



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I - 2019

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I- 2019

Simone Albisetti/Andrea Porrini

**L'ufficio del registro di commercio quale
baluardo contro la cessione del mantello
giuridico: un sistema ancora attuale?**

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione e delle pari opportunità,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4238-7 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-051-8 (Repubblica e Cantone Ticino)

L'ufficio del registro di commercio quale baluardo contro la cessione del mantello giuridico: un sistema ancora attuale?

Simone Albisetti/Andrea Porrini***

1. Introduzione
2. L'Ufficio del registro di commercio: non solo iscrizioni su notificazione ma obblighi d'ufficio
 - 2.1. In generale
 - 2.2. Violazione dell'obbligo di notificazione
 - 2.3. Domicilio legale cancellato o non più valido
 - 2.4. Lacune nell'organizzazione imperativamente prescritta dalla legge
 - 2.5. Enti giuridici senza attività economica e senza attivo
3. Il mantello giuridico
 - 3.1. Concetto
 - 3.2. Il silenzio qualificato del legislatore
 - 3.3. Giurisprudenza
 - 3.4. Dottrina
 - 3.5. Criteri di valutazione
 - 3.6. Aspetti pratici
4. La società chiede un nuovo approccio?
 - 4.1. Uno sguardo dalla finestra del 1928: la strategia dell'attesa
 - 4.2. Un immobilismo durato 55 anni, la lunga gestazione e il bambino nato vecchio: la revisione del 1991
 - 4.3. Uno sguardo dalla finestra del 2018: l'agevolazione delle piccole e medie imprese (PMI)
 - 4.4. Il compito improbo dell'ufficio del registro di commercio
 - 4.5. Riflessioni primordiali sulla ricapitalizzazione del mantello giuridico
 - 4.6. La wirtschaftliche Neugründung tedesca
 - 4.7. Una declinazione della wirtschaftliche Neugründung nel Codice delle obbligazioni?
5. Conclusione

* Avvocato, notaio, LL.M., Capo sezione dei registri del Canton Ticino. L'autore si esprime a titolo personale; quanto affermato nel presente articolo non impegna in alcun modo l'Amministrazione cantonale.

** Avvocato, notaio, Capoufficio del Registro di commercio del Canton Ticino. L'autore si esprime a titolo personale; quanto affermato nel presente articolo non impegna in alcun modo l'Amministrazione cantonale.

1. Introduzione

Il registro di commercio è una piattaforma pubblica che raccoglie determinate informazioni giuridicamente rilevanti riguardanti gli enti giuridici, garantendo così la sicurezza del diritto e la protezione della buona fede. L'attività principale dell'ufficio del registro di commercio consiste nell'analisi della notificazione di iscrizione e dei documenti giustificativi, così come nella registrazione della nuova informazione, se dati i presupposti. Parallelamente però gli è assegnata la competenza di effettuare tutta una serie di iscrizioni d'ufficio, volte sostanzialmente a garantirne la fidejussione nell'interesse della collettività. In un contesto economico e sociale che vede il moltiplicarsi di attività illecite e abusive, perpetrate anche attraverso vettori societari (si pensi a società non operative utilizzate unicamente per ottenere permessi di soggiorno e successivamente indennità di disoccupazione rispettivamente di invalidità, oppure a società invischiate in fallimenti pilotati che distorcono una sana concorrenza e indeboliscono l'economia virtuosa)¹, ecco che la società civile chiede allo Stato e al suo apparato amministrativo un maggior rigore nella lotta a tali abusi. Le attività d'ufficio costituiscono un mezzo che, sebbene lungi dal rappresentare la panacea avverso i suddetti mali, può sicuramente concorrere a mitigarne gli effetti nefasti eliminando, almeno in parte, dal mercato questi attori viziosi. La verifica della cessione di quote di partecipazioni (quote sociali o azioni) di presumibili società mantello rientra in questa tipologia di attività preventiva. La questione del mantello societario, nella sua intrigante complessità, è stata ampiamente trattata da giurisprudenza e dottrina e si riverbera in vari settori del diritto. Questo contributo, per scelta, non si cimenterà con le questioni fiscali e penali, incentrandosi piuttosto sugli aspetti civilistici nell'ottica

¹ Si leggano ad esempio le interviste ad Andrea Pagani, Procuratore generale (Corriere del Ticino 30 giugno 2018, pag. 3: «*Senza dimenticare che c'è chi crea società fittizie per farle fallire poco dopo e poter beneficiare della disoccupazione*»), Fabio Tasso, responsabile della Sezione reati economici della polizia cantonale (Corriere del Ticino 9 dicembre 2015, pagg. 2-3 «*Quel business sommerso delle società fantasma*» e «*Un sistema collaudato per truffare lo Stato sociale*») e Paolo Bernasconi (Corriere del Ticino 26 gennaio 2016, pag. 2 «*Una galassia di società fittizie nella nostra piazza finanziaria*»).

dell'iscrizione nel registro di commercio. Scopo ultimo è quello di interrogarsi se l'impostazione attuale relativa alla trattazione del mantello societario sia ancora aderente alle aspettative della società contemporanea, stimolando una riflessione.

2. L'Ufficio del registro di commercio: non solo iscrizioni su notificazione ma obblighi d'ufficio

2.1. In generale

È opinione comune che l'attività dell'ufficio del registro di commercio consista quasi esclusivamente nell'iscrizione di nuovi enti giuridici, nella modifica delle iscrizioni e nella cancellazione degli stessi, sulla base di notificazioni corredate dai documenti giustificativi previsti dalla legge e dall'ordinanza. In verità, l'ufficio del registro di commercio si occupa anche in larga misura delle iscrizioni d'ufficio, ovvero di quelle iscrizioni che vengono effettuate direttamente dall'ufficio del registro di commercio, nei casi in cui un ente giuridico non procede di sua iniziativa alla notifica. La base legale risiede nell'art. 941 CO², il quale prevede che l'ufficiale del registro deve invitare gli interessati a fare le notificazioni obbligatorie e, occorrendo, procedere d'ufficio alle iscrizioni prescritte³. In questi casi l'ufficio del registro di commercio, al termine di una procedura che presuppone l'osservanza di diverse formalità, esegue di sua iniziativa l'iscrizione e, se del caso, infligge un'ammenda ai sensi dell'art. 943 cpv. 1 CO alle persone fisiche obbligate alla notificazione, fino a un importo massimo di CHF 500.00⁴. Le procedure d'iscrizione d'uffi-

² Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911; RS 220.

³ A questo proposito si veda anche l'art. 15 cpv. 1 ORC, secondo cui l'iscrizione nel registro di commercio non si fonda esclusivamente su di una notificazione o su di una sentenza del tribunale, ma essa può essere effettuata anche a seguito di una procedura d'iscrizione d'ufficio.

⁴ MARTIN K. ECKERT, *Basler Kommentar – Obligationenrecht II*, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 941, pag. 2415, n. 5; MICHAEL GWELESSIANI, *Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung*, Zurigo 2012, ad art. 152, pag. 192, n. 517. *De lege ferenda* l'importo massimo dell'ammenda sarà aumentato a CHF 5000.00 (cfr. art. 940 D-CO

cio sono attualmente quattro e sono regolate dagli artt. 937-938b CO e 941-943 CO, nonché dagli artt. 152-157 ORC⁵ (paragrafi 2.2-2.5). È importante ricordare che tali procedure sono fondamentali al fine di poter adempiere a uno degli scopi principali del registro di commercio, vale a dire quello di garantire ai terzi la veridicità e l'attualità delle informazioni ivi contenute⁶.

L'*iter* delle procedure d'iscrizioni d'ufficio (*Zwangungsverfahren*) si suddivide in tre fasi principali, ovvero nella fase di indagine o rilevamento, in quella di esortazione alla notificazione (diffida) e in quella di decisione e d'iscrizione d'ufficio nel registro di commercio⁷. Nella maggior parte dei casi queste procedure sono avviate a seguito di una segnalazione di terzi (privati o altre autorità) che, nell'eseguire le loro mansioni, vengono a conoscenza di una lacuna dei fatti iscritti nel registro di commercio di un determinato ente giuridico⁸. Negli altri casi la procedura è avviata dall'ufficio del registro di commercio a seguito di una sua verifica (art. 157 cpv. 1 ORC)⁹. Riscontrata la lacuna, l'ufficio del registro di commercio diffida l'ente giuridico a ristabilire la situazione legale entro il termine perentorio e non prorogabile di 30 giorni¹⁰. La diffida è notificata mediante lettera raccomandata al domicilio legale dell'ente giuridico oppure, qualora quest'ultimo non sia raggiungibile, mediante pubblicazione

e il Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto del registro di commercio) del 15 aprile 2015, in FF 2015 2849, pag. 2881).

⁵ Ordinanza sul registro di commercio del 17 ottobre 2007; RS 221.411.

⁶ Si vedano a questo proposito l'art. 937 CO e gli artt. 1, 26 e 27 ORC; ADRIAN TAGMANN, *Stämpflis Handkommentar ORC*, Berna 2013, ad art. 152, pag. 1355, n. 1.

⁷ ECKERT, 2016, ad art. 941, pag. 2414, n. 1; TAGMANN, 2013, ad art. 152, pag. 1355 e 1356, n. 2.

⁸ TAGMANN, 2013, ad art. 152, pag. 1357, n. 10; GWELESSIANI, 2012, ad art. 152, pag. 194, n. 520.

⁹ A questo proposito si veda l'art. 157 cpv. 2 ORC, il quale sancisce in particolare l'obbligo per i tribunali e per le altre autorità di fornire per iscritto e gratuitamente all'ufficio del registro di commercio le informazioni concernenti imprese soggette a iscrizione e fatti che potrebbero motivare un obbligo di iscrizione, di modifica o di cancellazione.

¹⁰ TAGMANN, 2013, ad art. 152, pag. 1361, n. 24.

nel FUSC¹¹ e menziona le prescrizioni determinanti e le conseguenze giuridiche in caso di violazione dell'obbligo di notificazione¹².

2.2. *Violazione dell'obbligo di notificazione*

L'art. 152 ORC regola la procedura d'iscrizione d'ufficio prevista per i casi in cui l'ente giuridico non notifica la sua nuova iscrizione o i fatti da modificare nel registro di commercio (ad esempio la nuova iscrizione di una ditta individuale oppure la modifica del domicilio di un membro del consiglio d'amministrazione). Si tratta della procedura generale (*Grund- bzw. Auffangtatbestand*), la quale viene applicata qualora non siano adempiute le condizioni per le procedure particolari di cui agli artt. 153-155 ORC¹³. Se l'ente giuridico non dà seguito a quanto indicato nella diffida, l'ufficio del registro di commercio emana una decisione mediante la quale stabilisce il contenuto dell'iscrizione, gli emolumenti e l'importo dell'eventuale ammenda ai sensi dell'art. 943 cpv. 1 CO (art. 152 cpv. 5 ORC). Questa decisione, che è notificata personalmente alle persone obbligate alla notificazione, è impugnabile direttamente dinnanzi alla Seconda Camera civile del Tribunale d'appello entro il termine di 30 giorni dalla notificazione (art. 165 ORC e art. 6 cpv. 1 Legge cantonale sul registro di commercio¹⁴). Cresciuta in giudicato la decisione, l'ufficio del registro di commercio effettua l'iscrizione, con la menzione che tale operazione è avvenuta d'ufficio (art. 156 ORC).

2.3. *Domicilio legale cancellato o non più valido*

Qualora il domicilio legale (recapito) di un ente giuridico venga cancellato (questa situazione si presenta soprattutto in caso di domiciliazione presso terzi), l'ufficio del registro di commercio avvia una procedura d'iscrizione d'ufficio regolata dagli artt. 153 seg. ORC. Lo stesso vale anche nel caso in cui un terzo segnala che un ente giuridico non dispone

¹¹ Foglio ufficiale svizzero di commercio.

¹² ECKERT, 2016, ad art. 941, pag. 2415, n. 3.

¹³ TAGMANN, 2013, ad art. 152, pag. 1357, n. 8.

¹⁴ RL 224.100 [vRL 4.1.1.3].

verosimilmente più di un valido domicilio legale nel luogo della sua sede¹⁵. Se la situazione legale non è ripristinata entro il termine di 30 giorni assegnato con la diffida, l'ufficio del registro di commercio emette una decisione di scioglimento per le società di persone e le persone giuridiche e di cancellazione per le ditte individuali e le succursali. Anche in questo caso vi è la possibilità di infliggere un'ammenda ai sensi dell'art. 943 cpv. 1 CO a carico delle persone obbligate alla notificazione. Cresciuta in giudicato la decisione, nel registro di commercio viene iscritto lo scioglimento delle società di persone o delle persone giuridiche, unitamente a un'osservazione che le stesse non dispongono più di un valido domicilio legale, mentre le ditte individuali e le succursali vengono cancellate. Dal giorno dell'iscrizione dello scioglimento, le persone giuridiche e le società di persone hanno ancora tre mesi di tempo per notificare un valido domicilio legale e chiedere la revoca dello scioglimento disposto d'ufficio. Scaduto questo termine, lo scioglimento diviene irrevocabile e l'ente giuridico può solamente essere liquidato e cancellato dal registro di commercio (art. 153b cpv. 3 ORC).

2.4. Lacune nell'organizzazione imperativamente prescritta dalla legge

In caso di lacune nell'organizzazione imperativamente prescritta dalla legge di società di persone, persone giuridiche e succursali di un'impresa con sede all'estero (ad esempio per la società anonima l'assenza del consiglio d'amministrazione ex art. 707 CO, l'assenza del presidente del consiglio di amministrazione ex art. 712 CO, l'assenza dell'ufficio di revisione ex art. 727 CO, il mancato rispetto delle esigenze relative ai requisiti e all'indipendenza dell'ufficio di revisione ex art. 727b CO segg. e il mancato rispetto delle regole in materia di domicilio, ossia l'assenza di una valida rappresentanza in Svizzera ex art. 718 CO), l'art. 941a CO dispone che l'ufficiale del registro di commercio chieda al giudice di

¹⁵ Le segnalazioni sono effettuate principalmente da altre autorità statali (ad esempio l'ufficio di tassazione delle persone giuridiche, gli uffici di esecuzione, la polizia giudiziaria, gli istituti di previdenza e gli uffici controllo abitanti comunali), oppure da privati.

prendere le misure necessarie¹⁶. In concreto l'art. 154 cpv. 1 ORC prevede che l'ufficio del registro di commercio diffidi l'ente giuridico a ripristinare la situazione legale entro 30 giorni e a notificare la pertinente iscrizione. Qualora l'ente giuridico non proceda con le dovute modifiche, l'incarto è trasmesso al tribunale oppure, in caso di fondazioni, all'autorità di vigilanza competente per una decisione. Il tribunale ha la facoltà di prendere una delle misure previste all'art. 731b CO. A questo proposito va rilevato che, nella maggior parte dei casi, il tribunale pronuncia lo scioglimento della società e ordina la liquidazione del patrimonio secondo le prescrizioni applicabili al fallimento (art. 731b cpv. 1 cifra 3 CO). Cresciuta in giudicato la decisione del tribunale o dell'autorità di vigilanza, la stessa è trasmessa all'ufficio del registro di commercio, il quale esegue la relativa iscrizione nel registro di commercio (artt. 19 e 156 ORC). A differenza dello scioglimento d'ufficio ex art. 153b ORC, in questo caso non vi è nessuna possibilità di salvare la società dopo la crescita in giudicato della decisione del pretore o dell'autorità di vigilanza.

2.5. *Enti giuridici senza attività economica e senza attivo*

L'art. 938a cpv. 1 CO prevede che gli enti giuridici senza attività economica e senza attivi realizzabili debbano essere cancellati d'ufficio dal registro di commercio. I dettagli procedurali sono regolati dall'art. 155 ORC. Al fine di poter avviare questa procedura, è necessario che queste due condizioni siano adempiute cumulativamente¹⁷. In questi casi si tratta di enti giuridici che non sono stati sciolti formalmente¹⁸, ma che hanno già effettuato la liquidazione, senza rispettare tuttavia le norme legali (li-

¹⁶ L'autorità del registro di commercio ha solo un diritto di proposta di adozione di provvedimenti; spetta infatti all'autorità giudiziaria deciderne l'adozione.

¹⁷ Messaggio n. 01.082 concernente una revisione del Codice delle obbligazioni (Diritto della società a garanzia limitata; adeguamento del diritto della società anonima, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali) del 19 dicembre 2001 (Messaggio n. 01.082), in FF 2002 2841, pag. 2925; ECKERT, 2016, ad art. 938a, pag. 2398 e 2399, n. 3; DAVID RÜETSCHI, *Stämpflis Handkommentar ORC*, Berna 2013, ad art. 155, pag. 1395, n. 6; GWELESSIANI, 2012, ad art. 155, pag. 204, n. 543.

¹⁸ In merito alla procedura di scioglimento e liquidazione di una società anonima, si vedano gli art. 736 segg. CO.

quidazione di fatto)¹⁹. Il concetto di attività economica ai sensi dell'art. 155 ORC è più ampio rispetto a quello di esercizio di un'impresa in forma commerciale ai sensi dell'art. 934 cpv. 1 CO e comprende anche l'amministrazione del proprio patrimonio societario, come può essere il caso per una società *holding* oppure per una società immobiliare²⁰. Il Tribunale federale ha stabilito che la riscossione di crediti contestati rappresenta già di per sé un'attività economica²¹. Il Tribunale amministrativo del Canton Zurigo, in una sua recente decisione, ha invece deciso l'esatto contrario, vale a dire che la presenza di un credito contestato non rappresenta ancora di per sé una prova di una reale attività economica. Sempre in questa sentenza è stato inoltre stabilito che, un verbale di pignoramento in cui l'organo esecutivo dell'ente giuridico dichiara espressamente che lo stesso è inattivo e non presenta alcun attivo pignorabile e realizzabile, rappresenta una prova sufficiente atta a dimostrare che le due condizioni di cui agli artt. 938a cpv. 1 CO e 155 cpv. 1 ORC sono adempiute²². La disponibilità di attestati definitivi di carenza di beni indica che l'ente giuridico è senza attivi²³. Secondo la prassi dell'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino, in mancanza di un tale documento, l'assenza di attività economica è accertata mediante un rapporto dell'ufficio preposto al controllo delle attività economiche del comune di sede dell'ente giuridico. La prova dell'assenza di attivi e di attività economica può tuttavia essere fornita anche mediante altri documenti, quali ad esempio una conferma da parte dell'ufficio di tassazione oppure da una verifica degli ultimi documenti contabili dell'ente giuridico (bilancio e conto economico)²⁴. Non è invece possibile procedere con

¹⁹ RÜETSCHI, 2013, ad art. 155, pag. 1394, n. 1.

²⁰ MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, (AJP/PJA) 4/2013, pag. 564.

²¹ STF 4C.19/2001 del 25 maggio 2001 consid. 2b.

²² Decisione del Verwaltungsgericht Zürich VB.2016.00735 dell'8 marzo 2017 consid. 3.5.

²³ Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto del registro di commercio) del 15 aprile 2015, in FF 2015 2849, pag. 2874.

²⁴ RÜETSCHI, 2013, ad art. 155, pag. 1396, n. 8; GWELESSIANI, 2012, ad art. 155, pag. 204, n. 541.

la cancellazione d'ufficio sulla base di una comunicazione da parte dell'organo esecutivo dell'ente giuridico, secondo la quale lo stesso è privo di attività e di attivi realizzabili; ciò rappresenterebbe infatti un aggiramento delle disposizioni sullo scioglimento²⁵.

La procedura in questione prevede che l'ufficio del registro di commercio diffidi l'ente giuridico a far valere entro 30 giorni un interesse motivato al mantenimento dell'iscrizione (opposizione alla cancellazione). Scaduto infruttuoso questo termine, vengono pubblicate tre grida successive pubblicate nel FUSC e, scaduti trenta giorni dalla terza pubblicazione senza nessuna comunicazione da parte dei soci o dei creditori, l'ente giuridico è cancellato definitivamente dal registro di commercio (art. 155 cpv. 2 e 3 ORC). In caso di opposizioni da parte dei soci o dei creditori, l'incarto è invece trasmesso al tribunale per decisione (art. 938a cpv. 2 CO e art. 155 cpv. 4 ORC).

Lo scopo della procedura, oltre a quello di proteggere la veridicità delle iscrizioni nel registro di commercio (evitando che nello stesso restino iscritti enti giuridici inattivi e che non dispongono più del capitale minimo previsto dalla legge), è anche di impedire (o quantomeno ostacolare) il commercio delle società mantello²⁶, vale a dire di quelle società liquidate di fatto e prive di attività economica, di cui si tratterà più nel dettaglio nei successivi paragrafi. A questo proposito va rilevato che l'ufficio del registro di commercio, nel caso in cui constati la presenza di una società mantello, è tenuto ad avviare nei confronti della stessa la procedura ai sensi degli artt. 938a CO e 155 ORC²⁷.

²⁵ GWELESSIANI, 2012, ad art. 155 ORC, pag. 204, n. 544.

²⁶ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, pag. 840, n. 143; RÜETSCHI, 2013, ad art. 155, pag. 1394, n. 1.

²⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 868, n. 151; FLORIAN ZIHLER, *Stämpflis Handkommentar ORC*, Berna 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53.

3. Il mantello giuridico

3.1. Concetto

Le norme in materia di diritto societario non prevedono una definizione di mantello giuridico o società mantello²⁸. Il Tribunale federale ha definito questa fattispecie giuridica come una società di capitali (società anonima o a garanzia limitata) che è stata sciolta di fatto, interamente liquidata e abbandonata dai suoi proprietari (azionisti o soci), ma senza che vi sia stata una formale decisione di scioglimento da parte dell'assemblea e la relativa iscrizione nel registro di commercio. Vi è inoltre un'omissione della cancellazione dal registro di commercio²⁹. Caratteristico dei mantelli giuridici è il fatto che essi non esercitano più la loro precedente attività aziendale prevista nello scopo sociale e la loro esistenza è esclusivamente diretta al futuro riutilizzo da parte di terzi³⁰.

La dottrina, dal canto suo, si esprime con svariate sfumature. Secondo PRADER un mantello giuridico sussiste qualora una società abbandona la propria attività economica e si trasforma in un soggetto giuridico privo di

²⁸ Nel diritto fiscale per contro è presente un riferimento esplicito (art. 5 cpv. 2 lett. b della Legge federale sulle tasse di bollo, LTB, del 27 giugno 1973; RS 641.10), che definisce la società mantello come «[...] società svizzera economicamente liquidata o i cui attivi sono stati convertiti in mezzi liquidi». Si veda anche il Messaggio n. 83.015 sulla revisione del diritto della società anonima del 23 febbraio 1983 (Messaggio n. 83.015), FF 1983 II 713, pag. 925.

²⁹ STF 4C.19/2001 del 25 maggio 2001 consid. 2a: «*Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Mantelgesellschaft vor, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben wurde. Eine solche Aktiengesellschaft muss im Handelsregister gelöscht werden*». Si veda anche DTF 123 III 473 consid. 5c; DTF 80 I 60 consid. 2a; DTF 67 I 36; DTF 64 II 361 consid. 1; DTF 55 I 134; STF 2C.556/2010 del 5 gennaio 2011 consid. 2.2; CARL BAUDENBACHER, Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 620, pag. 292, n. 8; FORSTMOSER/MEIER/HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 869 seg., n. 163 seg.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, pag. 2355, n. 81; ZIHLER, 2013, *ibidem*.

³⁰ FLORIAN S. JÖRG, in: Peter Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, Berna 2014, pag. 10 seg.

un'impresa (*unternehmenslose Rechtsträger*)³¹. SIEGWART definisce un mantello giuridico come una società anonima che esiste ancora nella sua forma, ma che ha perso totalmente o parzialmente il suo contenuto materiale economico³².

Sempre la dottrina ha argomentato l'esistenza di svariate forme di mantello giuridico. Si possono tuttavia distinguere sotto il cappello della società mantello intesa in senso ampio, due sotto-tipologie di società: la società mantello in senso stretto e la società di comodo³³ (*Vorratsgesellschaft, société de réserve, shelf company*). La prima è una società che ha svolto effettivamente un'attività economica ma che da tempo è rimasta inattiva e abbandonata dai proprietari. La seconda invece è una società che è stata creata da subito con il solo scopo di gestire il proprio capitale nell'attesa di essere ceduta a terzi per l'avvio di una concreta attività³⁴.

3.2. Il silenzio qualificato del legislatore

Contestualmente al concepimento del Codice civile svizzero, il legislatore federale si è trovato di fronte al bivio imposto dalla trattazione del Codice delle obbligazioni del 14 giugno 1881: mantenerlo come legge speciale (pur apportando alcune puntuali revisioni) oppure incorporarlo nel Codice civile? La questione, oggetto di riflessioni sin dalla fine dell'800, è stata riassunta nel Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente il disegno di legge destinato a completare il disegno del Codice civile svizzero (diritto delle obbligazioni) del 3 marzo 1905³⁵. Alla fine il legislatore federale preferì optare per l'incorporazione nel Codice civile quale suo libro quinto, non includendo tuttavia tutta

³¹ DURI F. PRADER, *Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht*, Zurigo 1995, pag. 73.

³² ALFRED SIEGWART, *Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft*, Zurigo 1945, pag. 12, n. 22.

³³ Non abbiamo trovato una migliore definizione in lingua italiana, preferendo così il termine di società di comodo a società nel cassetto, società vuota o società fantasma.

³⁴ JÖRG, 2014, pag. 20 segg.; PRADER, 1995, pag. 5 segg.

³⁵ Il Messaggio del 3 marzo 1905 è stato pubblicato solo in versione tedesca e francese (FF 1905 II 1 segg.).

una serie di materie che – pur essendo affini al diritto delle obbligazioni – era preferibile sottoporre a una regolamentazione speciale³⁶. In tale contesto si decise che anche il diritto delle società anonime e delle associazioni sarebbe stato oggetto di una legge speciale³⁷. In seguito le Camere federali manifestarono la volontà di portare a termine tutta l'opera legislativa di diritto privato, quindi anche la revisione della parte terza del diritto delle obbligazioni, denominata «Società commerciali, carte-valori e ditte»³⁸. Già nel 1911 il Dipartimento federale di giustizia e polizia conferì l'incarico al prof. Eugen Huber, padre del Codice civile³⁹. A un primo disegno di legge ne seguì un secondo consegnato nel 1920 al Dipartimento federale di giustizia e polizia. Varie vicissitudini, in particolare la morte del prof. Huber nel 1923 e nel 1927 anche del Dott. Arthur Hoffmann suo successore, dilatarono la cristallizzazione definitiva del progetto di legge fino al messaggio del 1928⁴⁰.

Il travagliato iter di concezione della revisione delle norme relative al diritto delle società anonime e cooperative, indusse nondimeno il legislatore a profonde riflessioni che lo portarono a chinarsi pure sulla questione

³⁶ Ad esempio la legge su marchi, brevetti e diritti d'autore o ancora sul contratto d'assicurazione (si veda FF 1905 II 7 segg. in tedesco; FF 1905 II 6 segg. in francese).

³⁷ «*En somme, nous vous proposons d'incorporer le droit des obligations dans le Code civil, dont il formera le livre cinquième, et d'y apporter les modifications nécessaires ou éminemment désirables, tout en renvoyant la matière des sociétés anonymes, des associations et du droit de change à la législation spéciale.*» (Messaggio del 3 marzo 1905, FF 1905 II 8). Questa scelta è stata ribadita nel Rapporto del Consiglio federale all'Assemblea federale del 1° giugno 1909 (supplemento al Messaggio del 3 marzo 1905), FF 1909 III 725 segg. in tedesco; FF 1909 III 747 segg. in francese.

³⁸ Messaggio n. 2284 del Consiglio federale all'Assemblea federale concernente il disegno di legge che modifica i Titoli XXIV° a XXXIII° del Codice federale delle obbligazioni del 21 febbraio 1928 [Messaggio n. 2284] in FF 1929 I 254. Da notare che la versione italiana del messaggio è stata pubblicata solo nel 1929 (FF 1929 I 253 segg.) mentre quelle in tedesco e francese l'anno precedente (FF 1928 I 205 segg.; FF 1928 I 233 segg.).

³⁹ Per uno spaccato privato di Eugen Huber durante il periodo di codificazione del Codice delle obbligazioni si veda SIBYLLE HOFER, Eugen Huber ganz privat – Zur Edition seiner Brieftagebücher, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1/2019, pag. 2 segg.

⁴⁰ FF 1929 I 254 segg. Per approfondimenti si veda PETER JUNG, Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft Allgemeine Bestimmungen, Zurigo 2016, pag. 65 segg.

del mantello giuridico e della sua vendita. Le argomentazioni esposte nel Messaggio n. 2284 rivestono un'importanza fondamentale nella trattazione di questo istituto e meritano quindi di essere integralmente riportate: *«Accade che si istituisca una nuova società con la semplice modificazione degli statuti d'una società anonima effettivamente liquidata, ma non ancora cancellata nel registro di commercio. Quest'ultima non si fa cancellare dal registro di commercio, ma vende per così dire alla nuova società il proprio manto (Mantel, Aktienmantel), cioè il proprio stato giuridico (i titoli delle sue azioni divenuti senza valore in seguito al rimborso del capitale, e del diritto di disporre della sua iscrizione nel registro di commercio). Così facendo si eludono le disposizioni legali che reggono la fondazione della società anonima e, in particolare, la costruzione del capitale sociale. È lecito chiedersi se non si dovrebbe rimanere a uno stato di cose siffatto, adottando una norma in virtù della quale la società anonima sarebbe sciolta quando avesse cessato di perseguire il suo scopo statutario e liquidato i suoi beni, oppure, modificando il suo scopo, avesse fatto passare in altre mani la totalità o la maggior parte delle sue azioni. Giova però osservare che una disposizione nuova in questo senso, potrebbe mancare al suo scopo, sia mostrandosi impotente a reprimere le nuove combinazioni dolose che potessero essere immaginate, sia colpendo, con un tenore troppo generale, delle trasformazioni che non hanno in sé nulla di riprensibile. Noi rinunciamo quindi ad adottare una norma speciale a questo proposito, nell'idea che gli organi del registro di commercio potranno, come nel passato, agire contro le imprese costituite mediante l'acquisto dello stato giuridico d'una società esistente e in frode delle disposizioni legali concernenti la fondazione»⁴¹.*

Il legislatore federale ha compiuto una scelta chiara: a fronte delle difficoltà di concepire un efficace disposto di legge volto a imporre lo scioglimento di una società ormai divenuta un vuoto mantello giuridico, ha rinunciato a una codificazione esplicita⁴², demandando all'ufficio del re-

⁴¹ FF 1929 I 312 seg. (tedesco FF 1928 I 259 seg.; francese FF 1928 I 290 seg.).

⁴² L'affascinante lavoro di codificazione non deve essere ridotto alle sole norme che vengono generate. Altrettanto rilevante quanto il legislatore ha deciso volontariamente di non normare. Così ad esempio la decisione di rinunciare a stabilire disposi-

gistro di commercio il compito di opporsi all'abuso di diritto costituito da questa fattispecie verso le norme sulla costituzione delle società. Tale scelta, tradottasi in un silenzio qualificato della legge⁴³ (PRADER ritiene invece che si tratti piuttosto di una *planwidrige Unvollständigkeit*⁴⁴), ha comportato il coagulare di una costante giurisprudenza del Tribunale federale (paragrafo 3.3) e, al contempo, ha suscitato un vivace dibattito dottrinale che vede svilupparsi vieppiù una corrente propugnatrice di un approccio più liberale e favorevole alla legalizzazione di queste operazioni (paragrafo 3.4).

3.3. *Giurisprudenza*

Il Tribunale federale è stato subito chiamato a pronunciarsi sulla problematica dei mantelli giuridici, tanto che le prime sentenze in quest'ambito risalgono agli anni '30 del secolo scorso. La giurisprudenza, monolitica, affonda le proprie radici nelle indicazioni impartite dal legislatore e si è poi consolidata nel corso degli anni, rimanendo fino a oggi sostanzialmente invariata.

Secondo il Tribunale federale i negozi giuridici che hanno come oggetto la totalità o la maggioranza delle quote di partecipazione di società sciolte di fatto, completamente liquidate e abbandonate (mantelli giuridici) sono da considerarsi contrari alla legge e pertanto nulli ai sensi dell'art. 20 cpv. 1 CO. Questa conseguenza è da ricondurre al fatto che la «trasformazione» di una società di capitali attiva in un mantello giuridico

zioni speciali per la società occasionale e la società tacita (Messaggio n. 2284, FF 1929 I 259 seg.).

⁴³ Sul concetto di silenzio qualificato si veda, tra gli altri, DTF 134 V 15 consid. 2.3.1 e rinvii; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif – Volume 1*, 3^a ed., Berna 2012, pag. 150 seg.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^a ed., Zurigo 2010, pag. 8, n. 223. Sul distinguo con la lacuna propria della legge si veda DTF 140 III 636 consid. 2 e rinvii; STF 6B_791/2014 del 7 maggio 2015 consid. 1.3. e rinvii.

⁴⁴ PRADER, 1995, pag. 151. Sembra quasi che l'autore critichi il legislatore per la sua scelta, come se avesse lasciato questa incompletezza normativa in maniera contraria ai piani di legge, giacché il legislatore stesso ha sì ammesso la necessità di regolare il mantello giuridico a livello di legge, ma non è stato in grado di formulare una norma adeguata.

mediante una liquidazione di fatto e la cessione a terzi del suo capitale di partecipazione per un futuro riutilizzo rappresentano un atto illecito, e meglio un uso improprio dell'istituto giuridico della società anonima⁴⁵, nonché un tentativo di aggiramento delle disposizioni di quest'ultima in merito alla procedura di scioglimento⁴⁶ e alla sua cancellazione dal registro di commercio al termine della liquidazione e di quelle relative alla costituzione, eludendo in particolare le disposizioni sul versamento del capitale minimo. Altresì nulli sono tutti gli atti compiuti da questo genere di società dopo la vendita a terzi delle loro quote di partecipazione⁴⁷. In particolare sono da considerare nulle le decisioni prese dall'assemblea, a seguito della cessione del mantello giuridico, di modificare lo statuto e di nominare i nuovi membri dell'organo esecutivo⁴⁸. Ritenuto come un negozio che ha quale oggetto un mantello giuridico sia nullo, così come tutti gli atti compiuti da quest'ultimo dopo la sua cessione, l'Alta Corte è quindi dell'avviso che l'ufficio del registro di commercio sia tenuto a intervenire qualora riscontri la presenza di tale operazione, rifiutando eventuali notificazioni di iscrizione e procedendo a cancellare d'ufficio la società dal registro di commercio. Il Tribunale federale ha pure sottolineato come il fatto che nella prassi sia spesso difficoltoso accertare la presenza di un mantello giuridico, rispettivamente il suo commercio, non rappresenti in nessun caso un motivo a sostegno del fatto che questo genere di operazioni debbano essere considerate ammissibili e conformi alla legge⁴⁹.

⁴⁵ Lo stesso vale per la società a garanzia limitata.

⁴⁶ In particolare è possibile evitare di deliberare formalmente lo scioglimento (che impone la forma dell'atto pubblico), di effettuare la relativa iscrizione nel registro di commercio, di nominare i liquidatori, di aggiungere alla ragione sociale il termine «in liquidazione» e di pubblicare le grida ai creditori nel FUSC.

⁴⁷ DTF 123 III 473 consid. 5c; DTF 97 IV 10 consid. 5; DTF 80 I 60 consid. 3; DTF 80 I 30 consid. 1; DTF 67 I 36; 65 I 139 consid. 3; DTF 64 II 361 consid. 1; DTF 55 I 346; DTF 55 I 134; STF 4A_530/2016 del 20 gennaio 2017 consid. 2.1; STF 2C_176/2008 del 26 agosto 2008 consid. 5.1; STF 4C.19/2001 del 25 maggio 2001 consid. 2a; decisione non pubblicata del Tribunale federale del 4 settembre 1989 consid. 1b, in *Semaine Judiciaire* (SJ) 1990, pag. 108.

⁴⁸ DTF 67 I 36.

⁴⁹ DTF 97 IV 10 consid. 5. Si veda anche DTF 80 I 60 consid. 3; DTF 67 I 36.

Per quanto concerne la giurisprudenza cantonale, il Tribunale d'appello del Canton Ticino si è di recente espresso per la prima volta in merito al tema dei mantelli giuridici, seguendo il profondo solco della giurisprudenza del Tribunale federale (paragrafo 5.3.1)⁵⁰.

3.4. Dottrina

Un considerevole numero di autori si è espresso nel corso degli anni sul tema della trattazione del mantello giuridico, a volte con posizioni diametralmente opposte, altre volte solo con leggere sfumature o con visioni concordanti. Il quadro complessivo è poliedrico. Di seguito proponiamo una scelta, ragionata e personale, delle tesi propugnate dagli autori che riteniamo essere i più rappresentativi. Abbiamo cercato di suddividere l'esposizione in tre temi principali, prendendoci la licenza – laddove necessario – di una nostra riflessione.

3.4.1. Valutazione del mantello giuridico in quanto tale (personalità e capacità)

La valutazione del mantello giuridico è direttamente correlata alla questione di sapere se una società di capitali interamente liquidata e abbandonata ma ancora iscritta nel registro di commercio, disponga o meno della personalità giuridica e quindi della capacità di agire e di contrarre obbligazioni, rispettivamente se la cancellazione di una società di capitali dal registro di commercio ha effetto costitutivo o meno. A questo proposito va rilevato che nel CO non è presente una disposizione, che stabilisce formalmente il momento in cui una società di capitali perde la sua personalità giuridica. L'acquisto della personalità giuridica è invece regolato dall'art. 643 cpv. 1 CO, il quale prevede espressamente che il momento determinate è l'iscrizione nel registro di commercio. Questa lacuna legislativa ha comportato lo sviluppo di due opinioni divergenti nella dottrina: la prima sostiene che una società anonima perde la propria personalità giuridica dal momento della conclusione della procedura di

⁵⁰ Decisione della Seconda Camera civile del Tribunale d'appello 12.2017.112 del 13 luglio 2018, parz. pubbl. in questa RtiD n. 37c.

liquidazione, mentre la seconda ritiene che il momento determinante sia la formale cancellazione dal registro di commercio⁵¹.

Secondo FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ e NOBEL, che rappresentano la dottrina dominante in ambito di diritto societario in Svizzera, la cancellazione di una società di capitali ha unicamente carattere dichiarativo. Una società di capitali perde quindi la sua personalità giuridica, non dal momento della sua cancellazione dal registro di commercio, bensì da quello in cui le operazioni relative alla sua liquidazione sono state definitivamente concluse⁵². Di conseguenza secondo questa tesi un mantello giuridico, malgrado sia ancora iscritto come società nel registro di commercio, di fatto non esiste più, poiché non dispone più di personalità giuridica. Anche SIEGWART sostiene che una società di capitali, la quale ha definitivamente abbandonato il proprio scopo ed è stata completamente svuotata, non rappresenta più una persona giuridica. Il motivo risiede nel fatto che una simile società non dispone più dei sostanziali elementi materiali. Si è inoltre confrontati con un abuso dell'istituto della società di capitali. Essa deve quindi essere cancellata dal registro di commercio (art. 940 CO). Questa soluzione rientra nell'interesse della veridicità del contenuto del registro di commercio e ha lo scopo di evitare degli abusi⁵³.

Un'altra corrente della dottrina è dell'avviso che la cancellazione dal registro di commercio sia costitutiva per la perdita della personalità giuridica di una società di capitali. Una società che non esercita più l'attività indicata nello scopo e che è stata completamente liquidata di fatto e abbandonata definitivamente (mantello giuridico) mantiene quindi la sua personalità fino al momento della sua formale cancellazione dal registro di commercio. Gli argomenti principali a sostegno di tale tesi sono la protezione delle relazioni giuridiche (*Verkehrsschutz*), la certezza del diritto (in caso contrario i terzi verrebbero infatti tratti in inganno in merito all'esistenza di società iscritte nel registro di commercio) e il parallelismo delle forme, ritenuto come invece l'iscrizione nel registro di com-

⁵¹ PRADER, 1995, pag. 82 seg.

⁵² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 868, n. 152.

⁵³ SIEGWART, 1945, pag. 14, n. 30 e pag. 15, n. 31.

mercio di una società di capitali abbia indiscutibilmente un effetto costitutivo (art. 643 cpv. 1 CO)⁵⁴.

Alcuni autori hanno invece sviluppato una soluzione intermedia, che unisce le due precedenti teorie (*Lehre vom Doppelatbestand*). Secondo questa teoria una società di capitali perde la propria personalità giuridica solo se cumulativamente la stessa è priva di patrimonio ed è stata cancellata dal registro di commercio. Un mantello giuridico sussiste fino al momento della sua cancellazione dal registro di commercio e può così essere oggetto di un contratto di compravendita⁵⁵.

Per motivi legati alla certezza del diritto e alla protezione dei terzi, la tesi secondo la quale una società di capitali perde la sua personalità giuridica unicamente nel momento in cui viene formalmente cancellata dal registro di commercio appare la più corretta e sostenibile. Ciò vale quindi anche per i mantelli giuridici. A questo proposito si potrebbe tuttavia ipotizzare che una società ha una doppia personalità, una giuridica e una economica. La personalità giuridica è costituita dalla sua struttura societaria, in particolare dallo statuto, mentre quella economica dall'attività commerciale svolta nell'ambito dello scopo sociale. Solamente le società che adempiono questi due requisiti devono e possono essere iscritte nel registro di commercio. I mantelli giuridici, che dispongono di una personalità giuridica ma non di quella economica, non esercitando alcuna impresa, non possono quindi restare iscritti nel registro di commercio e devono essere cancellati d'ufficio qualora l'ufficio del registro di commercio ne constati la presenza⁵⁶. Un passo in questa direzione è già stato fatto a livello di diritto tributario. In quest'ultimo caso i mantelli giuridici vengo-

⁵⁴ VISCHER, 2013, pag. 567 seg.; JÖRG, 2014, pag. 58 e 61; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel, in: dRSK, pubblicato il 6 novembre 2017, n. 33.

⁵⁵ JEAN-LOUIS VON PLANTA, Die rechtliche Behandlung des Aktienmantels, Basilea 1976, pag. 64 seg.; PRADER, 1995, pag. 86 seg.

⁵⁶ Una differenziazione tra personalità giuridica ed economica era già stata ipotizzata da VON PLANTA, 1976, pag. 57, il quale fa riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale, in particolare alla DTF 64 II 361.

no infatti analizzati da un punto di vista economico (*Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise*)⁵⁷.

3.4.2. Valutazione dell'utilizzo e del commercio del mantello giuridico

Come sarà illustrato più nel dettaglio in seguito (paragrafo 3.6.1), nella prassi un mantello giuridico, e più precisamente le sue quote di partecipazione, rappresentano un vero e proprio bene economico (*veräußerungsfähige Vermögenswert*), che viene regolarmente commercializzato sul mercato⁵⁸. I motivi alla base di questo commercio sono molteplici e principalmente di natura economica⁵⁹. Dopo la sua cessione, il mantello giuridico viene infatti riattivato dagli acquirenti, rispettivamente dai nuovi azionisti o soci, e la società torna a essere operativa sul mercato economico. A questo proposito la questione è quella di sapere se la compravendita di questo genere di società e la loro relativa riattivazione siano da considerare o meno delle operazioni illecite. Anche su questo aspetto la dottrina non è unanime.

FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ e NOBEL ritengono che la vendita di un mantello giuridico costituisca un atto nullo e che l'ufficio del registro di commercio sia tenuto a rifiutare le notificazioni di iscrizione aventi per oggetto queste società⁶⁰. ZIHLER è dello stesso parere e si attiene senza eccezioni alla giurisprudenza del Tribunale federale⁶¹. FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ e NOBEL relativizzano tuttavia questo principio qualora il mantello giuridico venga in un secondo tempo attivato o riattivato. In questo caso, in base al principio della buona fede, non è possibile attecchire alle severe conseguenze della nullità di tutti gli atti compiuti dalla

⁵⁷ PRADER, 1995, pag. 18.

⁵⁸ GASPARD COUCHEPIN, *Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): situation actuelle et perspectives*, La Semaine judiciaire (SJ) 2014, pag. 197; JÖRG, 2014, pag. 28; PRADER, 1995, pag. 21 seg e 125; BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 292, n. 8.

⁵⁹ PRADER, 1995, pag. 24.

⁶⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870 seg., n. 166 seg.

⁶¹ ZIHLER, 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53.

società. Di conseguenza i mantelli giuridici riattivati, così come gli atti compiuti da essi dopo tale momento, sono da considerare validi⁶².

MORSCHER considera troppo severa la conseguenza della nullità della vendita dei mantelli giuridici, ma non ammette nemmeno una validità assoluta di questa operazione. Richiamandosi al principio della certezza del diritto, egli sostiene che vi debba essere un cosiddetto «effetto sanatorio» (*Heilungswirkung*) dell'operazione di compravendita di un mantello giuridico, qualora siano adempiute determinate condizioni. In questo caso l'operazione è da considerare valida, così come tutti i negozi giuridici conclusi dalla società. La prima condizione è che il mantello giuridico sia stato economicamente riattivato e abbia intrattenuto delle relazioni commerciali con i terzi, creando quindi in essi un'aspettativa degna di protezione in merito alla regolare esistenza della società. La seconda condizione è che siano state effettuate le relative modifiche nel registro di commercio (la modifica della ditta, dello scopo, della struttura del capitale e degli organi). La terza condizione è il decorso di un certo periodo di tempo dopo la riattivazione (ad esempio potrebbe essere opportuno prendere come riferimento un termine di un anno a decorrere dalla pubblicazione nel FUSC)⁶³.

In questo senso si esprime anche SIEGWART, il quale sostiene che l'utilizzo di un mantello giuridico per l'avvio di una nuova impresa non è sempre contrario alla legge, ma può divenire tale qualora la volontà degli utilizzatori sia quella di ricercare dei vantaggi illeciti. Determinante è il modo in cui avviene la riattivazione del mantello giuridico in ogni singolo caso concreto. Qualora la stessa avvenga correttamente, la società è da considerare alla stregua di una validamente costituita. A questo proposito l'ufficio del registro di commercio è in particolare tenuto a verificare la copertura del capitale in occasione della notificazione relativa alle modifiche dell'iscrizione di un mantello giuridico e, nel caso in cui constatati che il capitale non sia stato ripristinato, deve rifiutare l'iscrizione. Tuttavia, qualora l'ufficio del registro di commercio non sia stato in gra-

⁶² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870 seg., n. 169.

⁶³ LUKAS MORSCHER, *Obligationenrecht Kommentar*, 3^a ed., Zurigo 2016, ad art. 620, pag. 1473, n. 7.

do di intercettare una notificazione di iscrizione volta a riattivare illecitamente un mantello giuridico, quest'ultimo torna in ogni caso a essere operativo e la società deve quindi essere considerata come validamente esistente. Egli ritiene quindi che al momento, non esistendo una base legale che regoli la questione dei mantelli giuridici, la validità o meno di un suo utilizzo (*Mantelverwertung*) vada verificata di volta in volta, considerando tutte le circostanze del caso concreto⁶⁴.

JÖRG riconosce che in generale la creazione e l'utilizzo di un mantello giuridico rappresenta un aggiramento della legge, in particolare delle disposizioni sulla cancellazione. Egli fa riferimento a questo proposito agli artt. 938a CO e 155 ORC. A suo avviso una valutazione di ogni caso concreto da parte di un tribunale sarebbe più conforme agli interessi della realtà economica, rispetto a una conseguenza astratta e generale come la nullità *tout court* del negozio giuridico che ha come oggetto un mantello giuridico⁶⁵.

PRADER, pur sostenendo che la giurisprudenza del Tribunale federale relativa ai mantelli giuridici sia da abbandonare poiché vi sarebbe un interesse economico all'utilizzo e allo sfruttamento di questo genere di società, ammette che il commercio dei mantelli giuridici costituisce un problema, nel senso che tale attività comporta una riduzione della protezione dei creditori e rappresenta un abuso dell'istituto della società anonima⁶⁶. Inoltre non appare corretto che chi utilizza un mantello giuridico possa beneficiare incondizionatamente del vantaggio di avere una limitazione della responsabilità, senza tuttavia dover rispettare l'obbligo del versamento minimo del capitale. Questo è l'argomento principale contro un'incondizionata ammissione dei mantelli giuridici, poiché vi sarebbe una disparità di trattamento rispetto a chi sceglie una valida costituzione di una nuova società di capitali⁶⁷. A questo proposito PRADER riterrebbe quindi giustificata un'applicazione per analogia delle disposizioni sulla costituzione ai casi di riattivazione dei mantelli giuridici, in modo da ga-

⁶⁴ SIEGWART, 1945, pag. 16 segg., n. 33 segg.

⁶⁵ JÖRG, 2014, pag. 70 seg.

⁶⁶ PRADER, 1995, pag. 1 seg. e 162.

⁶⁷ PRADER, 1995, pag. 135 seg. e 155 seg.

rantire un'adeguata protezione dei creditori. Una soluzione di questo tipo è tuttavia possibile solo *de lege ferenda*⁶⁸ (vedi concetto della *wirtschaftliche Neugründung*; paragrafi 4.5-4.7). La legittimità o meno dell'utilizzo di un mantello giuridico è determinata dalla situazione patrimoniale della società al momento della sua riattivazione e meglio dalla presenza o meno di una sufficiente base finanziaria⁶⁹. Qualora il mantello giuridico al momento della sua riattivazione sia sottocapitalizzato (*Unterkapitalisiert*), l'operazione sarebbe da considerare abusiva. Allo stato attuale la soluzione giuridica più appropriata non è la nullità del contratto di cessione delle quote di partecipazione o l'obbligo di riversare il capitale sociale nominale previsto dallo statuto (poiché non previsto dalla legge), bensì l'estensione della responsabilità per i debiti della persona giuridica agli azionisti che la controllano, rispettivamente agli utilizzatori del mantello giuridico (art. 2 cpv. 2 CC⁷⁰; *Durchgriffshaftung*). In caso di fallimento i creditori hanno dunque la possibilità di rifarsi sul patrimonio privato degli utilizzatori del mantello giuridico qualora la società, al momento della sua riattivazione, fosse stata sottocapitalizzata in maniera evidente⁷¹. Anche BAUDENBACHER propende per un'applicazione del principio del divieto dell'abuso di diritto in caso di mantelli giuridici riattivati in maniera abusiva⁷².

VON PLANTA differenzia tra la costituzione *ex novo* di un mantello giuridico (*Vorratsgesellschaft*) e la creazione di un mantello giuridico a seguito di una liquidazione di fatto di una società preesistente (*Mantelgesellschaft*). Nel primo caso si tratta di un'operazione in tutti i casi contraria alla legge poiché lo scopo è illecito ai sensi dell'art. 53 cpv. 3 CC e l'ufficio del registro di commercio è tenuto a rifiutare l'iscrizione della società. La vendita a terzi di una società costituita in questo modo è nulla. Tuttavia, qualora la società venga iscritta nel registro di commercio e nessun terzo abbia contestato la sua costituzione, essa può essere riatti-

⁶⁸ PRADER, 1995, pag. 144 segg. e 162 seg.

⁶⁹ PRADER, 1995, pag. 141 seg. e 153 seg.

⁷⁰ Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907; RS 210.

⁷¹ PRADER, 1995, pag. 138, 143 e 162.

⁷² BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 292, n. 8.

vata e da questo momento in avanti va considerata come una società validamente costituita. Nel secondo caso la vendita e l'utilizzo del mantello giuridico è di principio ammessa, a condizione che non vengano lesi interessi pubblici e di terzi. Se l'ufficio del registro di commercio constata la presenza di un'operazione illecita, esso è tenuto a rifiutare l'iscrizione. Ciò è il caso in particolare nel caso in cui il capitale venga riversato in natura, ma senza rispettare le relative disposizioni del CO⁷³.

Un'altra corrente della dottrina più recente sostiene che la creazione e l'utilizzo di un mantello giuridico non rappresentano un aggiramento della legge, segnatamente delle disposizioni sullo scioglimento, di quelle sull'obbligo di cancellazione dal registro di commercio e di quelle sulla costituzione di una società di capitali. Di conseguenza il contratto relativo alla cessione delle quote di partecipazione, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale federale, non può in nessun caso essere considerato nullo. Questi autori ritengono che la giurisprudenza del Tribunale federale sia contraddittoria e schizofrenica, considerato come a livello di diritto civile l'Alta Corte reputi nulla la cessione di un mantello giuridico, ma dall'altro lato affermi che tale operazione rappresenti una fattispecie di diritto fiscale. Tale giurisprudenza – oltre a essere obsoleta e pretorile – è sempre stata *sic et simpliciter* riconfermata, senza però che vi sia stato un suo approfondimento. Nel corso degli anni il Tribunale federale avrebbe poi vieppiù relativizzato la conseguenza della nullità della cessione di un mantello giuridico. Inoltre la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria dei paesi confinanti, in particolare Francia e Germania, oggi ammettono già la validità della cessione del mantello giuridico e, nei casi di abuso, pongono l'accento piuttosto sulla responsabilità degli organi societari, rispettivamente sulla violazione da parte di questi ultimi delle disposizioni di diritto societario. Il Tribunale federale dovrebbe quindi seguire questa evoluzione e ammettere la legalità della cessione del mantello giuridico⁷⁴.

⁷³ VON PLANTA, 1976, pag. 52 seg. e 142 seg.

⁷⁴ COUCHEPIN, 2014, pag. 213 segg.; VISCHER, 2013, pag. 570 seg.

Un argomento ricorrente nella dottrina è quello di considerare un mantello giuridico riattivato abusivamente come una società neocostituita affetta da lacune nella costituzione, rispettivamente di applicare per analogia quanto previsto dall'art. 643 cpv. 3 CO⁷⁵. A questo proposito SIEGWART precisa che, nel caso in cui il mantello giuridico venga riattivato in maniera illecita⁷⁶, ad esempio senza disporre del capitale minimo, non è comunque possibile che la sua nullità possa essere fatta valere a tempo indeterminato, ma la società può essere sciolta solamente da una decisione del giudice a seguito di un'istanza da parte di un'azionista o di un creditore (art. 643 cpv. 3 CO). Ne consegue che un diritto di avviare un'azione legale sussiste unicamente se l'eventuale violazione delle disposizioni sulla costituzione al momento della riattivazione del mantello giuridico ha danneggiato un terzo. A differenza di una costituzione usuale (vedi art. 643 cpv. 4 CO), il termine per inoltrare una causa in caso di riattivazione di un mantello giuridico inizierebbe a decorrere dal momento in cui il terzo è venuto a conoscenza dell'avvenuta riattivazione⁷⁷.

Alcuni autori sostengono infine che le norme sulla responsabilità degli amministratori e liquidatori (vedi in particolare gli art. 678, art. 680 cpv. 2 CO, art. 725 CO, art. 745 CO art. e 754 CO), rappresentano già una base legale sufficiente per proteggere i terzi da eventuali danni derivanti da un commercio abusivo di mantelli giuridici⁷⁸. JÖRG e PRADER estendono la responsabilità a tutte le parti coinvolte nella compravendita del mantello giuridico, in particolare ai promotori stessi, consulenti, avvocati e notai (*Gründungshaftung*; art. 753 CO)⁷⁹. Come rileva correttamente SIEGWART questa facoltà è tuttavia poco utilizzata nella prassi svizzera. A suo avviso il motivo è da ricondurre al fatto che i mantelli giuridici

⁷⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870 e 871, n. 169; VON PLANTA, 1976, *ibidem*; PRADER, 1995, pag. 63 seg.; JÖRG, 2014, pag. 72 segg.

⁷⁶ Ciò è il caso qualora l'ufficio del registro di commercio non constati la presenza di un mantello giuridico riattivato illecitamente ed effettui l'iscrizione delle modifiche nel registro di commercio.

⁷⁷ SIEGWART, 1945, pag. 24, n. 56 seg.

⁷⁸ SIEGWART, 1945, pag. 25, n. 59; VON PLANTA, 1976, pag. 66 e 105; PRADER, 1995, pag. 105 e 142; VISCHER, 2013, pag. 566 e 571; JÖRG, 2014, pagg. 72, 75 e 77 seg.

⁷⁹ PRADER, 1995, pag. 65 seg.; JÖRG, 2014, pag. 32, 72 e 77.

non rappresentano un così grande pericolo⁸⁰. A nostro modo di vedere il motivo risiede piuttosto nel fatto che un'azione civile di questo genere richiede spesso degli importanti investimenti in termini di tempo e di costi (legali e processuali), senza garantire che, in caso di accoglimento dell'istanza da parte del giudice, sia poi possibile incassare l'importo di risarcimento del danno. L'argomentazione sviluppata da SIEGWART e sostenuta in particolare da VISCHER è dogmaticamente valida, e su questo piano non possiamo che condividerla. Ma solo su questo. Essa infatti è viziata dal peccato originale che impregna il diritto della società anonima, giacché si astrae dal contesto concreto in cui si sviluppano le cessioni di mantelli giuridici. Misconosce la tensione della forzata convivenza, nello stesso vestito uniforme, di realtà societarie fortemente dissimili tra loro. Società che rispondono a necessità, scopi e utilizzi tra loro disparati. Le transazioni di mantelli giuridici riguardano piccole e medie imprese, sovente controllate da un azionista o socio unico che funge altresì da amministratore o gerente unico (cosiddette *Einmanngesellschaften*). Questa persona – se opera in malafede – è spesso già insolubile a livello privato, rispettivamente si organizza in modo tale da evitare che i creditori riescano ad aggredire il suo patrimonio privato (ad esempio creando diverse società e ripartendo tra di esse il suo patrimonio). Il meccanismo dogmatico si rivela così perfetto per le grosse società operative ma è del tutto inefficace per le piccole società. L'aderenza del quadro giuridico alla realtà della maggior parte delle società anonime iscritte nel registro di commercio è quindi problematica (paragrafi 4.2–4.3). A ciò va aggiunto che un creditore è legittimato ad avviare una causa di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi unicamente dopo che la società è stata dichiarata in fallimento (vedi artt. 756 e 757 CO). La via giudiziaria, per quanto concerne i casi legati alle piccole e medie imprese, ha purtroppo un risvolto decisamente limitato se non nullo nella prassi⁸¹.

Riteniamo quindi che il commercio di un mantello giuridico e la sua riattivazione rappresentino di per sé un'operazione illecita, in quanto sus-

⁸⁰ SIEGWART, 1945, *ibidem*.

⁸¹ In questo senso si veda anche PRADER, 1995, pag. 66 seg.

siste in particolare una violazione delle disposizioni sullo scioglimento e di quelle sulla costituzione di una società di capitali. In altre parole si è confrontati con un abuso dell'istituto della società di capitali. A livello pratico il problema risiede nel fatto che, se il commercio dei mantelli giuridici fosse considerato ammissibile *tout court*, vi sarebbero diverse società di capitali che già al momento di intraprendere la loro attività economica non disporrebbero del capitale minimo imposto dalla legge. Ciò rappresenterebbe un pericolo per la collettività e in particolare per i creditori. La situazione potrebbe essere giudicata diversamente se, al momento della riattivazione della società liquidata di fatto e quindi senza attivi, la stessa venisse debitamente ricapitalizzata in analogia con le disposizioni sulla costituzione. A questo proposito va inoltre rilevato che le disposizioni sul capitale minimo delle società di capitali hanno anche lo scopo di evitare che qualsiasi persona fisica, a prescindere dalla sua situazione patrimoniale, possa intraprendere un'attività commerciale con questo genere di società. L'esercizio di un'attività economica mediante l'utilizzo di una società con responsabilità limitata deve essere possibile solamente per quei promotori che hanno il capitale iniziale minimo imposto dalla legge⁸². Mediante l'acquisto di un mantello giuridico invece, anche una persona che non dispone di alcun capitale iniziale potrebbe beneficiare della limitazione della responsabilità garantita dall'utilizzo di una società di capitali⁸³.

Da queste considerazioni emerge l'importanza di intervenire alla fonte, evitando che dei mantelli giuridici sottocapitalizzati o addirittura senza alcun patrimonio possano essere riattivati e utilizzati da persone che intendono sfruttare queste società, non per intraprendere un'attività imprenditoriale sana, ma piuttosto per ricercare vantaggi economici in modo illecito, se non addirittura fraudolento. Questo genere di attività, che avvelena il tessuto economico, deve poter essere bloccato prima che si manifesti con i suoi dannosi effetti.

⁸² In questo senso si veda anche PRADER, 1995, pag. 17: «*Das Institut der Vorrats- oder Mantel-AG öffnet damit dem kleinst- und Zwerggesellschaften, entgegen dem Willen des Gesetzgebers, Tür und Tor zur Gesellschaftsform der AG*».

⁸³ Per descrivere questa situazione la dottrina utilizza il termine «*Haftungsbeschränkung zum Billigtarif*» (v. PRADER, 1995, pag. 16).

3.4.3. *Conseguenze in caso di mancata riattivazione del mantello giuridico*

Nella pratica gli uffici del registro di commercio, in presenza di determinati elementi (richiesta di modifica della ditta, dello scopo, di cessione delle quote), verificano se una notificazione di iscrizione sia legata o meno a un mantello giuridico. In caso affermativo, la relativa iscrizione delle modifiche è rifiutata, impedendo di fatto la riattivazione di tale società dal profilo economico (paragrafo 3.6.2). A questo proposito ci si chiede quindi quale sia la sorte per queste società, ossia se debbano essere cancellate o meno dal registro di commercio.

Secondo ZIHLER, qualora l'ufficio del registro di commercio rilevi la presenza di una notificazione di iscrizione relativa a un mantello giuridico, esso è tenuto solo a rifiutare l'iscrizione delle modifiche richieste, ma deve anche avviare una procedura ai sensi degli art. 938a CO e art. 155 ORC al fine di cancellare d'ufficio la società dal registro di commercio⁸⁴. Dello stesso avviso sono anche VON PLANTA e JÖRG, i quali precisano che i mantelli giuridici sono problematici a causa della mancata veridicità della loro iscrizione nel registro di commercio, segnatamente per il fatto che lo scopo iscritto non corrisponde alla realtà dei fatti. Queste società hanno un'attività prevista dal loro scopo che concretamente non viene esercitata e quindi non esistono più a livello economico. Questa situazione rappresenta quindi una violazione dell'art. 26 ORC⁸⁵. Anche BÖCKLI, malgrado non faccia direttamente riferimento al concetto di mantello giuridico, sostiene questa tesi⁸⁶. FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ e NOBEL precisano che le società liquidate di fatto, la cui cancellazione non è stata notificata, devono essere cancellate d'ufficio dall'ufficiale del registro di commercio⁸⁷. Secondo BAUDENBACHER una società va cancellata d'ufficio dal registro di commercio qualora la stessa esista solo nella sua forma esterna, precisamente se non esercita più alcuna attività

⁸⁴ ZIHLER, 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53.

⁸⁵ JÖRG, 2014, pag. 57, 58 e 76; VON PLANTA, 1976, pag. 66 seg.

⁸⁶ BÖCKLI, 2009, pag. 2355, n. 81.

⁸⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 840, n. 143 e pag. 868, n. 151.

economica da un lungo periodo di tempo e le altre circostanze lasciano presagire che si è in presenza di un mantello giuridico⁸⁸.

Di parere opposto è invece COUCHEPIN. Egli rileva innanzitutto che l'art. 938a cpv. 2 CO prevede espressamente che una cancellazione d'ufficio non deve avvenire qualora venga fatto valere un interesse al mantenimento dell'iscrizione della società. Di conseguenza, il fatto che gli organi societari richiedano una modifica dei fatti iscritti nel registro di commercio della società coinvolta per poi riattivare la stessa, rappresenta già di per sé un interesse al mantenimento dell'iscrizione della società. Inoltre, secondo un'interpretazione storica, emerge come il legislatore non abbia voluto prendere in considerazione il mantello giuridico come caso di applicazione della procedura di cui all'art. 155 ORC. Il legislatore ha inoltre espressamente omissso una disposizione nell'ORC relativa al divieto di effettuare delle iscrizioni nel registro di commercio se legate a mantelli giuridici. Ritenuto come la cancellazione d'ufficio rappresenti una misura particolarmente radicale, un'interpretazione estensiva dell'art. 155 ORC non è quindi giustificata. Infine, dato che la creazione di un mantello giuridico non rappresenta di per sé un'operazione illecita, questa società non deve quindi essere cancellata d'ufficio dal registro di commercio⁸⁹. Alla stessa conclusione giungono pure PRADER e VISCHER⁹⁰.

A nostro avviso è corretto che l'ufficio del registro di commercio cancelli d'ufficio quelle società considerate mantelli giuridici, che, a causa della mancata iscrizione delle modifiche, non possono essere riattivate. Innanzitutto va rilevato che di regola le persone, le quali richiedono le modifiche nel registro di commercio di un mantello giuridico, sono i nuovi membri dell'organo superiore di amministrazione, vale a dire coloro che sono stati nominati in questa funzione dai nuovi azionisti o soci dopo la cessione del mantello⁹¹. Nel caso in cui l'ufficio del registro di

⁸⁸ BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 293, n. 9.

⁸⁹ COUCHEPIN, 2014, pag. 211, nota a piè di pagina 38.

⁹⁰ PRADER, 1995, pag. 68 e 107 seg.; VISCHER, 2013, pag. 568.

⁹¹ A questo proposito va rilevato che di regola i mantelli giuridici sono delle cosiddette *Einmanngesellschaften*, motivo per cui l'azionista o socio unico (acquirente) è al contempo il membro unico dell'organo superiore di amministrazione.

commercio rilevi che la notificazione sia legata a un mantello giuridico, esso rifiuta l'iscrizione delle prospettate modifiche, e in particolare quella dei nuovi membri dell'organo superiore di amministrazione. Essendo tali modifiche necessarie per la riattivazione del mantello giuridico, qualora le stesse non siano effettuate, i membri dell'organo superiore di amministrazione non hanno più alcun interesse al mantenimento dell'iscrizione della società nel registro di commercio. Dall'altro lato, i precedenti azionisti o soci, che molto probabilmente erano anche i membri dell'organo esecutivo, mediante la cessione di tutte le quote di partecipazione della società, hanno anch'essi inequivocabilmente dimostrato di non avere più alcun interesse al mantenimento dell'iscrizione della società. Ciò corrisponde altresì alla volontà del legislatore, il quale ha espressamente previsto tale soluzione con l'introduzione dell'art. 938a CO. L'iscrizione nel registro di commercio della società è inoltre in contrasto con il principio della veridicità delle iscrizioni ai sensi dell'art. 26 ORC, poiché almeno lo scopo e il capitale iscritti non corrispondono alla realtà dei fatti. Va infine rilevato come una parte della dottrina sostenga che, un'eventuale opposizione alla cancellazione a seguito dell'avvio di una procedura di cancellazione d'ufficio ai sensi dell'art. 155 ORC, debba essere motivata. In particolare l'organo superiore di direzione o amministrazione, per evitare la cancellazione della società, deve far valere che la stessa esercita un'attività economica e fornire a questo proposito delle argomentazioni motivate e comprovate⁹². Seguendo questa tesi, l'ufficio del registro di commercio non dovrebbe quindi incontrare particolari problemi nel cancellare d'ufficio una società le cui le modifiche dell'iscrizione sono state rifiutate poiché considerata un mantello giuridico.

⁹² JÖRG, 2014, pag. 52; GWELESSIANI, 2012, ad art. 155 ORC, pag. 204 seg., n. 545; in questo senso si veda anche RÜETSCHI, 2013, ad art. 155, pag. 1398, n. 19, il quale si limita tuttavia a indicare che l'opposizione alla cancellazione deve essere motivata, ma che l'ufficio del registro di commercio ha la facoltà di richiedere dei mezzi di prova. Altri autori sono invece dell'avviso che una semplice comunicazione da parte dell'organo superiore di direzione o amministrazione sia sufficiente per impedire la cancellazione d'ufficio della società: ECKERT, 2016, ad art. 938a, pag. 2399, n. 4; VISCHER, 2013, pag. 565 seg.

3.5. Criteri di valutazione

La Costituzione svizzera garantisce la libertà economica, che include il libero accesso a un'attività economica privata e il suo libero esercizio (art. 27 Cost.⁹³). Nelle sue molteplici declinazioni rientra la libertà contrattuale (art. 19 cpv. 1 CO), che si concretizza nell'ammissibilità della vendita di azioni di una società anonima a una terza persona. Altresì conforme alla legge, nel rispetto degli artt. 647 e 780 CO, è la possibilità di modificare lo scopo, la ditta e in generale lo statuto sociale, così come l'organizzazione di una società di capitali, e al contempo rinunciare integralmente o parzialmente alla precedente attività aziendale, avviandone una nuova (cosiddetta *wirtschaftliche Neugründung*)⁹⁴. L'individuazione dell'esistenza di un mantello giuridico è quindi particolarmente difficoltosa, in quanto la nullità dell'operazione si mimetizza all'interno di in una cornice giuridica del tutto lecita. Di seguito sono esposti quattro criteri estrapolati da dottrina e giurisprudenza, che permettono di svelare l'esistenza di un mantello giuridico.

3.5.1. Criterio del mantenimento dell'identità societaria

Nella sentenza DTF 64 II 361, considerata il *leading case* del Tribunale federale sul tema dei mantelli giuridici, l'Alta Corte ha introdotto il concetto di mantenimento dell'identità di una società già esistente (*Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft*), quale criterio generale per stabilire se la vendita della totalità o della maggioranza delle quote di partecipazione di una società di capitali possa essere considerata o meno un commercio nullo di un mantello giuridico. Nel caso in cui tra la società esistente prima della cessione delle sue quote di partecipazione e quella che sussisterebbe dopo tale operazione non vi è alcuna identità, rispettivamente non vi è nessun legame tra la prima e la seconda entità giuridica, si è in presenza di un commercio di un mantello giuridico.

In una sentenza più recente l'Alta Corte ha ulteriormente precisato che, per essere considerata una cessione di un mantello giuridico, la vendita

⁹³ Costituzione federale della Confederazione svizzera, RS 101.

⁹⁴ DTF 64 II 361 consid. 2c.

delle quote di partecipazione deve corrispondere economicamente a una liquidazione di una vecchia società, mentre l'acquisto delle stesse alla costituzione di una nuova entità giuridica⁹⁵. Tale concetto è stato ripreso anche dalla recente dottrina⁹⁶, e in particolare da PRADER, il quale sostiene che si può affermare di essere in presenza di una costituzione economica (*wirtschaftliche Gründung* che si contrappone alla *rechtliche Gründung*) in relazione a un mantello giuridico, ovvero di un utilizzo o commercio di quest'ultimo, qualora i fondamenti dell'impresa gestita per il tramite della società di capitali vengono completamente distrutti e – mediante l'utilizzo di tale soggetto giuridico già esistente – viene creata una nuova azienda, che non ha nulla a che fare con quella precedente⁹⁷.

Il Tribunale federale ha inoltre stabilito in termini generali che, dopo una temporanea inattività economica di una società, l'assenza di una modifica della composizione degli organi e dello scopo sociale rispetto alla situazione prima della provvisoria interruzione dell'azienda, rappresentano degli elementi a sostegno del fatto che non si è in presenza di un mantello giuridico. Da questa sentenza emerge inoltre come sia sempre necessario considerare anche la componente soggettiva dei proprietari della società, vale a dire l'intenzione di sciogliere di fatto la stessa, liquidarla interamente con l'unico scopo di cedere il mantello giuridico per un futuro riutilizzo⁹⁸. Anche secondo VON PLANTA la modifica dello scopo statutario rappresenta un indizio a sostegno del fatto che si è alla presenza di un mantello giuridico. Tuttavia, ritenuto come sia ammissibile avere degli scopi con una moltitudine di attività diverse tra loro, può capitare che in occasione della riattivazione di un mantello giuridico non si renda necessaria una modifica dello scopo. Per questo motivo tale criterio è poco affidabile⁹⁹.

Il Tribunale d'appello del Canton Ticino, in una sua recente sentenza, ha confermato la decisione dell'ufficio del registro di commercio, il quale

⁹⁵ STF 2C_176/2008 del 26 agosto 2008 consid. 5.1.

⁹⁶ COUCHEPIN, 2014, pag. 199.

⁹⁷ PRADER, 1995, pag. 114.

⁹⁸ DTF 55 II 346 consid. 4.

⁹⁹ VON PLANTA, 1976, pag. 37 seg.

aveva rifiutato di iscrivere la cessione di tutte le quote sociali di una società a garanzia limitata a una terza persona (già azionista indiretto) e la modifica dei membri della gestione, in quanto ha considerato che l'operazione fosse relativa a un mantello giuridico e quindi il contratto nullo (art. 15 cpv. 2 e 82 ORC). Non si trattava di una fattispecie palese di mantello giuridico, prova ne è il fatto che la società non aveva modificato né la ditta, né lo scopo, ma soprattutto che – semplificando la fattispecie – l'acquirente era già indirettamente e parzialmente azionista della società. Il caso quindi lambiva il sottile limite tra una lecita riorganizzazione societaria e l'illecita cessione di un mantello giuridico. Il contratto di cessione conteneva cionondimeno due elementi fondamentali, vale a dire una dichiarazione delle parti secondo la quale la società non era operativa e l'indicazione della controprestazione per la vendita delle quote, pari a soli CHF 1000.00. Alla luce di questi elementi è così sorto il sospetto che si potesse trattare di una vendita di un mantello giuridico. Determinante per la decisione di rifiuto sono state le informazioni emerse dall'analisi dei bilanci e dei conti economici. Da una verifica di questi documenti è infatti risultato come la società, dal momento della sua costituzione, non abbia mai concretamente avviato un'attività. Dopo aver contabilizzato dei costi relativi alla costituzione e altre spese non in relazione a un'attività commerciale, ciò che era rimasto del capitale sociale è stato prelevato dai soci mediante la registrazione di un prestito correnteista. Il Tribunale d'appello ha da parte sua sottolineato l'importanza dell'assenza di un'impresa al fine di determinare se una società sia o meno da considerare un mantello giuridico: *«È dunque evidente che all'inizio, nel 2015, la società in questione ha avuto un'attività ridotta, per poi in pratica non averne più in seguito»*. Un altro criterio che è stato evidenziato nella sentenza è la liquidazione di fatto, rispettivamente dello svuotamento della società: *«[...] a questa costatazione va aggiunto che il capitale sociale è stato subito consumato, non disponendo la società che di attivi per cifre irrisionarie»*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Decisione della Seconda Camera civile del Tribunale d'appello 12.2017.112 del 13 luglio 2018 consid. 3, pubblicato in questa RtiD n. 37c.

Malgrado la presenza di determinati indizi sia certamente di aiuto nella verifica dei casi relativi a presunti mantelli giuridici, è tuttavia sempre necessario analizzare ogni caso concreto, tenendo debitamente conto di tutte le sue circostanze. La formulazione di regole generali e astratte, con valenza assoluta, non è possibile¹⁰¹. La decisione del Tribunale d'appello mostra comunque come a prevalere sia una linea di trattazione piuttosto prudente.

3.5.2. Criterio della liquidazione di fatto

Secondo il Tribunale federale e la dottrina si è in presenza di una liquidazione di fatto (*faktische Liquidation*) nel caso in cui una società, senza una formale deliberazione assembleare di scioglimento e senza che venga effettuata alcuna iscrizione nel registro di commercio, paghi i suoi debiti, alieni o realizzi tutti i suoi attivi e il ricavo non venga più reinvestito in un'attività commerciale, bensì amministrato come investimento finanziario non commerciale oppure ripartito (tutto o in parte) tra gli azionisti o soci. L'Alta Corte ha precisato che ciò può essere il caso non solo se la società è privata completamente di tutti i suoi attivi, bensì anche qualora nella stessa permangano ancora degli attivi in forma liquida (come conti bancari, denaro contante oppure crediti nei confronti degli azionisti), ma non è più presente alcuna sostanza economica o commerciale¹⁰². A livello contabile il bilancio di una società liquidata di fatto contiene nella parte attiva dello stesso, quale correlato del capitale nominale, solo poste liquide, una perdita riportata e/o un credito correntista nei confronti di persone vicine alla società (di regola si tratta degli azionisti stessi, rispettivamente dell'azionista unico)¹⁰³. La creazione di un mantello giuridico non deriva tanto dalla cessione del patrimonio societario in sé

¹⁰¹ COUCHEPIN, 2014, pag. 199 seg.; SIEGWART, 1945, pag. 15, n. 32 e pag. 17, n. 35.

¹⁰² DTF 115 Ib 274, consid. 10a; DTF 87 I 295 consid. 1a; DTF 80 I 30 consid. 1; DTF 65 I 139 consid. 3; DTF 55 I 346 consid. 3; DTF 55 I 134; STF 2C.556/2010 del 5 gennaio 2011 consid. 2.1; STF 2C_176/2008 del 26 agosto 2008 consid. 5.1; BÖCKLI, 2009, pag. 2353 seg., n. 76 e 77; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 165; PRADER, 1995, pag. 80; SIEGWART, 1945, pag. 12, n. 24.

¹⁰³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 172; BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 292, n. 8; ZIHLER, 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53; PRADER, 1995, pag. 93.

(svuotamento della società), ma piuttosto dalla trasformazione in forma liquida dei suoi attivi. Il criterio determinante è quindi l'impossibilità per la società di proseguire l'attività prevista dallo scopo sociale a causa della mancanza dei mezzi necessari per svolgerla¹⁰⁴. A questo proposito si pensi ad esempio a una società che svolgeva un'attività di trasporto merci, la quale ha venduto tutti i suoi furgoni e ha disdetto tutti i contratti. Secondo COUCHEPIN sussiste una società liquidata di fatto dal momento in cui la stessa ha ceduto tutti i suoi mezzi necessari allo svolgimento della sua impresa e ciò comporta di fatto l'impossibilità definitiva di continuare a esercitare l'attività prevista dal suo scopo. Da questo momento in avanti la cessione dell'integralità o della maggioranza delle sue quote di partecipazione rappresenta un trasferimento di un mantello giuridico¹⁰⁵.

Lo svuotamento della società, e quindi il processo della liquidazione di fatto, può avvenire mediante la contabilizzazione regolare di perdite, oppure mediante una restituzione del patrimonio da parte della società ai suoi azionisti o soci («*ausgehöhlte*» *Aktienmäntel*). Questa operazione rappresenta peraltro una violazione dell'art. 680 cpv. 2 CO¹⁰⁶. Ciò vale anche nel caso in cui la società riversi il capitale ai suoi azionisti o soci mediante un mutuo, senza che sia presente una sufficiente garanzia, ad esempio da parte di una banca¹⁰⁷.

Come rileva correttamente SIEGWART, la difficoltà nella valutazione di questo criterio, e più precisamente di quelle società parzialmente liquidate (*nicht vollständig liquidierte, vermögensschwache Gesellschaften*), consiste nel fatto che tra un puro mantello giuridico, il cui patrimonio sociale è andato completamente perso, e una società validamente costituita e pienamente operativa a livello commerciale, vi sono una moltitudine di stadi intermedi¹⁰⁸. Anche per questo motivo PRADER sostiene che

¹⁰⁴ COUCHEPIN, 2014, pag. 200 seg.; PRADER, 1995, pag. 73 seg.; VON PLANTA, 1976, pag. 29 seg.

¹⁰⁵ COUCHEPIN, 2014, *ibidem*.

¹⁰⁶ PRADER, 1995, pag. 94.

¹⁰⁷ PRADER, 1995, pag. 97 seg.

¹⁰⁸ SIEGWART, 1945, pag. 15, n. 32.

l'aspetto patrimoniale non debba essere considerato nella valutazione del mantello giuridico. A suo avviso il criterio determinante è piuttosto quello dell'assenza di un'impresa (*Unternehmenslosigkeit*). Secondo l'art. 2 lett. b ORC, con il concetto di impresa si intende un'attività economica indipendente diretta a conseguire durevolmente un guadagno. Alcuni chiari indizi che denotano la mancanza di un'impresa sono l'assenza di immobili, di impianti di produzione, di merce, di personale, di clientela o di fornitori¹⁰⁹. VON PLANTA cita come esempi la chiusura degli stabilimenti industriali e il licenziamento della forza lavoro¹¹⁰.

3.5.3. Criterio dell'abbandono definitivo della precedente attività

Al fine di poter confermare la presenza di un mantello giuridico, una società di capitali, oltre a essere stata interamente liquidata, deve anche essere stata abbandonata definitivamente dai suoi proprietari (azionisti o soci); un semplice abbandono temporaneo dell'attività economica non è invece sufficiente. Una lunga inattività e l'assenza di mezzi per esercitare un'attività commerciale rappresentano solamente degli indizi per stabilire se la società sia stata o meno definitivamente abbandonata¹¹¹. Secondo VON PLANTA determinante è piuttosto la volontà e il comportamento soggettivo dei proprietari della società; un abbandono dell'attività può essere infatti causato da fattori esterni oggettivi, come delle difficoltà finanziarie. La prova che l'impresa non è stata definitivamente abbandonata deve essere fornita dai proprietari della società¹¹². PRADER ritiene che questo criterio sia direttamente legato a quello della liquidazione di fatto. Una società che ha interamente liquidato i suoi attivi e che non dispone più dei mezzi necessari per una ripresa della sua attività deve essere considerata definitivamente abbandonata. A suo avviso il criterio determinante è anche in questo caso l'assenza di un'impresa (*Unternehmenslosigkeit*). Ciò è sempre dato nel caso in cui il soggetto giuridico

¹⁰⁹ PRADER, 1995, pag. 11 seg.

¹¹⁰ VON PLANTA, 1976, pag. 36.

¹¹¹ DTF 94 I 562 consid. 1; DTF 80 I 60 consid. 2b; DTF 55 I 346 consid. 4; STF 4C.19/2001 del 25 maggio 2001 consid. 2a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 840, n. 143 (nota a piè di pagina 67a); VON PLANTA, 1976, *ibidem*.

¹¹² VON PLANTA, 1976, pag. 34 seg.

può essere utilizzato a qualsiasi fine e in particolare per l'avvio di qualsiasi genere di nuova impresa¹¹³.

La vendita di un mantello giuridico va dunque differenziata da quella di una società che si trova in una situazione di difficoltà finanziaria oppure che ha cessato solo temporaneamente la propria attività aziendale, ma vi è l'intenzione di riprenderla. In quest'ultimo caso la società è da considerare come una regolare entità giuridica che continua a sussistere legalmente e i negozi giuridici da essa conclusi sono senza dubbio validi¹¹⁴. Il limite che separa un mantello giuridico da una società di capitali non completamente chiusa e abbandonata è difficile da determinare e presuppone un'ampia analisi di ogni caso concreto¹¹⁵.

In una delle sue prime sentenze concernenti i mantelli giuridici, il Tribunale federale ha stabilito che una società rimasta inattiva per un arco di tempo di circa 4 anni era da considerare definitivamente abbandonata. In questo caso la società non teneva più una contabilità ed era stata altresì liquidata di fatto, come espressamente dichiarato dal presidente del suo consiglio d'amministrazione¹¹⁶. In una sentenza successiva egli è giunto invece alla conclusione che una società anonima, la quale aveva sospeso la sua attività durante un periodo di due anni per poi essere riattivata dagli stessi azionisti, non poteva ancora essere considerata abbandonata definitivamente. La società in questione, malgrado fosse inattiva, aveva sempre mantenuto un proprio patrimonio sociale e lo stesso era sempre stato regolarmente contabilizzato con i suoi movimenti¹¹⁷. In un'altra sentenza è stato stabilito che una società che nell'arco di circa cinque anni non ha più esercitato alcuna attività economica e il cui bilancio presentava unicamente una posta debitore (verosimilmente a favore di un azionista) di circa CHF 4000.00, era da considerare come definitiva-

¹¹³ PRADER, 1995, 73 seg.

¹¹⁴ DTF 55 II 346 consid. 4; DTF 64 II 361 consid. 4c; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 164 (nota a piè di pagina 77); PRADER, 1995, 73; VON PLANTA, 1976, pag. 72.

¹¹⁵ BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 293, n. 9.

¹¹⁶ DTF 55 I 136.

¹¹⁷ DTF 55 I 346 consid. 4.

mente abbandonata. Ciò malgrado tale società avesse partecipato alla costituzione di un'altra, senza tuttavia conseguire alcun utile da tale operazione. A sostegno di questa tesi vi era anche il fatto che, in suo scritto, l'amministratore unico aveva dichiarato che non era in previsione una ripresa di nuove attività in un prossimo futuro¹¹⁸. In una decisione più recente l'Alta Corte ha stabilito che è necessario un arco di tempo di almeno 6 mesi per poter stabilire se una società sia stata definitivamente abbandonata o meno. Se entro questo periodo la stessa non è in grado di procacciarsi i mezzi necessari per rilanciare la propria azienda, può essere dedotto che la società è stata definitivamente abbandonata e deve quindi essere cancellata dal registro di commercio¹¹⁹. Va sottolineato il fatto che in tutte queste sentenze non vi è mai stato un caso con la prova che le quote di partecipazione del mantello giuridico erano state cedute a terzi. I casi in questione erano principalmente volti a sapere se l'ufficio del registro di commercio fosse autorizzato o meno a cancellare d'ufficio tali società dal registro di commercio, in quanto liquidate di fatto e abbandonate¹²⁰. L'unica eccezione è rappresentata dalla DTF 67 I 36, nella quale il Tribunale federale ha chiaramente stabilito che la vendita di un mantello giuridico di una società anonima sciolta di fatto, completamente liquidata e abbandonata, è illecito e non può servire da base all'iscrizione nel registro di commercio. In questo caso l'acquirente del mantello giuridico, al momento di inoltrare la notificazione all'ufficio del registro di commercio per iscrivere le modifiche necessarie volte alla riattivazione dello stesso, ha prodotto una convenzione di cessione di tutte le azioni nominative (*convention-cession*). Oltre al fatto che la società in questione era rimasta inattiva per circa 4 anni, l'assenza di attività era stata inoltre confermata dalla citata convenzione, la quale conteneva un'indicazione secondo cui la società non aveva alcun debito e non aveva contratto alcun impegno. Un altro indizio a sostegno dell'abbandono della società da parte del precedente proprietario e del totale disinteresse del-

¹¹⁸ DTF 65 I 139 consid. 3.

¹¹⁹ DTF 80 I 60 consid. 2c.

¹²⁰ All'epoca non esisteva una disposizione come l'attuale art. 155 ORC che conferiva all'ufficio del registro di commercio la facoltà di cancellare dal registro di commercio una società priva di attivi e di attività economica.

l'acquirente al rilancio dell'impresa svolta dalla società prima della sua vendita, era il fatto che il venditore aveva mantenuto la proprietà dei libri contabili, dei verbali degli organi, della corrispondenza e dei giustificativi contabili. Anche questo elemento emergeva dalla convenzione di vendita delle azioni.

Di recente il Tribunale federale ha stabilito che la notificazione della cessione di un credito e il seguente avvio di una procedura di incasso dello stesso rappresentano già di per sé delle attività commerciali e di conseguenza la società non può essere considerata definitivamente abbandonata, malgrado la stessa sia rimasta inattiva per qualche anno¹²¹. Particolarmente interessante è che in questa stessa sentenza l'Alta Corte lascia intendere che il fatto di sottoscrivere con terzi un contratto di cessione avente quale oggetto la maggioranza o l'intero capitale di partecipazione di una società di capitali, rappresenti già di per sé un chiaro indizio del fatto che i precedenti azionisti o soci hanno definitivamente abbandonato la stessa e che non vi è quindi più alcuna intenzione di riattivarla¹²². L'aspetto temporale dell'inattività non è dunque più rilevante per determinare se una società sia stata o meno abbandonata definitivamente, qualora sia accertato che i suoi azionisti o soci abbiano ceduto a terzi le quote di partecipazione.

3.5.4. Criterio della cessione delle quote di partecipazione

Secondo il Tribunale federale si è in presenza di un commercio di un mantello giuridico, e quindi di un negozio giuridico nullo ai sensi dell'art. 20 cpv. 1 CO, non solo in caso di vendita della totalità delle quote di partecipazione di una società di capitali, ma anche in caso di vendita della maggioranza delle stesse¹²³. A questo proposito la dottrina precisa che il criterio determinante è la possibilità da parte dell'acquirente del mantello giuridico di controllare in autonomia e di determinare la sorte

¹²¹ STF 4C.19/2001 del 25 maggio 2001 consid. 2b.

¹²² *Ibidem*: «Da entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung im angefochtenen Urteil nicht festgestellt wird, dass die Aktien der Klägerin verkauft wurden, wäre überdies von einer Stilllegung mit anschliessender Reaktivierung der Klägerin auszugehen».

¹²³ STF 2C_176/2008 del 26 agosto 2008 consid. 5.1.

della società (*Begriff der Beherrschung einer Gesellschaft*)¹²⁴. VON PLANTA precisa che, oltre alla vendita unica di un pacchetto azionario nella misura necessaria per controllare la società, ciò che rappresenta la regola, è altresì da considerare come cessione di un mantello giuridico il caso in cui vengano conclusi diversi contratti di cessione delle quote di partecipazione con dei singoli venditori. L'insieme di tutti questi singoli contratti di compravendita pone infine l'acquirente nella stessa situazione di chi ha concluso un unico contratto di acquisto di tutte le quote di partecipazione del mantello giuridico¹²⁵.

Per quanto concerne i contraenti, va precisato che la parte acquirente può essere un'unica persona (*Einmanngesellschaft*), situazione che rappresenta la regola, oppure un gruppo di più persone. Rilevante è tuttavia che l'acquirente sia un estraneo rispetto alla società e che la precedente attività economica svolta dalla stessa gli sia del tutto indifferente («*in voller Gleichgültigkeit gegen die bisherige wirtschaftliche Erscheinungsform der Gesellschaft*»). Non sussiste infatti un commercio di un mantello giuridico qualora un azionista o socio, il quale riveste questa funzione in seno alla società già da diverso tempo, acquisti la parte restante delle quote di partecipazione della stessa¹²⁶.

3.6. Aspetti pratici

3.6.1. Commercio e utilizzo dei mantelli giuridici nella realtà economica

Malgrado il Tribunale federale e la dottrina dominante considerino nulli i contratti di compravendita che hanno come oggetto le quote di partecipazione di mantelli giuridici, nella pratica sussiste un vero e proprio commercio di questo genere di società¹²⁷. Nel corso degli ultimi anni l'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino ha avuto modo di constatare come vi sia in effetti un importante numero di richieste di

¹²⁴ PRADER, 1995, pag. 125 seg.; VON PLANTA, 1976, pag. 70 seg.; SIEGWART, 1945, pag. 13, n. 27.

¹²⁵ VON PLANTA, 1976, pag. 74.

¹²⁶ VON PLANTA, 1976, pag. 74 seg.; indirettamente anche SIEGWART, 1945, pag. 13, n. 26.

¹²⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 167.

iscrizione relative a mantelli giuridici. Si tratta di società di capitali che, con un'unica notificazione, richiedono la modifica di tutti o gran parte dei fatti iscritti nel registro di commercio, vale a dire la ditta, la sede e il recapito, lo scopo, i membri dell'organo esecutivo e, per quanto concerne le società a garanzia limitata, la composizione dei soci. Più recentemente è stato riscontrato un *modus operandi* più discreto. In alcuni casi le modifiche sono notificate separatamente, a distanza di qualche settimana o mese una dall'altra (in un primo tempo è notificata ad esempio la cessione delle quote di partecipazione di una società a garanzia limitata e la modifica dei membri dell'organo di gestione, quindi successivamente la modifica generale dello statuto, con una nuova ditta, sede e scopo). Questo modo di agire ha verosimilmente lo scopo di eludere le verifiche che sono eseguite dall'ufficio del registro di commercio (paragrafo 3.6.2).

Per quanto concerne la tipologia di società che sono trasformate in mantelli giuridici e cedute, si osserva come nel Canton Ticino si tratti praticamente in tutti i casi di piccole e medie imprese, le quali operano, o meglio hanno operato, principalmente nei settori della gestione di esercizi pubblici (ristoranti e bar), della vendita al dettaglio (negozi di abbigliamento, di generi alimentari, di apparecchi elettronici), dell'informatica, dei trasporti e nel settore fiduciario (consulenza commerciale e amministrativa). Gli acquirenti sono invece in netta maggioranza imprenditori che intendono iniziare a operare nei settori dell'edilizia e dell'artigianato. In diversi casi si tratta di società che hanno una descrizione particolarmente vaga e generica del proprio scopo, ciò che rende quindi difficoltoso risalire alla precedente attività prevalente, sempre che ve ne sia stata una, della società. In merito alla tipologia di forma giuridica utilizzata per queste operazioni, è stato rilevato come il numero di società anonime e quello di società a garanzia limitata sia praticamente equivalente.

Va inoltre rilevato che di rado il commercio di mantelli giuridici avviene direttamente tra il venditore e l'acquirente, ma vi è spesso un intermediario (*Mantelhändler*)¹²⁸, che si occupa di gestire le trattative e tutte le ope-

¹²⁸ Di regola si tratta di fiduciari, ma anche, in casi tuttavia meno frequenti, di avvocati e notai.

razioni necessarie per finalizzare la compravendita. Di regola l'intermediario ha già acquistato a sua volta il mantello giuridico dal precedente proprietario che ha terminato la sua attività imprenditoriale e ha liquidato di fatto la società. L'intermediazione nella compravendita di mantelli giuridici viene svolta con un fine economico e di lucro; l'intermediario consegue infatti un utile dall'operazione di vendita del mantello giuridico. Il costo per l'acquisto di un mantello giuridico è molto al di sotto del valore del suo capitale nominale (ciò a causa dell'erosione del patrimonio effettivo) e si aggira di regola attorno a qualche migliaia di franchi¹²⁹.

Il motivo alla base dell'ampio commercio di questo genere di società risiede nei vantaggi economici e fiscali¹³⁰ che ne deriverebbero per il venditore e l'acquirente¹³¹. La realtà dimostra tuttavia che tali vantaggi sono spesso solo apparenti e sovrastimati¹³². A questo proposito si pensi ad esempio al presunto guadagno di tempo che vi sarebbe nell'acquistare un mantello giuridico rispetto alla costituzione di una nuova società di capitali¹³³. La verifica dei conti annuali e soprattutto degli eventuali debiti della società comporta anche un cospicuo dispendio di tempo¹³⁴. Inoltre, ritenuto come le notificazioni di iscrizione relative a tali società vengano sottoposte a un'attenta verifica da parte dell'ufficio del registro di commercio (paragrafo 3.6.2), nella maggior parte dei casi l'iscrizione delle modifiche di un mantello giuridico richiede in realtà molto più tempo ri-

¹²⁹ PRADER, 1995, pag. 126.

¹³⁰ Si vedano ad esempio la possibilità per l'acquirente di risparmiare la tassa d'emissione sul capitale proprio oppure quella di compensare con futuri utili l'eventuale perdita contabilizzata nel bilancio del mantello giuridico. L'argomento del risparmio della tassa d'emissione sul capitale proprio è ormai divenuto obsoleto con l'introduzione dell'art. 5 cpv. 2 lett. b della Legge federale sulle tasse di bollo (LTB), RS 641.10. Lo stesso discorso vale analogamente per il venditore in merito alla presunta possibilità di risparmiare la tassa sull'utile di liquidazione.

¹³¹ STF 2C_176/2008 del 26 agosto 2008 consid. 5.1; BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 292, n. 8; JÖRG, 2014, pag. 64 seg.; COUCHEPIN, 2014, pag. 202; PRADER, 1995, pag. 18; VON PLANTA, 1976, pag. 125.

¹³² JÖRG, 2014, pag. 66; COUCHEPIN, 2014, *ibidem*.

¹³³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, *ibidem*; JÖRG, 2014, pag. 40 seg., 61 e 66; COUCHEPIN, 2014, *ibidem*; PRADER, 1995, pag. 15; VON PLANTA, 1976, pag. 88 seg.; SIEGWART, 1945, pag. 12, n. 24.

¹³⁴ JÖRG, 2014, pag. 61; COUCHEPIN, 2014, pag. 203.

spetto a quella di una nuova società anonima o società a garanzia limitata, la quale di regola – a condizione che la documentazione sia completa e conforme alla legge – avviene nell’arco di un giorno lavorativo¹³⁵. I possibili vantaggi sono quindi altri. Per il precedente proprietario delle quote di partecipazione della società anonima o società a garanzia limitata (venditore), la cessione del mantello giuridico permette di evitare la regolare procedura di liquidazione della società ai sensi degli artt. 736 e seguenti CO (preceduta dalla decisione di scioglimento e dalla relativa iscrizione nel registro di commercio) e di cancellare la stessa dal registro di commercio al termine della liquidazione (art. 746 CO e art. 65 ORC). Ciò comporta quindi un risparmio di costi per il venditore^{136/137}. Ritenuto come non avvenga nessuna iscrizione nel registro di commercio (art. 737 CO e art. 63 ORC) né pubblicazione nel FUSC, la procedura di liquidazione si svolge in maniera discreta e all’oscuro dei terzi¹³⁸. Per l’acquirente del mantello giuridico il vantaggio principale risiede nel fatto che può iniziare a operare mediante una società di capitali, senza tuttavia essere obbligato da subito a conferire l’importo minimo del capitale previsto dalla legge¹³⁹ (potendolo invece versare – se del caso – gradualmente e a tappe)¹⁴⁰. L’acquirente può inoltre evitare gli eventuali controlli delle banche in caso di liberazione del capitale in contanti, di redigere la relazione scritta e di richiedere l’attestazione di verifica del revisore abilitato

¹³⁵ A questo proposito si fa riferimento unicamente alla procedura di iscrizione vera e propria nel registro di commercio e non alla fase precedente, ovvero alla raccolta di tutta la documentazione necessaria e alla stesura dell’atto pubblico dinnanzi al notaio.

¹³⁶ PRADER, 1995, pag. 16.

¹³⁷ Si vedano ad esempio i costi del notaio per l’atto pubblico di scioglimento ai sensi dell’art. 736 cifra 2 CO, quelli per le pubblicazioni delle grida nel FUSC (art. 742 cpv. 2 CO), nonché le tasse del registro di commercio per l’iscrizione dello scioglimento e della successiva cancellazione.

¹³⁸ JÖRG, 2014, pag. 65 seg.; COUCHEPIN, 2014, pag. 202.

¹³⁹ Per la società anonima l’importo minimo del capitale azionario nominale è di CHF 100 000.00, con la possibilità di liberarlo per l’importo minimo di CHF 50 000.00 (artt. 621 e 632 CO). Per la società a garanzia limitata il capitale sociale nominale minimo è di CHF 20 000.00 e deve sempre essere interamente liberato (artt. 773 e 777c cpv. 1 CO).

¹⁴⁰ JÖRG, 2014, pag. 62 seg.; COUCHEPIN, 2014, pag. 202 seg.; PRADER, 1995, pag. 16 seg. e 118; VON PLANTA, 1976, pag. 88.

in caso di conferimento in natura e in generale di risparmiare i costi di costituzione previsti per una società di capitali^{141/142}. Tale vantaggio è tuttavia solo parziale, poiché anche le operazioni di modifica del mantello giuridico comportano un costo per le operazioni a registro, oltre al fatto che l'intermediario della compravendita del mantello consegue un guadagno e che questo onorario è di regola assunto dall'acquirente¹⁴³. Un altro vantaggio è che la data d'iscrizione nel registro di commercio della società può risalire a diversi anni addietro, ciò che permette apparentemente di avere una maggiore credibilità nei confronti dei terzi, facendo apparire tradizione e continuità dell'impresa. A questo proposito va tuttavia rilevato che nel registro di commercio permangono tutte le iscrizioni, anche quelle non più valide, motivo per cui, da una verifica dell'estratto completo¹⁴⁴, è possibile risalire al fatto che la società in questione è stata trasferita come mantello giuridico¹⁴⁵.

Alla luce di quanto sopra indicato, si può dunque constatare come il commercio dei mantelli giuridici rappresenta sovente una pratica dannosa per i terzi e per lo Stato. Queste piccole imprese, operanti da subito senza disporre del capitale sociale minimo previsto dalla legge, vanno spesso incontro a procedure fallimentari, generando quindi anche maggior lavoro per gli uffici dei fallimenti, oltre a lasciare alle loro spalle debiti scoperti, sia nei confronti di privati, sia dello Stato (in particolare nei confronti degli istituti delle assicurazioni sociali). A ciò va aggiunto

¹⁴¹ Si vedano ad esempio i costi del notaio per l'atto pubblico di costituzione, le spese bancarie, quelle relative all'eventuale attestazione di verifica del revisore abilitato in caso di conferimento in natura (art. 635a CO) e le tasse di nuova iscrizione nel registro di commercio.

¹⁴² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 167; JÖRG, 2014, pag. 62; COUCHEPIN, 2014, pag. 202; PRADER, 1995, pag. 16 seg.; VON PLANTA, 1976, pagg. 88 e 90; SIEGWART, 1945, pag. 12, n. 23.

¹⁴³ JÖRG, 2014, pag. 65 seg.; COUCHEPIN, 2014, pag. 203; PRADER, 1995, pag. 16.

¹⁴⁴ L'estratto del registro di commercio con tutte le iscrizioni (anche quelle non più valide e barrate) permette di rilevare se e quando la società ha modificato la sua ditta, lo scopo, la sede e il recapito e i suoi organi (in un unico momento oppure in momenti ravvicinati tra loro).

¹⁴⁵ BAUDENBACHER, 2016, *ibidem*; JÖRG, 2014, pag. 41 e 63 seg.; COUCHEPIN, 2014, pag. 202; PRADER, 1995, pag. 17.

che l'iscrizione nel registro di commercio delle modifiche di un mantello giuridico ceduto e riattivato trae in inganno i terzi poiché – in realtà – la società in questione, malgrado presenti una vecchia data d'iscrizione, ha invero appena iniziato la sua nuova attività economica e non è necessariamente capitalizzata. In queste pieghe si annidano così anche pseudo-imprenditori, che non rischiando nulla del proprio capitale personale, tentano un'avventura economica ben sapendo che in caso di insuccesso o, peggio, fallimento, avrebbero ben poche conseguenze personali. D'altra parte va anche evidenziato che l'acquirente del mantello giuridico è esposto a diversi rischi, primo fra tutti quello di vedersi costretto a coprire dei debiti generati in passato dalla società e non visibili dal bilancio (responsabilità per gli oneri pregressi o *Haftung für sog. «Altlasten»*)¹⁴⁶.

3.6.2. Attuale prassi e attività di verifica degli uffici del registro di commercio

In conformità con quanto sancito dal Tribunale federale e dalla dottrina dominante¹⁴⁷, l'attuale prassi preponderante degli uffici del registro di commercio in Svizzera è quella di rifiutare qualsiasi notificazione di iscrizione relativa a società che adempiono i requisiti del mantello giuridico¹⁴⁸. Questa prassi è applicata anche dall'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino.

La base legale per la verifica dei mantelli giuridici da parte dell'ufficio del registro di commercio risiede negli art. 940 CO e art. 28 ORC. Quest'ultimo non deve tuttavia ricercare attivamente i mantelli giuridici iscritti, ma è tenuto a intervenire solamente qualora, sulla base di chiare

¹⁴⁶ JUNG, 2016, pag. 231, n. 78 *in fine*; JÖRG, 2014, pag. 63, 66 e 77; COUCHEPIN, 2014, pag. 203.

¹⁴⁷ DTF 97 IV 10 consid. 5; DTF 67 I 36; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 168; ZIHLER, 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53; COUCHEPIN, 2014, pag. 211; SIEGWART, 1945, pag. 19, n. 41.

¹⁴⁸ COUCHEPIN, 2014, pag. 207; si veda anche la nota dell'Ufficio del registro di commercio del Canton Ginevra all'indirizzo dell'Ordine dei notai del cantone del 1° dicembre 2011, pag. 2, mediante la quale i notai vengono resi attenti del fatto che la cessione di un mantello giuridico è nullo, così come tutte le decisioni prese dai suoi organi.

informazioni e indizi, ne constati la presenza, rispettivamente sia confrontato con un'operazione di cessione di un mantello giuridico¹⁴⁹. Ciò può essere il caso ad esempio qualora l'ufficio del registro di commercio, in occasione di una rinuncia alla revisione limitata ai sensi dell'art. 62 ORC, abbia accesso ai libri contabili (bilancio e conto economico) di una società e constati come la stessa sia stata liquidata di fatto e abbandonata¹⁵⁰. Secondo SIEGWART un rifiuto dell'iscrizione si giustifica in particolare nel caso in cui sussistano fondati sospetti che il capitale non è stato ripristinato e che più in generale interessi degni di protezione di terzi possono essere compromessi in maniera evidente. In questo modo il compimento della riattivazione del mantello giuridico viene impedito¹⁵¹.

Va tuttavia rilevato che, alla luce dei complessi e non del tutto chiari criteri che caratterizzano il mantello giuridico e il suo trasferimento¹⁵², risulta spesso difficoltoso per l'ufficio del registro di commercio individuarne la presenza¹⁵³. Il problema principale consiste nel fatto che le operazioni di liquidazione del precedente patrimonio e di ricostituzione di quello nuovo possono essere effettuate rapidamente e senza intervalli di tempo, ciò che rende quindi difficile la verifica in particolare del criterio della liquidazione di fatto (paragrafo 3.5.2). Oppure può capitare che il passaggio avvenga gradualmente, in modo tale che al momento della

¹⁴⁹ ZIHLER, 2013, ad art. 28, pag. 164, n. 53.

¹⁵⁰ COUCHEPIN, 2014, pag. 211; indirettamente anche PRADER, 1995, pag. 57, nota a piè di pagina 154.

¹⁵¹ SIEGWART, 1945, *ibidem*.

¹⁵² A questo proposito si pensi in particolare al fatto che spesso nella pratica sono riscontrabili solo alcuni dei criteri che caratterizzano un commercio di un mantello giuridico. Ciò rende necessaria una verifica specifica di ogni caso concreto e un apprezzamento dello stesso da parte dell'ufficio del registro di commercio. Il processo di verifica è complicato dal fatto che vi è una componente soggettiva delle parti partecipanti al commercio del mantello giuridico, ovvero la volontà e l'intenzione del venditore di liquidare di fatto e abbandonare l'attività commerciale senza scioglierla formalmente in vista di una futura cessione del mantello giuridico, e quella dell'acquirente di intraprendere un'attività del tutto nuova ed estranea a quella precedentemente svolta dalla società acquistata, mediante l'utilizzo del mantello giuridico.

¹⁵³ DTF 97 IV 10 consid. 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 870, n. 168; COUCHEPIN, 2014, pag. 211; PRADER, 1995, pag. 57; SIEGWART, 1945, pag. 20, n. 44.

chiusura definitiva della liquidazione della precedente impresa, quella nuova sussiste già¹⁵⁴.

Il sospetto che una notificazione di iscrizione sia legata a un mantello giuridico emerge in particolare nel caso in cui una società di capitali richiede la modifica di tutti o di gran parte dei fatti iscritti nel registro di commercio. Per le società a garanzia limitata vi è inoltre l'ulteriore indizio della notificazione della cessione della maggioranza o dell'integralità delle quote sociali a una terza persona; spesso il prezzo di cessione delle quote è solo di qualche migliaio di franchi. Un altro indizio è il fatto che il nuovo scopo societario contiene delle attività che non erano presenti nella versione precedente¹⁵⁵. In questi casi, per accertare se si tratta effettivamente di una cessione di un mantello giuridico, è necessario analizzare gli ultimi bilanci e conti economici della società. A questo proposito l'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino esige il rinnovo della dichiarazione di rinuncia alla revisione limitata (*opting-out*), conformemente alla facoltà conferitagli dall'art. 62 cpv. 4 ORC¹⁵⁶. In tal modo la società è tenuta a produrre la documentazione relativa ai conti annuali degli ultimi anni contabili (art. 62 cpv. 2 ORC). Da una verifica di questi documenti è poi possibile stabilire se la società abbia liquidato i suoi attivi (bilancio) e se la stessa negli ultimi anni non abbia esercitato alcuna attività commerciale (conto economico). Per quanto concerne la società anonima, ritenuto come la vendita delle azioni non sia visibile a livello di iscrizione nel registro di commercio, vi è inoltre l'ulteriore richiesta di dimostrare che nella fattispecie non sia avvenuta alcuna cessione delle azioni a terze persone, ossia una dichiarazione sottoscritta dai membri del consiglio d'amministrazione. Qualora le azioni non siano state vendute, non è adempiuta la condizione della vendita del mantello

¹⁵⁴ SIEGWART, 1945, pag. 16, n. 33.

¹⁵⁵ Si pensi ad esempio a una società che ha nel proprio scopo la vendita di generi alimentari e che notifica come nuovo scopo la compravendita e l'amministrazione di immobili.

¹⁵⁶ A questo proposito va rilevato che praticamente in tutti i casi di mantelli giuridici con cui è stato confrontato l'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino, le società in questione non disponevano di un ufficio di revisione e avevano quindi rinunciato alla revisione limitata.

giuridico e di conseguenza l'operazione è di principio lecita (paragrafo 3.5.4). Se dalla documentazione prodotta non risulta ancora chiaramente se si è confrontati o meno con un mantello giuridico, ma sussistono ciononostante diversi indizi che lasciano presagire la presenza di una tale situazione, è possibile che, sulla base degli art. 940 CO, art. 26 ORC e art. 28 ORC, vengano richiesti ulteriori documenti (ad esempio un bilancio intermedio al momento della notificazione di modifica delle iscrizioni). Nel caso in cui al termine di queste verifiche è confermata la presenza di un commercio di un mantello giuridico, l'ufficio del registro di commercio rifiuta la notificazione di iscrizione delle modifiche mediante decisione formale, impugnabile secondo l'art. 165 ORC, e quindi avvia una procedura di cancellazione d'ufficio ai sensi dell'art. 155 ORC nei confronti della società (paragrafo 2.5).

3.6.3. *Il deterrente fiscale (che non c'è)*

La questione del mantello giuridico concerne società inattive da anni, conchiglie vuote abbandonate senza interesse nel *mare magnum* del registro di commercio. Esse sono riprese da intermediari, che le conservano in attesa della cessione a eventuali interessati. Quali costi ingenera il mantenimento in *stand-by* di un mantello giuridico? Se consideriamo che il *Mantelhändler* è spesso un fiduciario, il domicilio della società sarà presso l'ufficio fiduciario mentre l'amministrazione o gerenza sarà curata dal fiduciario stesso. Non sono quindi generati costi derivanti da onorari. Rimane così il carico fiscale e considerando che la società – inattiva – non genera utili, vi è unicamente l'imposta sul capitale, calcolata al minimo sulla base del capitale azionario o sociale liberato (art. 81 cpv. 3 LT¹⁵⁷). Nel Canton Ticino l'imposta sul capitale è attualmente dell'1,5 ‰ (art. 87 cpv. 1 LT), quindi a carico di una società anonima con capitale azionario di CHF 100 000.00 corrisponde un'imposta annuale di CHF 150.00 mentre a carico di una società a garanzia limitata con un capitale sociale di CHF 20 000.00 l'imposta annuale è di CHF 30.00. A differenza del Canton Ticino, alcuni Cantoni prevedono un'imposizione minima che va da CHF 200.00 a CHF 500.00 all'anno per tutte le socie-

¹⁵⁷ Legge tributaria del 21 giugno 1994, RL 640.100 [vRL 10.2.1.1].

tà¹⁵⁸. È evidente che l'impatto di un'imposizione minima sul capitale delle persone giuridiche inattive giocherebbe un importante ruolo deterrente, spingendo i detentori a scioglierle secondo le procedure di legge. Purtroppo però gli importi irrisori previsti dalla legislazione cantonale attuale non inducono allo scioglimento delle società inattive ma anzi invogliano a mantenerle iscritte a registro di commercio in attesa di una futura cessione. Siamo tuttavia consci, non solo del fatto che ogni modifica comporta riverberi nell'intero sistema fiscale molto più ampi che devono essere preliminarmente approfonditi, ma anche della rotta intrapresa dal Canton Ticino verso un ulteriore alleggerimento del carico impositivo delle persone giuridiche¹⁵⁹. In questo contesto la dissuasione fiscale, che pure costituirebbe un mezzo indiretto efficace per estirpare i mantelli giuridici, appare quanto mai illusoria.

4. La società chiede un nuovo approccio?

4.1. Uno sguardo dalla finestra del 1928: la strategia dell'attesa

Come visto in precedenza (paragrafo 3.2) l'*iter* di adattamento e incorporazione del Codice delle obbligazioni del 14 giugno 1881 nel Codice civile svizzero ha suscitato – per espressa ammissione del Consiglio federale – «*serie difficoltà ed esitazioni*»¹⁶⁰, che hanno indotto a differire la revisione della parte terza relativa al diritto delle società anonime e cooperative, ritenendo inizialmente più adeguata la loro regolamentazione mediante una legge speciale. D'altronde il legislatore federale aveva manifestato una certa prudenza verso la codificazione del diritto delle persone giuridiche, da un lato perché ne riconosceva l'intrinseco dinami-

¹⁵⁸ Canton Argovia CHF 500.00 (art. 88 Steuergesetz); Canton San Gallo CHF 250.00 dopo il 5° anno dalla costituzione (art. 99bis Steuergesetz); Canton Zugo CHF 250.00 (§ 75 cpv. 1 Steuergesetz); Canton Grigioni CHF 200.00 (art. 90a Legge sulle imposte); Canton Vallese CHF 200.00 (art. 99 Steuergesetz).

¹⁵⁹ Si veda il Messaggio n. 7417 Riforma cantonale e sociale del 15 settembre 2017, dove nell'ottica di accrescere la concorrenzialità fiscale del Cantone è previsto di computare nell'imposta sul capitale il 10% dell'imposta sull'utile (art. 87 cpv. 3 LT – nuovo).

¹⁶⁰ Messaggio n. 2284, FF 1929 I 253.

smo, dall'altro per il loro progressivo sviluppo che andava affrancandosi dalle radici germaniche¹⁶¹ in favore di una declinazione secondo le peculiarità elvetiche¹⁶². La stessa prudenza del legislatore emerge manifesta nella trattazione della vendita del mantello giuridico. L'indecisione generata dall'impossibilità di prevedere tutte le potenziali costellazioni che avrebbe potuto assumere una società mantello («*le nuove combinazioni dolose che potessero essere immaginate*»¹⁶³) in un contesto di costante evoluzione della società anonima e il rischio intrinseco di colpire anche operazioni virtuose, unita alla – verosimile – esperienza positiva del progresso interventismo dell'ufficio del registro di commercio («*nell'idea che gli organi del registro di commercio potranno, come nel passato, agire contro le imprese*»)¹⁶⁴, hanno portato a demandare a quest'ultimo il compito di opporsi alla frode delle disposizioni concernenti la costituzione. In fondo si può leggere la situazione come una scelta consapevole di rimanere, per certi versi, alla finestra e vedere l'evoluzione che avrebbe avuto questo istituto.

Ma a questo punto, andando oltre alla motivazione esposta dallo stesso legislatore, sorge spontaneo interrogarsi sulle ragioni più profonde che hanno influenzato tale scelta e sul contesto temporale che la permeava. Qual era il paesaggio che si apriva di fronte al legislatore del 1928? Sembra ovvio: noi non eravamo a quella finestra e non possiamo saperlo. Tuttavia ci sono degli aspetti oggettivi che ci permettono di prendere atto

¹⁶¹ Il Codice delle obbligazioni del 1881 era stato influenzato dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, in vigore dal 1861 al 1900 (cfr. JUNG, 2016, pag. 59 segg.).

¹⁶² «*Le droit des sociétés anonymes et des associations sera réservé à une loi spéciale. Ce sont là des institutions qui sont entraînées dans un mouvement de rapide et profonde évolution. Le législateur suisse les avait organisées de la même manière que le droit allemand, qui, dans l'intervalle, a subi nombre de changements décisifs. D'autre part, le vaste champ des sociétés s'est développé en Suisse dans des conditions qui sont, en quelque mesure, propres à notre pays, et nous serons amenés de plus en plus à nous émanciper des influences étrangères pour leur substituer nos conceptions nationales. Aussi notre droit des sociétés anonymes et des associations, que nous réviserons plus tard, appartient-il à la législation spéciale.*» (Messaggio del 3 marzo 1905, FF 1905 II 7).

¹⁶³ Messaggio n. 2284, FF 1929 I 313.

¹⁶⁴ Messaggio n. 2284, *ibidem*.

di alcune situazioni e abbozzare, con estrema cautela e pudore, alcune considerazioni.

L'elemento che pur nella sua forma asettica di dato statistico offre un importante spunto di riflessione è l'evoluzione delle società commerciali iscritte al registro di commercio in Svizzera¹⁶⁵. Nel 1883 erano iscritte 1497 società anonime e cooperative (il dato non distingue le due forme societarie). Il numero è cresciuto con una certa costanza di circa 200-400 unità all'anno sino ai primi anni '20 (nel 1923 erano 8227). Nel 1928, anno di pubblicazione del Messaggio n. 2284 erano salite a 11822; in questi anni e fino all'alba della seconda guerra mondiale si nota un aumento annuale di nuove iscrizioni, con l'apice nel 1937 (20173). Gli anni della guerra hanno segnato una contrazione del numero di società anonime iscritte, quindi a partire dalla fine degli anni '40 il loro numero è costantemente progredito, evidenziando un notevole incremento a partire dagli anni '60 (1940: 18287; 1950: 21303; 1960: 33883; 1970: 65383; 1980: 108834; 1990: 160542; 2000: 171984). Al 1° gennaio 2018 in Svizzera erano iscritte nel registro di commercio 215194 società anonime¹⁶⁶. Il legislatore, che si è trovato a elaborare i vari disegni di legge susseguiti sino al Messaggio n. 2284 del 1928, era influenzato dall'esperienza – ancora acerba – acquisita in poco più di quarant'anni di iscrizioni nel registro di commercio. Essa si basava sulle poche migliaia di società anonime iscritte, un numero troppo esiguo per poter trarre considerazioni conclusive sufficienti a concretizzare una norma. Anche il loro monitoraggio da parte degli uffici dei registri cantonali non doveva comportare particolari difficoltà, pareva anzi essere funzionale ed efficace, tanto più che nel già citato messaggio viene richiamata con una con-

¹⁶⁵ Dati storici dell'Ufficio federale di statistica tratti dai relativi Annuari statistici della Svizzera, consultabili e scaricabili in francese al sito <https://www.bfs.admin.ch/bfs/it/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/publications/ouvrages-synthese/annuaire-statistique-suisse.html> [consultato il 23 gennaio 2019]. Si ringrazia l'Ufficio di statistica del Canton Ticino per l'estrapolazione comparativa dei dati 1883-2003.

¹⁶⁶ Oltre a 158758 ditte individuali, 11415 società in nome collettivo, 1618 società in accomandita, 188428 società a garanzia limitata, 8683 cooperative, 9117 associazioni, 17141 fondazioni, 11900 succursali, 3626 succursali estere e 484 altre forme giuridiche, per un totale di 626364 iscrizioni. Fonte: Ufficio federale del registro di commercio, <https://ehra.fenceit.ch/it/statistiche/> [consultato il 23 gennaio 2019].

notazione positiva l'esperienza del controllo. A titolo di esempio, nel 1928 erano iscritte nel registro di commercio del Canton Ticino 260 società anonime, un numero modesto che ne permetteva facilmente un costante monitoraggio¹⁶⁷.

L'utilizzo del vettore giuridico della società anonima è stato nel tempo sicuramente influenzato dal contesto storico generale sia svizzero che internazionale. Non si può avere la presunzione di riassumere, ancor meno approfondire, in pochissime righe tutti gli eventi geopolitici, economici, sociali, demografici ecc. che hanno caratterizzato il periodo di incubazione del disegno di legge (meglio, dei tre disegni di legge susseguiti dal 1911 al 1928), influenzandone i padri. Non si può però neppure dimenticare che le riflessioni sul disegno hanno attraversato la rapida crescita economica dettata dal settore industriale da fine '800 agli inizi del '900, la crisi – anche sociale – durante gli anni della prima guerra mondiale (culminata con lo sciopero generale del 1918) e la depressione del dopoguerra dei primi anni 1920. Infine da notare che il Messaggio n. 2284 del 1928 è stato pubblicato l'anno precedente il crollo di *Wall Street* e la grande depressione. In questo contesto travagliato, caratterizzato dall'alternanza di riprese e depressioni tra le due guerre, si nota nondimeno una tendenza costante all'incremento del numero di iscrizioni degli enti giuridici nel registro di commercio, che non poteva lasciare del tutto indifferente il legislatore. Benché tale progressione non fosse eclatante come quella avvenuta soprattutto a partire dagli anni '50 del secolo scorso, già si poteva avvertire il successo che l'istituto della società anonima avrebbe potuto avere e la sua rispondenza alle nuove richieste e necessità di società ed economia. Un successo plasmato di pari passo dagli sviluppi del sistema economico, dapprima nel settore secondario quindi nel terziario sino all'attuale terziario avanzato.

Per quanto attiene il fenomeno della cessione di mantelli giuridici non ci sono molte informazioni. VON PLANTA rileva che il commercio di mantelli giuridici si è incrementato in Svizzera dopo la prima guerra mon-

¹⁶⁷ A inizio 2018 le società anonime iscritte al registro di commercio del Canton Ticino erano 17 329.

diale, tanto che nei giornali era possibile persino trovare delle inserzioni con offerte di vendita. Nell'intento di contrastare questo fenomeno, nel 1926 l'Ufficio federale del registro di commercio ha pubblicato sugli organi di stampa un comunicato, nel quale rendeva attenti sull'illiceità della cessione di mantelli giuridici¹⁶⁸.

Ecco quindi che – forse – meglio si comprende la decisione all'apparenza passiva del legislatore. Scegliendo di non regolare con una disposizione di legge la questione del mantello giuridico, ha lasciato per certi versi il mercato libero di svilupparsi e regolarsi da sé nell'applicazione concreta, pur ponendo l'ufficio del registro di commercio (e quindi lo Stato) quale baluardo per opporsi ai casi di crasso abuso di diritto.

4.2. *Un immobilismo durato 55 anni, la lunga gestazione e il bambino nato vecchio: la revisione del 1991*

Lasciate le ipotesi sul paesaggio dalla finestra del 1928, è un dato di fatto che il diritto societario – in particolare quello della società anonima – sia rimasto sostanzialmente invariato per 55 anni, dal 1936¹⁶⁹ al 1991¹⁷⁰. Il legislatore ha considerato tale stabilità normativa come un riflesso della *«staticità che per decenni ha contraddistinto il mondo economico»*¹⁷¹. In

¹⁶⁸ VON PLANTA, 1976, pag. 11 seg.

¹⁶⁹ Anno di pubblicazione della riforma dei titoli XXIV e XXXIII del Codice delle obbligazioni (FF 1936 I 543 segg.), in concretizzazione del Messaggio n. 2284 [v. nota 38] e del Messaggio completo n. 2284 del 12 febbraio 1932 relativo all'adattamento del diritto in materia di cambiali e di chèques (FF 1932 I 201 segg.).

¹⁷⁰ Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali) del 21 dicembre 2007 n. 08.011 [Messaggio n. 08.011], FF 2008 1321, pag. 1329.

¹⁷¹ Messaggio n. 08.011, pag. 1329. Questa affermazione si pone in contraddizione con i motivi indicati dallo stesso legislatore federale nel messaggio inerente alla revisione del 1991: *«Il nostro diritto sulle società anonime, che risale al 1936, non soddisfa più le esigenze della nostra epoca da diverse angolature. Infatti, non soltanto la realtà giuridica si è fundamentalmente trasformata in questi ultimi cinquant'anni, ma sono anche notevolmente mutati i pareri riguardo ai compiti della normativa legale: le norme concernenti l'informazione, la protezione delle minoranze, l'organizzazione e la raccolta di capitali appaiono presentemente insufficienti ed esigono verifiche e rettificazioni.»* Messaggio n. 83.015, FF 1983 II 732.

verità riteniamo questa lettura un po' troppo sbrigativa. Se si considera che il numero di società anonime iscritte nel registro di commercio tra il 1950 e il 1980 è quintuplicato (passando da 21 303 a 108 834), non si può dire che vi sia stata staticità del settore¹⁷². Questo aumento rappresenta nondimeno la cartina di tornasole della fase di euforia economica attraversata dalla Svizzera (e dal Canton Ticino) dagli anni '50 alla metà degli anni '70¹⁷³. Stante l'innegabile appetibilità del vettore della società anonima, l'immobilismo legislativo potrebbe piuttosto significare che il quadro normativo rispondeva alle aspettative coeve di società ed economia, senza che vi fosse pertanto una reale necessità di apportare modifiche. Ma dietro il successo della società anonima, quali realtà economiche specifiche si celavano? L'analisi sull'evoluzione della realtà giuridica del diritto azionario esposta nel Messaggio n. 83.015¹⁷⁴ evidenzia come in quegli anni si fossero delineate due tendenze opposte: l'aumento delle piccole società e la nascita di grandi società e gruppi di società. La società anonima si era mostrata in particolare ideale per le piccole società, grazie alla facilità d'accesso, alla duttilità della struttura e alla possibilità di servire per qualsiasi scopo economico¹⁷⁵.

¹⁷² Visibile invece nel decennio 1937-1947, caratterizzato dal secondo conflitto mondiale, durante il quale vi è stata una contrazione del numero di società anonime iscritte a registro di commercio in Svizzera.

¹⁷³ SILVANO TOPPI, *La crescita economica (1945-1975): la scommessa industriale*, in *Storia del Canton Ticino – il Novecento*, Bellinzona 1998, pag. 601 segg.

¹⁷⁴ FF 1983 II 713, pag. 715 segg.

¹⁷⁵ *«Da lungo tempo, la società anonima si è comunque dimostrata una forma idonea per le piccole società [...]». L'incremento straordinario delle piccole società è dovuto alla facilità d'accesso a questo istituto e alla duttilità della sua strutturazione. La società anonima può invero servire per ogni scopo, cosicché chiunque abbia bisogno di una struttura giuridica indipendente può ricorrervi senza esitazioni»* Messaggio n. 83.015, FF 1983 II 715. Nel messaggio si evidenziano quindi alcune tipologie di utilizzo di queste piccole società, con le problematiche connesse. Da ricordare lo sviluppo soprattutto negli anni '70 delle società immobiliari, con i problemi in ambito di diritti reali segnatamente nell'applicazione delle disposizioni regolanti l'acquisto da parte di persone all'estero (si veda il Messaggio n. 81.062 concernente una legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e l'iniziativa popolare «contro la svendita del territorio» del 16 settembre 1981, FF 1981 III 231 segg. e GIORGIO DE BIASIO/SIMONE ALBISETTI, *LAFE – Giurisprudenza scelta cantonale e federale (1997-2016)*, Lugano 2017, pag. 99 segg.). Di rilievo inoltre la constatazione del fenomeno che *«assai frequentemente le piccole società anonime si riducono a*

Nel 1991 si è così concretizzata la revisione del diritto della società anonima che, sebbene definita una revisione parziale, ha modificato pressoché globalmente il titolo ventesimo sesto del CO¹⁷⁶. Benché i lavori preparatori avessero posto in evidenza come all'istituto della società anonima facessero capo società tra loro molto diverse in quanto a scopo e funzione (quali ad esempio le società familiari, unipersonali, immobiliari, multinazionali e società *holding*), il legislatore ha ritenuto comunque opportuno mantenere l'unità del diritto delle società anonime, senza varare uno statuto particolare per le piccole società¹⁷⁷. Cionondimeno, nel risultato il legislatore ha dovuto derogare a tale principio¹⁷⁸. Da segnalare l'effetto che la riforma della società anonima ha avuto sulla società a garanzia limitata. Dal 1970 al 1991 il numero di società a garanzia limitata iscritte nel registro di commercio in Svizzera si è aggirato stabilmente tra le 2700-3000 unità¹⁷⁹. Fino ad allora questo istituto non si era mai veramente affermato in Svizzera. Le nuove esigenze imposte alla società anonima nell'ambito della revisione, in particolare l'aumento dell'importo minimo del capitale azionario da CHF 50 000.00 a CHF 100 000.00 e l'obbligo di revisione indipendente, hanno indotto le piccole imprese a optare sempre più per la società a garanzia limitata. I numeri sono eloquenti: le società a garanzia limitata iscritte nel registro di commercio sono passate da 2964 (fine 1992) a 52 395 (fine 2001), mentre nello stes-

società anonime con unico azionista», con i relativi rischi di commistione dei patrimoni, sottocapitalizzazione e distribuzione occulta di utili (Messaggio n. 83.015, FF 1983 II 716).

¹⁷⁶ I tempi di gestazione sono stati notevoli, fatto questo sintomatico dell'intrinseca difficoltà e delle notevoli aspettative: 27 anni, dall'inizio dei lavori peritali all'entrata in vigore delle nuove norme (Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1329; JUNG, 2016, pag. 67 segg.).

¹⁷⁷ Messaggio n. 83.015, FF 1983 II 740, n. 132.7.

¹⁷⁸ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1337 n. 1.3.1. Sono disciplinate da norme che, espressamente o di fatto, derogano a questo principio per determinate forme di società anonima ad esempio la limitazione della trasmissibilità delle azioni, l'obbligo di redigere un prospetto d'emissione o di presentare un conto consolidato, la verifica speciale, la pubblicità e l'obbligo di revisione.

¹⁷⁹ Dati storici dell'Ufficio federale di statistica tratti dai relativi Annuari statistici della Svizzera, consultabili e scaricabili in francese al sito <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/publications/ouvrages-synthese/annuaire-statistique-suisse.html> [consultato il 23 gennaio 2019].

so periodo il numero delle società anonime ha registrato solo un lieve incremento (da 170 584 a 173 320)¹⁸⁰. Al 1° gennaio 2018 le società anonime in Svizzera erano 215 194 mentre le società a garanzia limitata 188 428¹⁸¹. Se da un lato con la revisione del 1991 è emersa una progressiva attrattività della società a garanzia limitata per le piccole imprese, d'altro canto il forte aumento di queste persone giuridiche ha evidenziato l'importanza per il tessuto economico svizzero del segmento rappresentato dalle piccole e medie imprese.

4.3. *Uno sguardo dalla finestra del 2018: l'agevolazione delle piccole e medie imprese (PMI)*

La revisione del 1991 è entrata in vigore in un contesto contemporaneo che non era però più quello degli anni in cui è stata concepita. Il fenomeno della globalizzazione (nella quale si inseriscono anche tutti i mutamenti tecnologici) ha coinvolto e stravolto con i suoi effetti ogni realtà, assurgendo a tema centrale della riflessione politica ed economica¹⁸². I rapidi mutamenti dell'economia di fine XX secolo hanno così fatto emergere nuove esigenze e reso necessaria un'ulteriore revisione, i cui lavori preliminari presero avvio già nel 2002¹⁸³ e sfociarono nel Messaggio n. 08.011 del 21 dicembre 2007. Con esso si intendeva migliorare il governo d'impresa, accrescere il margine di manovra nell'ambito delle strutture del capitale, disciplinare l'utilizzo di mezzi elettronici per lo svolgimento dell'assemblea generale e sostituire l'obsoleto e lacunoso diritto contabile¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Messaggio n. 01.082, FF 2002 2841, pag. 2843.

¹⁸¹ Fonte: Ufficio federale del registro di commercio, <https://ehra.fenceit.ch/it/statistiche/> [consultato il 23 gennaio 2019].

¹⁸² SILVANO TOPPI, L'economia: l'età delle incertezze (1975-1990), in Storia del Canton Ticino – il Novecento, Bellinzona 1998, pag. 658 segg.

¹⁸³ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1330 n. 1.1.2. e pag. 1331 n. 1.2.1.1.

¹⁸⁴ Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima) del 23 novembre 2016 n. 16.077 [Messaggio n. 16.077], FF 2017 325, pag. 335; Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1337 segg., n. 1.3.

Se la gestazione per la revisione del 1991 è stata particolarmente lunga e sofferta, anche questa revisione non si pone sotto migliori auspici. Pochi mesi dopo la pubblicazione del disegno di legge infatti è stata depositata l'iniziativa popolare «*contro le retribuzioni abusive*» (la cui accettazione da parte del popolo ha portato all'introduzione dell'art. 95 cpv. 3 Cost.)¹⁸⁵, il tutto in un contesto economico nazionale e internazionale quanto mai travagliato¹⁸⁶. L'iniziativa popolare ha avuto un impatto rovinoso sulle tempistiche di trattazione del disegno di revisione¹⁸⁷, i cui lavori si sono protratti sino al Messaggio n. 16.077 del 23 novembre 2016. Il messaggio, più volte definito di «modernizzazione» e adeguamento alle esigenze dell'economia¹⁸⁸, mira a un allentamento delle disposizioni sulla costituzione e sul capitale, al rafforzamento dei diritti degli azionisti e alla regolamentazione moderata delle disposizioni in materia di retribuzioni e trasparenza. Si vuole inoltre rendere più trasparenti anche i flussi finanziari nel settore delle materie prime e promuovere la parità dei sessi tra i vertici di grandi società quotate in borsa.

¹⁸⁵ Provvisoriamente concretizzata dal Consiglio federale con l'Ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA, RS 221.331) e in attesa dell'entrata in vigore delle pertinenti disposizioni a livello formale di legge.

¹⁸⁶ La crisi dei *subprime*, iniziata nella seconda metà del 2006, ha portato nel 2008 al fallimento delle banche americane *Bear Stearns* e *Lehman Brother*. Sull'onda di questa crisi nello stesso anno UBS, senza più sufficiente liquidità, aveva dovuto rivolgersi a Confederazione e Banca nazionale svizzera per evitare l'insolvenza. Ciò ha indotto il legislatore federale a introdurre con sollecita urgenza nuove disposizioni per le banche di rilevanza sistemica nella Legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR, RS 952.0), in vigore dal 1° marzo 2012 (RU 2012 811; si veda il relativo Messaggio n. 11.028 concernente la modifica della legge sulle banche – rafforzamento della stabilità nel settore finanziario *too big to fail* del 20 aprile 2011, FF 2011 4211) e relative ordinanze.

¹⁸⁷ Si veda la cronistoria riassunta nel Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 335 segg.

¹⁸⁸ Si vedano ad esempio i comunicati stampa del Consiglio federale per il tramite dell'Ufficio federale di giustizia: «*Il diritto societario è modernizzato; il Consiglio federale licenzia il messaggio relativo alla revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile*» del 21 dicembre 2017, «*Il Consiglio federale vuole modernizzare il diritto della società anonima*» del 21 novembre 2016, «*Ammodernare il diritto della società anonima*» del 28 novembre 2014, «*Il diritto societario è modernizzato*» del 21 dicembre 2007, tutti reperibili dal sito www.admin.ch [consultato il 23 gennaio 2019].

Nel frattempo nuovi standard internazionali intesi a garantire l'integrità del mercato finanziario, in particolare ad armonizzare le norme di lotta contro la criminalità finanziaria, e le relative prescrizioni contenute nelle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria rivedute nel 2012, hanno comportato l'introduzione degli artt. 697i-697m CO¹⁸⁹, rendendo la società anonima sostanzialmente una società per azioni¹⁹⁰.

Ma al di là di queste particolari e specifiche evoluzioni, principalmente incentrate su nuove sensibilità *quo* alla trasparenza, al governo d'impresa (*corporate governance*)¹⁹¹, al rafforzamento dei diritti degli azionisti e all'evoluzione dei mezzi di comunicazione elettronici, si può nondimeno osservare la costante attenzione che il legislatore federale presta almeno dalla fine del secolo scorso alle PMI e che si traduce in norme specifiche volte principalmente a snellire gli oneri amministrativi¹⁹², il tutto pur cercando di mantenere – con doti d'equilibrata – l'unità del diritto della società anonima¹⁹³. Tra le misure recentemente adottate e adottande meritano un breve cenno:

- Il diritto contabile, disgiunto dalla revisione del diritto della società anonima del Messaggio n. 08.011, ha portato alla modifica degli artt. 957-963b CO e al varo dell'Ordinanza sulle norme contabili ricono-

¹⁸⁹ In vigore dal 1° luglio 2015 (RU 2015 1389; FF 2014 563).

¹⁹⁰ Per un approfondimento si veda FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO/HENRY PETER, Nuovi obblighi di annuncio per gli azionisti delle società non quotate: un ulteriore tassello verso un azionariato più responsabile e mercati più trasparenti, in Rivista ticinese di diritto (RtiD) II-2016, pag. 697 segg. e dottrina citata alla n. 6.

¹⁹¹ Per un approfondimento si veda MAURO MINI, «Corporate governance» e trasparenza, in Rivista ticinese di diritto (RtiD) II-2005, pag. 387 segg.

¹⁹² Si veda al proposito il Rapporto esplicativo sulla modifica del Codice delle obbligazioni (diritto in materia di registro di commercio e adeguamenti del diritto della società anonima, della società a garanzia limitata e della società cooperativa) e del diritto sulla sorveglianza della revisione – Modernizzazione del registro di commercio e connesse agevolazioni a favore delle PMI del 19 dicembre 2012 (Rapporto esplicativo 2012), consultabile al sito <https://www.admin.ch/gov/it/start/dokumentation/mediemitteilungen.msg-id-47271.html> [consultato il 23 gennaio 2019]. Si vedano anche gli interventi parlamentari in tal senso riassunti al paragrafo 1.4, pag. 16.

¹⁹³ JUNG, 2016, pag. 80, n. 31.

sciute (ONCR, in vigore dal 1° gennaio 2013)¹⁹⁴. Il nuovo diritto contabile non si rifà più alla forma giuridica dell'impresa, ma alla sua importanza economica; in tal modo si è sgravato l'onere amministrativo delle PMI.

- L'introduzione della facoltà di rinuncia alla revisione limitata (*opting-out*) e l'innalzamento della soglia oltre la quale non è più sufficiente eseguire una revisione limitata ma occorre una revisione ordinaria (art. 727 segg. CO¹⁹⁵). Le imprese al di sotto di questa soglia possono essere classificate come PMI e quelle che la superano come grandi imprese¹⁹⁶.
- Nel Messaggio 16.077, *in fieri*, sono da evidenziare in particolare due misure: l'abbassamento dei valori soglia per l'esercizio dei diritti di minoranza (diritto di chiedere una verifica speciale art. 697d D-CO e diritto di convocare un'assemblea generale art. 699 D-CO) rispetto al diritto vigente (10%) soltanto per le società quotate in borsa¹⁹⁷; la possibilità di rinunciare all'obbligo dell'atto pubblico per la costituzione, lo scioglimento e la liquidazione di società a struttura semplice (art. 629 cpv. 1 D-CO)¹⁹⁸.

Perché tante attenzioni e riguardi del legislatore federale verso le PMI? Le PMI, vale a dire le società con meno di 250 dipendenti, rappresentano il 99,73% delle imprese commerciali in Svizzera (ossia 584624 su un totale di 586214 imprese) e generano due terzi dei posti di lavoro nel paese (2990710 posti di lavoro su un totale di 4414311). Secondo i dati provvisori dell'Ufficio federale di statistica per il 2016, le microimprese in Sviz-

¹⁹⁴ RS 221.432. Per un approfondimento si veda MAURO MINI, Il nuovo diritto contabile, in Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2014, pag. 865 segg.

¹⁹⁵ In vigore dal 1° gennaio 2012 (RU 2011 5863; FF 2008 1321).

¹⁹⁶ Per un approfondimento si veda MAURO MINI, Il nuovo diritto della revisione dei conti, in Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2006, pag. 839 segg.

¹⁹⁷ FF 2017 325, pag. 385 seg.

¹⁹⁸ FF 2017 325, pag. 415. Per struttura semplice si intende una società costituita con conferimenti interamente liberati in franchi svizzeri e il cui statuto contiene esclusivamente le indicazioni previste all'art. 626 cpv. 1 CO. La misura era già prevista nel Rapporto esplicativo 2012, pag. 43.

zera (con 1-9 dipendenti) erano 526 162 (corrispondente all'89,76%)¹⁹⁹. Pure di interesse la ripartizione delle PMI per settore economico (53 584 nel settore primario, 90 149 nel settore secondario e ben 440 891 nel settore terziario) e per forma societaria (329 825 ditte individuali, 116 146 società anonime, 102 239 società a garanzia limitata e l'esigua rimanenza suddivise tra altre forme societarie), nonché i dipendenti impiegati dalle rispettive forme societarie (628 138 presso ditte individuali, 1 554 708 presso società anonime e 447 134 presso società a garanzia limitata). Per focalizzare sul vettore della società anonima si può quindi concludere che le PMI in questa forma occupano un terzo delle persone impiegate in Svizzera. L'importanza economica ma anche sociale per la Confederazione è evidente. Da qui il sostegno attivo alle imprese da parte della Confederazione, che ha portato la Segreteria di Stato dell'economia (SECO) a istituire un portale *ad hoc*²⁰⁰, nel quale – oltre a fornire consigli pratici e consulenza *on-line* – sono illustrate le varie politiche intraprese (la riduzione degli ostacoli amministrativi, lo sviluppo dell'*e-government* e la promozione dell'innovazione *et alia*). L'impegno concernente gli sgravi amministrativi è particolarmente intenso²⁰¹ ma porta risultati concreti in termini di competitività della piazza economica svizzera²⁰². Tuttavia l'edizione 2018 del rapporto *Doing Business* della Banca mondiale che misura l'impatto dei regolamenti sulle PMI, colloca la Svizzera solo al 38. posto. Il rapporto tratta anche la fase di inizio attività (*Starting a business in Switzerland*), analizzando la procedura per la costituzione di una società a garanzia limitata e pone la Svizzera solo alla 77^a posizione. Sui 10 giorni teorici calcolati per l'avvio

¹⁹⁹ <https://www.kmu.admin.ch/kmu/it/home/politica-pmi/politica-pmi-fatti-e-cifre/cifre-sulle-pmi/aziende-e-lavoro.html> [consultato il 23 gennaio 2019].

²⁰⁰ <https://www.kmu.admin.ch/kmu/it/home.html> [consultato il 23 gennaio 2019].

²⁰¹ Si vedano ad esempio le misure intraprese dal 2006 e riassunte nel comunicato stampa della SECO del 24 agosto 2011 (reperibile al sito <https://www.seco.admin.ch/seco/it/home/seco/nsb-news/mediennmitteilungen-2011.msg-id-40711.html> [consultato il 23 gennaio 2019]).

²⁰² La SECO evidenzia come la Svizzera sia al primo posto nella classifica della competitività stabilita nel Global Competitiveness Report 2017-2018 del World Economic Forum (WEF) e al quinto posto nella classifica 2018 del World Competitiveness Yearbook pubblicata (<https://www.kmu.admin.ch/kmu/it/home/politica-pmi/politica-pmi-fatti-e-cifre/cifre-sulle-pmi/imprenditori-entrepreneurship/piazza-economica.html> [consultato il 23 gennaio 2019]).

dell'attività, incidono in particolare i tre giorni per l'allestimento dell'atto pubblico presso un notaio e i tre giorni per l'iscrizione nel registro di commercio²⁰³.

Anche il quadro normativo inerente alla regolazione delle persone giuridiche può quindi essere uno strumento, indiretto, atto a favorire l'economia²⁰⁴. Da qui l'attivismo del legislatore contemporaneo.

4.4. *Il compito improbo dell'ufficio del registro di commercio*

Al 1° gennaio 2018 in tutta la Svizzera erano iscritti a registro di commercio 626 364 enti giuridici, di cui 215 194 società anonime, 188 428 società a garanzia limitata e 158 758 ditte individuali. Alla stessa data in Ticino erano iscritti a registro di commercio 39 417 enti giuridici, di cui 17 329 società anonime, 11 691 società a garanzia limitata e 6 815 ditte individuali. A livello svizzero il nostro Cantone si situa stabilmente in quinta posizione per numero di società iscritte (dietro a Zurigo, Berna, Vaud e Ginevra)²⁰⁵. Tra il 2010 e il 2017 l'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino ha trattato annualmente una media di circa 17 000 pratiche di iscrizione, delle quali il 15% concernevano nuove iscrizioni, il 75% modifiche e il restante 10% radiazioni²⁰⁶. Per quanto concerne l'attività riguardante le procedure d'iscrizione d'ufficio (paragrafo 2), nel 2017 si è perfezionata l'organizzazione interna per la trattazione di queste pratiche. In totale sono state 1 722, delle quali 628 terminate²⁰⁷.

²⁰³ Si veda il rapporto sulla Svizzera, scaricabile in formato pdf. dal sito <http://www.doingbusiness.org/en/data/exploreeconomies/switzerland#> [consultato il 23 gennaio 2019], in particolare le pagg. 6-8.

²⁰⁴ JUNG, 2016, pag. 80, n. 30: «*Die Aktiengesellschaften und mit ihnen das Aktienrecht werden auch in Zukunft eine zentrale Rolle im schweizerischen Wirtschaftsleben beanspruchen*».

²⁰⁵ Fonte: Ufficio federale del registro di commercio, <https://ehra.fenczeit.ch/it/statistiche/> [consultato il 23 gennaio 2019].

²⁰⁶ Rendiconto 2017 del Consiglio di Stato – Allegato statistico n. 3 – Tabella 3.T46 Ufficio del Registro di commercio, iscrizioni e introiti, dal 2010, pag. 41, consultabile al sito <https://www4.ti.ch/can/cosa-facciamo/rendiconto-cds/rendiconto/> [consultato il 23 gennaio 2019].

²⁰⁷ Rendiconto 2017 del Consiglio di Stato, capitolo 3.3.8 Registro fondiario e Registro di commercio.

Nel 2018 le procedure d'iscrizione d'ufficio avviate sono state 1451, di cui 819 sono state concluse. Le procedure aperte per mancanza di organizzazione sono state 556, quelle concernenti enti giuridici senza attività economica e senza attivo 388, quelle inerenti enti giuridici privi di un valido domicilio legale 383, mentre quelle relative al caso di iscrizione non più aggiornata 124²⁰⁸.

Queste nude cifre, se raffrontate alla realtà del 1928²⁰⁹, mostrano nella loro evidenza come oggi l'ufficio del registro di commercio sia chiamato a un compito improbo: quello di vegliare su di un gregge di decine di migliaia di società iscritte, cercando di individuare ed espungere le carcasse vuote. L'efficacia dell'intervento è quindi in primo luogo fortemente limitata dalla mole non solo delle società iscritte ma anche del centinaio di operazioni che vengono notificate quotidianamente. L'efficacia è altresì influenzata dalla difficoltà di individuazione di cambiamenti societari che potrebbero sottintendere l'esistenza e la cessione di un mantello giuridico: mentre che per le società a garanzia limitata la cessione delle quote sociali deve essere oggetto di iscrizione nel registro di commercio, le cessioni di azioni di società anonime non implicano modifiche a questo livello; esse possono solo essere supposte in caso di cambiamento dello statuto e/o del *management* (paragrafo 3.6.2)²¹⁰. Malgrado l'impegno costante e la sensibilità accresciuta dell'ufficio del registro di commercio verso la fattispecie della cessione di mantelli giuridici, è evidente come oggi il numero di pesci invisibili che sfugge tra le maglie sia rile-

²⁰⁸ Rendiconto 2018 del Consiglio di Stato, capitolo 3.3.8 Registro fondiario e Registro di commercio.

²⁰⁹ Nel 1928 gli enti giuridici iscritti al registro di commercio del Canton Ticino erano 3746, di cui ben 2564 ditte individuali ma solo 260 società anonime. Cfr. Annuario statistico della Svizzera 1928, pag. 103, consultabile e scaricabile in francese al sito <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/publications/ouvrages-synthese/annuaire-statistique-suisse.html> [consultato il 23 gennaio 2019].

²¹⁰ Anche il Tribunale federale è ben conscio di questa situazione: «*Dass es in der Praxis zumeist nicht zu Beanstandungen kommt, ist darauf zurückzuführen, dass die Handelsregisterführer von dem oft schwer erkennbaren Sachverhalt keine Kenntnis haben bzw. eine nachträgliche Aktivierung oder Reaktivierung des Mantels, die sich als nicht verwerflich herausstellt, ein Eingreifen der Behörde als nicht mehr geboten erscheinen lässt.*» (DTF 97 IV 10 consid. 8).

vante. In particolare le società anonime già costituite e che presentano uno scopo generico con un ampio spettro di attività, se non notificano delle modifiche dell'iscrizione nel registro di commercio, passano del tutto inosservate.

4.5. *Riflessioni primordiali sulla ricapitalizzazione del mantello giuridico*

Preso atto dell'esistenza e del commercio del mantello giuridico, alcuni autori si sono interrogati sulla necessità o sull'obbligo della ricapitalizzazione di queste società al momento della loro riattivazione.

Nella tesi di dottorato del 1976 VON PLANTA²¹¹ ritiene che un obbligo da parte dell'utilizzatore del mantello giuridico di ricapitalizzare lo stesso al momento della sua riattivazione non sia di principio giustificato. Egli sostiene tuttavia che, qualora la riattivazione del mantello giuridico, e più precisamente la sua ricapitalizzazione, avvengano mediante conferimento in natura (ciò che rappresenta a suo avviso la maggioranza dei casi), è necessario applicare per analogia i relativi articoli del CO sulla costituzione di una società anonima²¹². Se la riattivazione del mantello giuridico avvenisse senza rispettare tali disposizioni, l'intero processo rappresenterebbe un aggiramento della legge e sarebbe quindi da considerare illecito.

Dal canto suo PRADER²¹³, come esposto nella tesi di dottorato del 1995, ritiene che l'utilizzo del mantello giuridico sia paragonabile alla costituzione giuridica *ex novo* di una società anonima. Osserva però che i creditori si trovano in una situazione peggiore rispetto alla costituzione di una nuova società di capitali. Al momento della riattivazione di un mantello giuridico senza capitale o sottocapitalizzato, si crea quindi un obbligo per i suoi utilizzatori di appianare qualsiasi bilancio in disavanzo (*Unterbilanz*), e più precisamente di coprire la differenza tra il valore nominale del capitale sociale e l'attivo netto che la società dispone

²¹¹ VON PLANTA, 1976, pag. 112 segg.

²¹² A questo proposito si vedano gli artt. 628 cpv. 1, 634, 635 e 635a CO.

²¹³ PRADER, 1995, pag. 144 segg.

eventualmente ancora in quel momento. Qualora gli utilizzatori del mantello giuridico non effettuino un tale versamento, essi violerebbero gravemente un loro obbligo. Egli conclude che, al fine di proteggere le relazioni giuridiche (*Rechtsverkehr*), sia giustificato estendere l'applicazione dell'obbligo di liberazione del capitale azionario previsto per i fondatori di una società anonima, agli utilizzatori del mantello giuridico (applicazione per analogia). Le disposizioni formali relative alla costituzione – al momento – non possono tuttavia essere applicate in maniera corrispondente al mantello giuridico, poiché il suo utilizzo in sé non rappresenta un'operazione soggetta a un obbligo di iscrizione nel registro di commercio. Egli precisa tuttavia che, al fine di ottenere una protezione preventiva efficace dei creditori, sarebbe opportuno che l'adempimento dell'obbligo del versamento del capitale in caso di riattivazione di un mantello giuridico sia sottoposto a una verifica da parte dell'ufficio del registro di commercio. In occasione della notificazione della modifica statutaria, l'ufficio del registro di commercio, sulla base dell'art. 940 CO e 26 ORC, ha la possibilità di procedere con una verifica della copertura del capitale, ritenuto come il processo della vendita del mantello giuridico sia di regola legato a tali modifiche. Come nel caso di una nuova iscrizione di una società di capitali, l'iscrizione nel registro di commercio delle modifiche statutarie di un mantello giuridico può quindi essere subordinata a una prova che il capitale azionario è coperto. Qualora il capitale venga riversato in natura, lo statuto deve essere completato con le indicazioni di cui all'art. 628 cpv. 1 CO. Allo stato attuale un obbligo di notificazione dell'utilizzo di un mantello giuridico all'ufficio del registro di commercio e una verifica del capitale da parte di quest'ultimo possono tuttavia essere attuati unicamente *de lege ferenda*.

4.6. La wirtschaftliche Neugründung tedesca

La costituzione di una nuova società a garanzia limitata in Germania avviene con la sua iscrizione nel registro di commercio (§ 11 cpv. 1 GmbHG²¹⁴). L'ufficio del registro di commercio verifica se sono corret-

²¹⁴ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, consultabile al sito <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> [consultato il 23 gennaio 2019].

tamente adempiuti i presupposti di legge (§ 9c GmbHG). Il capitale sociale minimo di una società a garanzia limitata è di EUR 25 000.00 (§ 5 cpv. 1 GmbHG); nel caso di costituzione in contanti deve essere liberato almeno un quarto del capitale sociale in ogni caso un minimo di EUR 12 500.00 (§ 7 cpv. 2 GmbHG). Nella notificazione di iscrizione il promotore deve dichiarare per iscritto che il capitale sociale è stato liberato ed è a disposizione della società. Qualora sussistano dei dubbi fondati sulla correttezza della dichiarazione di garanzia della liberazione del capitale, può essere chiesta una prova documentale, ad esempio un giustificativo di versamento (§ 8 cpv. 2 GmbHG). In caso di falsa dichiarazione scattano anche delle conseguenze penali, che vanno dalla sanzione pecuniaria alla privazione della libertà fino a tre anni (§ 82 GmbHG). Il diritto societario tedesco non prevede quindi l'obbligo di produrre all'ufficio del registro di commercio un'attestazione bancaria circa l'effettivo conferimento in denaro per la liberazione del capitale, a differenza del diritto svizzero che invece lo prevede espressamente (artt. 43 cpv. 1 lett. f, 46 cpv. 2 lett. e, 54 cpv. 1 lett. c ORC per la società anonima; art. 66 cpv. 1 lett. e ORC per la società in accomandita per azioni; artt. 71 cpv. 1 lett. g, 71 cpv. 2 lett. e ORC per la società a garanzia limitata)²¹⁵.

Sulla base dei principi normativi per la costituzione di una società a garanzia limitata, il *Bundesgerichtshof* ha sviluppato un'interessante giurisprudenza con la quale ha riconosciuto la possibilità di riattivare (o ricostruire) economicamente un mantello giuridico (*wirtschaftliche Neugründung*). Nella decisione II ZB 12/02 del 9 dicembre 2002²¹⁶ è stato trattato il caso di una società di comodo (*Vorratsgesellschaft*) con capitale sociale di EUR 25 000.00, che era stata costituita e iscritta nel registro di commercio con lo scopo iniziale di amministrare il proprio patrimonio, nell'attesa di essere ceduta a terzi per essere successivamente

²¹⁵ È possibile prescindere dalla produzione dell'attestazione bancaria, solo se nell'atto pubblico è indicato in maniera completa il nome dell'istituto bancario e il notaio attesta espressamente che questo documento gli è stato sottoposto.

²¹⁶ Le decisioni del *Bundesgerichtshof* sono consultabili e scaricabili in pdf dal sito <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en> [consultato il 23 gennaio 2019].

utilizzata come società operativa. Le quote della società erano state, in effetti, cedute a dei nuovi soci, i quali avevano modificato la ditta, la sede e lo scopo sociale (l'organizzazione di eventi). La notificazione di iscrizione delle modifiche non conteneva la dichiarazione di assicurazione dell'esistenza del capitale. A seguito della contestazione di questa carenza nella notificazione, i nuovi soci e gerenti avevano prodotto le copie autenticate di alcuni estratti conto, che dimostravano l'esistenza di disponibilità finanziarie della società per EUR 24987.32. Malgrado ciò l'iscrizione è stata rifiutata poiché l'operazione configurava la cessione di un mantello giuridico. Il *Bundesgerichtshof*, dopo aver ricordato la criticità legata all'utilizzo di mantelli giuridici per aggirare le norme della costituzione a discapito della protezione dei creditori (già evidenziata nella decisione II ZB 17/91 del 16 marzo 1992), ha stabilito che le norme per la costituzione della società a garanzia limitata potevano essere applicate per analogia anche nel caso di riattivazione economica di un mantello giuridico, *in casu* di una società di comodo. Nell'interesse dei rapporti d'affari infatti, al momento della ripresa dell'attività economica deve essere garantita l'esistenza del capitale sociale. Nel caso di specie, essendone dimostrata l'esistenza, l'iscrizione è stata accolta. Il principio della *wirtschaftliche Neugründung* è stato quindi esteso anche alle società mantello, ossia a quelle società che hanno abbandonato l'esercizio di un'attività economica rimanendo una conchiglia vuota (la giurisprudenza tedesca parla di *leere Hülse/Hülle*; II 4/02 del 7 luglio 2003). L'applicazione a questa seconda tipologia societaria ha tuttavia inevitabilmente portato il tribunale a doversi esprimere sulla portata della responsabilità dei nuovi soci. Il *Bundesgerichtshof* ha stabilito che la responsabilità dei soci in caso di *wirtschaftliche Neugründung* si limita unicamente all'eventuale disavanzo di bilancio (*Unterbilanz*), ossia alla differenza tra il valore nominale del capitale sociale e l'attivo netto di cui la società dispone al momento della riattivazione, e non copre quindi eventuali altri debiti della società (II ZR 56/10 del 6 marzo 2012). La responsabilità sul disavanzo di bilancio in caso di *wirtschaftliche Neugründung* può applicarsi anche a una società in liquidazione, purché sia qualificabile come mantello societario (II ZR 61/09 del 18 gennaio 2010; ZR 53/12 del 10 dicembre 2013). Pure di interesse la decisione II ZR 71/11 del 12 luglio 2011, ove è stata stabilita l'applicazione della dispo-

sizione relativa alla responsabilità personale anche per le azioni compiute in nome della società ma prima dell'iscrizione nel registro di commercio della *wirtschaftliche Neugründung* (§ 11 cpv. 2 GmbHG²¹⁷).

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, sviluppatasi sostanzialmente a partire dal 2002, pur suscitando delle critiche²¹⁸ e non coprendo ancora tutte le questioni aperte dall'istituto della *wirtschaftliche Neugründung*, costituisce una realtà consolidata volta ad arginare gli effetti negativi della cessione di mantelli societari. L'intenzione di garantire l'esistenza del capitale sociale al momento della ricostituzione economica della società mira infatti a garantire – nell'interesse pubblico – una maggiore protezione dei creditori, che si affidano alla correttezza del contenuto del registro di commercio (*in casu quo* al capitale sociale).

4.7. Una declinazione della *wirtschaftliche Neugründung* nel Codice delle obbligazioni?

Queste riflessioni si devono aprire con la visione chiara del legislatore federale: «[...] *l'economia deve potersi fondare su un quadro legale stabile e affidabile. Una modifica di legge si traduce automaticamente in un'incertezza del diritto, che si protrae finché la prassi non si sia consolidata. Prima di procedere a una revisione del diritto societario, pertanto, occorre sempre ponderare gli interessi in causa, vale a dire la necessità di poter disporre di una legislazione al passo con i tempi, da un lato, e la stabilità delle norme concernenti la forma giuridica delle imprese, dall'altro*»²¹⁹. L'equilibrio ricercato è quello tra la necessità della riforma (ossia l'intrinseca nuova necessità della società) e la stabilità del sistema in essere.

Abbiamo visto in precedenza l'importanza delle PMI per il tessuto economico Svizzero, come queste PMI sono strutturate (principalmente in forma di società anonima o di società a garanzia limitata e con meno di 10 dipendenti), l'attivismo dello Stato – anche mediante iniziative legi-

²¹⁷ Disposizione analoga all'art. 645 CO.

²¹⁸ VISCHER, 2013, pag. 569, n. 71.

²¹⁹ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1330 n. 1.1.2.

slative – per sgravare dagli oneri amministrativi queste imprese e l’impatto che il sistema normativo attuale ha sull’inizio dell’attività. È altresì emerso come le tempistiche di costituzione mediante atto pubblico e iscrizione nel registro di commercio delle società incidono in termini di efficienza se confrontate con altri Stati. Da qui, tra altro, l’iniziativa allo studio di rinunciare all’obbligo dell’atto pubblico per la costituzione di società a struttura semplice, fattispecie tipica delle PMI. È stato pure evidenziato come il fenomeno dell’utilizzo di mantelli giuridici interessi principalmente proprio le piccole realtà economiche (ristorazione, edilizia), sovente nella loro fase iniziale di neo impresa (*startup*).

D’altro canto è assodata l’importanza di un registro di commercio fidejussorio, la cui pulizia avviene con sensibilità vieppiù accresciuta attraverso le procedure d’iscrizione d’ufficio. Tuttavia è altresì emersa la difficoltà materiale per gli uffici del registro di commercio di gestire tali procedure, laddove chiamati a trattare quotidianamente centinaia di richieste di iscrizione e decine di migliaia di società iscritte, con segnalazioni che avvengono spesso in modo non sistematico da attori esterni e situazioni spesso non rilevabili, giacché non comportano una modifica nel registro.

In merito alla cessione del mantello giuridico, si è visto come la sua nullità ingeneri un’importante incertezza, a cui si cerca rimedio con il principio della buona fede, e anche qualche perplessità²²⁰. Da qui l’ipotesi che formuliamo, ossia di recepire anche nel diritto svizzero i principi giurisprudenziali della *wirtschaftliche Neugründung* tedesca e prevedere quindi che in caso di cessione di un mantello giuridico si debba procedere contestualmente alla ricapitalizzazione della società. PRADER costituisce un precursore di questa idea mentre alcuni autori più recenti sono contrari, propendendo piuttosto per una modifica di giurisprudenza atta ad ammettere il principio di legalità della cessione del mantello giuridico²²¹.

²²⁰ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Droit suisse des sociétés*, Berna 2015, pag. 677, n. 631: «*Alors que la vente d'un «manteau d'actions» est nulle du point de vue du droit privé, elle constitue – chose curieuse – un fait imposable aux termes de l'art. 5 al. 2 let. d de la Loi fédérale sur le droits de timbre du juin 1973*».

²²¹ VISCHER, 2013, pagg. 569 e 571; COUCHEPIN, pag. 215.

I vantaggi sono molteplici e spaziano dall'ambito strettamente giuridico a quello economico. La ricapitalizzazione del mantello permette di poter disporre di una società, che agisce e si vincola verso terzi a pieno titolo. La veridicità delle indicazioni del registro di commercio sul capitale della società, così come – di conseguenza – la tutela verso terzi che fanno affidamento su questo dato sono rafforzate, il tutto con un riverbero a giovamento del tessuto economico. L'obbligo di ricapitalizzazione permetterà inoltre all'ufficio del registro di commercio di verificare un numero maggiore di situazioni societarie, operazione che porterà intrinsecamente a mettere in evidenza anche le situazioni viziose. La possibilità per piccoli imprenditori di rilevare un mantello giuridico, evitando i costi e le tempistiche per la costituzione notarile *ex novo*, sono evidenti e va nella direzione dello snellimento dell'onere amministrativo a favore delle PMI.

Certo, sarebbe illusorio ritenere che questa soluzione possa costituire la cura a tutti i mali generati dalla situazione attuale. Se per una società di comodo la sua attivazione dal profilo economico non pone di principio particolari insidie per il suo acquirente in quanto la stessa non è mai stata operativa a livello commerciale, diverso è il caso della riattivazione di società mantello. Per questa seconda fattispecie, che spesso deve fare i conti con i fantasmi dell'eredità legata alla sua attività pregressa, i rischi per l'acquirente restano comunque presenti. Questi aspetti esulano tuttavia dalla verifica da parte dell'ufficio del registro di commercio e dovranno essere in ogni caso eseguiti con la dovuta diligenza e prudenza dal potenziale acquirente del mantello giuridico. A questo proposito si pensi in particolare a eventuali debiti scoperti generati dal mantello giuridico, ma non contabilizzati dai precedenti proprietari della società.

Come può avvenire questo cambiamento? Riteniamo che il quadro normativo e la giurisprudenza attuali non permettano in nessun caso agli uffici del registro di commercio di accettare operazioni di iscrizione relative alla cessione e alla riattivazione di mantelli giuridici. Pure difficilmente ipotizzabile una rivalutazione della consolidata giurisprudenza del Tribunale federale verso un'accettazione del commercio di mantelli giuridici (come invece avvenuto in Germania), stante il chiaro – seppur datato e a mente nostra non più aderente alla contemporaneità – messaggio del legislatore. L'intervento deve essere pertanto di tipo legislativo, con

l'introduzione di una nuova disposizione nel CO e la sua declinazione pratica nell'ORC. Oltre a dover ancorare in maniera chiara nella legge i criteri per la determinazione di un mantello giuridico (paragrafo 3.5), rispettivamente della ricostituzione economica (*wirtschaftliche Neugründung*), sarà in particolare necessario stabilire quale documento giustificativo deve essere fornito all'ufficio del registro di commercio al fine di comprovare l'avvenuta ricapitalizzazione della società. Qualora la ricapitalizzazione avvenisse in contanti, la prova dovrebbe essere un'attestazione bancaria (art. 633 CO), mentre nel caso in cui la stessa dovesse avvenire con un conferimento in natura, andrebbero prodotti un contratto in forma scritta (art. 634 CO), una relazione redatta dai membri dell'organo esecutivo e un'attestazione di verifica, in analogia con quanto previsto dagli artt. 635 e 635a CO. In quest'ultimo caso lo statuto sarà inoltre da completare con le indicazioni previste dall'art. 628 cpv. 1 CO e l'iscrizione nel registro di commercio con quelle di cui all'art. 45 cpv. 2 lett. a ORC. A ulteriore comprova dell'avvenuto ripristino del capitale azionario o sociale, appare inoltre ragionevole esigere la produzione di un bilancio intermedio della società, aggiornato al momento della vendita del mantello e debitamente firmato in originale dalle persone responsabili per il suo corretto allestimento (art. 958 cpv. 3 CO). Il bilancio dovrà essere riassetato, eliminando in particolare eventuali perdite riportate dagli anni precedenti e dallo stesso dovrà emergere l'integrale copertura del capitale azionario o sociale a seguito della procedura di ricapitalizzazione. Concretamente la situazione patrimoniale del mantello giuridico dovrà presentarsi come quella di una società regolarmente costituita, in adempimento alle norme sul capitale minimo. Al fine di garantire una completa informazione e protezione dei terzi, va inoltre valutata la possibilità di inserire un testo nell'estratto del registro di commercio della società, e più precisamente nella rubrica «osservazioni», relativo all'avvenuta ricostituzione economica della stessa. Alla luce dell'attuale politica che mira a sgravare le PMI, sarà da valutare se vi debba essere o meno un obbligo di constatare l'avvenuta ricapitalizzazione mediante un atto pubblico, come previsto in caso di costituzione classica (*rechtliche Neugründung*) o di aumento del capitale. Riteniamo, nell'ottica attuale del legislatore, che sia preferibile una rinuncia alla formalità dell'atto pubblico, che oltre a ulteriori costi comporta pure un maggior dispendio

di tempo. Va comunque rilevato che nella maggior parte dei casi la riattivazione del mantello giuridico presuppone una contestuale modifica dello statuto, operazione che, allo stato attuale, necessita in tutti i casi di un atto pubblico (art. 647 CO e art. 780 CO). Tale questione sarà tuttavia legata all'esito che avrà l'ultima proposta di riforma del CO che mira, tra le altre cose, ad abolire la forma dell'atto pubblico per le società a struttura semplice²²². Infine potrebbe essere ipotizzabile prevedere una norma, la quale sancisce da una parte l'obbligo di notificare all'ufficio del registro di commercio tutti i casi di riattivazione economica di un mantello giuridico e dall'altra la conseguenza della nullità di questa operazione qualora la notifica non dovesse avere luogo. In questo modo gli utilizzatori del mantello giuridico sarebbero costretti a notificare tutti i casi di *wirtschaftliche Neugründung*, e quindi anche quelli in cui di principio l'operazione potrebbe essere attuata all'insaputa dell'ufficio del registro di commercio. Questa soluzione permetterebbe di accrescere notevolmente i casi di riattivazione di mantelli giuridici sottoposti alla verifica da parte dell'ufficio del registro di commercio e quindi di garantire che queste società inizino ad operare sul mercato economico con un'adeguata capitalizzazione. A tal proposito si potrebbe inoltre ipotizzare di prevedere delle particolari conseguenze e sanzioni a livello di diritto civile e penale per gli utilizzatori del mantello giuridico, in particolare i membri dell'organo esecutivo, che non dovessero ottemperare all'obbligo di notificazione²²³. L'attuale art. 153 CP²²⁴ rappresenta già una base di partenza in questo senso.

Riprendendo la citazione in ingresso del presente paragrafo, nel caso del mantello giuridico abbiamo una situazione capovolta: un'incertezza e inadeguatezza della prassi non più al passo con i tempi, dovuta all'assenza di una norma esplicita. Servono quindi nuove regole, tradotte finalmente in disposti di legge, che riportino la stabilità e l'affidabilità del si-

²²² V. paragrafo 4.3 e nota 198.

²²³ A questo proposito si veda anche PRADER, 1995, pag. 160, n. 228, il quale rileva l'importanza di prevedere un mezzo coercitivo livello di diritto penale nel caso in cui l'utilizzo del mantello giuridico dovesse divenire una fattispecie soggetta all'obbligo di iscrizione nel registro di commercio.

²²⁴ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937; RS 311.0.

stema, sia in ottica giuridica che economica. A nostro avviso la soluzione migliore non risiede nel riconoscimento *tout court* della legittimità della cessione di ogni mantello giuridico ma solo di quelli oggetto di ricapitalizzazione. Con questo approccio l'ufficio del registro di commercio assumerebbe una funzione positiva, atta a riconoscere formalmente l'avvenuta ricostituzione economica della società.

5. Conclusioni

Le riflessioni del presente contributo traggono linfa e sono permeate dall'insegnamento del Prof. Pio Caroni, che ci insegna – tra altro – come approcciarci al codice nella sua temporalità, individuando in esso un messaggio: *«Se dunque nel codice vediamo un messaggio, lo sguardo ideale per catturarlo deve essere binario, cioè afferrare sia il progetto iniziale, che la sua realizzazione. Quanto avviene dopo l'entrata in vigore non è perciò né un'implicita, lineare, scontata conferma del piano originario, né una deriva, ma un incontro dall'esito imprevedibile fra l'offerta di un codice e l'attesa di una società. In capo al quale si saprà se e quali avances del codice piacquero al destinatario, quali invece piuttosto lo delusero, furono perciò respinte»*²²⁵.

Nell'analisi proposta è emerso, in tutta la sua evidenza, il filo rosso del destino che lega inscindibilmente e inevitabilmente l'istituto delle società di capitale al settore economico. Ci mostra altresì l'altalenante appetibilità di determinate forme societarie, più o meno apprezzate, a dipendenza del periodo storico e dei vincoli organizzativi che le contraddistinguono (inizialmente tra le forme giuridiche più appetibili vi era la società cooperativa, ben presto brutalmente soppiantata dalla società anonima, la quale a suo turno ha subito negli ultimi anni l'affermarsi della società a garanzia limitata) e l'importanza del quadro normativo per agevolare e sostenere lo sviluppo economico. L'attivismo del Consiglio federale, in particolare orientato alle PMI, è notevole e programmatico. La genesi e le revisioni successive del diritto societario ci mostrano tuttavia come le

²²⁵ PIO CARONI, E se anche il codice fosse un messaggio?, in Quaderni fiorentini n. 47, Firenze 2018, pag. 106.

loro lunghe e sofferte gestazioni, inesorabilmente influenzate sia dalla complessità della materia che dalle elaborate procedure legislative, hanno sempre portato l'entrata in vigore del testo di legge in un contesto mutato rispetto alle richieste primigenie che ne hanno forgiato la natura. Da qui il succedersi di nuove revisioni intraprese a distanza di pochi anni dalla conclusione della revisione precedente, ma tutte gravate dalla stessa tara del ritardo. In questo contesto troviamo il mantello giuridico, che un a noi lontano – e sconosciuto – legislatore decise volontariamente di non normare, pur fornendo chiare direttive su come gestirlo e insignendo di tale gravoso onere l'ufficio del registro di commercio. Oggi, questo disegno originario si mostra inadeguato, insoddisfacente. L'ufficio del registro di commercio, con impegno, si prodiga nel tentativo di intercettare tutti i casi di cessione di mantelli giuridici ma tra le maglie e la discrezione di operazioni che non comportano modifiche formali a registro, sono molti i pesci che sfuggono alla rete. Gli effetti deleteri dell'abuso di società vuote sull'economia e lo Stato sono palesi, come pure però anche l'attrattività del mantello giuridico per giovani imprese. Sullo sfondo di questa tela si staglia la vera questione irrisolta e foriera dell'attuale inefficacia del sistema: la costante tensione centrifuga nel diritto societario, sotto la spinta delle sue forti e diverse anime. Mentre il legislatore cerca, all'apparenza, di salvare l'unità del diritto della società anonima, la coesistenza tra le PMI e le grosse società appare essere una camicia di forza, le cui fibre iniziano a smagliarsi. Le PMI reclamano nuove norme, differenziate e specifiche per la loro struttura economica. Urge quindi, dopo 90 anni di esperienza, rivedere questo messaggio e declinarlo in un'ottica più liberale, ossia riconoscendone la validità, ma a patto dell'esistenza della ricapitalizzazione, a garanzia dell'interesse pubblico e della protezione dei terzi.

In ogni caso consegniamo qui – idealmente – il testimone dei nostri pensieri al giurista che oggi non è ancora nato e che, forse, vorrà raccogliarlo nel 2108, tra altri 90 anni. Egli ci racconterà come si sarà ulteriormente sviluppato e plasmato questo messaggio, sempre che la società liquida, che tutto travolge e pervade, avrà ancora lasciato spazio a un diritto nazionale.