difficile attuazione, *maxime* in considerazione della circostanza che manca una disposizione di legge atta a normare una simile ipotesi che, per la qualità rivestita dai soggetti eventualmente coinvolti, si presenta di indubbia complessità (non può non essere ricordato, invero, che, anche in materia penale, allorquando si assiste, per esigenze di semplificazione, ad una “negoziazione” sull'entità della pena da irrogare, nell'ambito del procedimento speciale di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'accordo raggiunto tra il P.M. e l'imputato è sottoposto al vaglio del giudice al quale compete il controllo sulla corretta qualificazione giuridica del fatto e sulla congruità della pena) né, tantomeno, si ritiene che possa validamente venire in soccorso la disciplina dettata dal codice civile in materia di transazione.

Anche volendo azzardare un paragone con la situazione contemplata dall'art. 1968 c.c. (volta a regolamentare il peculiare caso in cui la transazione abbia ad oggetto una lite riguardante la falsità di un documento), la norma – pur prevedendo, a pena di inefficacia, l'omologazione della transazione conclusa durante lo svolgimento di un giudizio civile di falso, ad opera del Tribunale, sentito il P.M. – non potrebbe comunque operare in relazione a situazioni non negoziabili tra le parti (la transazione, infatti, non potrebbe vertere, ad esempio, sulla falsità del documento, che oltre ad

essere materia sottratta alla disponibilità delle parti, non consentirebbe di ravvisare concessioni reciproche).

Ebbene, ritornando alla fattispecie che qui ci occupa, non può non rilevarsi, dunque, che la presenza del P.M. non eliderebbe la circostanza che lo *status* di socio non rappresenta valido oggetto di transazione, alla luce delle analitiche argomentazioni innanzi svolte.

Infine, una breve riflessione va svolta anche in tema di “*maggior convenienza per la massa dei creditori*” della I¹, svolta dai curatori e dal legale della procedura.

Fermo restano che, per i motivi già esposti, la trattazione del profilo economico è stata volutamente posta in disparte a favore dell’esame della c.d. fattibilità giuridica della proposta transattiva (che, si ribadisce, non risulta essere stata rinvenuta tra gli atti del fascicolo), le argomentazioni articolate dal legale della procedura nel proprio parere sembrano trascurare la rilevanza di carattere eminentemente economico – che, come è ovvio, maggiormente interesserebbe ai creditori – che assume l’impostazione di pensiero che si è occupata dell’analisi dei rapporti che si instaurano tra soci e società occulta in relazione all’attività di impresa che, in concreto, risulta essere stata esercitata.

È stato sottolineato come, nel caso di società occulta, l’attività di impresa non sia svolta in nome della società, poiché gli atti di impresa non risultano ad essa formalmente imputabili. Chi opera nei confronti dei terzi agisce in nome proprio, sia pure nell’interesse e per conto di una società di cui è eventualmente socio; agisce cioè come mandatario senza rappresentanza della società occulta. Secondo tale prospettazione, non vi è dubbio che è al socio e non alla società che sono formalmente imputabili gli atti di impresa ed i relativi effetti (art. 1705 c.c.). Il fallimento della società occulta è dunque norma eccezionale e la nuova disciplina non comporta che l’attività di impresa sia imputata alla società in tutti i suoi effetti attivi e passivi. Posto, dunque, che deve ritenersi preferibile il solo criterio di imputazione formale, deve escludersi che la società occulta sia direttamente responsabile verso i terzi per le obbligazioni contratte per conto della stessa, ma in nome proprio, dal socio di fatto (quasi sempre occulto) finché quest’ultimo non è dichiarato fallito. Trova applicazione in materia la disciplina del mandato e, pertanto, la I¹ N¹, già dichiarata fallita, (o i suoi creditori che agiscano, nella ricorrenza dei presupposti, in via surrogatoria) potrà adire le vie legali nei confronti della società e dell’altro socio occulto per farsi somministrare “*i mezzi necessari per l’esecuzione del mandato e per l’adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in nome proprio*” (art. 1719 c.c.). In sintesi, al di fuori delle procedure concorsuali, lo strumento di tutela dei creditori della società occulta, nei confronti dei soci occulti, successivamente scoperti, potrebbe essere addirittura anche un’*actio mandati contraria*.

Ciò presuppone, comunque, che si sia addivenuti, con esito positivo, all’accertamento a cui è preposta la disciplina di cui all’art. 147, co. V, l.fall.

In conclusione, tenuto conto delle sole criticità che pertengono alla questione della c.d. fattibilità giuridica, si ritiene, dunque, che lo *status* di socio – oggetto di accertamento nel giudizio incardinato ai sensi e per gli effetti dell’art. 147, co. V, l.fall. – non sia suscettibile di transazione, rientrando, per contro, nella disponibilità delle parti i soli diritti ed obblighi che ne rappresentano diretta ed immediata estrinsecazione.

DOCUMENTO AUTENTICATO IN DATA 10/11/2020 11:20:11

Posto quindi che, in definitiva, vengono in rilievo esigenze di tutela dei terzi – non potendo le parti restringere una responsabilità che, nelle intenzioni del legislatore, nasce come inderogabilmente solidale ed illimitata – solo successivamente all'accertamento (con effetti costitutivi) dell'esistenza della s.d.f. e del riconoscimento della qualità di socio occulto, al ricorrere delle circostanze previste in astratto dalla legge per la sua applicabilità, sarà rimessa all'autonomia delle parti la possibilità di definire determinate posizioni debitorie nelle rituali forme di legge da individuare, verosimilmente, in quelle del concordato fallimentare.

Pertanto, anche a garanzia dei terzi e del ceto creditorio, nonché dell'ordinato svolgimento della vita economica e della celerità dei traffici commerciali, occorre procedere alla rituale prosecuzione del giudizio volto all'accertamento, ex art. 147, co. V, l.fall., dell'esistenza di una società di fatto tra la fallita *Società* e la *V*. E, il Notaio *V*

è finalizzato ad ottenere l'eventuale declaratoria di fallimento della predetta società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili, Notaio *V* e

P.T.M.

- applicato l'art. 35, co. III, l.fall., rilevata la mancanza di uno schema di proposta transattiva, dichiara non luogo a provvedere in ordine a qualsivoglia tipo di manifestazione di disponibilità in tal senso avanzata dalle parti del giudizio prefallimentare incardinato *sub* R.G. n. 55/2017 e pendente innanzi al Tribunale di Benevento;

- in punto di diritto, applicati gli artt. 1965 ss. c.c. e 147, co. V, l.fall., dichiara l'inammissibilità della proposta transattiva, come in atti prospettata, e invita i curatori a proseguire il giudizio volto all'accertamento, ex art. 147, co. V, l.fall., dell'esistenza di una società di fatto tra la fallita *Società* il Notaio *V* e la *V* e finalizzato ad ottenere la eventuale declaratoria di fallimento della predetta società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili, Notaio *V* e

Manda alla cancelleria per la comunicazione di rito.

Benevento, li 8 marzo 2018

Il G.D.
Dr. Michele Monteleone

