

SILVIO PIETRO CERRI^(*)

SOCIETÀ DI FATTO E INTERESSI FAMILIARI

Abstract: The essay analyzes some hypotheses of coexistence between family-type interests and specific interests of business management in its various forms (individual business, family business, company), noting, in particular, the importance of univocally distinguishing cases in which the business is managed individually, cases in which the company is managed jointly with the spouse and/or family members and cases in which the entrepreneur shares the management, with spouse and/or family members, in a substantial (and not even formal) way. This allows to identify the boundary between gratuitous acts arising from an exclusively family interest (i.e., a guarantee in favor of the entrepreneur spouse due to moral obligation), from formal (and not even substantial) gratuitous acts (guarantee in favor of the entrepreneur spouse as an act of co-management of business).

SOMMARIO: 1. Rapporti familiari e patti tra soci. – 2. Società di fatto, impresa familiare e azienda coniugale. – 3. Atti dispositivi e principio di solidarietà. – 4. Interesse del garante e corrispettività indiretta. Fideiussione *omnibus* e conferimento.

1. — *Rapporti familiari e patti tra soci.*

Vi è, intorno all'annosa questione concernente la corretta inquadrabilità della c.d. società di fatto⁽¹⁾, un consolidato orientamento giurisprudenziale, volto a ritenerne la sussistenza nell'ipotesi in cui, in difetto di espresso ac-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ V. in proposito R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59; C. ANGELICI, *Società di fatto (società di fatto e irregolare)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; F. KUSTERMANN, *Delle società. Commentario*, Milano, 1988, p. 122; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980; ID., *Verso la soppressione del socio occulto*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 205 ss.; V. SALAFIA, *Società di fatto: ammissibile la trasformazione in società di persone*, in *Società*, 1995, p. 1314; ma v. anche F. DI SABATO, *Manuale della società*, Torino, 1992, p. 69 ss.; F. GALGANO, A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Galgano, Padova, 1988, p. 56.

cordo, due o più persone agiscano in qualità di soci, a mezzo di comportamenti concludenti⁽²⁾.

Detta impostazione, tuttavia, non consente a tutt'oggi una individuazione univoca del fenomeno, potendo parlarsi di "società di fatto" in due casi fondamentali, ossia in presenza di: a) un accordo interno tra soci, non ne-

⁽²⁾ Sulla necessità della sussistenza di circostanze concludenti al fine di poter parlare di società di fatto cfr., *ex multis*, Cass., 22 febbraio 2008, n. 4529, in *Fallimento*, 2008, p. 911, con nota di A. BARBIERI, *L'estensione del fallimento del socio occulto o di fatto*; Cass., Sez. lav., 5 gennaio 2007, n. 47, in *Notariato*, 2007, p. 143; Cass., Sez. lav., 4 gennaio 2007, n. 23, in *Impresa*, 2007, p. 635, in *Dir. e prat. lav.*, 2007, p. 2111, in *Lav. nella giur.*, 2007, p. 1026, ove si sottolinea che «Per l'esistenza in capo al coniuge dell'imprenditore della qualità di socio di fatto (e della conseguente responsabilità patrimoniale nei confronti dei dipendenti dell'imprenditore stesso) è necessario che il vincolo societario emerga da elementi concludenti, rigorosamente provati, idonei ad escludere che l'eventuale partecipazione all'attività aziendale del coniuge sia motivata esclusivamente dall'*affectio maritalis* nonché a delineare in modo inequivoco la compartecipazione all'attività commerciale»; Cass., 8 agosto 2003, n. 11957, in *Guida al dir.*, 2003, 44, p. 67; Cass., 26 agosto 1998, n. 8468, in *Corr. trib.*, 1998, p. 3062, e in *Riv. dir. trib.*, 2000, II, 233; Cass., 27 novembre 1997, n. 11975, in *Fallimento*, 1998, p. 1150, con nota di F. PATINI, *Prova e presunzione del vincolo sociale nelle società di fatto*, secondo la quale «Per poter considerare esistente una società di fatto, agli effetti della responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato ed incolpevole che quelli agissero come soci, atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto, il quale tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportino esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse. Tuttavia, in caso di società di fatto (che si assuma) intercorrente fra consanguinei, la prova dell'esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dall'*affectio familiaris*, sicché, di regola, non è di per sé sufficiente la dimostrazione di finanziamenti e/o pagamenti ai creditori dell'impresa da parte del congiunto dell'imprenditore, costituendo questi atti neutri, spiegabili anche in chiave di solidarietà familiare»; Cass., 29 ottobre 1997, n. 10695, in *Studium iuris*, 1998, p. 317, in *Corr. giur.*, 1998, p. 924, con nota di F. FRUMIGLI, *Società di fatto e principi contrattualistici*, nonché in *Giur. it.*, 1998, p. 747; Cass., 13 maggio 1997, n. 4187, in *Giur. it.*, 1998, p. 513; Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 160, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 124, in *Riv. dott. comm.*, 1997, p. 587, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 996, con nota di P. USAI, *In tema di prova di società apparente tra consanguinei*, in *Riv. not.*, 1997, p. 879, e in *Fallimento*, 1997, p. 162, con nota di A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*; Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 464, in *Fallimento*, 1989, p. 269, nonché in *Società*, 1989, p. 129, con nota di S. TAURINI, *Assoggettabilità a fallimento di socio receduto*.

cessariamente manifesto ai terzi, per la comune gestione di un'attività d'impresa; *b*) un vincolo societario esternato a terzi in modo da ingenerare, nei medesimi, la legittima convinzione dell'esistenza di una società, anche in assenza di sua formale costituzione⁽³⁾. La prova del vincolo societario, in linea di principio, può essere diretta ovvero ottenuta in modo presuntivo, per il tramite di manifestazioni esteriori del rapporto societario.

Si ha la prima ipotesi ove, con riferimento ai rapporti interni tra soci, si dimostri la sussistenza degli elementi costitutivi di una società, come il conferimento di beni e/o servizi per la formazione del fondo comune, la partecipazione a utili e perdite nonché, infine, la volontà di collaborare e di vincolarsi al fine di raggiungere un risultato comune⁽⁴⁾: si tratta, in sintesi, della c.d. *affectio societatis*⁽⁵⁾, normalmente comprovata dalla stipula di un contratto societario⁽⁶⁾.

Al contrario, in assenza di prova diretta, dovrà farsi riferimento a comportamenti tendenti a manifestare un rapporto societario e idonei a dimostrare l'esistenza del vincolo tramite processo induttivo: si pensi, ad esempio, alle operazioni di finanziamento nonché di garanzia, cui deve attribuirsi rilievo nell'ipotesi in cui, effettuate in maniera sistematica e concludente:

⁽³⁾ A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 163.

⁽⁴⁾ *Ex multis*, Cass., 7 dicembre 1989, n. 5408, cit. Sul punto anche A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 163.

⁽⁵⁾ Cfr., per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 26 marzo 1994, n. 2985, in *Fallimento*, 1994, p. 845; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, *ivi*, 1991, p. 239; Cass., 10 agosto 1990, n. 8154, *ivi*, 1991, p. 473; per quella di merito v. Trib. Napoli, 17 luglio 1996, *ivi*, 1997, p. 103, con nota di V. RINALDI, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, secondo il quale «Condizioni necessarie e sufficienti per la rappresentazione del vincolo sociale sono la coesistenza di elementi oggettivi, quali il conferimento di beni o servizi, con la formazione di un fondo comune e con la partecipazione degli autori dei conferimenti ai guadagni ed alle perdite, e soggettivi, concretantisi nell'intenzione pattizia dei contraenti di vincolarsi e collaborare per conseguire i risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di una o più attività economiche ed imprenditoriali (c.d. *affectio societatis*)»; nonché Trib. Cassino, 14 giugno 1995, *ivi*, 1996, p. 293, con nota di L. GAFFURI, *Prestazioni di garanzia a favore del coniuge e fallimento di società apparente*.

⁽⁶⁾ Sul punto Trib. Catania, 7 aprile 1988, nonché App. Catania, 8 luglio 1988, entrambe in *Fallimento*, 1989, p. 308.

a) costituiscano, alla stregua di un conferimento⁽⁷⁾, il mezzo di apprestamento della propria opera di sostegno nell'attività d'impresa; b) sottolineino un chiaro intento volto alla gestione imprenditoriale, incompatibile sia con il diritto di regresso che con l'assunzione della qualifica di terzo creditore dell'ente garantito⁽⁸⁾. Oltre a dette operazioni di finanziamento e garanzia dovrà tenersi conto di quelle operazioni le quali, valutate nel loro complesso nonché sotto il profilo della loro concretezza, costituiscano manifestazione di unità d'intenti nell'ambito della gestione imprenditoriale e nel perseguimento dei medesimi risultati.

Vi sono, poi, casi di "società apparente"⁽⁹⁾, in cui l'esistenza di una società di fatto non è dimostrabile a mezzo della mera esteriorizzazione del vincolo societario⁽¹⁰⁾, ed atti e comportamenti predetti acquistano rilievo giuridico

⁽⁷⁾ Sulla configurabilità della fideiussione in termini di conferimento v. *infra*, § 4.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, cit.; Cass., 4 agosto 1988, n. 4827, *ivi*, 1989, p. 15, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 463, nonché in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 372.

⁽⁹⁾ In tema di distinzione tra società di fatto, società occulta e società apparente, notoriamente oggetto di ampia e risalente attenzione da parte della dottrina, si v., *ex multis*: R. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 59 ss.; C. ANGELICI, voce *Società irregolari e di fatto*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1989, p. 3 ss.; C. CARBONE, *La società occulta*, in F. PREITE, C.A. BUSI (a cura di) *Trattato società di persone*, I, Torino, 2015, p. 91 ss.; M.A. MARZULLI, *La società di fatto*, *ivi*, p. 61 ss.; F. PREITE, *La società apparente*, *ivi*, p. 79 ss.; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO, M. SARALE, R. WEIGMANN (a cura di), *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, Padova, III, 2004, p. 401 ss.; G. FERRI jr., *Società di fatto e imprenditore occulto*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, p. 610 ss.; G. SPATAZZA, *La società di fatto*, 1980, Milano, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. sul punto Trib. Verona, 12 dicembre 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 35, secondo cui «La prestazione di garanzie di natura fideiussoria all'interno del nucleo familiare, da parte di un coniuge a favore dell'altro coniuge imprenditore, non è sufficiente a coinvolgere il garante nel fallimento del garantito in qualità di socio di quest'ultimo, in quanto essa prestazione non prova in modo certo ma solo in via indiziaria l'esistenza di un vincolo sociale di fatto tra moglie e marito»; tale decisione si armonizza, come la ormai quasi totalità delle decisioni di merito, con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità. In ordine alla prova del rapporto sociale di fatto cfr., in generale, Cass., 6 ottobre 1988, n. 5403, cit., secondo la quale «Ai fini della dichiarazione di fallimento di una società di fatto, la sussistenza del contratto sociale può risultare, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti, anche da manifestazioni esteriori, quando per la loro sintomaticità e concludenza inducano a ritenere l'esistenza della società anche nei rapporti interni; finan-

solo ove idonei ad ingenerare un ragionevole convincimento, in capo ai terzi, dell'esistenza del vincolo societario: in questi casi, ed ai fini dell'assoggettabilità dei soci al fallimento, gli interpreti tendono ad equiparare la società di fatto, concretamente esistente, a quella apparente⁽¹¹⁾.

ziamenti e fideiussioni in favore dell'imprenditore, se non sono di per sé idonei a provare il rapporto sociale, possono costituire indici rivelatori del rapporto qualora per sistematicità e in relazione al caso concreto siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa, qualificabile come collaborazione del socio al raggiungimento degli scopi sociali»; ma v. anche Cass., 4 agosto 1988, n. 4827, cit.

Con particolare riferimento alle società di fatto tra coniugi e, in genere, tra familiari, v. Cass. (ord), 4 ottobre 2019, n. 27541, in *Giur. it.*, 2020, 4, p. 864, con nota di A. OVAZZA, *Società di fatto in ambito familiare ed estensione del fallimento*, in *Studium iuris*, 2020, p. 613, e in *Società*, 2020, p. 111, ove si evidenzia che «In tema di estensione del fallimento del titolare dell'impresa individuale agli altri componenti della famiglia, l'esistenza del contratto sociale può essere desunta, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti (*affectio societatis*, costituzione di un fondo comune, partecipazione agli utili ed alle perdite), anche da manifestazioni esteriori che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, siano rivelatrici, per il loro carattere di sistematicità e concludenza, delle componenti del rapporto societario, tra le quali particolare significatività può riconoscersi ai rapporti di finanziamento e di garanzia che siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa per il raggiungimento degli scopi sociali»; Cass., 17 ottobre 1986, n. 6087, in *Rep. Giur. it.*, 1987, voce *Fallimento*, n. 535, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 416 e in *Fallimento*, 1987, p. 572; Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Società*, n. 239, in *Giur. comm.*, 1983, p. 847, e in *Fallimento*, 1983, p. 1342; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Lucca, 30 giugno 1986, in *Rep. Giur. it.*, 1987, voce *Fallimento*, n. 538, e in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 934; App. Messina, 26 luglio 1985, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Fallimento*, n. 597, e in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, p. 565, con nota di S. ALAGNA, *Garanzie per i debiti, impresa familiare e società di fatto*; Trib. Udine, 30 novembre 1984, in *Rep. Giur. it.*, 1985, voce *Società*, n. 283, e in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 505; Trib. Tempio Pausania, 30 aprile 1983, in *Rep. Giur. it.*, 1985, voce *Fallimento*, n. 624, e in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 282; Trib. Roma, 23 giugno 1982, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Società*, n. 272, e in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 244, con nota di D. DI GRAVIO, *Pregiudizialità fra concordato fallimentare e procedura di estensione. Le società di fatto all'interno delle famiglie*. Anche in dottrina vi è orientamento univoco in ordine agli indici rivelatori della sussistenza di una società di fatto tra coniugi e, in genere, tra familiari: cfr. M. BRONZINI, *Inattesa dichiarazione di fallimento anche di un terzo in occasione di risoluzione di un concordato*, in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 934 ss.; S. ALAGNA, *Garanzie per i debiti, impresa familiare e società di fatto*, cit., p. 571 ss.; D. DI GRAVIO, *Pregiudizialità fra concordato fallimentare e procedura di estensione. Le società di fatto all'interno delle famiglie*, cit., p. 247 ss.

⁽¹¹⁾ In tal senso v. Cass., 9 settembre 1996, n. 8168, in *Fallimento*, 1997, p. 503; Cass., 11 marzo 1992, n. 2914, *ivi*, 1992, p. 696; Cass., 8 gennaio 1991, n. 84, cit.; Cass., 7 giugno 1985,

La società di fatto, come quella apparente, può sussistere tra coniugi e/o tra parenti stretti⁽¹²⁾, ed in tali ipotesi – proprio in considerazione della sostanziale coincidenza degli elementi tipici del rapporto coniugale e/o familiare con quelli strutturali del vincolo societario – è necessario garantire un certo rigore nel valutare sia la prova del vincolo che le eventuali, relative, esteriorizzazioni⁽¹³⁾.

n. 3398, *ivi*, 1986, p. 152. Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Torino, 26 novembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, 2, c. 399, con nota di G. BENESSIA, *Nota in tema di fallimento della società apparente*, nonché in *Riv. not.*, 1993, p. 1252, il quale sottolinea che «L'ingerenza nella gestione e nell'amministrazione di una s.n.c. (attuata attraverso riscossione di importi e pagamento di fatture per conto della società) ancorché non sufficiente di per sé ad integrare la prova di un rapporto sociale di fatto ed occulto, costituisce tuttavia circostanza idonea ad ingenerare nei terzi il convincimento dell'esistenza di tale rapporto. La necessità di tutelare l'incolpevole affidamento di questi ultimi, giustifica pertanto l'estensione del fallimento al socio apparente, essendo irrilevante la presenza o meno di accordi con i componenti effettivi della società».

⁽¹²⁾ Per la qualificabilità dei “parenti stretti” si v. Trib. Catania, 15 luglio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 52, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 167, in *Riv. dott. comm.*, 1993, p. 350, nonché in *Fallimento*, 1993, p. 105, secondo cui debbono rinvenirsi tra quelli elencati *ex art.* 433 c.c.

⁽¹³⁾ Cfr. sul punto Cass., 2 aprile 1999, n. 3163, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 560, nonché in *Fallimento*, 2000, p. 606, con nota di G.M. ZAMPERETTI, *Fallimento della società di fatto*, secondo cui «In tema di società di fatto che si assuma intercorrente tra soggetti legati da stretti vincoli familiari, la prova della esteriorizzazione del vincolo societario, necessaria e sufficiente per poter considerare esistente la società, deve essere rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dall'*affectio familiaris*, e da deporre, invece, in modo non equivoco nel senso di una sua compartecipazione all'attività commerciale del consanguineo». Per la giurisprudenza di merito si v. App. Milano, 22 giugno 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 120, secondo cui «Ai fini della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile di una s.d.f., ai sensi dell'art. 147 l.fall., ha rilevanza il fatto che il soggetto abbia utilizzato i propri conti correnti personali per fare e ricevere pagamenti afferenti l'attività di impresa e per farvi confluire finanziamenti dichiaratamente utilizzati per acquistare un bene strumentale dell'attività del coniuge, in quanto tali comportamenti sono riconducibili all'*affectio societatis* e non all'*affectio maritalis*»; App. Napoli, 2 novembre 2010, in *leggiditalia.it*, la quale sottolinea che «Deve ritenersi sussistente una società di fatto tra coniugi, rilevante ai fini fallimentari, ogni qualvolta l'un coniuge ponga in essere ripetuti atti di amministrazione e gestione dell'impresa dell'altro, in tal modo apparendo all'esterno come contitolare della stessa. In ipotesi siffatte, invero, tali condotte non possono in alcun modo giustificarsi né nell'adempimento di obblighi nascenti dal rapporto di coniugio, né alla stregua di apporto all'impresa familiare altrui. In tale ultimo caso, in particolare, l'unica persona legittimata ad agire nei confronti dei terzi è unicamente il titolare dell'impresa».

La giurisprudenza di legittimità è infatti costante nel ritenere che le operazioni di finanziamento e/o di garanzia poste in essere dal coniuge o dal familiare stretto costituiscano di per sé atti neutri, la cui *ratio* è rinvenibile, potenzialmente, nella solidarietà familiare come nel vincolo societario: di conseguenza, in sede fallimentare, solo nel secondo caso sarà possibile estendere, al coniuge od al familiare, la responsabilità illimitata e solidale, ponendo dette attribuzioni «rilevare solo quando intervengano non già al solo scopo di supportare l'imprenditore (come avviene di frequente tra familiari), bensì se dimostrino l'intendimento di voler assumere anche i rischi connessi alla gestione dell'impresa»⁽¹⁴⁾.

Sarà quindi necessario individuare, caso per caso, la linea di confine tra *affectio familiaris* ed *affectio societatis*⁽¹⁵⁾ in modo tale da rendere dimostrabile l'eventuale volontà del coniuge, o del familiare in genere, di compartecipare all'attività di gestione imprenditoriale al di là del legame affettivo-familiare⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Così A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

⁽¹⁵⁾ Cfr. sul punto M. BIANCA, *Estensione dello status di socio accomandatario al coniuge dell'accomandataria: "affectio societatis" o "affectio coniugalis"?*, in nota ad App. Genova, 18 agosto 2020, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 946 ss.; ma v. anche S.P. CERRI, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, nota a Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Vita not.*, 2013, p. 1063 ss. V. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius.*, 1994, 14, p. 143; Trib. Pordenone, 8 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 217; App. Catania, 19 settembre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, p. 608.

⁽¹⁶⁾ V. sul punto Cass., 26 luglio 1996, n. 6770, cit.; Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, cit.; Cass., 27 settembre 1956, n. 293, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 800; v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, App. Bologna, 12 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2003, p. 900; Trib. S. Maria Capua Vetere, 16 aprile 2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 416; Trib. Napoli, 17 luglio 1996, cit.; Trib. Cassino, 14 giugno 1995, cit.; Trib. Torino, 25 maggio 1992, in *Fallimento*, 1992, p. 974; Trib. Ravenna, 6 maggio 1994, in *Gius.*, 1994, 14, p. 143; Trib. Catania, 15 luglio 1992, cit.; Trib. Pordenone, 8 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 217, con nota di V. COLUSSI, *Società di fatto fra coniugi*; Trib. Catania, 28 febbraio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2914, in *Dir. fall.*, 1991, p. 237, con nota di S. DEL CORE, *Fideiussione omnibus e fallimento*, e *ivi*, 1992, p. 610, con nota di G.L. NIGRO, *Sull'efficacia del diritto di prelazione previsto nello statuto di una società a responsabilità limitata*; Trib. Verona, 12 dicembre 1988, cit.; Trib. Tempio Pausania, 30 aprile 1983, cit.; Trib. Roma, 23 giugno 1982, cit.; App. Napoli, 22 dicembre 1980, in *Fallimento*, 1981, p. 521, e in *Foro nap.*, 1981, I, c. 8, secondo cui «In materia di società di fatto tra coniugi la prova dell'esistenza di un vincolo sociale deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo la inequivoca partecipazione di un coniuge all'attività commerciale dell'altro

2. — *Società di fatto, impresa familiare e azienda coniugale.*

Legata alla presenza, tra gli appartenenti ad una medesima compagine imprenditoriale, dei parenti o del coniuge dell'imprenditore vi è, in aggiunta a quella della prova del rapporto sottostante, un'ulteriore questione, riguardante la collocabilità di un'impresa *lato sensu* collettiva nell'ambito dello schema della società di fatto, ovvero della impresa familiare.

Le conseguenze derivanti dal sostenere una interpretazione piuttosto che un'altra debbono ritenersi dotate di una certa rilevanza⁽¹⁷⁾ dal momento che, a differenza di quanto avvenga per i componenti di un'impresa familiare, i soci di una società di fatto – come i soci di una società di persone regolare – debbono considerarsi, in caso d'insolvenza della società, soggetti a fallimento personale. Al contrario, i membri di una impresa familiare mai assumono la qualifica imprenditoriale, vantando esclusivamente un diritto di credito (utili e mantenimento) nei riguardi del soggetto che suddetta qualifica rivesta⁽¹⁸⁾.

di guisa che detta partecipazione configuri quella *affectio societatis* che implica un *quid pluris* e diverso dall'*affectio coniugalis*; in mancanza di contrari indizi univoci e concludenti, l'aiuto dato dall'uno all'altro coniuge, deve essere considerato per presunzione logica come una possibile derivazione dai vincoli di convivenza e di affetto nascenti dal matrimonio, anziché come una manifestazione certa di cointeressenza tra coniugi a fini di lucro»; Trib. Rimini, 25 febbraio 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 522; Trib. Torino, 20 gennaio 1971, *ivi*, 1971, II, p. 290; Trib. Bari, 18 marzo 1965, *ivi*, 1965, II, p. 518; App. Roma, 12 ottobre 1963, *ivi*, 1963, II, p. 684; Trib. Bologna, 28 giugno 1962, *ivi*, 1962, II, p. 727; Trib. Roma, 2 dicembre 1958, *ivi*, 1959, II, p. 295. *Contra*, Cass., 14 febbraio 2001, n. 2095, in *Giur. it.*, 2001, p. 1885; Trib. Messina, 8 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1192; Trib. Padova, 26 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 919; Trib. Messina, 14 gennaio 1995, in *Gius.*, 1995, p. 1646; App. Catania, 19 settembre 1991, *cit.*; App. Messina, 26 luglio 1985, *cit.*; Trib. Napoli, 30 marzo 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, p. 968; App. Firenze, 3 aprile 1970, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 840, con nota di M. Bronzini, *Fideiussioni pericolose*; Trib. Pistoia, 15 maggio 1968, in *Giur. merito*, 1969, II, p. 137; App. Milano, 2 marzo 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, p. 253.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, *cit.*, p. 164.

⁽¹⁸⁾ V. in proposito Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 21, con nota di P. PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*; ma v. anche Trib. Milano, 10 giugno 1993, *ivi*, 1994, II, p. 257, secondo cui «La linea di demarcazione tra società di fatto e impresa familiare va tracciata in ragione del comportamento dei partecipanti nei confronti dei terzi: se essi si pongono verso

L'istituto dell'impresa familiare è stato introdotto dalla riforma del diritto di famiglia del '75 al fine di attribuire rilevanza e tutela giuridica alle forme di prestazione lavorativa *de facto* effettuata – in assenza di vincolo di subordinazione, ovvero di rapporto di lavoro associativo o societario – da parte dei familiari dell'imprenditore. L'art. 230-*bis* c.c. quindi richiede, per la relativa applicazione, che l'attività lavorativa prestata dal familiare risulti improntata non alla cogestione imprenditoriale, bensì alla mera collaborazione, realizzabile sia a livello interno (con l'imprenditore) che esterno (tale da rendersi conoscibile a terzi).

Anche a livello d'impresa familiare possono prospettarsi, quindi, questioni probatorie analoghe a quelle affrontate in ordine alla società di fatto: nel caso in cui l'esteriorizzazione, infatti, risulti idonea ad ingenerare nei terzi la legittima convinzione dell'esistenza di un vincolo imprenditoriale di natura societaria, anche a fronte di formale atto costitutivo d'impresa familiare dovrà ritenersi esistente, in sostanza, una società di fatto, con conseguente estendibilità, al coniuge/familiare, della disciplina concernente il fallimento⁽¹⁹⁾.

Nell'ipotesi in cui, inoltre, nell'ambito di una società di fatto tra coniugi risulti vigente il regime di comunione dei beni, sono prospettabili ulteriori questioni interpretative, dal momento che la disciplina societaria dovrà porsi in coordinamento con quella del citato regime patrimoniale.

questi ultimi come contitolari dell'impresa, si può ritenere esistente, pur in assenza di prova dell'esistenza dell'*affectio societatis* una società apparente titolare di un proprio patrimonio giuridico costituito da un fascio di obbligazioni e come tale assoggettabile a fallimento. Nel caso di fallimento della società, questo può essere esteso all'ex socio già illimitatamente responsabile se l'insolvenza che lo ha determinato riguarda obbligazioni sorte antecedentemente allo scioglimento del vincolo sociale»; nonché Trib. Torino, 25 marzo 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 1993, ove si evidenzia che «L'impresa familiare costituisce un istituto, la cui disciplina può essere invocata solo quando nella fattispecie, cui le parti hanno dato vita, non sia individuabile un diverso rapporto giuridico, come invece è ravvisabile nell'ipotesi in cui con il comportamento esteriore sia stato ingenerato nei terzi l'affidamento in ordine all'esistenza di una società di fatto attraverso la prestazione di finanziamenti, fidejussioni ed altri comportamenti che per la loro sistematicità pongono in evidenza una collaborazione del socio per il raggiungimento degli scopi sociali». In dottrina cfr., per i profili generali, M.C. ANDRINI, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. amm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1989, p. 59 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

Il pensiero va, *in primis*, all'art. 177, 1° comma, lett. *d*) e 2° comma, c.c., in materia di azienda coniugale.

A fronte di una giurisprudenza piuttosto esigua riguardo all'azienda coniugale⁽²⁰⁾ – tale da non consentire una elaborazione di principi generali –,

⁽²⁰⁾ In argomento, v. Cass. (ord.), 27 aprile 2020, n. 8222, in *Foro it.*, 2020, 1, c. 3169, secondo cui «In caso di costituzione, tra i coniugi, di una società di persone, ai beni compresi nel patrimonio sociale si applica la disciplina societaria e non quella, recessiva, dell'azienda coniugale»; ma v. anche Cass., Sez. lav., 23 maggio 2006, n. 12095, in *Lav. nella giur.*, 2006, p. 1231, nonché in *Impresa*, 2006, p. 1705, la quale sottolinea che «L'art. 177 c.c., lett. *d*), come modificato dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, art. 59, considera oggetto di comunione legale le aziende gestite da entrambi i coniugi, costituite dopo il matrimonio. / Dato questo carattere essenziale di gestione paritaria, l'azienda coniugale di cui all'art. 177 c.c., lett. *d*), sembra assimilabile ad una impresa collettiva, diversamente dalla impresa familiare, di cui all'art. 230-*bis* c.c., introdotto dall'art. 89 della stessa legge sul nuovo diritto di famiglia, nella quale i diritti dei collaboratori rilevano solo sul piano obbligatorio, non comportano alcuna modifica nella struttura dell'impresa, che fa capo al titolare della stessa, il quale solo ha la qualifica di imprenditore ed al quale spettano i poteri di gestione e di organizzazione del lavoro (Cass., 15 aprile 2004, n. 7223, Cass., 20 giugno 2003, n. 9897, Cass., 6 marzo 1999, n. 1917, Cass., 4 ottobre 1995, n. 10412). La dottrina civilistica è divisa sulla natura giuridica dell'azienda coniugale, anche in rapporto a quella della impresa familiare. Tuttavia il rilievo ad essa comune [...] è che con le norme citate il legislatore non ha inteso disciplinare nuove forme d'impresa, ma tutelare i familiari partecipi, e si è limitato ad attribuire ad essi una serie di diritti (a carattere patrimoniale, stante la sede civilistica). / Si tratta di considerazioni comuni al carattere residuale della impresa familiare di cui all'art. 230-*bis*, che tutela i partecipanti, sul piano patrimoniale, in tutti i casi in cui non si configuri già la tutela propria del rapporto di lavoro subordinato o di quello societario (Cass., 26 giugno 1984, n. 3722, Cass., 9 giugno 1983, n. 3948)»; Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1992, n. 13390, in *Dir. e giur. agr.*, 1993, p. 83, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 1, p. 609, con nota di P. BONTEMPI, *Impresa familiare e retribuzione*, in *Vita not.*, 1993, p. 813, in *Dir. fam.*, 1994, p. 106, secondo la quale «In relazione al disposto dell'art. 230-*bis* c.c., l'ipotesi di impresa familiare realizzata mediante la partecipazione del coniuge all'attività aziendale si differenzia dalla fattispecie dell'azienda coniugale prevista dall'art. 177, lett. *d*) c.c., in cui la collaborazione dei coniugi si attua con la gestione comune dell'impresa; ai fini di tale distinzione non ha alcuna rilevanza diretta il regime di comunione dei beni vigente tra i coniugi, che può spiegare effetti solo sul piano della tutela, *ex art.* 178 c.c., dei diritti sui beni destinati all'esercizio di impresa». Si v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, App. Milano, 10 maggio 2006, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 363, con nota di G. BECCARA, *I confini tra l'impresa coniugale e l'impresa familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 123, con nota di U. MINNECI, *Fisiologia e patologia dell'azienda coniugale*, ove si sottolinea che «In presenza dell'ipotesi, legislativamente prevista, di gestione dell'azienda da parte di entrambi i coniugi non si discute più della configurabilità di una società di fatto, né tantomeno di un'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c., la cui applicazione

l'argomento è stato oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina⁽²¹⁾, la quale correttamente osserva, anzitutto, come debba escludersi qualsiasi incompatibilità tra società di fatto ed azienda coniugale, essendo, la prima, mera rappresentazione della modalità di svolgimento di un'attività d'impresa, mentre la seconda costituisce un *corpus* di beni organizzati per l'esercizio di detta attività, rilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina del regime patrimoniale tra coniugi⁽²²⁾.

L'azienda coniugale è, in sostanza, un *corpus* che forma oggetto della comunione legale dei coniugi, e non deve confondersi con quell'azienda che coniugale possa solo apparire in superficie alla luce del fatto che sia, ad esempio, di comproprietà dei coniugi, ovvero che sia lo strumento di esercizio di un'impresa coniugale (da non confondersi, a sua volta, con l'impresa familiare)⁽²³⁾.

La corretta collocazione sistematica della azienda coniugale è, tuttavia, tutt'altro che scontata o lineare⁽²⁴⁾.

è residuale rispetto ad ogni altro rapporto fra coniugi normativamente disciplinato», e «La peculiarità della fattispecie disciplinata dall'art. 177, comma 1, lett. d) c.c. per quanto attiene all'azienda sta nel fatto che quando la costituzione (o l'acquisto) della stessa avviene dopo la celebrazione del matrimonio e non si tratti, in forza del titolo, di un bene personale, l'attribuzione della titolarità a uno solo dei coniugi ovvero alla comunione coniugale viene a dipendere non dalle modalità con cui si costituisce o viene acquistata l'azienda medesima, bensì dal dato rappresentato dalla gestione»; Trib. Cagliari, 6 giugno 1996, n. 977, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 688, con nota di M. AMITRANO, *Sull'ammissibilità di una «trasformazione» di un'impresa coniugale in società in accomandita semplice*; Trib. Reggio Emilia, 17 dicembre 1984, in *Riv. not.*, 1985, p. 440; Trib. Casale Monferrato, 30 luglio 1979, in *Giur. merito*, 1981, I, p. 1309.

⁽²¹⁾ V. P. SCHLESINGER, Sub *art. 177*, in L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, p. 368 ss., spec. p. 384 ss.; B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 85.

⁽²²⁾ A. FIGONE, *Società di fatto tra familiari*, cit., p. 164.

⁽²³⁾ Sul punto, P.G. JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, 8^a ed., Milano, 2010, p. 126 ss., spec. p. 130 s.

⁽²⁴⁾ In considerazione dell'ampia varietà delle disamine in argomento si v., *ex multis*, And. GENOVESE, *L'azienda coniugale*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2015, p. 1294 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 6^a ed., Torino, 2014, p. 141; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, p. 6 ss.

Partendo dal citato dato letterale dell'art. 177, 1° comma, lett. *d*), c.c., sono oggetto di comunione legale «le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio»⁽²⁵⁾, mentre il 2° comma ostacola la qualifica di coniugalità in ordine all'azienda che risulti appartenuta ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio, anche ove gestita, successivamente, da entrambi i coniugi: da ciò, l'ascrivibilità alla comunione solo di utili ed incrementi realizzati da detta cogestione⁽²⁶⁾.

Si tratta, pertanto, d'individuare l'esistenza di criteri univoci di separazione della azienda coniugale dalla azienda che coniugale non può essere, ai sensi del citato art. 177 c.c.

Vi è, tra i parametri che permetterebbero l'individuazione dell'azienda coniugale quale oggetto di comunione legale, l'elemento teleologico, consistente nella disamina originata dalla destinazione propria del bene produttivo: partendo dall'art. 177, 1° comma, lett. *d*), c.c., sarebbe “coniugale” l'azienda che si qualifichi attraverso due caratteristiche indipendenti tra loro: *a*) la cogestione da parte dei coniugi; *b*) la costituzione comune successiva al matrimonio⁽²⁷⁾. Si tratta, tuttavia, di soluzione che soffre di alcuni punti d'ombra, tra cui l'accostamento, al dato certo della cogestione dei coniugi, della mancata trasparenza in ordine al senso da attribuire al concetto di gestione imprenditoriale: da ciò infatti nascono, da tempo, equivoci con riferimento ai possibili aspetti distintivi tra detta gestione e il concetto di “collaborazio-

⁽²⁵⁾ G. OBERTO, Sub *artt. 177 e 178 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 804 s.

⁽²⁶⁾ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, loc. ult. cit.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 373 s. e 382; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, *ivi*, 1976, I, p. 118; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Bonilini e Cattaneo, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 127; G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, in *Dig. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 153; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, in AA.VV., *I rapporti patrimoniali. L'impresa di famiglia. Il patto di famiglia*, III, Torino, 2011, p. 220; G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione legale e fallimento*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La comunione legale*, II, Milano, 1989, p. 816 s.; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 34 s.; M. GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 1986, p. 123.

⁽²⁷⁾ V. App. Milano, 10 maggio 2006, cit.

ne” all’interno di un comparto imprenditoriale, difficoltà, queste, che naturalmente si sono riversate sul più ampio dibattito concernente la distinzione, in via di principio, tra “impresa coniugale” e “impresa familiare”⁽²⁸⁾.

Vi sono alcuni profili di mancata coerenza sistematica del parametro funzionale⁽²⁹⁾.

Anzitutto, vige autonomia tra impresa familiare e impresa coniugale:

- a) la “collaborazione”, tipica della “impresa familiare” di cui all’art. 230-*bis* c.c., si verifica ove il familiare presti propria attività lavorativa, in modo continuativo, nella famiglia o nell’impresa, senza assumerne anche la gestione⁽³⁰⁾: al familiare che presta, in maniera retribuita, la propria collaborazione col coniuge imprenditore, indipendentemente dalla propria qualifica di coniuge, non compete la qualifica imprenditoriale;
- b) l’attività di “gestione in comune”, ricorrente nella “impresa coniugale”, porta i coniugi all’esercizio in comune di un’attività imprenditoriale, con conseguente assunzione, da parte di entrambi, della qualifica di amministratore⁽³¹⁾ e naturale configurabilità dell’ipotesi di coniugi coim-

⁽²⁸⁾ Cfr., sul punto, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1397 ss., spec. 1404 s., dalle cui riflessioni è possibile facilmente confermare la mancata divisibilità del “criterio funzionale”, e ciò anche alla luce del fatto che, pur ispirato a criteri di tipo sistematico, porta tuttavia a soluzione tutt’altro che univoca.

⁽²⁹⁾ Sul punto, A. GENOVESE, *I confini attuali dell’azienda coniugale*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 522 ss., spec. p. 524.

⁽³⁰⁾ V., sul punto, A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, in A. MAISANO (a cura di), *L’impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1977, p. 39 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. L. BALESTRA, *Sub art. 230-bis c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 926 ss.; G. FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 2; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 120 ss.; ID., *Diritto di famiglia e diritto dell’impresa*, cit., p. 384; G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 639 s.; ID., voce *Impresa coniugale*, cit., p. 152; R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. ss.; V. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 610 ss.; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, cit., p. 227 s.; G. PELLEGRINO, *Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1981, I, p. 7. Si tratta di orientamento rinvenibile anche in giurisprudenza, con riferimento alla quale si v. in particolare Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1992, n. 13390, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 609, con nota

prenditori⁽³²⁾.

Ma vi sono ulteriori riflessioni utili al superamento del criterio funzionale, focalizzato sul momento di destinazione ad impresa coniugale per la qualifica, in termini di “coniugalità”, di un’azienda.

Per aversi azienda coniugale, infatti, la gestione in comune tra coniugi è condizione necessaria ma non sufficiente, essendo necessario che l’azienda sia stata costituita dopo il matrimonio, cioè a dire che sia stata acquistata successivamente al medesimo, tramite impiego di beni e risorse rientranti in comunione legale⁽³³⁾: l’azienda esercitata a mezzo d’impresa cogestita

di P. BONTEMPI, *Impresa familiare e retribuzione*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 106, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1993, p. 83, e in *Vita not.*, 1993, p. 813, la quale evidenzia in proposito che «In relazione al disposto dell’art. 230-bis c. c., l’ipotesi di impresa familiare realizzata mediante la partecipazione del coniuge all’attività aziendale si differenzia dalla fattispecie dell’azienda coniugale prevista dall’art. 177, lett. d) c.c., in cui la collaborazione dei coniugi si attua con la gestione comune dell’impresa; ai fini di tale distinzione non ha alcuna rilevanza diretta il regime di comunione dei beni vigente tra i coniugi, che può spiegare effetti solo sul piano della tutela, ex art. 178 c.c., dei diritti sui beni destinati all’esercizio di impresa».

⁽³²⁾ Cfr. R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 6 ss.; ID., *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 38 ss. *Contra*, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, cit., p. 1401.

Anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, la collaborazione del coniuge nell’esercizio dell’impresa del familiare costituiva il risultato di tipizzazione meramente sociale, in quanto l’apporto del familiare assumeva connotati vari, come la mera esecuzione di prestazioni afferenti ad un contesto imprenditoriale formalmente ascrivibile ad altro familiare, ovvero l’esercizio di attività propriamente gestionale, con il comune denominatore, tuttavia, dello spirito solidale informante la causa sia del contributo lavorativo che del relativo diritto di credito (sottoforma, quest’ultimo, di corrispettivo, mantenimento ovvero retribuzione): cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, I, p. 440. A partire dalla citata riforma, nell’ambito dell’attività di collaborazione prestata all’interno dell’impresa si distingue tra: a) attività di gestione esercitata dal coniuge: solo in tal caso l’azienda appartiene al patrimonio coniugale (cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 170), in costanza dei requisiti di cui al 1° comma, lett. d) dell’art. 177 c.c.; b) ogni altro tipo di prestazione eseguita dal familiare, come ad esempio, per ciò che qui interessa, il coniuge: caso, questo, in cui la prestazione resa dal coniuge diviene il fatto giuridico previsto ex art. 230-bis c.c. (cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 440 ss.; M. NUZZO, *L’impresa familiare*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, 2, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2^a ed., Torino, 2007, p. 489).

⁽³³⁾ Cfr. P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 118; G. OPPO, *Regimi patrimoniali*

dai coniugi può quindi definirsi come coniugale, ma solo ove costituita dai coniugi dopo il matrimonio⁽³⁴⁾, e una volta divenuta coniugale, tale rimane a prescindere dall'eventuale successiva comprensione di beni di esclusiva proprietà dei coniugi. Senza precedente dispiegamento di effetti civili del matrimonio, in sostanza, l'azienda non può divenire coniugale, ma solo di proprietà esclusiva di un coniuge *ex art. 177, 2° comma, c.c.*, alla stessa stregua del caso in cui il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa dovesse acquistarsi dopo la celebrazione del matrimonio, ma in forza di successione a causa di morte ovvero per effetto di donazione, in linea con quanto statuito *ex art. 179, 1° comma, lett. b), c.c.*⁽³⁵⁾. A nessuna diversa conclusione si perverrebbe nell'ipotesi in cui, mediante medesima azienda di esclusiva proprietà, sia stata poi esercitata impresa coniugale, profilo produttivo, semmai, del tipico effetto della ascrivibilità, in comunione legale, di utili ed incrementi così conseguiti (cfr. *art. 177, 2° comma, c.c.*)⁽³⁶⁾.

In caso, poi, di esercizio d'impresa coniugale a mezzo di azienda di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, si profilano alcune ipotesi fondamentali. Alla luce di disamina della comune intenzione dei contraenti, infatti, può alternativamente giungersi a conclusione che: *a)* il proprietario del cespite abbia contrattualmente concesso al coniuge il diritto di godimento dell'azienda (con necessità di verificare di volta in volta se il contratto, gratuito od oneroso, abbia forma espressa ovvero tacita); *b)* non vi sia impianto contrattuale a costituzione di un diritto di godimento sull'azienda, con conseguente

della famiglia e fallimento del coniuge, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 47 s.; ID., *Famiglia e impresa*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive* (Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria del prof. Luigi Carraro), Padova, 1986, p. 138; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 799; E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 89 s.

⁽³⁴⁾ Si v. in proposito P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 118.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 76 s.

⁽³⁶⁾ R. COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e «rapporti con i terzi» nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 12 s.; G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 622; si v. inoltre G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 285; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 118.

paventabilità di azienda, di proprietà esclusiva di un coniuge, impiegata per l'esercizio della sua impresa individuale, e applicazione dell'art. 178 c.c., in base a cui, in detta ipotesi, gli incrementi d'impresa maturati dopo il matrimonio formano oggetto di comunione residuale e differita⁽³⁷⁾; c) sia configurabile un'azienda coniugale ogniqualvolta l'azienda personale di un coniuge risulti, in epoca successiva al matrimonio, dal medesimo riconfigurata quale azienda coniugale, attraverso: i) una previa rinuncia alla proprietà esclusiva dell'azienda (rinuncia desumibile, eventualmente, dalla mancata formulazione della "riserva di proprietà" nel momento di adibizione dell'azienda a strumento di esercizio d'impresa coniugale); ii) un atto di destinazione dell'azienda a impresa coniugale, esprime una fattispecie modificativa della titolarità dell'azienda (da individuale divenendo, quindi, coniugale)⁽³⁸⁾.

Nonostante nell'ipotesi di cui al 1° comma, lett. d) dell'art. 177 c.c. risulti una connessione di fondo tra azienda coniugale ed impresa coniugale, si tratta di istituti che mantengono una propria autonomia concettuale⁽³⁹⁾: elemento, questo, che conferma la profilabilità di azienda coniugale – in quanto

⁽³⁷⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, Napoli, 2004, p. 67; G. OBERTO, *Sub artt. 177 e 178 c.c.*, cit., 795 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 2; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 797; G. CIAN, A. VILLANI, *La comunione legale dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 347; A. GORASSINI, *Azienda coniugale (Art. 177, lett. d e 2° comma; Art. 178)*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, 3, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, 2ª ed., Milano, 2012, p. 295. In giurisprudenza si v., da ultimo, Cass., Sez. un., 17 maggio 2022, n. 15889, in *Foro it.*, 2022, 7, 1, c. 2382, in *Giur. it.*, 2022, 12, 2602, con nota di G. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, in *Notariato*, 2022, p. 365, con nota di A.C. SORGE, *Sulla natura della comunione de residuo*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1187, con nota di M.S. MAISANO, *La natura della c.d. comunione de residuo sui beni d'impresa*, la quale sottolinea che «Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella c.d. comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data».

⁽³⁸⁾ Si v. inoltre, sul punto, G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 445, nonché E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, cit., p. 99.

⁽³⁹⁾ Per la distinzione tra azienda coniugale e impresa coniugale v. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 5.

tale oggetto di comunione legale – anche in assenza di esercizio d’impresa coniugale⁽⁴⁰⁾.

A riprova di quanto appena detto si pensi, anzitutto, al fatto che un’azienda divenuta coniugale, tale permanerebbe anche nell’ipotesi in cui venga meno, successivamente alla sua costituzione, l’impresa coniugale⁽⁴¹⁾. Diverso, ovviamente, il caso in cui i coniugi non si siano mai impegnati nell’esercizio di un’impresa coniugale: fattispecie, questa, in cui difficilmente si registrerebbe, proprio in ossequio alla norma citata, il caso di azienda coniugale.

Giova ricordare, in proposito, quanto rilevato da parte di dottrina e giurisprudenza⁽⁴²⁾, cioè a dire come l’azienda, ove costituita od acquistata dal coniuge con uso di propri fondi, appartenga temporaneamente al suo patrimonio, con conseguente facoltà, in capo al titolare dell’azienda medesima, di destinarla alla “impresa individuale” di cui all’art. 178 c.c. Nel caso in cui, inoltre, il proprietario di azienda intenda alienarla o concederla in affitto, ovvero ancora di destinarla, concordemente con l’altro coniuge, ad esercizio d’impresa individuale di quest’ultimo, l’azienda assumerebbe, per ciò, la qualifica di “coniugale”⁽⁴³⁾. Ancora, può dirsi “coniugale”: a) l’azienda che

⁽⁴⁰⁾ V. Trib. Roma, 16 settembre 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 183, con nota di P. SCHLESINGER, *Sull’azienda coniugale*, ove si sottolinea che «La semplice circostanza che i coniugi siano comproprietari di azienda, non è sufficiente di per sé a ritenere che quest’ultima sia necessariamente cogestita da entrambi e che, pertanto, tra essi sussista una società di fatto».

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. GORASSINI, *Azienda coniugale (Art. 177, lett. d e 2° comma; Art. 178)*, cit., p. 290.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 450 ss.; Cass. (ord.), 28 settembre 2015, n. 19204, in *Ced Cassazione*, la quale evidenzia in proposito che «In tema di comunione legale, l’art. 168 c.c. disciplina la particolare condizione dei beni acquistati dal coniuge per essere destinati all’impresa da lui gestita e costituita dopo il matrimonio, i quali sono soggetti al regime della comunione legale *de residuo*, ossia ristretta ai soli beni sussistenti al momento dello scioglimento della comunione, sicché non opera per tali acquisti il meccanismo previsto dall’art. 179, 2° comma, c.c., rimanendo essi esclusi automaticamente, seppur temporaneamente, dal patrimonio coniugale, senza necessità di specifica indicazione o di partecipazione di entrambi i coniugi all’atto di acquisto, atteso che, mentre la prima norma prende in considerazione beni qualificati da un’oggettiva destinazione all’attività imprenditoriale del singolo coniuge, la seconda si occupa di beni soggettivamente qualificati dall’essere strumento di formazione ed espressione della personalità dell’individuo».

⁽⁴³⁾ Cfr. G. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, cit., p. 47; in senso contrario, V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 1.

debba essere acquistata o costituita da entrambi i coniugi dopo il matrimonio (art. 177, 1° comma, lett. *a*), c.c.), senza rinvenirvi ostacolo nel mancato esercizio, mediante essa, d'impresa coniugale⁽⁴⁴⁾; *b*) l'azienda costituita od acquistata, dopo il matrimonio, con uso di beni coniugali, in ossequio al generale principio in base a cui è coniugale ogni bene acquistato con uso di beni coniugali; *c*) l'azienda che, pur acquistata da un solo coniuge, venga adibita a comunione⁽⁴⁵⁾.

D'altra parte, non può parlarsi in termini di *coniugalità*, in senso tecnico, nel caso di bene ricadente in comunione legale, rispetto all'azienda posta ad oggetto del diritto di comproprietà dei coniugi⁽⁴⁶⁾. “Comunione legale”, in ossequio agli artt. 177 ss. c.c., è qualifica propria della complessità dei rapporti patrimoniali tra coniugi, che va tenuta ben distinta dalla comunione ordinaria di cui agli artt. 1100 ss. c.c., in quanto: *a*) la prima locuzione gode di disciplina che, passando dall'amministrazione alla gestione dell'azienda coniugale: *i*) permea di sé ogni fattispecie riguardante il bene (dall'acquisto di contitolarità del diritto allo scioglimento della comunione tra i coniugi); *ii*) rende l'istituto una comunione senza quote, alla quale i terzi non possono prendere parte; *b*) la comunione ordinaria attiene, al contrario, al mero profilo della disciplina di contitolarità del diritto reale, riferendosi conseguente, da una parte, alla regolamentazione di godimento e amministrazione in comune della cosa e, dall'altra, alle cause di scioglimento e relative, necessarie, formalità⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 453.

⁽⁴⁵⁾ V. G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 152.

⁽⁴⁶⁾ G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 279; ma v. anche A. GENOVESE, *I confini attuali dell'azienda coniugale*, cit., p. 531.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., pp. 76-77; F. CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 619. Cade pertanto in comunione ordinaria (in proporzione all'effettivo apporto) l'azienda costituita dai nubendi prima del matrimonio: cfr. G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454; anche dopo tale momento l'azienda rimarrebbe, infatti, esclusa da comunione legale, in quanto proprio alla luce dell'art. 179, 1° comma, lett. *a*), c.c., «i beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento», sono beni personali del coniuge, non rientranti, in quanto tali, tra quelli oggetto di comunione: cfr.,

È necessario, a questo punto, stabilire quale sia la disciplina applicabile all'azienda coniugale, ove risulti adibita ad esercizio d'impresa coniugale⁽⁴⁸⁾.

In base alla disciplina dei beni rientranti in comunione legale, secondo parte della dottrina, è privilegiata la regolamentazione dei rapporti interni tra coniugi, con detrimento rispetto alle ipotesi di rapporti esterni, cioè a dire tra comunione e terzi⁽⁴⁹⁾. Si afferma, in proposito, come possa intravedersi una disciplina applicabile all'azienda coniugale – ove mediante la stessa risulti esercitata l'impresa coniugale – in due macroaree normative⁽⁵⁰⁾: *a)* le norme sulla comunione legale, in quanto sarebbero applicabili sia per individuare la titolarità dell'azienda, sia per ciò che concerne la disciplina dell'attività di gestione esercitata tramite la stessa azienda⁽⁵¹⁾; *b)* le norme societarie⁽⁵²⁾.

La questione, in tal modo prospettata, può trovare soluzione solo ponendo un *discrimen* tra due indagini, relative ai casi in cui l'impresa coniugale sia esercitata mediante azienda non coniugale, ovvero attraverso un'azienda coniugale⁽⁵³⁾.

Nel caso d'impresa coniugale esercitata tramite azienda di proprietà esclusiva di uno dei coniugi ovvero appartenente a terzi, dovrà farsi riferimento al più volte citato art. 177, 2° comma, c.c., che prevede la caduta in comunio-

sul punto, G. OBERTO, Sub *art. 179 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 807 ss. Ogniqualvolta si rinvenga, pertanto, azienda oggetto di comunione ordinaria, ciascun coniuge ne è comproprietario secondo quota, proporzionata al determinato investimento a specifici accordi contestuali all'organizzazione dei beni per l'esercizio imprenditoriale: ciò, ovviamente, ad eccezione dell'applicazione della presunzione sancita dall'art. 1101, 1° comma, c.c.

⁽⁴⁸⁾ V. in proposito A. GENOVESE, *I confini attuali dell'azienda coniugale*, cit., p. 532.

⁽⁴⁹⁾ G. CIAN, A. VILLANI, *La comunione legale dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., p. 337 s.; G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454.

⁽⁵⁰⁾ In senso contrario, F.D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, cit., p. 1397 ss.

⁽⁵¹⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 628 s.

⁽⁵²⁾ V. in proposito R. SCOTTI, *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e le partecipazioni sociali*, Napoli, 2014, p. 17 ss.

⁽⁵³⁾ V. G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 633.

ne di utili e incrementi di azienda⁽⁵⁴⁾. In caso d'impresa coniugale esercitata attraverso azienda appartenente a terzi⁽⁵⁵⁾, inoltre, parte della dottrina ritiene come i coniugi – a differenza dell'esercizio d'impresa coniugale tramite azienda coniugale⁽⁵⁶⁾ – potrebbero stipulare una società di fatto con cui esercitare congiuntamente l'impresa⁽⁵⁷⁾: con conseguente applicabilità sia dell'art. 177, 2° comma, c.c., sia della disciplina in materia di società di fatto, e ciò in particolar modo con riferimento ai rapporti con i terzi e la responsabilità per le obbligazioni societarie. Certamente, l'ipotesi d'impresa coniugale priva di azienda coniugale disvela la questione della possibilità o meno di costituire una società di capitali, con conseguente soluzione: *a)* positiva, ove non sia rispettato il requisito dell'impresa coniugale⁽⁵⁸⁾; *b)* negativa, ove ricorra un'effettiva impresa coniugale, caso in cui l'esercizio di una comune attività gestionale non risulterebbe assimilabile all'esercizio in comune dell'attività propria della società di capitali, caratterizzata proprio, tra l'altro, dalla mancanza di un'amministrazione comune da parte del comparto dei soci⁽⁵⁹⁾.

Ove l'impresa coniugale sia esercitata mediante azienda coniugale, secondo buona parte della dottrina⁽⁶⁰⁾ l'applicazione della disciplina della comunione legale ovvero della disciplina societaria debbono valutarsi partendo dalla disamina di due aspetti principali: gestione comune, da una parte, e amministrazione, dall'altra.

Quanto alla gestione del bene oggetto di comunione legale: *a)* l'applicazione della normativa societaria comporterebbe la costituzione di una "società di

⁽⁵⁴⁾ G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 154.

⁽⁵⁵⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 637 s.

⁽⁵⁶⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 639 s.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 134 ss.; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 54 s.; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 809; G. OPPO, *Famiglia e impresa*, cit., p. 139 s. *Contra*, B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, cit., p. 225.

⁽⁵⁷⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 637 s.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 130 s.

⁽⁵⁸⁾ G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, cit., p. 454.

⁽⁵⁹⁾ G. MARASÀ, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 639 s.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 280 ss.

gestione”, e alla comunione apparterrebbero sia azienda che utili ed incrementi conseguiti con l’esercizio imprenditoriale⁽⁶¹⁾; *b*) ascrivendo, invece, l’attività di gestione alle regole proprie della comunione, delle obbligazioni sorte dall’esercizio d’impresa risponderebbe non solo l’azienda comune (con incrementi ed utili), ma anche l’insieme dei beni oggetto della medesima comunione legale (art. 186 c.c.), nonché i coniugi in proprio (art. 190 c.c.).

Con riguardo, invece, all’amministrazione: *a*) ipotizzandosi l’applicazione della disciplina sulla comunione legale, quella ordinaria dovrebbe ritenersi soggetta ad amministrazione disgiuntiva, senza diritto di veto (cfr. art. 180, 1° comma, c.c.), mentre quella straordinaria ad amministrazione congiuntiva, con previsione d’intervento giurisdizionale, in assenza di accordo tra le parti, al fine dell’autorizzazione al compimento dell’atto (artt. 180, 2° comma e 181 c.c.); *b*) in caso di amministrazione disciplinata in base alla regolazione societaria, la medesima dovrebbe ritenersi sempre di tipo disgiuntivo, con diritto di veto.

Rinvenire, pertanto, la disciplina applicabile all’impresa coniugale esercitata con azienda coniugale, è possibile tramite disamina dell’ulteriore dibattito svoltosi alla luce della disciplina societaria⁽⁶²⁾.

Parte della dottrina, in proposito, sostiene come partendo dagli artt. 2247 e 2248 c.c. sia possibile scorgere la diversa finalità perseguita dalle norme riguardanti la comunione legale e le società: la prima, quindi, caratterizzata dallo scopo di godimento dei beni oggetto di comunione; le seconde caratterizzate, invece, dalla qualificazione del godimento dei beni e del loro uso ai fini di esercizio imprenditoriale⁽⁶³⁾. In base, quindi, alla disciplina della comunione legale vi sarebbero elementi univoci utili solo a prospettare – in caso di utilizzazione, da parte dei coniugi, dell’azienda per l’esercizio d’impresa – la costituzione di una società di fatto (cfr. artt. 2247 ss. c.c.), e ciò anche in base all’impostazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, secon-

⁽⁶¹⁾ V. ancora G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 280.

⁽⁶²⁾ Su cui v., di recente, A. GENOVESE, *I confini attuali dell’azienda coniugale*, cit., p. 534 ss.

⁽⁶³⁾ F. CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, cit., p. 618 ss.; ID., *Ancora sull’azienda coniugale*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 16 ss.; B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 85; G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione legale e fallimento*, cit., p. 824 ss.

do cui non vi sarebbe necessità di espressa manifestazione di consenso per la creazione di detta forma societaria⁽⁶⁴⁾.

Tra le principali conseguenze di tale orientamento vi sono le seguenti: *a)* una presunta ricavabilità, dall'art. 177, 1° comma, lett. *d)*, c.c., di un principio efficace nei limiti di attribuzione della titolarità di determinati beni, nel caso in cui l'azienda risulti costituita e gestita posteriormente al matrimonio⁽⁶⁵⁾; *b)* gli artt. 181, 182, 2° comma e 191 c.c. dovrebbero ritenersi limitati a mera disciplina dell'amministrazione dei beni comuni; *c)* tramite l'esercizio d'impresa coniugale, i beni oggetto di comunione legale sarebbero conferiti, in godimento, a favore della società, con conseguente applicazione dell'art. 2254, 2° comma, c.c.⁽⁶⁶⁾; *d)* vi sarebbe, infine, un forte incremento di garanzia per i creditori sociali, che vedrebbero possibilità di soddisfazione dei propri interessi non solo grazie al patrimonio societario, ma anche facendo riferimento alla responsabilità personale e solidale di entrambi i coniugi (cfr. art. 2267 c.c.), nonché procedendo ad espropriazione della quota dei beni oggetto di comunione legale – come l'azienda coniugale – appartenente ad ogni coniuge⁽⁶⁷⁾.

In realtà, tale impostazione non è esente da alcune lacune di tipo sistematico, e ciò per più ragioni: *a)* anzitutto, l'impresa coniugale non può ascrivere a profili di tipo societario, e ciò sia per motivi inerenti al comparto causale cui è improntata, sia per motivi inerenti alla dimensione entro cui è chiamata ad operare⁽⁶⁸⁾; *b)* le norme sulla comunione legale incarnano, in via autonoma, una disciplina idonea a regolare i rapporti sia interni che esterni, ove

⁽⁶⁴⁾ Si v. B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 74 ss.

⁽⁶⁵⁾ B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 85.

⁽⁶⁶⁾ B. INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare*, cit., p. 86.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli, 2004, p. 49 ss., ove disamina della questione della espropriazione di quota del coniuge obbligato; v. inoltre G. BALENA, *Brevi riflessioni sull'espropriazione di beni in comunione legale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, p. 1 ss.; M. ACONE, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale coniugale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 3 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare*, cit., p. 4 ss.; v. inoltre F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia, 2, Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, cit., p. 167 ss.

si focalizza l'attenzione verso l'attività gestionale – che dà vita ad impresa collettiva, ma non societaria – condotta tramite azienda coniugale⁽⁶⁹⁾.

L'ipotesi di cui all'attività gestoria esercitata tramite azienda coniugale deve, quindi, ritenersi regolata dalla disciplina della comunione legale, con conseguente inutilità del ricorso ad analogia per casistiche simili⁽⁷⁰⁾.

A conferma di quanto appena detto è utile ricorrere, ad esempio, alle norme di cui agli artt. 181, 182, 183 e 191 c.c.

⁽⁶⁹⁾ G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376; ID., *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 118 ss.; ID., *Famiglia e impresa*, cit., p. 140 s.; G. MARASÀ, voce *Impresa coniugale*, cit., p. 153 s.; ID., *Impresa coniugale, azienda coniugale e società*, cit., p. 634; G. PELLEGRINO, *Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento*, cit., p. 9 ss.; D. VITTORIA, *Azienda coniugale*, in D. VITTORIA, M.C. ANDRINI, *Azienda coniugale e impresa familiare*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XI, Padova, 1989, p. 11 ss.; V. COLUSSI, voce *Impresa e azienda coniugale*, cit., p. 3; ID., *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa*, cit., p. 614; A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 806 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, cit., p. 172 ss.; M. GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, cit., p. 124 ss.; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 128 s. Si v. inoltre, in giurisprudenza, App. Milano, 10 maggio 2006, cit. Ma v. anche le più risalenti Trib. Cagliari, 6 giugno 1996, n. 977, cit., secondo il quale «L'azienda a conduzione familiare, configurando una fattispecie riconducibile all'impresa coniugale e quindi un'impresa collettiva non inquadrabile nei fenomeni societari, non è suscettibile di trasformazione in società in accomandita semplice»; nonché Trib. Catania, 23 dicembre 1982, in *Società*, 1984, p. 41, ove si sottolinea che «Nell'ipotesi in cui un'azienda sia gestita di fatto da entrambi i coniugi ed i medesimi si trovino in regime di comunione legale, in assenza di precisi accordi formali, l'azienda ricade nell'ipotesi di cui all'art. 177, lett. d) c.c. ovvero, se si tratti di azienda già appartenente ad uno dei coniugi prima del matrimonio, nell'ipotesi di cui al 2° comma dello stesso art. 177; in tali casi, pertanto, non può applicarsi la disciplina dettata in materia societaria».

⁽⁷⁰⁾ Deve rilevarsi, in ogni caso, una sostanziale distinzione tra la *ratio* alla base della disciplina societaria, rispetto all'ipotesi di azienda coniugale, oggetto di attività d'impresa condotta dai coniugi. Mentre la finalità della prima disciplina, infatti, è quella di consentire una competitiva iniziativa economica, la *ratio* che informa di sé l'intera riforma del '75 – ove certamente ricade anche la materia afferente alla gestione dell'azienda coniugale destinata ad esercizio d'impresa coniugale – è costituita sia dal raggiungimento della completa uguaglianza tra coniugi, sia dal soddisfacimento del principio di solidarietà alla base della conduzione dei rapporti tra i coniugi medesimi. Sul punto, G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 283; ma v. anche D. VITTORIA, *I coniugi coimprenditori (contributo allo studio dell'impresa collettiva non societaria)*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 874, nonché A. MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi*, cit., p. 806 ss.

L'art. 181 c.c., in caso di dissenso tra coniugi sul compimento di atti di straordinaria amministrazione, prevede infatti che, in caso di rifiuto da parte del coniuge al compimento dell'atto, quest'ultimo potrebbe trovare autorizzazione giurisdizionale ogniqualvolta rispondente «all'interesse della famiglia o dell'azienda che a norma della lett. d) dell'art. 177 fa parte della comunione», confermandosi l'attenzione, da parte del legislatore, per l'interesse dell'azienda⁽⁷¹⁾.

L'art. 182, 1° comma, c.c. concerne, invece, l'ipotesi della procura, conferita da un coniuge in favore dell'altro, al fine di consentire la gestione del bene ricadente in comunione: si tratta di delega limitata, in via di principio, al compimento di singoli atti; il 2° comma, tuttavia, si occupa della particolare ipotesi in cui il bene oggetto di comunione consista proprio nella più volte citata “azienda coniugale”, di talché, in caso «di gestione comune di azienda, uno dei coniugi può essere delegato dall'altro al compimento di tutti gli atti necessari all'attività d'impresa»⁽⁷²⁾. Detta ultima norma quindi, nel profilare una seconda tipologia di atti d'impresa, consente di delineare non solo l'attuale perimetro, statico, di ciò che può intendersi come “azienda coniugale”, ma anche di disciplinarne il suo aspetto più dinamico, ove, parlando di «gestione comune d'azienda», può univocamente intendersi la «gestione dell'azienda nell'attività di impresa»⁽⁷³⁾.

Ancora, l'art. 183 c.c. prevede l'esclusione del coniuge dall'amministrazione in ipotesi quali interdizione e cattiva amministrazione, a fronte delle quali le norme societarie stabiliscono distinte conseguenze tra cui, ad esempio, l'esclusione del socio dalla società.

Infine, in base a quanto statuito *ex art.* 191 c.c. – sempre distintamente dal comparto normativo societario – lo scioglimento di azienda può veri-

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 281.

⁽⁷²⁾ V. sul punto E. AL MUREDEN, *Sub art. 182 c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, *Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 844 ss.

⁽⁷³⁾ Così G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 376 s.; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 281 s.

ficarsi in base a specifica convenzione matrimoniale⁽⁷⁴⁾, soggetta in quanto tale ai requisiti formali di cui all'art. 162 c.c.⁽⁷⁵⁾: di talché, alla luce della comunione legale, lo scioglimento di azienda coniugale potrà verificarsi non tramite liquidazione, bensì attraverso divisione⁽⁷⁶⁾.

3. — *Atti dispositivi e principio di solidarietà.*

Nell'ambito dei rapporti tra interessi familiari e gestione d'impresa vi è un ulteriore profilo la cui disamina risulta, nell'ambito del presente studio, quantomeno opportuna: quello afferente la qualificabilità degli atti dispositivi compiuti, in favore dell'imprenditore, dal coniuge e in assenza di corrispettivo diretto.

In proposito giova ricordare come sia noto, anzitutto, il dibattito in ordine alla sostanza del c.d. spirito di liberalità; d'altra parte, non può non tenersi in considerazione la «naturale elasticità della categoria dei doveri della morale sociale»⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. sul punto T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 67, che evidenzia come in tal caso, diversamente da quanto previsto *ex art.* 191, 1° comma, c.c., non vi è completa cessazione del regime di comunione legale, bensì la mera estromissione del singolo cespite, corrispondente all'azienda coniugale, dall'ambito applicativo di detto regime patrimoniale.

⁽⁷⁵⁾ Si v. T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 68.

⁽⁷⁶⁾ V. ancora G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., p. 377; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, cit., p. 282.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, Torino, 2009, p. 256 s., il quale evidenzia come in proposito non sia rilevante «quale sia lo specifico interesse, o motivo, che abbia spinto il donante», importando invece «che la funzione svolta in concreto dal contratto non sia promozionale dei suoi interessi economici, perché altrimenti non più di donazione dovrebbe parlarsi, ma di un negozio gratuito economicamente interessato».

In ordine ai profili di distinzione tra doveri della morale sociale e comportamenti liberamente attuati dai soggetti nel perseguimento di scopi di solidarietà sociale (come attività di volontariato, attribuzioni non dovute e spontaneamente finalizzate a scopi di pubblica utilità), e le prestazioni c.dd. etiche o superetiche, v. le autorevoli osservazioni di A. PALAZZO, *Prestazioni cortesi, etiche e superetiche*, in *Diritto romano attuale*, 2000, 3, p. 131 ss.

Riguardo alla corretta identificazione dello “spirito di liberalità”, la dottrina più avveduta ne individua l’essenza nell’attribuzione patrimoniale non solo caratterizzata dall’assenza di un corrispettivo – circostanza presente generalmente anche nei meri contratti gratuiti – ma anche «giustificata dall’animo liberale, dalla coscienza cioè di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (*liberalitas nullo iure cogente in accipientem facta*), in vista della determinazione degli assetti della futura successione, e quindi con effetti successori anticipatori. Esso deve riscontrarsi sempre per la qualificazione giuridica della donazione ed è elemento costitutivo del contratto di donazione al pari dell’arricchimento. Il motivo, invece, si presenta diverso dallo spirito di liberalità ed è “un movente tutto personale e concreto dell’atto volitivo”»⁽⁷⁸⁾.

In generale, si rileva una certa «insofferenza nei confronti di un *interesse a donare* identificato esaustivamente sulla indistinta “non patrimonialità” di tale interesse»⁽⁷⁹⁾: di tale insofferenza si pone a testimonianza anche quella parte della dottrina per la quale la cessazione del divieto di donazione tra coniugi non condurrebbe necessariamente gli atti di disposizione privi di corrispettivo, realizzati in costanza di matrimonio, all’interno dello schema della liberalità, in quanto non può non darsi conto dell’esistenza di una *causa familiae*⁽⁸⁰⁾.

L’enucleazione di una “causa familiare”⁽⁸¹⁾ costituisce indubbiamente indice rivelatore dell’incidenza delle dinamiche familiari sulla causa in concreto degli atti traslativi privi di corrispettivo diretto⁽⁸²⁾: ciò, come osserva

⁽⁷⁸⁾ In tal senso A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 49.

⁽⁷⁹⁾ V. ancora P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, loc. ult. cit.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., in questi termini, G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, *passim*; nonché ID., *Liberalità ed interessi familiari*, in *Dir. fam.*, 1997, I, p. 1543.

⁽⁸¹⁾ In tal senso T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, p. 162; ma v. anche, seppure in prospettiva diversa, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, p. 705.

⁽⁸²⁾ Cfr., sul punto, A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., pp. 5-8, ove si evidenzia che «Il riferimento all’interesse non

la dottrina sul punto, «se non porta ad escludere la possibilità di donazioni, pure o remuneratorie, tra i coniugi, invita tuttavia l'interprete a considerare con attenzione la possibilità di qualificare diversamente gli atti di trasferimento gratuiti con funzione *lato sensu* attuativa dei doveri familiari, siano essi riconducibili oppure no alla figura dell'obbligazione naturale»⁽⁸³⁾.

In ogni caso, a fronte di attribuzioni patrimoniali rilevanti e/o effettuate in maniera sistematica, deve ritenersi necessario provarne la causa in concreto dal momento che in caso contrario, come anche sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, dovrebbe presumersi, nell'attribuzione

patrimoniale del disponente impone un'indagine preliminare sul fenomeno della gratuità intesa in senso lato, che va sempre più assumendo un ruolo rilevante. / Come rilevato in dottrina, e autorevolmente confermato di recente dalla Cassazione, anche a Sezioni Unite [il riferimento è alla fondamentale Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538], a qualificare la fattispecie sul piano giuridico sono gli interessi concreti perseguiti e condivisi dalle parti, la cui sintesi costituisce in ambito contrattuale la causa del negozio. / La loro corretta individuazione consente di operare una prima classificazione: *a)* trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi a carattere non patrimoniale (NP+NP): la fattispecie non può evidentemente essere qualificata in termini contrattuali, mancando il requisito della patrimonialità di cui all'art. 1321 c.c.; siamo nell'ambito dei rapporti di cortesia; *b)* trasferente e beneficiario sono entrambi portatori di interessi di natura patrimoniale (P+P): la fattispecie si colloca nell'ambito dei contratti corrispettivi, dove la corrispettività può essere diretta o indiretta; *c)* il trasferente è portatore di un interesse non patrimoniale, non ricevendo dall'attribuzione vantaggi economici nemmeno indiretti, al contrario del beneficiario che riceve un vantaggio economico, consistente nell'attribuzione di un diritto reale o personale (NP+P): la fattispecie va inquadrata nella gratuità o nella liberalità, a seconda delle finalità dell'attribuzione, dove la liberalità può essere diretta o indiretta. / L'individuazione degli interessi concreti perseguiti dalle parti, e quindi della causa dell'attribuzione, prescinde dal tipo contrattuale effettivamente utilizzato in una data situazione. Infatti, come si specificherà in seguito, il legislatore ha previsto tipi ad attribuzione unilaterale (donazione, comodato ecc.), o bilaterale (vendita, permuta ecc.), che si prestano alla realizzazione della gamma di interessi particolari ora evidenziati, tanto direttamente quanto indirettamente. In quest'ultimo caso, il tipo contrattuale diviene strumentale alla realizzazione di una causa diversa da quella presa a riferimento in astratto dal legislatore per quel dato negozio».

⁽⁸³⁾ In questi termini P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 257, il quale aggiunge in proposito come risulti forse eccessiva la conclusione di chi, come G. DORIA, *Liberalità ed interessi familiari*, cit., p. 1549, ravvisa nell'attività traslativa nell'ambito dei rapporti coniugali caratteristiche tali «da renderla in via tendenziale incompatibile con la funzione liberale».

gratuita compiuta dal familiare a vantaggio di suoi congiunti, il carattere donativo⁽⁸⁴⁾.

Al di là della questione sulla prova della concreta funzione dell'atto, pare corretto allinearsi con quella parte della dottrina che ritiene ragionevole ostare, in via di principio, all'automatico inserimento dell'atto "gratuito" tra congiunti nell'ambito delle liberalità⁽⁸⁵⁾, e a tal fine richiama un risalente orientamento giurisprudenziale⁽⁸⁶⁾ il quale inseriva, tra le ipotesi da escludere

⁽⁸⁴⁾ Si v. in questi termini Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Guida al dir.*, 2004, 45, p. 40, secondo la quale il negozio costitutivo di fondo patrimoniale deve ritenersi atto a titolo gratuito non rilevando, in senso contrario, i doveri di solidarietà familiare promananti dal matrimonio, ed è pertanto sottoposto alla disciplina di cui all'art. 64 l.fall. tranne che nel caso in cui sia in concreto dimostrata «l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione»; conf. Cass., 26 marzo 2003, n. 4457, in *Dir. e giust.*, 2003, 16, p. 92, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1774, in *Gius.*, 2003, p. 1713, e in *Arch. civ.*, 2004, p. 103, secondo cui «In tema di revocatoria fallimentare, l'atto con il quale il coniuge, ai sensi dell'art. 228 della legge 19 maggio 1975, n. 151, conviene con l'altro coniuge di assoggettare, senza contropartita, al regime di comunione legale un bene di sua proprietà, acquistato anteriormente all'entrata in vigore della citata legge, rientra nella categoria degli atti a titolo gratuito, privi di effetti rispetto ai creditori ai sensi dell'art. 64 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), atteso che la facoltà concessa dal menzionato art. 228 della legge n. 151 del 1975 non può essere utilizzata in pregiudizio dei terzi (i cui diritti sono espressamente fatti salvi dalla norma stessa) e che nell'atto non può, di per sé, configurarsi l'adempimento di un dovere morale – non sussistendo alcun obbligo di porre in comunione i beni personali anteriormente acquisiti –, a meno che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione». V. infine, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 14 aprile 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1023, in base a cui «La costituzione del fondo patrimoniale è da considerarsi atto a titolo gratuito e di conseguenza il creditore che ne chieda la revoca è assolto dall'onere di provare che il coniuge del suo debitore era consapevole del pregiudizio arrecato al creditore, ovvero compartecipe della volontà del debitore di arrecargli danno».

⁽⁸⁵⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 257.

⁽⁸⁶⁾ V. Cass., 7 aprile 1972, n. 1045, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 614; Cass., 29 agosto 1963, n. 2406, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 15 ss., con note di E. ALVINO, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale* e di G. RAGUSA MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare e revocatoria fallimentare*. *Contra*, seppure posteriormente all'abolizione dell'istituto del patrimonio familiare, Cass., 4 settembre 2000, n. 11545, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 22, p. 86; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Fallimento*, 1991, p. 365, nonché, per la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 12 dicembre 2001, in *Fallimento*, 2002, p. 775.

tra quelle sottoponibili alla disciplina di cui all'art. 64 l.fall. (oggi sostanzialmente trasfusa nell'art. 163⁽⁸⁷⁾ del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155», entrato in vigore il 15 luglio 2022), i trasferimenti realizzati dal coniuge in favore della comunità familiare, purché proporzionati al patrimonio del disponente. Tale orientamento, infatti, pur risultando espressione di una erronea distinzione di fondo tra atto «di pura liberalità» e atto «finalizzato all'attuazione del dovere di contribuzione familiare», consentiva, insieme all'opinione dottrinale volta ad estendere l'efficacia dell'art. 64 l.fall. anche alle donazioni remuneratorie⁽⁸⁸⁾, di porre la questione, sul terreno di confine tra liberalità e solidarietà, «se anche l'interesse all'adempimento di un particolare dovere della morale sociale (familiare) – [...] ontologicamente diverso dall'interesse al perseguimento di utilità generali o di scopi di solidarietà sociale – possa costituire valido fondamento di una promessa o di un negozio traslativo qualificandolo come estraneo all'area dello spirito di liberalità che invece caratterizza la donazione (pur se remuneratoria)»⁽⁸⁹⁾. Infatti, ove si optasse per la soluzione affermativa, la donazione cesserebbe di costituire lo

⁽⁸⁷⁾ Su cui si v. A. PICCIAU, *L'azione revocatoria nella liquidazione giudiziale*, in *Fallimento*, 2019, p. 1171 ss., spec. p. 1171, ove si sottolinea in proposito che «Il nuovo Codice della crisi conferma l'impianto della disciplina dell'azione revocatoria contenuto nella legge fallimentare. Gli artt. 163-171 CCII introducono circoscritte modifiche al testo delle norme, ancor oggi vigenti, della legge fallimentare. I limitati interventi del nuovo codice sono il portato della scelta legislativa del legislatore delegante, che si è occupato della materia nell'art. 7, comma 4, lett. b). Con tale norma, la L. n. 155/2017 ha disposto che, sia per le azioni di inefficacia sia per l'azione revocatoria, il periodo sospetto decorre a ritroso dal deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale fermo restando il disposto del secondo comma dell'art. 69-bis l.fall.». Più in generale, in ordine alla revocatoria in ambito fallimentare e alla soluzione negoziata della crisi d'impresa, relativamente al periodo precedente alla riforma ex d.lgs. n. 14/2019, si v. la pregevole disamina di G. VILLANACCI, A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 82 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 6 ss.; Ant. D'ANGELO, *La donazione*, cit., p. 31 ss.; F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 567 s.

⁽⁸⁹⁾ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 259.

strumento negoziale deputato all'assunzione di promesse di dare, corrispondenti all'indiretta esecuzione di obblighi propri della morale sociale.

4. — *Interesse del garante e corrispettività indiretta. Fideiussione omnibus e conferimento.*

Alcune fattispecie passate al vaglio della S.C. inducono a rivolgere particolare attenzione agli atti gratuiti (altrimenti evidenziati come «di solidarietà coniugale») compiuti dal coniuge dell'imprenditore nei confronti di quest'ultimo, nonché alla loro interrelazione con l'attività di gestione dell'impresa: non può, infatti, qualificarsi in termini di gratuità l'attribuzione patrimonialmente interessata preordinata al raggiungimento di scopi imprenditoriali condivisi⁽⁹⁰⁾.

In proposito, la dottrina più recente ha definitivamente individuato i criteri di qualificazione del rapporto, distinguendo le fattispecie in varie categorie a seconda dell'interesse in concreto realizzato.

In particolare: *a)* se l'interesse perseguito dall'autore dell'attribuzione è di natura patrimoniale, ciò significa che costui si attende il conseguimento di una controprestazione, quindi gli interessi patrimoniali di entrambe le parti, se condivisi, danno luogo, in ogni caso, alla causa onerosa o di scambio⁽⁹¹⁾; *b)* se, invece, l'interesse del *tradens* non è di natura patrimoniale, costui nulla si attende dall'*accipiens* (si dice, comunemente, che la prestazione è disinteressata), con la conseguenza che la condivisione dell'interesse non patrimoniale

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Cass., 15 maggio 2010, n. 12045, in *Giur. it.*, 2011, p. 796, con nota di G. RISPOLI, *Nota in tema di azione revocatoria*, la quale sottolinea che «Non costituisce atto dovuto, come tale escluso dall'ambito applicazione dell'azione revocatoria, il pagamento di un debito scaduto mediante *datio in solutum* o donazione remuneratoria»; Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Vita not.*, 2013, p. 1063, con nota di S.P. CERRI, *Affectio familiaris, atti di disposizione e società di fatto*, e in *Giur. it.*, 2014, p. 1428, con nota di E. MORINO, *Affectio societatis e affectio familiaris fra società apparente e società di fatto*.

⁽⁹¹⁾ Si veda sul punto la definizione fornita *ex art.* 1274 del *código civil* spagnolo: «*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*».

dà luogo alla causa liberale o alla causa gratuita⁽⁹²⁾, secondo che l'interesse richiamato sia o meno preordinato alla produzione di effetti duraturi e rilevanti, volti a realizzare finalità successorie⁽⁹³⁾.

È evidente che nel caso in cui il coniuge dell'imprenditore disponga in suo favore al fine di evitare una disgregazione del patrimonio familiare (inteso in senso ampio), viene in rilievo soltanto la fattispecie di cui alla lett. a), in quanto un soggetto ha interesse di natura patrimoniale all'attribuzione, che può essere diretto (allorché vi sia corrispettivo in senso tecnico, ed anche il tipo utilizzato sia preordinato allo scambio⁽⁹⁴⁾), ovvero indiretto (quando, pur essendo la causa onerosa, il tipo utilizzato dalle parti possieda struttura unilaterale, essendo in astratto costruito per il raggiungimento d'interessi gratuiti o liberali).

Determinare l'interesse del fideiussore a prestare garanzia verso il coniuge⁽⁹⁵⁾ sarà, quindi, indispensabile al fine di correttamente individuare la causa attributiva, con conseguente inquadramento dell'attribuzione nella donazione indiretta, ove la prestazione risulti sorretta da interesse non patrimoniale (per l'appunto, spirito di liberalità), ovvero nella c.d. gratuità strumentale o corrispettività indiretta, in caso d'interesse patrimoniale in capo al fideius-

⁽⁹²⁾ Al fine di far rientrare l'efficacia dell'atto gratuito nella corretta fattispecie sarà pertanto necessario valutare in concreto il profilo causale dell'attribuzione: la corretta ricostruzione concettuale della causa si rivela, infatti, determinante al fine di correttamente individuare un contratto gratuito, una liberalità, ovvero un semplice rapporto di cortesia (caratterizzato, pertanto, da natura extragiuridica): v. in proposito le pregevoli riflessioni di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, rist. 2011, p. 79; ID., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 429 ss.; ID., *Contratti collegati e disciplina della nullità parziale: un difficile connubio (il caso del patto commissorio)*, in *Rass. giur. umbra*, 2003, p. 418 ss.; ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 98; nonché A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 47 ss.

⁽⁹³⁾ Sul punto A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 20.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., spec. pp. 8, 21 e 26 s.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, cit.

sore⁽⁹⁶⁾; come sostiene la dottrina più avveduta potrà, in ogni caso, palesarsi l'interesse del garante esclusivamente a mezzo di «procedimento equitativo, consistente in un'attenta valutazione delle singole circostanze attinenti al caso concreto, della “storia” delle parti (*fides*) e dei loro rapporti pregressi»⁽⁹⁷⁾.

Come facilmente intuibile, le questioni maggiormente rilevanti in proposito si rinvencono nell'ambito della corrispettività indiretta, in quanto riguardano il settore qualitativamente e quantitativamente più importante in cui la garanzia fideiussoria trova applicazione: l'attività d'impresa⁽⁹⁸⁾.

Ove, pertanto, la garanzia risulti prestata nell'interesse di un imprenditore,

⁽⁹⁶⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, p. 495.

⁽⁹⁷⁾ Così A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 495.

⁽⁹⁸⁾ In base al provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia («ABI – Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie») (cfr. § 61, nt. 5), il 72% delle garanzie personali viene rilasciato da persone fisiche a copertura di rischi relativi a crediti concessi dalle banche a «famiglie produttrici» e a «società non finanziarie». Deve ritenersi più difficile, pertanto, che una fideiussione venga prestata da una società commerciale, anche se ormai si considera superato il problema dell'attinenza della fideiussione all'oggetto sociale. La Cassazione aveva, in due risalenti pronunce, ritenuto valide le garanzie prestate da società esclusivamente in presenza di specifica ed espressa previsione statutaria: cfr. Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 nonché in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 61, e Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 27, nonché in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 439; per la dottrina sul punto cfr. V. ALLEGRI, *Prime considerazioni sui nuovi modelli A.B.I. di fideiussione*, in M. VIALE (a cura di), *I nuovi modelli A.B.I. di fideiussione. Quaderni teorico-pratici per l'impresa*, 1, Torino, 1990, p. 17 ss., e ivi ulteriori riferimenti. Tale impostazione, ampiamente criticata in dottrina, è stata in seguito abbandonato a metà degli anni Settanta, in due sentenze, nelle quali si afferma come l'inerenza della garanzia all'oggetto sociale debba in ogni caso valutarsi riguardo al caso concreto, tenendo in considerazione anche l'interesse del garante: cfr. Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1998, in *Giur. comm.*, 1977, p. 771, con nota di G. LA VILLA, *Atti estranei all'oggetto sociale e collegamento fra società*, nonché in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220, con nota di G. FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui, e atti estranei all'oggetto sociale*, il quale afferma (p. 231 ss.) che l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale rileva in ordine al potere degli amministratori e non in ordine alla capacità della società e che, di conseguenza, l'atto estraneo all'oggetto sociale può essere sempre ratificato dall'assemblea ordinaria; Cass., 7 febbraio 1975, n. 466, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1382; v. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 26 settembre 1983, in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 181. In dottrina si v., oltre agli autori già citati, G. GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 391 ss.

orientamento giurisprudenziale maggioritario è propenso a ritenere la medesima come idonea a realizzare un conferimento in società, di talché, venendosi a creare un sostanziale vincolo societario tra garante e garantito, l'eventuale fallimento di quest'ultimo dovrebbe considerarsi esteso anche al primo⁽⁹⁹⁾.

Come già sottolineato⁽¹⁰⁰⁾ non può ritenersi sufficiente, la mera prestazione delle garanzie, a provare la sussistenza di un vincolo societario, essendo necessario a detto fine non solo che le garanzie assumano il carattere di sistematicità, ma anche il concorso con altri elementi strutturali del contratto societario, tra i quali vi è l'ingerenza nella gestione imprenditoriale, la spendita del nome e la partecipazione agli utili: elementi, tutti, da valutarsi necessariamente a mezzo di un procedimento sostanzialmente equitativo⁽¹⁰¹⁾.

Sulla scorta di tale orientamento vi sono decisioni secondo cui, al fine di poter parlare in termini di "società di fatto" tra garante e garantito, sarebbe necessario ravvisare la sussistenza sia della componente patrimoniale, la quale può essere anche costituita da una fideiussione *omnibus*, sia di quella gestionale, cioè a dire l'ingerenza, da parte del fideiussore, nella conduzione dell'impresa: solo a tali condizioni il garante potrebbe assumere la qualifica – per quanto *de facto* – di socio⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, p. 733, con nota di D. TESTI, *Quando il finanziamento può dirsi conferimento*; ma v. anche Trib. Napoli, 22 marzo 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 616, con nota di F. FIMMANÒ, *Il fallimento del fideiussore*, ove si pone a fondamento della decisione il fatto che i familiari abbiano rilasciato fideiussione *omnibus* ad istituti bancari, e considera tale elemento, di per sé (nonché in assenza di prova contraria) un indice rivelatore sia dell'esistenza del rapporto societario che della partecipazione dei sovventori alla gestione economica della società. In dottrina, sul punto, si v. A. AIROLDI, *Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, I, p. 485 s.; F. RIOLO, *Garanzie reali e personali prestate dai coniugi in regime di comunione legale*, in *Bancaria*, 1977, p. 679; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 106; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 89.

⁽¹⁰⁰⁾ V. *retro*, § 1.

⁽¹⁰¹⁾ Su cui v. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 496.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 1982, n. 7119, cit.; App. Firenze, 3 aprile 1970, cit.; Trib. Napoli, 2 luglio 1980, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 149, con nota di G. GIORDANO, *Conferimento, fideiussione e confusione di patrimoni*; Trib. Lucca, 21 luglio 1978, in *Banca borsa tit. cred.*, 1979, II,

In realtà, come sottolineato da autorevole dottrina⁽¹⁰³⁾, pur arrecando la concessione di garanzie sicuri vantaggi economici all'impresa (salvo il caso in cui ciò risulti, in ipotesi particolari, espressamente previsto *ex lege*: cfr. art. 2464, 6° comma, c.c.), la fideiussione *omnibus* non appare di per sé riconducibile alla nozione di conferimento tecnicamente intesa, costituendo, il medesimo, assunzione dell'obbligo di compiere una prestazione – avente ad oggetto beni o servizi⁽¹⁰⁴⁾, nonché una destinazione permanente – diretta al raggiungimento dello scopo societario⁽¹⁰⁵⁾; la fideiussione *omnibus* concorre al conseguimento dello scopo societario solo indirettamente, ed accedendo al debito principale è fonte di obbligazione solo eventuale, i cui effetti possono addirittura cessare, essendo contrattualmente previsto, in favore del garante, il diritto di recesso *ex art.* 4 del modulo A.B.I.⁽¹⁰⁶⁾.

241, con nota di M. BRONZINI, *La fideiussione bancaria non è prova di società*, Trib. Firenze, 6 ottobre 1975, in *Dir. fall.*, 1976, II, p. 258, con nota di ID., *Formalità per l'estensione del fallimento. Fideiussioni non pericolose*. In argomento v. anche App. Bologna, 9 giugno 1981, in *Giur. comm.*, 1982, p. 205, con nota di G. SPATAZZA, *Verso la soppressione del socio occulto*, cit. In dottrina cfr., oltre agli autori citati, N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1983, p. 227 ss.; nonché V. ALLEGRI, *Prime considerazioni sui nuovi modelli A.B.I. di fideiussione*, cit., p. 16; M. VIALE, *Fideiussione omnibus*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 305 ss.

⁽¹⁰³⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 497.

⁽¹⁰⁴⁾ È utile ricordare in proposito la questione sorta sotto la vigenza del testo originario dell'art. 1469-*bis* c.c., contenente il riferimento – poi abrogato – ai contratti aventi ad oggetto «la cessione di beni o la prestazione di servizi». Riguardo a detta disposizione era opinione condivisa, infatti, che la fideiussione non potesse realizzare la «cessione di beni» ovvero la «prestazione di servizi» richiesti, dalla norma, ai fini di applicabilità della disciplina dei contratti del consumatore, e ciò pur evidenziandosi l'incongruità del dato normativo, il quale aveva recepito in modo difforme la direttiva 93/13/CEE, nonché proponendosi talune soluzioni interpretative volte ad applicare la normativa sul consumatore almeno nell'ipotesi in cui la fideiussione accedeva a contratti aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazioni di servizi; per la questione, nonché per le soluzioni prospettate sia in dottrina che in giurisprudenza, v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, in L. RUGGERI, S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 191 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1987, p. 16, nt. 3.

⁽¹⁰⁶⁾ In argomento M. BRONZINI, *La fideiussione bancaria non è prova di società*, cit., p. 245; ma v. anche C. GIANNATTASIO, *Fideiussione a garanzia di apertura di credito a società di persone intesa come conferimento in società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1974, I, p. 32 ss.

Il fatto, tuttavia, che la prestazione di garanzia non integri tecnicamente un conferimento in società non porta automaticamente ad escludere che tra fideiussore e garantito sussista un vincolo societario sostanziale⁽¹⁰⁷⁾: deve darsi conto, infatti, della possibilità d'intendere il concetto di “apporto societario”, per quanto con i predetti limiti, in senso ampio, di talché oggetto della prestazione potrà essere un'attività lavorativa ovvero di collaborazione alla conduzione imprenditoriale⁽¹⁰⁸⁾. Pertanto, sempre tenendo conto che al fine di potersi configurare un vincolo societario tra garante e garantito è necessaria la sussistenza di tutti i requisiti propri di suddetto vincolo (conferimento, gestione in comune e partecipazione agli utili), dovrà verificarsi se vi sia stata da parte del fideiussore l'assunzione, in concreto, di un obbligo potenzialmente qualificabile come conferimento⁽¹⁰⁹⁾.

Tali conclusioni devono quindi ritenersi applicabili in fattispecie in cui la fideiussione sia prestata da un congiunto dell'imprenditore⁽¹¹⁰⁾; come già si è avuto modo di precisare, in tale ipotesi è rinvenibile, in misura ancora maggiore, l'importanza di addivenire ad una corretta individuazione della causa attributiva⁽¹¹¹⁾: di regola, infatti, il vincolo familiare costituisce esclusivamente il motivo – usualmente a carattere non patrimoniale – della prestazione di garanzia, mai, di per sé (soprattutto in mancanza di cointeressenza del fi-

⁽¹⁰⁷⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 497.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto ancora G. FERRI, *Le società*, cit., p. 16.

⁽¹⁰⁹⁾ A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 498.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. C. GIANNATTASIO, *Fideiussione prestata da prossimo congiunto a garanzia di apertura di credito, erroneamente intesa come conferimento in società*, in AA.VV., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, p. 119 ss. Per alcuni profili comparatistici v. S. CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia-Roma, rist. 2013, spec. p. 41 ss.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto v. Trib. Cassino, 23 gennaio 2001, in *Gius*, 2002, p. 332, secondo il quale «Sussiste una società di fatto tra coniugi allorché un coniuge compia ripetuti atti di amministrazione, gestione e finanziamento con riferimento all'impresa dell'altro coniuge, apparendo all'esterno come contitolare della stessa, non potendo tali condotte giustificarsi né nell'adempimento di obblighi nascenti dal rapporto di coniugio, né alla stregua di apporto all'impresa familiare altrui, posto che in quest'ultimo caso l'unica persona legittimata ad agire nei confronti dei terzi è il titolare dell'impresa».

deiussores nell'attività economica del destinatario del finanziamento), indice dell'esistenza di un rapporto societario⁽¹¹²⁾, di talché l'attribuzione avviene, in tali ipotesi, assumendo le caratteristiche proprie della donazione, soggiacendo in quanto tale alla relativa disciplina⁽¹¹³⁾. È evidente che, in presenza ad esempio di cointestazione di conti correnti, la sistematica prestazione, da parte dell'un coniuge, di fideiussioni a garanzia delle esposizioni dei soli conti intestati all'altro, la comproprietà di buona parte degli immobili utilizzati nella gestione imprenditoriale nonché, infine, la costituzione d'ipoteca volontaria a favore di banche creditrici, costituiscono elementi comprovanti, sotto il profilo causale, una netta preponderanza del vincolo societario su quello familiare⁽¹¹⁴⁾.

A conclusioni in parte difformi si potrebbe arrivare nella già citata ipotesi d'impresa familiare, argomento che presenta, peraltro, maggiore complessità. In ordine alla prestazione di una fideiussione *omnibus* in favore dell'imprenditore da parte del coniuge collaboratore all'impresa familiare si ritiene: da parte della giurisprudenza, che detta prestazione debba considerarsi rivelatrice, unitamente ad altri elementi (come, ad esempio, la partecipazione agli utili) dell'esistenza di un vincolo societario⁽¹¹⁵⁾; da parte della dottrina, che possa ravvisarsi un'impresa collettiva, con conseguente fallimento, in caso d'insolvenza, di entrambi i coniugi⁽¹¹⁶⁾. Come sottolineato dalla dottrina più avveduta⁽¹¹⁷⁾, entrambe le teorie richiamate non tengono conto della totalità delle situazioni concretamente realizzabili e si fondano, peraltro, su presupposti non sempre sistematicamente coerenti apparendo, pertanto, affette

⁽¹¹²⁾ Cfr. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 498.

⁽¹¹³⁾ Sul punto A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 116.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. App. Messina, 26 luglio 1985, cit. Quanto ai punti di distinzione tra i due istituti ed ai relativi criteri d'individuazione v., per tutti, G. FERRI, *Le società*, cit., p. 36 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. N. SALANITRO, *Fideiussione omnibus e impresa familiare*, in AA.VV., *Fideiussione omnibus, i rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi di diritto penale bancario*, Milano, 1978, p. 58 ss.

⁽¹¹⁷⁾ V. sul punto A. SASSI, *Contratti di garanzia*, cit., p. 499.

da particolare rigidità: il rilascio della fideiussione non influisce, infatti, sul rapporto intercorrente tra i coniugi, con essa profilandosi la mera garanzia di un debito altrui; quanto alla partecipazione agli utili, questa non può considerarsi, in sé, indice di rapporto societario, in quanto è normativamente prevista (cfr. art. 230-*bis* c.c.) a tutela del coniuge mero collaboratore e in posizione, pertanto, debole.

Solo la verifica della situazione concreta consentirà, quindi, la corretta individuazione della posizione del coniuge garante nei confronti dell'impresa, e ciò a mezzo del già citato, fondamentale, procedimento equitativo.

