

COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

Diretto da
Enrico Gabrielli

DELLE SOCIETÀ - DELL'AZIENDA DELLA CONCORRENZA

a cura di
Daniele U. Santosuosso

artt. 2247-2378

UTET
GIURIDICA

COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

diretto da

ENRICO GABRIELLI

Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"

UTET
GIURIDICA

DELLE SOCIETÀ DELL'AZIENDA DELLA CONCORRENZA

a cura di

Daniele U. Santosuosso

Professore Ordinario di Diritto commerciale alla "Sapienza", Università di Roma

artt. 2247-2378

Marco Avagliano – Gianluca Bertolotti – Federico Briolini
Marco Cian – Ulisse Corea – Ciro G. Corvese – Nicola de Luca
Fabrizio Di Girolamo – Giuseppe Ferri jr – Manuel Franchi
Agostino Gambino – Francesco Gerbo
Paolo Ghionni Crivelli Visconti – Enrico Ginevra
Alberto Gommellini – Raffaele Lener – Antonio Maria Leozappa
Carlo Marchetti – Marco Maugeri – Cinzia Motti
Giuseppina L. Nigro – Alessandra Paolini – Filippo Parrella
Francesco Paolo Petrera – Laura Provasi – Giuseppe Rescio
Nicola Riccardelli – Claudia Sandei – Daniele U. Santosuosso
Laura Schiuma – Paolo Spada – Marco Speranzin
Federico Tassinari – Andrea Tucci

UTET
GIURIDICA

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "LA MIA BIBLIOTECA", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA**.

Grazie ad un evoluto sistema di ricerca, puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare la soluzione che cerchi da PC o tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online, collegati al sito **www.lamiabiblioteca.com**

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

DISPONIBILE ANCHE IN E-BOOK

© 2015 Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Strada I, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:

Corso Lombardia, 69 – 10099 San Mauro Torinese (TO)

Sito Internet: www.utetgiuridica.it

e-mail: info@wkiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo

Redazione: Wilma Armando

Editing: To Edit di Elena Marchisio - Torino

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-1132-9

INDICE

TITOLO V DELLE SOCIETÀ

CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 2247 – Contratto di società di DANIELE U. SANTOSUOSSO e MARCO AVAGLIANO	p.	3
I. NOZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI DELLE SOCIETÀ		
1. Le società come strutture organizzate ed organizzative dotate di soggettività a gradazione diversa. Personalità giuridica e soggettività delle società. L'autonomia patrimoniale	»	4
2. Nozione di società e contratto di società. Elementi essenziali delle società	»	6
3. L'esercizio in comune. Rapporti tra società e impresa. Le società tra professionisti. Le società occasionali	»	7
4. (<i>Segue</i>). La società occulta. La società apparente. La società simulata	»	12
5. Lo scopo di lucro	»	13
6. (<i>Segue</i>). Le società c.d. legali. Gli organismi di diritto pubblico. Le società a partecipazione pubblica. La giurisdizione sugli amministratori	»	16
7. (<i>Segue</i>). Le società istituzionalmente senza scopo di lucro (soggettivo). La responsabilità sociale dell'impresa. Nascita ed evoluzione della teoria della <i>corporate social responsibility</i> nell'ordinamento statunitense. L'accoglienza della teoria in Europa e in Italia	»	19
II. CONTRATTO DI SOCIETÀ E ORGANIZZAZIONE. TIPI E CLASSI; FORMA E PUBBLICITÀ; CONTRATTO PRELIMINARE; INVALIDITÀ. CONFERIMENTI		
1. Il contratto di società	»	24
1.2. Società, contratti plurilaterali con comunione di scopo e contratti associativi .	»	26
1.3. La disciplina generale delle società: tra regole societarie e diritto dei contratti	»	30
1.4. Società e organizzazione	»	36
1.5. Contratto di società e costituzione per atto non contrattuale	»	42
1.6. Verso il superamento della prospettiva contrattuale?	»	46
2.1. La tipicità delle società	»	50
2.2. Società e clausole atipiche	»	54
2.3. Dai tipi alle classi di società: società di persone e società di capitali	»	58
3. Società di persone e libertà di forme	»	62
4. Il contratto preliminare di società	»	66
4.1. La forma del preliminare di società	»	67
4.2. Sulla necessità o meno dell'indicazione del tipo sociale nel preliminare	»	69
4.3. Le altre indicazioni essenziali	»	71
4.4. Sull'ammissibilità di una sentenza costitutiva <i>ex art.</i> 2932 c.c.	»	73
5.1. L'invalidità del contratto di società di persone	»	75

5.2. L'opinione contraria all'applicabilità dell'art. 2332 c.c.	p.	77
5.3. Peculiarità del contratto di società e disciplina dell'invalidità: tra applicazione di principi generali e affinità di sistema	»	80
6. I conferimenti	»	85
Art. 2248 – <i>Comunione a scopo di godimento</i>		
di DANIELE U. SANTOSUOSSO	»	90
1. Comunione di godimento e società. La necessità di una norma. La sua importanza sistematica	»	90
2. Similitudini ed elementi differenziali tra comunione di godimento e società. La comunione d'azienda	»	91
3. (<i>Segue</i>). Evidenza della diversità tipologica nella trasformazione eterogenea e nel mero passaggio (incidentale) da una fattispecie ad un'altra. Le c.d. società di comodo. La legislazione fiscale. Società di godimento in forma di società semplice. Ammissibilità	»	94
Art. 2249 – <i>Tipi di società</i>		
di PAOLO SPADA	»	98
1. La "tipicità delle società" quarant'anni dopo	»	98
2. Usi giurisprudenziali dell'art. 2249 c.c.: postulata l'illegalità della società atipica, il rimedio consiste nella nullità della clausola statutaria atipica o dell'atto che la introduce	»	101
3. (<i>Segue</i>). Il caso a sé del contratto preliminare di società che non "sceglie" il tipo ..	»	104
4. (<i>Segue</i>). Usi impropri	»	106
5. Inutilità di un monumento dogmatico	»	108
Art. 2250 – <i>Indicazione negli atti e nella corrispondenza</i>		
di FRANCESCO PAOLO PETRERA	»	110
1. Profili generali	»	110
2. Gli atti e la corrispondenza	»	112
3. I dati richiesti	»	114
4. La pubblicità in altra lingua	»	121

CAPO II

DELLA SOCIETÀ SEMPLICE

Sezione I

Disposizioni generali

Art. 2251 – <i>Contratto sociale</i>		
di GIUSEPPINA L. NIGRO	»	125
1. Il principio della libertà della forma del contratto sociale	»	125
2. Le forme speciali richieste dalla natura dei beni conferiti	»	128
Art. 2252 – <i>Modificazioni del contratto sociale</i>		
di GIUSEPPINA L. NIGRO	»	131
1. La disciplina delle modificazioni del contratto sociale	»	131
2. Il contenuto ed i limiti della diversa convenzione. Il diritto di recesso del socio	»	132
3. La forma e le modalità delle decisioni modificative	»	138
4. La pubblicità	»	141

Sezione II
Dei rapporti tra i soci

Art. 2253 – Conferimenti	
di NICOLA RICCARDELLI	p. 143
1. La determinazione del contenuto dei conferimenti	» 143
Art. 2254 – Garanzia e rischi dei conferimenti	
di NICOLA RICCARDELLI	» 146
1. Le garanzie ed i rischi nel conferimento in proprietà	» 146
2. La disciplina del conferimento di beni in godimento	» 148
Art. 2255 – Conferimento di crediti	
di NICOLA RICCARDELLI	» 149
1. La disciplina del conferimento di crediti	» 149
Art. 2256 – Uso illegittimo delle cose sociali	
di ALBERTO GOMMELLINI	» 152
1. Sul fondamento logico-giuridico e sulle implicazioni concettuali della norma	» 152
2. Origini storiche della norma	» 157
3. Profili di disciplina	» 158
Art. 2257 – Amministrazione disgiuntiva	
di FILIPPO PARRELLA	» 164
1. La fonte del potere di amministrazione	» 164
2. L'amministrazione disgiuntiva	» 168
3. L'amministratore unico	» 173
4. L'amministratore non socio	» 174
5. L'amministratore persona giuridica	» 179
Art. 2258 – Amministrazione congiuntiva	
di FILIPPO PARRELLA	» 181
1. L'amministrazione congiuntiva	» 181
2. L'amministrazione a maggioranza e a minoranza	» 182
3. Il potere degli amministratori di compiere da soli le operazioni sociali	» 185
4. L'amministrazione collegiale	» 187
5. Il cumulo di più regimi di amministrazione	» 187
Art. 2259 – Revoca della facoltà di amministrare	
di FILIPPO PARRELLA	» 188
1. La revoca degli amministratori	» 188
2. Altre cause di cessazione degli amministratori	» 194
Art. 2260 – Diritti e obblighi degli amministratori	
di FILIPPO PARRELLA	» 197
1. Significato e portata del rinvio alle norme sui diritti e sugli obblighi del mandataro	» 198
1.1. L'obbligo di diligenza	» 201
1.2. Il diritto al compenso	» 201
1.3. Il diritto al rimborso delle anticipazioni ed al risarcimento dei danni	» 202
1.4. La facoltà di rinuncia all'incarico	» 203
2. La responsabilità degli amministratori	» 203

Art. 2261 – Controllo dei soci	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	p. 207
1. Il controllo dei soci non amministratori	» 207
2. Il contenuto dei diritti di controllo. In particolare, il diritto al rendiconto	» 210
3. Le modalità di esercizio	» 213
4. I limiti: il segreto aziendale e l'abuso del diritto	» 215
5. La disciplina statutaria	» 217
Art. 2262 – Utili	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 218
1. La nozione di utile	» 218
2. L'accertamento degli utili. Il rendiconto	» 220
3. Il diritto del socio alla ripartizione degli utili	» 220
4. Il patto contrario	» 223
Art. 2263 – Ripartizione dei guadagni e delle perdite	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 224
1. I criteri legali di ripartizione degli utili e delle perdite	» 225
2. La partecipazione del socio d'opera	» 227
Art. 2264 – Partecipazione ai guadagni e alle perdite rimessa alla determinazione di un terzo	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 229
1. La determinazione della partecipazione rimessa all'arbitrio di un terzo	» 229
Art. 2265 – Patto leonino	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 231
1. Il fondamento del divieto del patto leonino	» 232
2. Il contenuto del divieto	» 233
3. Gli effetti della nullità del patto leonino	» 236
Sezione III	
Dei rapporti con i terzi	
Art. 2266 – Rappresentanza della società	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 237
1. L'amministrazione e la rappresentanza della società	» 237
2. Le limitazioni al potere di rappresentanza	» 241
3. La rappresentanza processuale	» 243
Art. 2267 – Responsabilità per le obbligazioni sociali	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 244
1. I caratteri della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali	» 244
2. I «creditori sociali»	» 247
3. La limitazione pattizia della responsabilità personale dei soci	» 249
Art. 2268 – Escussione preventiva del patrimonio sociale	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 250
1. L'eccezione di preventiva escussione	» 250
Art. 2269 – Responsabilità del nuovo socio	
di GIUSEPPINA L. NIGRO	» 253
1. Il fondamento della responsabilità personale del nuovo socio	» 254
2. L'ambito di applicazione	» 255

3. Il patto di limitazione o di esclusione della responsabilità del nuovo socio	p.	256
Art. 2270 – Creditore particolare del socio		
di GIUSEPPINA L. NIGRO	»	257
1. La tutela del creditore particolare del socio	»	258
2. (<i>Segue</i>). La liquidazione della quota	»	260
Art. 2271 – Esclusione della compensazione		
di GIUSEPPINA L. NIGRO	»	262
1. L'esclusione della compensazione: fondamento ed ambito di applicazione	»	262

Sezione IV Dello scioglimento della società

Art. 2272 – Cause di scioglimento		
di FEDERICO BRIOLINI	»	264
1. Premessa	»	265
2. (<i>Segue</i>). Il decorso del termine di durata	»	266
3. (<i>Segue</i>). Il conseguimento o la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale	»	268
4. (<i>Segue</i>). La volontà di tutti i soci	»	274
5. (<i>Segue</i>). Lo scioglimento per sopravvenuta unipersonalità	»	275
6. (<i>Segue</i>). Le altre cause previste nel contratto costitutivo	»	278
7. Operatività e accertamento delle varie cause. La possibile contestazione sul verificarsi dello scioglimento (rinvio)	»	279
8. La revoca dello stato di liquidazione	»	281
Art. 2273 – Proroga tacita		
di FEDERICO BRIOLINI	»	283
1. Premessa	»	283
2. I presupposti della proroga	»	284
Art. 2274 – Poteri degli amministratori dopo lo scioglimento		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	287
1. Le conseguenze dello scioglimento. Gli affari urgenti	»	287
2. La violazione del limite ai poteri degli amministratori	»	289
3. L'autorizzazione o ratifica da parte della società	»	291
Art. 2275 – Liquidatori		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	292
1. Liquidazione e autonomia negoziale	»	292
2. La nomina dei liquidatori	»	296
3. La revoca dei liquidatori	»	299
Art. 2276 – Obblighi e responsabilità dei liquidatori		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	301
1. La posizione giuridica dei liquidatori	»	301
2. Obblighi e responsabilità	»	304
3. Il diritto al compenso	»	305
Art. 2277 – Inventario		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	307
1. L'avvicendamento fra amministratori e liquidatori. La consegna dei beni e dei documenti sociali	»	307

2. Il conto della gestione	p.	309
3. L'inventario	»	311
Art. 2278 – Poteri dei liquidatori		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	314
1. Gli atti necessari per la liquidazione	»	314
2. Le singole categorie di operazioni	»	317
3. La rappresentanza e la modalità di esercizio dei poteri	»	320
Art. 2279 – Divieto di nuove operazioni		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	321
1. Le “nuove operazioni”	»	321
2. La responsabilità personale e solidale dei liquidatori	»	323
Art. 2280 – Pagamento dei debiti sociali		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	325
1. Il divieto di ripartizione dei beni sociali	»	325
2. I versamenti ancora dovuti	»	328
3. La richiesta di ulteriori somme	»	329
Art. 2281 – Restituzione dei beni conferiti in godimento		
di FEDERICO BRIOLINI	»	331
1. Premessa	»	332
2. Il diritto alla restituzione dei beni «nello stato in cui si trovano»	»	332
3. (<i>Segue</i>). L'azione nei confronti della società e degli amministratori per il caso di perimento o deterioramento del bene conferito	»	334
Art. 2282 – Ripartizione dell'attivo		
di FEDERICO BRIOLINI e MANUEL FRANCHI	»	336
1. La ripartizione dell'attivo. L'eventuale insufficienza del residuo	»	337
2. I conferimenti non aventi per oggetto il denaro	»	338
Art. 2283 – Ripartizione di beni in natura		
di FEDERICO BRIOLINI	»	340
1. La ripartizione dei beni in natura	»	340

Sezione V

Dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio

Art. 2284 – Morte del socio		
di CINZIA MOTTI	»	342
1. Gli effetti della morte del socio sul contratto sociale: considerazioni introduttive .	»	342
2. Il regime legale	»	347
3. (<i>Segue</i>). La posizione degli eredi. Unico socio superstite	»	351
4. Il regime convenzionale	»	358
Art. 2285 – Recesso del socio		
di CINZIA MOTTI	»	362
1. Cause di recesso: il regime legale	»	363
2. (<i>Segue</i>). Il recesso per giusta causa	»	366
3. Forma e comunicazione della dichiarazione di recesso	»	370
4. La disciplina convenzionale	»	371
5. Concorso fra recesso ed esclusione (rinvio)	»	373

Art. 2286 – Esclusione	
di CINZIA MOTTI	p. 374
1. L'esclusione volontaria: profili generali	» 374
2. Le cause di esclusione: le "gravi inadempienze"	» 376
3. (<i>Segue</i>). I mutamenti del c.d. stato personale; l'impossibilità sopravvenuta del conferimento	» 380
4. Il regime convenzionale	» 383
Art. 2287 – Procedimento di esclusione	
di CINZIA MOTTI	» 385
1. Il procedimento di esclusione a maggioranza	» 385
2. (<i>Segue</i>). L'opposizione del socio escluso	» 389
3. L'esclusione giudiziale	» 392
4. Il regime convenzionale. La clausola compromissoria	» 393
5. Concorso di cause di recesso, di esclusione e di scioglimento della società	» 395
Art. 2288 – Esclusione di diritto	
di CINZIA MOTTI	» 397
1. Ambito di applicazione della disciplina	» 398
2. La <i>ratio</i> dell'istituto	» 401
3. Efficacia delle cause di scioglimento di diritto	» 403
Art. 2289 – Liquidazione della quota del socio uscente	
di CINZIA MOTTI	» 406
1. Il diritto alla liquidazione della quota	» 406
2. La determinazione del valore	» 409
3. (<i>Segue</i>). Le operazioni in corso. La partecipazione alle perdite	» 413
4. La disciplina convenzionale	» 415
5. Il soggetto obbligato alla liquidazione della quota	» 416
Art. 2290 – Responsabilità del socio uscente o dei suoi eredi	
di CINZIA MOTTI	» 419
1. Scioglimento del rapporto sociale e responsabilità del socio	» 419
2. Efficacia interna ed esterna della causa di scioglimento parziale del rapporto sociale	» 421
3. Società di fatto, società occulta, socio occulto	» 424
4. Estensione del fallimento all'ex socio illimitatamente responsabile	» 425

CAPO III

DELLA SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO

Art. 2291 – Nozione	
di FEDERICO TASSINARI	» 427
1. Definizione	» 427
2. Responsabilità personale e solidale	» 428
3. Soggettività giuridica	» 430
4. Patto di limitazione della responsabilità	» 430
5. Partecipazione di persone giuridiche e altri enti	» 432
6. Partecipazione di coniugi in comunione legale	» 433

Art. 2292 – Ragione sociale	
di FEDERICO TASSINARI	p. 434
1. Ragione sociale	» 434
2. Ditta	» 436
3. Requisiti della denominazione, ragione sociale e ditta	» 437
Art. 2293 – Norme applicabili	
di FEDERICO TASSINARI	» 438
1. Applicabilità della disciplina della società semplice	» 438
2. Distinzioni rispetto alla società semplice	» 438
Art. 2294 – Incapace	
di FEDERICO TASSINARI	» 440
1. Richiamo al libro I	» 440
2. Continuazione	» 440
3. Continuazione dell'incapace in società di fatto	» 442
4. Ulteriori autorizzazioni	» 443
5. Minore emancipato	» 444
6. Ordinaria e straordinaria amministrazione della gestione sociale	» 444
7. Assenza di autorizzazione	» 444
8. Pubblicità dell'autorizzazione	» 445
Art. 2295 – Atto costitutivo	
di FEDERICO TASSINARI	» 445
1. Forma dell'atto costitutivo	» 446
2. Contenuto dell'atto costitutivo	» 446
3. La nozione di capitale sociale e i conferimenti	» 450
Art. 2296 – Pubblicazione	
di FEDERICO TASSINARI	» 457
1. Registrazione e pubblicità	» 457
Art. 2297 – Mancata registrazione	
di FEDERICO TASSINARI	» 458
1. La società irregolare e società di fatto	» 459
Art. 2298 – Rappresentanza della società	
di FEDERICO TASSINARI	» 463
1. La rappresentanza e i suoi limiti	» 463
2. Ordinaria e straordinaria amministrazione	» 465
Art. 2299 – Sedi secondarie	
di FEDERICO TASSINARI	» 466
1. Definizione di sede secondaria	» 466
2. Pluralità di sedi secondarie	» 468
3. Risvolti processuali	» 468
Art. 2300 – Modificazioni dell'atto costitutivo	
di FEDERICO TASSINARI	» 469
1. Inquadramento generale	» 469
2. Pubblicità dichiarativa delle iscrizioni di modifica	» 469
3. Omesso adempimento e legittimazione all'iscrizione	» 470

Art. 2301 – Divieto di concorrenza	
di FEDERICO TASSINARI	p. 473
1. Destinatari del divieto e presupposti applicativi	» 473
2. Attività pregressa del socio	» 475
3. Concorrenza “sopravvenuta”	» 475
4. Partecipazione a società di capitali	» 476
5. Legittimazione delle azioni inerente il divieto di concorrenza	» 476
Art. 2302 – Scritture contabili	
di FEDERICO TASSINARI	» 477
1. Ambito di applicazione	» 477
2. Approvazione del bilancio	» 479
Art. 2303 – Limiti alla distribuzione degli utili	
di FEDERICO TASSINARI	» 479
1. Il divieto di distribuzione di utili fittizi come clausola generale per tutti i tipi di società	» 479
Art. 2304 – Responsabilità dei soci	
di FEDERICO TASSINARI	» 480
1. Contenuto e limiti del “ <i>beneficium excussionis</i> ”	» 480
2. Applicabilità alla società irregolare	» 483
Art. 2305 – Creditore particolare del socio	
di FEDERICO TASSINARI	» 483
1. Diritti del creditore particolare	» 483
Art. 2306 – Riduzione di capitale	
di FEDERICO TASSINARI	» 484
1. Ambito di applicazione della norma	» 484
2. Titolarità e modalità di esercizio del diritto di opposizione	» 486
Art. 2307 – Proroga della società	
di FEDERICO TASSINARI	» 487
1. <i>Ratio</i> della norma	» 487
2. Legittimazione attiva all’esercizio dell’azione	» 487
3. Presupposti e modalità operative dell’azione	» 488
Art. 2308 – Scioglimento della società	
di FEDERICO TASSINARI	» 489
1. Ambito applicativo della norma	» 489
Art. 2309 – Pubblicazione della nomina dei liquidatori	
di FEDERICO TASSINARI	» 491
1. Il procedimento di liquidazione, cenni	» 492
Art. 2310 – Rappresentanza della società in liquidazione	
di FEDERICO TASSINARI	» 493
1. La rappresentanza nella liquidazione	» 493
2. Profili processuali	» 494
Art. 2311 – Bilancio finale di liquidazione e piano di riparto	
di FEDERICO TASSINARI	» 495
1. Il bilancio finale di liquidazione, caratteri e aspetti	» 495
2. Legittimazione passiva in sede di opposizione	» 496

Art. 2312 – Cancellazione della società	
di FEDERICO TASSINARI	p. 497
1. Cancellazione ed estinzione della società	» 497
2. Profili processuali	» 500

CAPO IV

DELLA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE

Art. 2313 – Nozione	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 501
1. Il tipo della società in accomandita semplice	» 501
2. Il regime della responsabilità dei soci	» 509
Art. 2314 – Ragione sociale	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 515
1. La ragione sociale	» 515
2. L'indicazione del tipo di società e del nome del socio accomandatario	» 516
3. L'autonomia privata	» 519
4. Conseguenze della irregolarità della ragione sociale	» 520
Art. 2315 – Norme applicabili	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 525
1. Il rinvio alle disposizioni relative alla società in nome collettivo e il giudizio di compatibilità	» 525
Art. 2316 – Atto costitutivo	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 528
1. L'atto costitutivo	» 529
1.1. (<i>Segue</i>). Il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio, la cittadinanza dei soci	» 530
1.2. (<i>Segue</i>). La ragione sociale	» 530
1.3. (<i>Segue</i>). I soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società	» 531
1.4. (<i>Segue</i>). L'oggetto sociale	» 536
1.5. (<i>Segue</i>). I conferimenti di ciascun socio, il valore ad essi attribuito e il modo di valutazione	» 540
1.6. (<i>Segue</i>). Le prestazioni a cui sono obbligati i soci d'opera	» 541
1.7. (<i>Segue</i>). Le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti e la quota di ciascun socio negli utili e nelle perdite	» 542
2. Le modifiche dell'atto costitutivo e il regime di pubblicità	» 544
Art. 2317 – Mancata registrazione	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 545
1. Il regime della pubblicità legale	» 545
2. Conseguenze della mancata iscrizione nel registro delle imprese	» 545
Art. 2318 – Soci accomandatari	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 551
1. Il rinvio alla normativa della società in nome collettivo. La riserva della amministrazione	» 551
2. Il regime della responsabilità	» 553
3. L'esclusione dalla società	» 554
4. Il trasferimento della partecipazione sociale	» 556

Art. 2319 – <i>Nomina e revoca degli amministratori</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	p. 557
1. La nomina e revoca degli amministratori	» 557
Art. 2320 – <i>Soci accomandanti</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 562
1. Il divieto di ingerenza nell'amministrazione	» 562
2. La graduazione del divieto	» 566
3. La decadenza dal beneficio della limitata responsabilità	» 569
4. L'esclusione dalla società	» 574
5. I diritti del socio accomandante	» 574
Art. 2321 – <i>Utili percepiti in buona fede</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 580
1. Il regime degli utili percepiti in buona fede e la responsabilità degli amministratori	» 581
Art. 2322 – <i>Trasferimento della quota</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 583
1. Il regime del trasferimento della quota del socio accomandante	» 583
Art. 2323 – <i>Cause di scioglimento</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 587
1. Lo scioglimento della società per il venir meno di una delle due categorie di soci ..	» 587
2. L'amministratore provvisorio	» 589
3. Le altre cause di scioglimento della società	» 593
Art. 2324 – <i>Diritti dei creditori sociali dopo la liquidazione</i>	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 593
1. La responsabilità dei soci accomandanti a seguito della liquidazione della società	» 593

CAPO V

SOCIETÀ PER AZIONI

Sezione I

Disposizioni generali

Art. 2325 – <i>Responsabilità</i>	
Art. 2325 bis – <i>Società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio</i>	
Art. 2462 – <i>Responsabilità</i>	
di DANIELE U. SANTOSUOSSO	» 596
1. Breve premessa di analisi del linguaggio. Fattispecie, tipo e nozione di società	» 596
2. L'evoluzione dell'ordinamento positivo. L'abbandono delle nozioni nel diritto societario. La revisione critica a margine dell'art. 2325 c.c. <i>ante</i> riforma del diritto societario. Spinte dottrinali opposte a quelle revisionistiche. La norma nella considerazione degli interpreti all'indomani della riforma. Fattispecie tipica e disciplina. Necessità per la dottrina dei tratti distintivi inequivoci. La ricerca di essi	» 598
3. La funzione di orientamento per l'interprete della individuazione dei tratti distintivi del tipo (la fattispecie tipica o modello societario legale). Sostanziale corrispondenza tra voluto delle parti e voluto del legislatore. Il tipo negoziale	» 600

4. Critica della tesi sulla separazione tra “fattispecie tipica” e “disciplina”, e della tesi sulla differenziazione tra “tipo negoziale” e “modello o tipo socio economico”, inteso il primo come scelta del programma negoziale ed il secondo come concreto atteggiarsi di tale programma nella fase esecutiva. L'essenza del tipo, nella sua originalità, è data da una serie di elementi caratteristici e da un “aggettivo di fondo”, derivanti dall'intera disciplina	p. 603
5. Il tipo negoziale non si identifica con la categoria tipologica. La società quotata così come la società con titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante sono tipi societari. Critica alle teorie esistenti nella parte in cui indicano gli elementi caratteristici e qualificanti del tipo società per azioni. La tesi dell'idea composita e complessa del tipo negoziale come somma di coelementi necessari. La tesi della possibilità del ricorso al mercato del capitale di rischio come l'elemento qualificante della società per azioni	» 605
6. La ricerca degli elementi caratteristici e dell'“aggettivo di fondo” della società per azioni. L'accentuata libertà di circolazione delle partecipazioni come primario elemento caratterizzante e come principio. Conferme nella storia delle società per azioni	» 609
7. I caratteri generali e l'elemento qualificante della società per azioni come fattispecie complessa. Ultime considerazioni sul tipo a proposito della società in accomandita per azioni	» 612
8. Questioni particolari nascenti dalle norme dell'art. 2325, 2° comma e dell'art. 2462, 2° comma. L'evoluzione della giurisprudenza teorico-pratica: la natura dell'obbligazione dell'unico socio. I presupposti della responsabilità illimitata. L'insolvenza della società. La unipersonalità. Il progresso degli orientamenti dalla codificazione del '42: dall'approccio formalista a quello sostanzialista. La situazione della appartenenza ad una sola persona	» 614
9. (<i>Segue</i>). La legislazione vigente. Gli obblighi di conferimento e di pubblicità. Problemi connessi al momento dell'adempimento	» 622
10. Questioni particolari nascenti dalla norma dell'art. 2325 <i>bis</i> . Il 1° comma. Le definizioni delle “società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio”. La disciplina applicabile. Il 2° comma. Cosa emerge dal complessivo assetto normativo. Diritto comune e diritto speciale. Tipo (società quotate) e sottotipo (società con azioni diffuse). Azioni o in genere titoli quotati o diffusi? La nozione di «mercato regolamentato». Limiti geografici	» 627
11. (<i>Segue</i>). Le altre società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. La nozione di «azioni diffuse tra il pubblico in maniera rilevante». La diffusione. Il pubblico. La misura rilevante. Inizio e fine di applicazione della disciplina	» 631
Art. 2326 – Denominazione sociale	
di CIRO G. CORVESE	» 635
1. Considerazioni generali	» 635
2. Il principio di libera formazione della denominazione sociale ed i limiti ad esso connessi	» 636
3. Denominazione sociale e ditta	» 638
4. La trasferibilità della denominazione sociale	» 640
Art. 2327 – Ammontare minimo del capitale	
di CIRO G. CORVESE	» 641
1. Il nuovissimo ammontare del capitale sociale minimo	» 641
2. Il capitale minimo nelle società di diritto speciale	» 644
3. Le “funzioni” del capitale sociale e le differenze con il patrimonio	» 646

4. Due ultime questioni: l'“adeguatezza” del capitale sociale ed i finanziamenti dei soci	p. 647
Art. 2328 – Atto costitutivo	
di CIRO G. CORVESE	» 649
1. La costituzione della società per azioni: premessa	» 649
2. La costituzione per atto unilaterale	» 650
3. La forma dell'atto costitutivo	» 651
4. Il contenuto dell'atto costitutivo: le novità	» 652
5. Statuto e atto costitutivo	» 654
Art. 2329 – Condizioni per la costituzione	
di CIRO G. CORVESE	» 655
1. La costituzione della società: le condizioni	» 655
2. L'integrale sottoscrizione del capitale sociale	» 656
3. Il rinvio alla disciplina dei conferimenti: novità	» 657
4. Le autorizzazioni	» 658
Art. 2330 – Deposito dell'atto costitutivo e iscrizione della società	
di CIRO G. CORVESE	» 661
1. Il controllo sull'atto costitutivo: dal controllo giudiziale al controllo notarile	» 661
2. Il deposito dell'atto costitutivo	» 664
3. L'iscrizione nel registro delle imprese: il ruolo dell'ufficio	» 665
4. L'istituzione di sedi secondarie: le regole sulla pubblicità	» 666
Art. 2331 – Effetti dell'iscrizione	
di CIRO G. CORVESE	» 667
1. Le novità introdotte dalla riforma del 2003	» 667
2. Gli effetti dell'iscrizione	» 668
3. La responsabilità di coloro che hanno agito	» 669
4. La responsabilità del socio unico fondatore e dei soci «che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione»	» 670
5. La responsabilità della società costituita	» 671
6. La consegna agli amministratori delle somme depositate e la loro restituzione ai soci in caso di mancata costituzione	» 672
7. L'emissione e la vendita di azioni prima dell'iscrizione	» 673
Art. 2332 – Nullità della società	
di MARCO AVAGLIANO	» 675
1. L'art. 2332 c.c. e la specificità delle regole del diritto societario	» 675
2. Cenni dal punto di vista storico e comparatistico	» 682
3. I rapporti con la disciplina degli artt. 1418 ss. c.c.	» 685
4. L'art. 2332 c.c. e le società di persone	» 689
5. L'elenco tassativo di cause di nullità	» 691
6. Le singole cause di nullità	» 693
7. Gli effetti della declaratoria di nullità: la liquidazione della società e la salvezza degli atti dei terzi	» 702
8. La rimozione delle cause di nullità	» 704

Sezione II
Della costituzione per pubblica sottoscrizione

Art. 2333 – <i>Programma e sottoscrizione delle azioni</i>	
di FRANCESCO GERBO	p. 707
1. I principi	» 707
2. Il programma	» 710
3. La sottoscrizione delle azioni	» 712
Art. 2334 – <i>Versamenti e convocazione dell'assemblea dei sottoscrittori</i>	
di FRANCESCO GERBO	» 715
1. Poteri e facoltà dei promotori	» 715
2. Convocazione dell'assemblea dei sottoscrittori	» 716
Art. 2335 – <i>Assemblea dei sottoscrittori</i>	
Art. 2336 – <i>Stipulazione e deposito dell'atto costitutivo</i>	
di FRANCESCO GERBO	» 718
1. Ordine del giorno	» 718
2. Funzioni e limiti dell'assemblea	» 718
3. Stipulazione e deposito dell'atto costitutivo	» 720

Sezione III
Dei promotori e dei soci fondatori

Art. 2337 – <i>Promotori</i>	
Art. 2338 – <i>Obbligazioni dei promotori</i>	
Art. 2339 – <i>Responsabilità dei promotori</i>	
Art. 2340 – <i>Limiti dei benefici riservati ai promotori</i>	
Art. 2341 – <i>Soci fondatori</i>	
di FRANCESCO GERBO	» 722
1. Natura giuridica dell'attività svolta dai promotori	» 722
2. Obblighi, responsabilità e benefici. I soci fondatori	» 723

Sezione III bis
Dei patti parasociali

Art. 2341 bis – <i>Patti parasociali</i>	
di GIUSEPPE A. RESCIO e MARCO SPERANZIN	» 725
1. Premessa: i patti parasociali	» 726
2. Le società cui si applica la disciplina in commento	» 729
3. La fattispecie: i patti rilevanti	» 731
4. La disciplina: la durata dei patti	» 736
5. (<i>Segue</i>). I patti a tempo indeterminato	» 739
6. I patti strumentali ad accordi di collaborazione	» 740
Art. 2341 ter – <i>Pubblicità dei patti parasociali</i>	
di GIUSEPPE A. RESCIO e MARCO SPERANZIN	» 742
1. Funzione della disposizione e ambito soggettivo e oggettivo di applicazione	» 742
2. Contenuto prescrittivo: comunicazione alla società	» 745

3. (<i>Segue</i>). Dichiarazione in apertura di ogni assemblea	p.	747
4. (<i>Segue</i>). Trascrizione della dichiarazione nel verbale e relativo deposito nel registro delle imprese	»	750
5. Sanzioni	»	752

Sezione IV Dei conferimenti

Art. 2342 – Conferimenti		
di GIUSEPPE FERRI <i>JR</i>	»	756
1. Premessa	»	756
2. Conferimenti e fenomeno societario	»	758
3. Conferimenti in denaro e conferimenti in natura	»	761
4. La liberazione delle azioni	»	763
5. Il conferimento in godimento	»	769
6. Il divieto di conferimento di opera e di servizi	»	773
7. I c.d. conferimenti di patrimonio	»	777
Art. 2343 – Stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti		
di GIANLUCA BERTOLOTTI	»	781
1. Gli obiettivi dichiarati	»	781
2. La relazione giurata	»	783
3. Il controllo della stima	»	785
4. Le conseguenze della stima revisionata	»	786
Art. 2343 bis – Acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori		
di ALESSANDRA PAOLINI	»	790
1. Origine e <i>ratio</i> della disposizione	»	791
2. Ambito soggettivo di applicazione: le controparti rilevanti	»	796
3. Ambito oggettivo di applicazione: tipologia di contratti e oggetto del contratto	»	798
3.1. L'acquisto di partecipazioni sociali	»	800
4. Limite temporale	»	802
5. Le esenzioni	»	803
6. Documentazione alternativa alla relazione di stima (<i>ex art. 2343 ter</i>)	»	806
7. L'assemblea e la violazione della disciplina	»	808
Art. 2343 ter – Conferimento di beni in natura o crediti senza relazione di stima		
di GIANLUCA BERTOLOTTI	»	814
1. Premessa	»	814
2. <i>Ratio</i> dell'intervento di modifica	»	816
3. Il «prezzo medio ponderato»	»	817
4. Il criterio fondato sul <i>fair value</i>	»	821
5. Il contenuto della perizia	»	824
6. I requisiti dell'esperto	»	825
6.1. La responsabilità dell'esperto	»	830
Art. 2343 quater – Fatti eccezionali o rilevanti che incidono sulla valutazione		
di GIANLUCA BERTOLOTTI	»	832
1. Premessa	»	832
2. La verifica degli amministratori	»	833
3. L'oggetto della verifica	»	834
4. I requisiti dell'esperto	»	837
5. Gli effetti della verifica	»	840

6. La dichiarazione di conferma	p. 842
Art. 2344 – Mancato pagamento delle quote	
di GIANLUCA BERTOLOTTI	» 846
1. La questione dell'applicabilità dell'art. 2344 ai conferimenti in natura. Cenni	» 846
2. L'ambito soggettivo	» 847
3. Il procedimento	» 848
3.1. L'azione per esecuzione	» 849
3.2. L'offerta agli altri soci	» 850
3.3. La vendita in danno	» 851
4. Il mancato perfezionamento della vendita	» 852
5. Il divieto d'esercizio del diritto di voto	» 853
Art. 2345 – Prestazioni accessorie	
di GIANLUCA BERTOLOTTI	» 854
1. Il fenomeno	» 854
2. Le prestazioni accessorie nella prospettiva delle società tra professionisti	» 856
3. Funzione dell'istituto	» 860
4. Partecipazione sociale con prestazioni accessorie e società con prestazioni accessorie	» 862
5. Il contenuto	» 863
6. Introduzione delle prestazioni accessorie nell'organizzazione sociale	» 866
7. Aumento del capitale sociale in presenza di azioni con prestazioni accessorie	» 874
8. Circolazione della partecipazione sociale con prestazioni accessorie	» 878
9. Il riscatto	» 882
10. Le sanzioni	» 883
11. Compenso e informativa contabile	» 885

Sezione V

Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi

Art. 2346 – Emissione delle azioni	
di MARCO CIAN	» 888
1. L'azione come unità elementare partecipativa	» 889
2. Titolo azionario, titolo dematerializzato, azione non documentata: la rappresentazione del rapporto sociale	» 891
3. Assegnazione delle azioni e integrità del capitale	» 894
4. Gli altri rapporti partecipativi: gli strumenti finanziari e i diritti dei terzi investitori	» 896
Art. 2347 – Indivisibilità delle azioni	
di MARCO CIAN e LAURA PROVASI	» 900
1. L'indivisibilità orizzontale e verticale dell'unità azionaria	» 900
2. L'azione in comproprietà	» 902
3. Raggruppamento e frazionamento di azioni	» 905
Art. 2348 – Categorie di azioni	
di MARCO CIAN e CLAUDIA SANDEI	» 907
1. Versatilità delle formule partecipative e vocazione del modello s.p.a.	» 907
2. Considerazioni introduttive. L'intervento del riformatore in materia di categorie azionarie: zone d'ombra dell'istituto e rigidità residue	» 911
3. Regole statutarie differenziate ed azioni speciali. Nozione e contenuto	» 914
4. (<i>Segue</i>). Atipicità e limiti legali	» 916

5. La creazione, la modifica e l'estinzione delle azioni speciali	p.	919
Art. 2349 – Azioni e strumenti finanziari a favore dei prestatori di lavoro		
di MARCO CIAN e LAURA PROVASI	»	921
1. Le azioni e gli strumenti finanziari a favore dei prestatori di lavoro	»	921
2. L'assegnazione di strumenti finanziari	»	925
Art. 2350 – Diritto agli utili e alla quota di liquidazione		
di MARCO CIAN	»	927
1. Il diritto agli utili (e alla quota di liquidazione): dalla società come fenomeno causalmente orientato alla società come forma organizzativa causalmente neutra ...	»	927
2. Diritto agli utili, credito o aspettativa dell'azionista: poteri della maggioranza e tutela della minoranza	»	930
3. Diritto agli utili e categorie di azioni	»	931
4. (<i>Segue</i>). Le azioni correlate	»	933
Art. 2351 – Diritto di voto		
di MARCO CIAN e CLAUDIA SANDEI	»	937
1. Il diritto di voto. Considerazioni introduttive	»	937
2. Tetto massimo, scaglioni di voto ed azioni speciali a voto condizionato	»	939
3. Il 4° comma dell'art. 2351 c.c. ed il superamento del divieto del voto multiplo	»	945
4. Il voto degli strumenti finanziari partecipativi	»	948
Art. 2352 – Pegno, usufrutto e sequestro delle azioni		
di FEDERICO BRIOLINI	»	952
1. Premessa	»	952
2. Il diritto di voto spettante al creditore pignoratizio o all'usufruttuario	»	952
3. (<i>Segue</i>). Il voto del custode nell'ipotesi di sequestro (e di pignoramento)	»	958
4. La sorte dei «diritti amministrativi diversi» (art. 2352, 6° co., c.c.)	»	963
5. L'aumento di capitale a pagamento e il diritto di opzione	»	971
6. L'aumento nominale	»	975
7. I versamenti ancora dovuti in caso di azioni non integralmente liberate	»	977
Art. 2353 – Azioni di godimento		
di PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI	»	978
1. Premessa	»	979
2. L'emissione delle azioni di godimento	»	980
3. La posizione degli azionisti di godimento: il voto ed i diritti patrimoniali	»	984
4. (<i>Segue</i>). La ricostruzione degli altri diritti spettanti agli azionisti di godimento ...	»	988
Art. 2354 – Titoli azionari		
di PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI	»	992
1. Premessa: azioni e titoli di credito	»	992
2. Azioni nominative ed al portatore	»	996
3. Le indicazioni dei titoli azionari	»	997
4. (<i>Segue</i>). Le azioni senza valore nominale	»	1000
5. Certificati provvisori, titoli multipli, ricevute e cedole	»	1001
6. Dematerializzazione obbligatoria e facoltativa: cenni	»	1004
Art. 2355 – Circolazione delle azioni		
di PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI	»	1007
1. Premessa	»	1007
2. La mancata emissione dei titoli azionari	»	1008
3. Il trasferimento delle azioni	»	1011

4. (<i>Segue</i>). La circolazione delle azioni al portatore e nominative	p. 1014
5. (<i>Segue</i>). La circolazione delle azioni dematerializzate	» 1019
Art. 2355 bis – Limiti alla circolazione delle azioni	
di PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI	» 1021
1. Premessa	» 1022
2. La previsione statutaria delle clausole ed il loro ambito di applicazione	» 1024
3. Le diverse tipologie di clausole: nominate e non	» 1026
4. Le clausole nominate: l'intrasferibilità temporanea	» 1026
5. (<i>Segue</i>). Il mero gradimento	» 1029
6. (<i>Segue</i>). Il riscatto	» 1033
7. Le clausole innominate: la prelazione	» 1035
8. (<i>Segue</i>). Il gradimento non mero, il tetto azionario e le clausole di covendita	» 1038
9. Vincoli alla circolazione delle azioni e trasferimenti <i>mortis causa</i>	» 1042
10. L'evidenza cartolare dei limiti alla circolazione	» 1044
11. La violazione: cenni	» 1045
Art. 2356 – Responsabilità in caso di trasferimento di azioni non liberate	
di PAOLO GHIONNI CRIVELLI VISCONTI	» 1050
1. Premessa	» 1051
2. Ambito di applicazione	» 1052
3. La posizione dell'alienante	» 1054
4. La posizione dell'acquirente	» 1056
5. (<i>Segue</i>). Il ruolo dell'evidenza cartolare dei versamenti parziali	» 1057
Art. 2357 – Acquisto delle proprie azioni	
di NICOLA DE LUCA	» 1062
1. Premessa	» 1063
2. L'autorizzazione assembleare all'acquisto e alla disposizione di azioni proprie	» 1067
2.1. Le ragioni dell'autorizzazione assembleare	» 1069
2.2. (<i>Segue</i>). <i>a</i>) Destinazione di utili e riserve; <i>b</i>) modificazione degli assetti proprietari	» 1072
2.3. (<i>Segue</i>). Autorizzazione all'acquisto e agli atti di disposizione, e determinazione delle modalità di esecuzione	» 1075
2.4. La determinazione delle modalità dell'acquisto e degli atti di disposizione	» 1080
2.5. (<i>Segue</i>). Illegittimità delle autorizzazioni generiche o in bianco	» 1081
2.6. (<i>Segue</i>). Il numero massimo di azioni da acquistare	» 1082
2.7. (<i>Segue</i>). La durata dell'autorizzazione e il c.d. <i>trading</i> su azioni proprie	» 1084
2.8. (<i>Segue</i>). Il corrispettivo minimo e massimo: acquisti a "prezzo giusto"?	» 1088
2.9. (<i>Segue</i>). Alienazioni senza corrispettivo e assegnazione gratuita	» 1091
2.10. Accezione di atto di disposizione: conferimento in natura, permuta, costituzione in pegno o in usufrutto	» 1095
2.11. (<i>Segue</i>). Sequestro e pignoramento di azioni proprie	» 1097
2.12. L'individuazione dei destinatari dell'acquisto e della disposizione. L'art. 132 t.u.f. e la parità di trattamento nelle società quotate	» 1098
2.13. (<i>Segue</i>). Il principio di parità di trattamento nelle società non quotate: gli atti di disposizione	» 1100
2.14. (<i>Segue</i>). Il principio di parità di trattamento nelle società non quotate: gli acquisti	» 1107
3. L'impiego di utili distribuibili e riserve disponibili	» 1111
4. L'integrale liberazione delle azioni	» 1115
5. Il limite quantitativo	» 1117

5.1. Il limite quantitativo introdotto recependo la II Dir. soc. originaria; la revisione alla II Dir. soc. apportata con la Dir. 2006/68/CE	p. 1117
5.2. Gli interessi protetti dall'esistenza di un limite quantitativo (in generale)	» 1119
5.3. Il limite del quinto del capitale per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio	» 1120
5.4. Le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio	» 1123
6. Gli acquisti illegittimi	» 1125
6.1. L'acquisto, la disposizione o l'assistenza finanziaria compiuti in difetto di autorizzazione assembleare: ammissibilità della ratifica	» 1125
6.2. L'obbligo di alienazione come "sanzione" ed i rimedi in caso di atti illegittimi di disposizione e di assistenza finanziaria	» 1128
6.3. (Segue). Insufficienza dei rimedi ex art. 2357, 4° co., c.c. per la soluzione dei problemi civilistici connessi all'acquisto illegittimo di azioni proprie	» 1134
6.4. L'obbligo di alienazione o di annullamento	» 1140
7. Gli acquisti indiretti: rinvio	» 1142
Art. 2357 bis – Casi speciali di acquisto delle proprie azioni	
di NICOLA DE LUCA	» 1143
1. Casi speciali di acquisto delle proprie azioni: premessa	» 1143
2. Riscatto (ed annullamento) di azioni proprie	» 1145
2.1. Attuazione della riduzione mediante riscatto	» 1146
2.2. Individuazione delle azioni da riscattare	» 1148
2.3. Determinazione del prezzo e mezzi da impiegare	» 1153
3. Acquisto a titolo gratuito e <i>mortis causa</i>	» 1157
3.1. Assegnazione di azioni a seguito di aumento gratuito	» 1160
4. Acquisto per effetto di successione universale, fusione e scissione	» 1161
4.1. Acquisto di azioni proprie per fusione e scissione e divieto di assegnazione di azioni o quote ex art. 2504 <i>ter</i> c.c.	» 1162
4.2. Peculiarità in materia di scissione	» 1165
5. Acquisto in via di esecuzione forzata	» 1166
6. Il limite del quinto del capitale sociale, l'obbligo di alienazione o di annullamento. Le sanzioni in caso di violazione dei limiti prescritti per gli acquisti speciali	» 1168
7. Altri casi "speciali" di acquisto delle proprie azioni: acquisto obbligatorio in caso di clausole di gradimento mero; recesso	» 1171
Art. 2357 ter – Disciplina delle proprie azioni	
di NICOLA DE LUCA	» 1172
1. Premessa	» 1173
2. Il trattamento contabile delle azioni proprie	» 1173
2.1. L'iscrizione delle azioni proprie nell'attivo di bilancio	» 1176
2.2. La natura della riserva azioni proprie in portafoglio	» 1179
2.3. (Segue). La riserva azioni proprie come posta rettificativa dell'attivo, da mantenere in misura pari al valore netto contabile (dedotta la riserva) delle azioni proprie	» 1181
2.4. La contabilizzazione delle azioni proprie nelle società soggette ai principi contabili internazionali	» 1186
2.5. La riserva costituita a fronte di operazioni di assistenza finanziaria	» 1191
3. La disciplina delle azioni proprie in portafoglio: premessa	» 1192
3.1. Il computo delle azioni proprie nei <i>quorum</i> deliberativi e costitutivi	» 1194
3.2. L'influenza delle azioni proprie nella determinazione di altre soglie rilevanti. In particolare, il divieto di emettere azioni prive del voto oltre la metà del capitale sociale	» 1201

3.3. (<i>Segue</i>). In particolare, le soglie per il lancio di un'OPA	p. 1203
3.4. L'esercizio degli altri diritti: utili e opzione	» 1205
3.5. (<i>Segue</i>). Pegno e usufrutto di azioni proprie	» 1207
Art. 2357 quater – Divieto di sottoscrizione delle proprie azioni	
di NICOLA DE LUCA	» 1213
1. La <i>ratio</i> del divieto di sottoscrizione di azioni proprie	» 1213
2. Il divieto di sottoscrizione diretta di azioni proprie: il problema delle obbligazioni convertibili proprie	» 1217
3. Le sanzioni in caso di violazione del divieto	» 1219
4. L'esenzione da responsabilità	» 1222
Art. 2358 – Altre operazioni sulle proprie azioni	
di NICOLA DE LUCA	» 1224
1. Le operazioni di assistenza finanziaria su azioni proprie: dal divieto assoluto a quello relativo	» 1224
2. Le condizioni dell'operazione	» 1227
2.1. La delibera dell'assemblea straordinaria	» 1227
2.2. La relazione degli amministratori	» 1228
2.3. I limiti quantitativi. Il rapporto con l'art. 2357 c.c.	» 1230
2.4. Il prezzo delle azioni	» 1232
3. I destinatari dell'assistenza finanziaria: amministratori, dipendenti e "parti correlate"	» 1235
4. Assistenza finanziaria e fusione a seguito di acquisizione con indebitamento	» 1237
5. Accettazione delle azioni proprie in garanzia	» 1240
Art. 2359 – Società controllate e società collegate	
di LAURA SCHIUMA	» 1243
1. "Società controllate" e "società collegate"	» 1243
2. <i>Ratio</i> della disciplina civilistica e sua autonomia funzionale	» 1250
3. La fattispecie del controllo da partecipazione (o controllo interno)	» 1259
3.1. (<i>Segue</i>). La disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di diritto)	» 1262
3.2. (<i>Segue</i>). La disponibilità dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di fatto)	» 1264
3.2.1. (<i>Segue</i>). Controllo di fatto e deleghe di voto	» 1274
3.3. Il controllo indiretto	» 1275
4. Controllo e sindacati di voto	» 1276
5. La fattispecie del controllo in virtù di particolari vincoli contrattuali (o controllo esterno)	» 1280
6. Il controllo quale presunzione di attività di direzione e coordinamento	» 1285
7. Le condizioni della controllabilità di enti diversi dalla società per azioni	» 1290
7.1. La controllabilità della società a responsabilità limitata controllata	» 1291
7.2. La controllabilità della società in accomandita per azioni controllata	» 1299
7.3. La controllabilità delle società personali	» 1302
7.4. Associazioni e fondazioni controllate	» 1303
8. La fattispecie "società collegate" e la presunzione d'influenza notevole	» 1304
8.1. La <i>ratio</i> della disciplina del collegamento	» 1307

Art. 2359 bis – *Acquisto di azioni o quote da parte di società controllate*

Art. 2359 ter – *Alienazione o annullamento delle azioni o quote della società controllante*

Art. 2359 quater – *Casi speciali di acquisto o di possesso di azioni o quote della società controllante*

Art. 2359 quinquies – *Sottoscrizione di azioni o quote della società controllante*

di NICOLA DE LUCA	p. 1310
1. Acquisti indiretti di azioni proprie e partecipazioni incrociate	» 1311
2. Le operazioni sulle azioni della controllante: la fattispecie rilevante	» 1313
3. La disciplina dell'acquisto: condizioni e limiti	» 1315
3.1. Gli ulteriori limiti all'incrocio azionario per le società quotate in borsa	» 1317
4. Casi speciali di acquisto: le fattispecie	» 1319
5. Partecipazioni nella controllante s.r.l.	» 1320
6. La (mancante) disciplina sulla disposizione delle azioni della controllante	» 1321
7. L'esercizio dei diritti connessi alle partecipazioni incrociate. Il divieto di sottoscrizione delle azioni o quote della controllante. Il divieto di sottoscrizione reciproca	» 1325
8. Gli acquisti illegittimi e le sanzioni	» 1328
9. L'assistenza finanziaria e l'accettazione in garanzia di azioni della controllante ..	» 1329

Art. 2360 – *Divieto di sottoscrizione reciproca di azioni*

di ENRICO GINEVRA	» 1331
1. La norma e i relativi quesiti interpretativi	» 1331
2. La ricostruzione della <i>ratio</i>	» 1333
3. La fattispecie e l'estensione del divieto	» 1340
4. Le conseguenze dell'eventuale violazione	» 1341
5. La sottoscrizione reciproca intermediata	» 1343

Art. 2361 – *Partecipazioni*

di ENRICO GINEVRA	» 1345
1. L'assunzione di partecipazioni sociali della s.p.a. nel quadro dell'attività societaria.....	» 1345
2. Le ragioni del divieto	» 1347
3. L'ambito applicativo	» 1348
4. Le conseguenze della violazione dell'art. 2361, 1° co.	» 1351
5. L'assunzione di partecipazioni in imprese a responsabilità illimitata. Ambito applicativo dell'art. 2361, 2° co.	» 1352
6. (<i>Segue</i>). Funzione e contenuto della disciplina. La delibera assembleare e le conseguenze della sua violazione. La nota integrativa	» 1354

Art. 2362 – *Unico azionista*

di FABRIZIO DI GIROLAMO	» 1358
1. Le disposizioni codicistiche applicabili alla società con unico azionista. Il vecchio art. 2362 c.c.	» 1358
2. La società unipersonale per azioni è una vera e propria società azionaria	» 1363
3. Le regole pubblicitarie	» 1368
4. Le dichiarazioni richieste dalla legge. Il concetto di appartenenza totalitaria	» 1373
5. Ancora sugli adempimenti pubblicitari	» 1382
6. I rapporti fra la società e il suo unico azionista	» 1389
7. Postilla	» 1395

Sezione VI
Dell'assemblea

Art. 2363 – <i>Luogo di convocazione dell'assemblea</i>	
di MARCO MAUGERI	p. 1396
1. Il luogo di convocazione dell'assemblea	» 1397
2. (<i>Segue</i>). Luogo di convocazione e autonomia statutaria	» 1401
3. (<i>Segue</i>). Luogo di convocazione e assemblea “virtuale”	» 1402
4. Assemblea ordinaria e assemblea straordinaria	» 1404
Art. 2364 – <i>Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza</i>	
di MARCO MAUGERI	» 1409
1. Assemblea e funzione amministrativa in prospettiva diacronica	» 1409
2. Assemblea e funzione amministrativa in prospettiva sincronica: sulla portata dell'art. 2364 (anche alla luce del dato comparatistico)	» 1414
3. Competenze assembleari e natura “gestoria” del fenomeno societario	» 1423
4. Deliberazioni assembleari “vincolanti” e deliberazioni assembleari “consultive” ...	» 1426
5. Le competenze “cicliche” dell'assemblea ordinaria	» 1441
6. Le deliberazioni assembleari in materia di gestione dell'impresa (art. 2364, 1° co., n. 5, c.c.): il “dimensionamento” statutario	» 1447
7. (<i>Segue</i>). Il limite dell'oggetto sociale	» 1455
8. Il regolamento assembleare	» 1460
9. La convocazione annuale dell'assemblea per l'approvazione del bilancio	» 1462
10. Assemblea ordinaria e sistema monistico di amministrazione e controllo: cenni ..	» 1464
Art. 2364 bis – <i>Assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza</i>	
di MARCO MAUGERI	» 1467
1. Premessa: «tipicità» e «mobilità» del sistema dualistico	» 1467
2. Il catalogo legale delle competenze assembleari nelle società a sistema dualistico	» 1470
3. Le integrazioni statutarie delle competenze assembleari nelle società a sistema dualistico	» 1476
4. La convocazione annuale dell'assemblea nelle società a sistema dualistico: senso e portata del rinvio alla disciplina del modello tradizionale e monistico	» 1487
Art. 2365 – <i>Assemblea straordinaria</i>	
di MARCO MAUGERI	» 1489
1. Premessa	» 1490
2. Le competenze “tipiche”	» 1492
3. Le competenze “delegabili”	» 1501
4. Il problema delle competenze assembleari “implicite”	» 1509
Art. 2366 – <i>Formalità per la convocazione</i>	
di ANDREA TUCCI	» 1525
1. Il procedimento assembleare: collegialità e maggioranza	» 1525
2. I titolari del potere di convocazione	» 1527
2.1. Convocazione da parte dell'organo di amministrazione	» 1528
2.2. Convocazione da parte dell'organo di controllo	» 1531
3. Profili procedurali	» 1533
3.1. L'ordine del giorno e la sua “integrazione”	» 1535
3.2. La disciplina speciale per le società quotate (cenni)	» 1541
4. L'assemblea totalitaria	» 1543
5. Sospensione e revoca della convocazione	» 1547

Art. 2367 – <i>Convocazione su richiesta di soci</i>	
di ANDREA TUCCI	p. 1549
1. La richiesta di convocazione. Presupposti e legittimazione	» 1549
2. Tutela delle minoranze e poteri degli amministratori	» 1551
3. I limiti derivanti dalle competenze assembleari	» 1554
4. La convocazione da parte del tribunale	» 1556
Art. 2368 – <i>Costituzione dell'assemblea e validità delle deliberazioni</i>	
Art. 2369 – <i>Seconda convocazione e convocazioni successive</i>	
di ANDREA TUCCI	» 1559
1. Premessa: <i>quorum</i> assembleari e interessi protetti	» 1559
2. Il <i>quorum</i> costitutivo e la sua determinazione	» 1564
3. Il <i>quorum</i> deliberativo e la sua determinazione	» 1567
4. I <i>quorum</i> statutari	» 1571
Art. 2370 – <i>Diritto d'intervento all'assemblea ed esercizio del voto</i>	
di RAFFAELE LENER	» 1578
1. L'intervento in assemblea	» 1578
2. La (necessaria?) connessione fra intervento e voto	» 1581
3. La legittimazione all'intervento	» 1582
4. (<i>Segue</i>). Gli indici di legittimazione dopo la riforma	» 1586
5. Il deposito delle azioni	» 1589
6. Il voto per corrispondenza e il voto telematico	» 1593
7. Il controllo della legittimazione degli intervenienti	» 1594
8. Il ruolo (residuo) del libro soci	» 1598
Art. 2371 – <i>Presidenza dell'assemblea</i>	
di RAFFAELE LENER	» 1601
1. La nomina	» 1601
2. I poteri	» 1603
Art. 2372 – <i>Rappresentanza nell'assemblea</i>	
di ANDREA TUCCI	» 1607
1. Voto per delega e modelli societari	» 1607
2. Requisiti di validità della delega	» 1609
3. Divieti e limitazioni al conferimento della rappresentanza	» 1613
4. Applicabilità analogica ed estensiva	» 1618
5. Sanzioni	» 1621
6. La disciplina speciale per le società quotate (cenni)	» 1622
Art. 2373 – <i>Conflitto di interessi</i>	
di AGOSTINO GAMBINO	» 1625
1. Modifiche della disciplina nel 2003 e nel 2010	» 1625
2. Eliminazione del divieto di voto. Legittimazione al voto del soggetto in conflitto di interessi	» 1627
3. Divieto di voto a carico degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione. Difetto di legittimazione	» 1628
4. Voto determinante. Risarcibilità ai soci di minoranza del solo danno diretto dalla deliberazione illegittima	» 1629
5. Assenza di deliberazione assembleare. Sentenza di accertamento	» 1631
6. Inesistenza di rapporti contrattuali tra i soci. Principio di correttezza. Inammissibilità di azione risarcitoria in assenza di danno diretto della minoranza	» 1634

7. Risarcibilità del danno indiretto nella disciplina dei gruppi	p. 1637
8. Legittimazione all'intervento e al voto del socio in conflitto di interessi nelle società quotate. Eliminazione comunitaria di disciplina statutaria di blocco delle azioni	» 1638
9. Estensione della disciplina a coloro che abbiano un interesse in conflitto. Fenomeno della proprietà nascosta delle azioni	» 1639
10. Divieto di comunicazione dei dati identificativi dell'azionista in conflitto di interessi. Riduzione della portata sanzionatoria della disciplina del conflitto di interessi assembleare a favore di una disciplina di prevenzione	» 1642
11. Caratteri dell'interesse particolare e del conflitto	» 1643
12. Caratteri dell'interesse della società	» 1644
Art. 2374 – Rinvio dell'assemblea	
di FABRIZIO DI GIROLAMO	» 1646
1. La <i>ratio</i> dell'art. 2374 c.c.	» 1646
2. L'esercizio del diritto e l'autonomia statutaria	» 1649
3. Il rinvio assembleare è rimedio efficace?	» 1653
Art. 2375 – Verbale delle deliberazioni dell'assemblea	
di CARLO MARCHETTI	» 1655
1. La nozione e la funzione del verbale. Il verbale di diserzione	» 1655
2. Il soggetto verbalizzante, la sottoscrizione del verbale ed il tempo della sua formazione	» 1659
3. Il contenuto del verbale	» 1664
4. Ancora sul contenuto del verbale: le dichiarazioni degli intervenuti e l'utilizzo degli allegati	» 1669
Art. 2376 – Assemblee speciali	
di ANTONIO MARIA LEOZAPPA	» 1673
1. Le disposizioni in tema di assemblee speciali	» 1673
2. Il pregiudizio del diritto di categoria	» 1680
3. L'assemblea di categoria	» 1684
Art. 2377 – Annullabilità delle deliberazioni	
di FABRIZIO DI GIROLAMO	» 1687
1. Premessa	» 1688
2. La regola di maggioranza	» 1693
3. I soggetti legittimati a impugnare	» 1695
4. Le restrizioni all'impugnazione	» 1709
5. La tutela obbligatoria spettante ai soci	» 1720
6. Il termine per impugnare la delibera assembleare non conforme o agire per il risarcimento del danno	» 1732
7. I casi di esclusione dell'impugnabilità della delibera assembleare invalida, salva la prova di resistenza	» 1735
8. Gli effetti dell'invalidità della deliberazione assembleare	» 1741
9. La sostituzione della deliberazione assembleare invalida e la protezione dei terzi	» 1757
10. Conclusioni	» 1763
Art. 2378 – Procedimento d'impugnazione	
di ULISSE COREA	» 1765
1. La competenza e il procedimento	» 1766
2. La legittimazione all'impugnazione e la sua sopravvenuta carenza nel corso del processo	» 1770

3. La tutela cautelare sospensiva nell'ambito della tutela impugnatoria	p. 1778
4. I presupposti per la concessione della sospensione: il <i>fumus boni juris</i> e il <i>periculum in mora</i>	» 1782
5. L'istanza di sospensione e la sua natura incidentale. L'adozione del provvedimento con decreto presidenziale	» 1788
6. L'oggetto della sospensione e il problema della sua natura: conservativa o anticipatoria?	» 1792
7. Effetti ripristinatori e conformativi della sospensione	» 1802

La valutazione dei singoli commenti è affidata ai curatori del Commentario. I commenti sono inoltre sottoposti, ove ritenuto opportuno dai singoli curatori, e coperti dall'anonimato, a referaggio effettuato sia dai curatori dei volumi già pubblicati, o che comunque verranno in futuro pubblicati, nel Commentario, sia da studiosi terzi altamente qualificati.

I referee sono scelti, con il meccanismo della rotazione, all'interno di aree tematiche determinate in base alle indicazioni di settore da ciascuno di loro pervenute, e la loro identità è, del pari, coperta da anonimato.

In caso di valutazioni contrastanti, espresse dai valutatori sullo stesso commento, la decisione finale è rimessa al Direttore del Commentario.

AUTORI

Marco Avagliano	Notaio
Gianluca Bertolotti	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università Roma Tre, Avvocato
Federico Briolini	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Chieti-Pescara "G. d'Annunzio", Avvocato
Marco Cian	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Padova
Ulisse Corea	Avvocato
Ciro G. Corvese	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Siena
Nicola de Luca	Professore associato di Diritto commerciale e delle assicurazioni nella Seconda Università di Napoli, Avvocato
Fabrizio Di Girolamo	Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Napoli "Federico II", Avvocato
Giuseppe Ferri jr	Professore ordinario di Diritto fallimentare nell'Università di Roma "Tor Vergata"
Manuel Franchi	Dottore di ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato nell'Università di Chieti-Pescara, Avvocato
Agostino Gambino	Professore emerito di Diritto commerciale alla Sapienza - Università di Roma, Avvocato
Francesco Gerbo	Notaio, Docente Scuola Notariato Anselmo Anselmi
Paolo Ghionni Crivelli Visconti	Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Napoli "Federico II", Avvocato
Enrico Ginevra	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Bergamo
Alberto Gommellini	Ricercatore di Diritto commerciale alla Sapienza - Università di Roma, Avvocato
Raffaele Lener	Professore ordinario di Diritto dei mercati finanziari nell'Università di Roma "Tor Vergata", Avvocato
Antonio Maria Leozappa	Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università del Salento, Avvocato
Carlo Marchetti	Professore associato di Diritto privato comparato nell'Università di Milano, Notaio
Marco Maugeri	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università Europea di Roma, Avvocato

Cinzia Motti	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Foggia
Giuseppina L. Nigro	Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Catania
Alessandra Paolini	Ricercatore di Diritto commerciale alla Sapienza - Università di Roma, Avvocato
Filippo Parrella	Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Perugia, Avvocato
Francesco Paolo Petrera	Notaio
Laura Provasi	Assegnista di ricerca in Diritto commerciale nell'Università di Padova
Giuseppe Rescio	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università Cattolica di Milano, Notaio
Nicola Riccardelli	Notaio
Claudia Sandei	Ricercatore di diritto commerciale nell'Università di Padova
Daniele U. Santosuosso	Professore ordinario di Diritto commerciale alla Sapienza - Università di Roma, Avvocato
Laura Schiuma	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Perugia, Avvocato
Paolo Spada	Professore emerito di Diritto commerciale alla Sapienza - Università di Roma, Avvocato
Marco Speranzin	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Udine, Avvocato
Federico Tassinari	Notaio
Andrea Tucci	Professore straordinario di Diritto del mercato finanziario nell'Università di Foggia

CAPO I
DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 2247 – Contratto di società¹

[1] Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

¹ Rubrica così sostituita dall'art. 1, d.lg. 3.3.1993, n. 88.

commento di Daniele U. Santosuosso e Marco Avagliano*

Sommario: I. NOZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI DELLE SOCIETÀ. 1. Le società come strutture organizzate ed organizzative dotate di soggettività a gradazione diversa. Personalità giuridica e soggettività delle società. L'autonomia patrimoniale. - **2.** Nozione di società e contratto di società. Elementi essenziali delle società. - **3.** L'esercizio in comune. Rapporti tra società e impresa. Le società tra professionisti. Le società occasionali. - **4.** (*Segue*). La società occulta. La società apparente. La società simulata. - **5.** Lo scopo di lucro. - **6.** (*Segue*). Le società c.d. legali. Gli organismi di diritto pubblico. Le società a partecipazione pubblica. La giurisdizione sugli amministratori. - **7.** (*Segue*). Le società istituzionalmente senza scopo di lucro (soggettivo). La responsabilità sociale dell'impresa. Nascita ed evoluzione della teoria della *corporate social responsibility* nell'ordinamento statunitense. L'accoglienza della teoria in Europa e in Italia. - **II. CONTRATTO DI SOCIETÀ E ORGANIZZAZIONE. TIPI E CLASSI. FORMA E PUBBLICITÀ; CONTRATTO PRELIMINARE; INVALIDITÀ. CONFERIMENTI.** - **1.** Il contratto di società. - **1.2.** Società, contratti plurilaterali con comunione di scopo e contratti associativi. - **1.3.** La disciplina generale delle società: tra regole societarie e diritto dei contratti. - **1.4.** Società e organizzazione. - **1.5.** Contratto di società e costituzione per atto non contrattuale. - **1.6.** Verso il superamento della prospettiva contrattuale? - **2.1.** La tipicità delle società. - **2.2.** Società e clausole atipiche. - **2.3.** Dai tipi alle classi di società: società di persone e società di capitali. - **3.** Società di persone e libertà di forme. - **4.** Il contratto preliminare di società. - **4.1.** La forma del preliminare di società. - **4.2.** Sulla necessità o meno dell'indicazione del tipo sociale

* Daniele U. Santosuosso è autore della Sez. I; Marco Avagliano è autore della Sez. II.

nel preliminare. - **4.3.** Le altre indicazioni essenziali. - **4.4.** Sull'ammissibilità di una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. - **5.1.** L'invalidità del contratto di società di persone. - **5.2.** L'opinione contraria all'applicabilità dell'art. 2332 c.c. - **5.3.** Peculiarità del contratto di società e disciplina dell'invalidità: tra applicazione di principi generali e affinità di sistema. - **6.** I conferimenti.

I. NOZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI DELLE SOCIETÀ

1. Le società come strutture organizzate ed organizzative dotate di soggettività a gradazione diversa. Personalità giuridica e soggettività delle società. L'autonomia patrimoniale

Le società disciplinate nel nostro ordinamento possono definirsi strutture organizzate e organizzative di attività, normalmente di impresa, dotate di soggettività distinta dai soci, nascenti da atti (costitutivi) negoziali ma non necessariamente plurisoggettivi.

La soggettività, la cui cifra è data dalla distinzione tra ente societario e suoi partecipanti, si colora di gradazione diversa a seconda della categoria societaria. Essa è perfetta solo nelle società di capitali, con la personalità giuridica.

Invero la nozione di persona giuridica, che nelle legislazioni codicistiche dell'800 era sovrapponibile al concetto di soggettività dei *corps moral* propria di tutti gli enti e di tutte le società in aderenza alla ideologia liberale del XIX secolo (in Italia v. l'art. 2 c.c. 1865 e l'art. 77, ult. co., c. comm. 1882), diviene nell'attuale sistema utile per rappresentare il modello organizzativo quando esso è strumentale alla separazione perfetta¹; e viene ristretta alle società di capitali, caratterizzate da un nucleo fondamentale di norme inderogabili relative alla struttura organizzativa², con l'emersione del rilievo dell'*Apparat* organizzativo

¹ Cfr., per l'evoluzione in tal senso del pensiero, F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840, 235 ss.; O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, 20 ss., 321 ss.; K. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, I, Berlin, 1898, 230 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Vermischte Schriften*, II, Berlin, 1901, 321 ss. Sul punto cfr. utilmente le riflessioni di O. OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht*, Wien-New York, 1967, 50 ss.

² Qui sia consentito rinviare alle riflessioni di SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2002, 837 ss.

per le società per azioni sulla suddivisione per “uffici” e attribuzione di competenze proprie a ciascun organo, nonché responsabilità degli organi gestionali e di controllo anche nei confronti dei terzi creditori³.

La persona giuridica è segnaletica di questo, appunto nel senso che le società che ne sono dotate godono di una perfetta unità, con una equiparazione alla persona fisica per la capacità giuridica e di agire (artt. 1 e 2, c.c.) e per la piena autonomia patrimoniale, con responsabilità limitata al proprio patrimonio presente e futuro (art. 2740 c.c.), grazie ai conferimenti, ossia il contributo che ciascun socio (alla costituzione della società o successivamente attraverso un aumento del capitale) si obbliga a mettere a disposizione della società per dotarla delle risorse patrimoniali che servono all'impresa, e che assumono in questa chiave carattere fondamentale per la edificazione della società modificando la condizione giuridica dei beni, per formare un fondo comune di proprietà della società e vincolato all'impresa in quanto destinato alla garanzia dei creditori sociali.

La entificazione soggettiva della persona giuridica rispetto ai soci, in una visione quasi (e nel significato ora detto) antropomorfica dell'ente societario, porta, data la situazione di alterità, a che i soci non siano legittimati ad agire individualmente nei confronti del terzo che abbia arrecato danno al patrimonio sociale⁴, e parimenti ad impugnare un contratto stipulato dalla società⁵, o ancora ad impugnare per vizi del bene venduto la cessione di quote laddove i beni sociali siano viziati⁶. In positivo, si è affermata capacità giuridica e di agire delle società come quella delle persone fisiche (con l'eccezione dei rapporti ontologicamente propri degli esseri umani⁷), e così la titolarità dei diritti della personalità che non presuppongano la fisicità (nome, reputazione⁸).

e GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, I, 48 ss.

³ V. il mio voce *Società per azioni*, in *Diz. Irti, Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 894-895.

⁴ Sul punto v. Cass., 24.12.2009, n. 27346, in *Banca borsa*, 2011, n. 2, 131 ss., con nota di Pinto; Cass., 8.9.2005, n. 17938, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8.

⁵ Cfr. Cass., 4.4.2003, n. 5323, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 17, 87.

⁶ Cfr. Cass., 19.7.2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, n. 1, 103 ss., con nota di Tina; Cass., 13.12.2006, n. 26690, in *Giur. comm.*, 2008, 5, II, 948, con nota di Carullo.

⁷ GALGANO, *Persone giuridiche*, 2ª ed., *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, (rist.), 66 ss.

⁸ V. Cass., 4.6.2007, n. 12929, in *Guida dir.*, 2007, 25, 14, con nota di Sacchettini.

Non si condivide pertanto la prospettiva tesa a ridimensionare la portata soggettiva della persona giuridica come concetto di mera sintesi di una complessa disciplina normativa di rapporti concernenti persone fisiche (i soci), unici soggetti di diritto sulla scena effettuale o esistenziale⁹. Questa visione sembra alla base della giurisprudenza che ha affermato l'operatività della garanzia per vizi, in caso di vendita di quote, essendo viziato un bene sociale¹⁰; e il diritto della società al risarcimento del danno da ingiusta durata del processo per il disagio subito da soci e amministratori¹¹.

Quando la separazione non è perfetta, per le possibili interferenze a livello segnatamente patrimoniale (di garanzia dei creditori) tra società e soci, la personalità giuridica non può attribuirsi, e coerentemente il legislatore del '42 l'ha negata – sia pure implicitamente – alle società di persone. Ad esse si è da tempo tuttavia riconosciuta una soggettività giuridica, che parte della giurisprudenza teorico-pratica ha definito semipersonalità giuridica, o di secondo grado, comunque un'autonomia come centro di imputazione di posizioni giuridiche attive e passive distinto dai soci¹², e segnatamente patrimoniale (anche se imperfetta).

2. Nozione di società e contratto di società. Elementi essenziali delle società

L'evoluzione della norma di cui all'art. 2247, oggi non più nozione delle società in generale ma dedicata al (e rubricata) contratto di società, al

⁹ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, I, 241 ss. In posizione critica più recentemente BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2003, 146 ss.

¹⁰ Cass., 20.2.2004, n. 3370, in *Giur. comm.*, 2005, 130 ss., con note di Spiotta e Tina.

¹¹ Cfr. Cass., 2.2.2007, n. 2246, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9; Cass., 5.4.2007, n. 8604, in *Giust. civ.*, 2008, 9, I, 1997.

¹² Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Il diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, 6ª ed., Torino, 2008, 45 ss.; COTTINO, SARALE, WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. Cottino*, 25 ss. In giurisprudenza, sul riconoscimento della soggettività giuridica a tutte le società, Cass., 7.8.2014, n. 17792 (per cui la società di fatto è soggetto di diritto poiché titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti); Cass., 15.1.2009, n. 816, in *Foro it.*, 2010, I, I, 215; Cass., 12.12.2007, n. 26012, in *Banca borsa*, 2008, 4, II, 409; Cass., 23.5.2006, n. 12125, in *Foro it.*, 2007, 2, I, 527; *contra*, Cass. 7.3.1990, n. 1799, in *Giur. comm.*, 1992, 231 ss.; Cass., 8.11.1984, n. 5642, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 425; Cass., 6.2.1984, n. 907, in *Giur. comm.*, 1984, II, 240 ss.

pari di quanto poi avvenuto per gli art. 2325 c.c. e 2472 c.c. (oggi 2462), testimonia la tendenza dell'ordinamento societario ad abbandonare l'uso delle nozioni per privilegiare una disciplina analitica dei singoli aspetti delle fattispecie, lasciando all'interprete il compito di ricostruire il tipo, la nozione, i modelli¹³.

Nonostante la nozione ricostruibile dall'art. 2247 appaia formalmente identificare soltanto le società che nascono da contratto, la disciplina definitoria contenuta nell'articolo in esame, storicamente l'unica disciplina generale descrittiva del fenomeno societario nei suoi elementi essenziali, può estendersi – in quanto compatibile – alle società unipersonali. Considerazione che del resto si inquadra nella valorizzazione della realtà di fatto dell'impresa societaria indipendentemente dalla fonte (negoziale o meno, plurisoggettiva o meno) da cui scaturisce¹⁴, e confermata dalla scarsa o inesistente influenza dei vizi genetici dell'atto – fuori dall'ambito dell'art. 2332 c.c. – sull'attività concretamente posta in essere, naturalmente a tutela dei terzi¹⁵.

Pertanto, ai sensi dell'art. 2247 e come emerge dall'intera disciplina, gli elementi essenziali della società sono rappresentati dall'esercizio – in comune, nel caso di plurisoggettività – di un'attività economica a scopo di lucro destinato ai soci, i quali a tali fini si obbligano ai conferimenti di beni e/o servizi. Analizziamo partitamente tali elementi.

3. L'esercizio in comune. Rapporti tra società e impresa. Le società tra professionisti. Le società occasionali

Per quanto riguarda l'esercizio in comune dell'attività, che è l'attuazione fattuale del programma negoziale, per un primo orientamento si ritiene che ricorra laddove i soci abbiano il potere di co-gestire ossia dirigere congiuntamente l'azienda¹⁶; potere esercitato in modo

¹³ Sui concetti di fattispecie, tipo, nozione e modelli v. il mio commento *sub* artt. 2325, 2325 *bis* e 2462, in questo *Commentario*.

¹⁴ FERRI, *Società in generale*, in *Digesto comm.*, Torino, 1997, 250, e sulla scia, SCIUTO, *sub* art. 2247, in *Codice commentato delle società*, a cura di Abriani, Stella Richter, Torino, 2011, 6-7.

¹⁵ Per esempio, per l'inapplicabilità del rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento, v. Cass., 4.5.1993, n. 5180, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 741; Cass., 21.11.2001, n. 14629, in *Vita notarile*, 2002, 397.

¹⁶ GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 2007, 68 ss., 98 ss.

tendenzialmente diretto nelle società ad organizzazione personale (da questo punto di vista anche le società a responsabilità limitata), ove lo *status* di socio di socio comporta in principio quello di amministratore, ed in modo indiretto nelle società ad organizzazione capitalistica, dove il potere di gestione viene demandato a soggetti dotati di professionalità specifica ed adeguata, che hanno con i soci un rapporto di derivazione essendo nominati dall'assemblea¹⁷: in altri termini il potere di co-direzione dei soci sussisterebbe anche se non direttamente esercitato, ma attraverso il potere di nominare i gestori.

Tale orientamento è stato sottoposto a revisione critica, ponendo l'accento sugli aspetti di condivisione preventiva del programma e quindi del rischio, a monte, e sugli aspetti finalistici dell'attività, ovvero ancora del rischio e quindi del risultato giuridicamente imputabile al gruppo unitariamente considerato, a valle¹⁸.

In realtà ci pare che l'esercizio in comune non possa prescindere da tutti gli elementi descritti, filtrati dalle regole di espressione di rilevanza del consenso e decisionali tipiche di ogni fattispecie societaria: nel senso che chiaramente la condivisione del rischio (che rappresenta il fine) e la prerogativa di cogestione (che rappresenta le modalità della condivisione) postulano l'accettazione dei principi di espressione della volontà dei soci (in particolare attraverso la sottoscrizione della partecipazione e il voto).

In questa luce si differenziano dalla società, in quanto mancherebbe l'esercizio in comune, quelle fattispecie tipiche di strutture negoziali per l'esercizio dell'impresa, come l'associazione in partecipazione (artt. 2549 ss.)¹⁹ e i rapporti di cointeressenza in genere (art. 2554 c.c.), nonché l'impresa familiare (art. 230 *bis* c.c.), trattandosi in tutti questi casi di impresa individuale nella quale i partecipanti non hanno la posizione di soci.

¹⁷ Cfr. FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 172. V. anche FERRI, *Le società*, 3ª ed., *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 51.

¹⁸ G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 9 ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 165 ss.; SCIUTO, *sub art. 2247*, cit., 18.

¹⁹ Cass., 18.6.2008, n. 16445, in *Diritto e Giustizia online*, 2008; Cass., 11.6.1991, n. 6610, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, n. 6; Cass., 25.2.1987, n. 2004, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1417; Cass., 21.10.1981, n. 5518, in *Riv. notariato*, 1982, 281.

L'attività come serie di atti organizzati e preordinati teleologicamente e dunque funzionalmente collegati²⁰ deve essere economica, nel senso di attività produttiva, volta non soltanto al pareggio costi/ricavi²¹, ma ad un *quid pluris* di nuova ricchezza che garantisca la remunerazione sostenibile (nel lungo termine) dei fattori della produzione. Di regola ovviamente trattasi di impresa *ex art.* 2082²², ma può esistere società senza impresa²³.

Lo strumento societario può essere legittimamente utilizzato per esercitare una professione intellettuale, per esempio.

A tal proposito, mentre è opinione risalente che le società per l'esercizio di professioni non protette siano legittime²⁴, è *vexata quaestio* se ciò valga per le professioni protette; tuttavia l'art. 10, l. n. 183/2011 (e d.m. attuativo n. 34/2012), consente oggi l'esercizio delle professioni liberali a mezzo di qualunque tipo società²⁵. Sono salve le discipline speciali sulle società tra avvocati (d.lg. n. 96/2001) e sulle società di revisione legale (d.lg. n. 39/2010), anche se è discusso se i professionisti le cui società sono state disciplinate *ad hoc* possano costituire una società secondo regole diverse, come poste dall'art. 10²⁶; e sulle società multidisciplinari (l. n. 183/2011), favorite in un certo senso dal legislatore in quanto possono svolgere – con l'amministrazione di soggetti anche non professionisti – tutti i servizi tipicamente prestati dalla categoria

²⁰ Tradizionalmente per tutti AULETTA, *Attività-Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 981 ss.

²¹ V. per esempio T. Napoli, 8.1.2007, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 69 ss., che afferma la necessità della produzione di un plusvalore. Per l'equivalenza fra scopo di lucro e la potenziale idoneità dell'attività ad operare in pareggio, tuttavia Cass., 19.6.2008, n. 16612, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 977.

²² G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 11.

²³ BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, 155 ss.; SPADA, *Impresa*, in *Digesto comm.*, VII, Torino, 1990, 40 ss., MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., 8 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 11 ss.; GALGANO, *Le società in genere*, cit., 16 ss. Lo stesso si desume anche dalla Relazione al Re, n. 923. Di diverso avviso tra i più autorevoli ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 254, per la considerazione che una società non potrebbe "nascere" ed "esistere" se non esclusivamente per la realizzazione, professionale, del suo oggetto sociale.

²⁴ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 18; GALGANO, *Le società in genere*, cit., 12.

²⁵ CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Leggi civ. comm.*, 2012, n. 1, 18 ss. Sul tema delle società tra professionisti v. per tutti, di recente, il lavoro di BERTOLOTTI, *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Torino, 2013.

²⁶ Su tale questione v. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, cit., 17 ss.

professionale, ancorché in sé non rientranti nell'area di riserva dell'attività, e con obbligo di iscrizione nel solo albo corrispondente all'attività indicata nell'atto costitutivo come prevalente²⁷.

Le società che offrono un prodotto multiprofessionale complesso del quale la prestazione intellettuale costituisce solo un elemento al pari e a volte ancillare ad altri, attraverso quelle che sono state definite le "tecnosttrutture", non sono classificabili tra le società propriamente di professionisti, e dunque non sono soggette alla relativa disciplina. Possono quindi costituirsi secondo il tipo di società consono alla natura dell'attività, che è commerciale. Si pensi alle società di ingegneria, le quali offrono un prodotto complesso (spesso chiavi in mano) di cui la progettazione o consulenza squisitamente ingegneristica è solo un elemento (si pensi alle grandi opere come aeroporti, dighe e via dicendo)²⁸ e che sono da considerare più propriamente società commerciali. In questo senso sono state ritenute ammissibili anche società aventi per oggetto l'elaborazione elettronica di dati contabili²⁹ e la gestione di centri diagnostici e terapeutici³⁰ nonché di gabinetti di analisi chimico-cliniche e biologiche³¹.

Non sono altresì società di professionisti le c.d. società di mezzi, costituite tra professionisti per l'acquisto in comune e la mera condivisione di beni strumentali all'esercizio della professione, la quale continua ad essere esercitata in forma individuale dai soci. Anch'esse sono state considerate legittime come società, in quanto svolgono normale attività d'impresa, fornendo beni e servizi ai soci³².

²⁷ Cfr. CIAN, *Gli assetti proprietari nelle società tra professionisti*, in *Leggi civ. comm.*, 2013, 343 ss.

²⁸ Cfr. Cass., 10.6.1994, n. 5648, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, n. 6; Cass., 21.3.1989, n. 1405, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, n. 3; Cass., 6.12.1986, n. 7265, in *Foro it.*, 1987, I, 1125; tali società sono oggi regolate dall'art. 90, d. lgs. n. 163 del 2006. Sul sistema precedente e per un inquadramento generale del tema sia pure con riferimento alle società di ingegneria, sia consentito rinviare al mio *La duplice giurisprudenza della Cassazione sulle società di professionisti*, in *Giur. it.*, 1987, 2022 ss.

²⁹ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 17; A. Firenze, 6.5.1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2547; *contra*: T. Lucca, 24.2.1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2548.

³⁰ V. A. Bari, 18.2.1982, in *Foro it.*, 1983, I 2547.

³¹ Cfr. Cass. civ., S.U., 27.9.1997, n. 9500, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1795.

³² C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa* (IV, *Esercizio associato della professione e società*), in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 64; CIAN, *Diritto commerciale*, Torino, 2013, II, 23; Cass.,

Non sono infine classificabili società di professionisti ma nemmeno società le mere associazioni professionali per la condivisione dei ricavi e costi delle attività degli associati (c.d. studi associati). Tali attività restano individuali mentre lo studio resta centro autonomo di imputazione di diritti e doveri³³.

Altro caso di società senza impresa è quello che alcuni vedono nella c.d. società occasionale, allorquando l'attività economica produttiva non venga esercitata professionalmente, ossia in modo stabile e duraturo nel tempo, ma per un singolo affare che richiede pochi atti, per un periodo quindi oggettivamente limitato³⁴. Va precisato che non rientrerebbero in questa fattispecie le attività organizzate sì per un singolo affare ma complesso, alla realizzazione del quale sono dedicate molteplici operazioni (e quindi pluralità di singoli atti) di complessità tale da richiedere investimenti, tempi, e un apparato produttivo pari a quelli di una impresa "professionale" (e quindi stabile organizzazione)³⁵ come l'edificazione di un immobile e la vendita dei relativi appartamenti³⁶. Per tale orientamento dunque la società occasionale, in quanto fattispecie sostanzialmente senza impresa³⁷ (e quindi senza quella rete di rapporti con terzi e senza un significativo apparato produttivo³⁸) non sarebbe soggetta a fallimento³⁹, ancorché si applichi la disciplina societaria per quanto riguarda per esempio il registro delle imprese⁴⁰. Per altro minoritario ma autorevole orientamento invece non potrebbe esservi

12.3.1987, n. 2555, in *Giur. it.*, 1989, 393 ss.

³³ Cass., 13.4.2007, n. 8853, in *Il civilista*, 2008, 1, 6, con nota di Castro; Cass., 23.5.1997, n. 4628, in *Giur. it.*, 1998, 88; *contra*, Cass., 12.3.1987, n. 2555, cit. Cfr. anche Cass., 15.7.2011, n. 15694.

³⁴ V. FERRARA, CORSI, *op. cit.*, 172; GALGANO, *Le società in genere*, cit., 21 ss.

³⁵ In questa direzione, Cass., 7.8.1982, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, n. 8.

³⁶ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 12; GALGANO, *Le società in genere*, cit., 22-23; BOCCHINI, *Società occasionale*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1. Cfr. inoltre Cass., 31.5.1986, n. 3690, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 5; Cass., 7.8.1982, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, n. 8.

³⁷ Cfr. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 12; SPADA, FIGÀ TALAMANCA, *Società occasionale*, in *Enc. Dir. Agg.*, III, Milano, 1999, 990 ss.

³⁸ Per esempio, l'acquisto di una partita di frutta, da raccogliersi e poi rivendersi, ovvero una giocata al lotto fatta in comune: cfr. Cass., 22.3.1955, n. 864, in *Dir. fall.*, 1955, II, 431; Cass., 11.11.1959, n. 3334; Cass., 28.5.1979, n. 3074, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, n. 5.

³⁹ GALGANO, *Le società in genere*, cit., 24-25.

⁴⁰ BOCCHINI, *op. cit.*, 5.

società senza professionalità, in quanto l'esercizio di una attività duratura è elemento essenziale per la sua sopravvivenza⁴¹.

Una società senza impresa si può avere infine per quelle società di godimento frutto di regolarizzazione⁴².

4. (Segue). La società occulta. La società apparente. La società simulata

Secondo la maggioranza degli interpreti, dall'assunto che non solo l'esercizio effettivo in comune ma – come conseguenza di esso – anche la spendita del nome della società nei confronti dei terzi sia requisito essenziale alla fattispecie, sarebbe nullo un patto con il quale i soci si obbligano a non rendere manifesto il vincolo societario e ad esercitare l'attività in nome di uno solo di essi⁴³.

Per altri, condivisibilmente, ed in quell'ottica di prevalenza dell'effettività dell'agire sulla manifestazione all'esterno di esso, essendo la società occulta una società che ha un atto di origine ed una effettiva attuazione, senza che né l'uno né l'altra siano stati manifestati all'esterno se non per mezzo e in nome di un imprenditore individuale, la società sarebbe validamente operante. Per alcuni sino alle estreme conseguenze: per la sottoponibilità a fallimento della società si è pronunciata parte della giurisprudenza⁴⁴. Nella medesima direzione di rilevanza della società occulta va oggi l'art. 147, 5° co., l. fall., con la possibilità per i creditori dell'imprenditore apparentemente individuale di agire nei confronti della società anche al di fuori della procedura concorsuale.

Diverse e per certi versi opposte sono le ipotesi della società apparente e di quella simulata.

⁴¹ FERRI, *Le società*, cit., 16.

⁴² V. il commento all'art. 2248 c.c., in questo *Commentario*.

⁴³ Cfr. CIAN, *Diritto commerciale*, cit., 32; FERRI, *Le società*, cit., 51 ss.; DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, 108 ss. Ma in giurisprudenza v. invece A. Bologna, 15.9.1993, in *Soc.*, 1993, 1477.

⁴⁴ Cfr. Cass. 18.6.2008, n. 16594, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 975; Cass., 20.9.1989, n. 3931, in *Fallimento*, 1990, 372. Resta il dubbio il carattere eccezionale o meno della norma fallimentare: CAMPOBASSO, *op. cit.*, 63; A. Bologna, 11.6.2008, in *Fall.* 08, 1293; *contra*, CETRA, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2013, I, 103; T. Forlì, 9.2.2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425, con nota di Cottino.

Della prima si parla quando non si è verificato alcun atto iniziale costitutivo né alcuna attività sociale si è prodotta, ma entrambi appaiono ai terzi come sussistenti⁴⁵, sino anche qui alla sottoposizione a fallimento della (apparente) società, e la estensione del fallimento ai soci apparenti⁴⁶. Della seconda laddove l'atto costitutivo iniziale e soprattutto l'attività effettivamente effettuata, anche contro le norme dell'atto iniziale⁴⁷ e indipendentemente dalla preesistenza di una controdiagnosi come invece per i contratti di diritto comune, possa essere riqualificata come fattispecie diversa – per esempio come società di mero godimento, o ancora come associazione non riconosciuta⁴⁸, o come associazione in partecipazione⁴⁹ –, e la relativa disciplina applicabile anche nei rapporti con terzi. Naturalmente ciò non può valere per le società di capitali data l'efficacia costitutiva della pubblicità⁵⁰, spostandosi il baricentro dell'indagine al piano dei limiti dell'oggetto sociale e della responsabilità degli organi (soprattutto gestori)⁵¹.

5. Lo scopo di lucro

Lo scopo di lucro è stato tradizionalmente considerato un elemento essenziale del contratto di società, distinguendosi tra scopo di lucro oggettivo, come creazione di nuova ricchezza (nella forma di utile prodotto, inteso in senso ampio come saldo attivo tra il valore del patrimonio attuale di una società e quello dell'investimento iniziale dei soci,

⁴⁵ Cfr. Cass., 20.1.2006, n. 1131, in *Guida dir.*, 2006, 15, 54; Cass. 14.2.2001, n. 2095, in *Dir. fall.*, 2002, II, 235, con nota di Bonavitacola; Cass., 7.3.1984, n. 1573, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, n. 3-4.

⁴⁶ V. Cass., 9.9.1996, n. 8168, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1268; T. S. Maria Capua Vetere, 10.7.2007, in *Fallimento*, 2007, 11, 1375.

⁴⁷ Per la distinzione tra la simulazione dell'atto costitutivo e quella dell'attività posta in essere, Cass., 20.6.1983, n. 4231, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, n. 6.

⁴⁸ T. Napoli, 30.4.1999, in *Vita notarile*, 2000, 973; A. Milano, 1.7.1986, in *Dir. fall.*, 1986, II, 812.

⁴⁹ Cass., 11.6.1991, n. 6610, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, n. 6; T. Palermo, 10.2.1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 680.

⁵⁰ Cfr., a vario titolo, Cass., 16.4.2003, n. 6100, in *Contr.*, 2004, 58, con nota di Ambrosoli; Cass., 17.11.1992, n. 12302, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, n. 11; Cass., 1.12.1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1200; Cass., 13.12.1993, n. 12260, in *Giur. comm.*, 1998, II, 443, con nota di Cian; Cass., 28.4.1997, n. 3666, in *Giur. comm.*, 1998, II, 193, con nota di Guidotti.

⁵¹ Cfr. SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, I, Torino, 2006, 425 ss.

tendenzialmente coincidente con il capitale sociale), e scopo di lucro soggettivo, di divisione di questa ricchezza fra i soci⁵²; ciò anche ovviamente alla fine della vita della società, con il suo scioglimento e dopo la liquidazione del patrimonio sociale e la definizione dei rapporti passivi (come saldo attivo di liquidazione comprensivo degli utili ancora indivisi)⁵³.

Evolvendo nella elaborazione interpretativa un'autorevole corrente di pensiero ha affermato che lo scopo di lucro come produzione di nuova ricchezza sarebbe caratteristico non soltanto delle società lucrative, ma altresì delle società cooperative e consortili⁵⁴, per alcuni in forme diverse dagli utili, e cioè come vantaggio economico-patrimoniale dell'appartenenza alla compagine societaria⁵⁵, per altri ampliando il concetto di utile di cui all'art. 2247, ricomprendendovi l'incremento patrimoniale e qualsiasi vantaggio economico realizzabile tramite l'attività sociale⁵⁶: per tutte le categorie societarie le finalità perseguite sarebbero comunque non di natura ideale o altruistica ma economica a favore dei soci medesimi (di qui il carattere egoistico del fenomeno societario).

La dottrina e la giurisprudenza tutt'oggi prevalenti ritengono comunque che lo scopo di lucro sia elemento essenziale salvo espressa previsione legislativa in senso contrario⁵⁷, ed a parte la considerazione sistematica che il lucro soggettivo costituisce l'unico criterio che permette di distinguere tra società e associazione⁵⁸.

In quest'ordine di idee l'assenza di scopo di lucro dichiarata nell'atto costitutivo sarebbe causa di nullità del contratto di società (art. 2332, n. 3, c.c.) per contrarietà a norme imperative (la norma contenuta nell'art.

⁵² MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., 83; in giurisprudenza Cass., 6.8.1979, n. 4558, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2256.

⁵³ MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., 9 ss.; ID., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, *passim*.

⁵⁴ Cass., 6.8.1979, n. 4558, cit.; Cass., 3.12.1981, n. 6395, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, n. 12.

⁵⁵ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 26; ma già GRAZIANI, *op. cit.*, 6 e 69.

⁵⁶ FERRARA, CORSI, *op. cit.*, 182; MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, cit., 269.

⁵⁷ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 31; GALGANO, *Le società in genere*, cit., 15 ss.; Cass., 12.4.2005, n. 7536, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

⁵⁸ Da ultimo si v. Cass., 8.3.2013, n. 5836, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, e prima tra le altre Cass., 11.4.1994, n. 3353, in *Dir. eccl.*, 1995, II, 463, con nota di Fuccillo. In dottrina l'opinione è risalente: ASCARELLI, *Riflessioni in tema di consorzio, mutue associazioni e società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 327. Recentemente tra gli altri CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2004.

2247 c.c.)⁵⁹. Sarebbe però lecita la clausola di eterodestinazione di una parte soltanto degli utili⁶⁰, o, secondo una visuale di conservazione negoziale, darebbe luogo alla riqualificazione della fattispecie in conformità alla causa del contratto con conseguente soggezione alle norme dettate per le associazioni non riconosciute⁶¹.

Va peraltro avvertito che l'essenzialità dello scopo di lucro è stata revocata in dubbio secondo altro orientamento andatosi formando sulle suggestioni di autorevoli risalenti dottrine⁶², ed alla luce della evoluzione normativa. In questa direzione si è affermata, con particolare riferimento alle società di capitali, una prospettiva "neutra" della fattispecie societaria sotto il profilo dello scopo, anche facendo leva sull'assenza di esso tra le cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c., e dall'assenza della relativa sanzione nel concreto svolgersi dell'impresa societaria⁶³.

Per cercare di tirare le fila del dibattito, in una prospettiva che può sembrare di rigore sul piano logico e di sistema, è lecito affermare che lo scopo di lucro oggettivo, come produzione di beni in senso ampio e quindi nuova ricchezza, è essenziale, ed è sovrapponibile al concetto di economicità soprinteso: l'attività economica è lucrativa nel senso di produttiva di nuova ricchezza. Nel fenomeno societario questa nuova ricchezza si deve redistribuire tra alcuni soggetti in via prioritaria: la medesima società, che è soggetto con propria autonomia patrimoniale (autoinvestimento) e i soci (nelle varie forme: utili, vantaggi mutualistici o consortili). Ma – in via non prevalente rispetto a questi destinatari, e comunque compatibile – essa può essere destinata a terzi e comunque ad un pubblico più ampio, per un uso sociale e sostenibile dell'impresa societaria.

⁵⁹ COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 3; e già ID., *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963; SCIUTO, *sub art. 2247*, cit., 26 ss., se appunto la clausola si ponesse come integrativa dell'oggetto sociale.

⁶⁰ Cass., 11.12.2000, n. 15599, in *Foro it.*, 2001, I, 1932, con nota di Nazzicone.

⁶¹ MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, cit., 272.

⁶² SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 ss.

⁶³ DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 35 ss. In giurisprudenza non esclude la sussistenza dello scopo di lucro l'assunzione di una qualche iniziativa – non prevalente – altruistica, Cass., 11.12.2000, n. 15599, cit.

Le più recenti normative e le esperienze straniere, anche di *best practice*, sembrano andare in questa direzione, come vedremo nel prossimo paragrafo.

6. (Segue). Le società c.d. legali. Gli organismi di diritto pubblico. Le società a partecipazione pubblica. La giurisdizione sugli amministratori

Lo strumento societario è stato sempre più utilizzato anche dallo Stato per il raggiungimento dei propri obiettivi imprenditoriali. In questo ambito ricadono non soltanto le società a partecipazione pubblica, ma anche le «società legali», che hanno la loro fonte non in un atto di autonomia privata ma – direttamente o indirettamente – nella legge.

Per quanto riguarda queste ultime la dottrina ha distinto le società “coattive”, per le quali la legge costituisce la fonte costitutiva diretta del rapporto sociale e della designazione dei soci, e le società “obbligatorie”, così dette in quanto la costituzione è oggetto di un obbligo imposto a determinati soggetti dalla legge. Ad esse si aggiungono quelle “autorizzate”, ossia non imposte dalla legge che tuttavia prescrive un certo statuto normativo una volta (liberamente) costituite⁶⁴. Naturalmente elementi di specialità rispetto al diritto comune contraddistinguono molte di queste società⁶⁵.

Per quanto riguarda le partecipate da enti pubblici, anche territoriali, o da essi controllate (c.d. «società in mano pubblica»), la maggioranza della dottrina afferma che in linea di principio ad esse debba applicarsi la disciplina societaria comune, a meno che diversamente non sia previsto dalla legge⁶⁶, e che sarebbero invalide le clausole statutarie che

⁶⁴ IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992; ID., *Società legali e società legificate*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 ss.; ID., *Gli statuti singolari*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1992, 8, 525 ss.

⁶⁵ SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2009; IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., 525 ss.; ID., *Le società «legali»*, cit.

⁶⁶ V. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI, *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, 1 ss.; LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, 21 ss.; nonché ID., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con legge 14.9.2011, n. 148*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, n. 2, 199 ss.; GUERRERA,

introducessero elementi incompatibili con normativa comune di applicazione necessaria (così i limiti alla trasferibilità delle azioni), o poteri di controllo e di ingerenza dell'ente pubblico (si pensi al c.d. «controllo analogo», che legittima l'affidamento alla società di un servizio pubblico senza gara⁶⁷).

Per altri autori invece le società che presentano strutture incompatibili con il tipo di diritto comune, definendosi come organismi di diritto pubblico, potrebbero legittimamente derogare alla disciplina generale⁶⁸.

Un discorso a parte si è sviluppato con riferimento alla giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori⁶⁹, soggetta per una parte prevalente degli orientamenti alla giurisdizione della Corte dei Conti (con applicazione della disciplina sulla responsabilità erariale)⁷⁰. La Corte dei Conti ha infatti affermato la propria giurisdizione in tutte le ipotesi di responsabilità degli amministratori per danno arrecato sia al socio «pubblico» partecipante o controllante (ente pubblico ovvero società); sia alla società «pubblica» partecipata o controllata; sia alla stessa società amministrata dall'amministratore «infedele»⁷¹. La giurisdizione in capo alla Corte dei Conti viene decisa in base al riparto costituzionale (art. 103 cost.), in virtù della considerazione di fondo che, oltre ad esservi un rapporto di pubblico dipendente (sia esso amministratore o consulente), la società amministrata i cui fini pubblici sarebbero stati traditi non è sostanzialmente uscita dalla sfera della finanza pubblica, anche trattandosi di società privatizzate quotate con una notevole partecipazione del pubblico degli investitori⁷².

Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata, in Le società a partecipazione pubblica, a cura di Guerrera, cit., 97 ss.

⁶⁷ LIBERTINI, *op. cit.*, 21 ss.

⁶⁸ COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI, *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, 261 ss.

⁶⁹ Per un inquadramento del tema, anche in chiave comparatistica, v. il mio *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, n. 1, 47 ss.

⁷⁰ Cass., 26.2.2004, n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675, con nota di D'Auria.

⁷¹ V. in particolare C. Conti, sez. giurisd. Centrale d'appello, 3.11.2005, n. 356, www.dirittodeiserviziubblici.it/sentenze.

⁷² V. C. Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22.2.2006, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 622 ss. (caso Enel). Cfr. nello stesso senso Cass., S.U., 26.2.2004, n. 3899 e 22.7.2004, n. 13702. La stes-

Gli esiti dell'orientamento ora illustrato appaiono risentire delle nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica, e della tendenza ad ampliare il novero di tali enti assimilandovi o includendovi le società a partecipazione pubblica sia in base alla "teorie finalistiche", in quanto enti qualificati dall'essere sotto l'influenza dello Stato per il perseguimento di interessi pubblici istituzionali attraverso un'attività fuori da un contesto di mercato realmente concorrenziale⁷³, sia nello sfumare la distinzione tra natura pubblica e natura privata dei soggetti agenti⁷⁴.

Questi gli orientamenti sino alla Cassazione a Sezioni Unite del 19.12.2009, n. 26806⁷⁵, che ha affermato invece la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria⁷⁶, a meno che il danno non sia arrecato direttamente al patrimonio pubblico⁷⁷. Su questa linea anche la dottrina già prima del 2009⁷⁸, ma non unanimemente⁷⁹. In tale quadro si

sa considerazione è riservata alle società del gruppo, in particolare alle controllate, che non potrebbero non essere condizionate dalla natura della controllante: C. Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22.2.2006. Tali conclusioni sarebbero avallate dall'art. 1, 1° co., l. n. 20/1994 come modificato dalla l. n. 546/1996, che non distingue tra gli enti e quindi potendosi riferire anche agli enti pubblici economici, dalla considerazione della giurisdizione della Corte dei Conti sulla attività gestoria sotto i profili dell'efficacia, efficienza ed economicità (e in questo senso non solo di legalità); dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sulla permanenza del controllo della Corte dei conti in caso di partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato (sent. n. 466/1993).

⁷³ Cfr. C. Giust. CE, 10.5.2001, proc. riuniti C-223/99 e C-260/99; C. Giust. CE, 22.5.2003, causa C-18/01; C. St., sez. VI, 17.9.2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, 205 ss.; C. St., sez. VI, 7.6.2001, n. 3090, in *Foro it.*, 2002, III, 423 ss. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio d'impresa*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 2498 ss.; GUCCIONE, *La nozione di organismo pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria, Commento a CGCE, Sez. V*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, 1032 ss.; ATELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, a cura di Atelli, Napoli, 2005, 61 ss. Sul punto, anche LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 629 ss., ivi 633 ss.

⁷⁴ ATELLI, *op. cit.*, 75 ss.

⁷⁵ Edita in *Giur. comm.*, 2011, n. 2, 306 ss., con note di Fiorani e Lamorgese.

⁷⁶ V. Cass. S.U., 3.5.2013, n. 10299, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, 7-8, 1837; Cass. S.U., 23.2.2010, n. 4309, in *Foro it.*, 2010, 6, I, 1775, con note di Caponi, Dalfino, Proto Pisani, Scarselli; salvo che per le società di diritto singolare, v. Cass. S.U., 22.12.2009, n. 27092, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4031, con note di Pace e Santonastaso.

⁷⁷ V. anche Cass. S.U., 9.4.2010, n. 8429, in *Diritto e Giustizia online*, 2010, con nota di Natalini; Cass. S.U., 9.4.2010, n. 8438, in *Foro it.*, 2011, 2, I, 509.

⁷⁸ IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle*

giustifica la recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 25.11.2013, n. 26283⁸⁰, con riguardo alla responsabilità degli organi sociali delle società c.d. *in house* (a totale partecipazione pubblica, con divieto di alienazione delle partecipazioni stesse, aventi ad oggetto l'esercizio di servizi pubblici principalmente in favore dell'ente controllante, soggette al "controllo analogo" di questo), ove è affermata la giurisdizione della Corte dei Conti in quanto articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici autonomi⁸¹.

7. (Segue). Le società istituzionalmente senza scopo di lucro (soggettivo). La responsabilità sociale dell'impresa. Nascita ed evoluzione della teoria della *corporate social responsibility* nell'ordinamento statunitense. L'accoglienza della teoria in Europa e in Italia

Ancora a proposito dello scopo di lucro dobbiamo render conto di altri due fenomeni. Innanzitutto a livello normativo si prevede ed anzi si

società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica, in *Riv. dir. civ.*, 2006; II, 145; A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori delle società "pubbliche"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 521; STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI, *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, 343.

⁷⁹ MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. "pubblica": profili pubblicistici*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI, *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, 309.

⁸⁰ Edita, *inter alia*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, II, 5, con nota di Ibba.

⁸¹ In questo senso già la dottrina (v. il mio *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori*, *loc. ult. cit.*), per la quale la partecipazione pubblica totalitaria, con esercizio di una direzione e coordinamento nell'interesse del soggetto o soggetti pubblici che ne detengano il capitale, azzerate le potenzialità di ricambio del controllo a favore di privati (così per legge o per clausole statutarie) e non sussistendo quelle esigenze che richiedono di affidare alle leggi di mercato l'esercizio del potere giurisdizionale (e quindi la decisione se e quando agire in chiave risarcitoria recuperatoria), porta a disapplicare le regole privatistiche (del mercato) al punto da concepire una giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti.

In tal senso è apparso significativo l'orientamento del Consiglio di Stato sull'affidamento *in house* (C. St., sez. V, 30.8.2006, n. 5072; C. St., sez. II, 18.4.2007, n. 456/07, in *Giust. amm.*, 2007, 333 ss.), in conformità alle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia (Caso Brixen: C. Giust. CE, 13.10.2005, causa C-458/03, in *Giur. comm.*, 2006, II, 777 ss.) sull'affidamento di servizi pubblici locali a società controllate. Con riferimento alle società c.d. *in house* così come al tema più generale della responsabilità degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica, v. da ultimo MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di Vietti, Milano, 2014, 335 ss.

favorisce la costituzione di società istituzionalmente senza scopo di lucro soggettivo (come le società di gestione dei mercati regolamentati o di gestione accentrata degli strumenti finanziari: artt. 61 e 80 t.u.f.; le società-imprese sociali, che peraltro operano in qualunque settore produttivo: d.lg. n. 155/2006).

Inoltre, soprattutto sulla scena internazionale, prima e soprattutto grazie ad abbondante letteratura ed a *best practices*, si è sviluppata la c.d. *corporate social responsibility* o responsabilità sociale dell'impresa (di rilevanza, nel concreto, societaria). La tendenza si è virtuosamente messa in moto dall'esigenza di alcune società, spesso multinazionali, di promuovere programmi di donazioni principalmente destinate a sostenere ed incentivare azioni benefiche⁸².

La teoria della *corporate social responsibility* nasce e si sviluppa notoriamente nell'ordinamento statunitense come importante capitolo della *Corporate law*. Come è stato osservato, la convinzione che le imprese tendano a non cercare soltanto l'ottimizzazione dei risultati economici ma anche a rispondere ad un senso di responsabilità sociale nel senso di creare «un clima di fiducia reciproca (all'interno dell'impresa e nei rapporti esterni alla stessa), e la considerazione di questa fiducia come capitale collettivo, è radicata nella cultura economica e giuridica statunitense»⁸³.

Parallelamente allo sviluppo del concetto di “interesse sociale”, inteso come la sintesi degli interessi della (e legati alla) società medesima, delle varie componenti azionarie così come degli *stakeholders*⁸⁴, la teoria

⁸² Molte società farmaceutiche per esempio hanno attuato programmi per la ricerca e la formazione, in particolare in campo medico e scientifico, attraverso la concessione di borse di studio o la realizzazione di attività di supporto a strutture ospedaliere che possano necessitare – a titolo esemplificativo – di macchinari diagnostici.

⁸³ LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *ODC*, 2013, n. 1, il quale osserva che il punto di partenza del dibattito in materia viene spesso ricondotto a J.M. CLARK, *The Changing Basis of Economic Responsibility*, in *24 J. Polit. Econ.*, 1916, 209 ss., che «a sua volta sottolinea come l'idea della responsabilità sociale dell'impresa abbia ampie radici nella cultura dei secoli precedenti e sia stata solo apparentemente superata dalla rivoluzione liberista».

⁸⁴ Su cui v., per l'impostazione contrattualistica, MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale del socio nelle società di capitali*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1953, 92 ss.; SENA, *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. società*, 1956, 730 ss.; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. società*, 1958, 740 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 130 ss. nonché ID.,

della *corporate social responsibility* ha maturato crescenti consensi dagli anni ottanta sino ad oggi, proprio in virtù della cura di interessi “terzi” rispetto a quelli degli azionisti (appunto, gli interessi degli *stakeholders* nel senso più ampio) a cui essa istituzionalmente tende. In questa direzione vanno non soltanto riforme legislative recenti ma anche il moltiplicarsi degli strumenti di *soft law*⁸⁵, e la cura per gli aspetti inerenti alla *corporate social responsibility* nell’informazione societaria resa verso il pubblico dei risparmiatori così come nella pubblicità commerciale (definita appunto “socialmente responsabile”)⁸⁶.

Si rileva così che l’impegno alla costruzione ed al consolidamento della responsabilità sociale dell’impresa rappresenta ormai «un punto fermo nelle regole di governo delle grandi imprese, in tutto il mondo capitalistico; sicché il dibattito in materia dovrebbe vertere non tanto sul “*se*” quanto sul “*come*” questo impegno possa essere efficacemente realizzato»⁸⁷.

Tuttavia, la teoria nordamericana ha tardato ad affermarsi, almeno in un primo tempo⁸⁸, in Europa: e ciò sia per l’ispirazione “panprivatistica” della teoria in questione e la conseguente svalutazione del ruolo dell’intervento pubblico nella vita economica (intervento tipico degli

L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo), in *Giur. comm.*, 2000, n. 6, I, 795 ss. In chiave problematica ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 151 ss. Per l’impostazione istituzionalistica, pur con diversità di argomentazioni, v. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. società*, 1959, 618 ss.; COTTINO, *Contrattualismo ed istituzionalismo*, in *Diritto delle soc.*, 2005, 693 ss.; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 2003, 456 ss.

Più di recente, v. ANGELICI, *Note minime sull’interesse sociale*, in *Banca borsa*, 2014, n. 3, 255 ss.

⁸⁵ Così il progetto U.N. *Global Compact*, iniziato nel 2000 e che al dicembre 2011 coinvolgeva più di 6000 imprese, di 135 paesi diversi (dati dal sito www.unglobalcompact.org, richiamati anche da LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*, cit., n. 1).

⁸⁶ In tal senso LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*, in *ODC*, 2013, n. 1.

⁸⁷ Così LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*, cit., n. 1, rinviando a A. GILL, *Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda*, in 26 *Berkeley J. Int’l L.*, 2008, 452 ss.

⁸⁸ v. W. DÄUBLER, *Corporate Social Responsibility: A Way to Make Deregulation More Acceptable?*, in R. BLANPAIN, F. HENDRICKX (eds.), *Labour Law Between Change and Tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs (Bulletin of Comparative Labour Relations, 78)*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 49 ss., per il quale la dottrina della CSR «*is, before all, a means of propagandæ*».

ordinamenti europei), sia in ragione della sostanziale estraneità, rispetto ai modelli di *corporate governance* europei, di un approccio basato sull'esigenza di vigilare sulla discrezionalità gestionale degli amministratori, uno dei caposaldi della elaborazione nordamericana⁸⁹.

Ciononostante, e soprattutto in ragione della condivisione, a livello internazionale, dei suoi principi fondamentali⁹⁰, la teoria è stata presa in considerazione dalla Commissione Europea, così come nei vari ordinamenti nazionali, in vista di una sua possibile attuazione concreta.

In tutti gli ordinamenti si è consolidata una visione sostanzialmente comune, per cui la cura degli interessi diversi da quelli degli azionisti è appannaggio della discrezionalità gestionale degli amministratori e non può essere ostacolata dai medesimi azionisti⁹¹. Ciò è risultato coerente con la tendenza giurisprudenziale, anche negli ordinamenti dove prevale la teoria del *shareholder value*, appunto la cura esclusiva degli interessi degli azionisti, all'affermazione che «gli amministratori possano legittimamente privilegiare gli interessi di lungo periodo degli azionisti rispetto all'interesse alla massimizzazione immediata degli utili distribuibili e, in tale prospettiva di lungo termine, dare spazio alla tutela di interessi di *stakeholders*»⁹².

In Italia la teoria – come è stato rilevato – ha trovato discreta accoglienza solo tra gli economisti aziendali e tra diversi osservatori non giuristi. È stata sostanzialmente ignorata dalla riforma del 2003 (a differenza della riforma del *Companies Act* inglese del 2006, di poco successiva) e non accolta dalla dottrina⁹³.

Tuttavia, anche il quadro normativo italiano è cambiato recentemente con l'approvazione della l. 11.11.2011, n. 180 (c.d. statuto delle imprese) la quale individua, tra le proprie finalità (art. 1, 5° co.), quella di

⁸⁹ In tal senso LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit.

⁹⁰ Dovendosi fare riferimento alla cura degli interessi dei lavoratori e dei consumatori così come delle tematiche ambientali, recepite nei principi di governo dell'impresa.

⁹¹ In tal senso LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit.

⁹² LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit.; ID., *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. società*, 2009, 22. Cfr. anche ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici ed autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 159.

⁹³ LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit.

«promuovere l'inclusione delle problematiche sociali e delle tematiche ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese e nei loro rapporti con le parti sociali»: «si tratta di una proclamazione – netta, anche se generica – di recepimento della teoria della *corporate social responsibility*»⁹⁴.

Inoltre, all'art. 2, 1° co., lett. p), stabilisce il “principio” di “riconoscimento e valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di equità, solidarietà e socialità”. Si tratta di un importante segnale normativo della inclusione della tutela dei valori sociali attraverso il rispetto dei principi di equità, solidarietà e socialità nelle strategie d'impresa, la cui legittimità è fuori discussione, ma che, data la promozione legislativa, può iniziare a profilarsi come un vero e proprio dovere giuridico degli amministratori, volto al perseguimento di un interesse sociale allargato e sostenibile⁹⁵.

Peraltro, si è osservato che la l. n. 180/2011 rinforza ulteriormente l'adesione ai suddetti principi attraverso la disposizione dell'art. 4, 2° co., che dispone: «Le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale sono legittimate a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi». La norma non si riferisce agli interessi collettivi della categoria rappresentata (che sono oggetto della diversa disposizione del 1° comma dello stesso articolo), ma ai veri e propri interessi “diffusi”, riconducibili appunto a quelli degli *stakeholders*, per cui saremmo di fronte ad «un inedito strumento di sostituzione processuale, che dovrebbe – nelle intenzioni del legislatore – suscitare una virtuosa competizione fra imprese nella salvaguardia di interessi collettivi»⁹⁶.

⁹⁴ In tal senso LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit.

⁹⁵ V. invece LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, loc. ult. cit. per il quale non può dirsi sussistente un dovere degli amministratori di adottare tali criteri di comportamento, essendosi esaurito al momento il compito dell'ordinamento statale in un'attività “promozionale”.

⁹⁶ Così condivisibilmente LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., loc. ult. cit.

II. CONTRATTO DI SOCIETÀ E ORGANIZZAZIONE. TIPI E CLASSI; FORMA E PUBBLICITÀ; CONTRATTO PRELIMINARE; INVALIDITÀ. CONFERIMENTI**1. Il contratto di società¹**

È affermazione corrente quella che considera le società commerciali delle *strutture di persone e mezzi organizzate dall'autonomia privata per lo svolgimento di un'attività produttiva*². Questa descrizione³, ad onta della sua apparente semplicità, costituisce invero uno degli esiti attuali di un percorso che, dipanatosi negli scorsi decenni, ha condotto via via all'acquisizione (e al relativo) superamento di concetti tutt'altro che scontati.

Il tema della natura giuridica delle società ha infatti sollevato tra gli studiosi dibattiti appassionati, che, lungi dal potersi ritenere conclusi, hanno risentito sovente della cultura e dell'ideologia dell'epoca in cui gli stessi venivano a sorgere.

Che cos'è dunque una società? È principalmente a questo interrogativo che l'art. 2247 del codice civile si proponeva di dare una risposta e al quale, come si osserverà di seguito, in parte risponde ancora oggi.

Ma vediamo di procedere per gradi.

Volendo risalire nel tempo, si può rilevare come, a cavallo dell'emanazione del codice civile del 1942, la nostra dottrina, anche sulla base dell'accoglimento degli orientamenti emersi nell'ambito dei vari ordinamenti europei, avesse proceduto a formulare più di una teoria sull'essenza del fenomeno societario⁴. Non sono mancati dunque in Italia

¹ Il presente lavoro costituisce estratto, per le corrispondenti tematiche, dai più ampi studi destinati al volume AA.VV., *Le società in generale e di persone*, a cura di M. Avagliano, per la collana *Formulario notarile commentato*, diretta da G. Petrelli, di prossima pubblicazione per i tipi Giuffrè, Milano.

² Vedi per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, 1; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici, G.B. Ferri, Torino, 2010, 230; M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, II, Torino, 2014, 2.

³ Tale dovendosi considerare, data la sua indubbia genericità.

⁴ Si rimanda in argomento, diffusamente, anche per i riferimenti di carattere storico, tra gli altri, a: P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, 5 ss.; G. MARASÀ, *Le società**. *Società in generale*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 43 s. e 83 ss.; M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, I*, Torino, 2004, 19 ss.; e, per gentile concessione dell'autore, P. SPADA, *La società per azioni. Parte*

autori che, in aderenza alle impostazioni tedesche, e segnatamente del Kuntze e del Gierke, assegnavano all'atto costitutivo di società la natura di atto non contrattuale, e per la precisione di «atto complesso» o di «atto collettivo»⁵.

Si è progressivamente venuta a consolidare, in particolare con l'emanazione del nuovo codice civile, la concezione volta ad aggiudicare alla società la natura di vero e proprio «contratto»: in detti termini si esprimeva (e, pur «ritoccato» verso l'inizio degli anni novanta, si esprime d'altra parte ancora oggi), e con sufficiente chiarezza, il disposto dell'art. 2247 c.c.⁶.

generale, da pubblicarsi nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano; R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1975, 112 ss.; e già G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società. Tipi – costituzione*, Milano, 1953, 288 ss.

⁵ Il richiamo è alla nota concezione di F. MESSINEO, *La struttura della società e il cd. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 65 ss., e in *Studi di diritto delle società*, Milano, 1958, 15 ss., che gli riconosce quella di “atto collettivo unilaterale”; sebbene lo stesso, successivamente, anche ad esito delle modifiche legislative intervenute nel 1942, si sia orientato nel senso indicato dal nuovo codice: vedi ID., *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 139 ss.; per la natura non contrattuale dell'atto di società vanno richiamati anche A. DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937, 73, ora anche in *Studi di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 2009, 89; L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale. II. Società commerciali personali*, Padova, 1951, 200 ss.; e si osservino anche i dubbi sollevati da A. SCHERMI, *Conferimento in società, associazione in partecipazione e mutuo*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1418 ss.

⁶ Giova qui richiamare le incisive parole di P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 5 e ss., secondo il quale «che la società costituisca una particolare figura di contratto è affermazione della quale nessuno dimostra più di dubitare. E ciò non tanto in conseguenza della chiara attestazione fattane dell'art. 2247 quanto a causa del significato e del ruolo riconosciuto al contratto ed alla sua disciplina nel sistema positivo vigente»; il relativo dibattito è stato particolarmente prolifico di spunti argomentativi e conseguenze operative importanti, in tale sede e di seguito solo accennati, potendosi rammentare, nella letteratura sia anteriore che successiva all'emanazione del codice del 1942: T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Roma, 1936, 20 ss.; G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 1 ss., anche in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2001, 291 ss.; ID., *Il contratto di società commerciale. Requisiti, conclusione, vizi*, Milano, 1937, 31, anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2001, 33; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. II. Le società commerciali*, Milano, 1929, 25; P. GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1944, 81; ID., *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, 64 ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 21 ss. e segnatamente 26 ss.; G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 29; ID., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, X, 3, 1987, 118; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 57 ss.; V. BUONOCORE, G. CASTELLANO, R. COSTI, *Società di persone*, I e II, Milano, 1978, 5 ss.; V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995; ID., *Le società. Disposizioni generali*,

Non osta d'altronde ad una considerazione nei termini contrattuali anzidetti il diffuso impiego da parte del codice della dizione di «atto costitutivo»; tale diversa terminologia infatti, nel suo porre l'accento non tanto sul negozio in sé per sé considerato, quanto sul documento che lo stesso racchiude, non deve indurre ad assegnarvi una qualificazione di diversa natura⁷.

1.2. Società, contratti plurilaterali con comunione di scopo e contratti associativi

Alle società sono state ascritte le norme sui contratti *plurilaterali*, e segnatamente di quelli *con comunione di scopo* e a rilevanza esterna; il

ibidem, Milano, 2000, 37 s.; C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.B. FERRI, C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 300 ss., nonché in *Tratt. Colombo-Portale*, I *, Torino, 2004 (da cui le citazioni nel testo), 99 ss.; ID., *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 403 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2009, 125 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007, 11 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, a cura di O. Cagnasso, con la collaborazione di A. Bertolotti, Padova, 2011, 21; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO, R. WEIGMANN, M. SARALE, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. Cottino*, III, Padova, 2004, 11 ss.; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli-Roma, 2004, 81 ss.; ID., *Diritto delle società*, Milano, 2011, 11; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 195 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 3; A. BERLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. Rescigno*, XVI *, Torino, 2008, 87 ss.; in giurisprudenza, tra le varie, si vedano: Cass., 14.4.1997, n. 3195, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2803 s.; e in *Riv. notariato*, 1997, II, 875 ss.; Cass., 1.3.1973, n. 561, in *Dir. fall.*, 1973, II, 915 ss.; Cass., 7.4.1950, n. 942, in *Foro it.*, 1950, I, 691 ss., con nota di P. G.

⁷ Vedi P. GRECO, *Le società*, cit., 64; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 24 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 31 e 380; ID., *Le società*, cit., 119; di recente G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 52, che ritengono che l'atto costitutivo altro non sia altro che il modulo documentale attraverso il quale si esprime l'assetto contrattuale voluto dai soci ai fini dell'adempimento degli obblighi di natura pubblicitaria. Né particolare rilievo deve conferirsi a detti fini alla modifica intervenuta sempre con il nuovo codice, che ha sostituito all'affermazione dell'art. 1697 del codice civile del 1865 «la società è un contratto (...)», quella attuale «con il contratto di società (...)»: come si vedrà di seguito – a fronte delle precisazioni che si compiranno, al successivo § 1.5, in tema di costituzione di società per atto non prettamente contrattuale, ma bensì unilaterale, per scissione e comunque per espressa previsione di legge – detta qualificazione mantiene una sua autonoma consistenza.

contratto di società è stato quindi a sua volta ricompreso tra i *contratti associativi*⁸.

Dette categorie sono contrassegnate dal perseguimento di uno scopo comune (c.d. scopo-fine), che trova la propria realizzazione ad esito

⁸ Può rammentarsi come su dette tematiche la dottrina risulti particolarmente ampia, ad eco del vivace dibattito sorto già in precedenza all'emanazione del codice del 1942; l'inquadramento come contratto plurilaterale si deve innanzitutto a T. ASCARELLI, *La liceità dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 258 s. (in nota a Cass., 27.11.1930); ID., *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, 439 ss.; ID., *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, cit., 21 ss.; ID., *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 265 ss.; ID., *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 260 ss.; ID., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 245 ss.; ID., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 325 ss.; a G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società*, cit., 1 ss.; ID., *Il contratto di società commerciale*, cit., 31 ss.; ID., *Appunti di diritto commerciale. Imprenditori e società*, Napoli, 1946, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2001, 53 ss.; nonché a G. FERRI, *La società come contratto*, in *Dir. e prat. comm.*, 1943, I, 6 ss.; ID., *Delle società*, cit., 30; ID., *Le società*, cit., 118 ss.; ID., *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 678 ss. Sui contratti associativi il richiamo è alla notissima opera di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, *passim*, e in particolare 216 ss. Aderiscono alle suddette impostazioni anche: I. LA LUMIA, *La "atipicità" nelle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, 224; G. SENA, *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. società*, 1956, 730 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 35 e 80 ss.; V. BUONOCORE, G. CASTELLANO, R. COSTI, *Società di persone*, cit., 5 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 6 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale. I*, cit., 126 s.; e, sul rilievo «meta-individuale» di tali contratti, ID., *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 95 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 9 ss. e 36 ss., che rammenta come il contratto di società costituisca la fattispecie più rilevante, quantomeno per ampiezza di disciplina, dei contratti plurilaterali con comunione di scopo; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 195 ss., anche per una ricomprensione tra i «contratti di collaborazione»; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 14 ss.; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 81 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 64 e 11; F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 1996, 1 ss. In senso peraltro contrario ad una netta identificazione del contratto di società come contratto plurilaterale, quale categoria autonoma rispetto a quelli unilaterali e bilaterali o sinallagmatici, sebbene consideri lo stesso comunque come un contratto di comunione di scopo, si confronti, R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 123 ss., segnatamente, 131; e si veda anche P. GRECO, *Le società*, cit., 74 ss.

Per l'inquadramento del contratto di società tra i contratti plurilaterali con comunione di scopo si segnalano, nella giurisprudenza decisamente prevalente, tra le altre: Cass., 4.12.1995, n. 12487, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 722 ss.; Cass., 26.10.1995, n. 11151, cit.; Cass., 4.5.1993, n. 5180, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 741 ss.; Cass., 27.2.1976, n. 639, in *Giur. comm.*, 1977, II, 469 ss., con nota di E. M. CERASA, *Rescissione per lesione enorme e contratto di società*; in *Riv. dir. comm.*, 1977, 279 ss., con nota di V. PENNACCHIO, *Contratto di società e azione di rescissione per lesione enorme. I – Contratto di società e corresponsività*; e in *Dir. fall.*, 1976, II, 394 ss.; Cass., 17.1.1969, n. 94, in *Mass. Giur. it.*, 1969, 46.

dello svolgimento di un'attività ulteriore rispetto all'adempimento dell'obbligazione di conferimento (c.d. scopo-mezzo). Ne deriva, da un lato, che le prestazioni dei consoci possano anche essere di diverso ammontare o comunque disomogenee; e, dall'altro, che l'eventuale invalidità, o comunque vizio, che colpisca una o più partecipazioni, non si estenda all'intero contratto, salvo che dette partecipazioni non debbano ritenersi essenziali (artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.⁹). Il che non esclude che anche i contratti stipulati tra soli due soci siano, in quanto potenzialmente e tendenzialmente aperti a più di due parti, comunque riferibili a tale categoria¹⁰. Conclusione che, *mutatis mutandis*, può valere anche in relazione a fattispecie di costituzione unilaterale¹¹, ove meno agevole potrebbe apparire il discorrere in termini di plurilateralità e di comunione di scopo.

Va rammentato come l'inquadramento tra i contratti plurilaterali con comunione di scopo sia emerso principalmente nella contrapposizione

⁹ Detta essenzialità, salvo che espressamente o comunque con sufficiente nitidezza disposta dai soci, viene considerata ricorrente in tutte quelle ipotesi in cui, senza la partecipazione di quel socio, sia impossibile conseguire l'oggetto sociale: M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 895, che soggiunge come detta valutazione vada compiuta con riferimento al momento della stipulazione del contratto; G. PALMIERI, *Conferimenti immobiliari e invalidità nelle società di persone*, in *Riv. società*, 1992, 1419 ss.; G. FIGÀ-TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 40; e si veda inoltre, per l'attenzione prestata anche al profilo "quantitativo" della stessa, T. Biella, 29.7.1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 257 ss., con nota di G. COTTINO, *Note minime in tema di nullità di società di persone*; e anche T. Biella, 9.7.1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 69 ss.

¹⁰ A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 30; T. ASCARELLI, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., 275; ID., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, cit., 352 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 80 s.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 22 s., che non esclude possa essere considerato plurilaterale anche quel contratto che, per propria natura aperto alla partecipazione di un numero indiscriminato di soci, ne riguardi, almeno all'inizio, soltanto due; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 10 s., che ricorda come il problema si sollevi anche in relazione alle società costituite da soli coniugi in comunione legale dei beni; ma per la tendenziale inapplicabilità, anche sotto il profilo pratico, della disciplina dettata per tali contratti alle società costituite da non più di due soci, si confrontino: V. SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 836 ss.; G. FERRI, *Società di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 609 ss.; ID., *Delle società*, cit., 35 s.; ID., *Le società*, cit., 125; P. GRECO, *Le società*, cit., 74 ss.; R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 123 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 125; sullo scarto che si genera tra «*plurilateralità* del rapporto e *pluripersonalità* della compagine sociale», si rinvia a P. SPADA, *La società per azioni. Parte generale*, cit.

¹¹ Come si vedrà di seguito, al § 1.5.

alle tesi, più risalenti, volte a distinguere, nella composizione di un conflitto di interessi, le prestazioni assunte in termini di (diretta e reciproca) corrispettività¹²; sì da porre il problema di quale sia la disciplina effettivamente applicabile quando non si debba, come nei contratti sinallagmatici, disporre di diritti, quanto bensì organizzare e regolare un'attività¹³. Il che non comporta che debba giocoforza asserirsi una totale «incompatibilità» tra comunione di scopo e (un qualche seppur minimo) carattere corrispettivo delle prestazioni dei soci¹⁴, laddove si

¹² A favore, invece, E. SIMONETTO, *Il contratto di società come contratto a prestazioni corrispettive*, in *Dir. fall.*, 1977, I, 196 ss.

¹³ La differenziazione con le figure dei contratti di scambio è stata per lo più frutto dell'ampio lavoro di indagine condotto da P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 70 ss., 146 ss. e 219 ss.; si confronti anche A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 30 s., che rileva come nella categoria dei contratti con comunione di scopo unico sia l'avvenimento che soddisfa tutti i contraenti, mentre nei contratti di scambio gli stessi sono diversi a seconda dell'una o dell'altra prestazione; esclude, di recente, che vi sia corrispettività tra le obbligazioni dei soci, e questo sia nella fase genetica, che in quella funzionale e di attuazione dello scopo comune, A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 108; e vedi, in una prospettiva diametralmente rovesciata, V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531 ss.; in giurisprudenza negano carattere corrispettivo al contratto di società, tra le altre: Cass., 9.9.2002, n. 13063, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1645 s.; e in *Riv. notariato*, 2003, II, 186 ss.; Cass., 4.5.1993, n. 5180, cit.; di diverso avviso, anche se più isolata e con riferimento all'associazione, Cass., 2.3.1973, n. 579, in *Mass. Foro it.*, 1973, 161; e si vedano anche le decisioni in materia di rescissione, di cui di seguito, alla quale è legata la presente tematica.

¹⁴ Si osservino sul punto i rilievi di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 240 ss.; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., 262 s., sulla ravvisabilità nel contratto di società anche di un conflitto di interessi antagonistici; R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 133; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 12 s., il quale rammenta come rimanga comunque rilevante la questione degli eventuali conflitti di interesse tra soci; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 14 s.; e per l'idea che la comunione di scopo non escluda la corrispettività, si confronti F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 82; e ID., *Diritto delle società*, cit., 11; e P. GRECO, *Le società*, cit., 72 ss., il quale nel respingere tale carattere rileva come invero nella correlazione tra le obbligazioni dei consoci, e non nella commutatività o corrispettività, può rinvenirsi un carattere sinallagmatico del contratto di società; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 22, che ritiene come un aspetto di commutatività sia presente anche nel contratto con comunione di scopo, ma con ciò lo stesso non diviene comunque un contratto a prestazioni corrispettive; rileva come con i contratti con comunione di scopo, che considera comunque, in un certo qual modo, contrapposti a quelli di scambio, si realizzi comunque, nella prospettiva dello scopo comune, anche un interesse individuale, G. FERRI, *Le società*, cit., 120 s., in tal modo puntualizzando l'imprecisione concettuale che accompagna la formula «contratti con comunione di scopo»; vedi anche sul tema le rapide e incisive precisazioni già compiute da F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 450 s.; si esprime in termini di «sinallagma per partecipazione», S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, 20.

considerino le stesse come strumentali allo svolgimento dell'attività programmata, e dunque al perseguimento dello scopo (comune) ultimo della società¹⁵.

1.3. La disciplina generale delle società: tra regole societarie e diritto dei contratti

È noto come la disciplina comune alle società di persone si ritrovi contenuta non in un capo apposito riservato alle società in generale, quanto bensì, per la gran parte, in quello dedicato alla società semplice: quanto dettato per il tipo più elementare verrà dunque ad applicarsi, per effetto dei rinvii operati dagli artt. 2293 e 2315 c.c., anche alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, fatte salve le specifiche norme per tali ultimi tipi disposte¹⁶. È di tutta evidenza come dette previsioni possano rivelarsi in concreto carenti o comunque insufficienti a regolare contesti così potenzialmente ampi quali possono essere quelle inferenti alle società e allo svolgimento delle corrispondenti attività. Il problema acquista poi connotazioni differenti a seconda della classe di società, di persone o di capitali¹⁷, cui esso inerisce: la presenza per queste ultime di un diritto scritto di più ampia portata, di più minute e dettagliate prescrizioni, rende di fatto rilevante la questione soprattutto per le società personali¹⁸. Sorge dunque la questione se, in caso di lacu-

¹⁵ Cui conseguirebbe, peraltro, una non del tutto netta o comunque univoca identificazione dell'oggetto della corrispondente controprestazione, che viene dunque individuato nel conseguimento dello scopo comune: A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 35; nel diritto agli utili: G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, cit., 53; A. JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2010, 83; ovvero ancora, nella partecipazione alla società e dunque nello *status* di socio che ne deriva: V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 100 s.); dovendosi tuttavia nettamente che il sinallagma intercorra tra le diverse prestazioni dei soci: G. FERRI, *Delle società*, cit., 34, che ritiene che lo stesso non si ponga tra le obbligazioni assunte dai soci, ma tra queste e la realizzazione dello scopo sociale; e vedi anche F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 11, secondo cui il nesso di corrispettività non deve più essere raffigurato come rapporto tra soci, quanto bensì intercorrente tra la posizione di ogni socio e lo spazio organizzativo a ciascuno di essi pertinente.

¹⁶ A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 76.

¹⁷ Sulle quali classi si rinvia al successivo § 2.3.

¹⁸ C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 193 ss.

ne od omissioni della corrispondente disciplina, sia possibile far riferimento a regole di natura ancora più lata, o comunque residuale.

Dall'accoglimento della prospettiva contrattuale rilevata, si ritiene comunemente *estensibile nei riguardi delle società la disciplina generale del contratto*, laddove non si ponga in contrasto con le situazioni ricavabili dall'emersione e dall'attuazione dello scopo comune, e comunque ove non derogata da norme o principi *ad hoc* del diritto societario¹⁹. Il che non toglie d'altronde come, soprattutto alla luce del dibattito sul carattere corrispettivo o meno del contratto di società, si dubiti dell'applicabilità nei riguardi del medesimo di alcune delle norme sulla *rescissione*²⁰,

¹⁹ Si vedano, tra gli altri: G. FERRI, *Le società*, cit., 122 e 126, che richiama in particolare la disciplina in tema di capacità, requisiti, effetti e interpretazione, oltre a quella relativa agli eventuali vizi, sebbene poi avverta come non divengano applicabili a detti contratti le classificazioni attinenti ai corrispondenti profili funzionali; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 323 ss., e a 29 s., laddove mette in evidenza, anche a livello comparato, la distanza tra società e tradizionali contratti tipici; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 213; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 14 ss. e 125 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 22; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 5 e 169; rileva la diversità di prospettive rispetto a quelle negoziali consuete e l'abbandono delle prospettive individualistiche, con particolare attenzione a quanto scaturente dal disposto di cui all'art. 2332 c.c., C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, 183 ss.; ID., *Rapporti contrattuali di fatto*, in G.B. FERRI, C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, cit., 264 e 268; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 322, nt. 67; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 267; per una recente indagine sulla disciplina da applicare in relazione ai diversi vizi che possono riscontrarsi con riguardo al contratto di società, A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 109 ss.; ritiene tuttavia che il solo precetto della materia contrattuale concretamente applicato sia quello dell'esecuzione in buona fede, E. GINEVRA, *Premesse a uno studio sulla rilevanza non contrattuale della società*, in *Soc., banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarone Alibrandi, I, Torino, 2014, 276; ricorda d'altra parte come la disciplina delle società non sia funzionale all'esecuzione di un atto negoziale, quanto bensì ad una struttura organizzativa e alla correlata attività, M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, cit., 13. In giurisprudenza si confronti Cass., 20.8.1990, n. 8492, in *Giur. comm.*, 1992, II, 408 ss., con nota di E. RIMINI, *Sulla natura e sulla funzione dei conferimenti di beni in proprietà nella società per azioni*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 719 ss., con nota di F. ADDIS, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*.

²⁰ Sebbene poi detta azione finisca sovente per essere, alla fin fine, in qualche misura ammessa, anche in virtù del riconosciuto carattere commutativo che il contratto di società, sebbene in maniera più sfumata o indiretta, si è visto, comunque deterrebbe. Si segnalano in dottrina, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 353 ss., che evidenzia la distinzione nel caso in cui l'attività sia o meno iniziata; A. BORGIOLO, *Contratto di società e rescissione*, in *Riv. società*, 1978, 421 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, IV, 2, Torino, 1980, 590, nt. 30; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 22; e A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 112 s., che ritiene più realisti-

e sulla *risoluzione* dei contratti²¹, né del *termine ad adempiere*, della *diffida ad adempiere* o dell'*eccezione di inadempimento*²².

Numerosi dubbi ha poi suscitato l'applicazione al contratto di società (soprattutto di capitali) della disciplina in tema di *simulazione*, tendenzialmente negata dall'opinione più diffusa²³.

ca l'ipotesi della rescissione del contratto concluso in stato di bisogno; si vedano tuttavia P. GRECO, *Le società*, cit., 119, che l'ammette esclusivamente per quanto previsto dall'art. 1447 c.c.; si segnalano altresì i rilievi effettuati da G. FERRI, *Delle società*, cit., 129 ss., che riscontra un ostacolo nel principio desumibile dal divieto di patto leonino ex art. 2265 c.c.; ID., *Le società*, cit., 125 s. In giurisprudenza si richiama Cass., 27.2.1976, n. 639, cit. Assegna poi, quantomeno con riferimento all'incertezza che insorge sull'entità degli utili e delle perdite, natura aleatoria al contratto di società, M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 91 s.

²¹ Di regola sconfessata, anche e soprattutto a fronte della asserita specialità della disciplina in tema di esclusione del socio: M. PERRINO, *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*, Milano, 1997, 142 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 341 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 5; A. BERLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 116; ma si confrontino tuttavia i rilievi compiuti da G. AULETTA, *Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 522 ss., anche in *Scritti giuridici*, VI, Milano, 2001, 179 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 35; ID., *Le società*, cit., 286, quantomeno fin tanto che la società permanga sul piano puramente contrattuale; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 16 s. e 38 s.; e per la risoluzione per eccessiva onerosità vedi P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 351 s.; S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 24 s. In giurisprudenza, di norma più netta nell'escluderla, si segnalano: Cass., 21.11.2001, n. 14629, in *Soc.*, 2002, 1246 ss., con nota di D. Proverbio, *Brevi note in tema di rapporto tra sociale e parasociale*; Cass., 4.12.1995, n. 12487, cit.; Cass., 8.3.1961, n. 458, cit.; Cass., 21.11.1959, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1960, I, 222 ss.; e in *Foro it.*, 1960, I, 222 ss.; T. Milano, 22.10.1990, in *Soc.*, 1991, 221 ss., con nota di A. PATELLI, *Risoluzione per inadempimento del contratto sociale*; T. Milano, 2.6.1988, in *Giur. comm.* 1990, II, 699 ss., con nota di M. PERRINO, *Sull'inammissibilità della risoluzione del contratto di società*; T. Milano, 17.1.1985, in *Soc.*, 1985, 509 ss.

²² Vedi sul tema G. FERRI, *Delle società*, cit., 34; ID., *Le società*, cit., 124 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 84 s.; A. DE ROSA, *La costituzione, i conferimenti, il capitale*, in L. BALESTRA, A. DE ROSA, F. GRADASSI, F. MARIANI, *La s.n.c.*, Torino, 2004, 16 s.; Cass., 4.5.1993, n. 5180, cit.; Cass., 8.3.1961, n. 458, cit.; Cass., 20.2.1954, n. 466, in *Giust. civ.*, 1954, I, 361 ss.; e in *Dir. fall.*, 1954, II, 184.

²³ Non ritengono possa esser fatta valere la simulazione di una società iscritta, sulla base della rilevanza anche organizzativa dell'atto costitutivo e di quella solo obbligatoria della contro-dichiarazione: C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 260 s., nonché 191 ss., trattando di oggetto illecito stabilito con accordo separato; ID., *Note in tema di interposizione fittizia e società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 683 ss. (in nota a T. Roma, 19.11.1975); e ID., *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, 2, Torino, 1985, 233 s.; P. ABBADESSA, *Nullità della società per mancanza dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 1, cod. civ.)*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 174 s.; A. BORGIOI, *La nullità delle società per azioni*, Milano, 1977, 354 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1201 ss. (in nota a Cass., 1°12.1987, n. 8939); G.B. PORTALE, *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in *Tratt. Colombo*

Portale, I ***, Torino, 2004, 638, nt. 154; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 171, nt. 53; G. PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 61 ss., che tuttavia fa salva la simulazione della singola partecipazione sociale; ID., *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, I *, Torino, 2004, 514 ss.; M.L. VITALI, *sub art. 2332*, in *Comm. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2007, 259; A. BERTOLOTTI, *Il procedimento di costituzione*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, I, Torino, 2013, 689 ss.; M. SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Torino, 2006, 441 ss.; ID., *sub art. 2332*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'Alessandro, II, 1, Padova, 2010, 91 ss.; M. AVAGLIANO, *sub art. 2332. Nullità della società*, in questo *Commentario*, § 3; e già, tra le posizioni meno recenti: T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, cit., 91 s.; G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, cit., 225 ss., nonché in *Scritti giuridici*, I, cit., 245 ss.

In giurisprudenza negano rilievo alla simulazione, in particolare se relativa a società di capitali iscritte presso il Registro delle imprese: Cass., 16.4.2003, n. 6100, in *Soc.*, 2003, 1353; Cass., 28.4.1997, n. 3666, in *Giur. comm.*, 1998, II, 193 ss., con nota di R. GUIDOTTI, *Questioni in tema di simulazione e società di capitali*; nonché ibidem, 443 ss., con nota di M. CIAN, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*, cit.; Cass., 28.9.1994, n. 7899, in *Foro it.*, 1995, I, 2, 1527 ss., con nota di A. Zucco; Cass., 9.7.1994, n. 6515, in *Giur. comm.*, 1995, II, 625 ss., con nota di L. SANTA MARIA, *Ancora sul tema della simulazione di una società per azioni*; Cass., 17.11.1992, n. 12302, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 1703; Cass., 14.5.1992, n. 5735, cit., 461 ss.; A. Genova, 13.12.1997, in *Soc.*, 1998, 782 ss., con nota di A. PAGLIANI, *Estraneità della simulazione alle cause di invalidità delle società di capitali*; A. Milano, 9.9.1994, in *Soc.*, 1995, 531 ss., con nota di A. PAGLIANI, *Inapplicabilità dei principi della simulazione alle società di capitali*; T. Milano, 12.3.1992, in *Soc.*, 1992, 1091 ss., con nota di G. DI CHIO, *Simulazione del contratto costitutivo di società di capitali*; esclude altresì la simulazione in materia di conferimenti, Cass., 17.7.2013, n. 17467, in *Giur. comm.*, 2014, II, 198 ss., con nota di A. FOTTICCHIA, *Simulazione e conferimento in natura nelle società di capitali*. Si sono posti a favore della simulazione nelle società, tra gli altri: P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 766 ss.; ID., *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 119 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 73 ss. e 721 s., che ricorda come appaia eccezionale nel campo delle società personali quella assoluta; G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. notariato*, 1987, I, 652 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 78; ma vedi tuttavia i rilievi compiuti in ID., *Le società*, cit., 891; G. MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 571 ss. e 612 ss.; ID., *Comunione di mero godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 166 ss., in nota a Cass., 1.12.1987, n. 8939; ID., *Le società*, cit., 206 s., che faceva rientrare tuttavia la simulazione nell'ipotesi, ora soppressa, di «mancanza dell'atto costitutivo», di cui all'art. 2332, 1° co., n. 1, nel previgente testo; V. RICCIUTO, *La simulazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*, II, Torino, 2006, 1640; e in giurisprudenza: Cass., 20.6.2000, n. 8368, in *Soc.*, 2001, 55 ss.; Cass., 20.3.1997, n. 2465, in *Giur. it.*, 1998, I, 90 ss., con nota di S. LUONI, *Note in tema di simulazione del contratto di società di capitali*; Cass., 1.12.1987, n. 8939, in *Giur. comm.*, 1988, II, 495 ss., con nota di E. IOZZELLI, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*; in *Giust. civ.*, 1988, I, 1246 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 159, con nota di G. MARASÀ, *Comunione di mero godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità*, cit.; T. Catania, 19.4.1999, in *Soc.*, 1999, 1225 ss., con nota di M. LEOCATA, *Società di persone, incapacità, simulazione e trasformazione in società di capitali*; T. Verona, 14.10.1986, in *Foro it.*, 1987, I, 2, 1903 ss., con no-

Al contratto di società viene altresì attribuita *natura tipicamente consensuale*: lo stesso si perfeziona, e dunque la società (non di capitali) viene a sorgere, per effetto della sua mera stipulazione, o comunque del raggiungimento del relativo accordo: si prescinde dunque dall'esecuzione dei conferimenti dovuti, essendo sufficiente a tal fine, salva diversa volontà, la loro mera assunzione²⁴.

Il contratto di società configura dunque un *contratto aperto* o a *struttura elastica* (art. 1332 c.c.), tendenzialmente idoneo ad accogliere nuovi soci ovvero ad assistere all'*exit* di quelli preesistenti, senza che ciò importi scioglimento del vecchio contratto e sostituzione con uno nuovo; oltre che preordinato (e non giocoforza all'unanimità²⁵) alla stessa modifica del suo contenuto²⁶. Altri dati caratterizzanti sono stati infine ravvisati nel configurare lo stesso come un *contratto di durata*, stante l'esercizio continuativo che, in linea di principio, deve accompagnarne lo svolgimento dell'attività, nonché *oneroso*, a fronte dell'inderogabilità dei conferimenti per tutti i soci²⁷.

Sono richiamabili le norme sul contratto in materia di *interpretazione*; sebbene sia da prediligere il ricorso ai criteri di natura oggettiva²⁸,

ta di L. CALVOSA, *Sulla simulazione di società in nome collettivo e sulla sua inopponibilità al fallimento*.

²⁴ Si confrontino sul tema: P. GRECO, *Le società*, cit., 37; R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 131; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 85; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 96; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 84; ID., *Diritto delle società*, cit., 64; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 198; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 6; E.E. BONAVERA, *Il contratto di società*, in AA.VV., *Le società di persone*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, s.l., 1999, 6; in giurisprudenza si veda Cass., 15.4.1992, n. 4569, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 625; sull'applicazione del principio consensuale al contratto di società, in particolare in relazione ai conferimenti promessi, si richiama G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. società*, 1970, 913 ss.

²⁵ Sulla dissociazione anche nelle società personali tra natura contrattuale e regola di unanimità, con conseguente ammissibilità del principio di maggioranza, si veda G. MARASÀ, *Le società*, cit., 13; e più ampiamente si richiamano P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995; nonché M. AVAGLIANO, *La società in forma corporativa*, in *Società in generale e di persone*, a cura di M. Avagliano, cit., anche per ulteriori riferimenti.

²⁶ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 88 s.

²⁷ P. GRECO, *Le società*, cit., 72 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 90 s.; A. DE ROSA, *La costituzione, i conferimenti, il capitale*, cit., 17; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 4.

²⁸ Si rinvia in dottrina agli approfonditi contributi di C. ANGELICI, *La costituzione della so-*

mentre discussa è l'utilizzabilità del comportamento successivo alla conclusione del contratto²⁹.

È opinione ormai consolidata che *l'esecuzione* del contratto di società debba avvenire, oltre che nel rispetto del principio di trattamento paritario dei soci, nell'osservanza dei *canoni generali di correttezza e buona fede* (artt. 1175 e 1375 c.c., nonché art. 1366 c.c. in tema di interpretazione)³⁰.

cietà per azioni, cit., 230 ss.; ID., *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 797 ss., e in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 3 ss.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 247 s.; nonché a C. IBBA, *L'interpretazione degli statuti fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 525 ss.; D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 339 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 14 s.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 23 s.; sul tema ampiamente A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002; più isolata oltre che risalente, l'opinione di M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 90, secondo il quale dovrà farsi riferimento all'intenzione dei consoci che parteciparono alla originaria formazione della società.

In giurisprudenza si confrontano su tali questioni: Cass., 16.6.2011, n. 13234; Cass., 13.12.2006, n. 26683, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Società*, n. 614, 222; Cass., 2.4.1999, n. 3166, in *Giust. civ. Mass.*, 741; Cass., 11.3.1997, n. 2174, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 382; Cass., 10.12.1996, n. 10970, cit., in materia di società per azioni e a favore di criteri obiettivi; Cass., 7.12.1982, n. 6683, in *Mass. Foro it.*, 1982, 1306 s., sull'applicazione dei criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c.; e Cass., 13.1.1976, n. 89, in *Mass. Foro it.*, 1976, 22 s., sebbene in materia di associazione non riconosciuta.

²⁹ A favore si pongono sostanzialmente D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., 345 ss.; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 386; C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, cit., 231; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 15; A. Milano, 28.11.1997, in *Giur. it.*, 1998, 1201 ss.; Cass. 18.1.1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, 1214 ss., in tema di contratto preliminare di società; nonché in *Giur. comm.*, 1988, II, 321 ss., con nota di C. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo, contra* G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società, Tipi - costituzione*, cit., 329; Cass., 10.12.1996, n. 10970, cit.

³⁰ Si richiamano, relativamente ad un argomento di tale delicatezza, tra gli altri: A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. società*, 1959, 628 ss.; G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 629 ss.; e in *Scritti giuridici*, II, *Diritto delle società*, Padova, 1992, 347 ss.; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 286 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 10; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991; C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole della correttezza*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 1013 ss., e, con specifico riferimento alle società di persone, a 1020; ID., *Scioglimento anticipato di società e buona fede contrattuale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, 105 ss., e in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, cit., 225 ss.; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, III **, Torino, 1992, 1 ss.; F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, cit., 4 ss.; P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, 334 ss. (in nota a Cass. 26.10.1995, n. 11151); G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 54 e 344 ss.; F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo*

È infine di regola considerata *inapplicabile la disciplina in tema di clausole vessatorie*³¹.

1.4. Società e organizzazione

Si è visto come appaia risultato acquisito, ad esito della codificazione del 1942, che le società, in particolare quelle di persone, abbiano, quantomeno in linea di principio, matrice contrattuale³². Se è indubbio dunque che alla base delle società si ponga un atto di autonomia privata, occorre anche osservare come la preordinazione allo svolgimento dell'attività economica che ne costituisce oggetto, al programma che alla società si è inteso assegnare, nondimeno svela la rilevanza «oggettiva» che assume per il fenomeno societario il regolamento che viene posto in essere dai soci, e dunque il dato organizzativo³³: «al centro del sistema

diritto delle società. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Torino, 2006, 131 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 55 ss., anche per una visione slegata dal contratto; G.B. PORTALE, "Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des juges", in *Europa e dir. priv.*, 1999, 153 ss.; e vedi anche L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, 156 ss.; ID., *Le modifiche del contratto di società di persone tra vecchi e nuovi problemi*, in *Notariato*, 2008, 690; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, 104 ss.; ancora F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: contratto, impresa e società nel pensiero di Angelici*, in *Giur. comm.*, 2013, 486 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 671 ss.; e con riferimento al diritto civile in generale, si rinvia al noto saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 232. Detta impostazione ha trovato accoglimento anche in giurisprudenza: Cass., 26.10.1995, n. 11151, cit.; Cass. 21.12.1994, n. 11017, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1670 s.; T. Milano, 2.6.2000, in *Foro it.*, I, 3638 ss., con nota di L. Enriques; T. Como, 1.6.2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, 125 ss., con nota di C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, più in generale in tema di canone generale di buona fede e correttezza, nonché di abuso del diritto: Cass., 23.1.2012, n. 874; Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Cass., S.U., 15.11.2007, n. 23726; Cass., 16.10.2003, n. 15482.

³¹ Vedi tra gli altri: P. RESCIGNO, in *Riv. arb.*, 1991, 13 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 18; Cass., 30.3.1981, n. 1826, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 699.

³² G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 242.

³³ Per il valore riconosciuto all'«organizzazione», nel suo essere strumentale alla predisposizione di norme funzionali alla disciplina e allo svolgimento dell'attività e della serie indefinita di atti giuridici che ne conseguono, si vedano in particolare gli scritti di: P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 128 ss., 170 ss., 188 ss., 242 ss. e 323 ss.; C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 88 ss. e 353 ss.; ID., *La costituzione della società per azioni*, cit., 229 s.; ID., *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 978 ss.; ID., *Le basi con-*

non si pongono più i singoli soggetti e ciò che consente di predicare con riferimento ad essi uno “scopo comune”, bensì l’attività che essi svolgono e la struttura organizzativa mediante la quale svolgono»³⁴. I relativi effetti pertanto non si esauriscono al momento della sua conclusione, del perfezionamento del relativo negozio, né restano circoscritti alle parti: essi sono invero destinati, in virtù di quanto si è venuto a creare, oltre

trattuali della società per azioni, cit., 124 ss.; ID., *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, 1, Torino, 2006, 5 ss.; ID., *Variazione su responsabilità e irresponsabilità del socio*, cit., 54 ss.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 201 ss., nonché *ivi*, a 55 e 203 s., per il riferimento delle situazioni soggettive dei soci alle figure del *potere* e dell’*onere*, anziché a quelle tradizionali del diritto soggettivo e dell’obbligo; P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., 127 ss.; e ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 99, secondo il quale prende il nome tecnico di organizzazione «il complesso delle regole che prescrivono *come si decide* e *come si dichiara*»; e che rammenta (p. 117), come l’organizzazione sia «funzionalmente neutra», ma non «casuale», le relative regole venendo predisposte in funzione del risultato che si è programmato; e si confronti anche la disamina critica compiuta in ID., *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti Associativi di Paolo Ferro Luzzi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 143 ss.; nonché ID., *Destinazioni patrimoniali ed impresa (patrimonio dell’imprenditore e patrimoni aziendali)*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 333; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 204; ma anche G. FERRI, *Delle società*, cit., 29; ID., *Le società*, cit., 5 e 118 ss.; P. GRECO, *Le società*, cit., 64; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 8 ss.; P. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 123 ss.; D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., 58 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 4, ove rammenta come i contratti associativi e di società siano soprattutto «contratti di organizzazione di una futura attività», e 53 ss. e 157 s.; sull’organizzazione nelle società di persone, si veda anche: F. VASSALLI, *Responsabilità d’impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, 211 s.; e V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 19 ss.

La preminenza assegnata all’«attività» programmata trova un preciso riscontro anche nella giurisprudenza, che non ha mancato di evidenziare la peculiarità di tale negozio, appositamente convenuto per lo svolgimento di un’attività economica; si vedano, tra le altre: Cass., 10.12.1996, n. 10970, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1519 ss., con nota di S. LUONI, *Note in tema di qualificazione ed interpretazione dell’atto costitutivo di una società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 31 ss., con nota di M. SCIUTO, *La clausola atipica di s.p.a. fra “mancanza” e “nullità parziale” dell’atto costitutivo*, e, *ibidem*, 111 ss., con nota di C.E. PUPO, *Riqualificazione e nullità nella società per azioni*, in *Soc.*, 1997, 539 ss., con nota di A. LAMORGESE, *Riqualificazione e conversione di s.p.a. in s.r.l.*; in *Vita notarile*, 1997, 892 ss.; Cass., 26.10.1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329 ss., con note di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*; e in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 449 ss., con nota di M. Amitrano; per una valutazione del rilievo organico della società, sebbene al fine di confutare la natura corrispettiva del contratto di società, Cass., 8.3.1961, n. 458, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 414 ss., con nota di L. GUGLIELMUCCI, *Sul diritto all’accertamento giudiziale dello scioglimento di società di persone*.

³⁴ C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., 8.

che a prolungarsi nel tempo, superandone il dato storico, a riflettersi sulle situazioni dei terzi (si pensi alla distinzione, in virtù dell'autonomia patrimoniale, sia essa perfetta o meno, tra classi di creditori, personali e sociali). Dal che si è rilevata la necessità di una «cooperazione» tra autonomia privata e ordinamento, non essenziale nell'ambito dei contratti di scambio e ben più rilevante in quello dei contratti associativi: ciò in quanto, nell'ottica della «spersonalizzazione» della vicenda societaria, solo essa consente, travalicando il dettato dell'art. 1372 c.c., di conferire quel peculiare carattere «oggettivo» alle regole poste³⁵. La divaricazione tra regole tipicamente contrattuali e principi propri del diritto societario si manifesta poi, in maniera ancora più evidente, in un'altra disposizione sistematicamente fondamentale, ossia l'art. 2332 c.c., in tema di nullità della società (di capitali); norma alla cui specifica trattazione fattane di seguito espressamente si rinvia.

Le società dunque hanno sempre rilevanza esterna³⁶. Alle società di persone, tuttavia, negatosi per lo più che, anche ad esito del procedimento di iscrizione presso il Registro delle imprese, competa la personalità giuridica³⁷, viene ormai riconosciuta, anche in virtù delle modifiche

³⁵ Si rinvia sul punto alle nitide pagine di C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 201 ss., nonché 222 s. e 240 ss.

³⁶ Vedi per tutti G. MARASÀ, *Le società*, cit., 6 ss.

³⁷ A differenza di quanto inequivocabilmente disposto in tema di società di capitali: artt. 2331, 1° co., 2454 e 2463 3° co., c.c.; e si leggano, in tema di personalità giuridica, per quanto di tale concetto sia stato attenuato con il tempo il rilievo, tra gli altri: G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, 41 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989; G. FERRI, *Le società*, cit., 77 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 129 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 101; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 45; P. SPADA, *La società per azioni. Parte generale*, cit.; per una valutazione delle società personali in relazione al novero delle persone giuridiche in virtù della normativa rispettivamente applicabile, si vedano: T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e sua portata*, in *Problemi giuridici*, 1, Milano, 1959, 247 s.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 44 ss.; R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 287; le reputano invece, sostanzialmente, delle comunioni qualificate o comunque delle situazioni caratterizzate essenzialmente da rapporti interoggettivi: P. GRECO, *Le società*, cit., 200 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 224 ss.; G. FERRI, *Le società*, cit., 83; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 157 ss.

In giurisprudenza si segnalano: Cass., 23.5.2006, n. 12125, in *Soc.*, 2007, 300 ss., con nota di C. DI BITONTO, *La liquidazione della quota del socio premorto nelle società di persone*, Cass., 1.8.1990, n. 7663, in *Soc.*, 1991, 185; Cass., 27.5.1988, n. 3629, in *Giust. it. Mass.*, 1988, 491; Cass., 13.12.1984, n. 6535, in *Foro it.*, 1985, I, 1, 1751 ss.; Cass., 16.3.1984, n. 1814, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, I, 586 s.; Cass., 3.9.1982, n. 4809, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1737.

legislative intercorse, una «soggettività» giuridica piena³⁸. Imprenditore è dunque la società, e non i soci, che costituiscono soggetti distinti dall'ente ormai formato, «organizzato», e la responsabilità (illimitata) dei quali si atteggia quale responsabilità per fatto altrui³⁹. Ne consegue che alle società vada riconosciuta una generale capacità giuridica e di agire, con eccezione di quelle situazioni o atti che presuppongono che si compia un riferimento (esclusivamente) ad una persona fisica⁴⁰.

È discusso infine se per aversi impresa sia sufficiente la mera costituzione di una società, a prescindere dalla rilevanza dello svolgimento di un'attività economico-professionale e la predisposizione di un (minimo di) organizzazione ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁴¹; ovvero se detti presupposti

³⁸ W. BIGIAMI, *Sulla qualità d'imprenditore del socio illimitatamente responsabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, 300; V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 201 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 116 ss.; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 65; ID., *Diritto delle società*, cit., 50; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 47 ss.; D. REGOLI, *L'organizzazione delle società di persone*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2012, 35 s.; in giurisprudenza: Cass., 27.8.2014, n. 18409; Cass., 12.12.2007, n. 26012, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, II, 409 ss., con nota di G.B. BARILLÀ, *Fideiussione prestata dal socio di società in nome collettivo per obbligazioni contratte dalla società: autonomia patrimoniale e rafforzamento delle garanzie ai creditori*; Cass., 16.1.2009, n. 1040, in *Giur. it.*, 2009, 639 ss., con nota di G. COTTINO, *Due recenti pronunce in tema di scioglimento del vincolo sociale e liquidazione della quota: con qualche annotazione a margine*; Cass., 17.1.2007, n. 1045, in *Foro it.*, 2007, I, 1, 3156 ss., con nota di A. M. PERRINO, *Soggettività della società di persone e responsabilità dell'amministratore*; Cass., 26.7.2002, n. 11051, in *Giur. it.*, 2003, I, 290 ss., con nota di M. Tessera Chiesa; Cass., S.U., 26.4.2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2000, II, 397 ss., con nota di V. BUONOCORE, *La liquidazione della quota agli eredi del socio defunto e lo psicodramma della soggettività delle società di persone: un contributo positivo della Corte Suprema*; Cass., 5.11.1999, n. 12310, in *Soc.*, 2000, 303 ss., con nota di A. FUSI, *Sulla responsabilità del socio di società personali: fideiussione e "beneficium excussionis"*; Cass., 15.2.1999, n. 1231, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 340; Cass. 11.3.1998, n. 2676, in *Giur. it.*, 1998, III, 2099 ss., con nota di G. Cottino; Cass. 2.12.1993, n. 11956, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 195 ss., con nota di G. G.; e in *Soc.*, 1994, 330 ss., con nota di G. MARVULLI, *Società di persone: soggetto giuridico distinto e separato?*

³⁹ E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 39 e 53 ss.; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967 (rist. Milano, 2005), 309 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 48.

⁴⁰ Per l'ammissibilità della capacità a donare delle società, nell'incidenza per lo più con le tematiche della responsabilità degli amministratori e, in relazione alle società di persone, della non estraneità all'oggetto sociale, si veda, di recente, A. RUOTOLO, *Atti gratuiti e scopo lucrativo*, Studio n. 26/2010/T, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 15.4.2010, in C.N.N., *Studi e materiali*, 3/2010, Milano, 2010, 807 ss.

⁴¹ G. FERRI, *Le società*, cit., 62 s., che ritiene come il requisito dell'organizzazione sia implicito nella costituzione stessa della società; E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, 343 ss.; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, 228; e si con-

siano da ritenere comunque indispensabili perché possa considerarsi realizzata una fattispecie avente rilevanza imprenditoriale⁴². Detta tematica involge la dibattuta questione sull'ammissibilità di una *società occasionale*, o per il compimento di un unico, singolo atto od operazione: situazione questa, in particolare ove caratterizzata dalla mancanza di un programma unitario, cui la dottrina, anche se con diverse sfumature e distinguo, e seppur talvolta accolta dalla giurisprudenza⁴³, tende a dare una risposta negativa⁴⁴.

Il profilo funzionale che caratterizza la società, e dunque la finalizzazione della propria attività (e dell'organizzazione con e per la medesima creata) alla produzione e alla distribuzione di utili⁴⁵, la distingue d'altra parte da quelle ulteriori figure associative, che, benché generanti anch'esse un'organizzazione a supporto di un'attività, siano connotate da scopi di natura diversa⁴⁶. Quanto precede si ricollega all'ulteriore

fronti G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 1, che ritiene necessario il profilo dell'esercizio in comune di attività economica, ma non quello della professionalità; in giurisprudenza: Cass., 28.4.2005, n. 8849, in *Giust. civ.*, 2006, I, 902 ss.; Cass., 23.7.1998, n. 7209, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1574; Cass., 4.11.1994, n. 9084, in *Giust. civ.*, 1995, I, 110 ss.

⁴² V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 187 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 21 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 11; e vedi anche G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 114 ss.; e in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici. I*, Padova, 1992, 246 ss., nella concezione dell'impresa quale manifestazione non tanto di «autonomia», quanto piuttosto di «iniziativa».

⁴³ Cass., 7.8.1982, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1617 s.; Cass., 29.5.1979, n. 3074, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 1328; Cass., 17.12.1968, n. 4009, in *Dir. fall.*, II, 1969, 647; ma *contra*, se relativa ad un singolo affare, Cass., 29.12.2009, n. 27564.

⁴⁴ A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 64; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 13 e 20; E. BOCCHINI, *Società occasionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1993, 1 ss.; G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Società occasionale*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 989 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in *Tratt. Buonocore*, sezione I, 4, Torino, 2001, 132; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 11 s., a fronte di società senza impresa, costituita per l'esercizio di un'attività obiettivamente non duratura; G. FERRI, *Le società*, cit., 60 s., che esclude che possa parlarsi di società *unius negotii* in un sistema che dà rilievo, con riferimento all'oggetto della società, allo svolgimento della sua attività; ma vedi anche E. ZANELLI, *Società occasionali?*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 523 ss.

⁴⁵ Almeno per quanto concerne le società lucrative: pone tra i tanti l'accento sulla ripartizione del guadagno, G. FERRI, *Delle società*, cit., 65.

⁴⁶ In tema di *funzione* dell'iniziativa, ovvero dell'attività giuridica, e dunque del «perché ci si associa», più in generale sulle varianti funzionali dell'iniziativa comune, si rinvia alle lezioni di P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 95 ss., di cui, a 97: «*comune è l'iniziativa* (o come dice l'art. 2247 c.c., comune è l'attività) *se due o più agenti giuridici (persone o enti) programmano un risultato e la sua destinazione*».

consapevolezza che il negozio di società, nonostante la forte tentazione di neutralità insita nel suo modello che in qualche modo può ritenersi di base, e le vistose eccezioni previste tuttavia pur sempre per legge⁴⁷, non ravvisi, per scelta positiva dell'ordinamento, uno schema causale dai termini sì astratti da poter attrarre a sé ogni fenomeno in senso lato associativo, quale che ne sia la funzione o lo scopo⁴⁸. Il che non toglie che dello stesso non possa cogliersene una certa duttilità, o comunque un'evoluzione rispetto agli assetti come originariamente intesi dal legislatore. A seguito della riforma dei consorzi del 1976, il codice civile ci testimonia come il paradigma societario si riveli quantomeno «ambivalente», nel prestare veste organizzativa sia ad un programma di natura lucrativa che ad un programma consortile (art. 2615 *ter c.c.*)⁴⁹. Mentre

⁴⁷ Tra i provvedimenti più recenti si segnalano le peculiari disposizioni in tema di impresa sociale (d.lg. 24.3.2006, n. 155), che per gli scopi loro prefissati, possono utilizzare qualsiasi tipo sociale, fermo restando il divieto di distribuire, anche indirettamente, utili. Si rinvia in argomento a G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, Torino, 2013, 232, che ritiene detto provvedimento eccezionale e che dunque non possa comunque ritenersi superato, a livello generale, il vincolo della destinazione egoistica degli utili derivante dall'art. 2247; e vedi anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 30 s.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. II. Società*, Torino, 2009, 9; in senso contrario, invece, E. GINEVRA, *L'impresa sociale: verso un'evoluzione del sistema*, in *Riv. società*, 2007, 1249 ss. e per l'inferenza con gli ambiti cui si è appena fatto cenno, si segnala, in tema di responsabilità sociale dell'impresa, l'interessante ricognizione compiuta da C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 159 ss.

⁴⁸ Si confrontino sul dibattito sulla necessità o meno dello scopo di lucro, e dei limiti che lo stesso incontra, con prospettive ed esiti non coincidenti: G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 25 ss.; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, cit.; ID., *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione*, cit., 219 ss.; P. SPADA, *Società. II. Tipi di società: in generale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1993, 8; e vedi anche F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 3, che rileva come a fronte del carattere comune dell'attività, si sia assistito ad un affievolimento dello scopo di lucro, degradando verso la «sufficienza dello scopo egoistico».

⁴⁹ Sul punto, con riferimento alle s.p.a., si richiama, G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione*, cit., 221 ss. In detti casi è lecito allora domandarsi se la società debba detenere veste necessariamente plurilaterale; o anche, ma con evidente minor senso, trattando di realtà consortili, unilaterale. Più in generale, in tema di consorzi e società consortili, si segnalano: A. BORGIOLO, *Consorzi e società consortili*, Milano, 1985; P. SPADA, *Funzione e organizzazione consortile tra legge e prassi contrattuale*, in *Riv. dir. impresa*, 1990, 251; G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990; R. FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008, 264 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Le società di*

invero, ove si volga lo sguardo alla legislazione speciale e ai diversi diritti singolari, lo stesso si riveli funzionalmente «polivalente»⁵⁰, come testimoniato dalle società di capitali costituite, per legge o volontà dei privati, per scopi altruistici o comunque altri rispetto alla lucratività, per l'erogazione di servizi pubblici, per finalità di utilità sociale e via dicendo.

1.5. Contratto di società e costituzione per atto non contrattuale

Le società sono dunque caratterizzate dalla strutturazione di un'organizzazione funzionale allo svolgimento di un'attività. Se dunque questa è la prospettiva, risulta allora più agevole ricondurvi quelle figure ove, almeno a stretto rigore, difetti una matrice «puramente», *ictu oculi*, contrattuale, e che rappresentano una (sempre più consistente) breccia, un apparente *vulnus* all'affermazione, sinora condotta, che la società abbia natura e origine siffatte. Appartengono a detto novero quelle ravvisabili in tema di società a responsabilità limitata e per azioni costituite per atto unilaterale⁵¹ (mentre l'evenienza della unipersonalità sembra ancora positivamente negata, almeno con riguardo alla fase genetica – argomenta *ex artt.* 2247 e 2272, 1° co., n. 4 – alle società di persone⁵²); nonché degli enti sorti ad esito di procedimenti di scissione con costituzione di nuova società; ovvero della trasformazione degli enti pubblici creditizi (l. 30.7.1990, n. 218 e d.lg. 20.11.1990, n. 356), o di altre

capitali consortili tra “nuove” soluzione e “vecchi” problemi. Appunti con particolare riferimento alle società consortili a responsabilità limitata, Studio d'Impresa 187/2011-I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 31.5.2012, in C.N.N., *Studi e materiali*, 4/2012, Milanofiori Asago, 2012, 1119 ss.; e di recente, per gentile concessione dell'autore, M. TOMASSI, *Società consortili in generale e società consortili a base personale*, in *Società in generale e di persone*, a cura di M. Avagliano, cit.

⁵⁰ Sulla polifunzionalità della società (per azioni), che considera un modello a «geometria variabile», si rimanda, di recente, a P. SPADA, *La società per azioni. Parte generale*, cit.

⁵¹ Si veda sul punto P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 98; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 9 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 5 ss.; nonché, sulla tematica: G. OPPO, *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 183 ss.; e in *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici. VI*, Padova, 2000, 361 ss.; M.S. SPOLIDORO, *La legge sulla s.r.l. unipersonale*, in *Riv. società*, 1993, 97 ss.; I. CHIEFFI, *La nuova s.r.l. unipersonale*, in *Riv. società*, 1994, I, 525 ss., e ID., *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996; C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, 1995; R. WEIGMANN, *Società di un solo socio*, in *Digesto comm.*, XIV, Torino, 1997, 209 ss.; I. CAPELLI, *La società con un solo socio*, Padova, 2012.

⁵² Si confronti, per tutti, M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 57, nt. 6.

situazioni disciplinate da provvedimenti di natura singolare, quali, ad esempio, quelli in tema di privatizzazione⁵³.

La natura di fondo estravagante delle suddette deroghe, specificamente previste dal legislatore, ne ha favorito una considerazione in termini di «eccezionalità»: cui è conseguito che, secondo parte della dottrina, le società mantengano tuttora in linea di principio (o comunque potenzialmente), fonte e origine contrattuali; e ciò con salvezza delle singole ipotesi previste dalla legge, le quali ultime, appunto, in quanto tali, eccezioni e non regola rimangono⁵⁴.

Non può d'altra parte omettersi di constatare che ad esito della riforma societaria del 2003 si sia ormai disciplinata a tutto campo, quantomeno con riguardo alle società di capitali, proprio la figura della società unipersonale (artt. 2325, 2° co., 2328, 1° co., 2462, 2° co., e 2463, 1° co., c.c.); sì da poter dubitare che la stessa rappresenti un'ipotesi effettivamente marginale, e non invece posta, quanto meno a livello giuridico oltre che concettuale, su un piano di ideale parità rispetto a quella pluripersonale. Conclusione quest'ultima cui sembra condurci la stessa lettera della legge, laddove essa oggi dispone, testualmente, senza operare distinzioni di sorta, che la società (per azioni e a responsabilità limitata⁵⁵) possa essere costituita «per contratto o per atto unilaterale»

⁵³ Si osservino il d.l. 31.5.1994, n. 332, convertito con l. 30.7.1994, n. 474; nonché il d.l. 5.12.1991, n. 386, convertito con l. 29.1.1992, n. 35; e l'art. 15 del d.l. 11.7.1992, n. 333, convertito con l. 8.8.1992, n. 359; ovvero in materia di «Patrimonio S.p.a.», di cui all'art. 7 del d.l. 15.4.2002, 63, convertito con l. 15.6.2002, n. 112; in argomento anche F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 79 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 12 ss.; e sulle società legali, «obbligatorie» e «coattive», C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992; ID., *Società legali e società legificate*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1993, 1 ss.; P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte generale*, cit., 127 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, 2, Torino, 2004, 20 ss.

⁵⁴ G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 26; A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 98; considera comunque le società, sia pure con i distinguo rilevati, enti associativi a base contrattuale, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 3; e si vedano anche i rilievi di G. OPPO, *Società, contratto, responsabilità*, cit., 184 ss.

⁵⁵ Per la società in accomandita per azioni, composta da un solo socio (accomandatario), si vedano gli spunti in M. AVAGLIANO, *Della società in accomandita per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, Supplemento 1/2003, Milano, 2003, 299; G. FERRI jr., *sub art. 2452*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Giuseppe Nicolini, A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1339, nt. 70; e M. STELLA RICHTER jr., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle*

(artt. 2328, 1° co., e 2463, 1° co., c.c.)⁵⁶: sancendone dunque e al contempo la unitaria origine e, si crede, consistenza⁵⁷. D'altra parte ciò conferma e sottolinea l'autonoma rilevanza di quel profilo organizzativo, già esaminato al precedente paragrafo, rispetto all'elemento comunque negoziale posto a sua fonte⁵⁸.

Non a caso è stato efficacemente affermato che le soluzioni collaudate per le iniziative collettive lucrative trovano applicazione anche quando l'iniziativa non è comune, quanto bensì individuale⁵⁹; detti rilievi inquadrandosi a pieno titolo in quella (attuale) tendenza volta a (ri)dare centralità alla prospettiva dell'impresa⁶⁰. Ne discende come in maniera

società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 1, Torino, 2006, 273.

⁵⁶ Si osservi comunque sul punto, ancora, A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 93 s., sul cambio di prospettiva a seguito della riforma del 2003; e G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 25, sulla parificazione di fatto tra le due forme negoziali.

⁵⁷ E vedi C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 196, nt. 6, sul superamento dell'esigenza di un autonomo trattamento per la costituzione per atto unilaterale e più in generale del dubbio sulla qualificazione della società come «contratto» ovvero «negoziato»; ovvero a seconda dei casi, di legge, di atto unilaterale o amministrativo.

⁵⁸ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 242.

⁵⁹ P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 98, il quale rileva come «nella prospettiva della coesenzialità della funzionalizzazione di un'attività giuridica al processo di entificazione (...) non deve meravigliare più di tanto che, nella legislazione più recente, si dia spazio ad un ente, gli si attribuisca la nomenclatura delle formazioni associative (lo si chiami "società") e lo si disciplini in conformità di questa o di quella società anche quando *l'iniziativa non è comune ma è individuale*»; considera «concettualmente non ripugnante» la presenza dell'unico socio, financo nelle società di persone, in particolare laddove ci si muova nella prospettiva della società-organizzazione, F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 10 s., rilevando, da un lato, l'artificialità dell'esprimersi in termini di comunione di scopo, e dall'altro dunque la maggior adeguatezza nel ravvisare l'essenza del fenomeno in una destinazione di beni ad uno scopo pre-stabilito, con conseguente effetto separativo dei patrimoni; e si segnalano sul tema anche le interessanti notazioni compiute a suo tempo da C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 314 ss., sulla plausibilità della costituzione di una società anonima composta da un solo socio. Si confronti dunque G. MARASÀ, *La s.p.a. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione*, cit., 235, laddove rileva come oggigiorno lo scopo «comune» assume per lo più un significato negativo, come «impossibilità o, meglio, divieto, di realizzare scopi incompatibili con la legge».

⁶⁰ Si legga, tra gli altri, P. SPADA, *C'era una volta la società ...*, in *Riv. notariato*, 2004, 12 s.; ID., *La provvista finanziaria tra destinazione ed attribuzione, in Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di G. Zanarone*, diretto da P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca, Torino, 2011, 5 ss.; ID., *Destinazioni patrimoniali ed impresa*, cit., 333; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 21 ss.; ID., *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., 5 ss., anche per una considerazione

quanto mai evocativa si sia fatto notare che «c'era una volta la società...»: in principio era in effetti così, c'era quella classicamente intesa, del simposio finalizzato a far profitti e a dividerli, della prospettiva dell'iniziativa collettiva speculativa⁶¹. Di seguito, man mano che ci si spostò sugli ambiti propri dei mercati finanziari e delle grandi società per azioni, è divenuta sempre meno riscontrabile la connotazione del «sodalizio», mentre ha assunto sempre più rilievo il versante della grande impresa organizzata, e dei modelli posti a sua disposizione⁶². Si fa strada una concezione della società, in particolare di quella per azioni e più in generale di capitali, come «forma organizzativa dell'impresa oggettivamente considerata», e non dei soggetti che in via collettiva la compongono e svolgono le funzioni dell'imprenditore⁶³.

E non sfugge di certo che, ragionando in tal modo, si venga ad ampliare la distanza dalla «nozione» (già) contenuta all'art. 2247 e ci si avvicini a quella descrizione generica di società compiuta all'inizio di tali riflessioni. La riforma del diritto societario in fin dei conti ha preso atto, constatato, ancor più che esaltato, detta tendenza, moltiplicando il numero di modelli e codici organizzativi, alternativi alla società tradizionalmente concepita, collettivi e individuali, posti a disposizione di tali istanze: residuando dunque essenzialmente per le società di persone l'eventuale dizione di «impresa collettiva» (almeno relativamente alla fase genetica), dovendosi invece adoperare per quelle di capitali la qualifica di «impresa societaria»⁶⁴.

Quanto sinora rilevato non esclude tuttavia che, con tali precisazioni, il medesimo art. 2247 – o comunque quanto, con i dovuti adattamenti,

dell'impresa come «ragione sistematica», oltre che politica, del diritto societario; condivide l'impostazione di sistema del diritto societario come diritto dell'impresa M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 206, reputandola comunque «un ammodernamento (e un arricchimento, sul piano sostanziale), della teoria della società/istituzione».

⁶¹ P. SPADA, *C'era una volta la società ...*, cit., 2, che denota come sino alla fine degli anni settanta l'immagine socio-culturale e la rappresentazione giuridica della società collimavano.

⁶² Sempre P. SPADA, *C'era una volta la società ...*, cit., 3 s.; e vedi F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 5 s., che rileva come attività economica, scopo egoistico e organizzazione si presentano come i connotati costanti della società.

⁶³ C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., 14.

⁶⁴ Si richiamano sul punto ancora le considerazioni svolte da P. SPADA, *C'era una volta la società ...*, cit., 4 s., riprese anche da F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 7 ss., che sottolinea come ci sia società anche in assenza di una pluralità di partecipanti.

dallo stesso discendente – possa in buona misura riferirsi pur nei confronti di questi peculiari contesti: anche in tale prospettiva può d'altronde incastonarsi, al di là degli intenti del legislatore, la variazione della sua rubrica da «nozione» a «contratto di società», in virtù del d.lg. 3.3.1993, n. 88⁶⁵. E ciò non tanto con riguardo alla fonte – quantomeno negoziale, se non, addirittura, in una concezione più ampia di quella tradizionale, comunque contrattuale – in virtù della quale dette realtà abbiano tratto origine, quanto piuttosto in funzione del suo portato più propriamente precettivo, consistente nel fissare il contenuto minimo necessario, e dunque quegli elementi assolutamente essenziali – *in primis*: conferimenti, svolgimento di attività produttiva e scopo comune – perché una fattispecie societaria, sia essa a base collettiva o individuale, possa riconoscersi e ritenersi sussistente⁶⁶.

1.6. Verso il superamento della prospettiva contrattuale?

La società dunque non cambia natura a seconda che vi partecipino uno o più soci. A livello più generale, e dunque prescindendo dalle questioni relative alla mera fase costitutiva, si è tuttavia percepita e denunciata la difficoltà di far rientrare la fattispecie in esame nei ristretti ambiti che al contratto si sono assegnati dalla tradizione: i fenomeni di

⁶⁵ Su tale modifica si confrontino: G. MARASÀ, *Le società*, cit., 52 s., che ritiene come con essa si sottolinei che l'enunciato dell'art. 2247 si applichi in linea di principio alle sole società di origine contrattuale, ma che ciò non nega che possa avere rilevanza anche con riferimento alle società non contrattuali; e vedi, già sul tema, ID., *La nuova nozione di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 1005 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 25; M.S. SPOLIDORO, *Sul capitale delle società di persone*, in *Riv. società*, 2001, 792, nt. 5; A. BERLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 91 s.; M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, cit., 10; e già M. PORZIO, *La rubrica dell'art. 2247 del codice civile*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 1000 ss.; C. IBBA, *La nuova rubrica dell'art. 2247 c.c.*, in *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, *Società*, Napoli, 1996, 365 ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 6 s., che ne evidenzia la logica di «spartizione» della normativa; sull'ingannevolezza di tale definizione unitaria, si confronti invece R. WEIGMANN, *Capitale, utili e riserve nella società di persone*, cit., 51.

⁶⁶ Per P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 29, quelli disposti dall'art. 2247 non costituiscono elementi «naturali» o derogabili; vedi anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 49; di recente M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, cit., 7; e si veda sul collegamento, per il tramite del disposto dell'art. 1324 c.c., alla disciplina in materia di contratti, G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 26; ancora, con riferimento alla norma appena richiamata, C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 196, nt. 6; in giurisprudenza, si veda, tra le altre Cass., 14.4.1997, n. 3195, cit.

«personalizzazione» e di «oggettivizzazione» che conseguono ad esito dell'iscrizione presso il Registro delle imprese e/o, in ambiti di società personali, dello svolgimento dell'attività, in particolare il regolamento organizzativo che ne origina e la sua rilevanza nei confronti dei terzi, impediscono di mantenere tutta la vicenda nell'ambito del solo fenomeno contrattuale usualmente inteso⁶⁷. Ne sono scaturite, da parte di alcuni autori, in relazione alla vicenda societaria, sia un'istanza di revisione profonda dello stesso concetto di contratto, rispetto a quello, considerato più circoscritto, consegnatoci dal IV Libro del codice civile; sia proposte, recenti, di superamento della medesima prospettiva contrattuale⁶⁸. Il che, almeno all'apparenza, si innesta anche nel mai sopito dibattito tra dottrine, meglio visioni, «contrattualiste» e «istituzionaliste», della società, in particolare per azioni⁶⁹.

⁶⁷ Ritieni che con il regolamento societario si concretizzi un fenomeno di superamento dei limiti di elasticità del contratto, C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 67 ss.; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 111 s.; e vedi, per una prospettiva che ritiene rafforzata per le società di capitali ad esito della riforma del 2003, M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 204.

⁶⁸ Si osservino, in tal senso, F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 12 ss.; e P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 9 s.; M. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, cit., 11; e si veda anche di recente E. GINEVRA, *Premesse a uno studio sulla rilevanza non contrattuale della società*, cit., 273 ss., che assegna allo stesso un ruolo di mero presupposto patrimoniale e di vicenda da cui scaturisce, di regola, al contempo e solo strumentalmente, la formulazione del regolamento organizzativo, da ascrivere piuttosto al settore della *property law*, dei diritti reali; ricorda, seppur incidentalmente, come frequente l'accostamento tra disciplina delle società e materia dei diritti reali, anche sotto il profilo del *numerus clausus* dei tipi societari, C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 214.

⁶⁹ Si rimanda, per un quadro del relativo dibattito, anche nella sua inerenza al tormentato tema dell'interesse della società e della tutela dei soci, in particolare di minoranza – in riferimento alla quale si richiamano anche le citazioni, in tema di abuso della maggioranza, di cui al paragrafo che precede, a: P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 13 ss.; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.; sempre in tema di interesse della società e degli azionisti, più di recente, M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006; AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010; ma anche, sul punto, tra gli altri: P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 70 ss.; C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 573 ss., ove evidenzia come non possa parlarsi di un omogeneo e aprioristico interesse sociale, potendo risultare ben più e diverse le posizioni sia tra gli stessi soci, sia con riferimento ai soggetti investiti del potere di amministrazione; ID., *Note minime sull'«interesse sociale»*, in *Banca, borsa*, 2014, I, 255 ss.; ancora, M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 199 ss.; in giurisprudenza: Cass., 17.7.2007, n. 15950, in *Soc.*, 2007, 1459 s.

Ritroviamo dunque, sotto un primo versante, chi propende per una prospettiva in cui il ruolo del contratto risulta in qualche misura emarginato, per la «fondamentale prevalenza, se non addirittura il completo assorbimento in essa dell'intera vicenda, di quel "significato organizzativo"»⁷⁰. Ne discende quella anzidetta necessaria cooperazione tra autonomia privata e ordinamento, capace di assegnare oggettività al regolamento posto⁷¹. Il contratto verrebbe ad assumere allora non tanto, di per sé, il valore di fatto di autonomia privata, quanto invero di quella disciplina, di quella forma funzionale perché quel fatto acquisisca rilevanza per l'ordinamento giuridico; ne discenderebbe che le alterazioni rispetto alla disciplina del contratto in generale appaiano di tale ampiezza e numero da porre, da un punto di vista «dogmatico», il fondato dubbio, di certo non banale, se quanto rilevato non privi «in definitiva di un concreto guadagno conoscitivo il riferimento alla figura del contratto e non suggerisca allora di abbandonarlo»⁷².

Si pone (idealmente) all'estremo opposto chi patrocina la collocazione della società per azioni essenzialmente fra gli atti di autonomia contrattuale, considerando tale sistemazione più idonea a riflettere la realtà della stessa – in quanto istituzione ma non organismo – e il suo essere funzionale allo sviluppo di una società capitalistica⁷³.

⁷⁰ C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 194.

⁷¹ Ancora C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 201 ss., nonché 222 s. e 240 ss.

⁷² C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 195 ss.; nonché ID., *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., a 7 ss., nella contrapposizione tra «contratto» e «persona»; e a 24, laddove si chiede se l'autonomia privata, oggetto di ampliamento con la riforma del 2003, non rilevi tanto nel suo valore di autonomia contrattuale, quanto bensì in quello di «autonomia d'impresa»; osserva acutamente M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 205, nt. 13, che la contrapposizione tra «contratto» e «persona», rilevata da Angelici, lungi dal richiedere, ad esito della riforma, l'individuazione di una terza via, finisce sostanzialmente per coincidere con quella tra «contratto» e «istituzione».

⁷³ In tal senso F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: contratto, impresa e società nel pensiero di Angelici*, cit., 480 ss. e in part. 500 s., il quale nondimeno non può esimersi, quasi amaramente, dall'attestare la perdita da parte della società per azioni di ogni identità istituzionale.

Detta posizione si ricollega, in qualche misura, a quelle, sviluppatasi soprattutto nel pensiero liberista nord-americano, conosciute come *nexus of contracts*; si richiamano in argomento, tra i numerosi contributi: F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996; C. MARCHETTI, *La «Nexus of contracts» theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000; sul tema si vedano anche i rilievi di C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 2 s.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 205 ss.;

Si innestano quindi nella discussione in oggetto, le riflessioni di chi, dopo aver rilevato la congruità della prospettiva contrattualistica nei riguardi della società di persone⁷⁴, nei confronti delle società di capitali e, in particolare, della società per azioni si pone nettamente a favore della concezione come «istituzione» (in senso debole)⁷⁵, ritenendo la stessa la più idonea ad assicurare l'efficienza della gestione dell'impresa medio-grande⁷⁶.

Qualunque sia l'esito di tali dibattiti, occorre tuttavia rilevare come le suddette concezioni, siano esse qualificate come «contrattualiste» o «istituzionaliste» o altro, anche alla luce dell'asserita compresenza, meglio ambivalenza nell'ambito della vicenda societaria, di un «rapporto contrattuale» e «significato funzionale»⁷⁷, hanno perso quel carattere di

e M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 206 s.

⁷⁴ M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 208.

⁷⁵ Si legga al proposito l'ottimo saggio di M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società*, cit., 669 ss., il quale, dopo aver sottolineato come gli strumenti del comportamento secondo buona fede e dell'abuso del diritto non coincidono con quelli, di stampo amministrativo, dell'eccesso di potere, ritiene che detta impostazione costituisca, a suo avviso, l'unica proposta in grado di pervenire ad una migliore ricostruzione del complesso delle norme sul sindacato degli atti di esercizio dei poteri interni; e già ID., *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 204 s.; ma vedi anche i rilievi di P. SPADA, *La società per azioni. Parte generale*, cit.

⁷⁶ Ancora M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 208 e a 201, dove segnala che la riferibilità delle diverse concezioni di impresa – quale forma di gestione collettiva pluripersonale e quale organizzazione produttiva stabile – rispettivamente alla classe delle società di persone e a quelle di capitali, rende prospettabile l'ipotesi che «le due grandi opzioni sistematiche che percorrono la storia del diritto societario (contrattualistica ed istituzionalistica) siano ambedue valide, ma si attaglino a realtà diverse; così in prima persona può pensarsi che la ricostruzione contrattualistica si adatti alle società di persone e quella istituzionalistica alle società di capitali»; e vedi anche G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma e del diritto societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 26 s., secondo il quale la società per azioni, cui va riconosciuta ormai una struttura imprenditoriale aperta, «ha chiaramente un prevalente carattere istituzionale e non contrattuale», sebbene poi «nella società pluripersonale emergono residui di contrattualità non facilmente coordinabili con una concezione istituzionale»; e G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppò)*, in *Riv. società*, 2005, 693 ss., che pur rilevando, a 708 s., indiscutibili germi ed elementi di natura istituzionalizzante, ritiene come in fondo perda di rilevanza, nel dibattito tra istituzionalismo e contrattualismo, il farsi paladini dell'una o dell'altra teoria; reputa invece che la concezione della società per azioni come istituzione vada ad attenuarsi notevolmente, D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law, modello comunitario*, in *Le grandi opzioni della riforma e del diritto societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 95.

⁷⁷ G. FERRI, *Le società*, cit., 6 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 193 s.

forte contrapposizione da cui furono caratterizzate nei tempi meno recenti e si mostrano oggigiorno sicuramente sceve dalle influenze ideologiche del passato⁷⁸. Si crede d'altronde che esse si caratterizzino, e distinguano, per lo più per il diverso punto prospettico da cui il fenomeno societario viene osservato⁷⁹: derivandone d'altronde la sensazione che le stesse afferiscano in definitiva a questioni forse più nominalistiche che concrete.

2.1. La tipicità delle società

L'art. 2247 c.c., come si è visto, detta la nozione generale (del contratto) di società, contribuendo ad individuarne le caratteristiche anche funzionali rispetto agli altri modelli associativi: esso identifica, quale ne sia la fonte, il «tipo società» unitario, minimale, distinguendolo al contempo dai modelli propri di altri istituti⁸⁰, quali quelli delle associazioni, o dei consorzi, con o senza attività rivolta all'esterno⁸¹.

⁷⁸ M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 201 s.

⁷⁹ Anche M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 200, rileva che le diverse prospettive teoriche colgono più aspetti della realtà, per cui deve osservarsi che «la dialettica fra la società come contratto e la società come istituzione rispecchia una corrispondente alternanza di fatti reali e di significati, che può cogliersi nella stessa teoria socio economica dell'impresa».

⁸⁰ In tema di varianti funzionali, o causali, dell'iniziativa comune, si richiama P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 96, che qualifica come società quella a carattere speculativo (in linea di principio, collettivo) ove il risultato programmato è l'utile prodotto da un'attività economica, destinato ad essere ripartito tra quanti hanno preso parte a detta iniziativa.

⁸¹ Più in generale, sulla tipicità degli enti societari, non può non richiamarsi la fondamentale opera di P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit.; ancora ID., *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 521 ss.; ID., *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 95 ss.; ID., *Società. II: Tipi di società: in generale*, cit., 1 ss.; ID., *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 703 ss.; ID., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss.; e in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 29 ss.; ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 101; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.; nonché M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., 1 ss.; sul tema inoltre C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 14 ss.; e ID., *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, 2, Torino, 1985, 197 s.; R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 95 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 100 ss.; ID., *Le società*, cit., 70 ss.; G. OPPO, *L'identificazione del tipo «società di persone»*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 619 ss., e in *Diritto delle società. Scritti giuridici, II*, Padova, 1992, 477 ss.; C. MONTAGNANI, *La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda giudiziaria*

Dunque la società può essere indagata a livello di tipo contrattuale generale, in quanto esprime un modello funzionale delineato, e per la precisione il programma di un affare (tendenzialmente) collettivo e speculativo⁸². Accanto al modello che si è detto funzionale possono tuttavia affiancarsi più schemi o codici organizzativi. A queste «subfattispecie» o «sottotipi»⁸³ fa più diretto riferimento l'art. 2249 c.c., e sono quelli normalmente denominati «*tipi di società*». Essi sono, per limitarsi a quelli di matrice codicistica: *la società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice, per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata; e dunque la società cooperativa e le mutue assicuratrici*⁸⁴.

Il rapporto intercorrente tra l'art. 2247 c.c., da un lato, e l'art. 2249 c.c., dall'altro, si dimostra fondamentale. Mentre la prima norma esprime la causa del contratto di società, e dunque la giustificazione funzionale del «perché» si crei la società, la seconda, introducendo la prospettiva organizzativa, ci evidenzia il «come» possa o debba modellarsi la concreta struttura societaria⁸⁵.

Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico coesistono dunque differenti forme di società, tutte tassativamente indicate dal legislatore.

ria, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 1 ss.; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 47 ss.; G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Torino, 2006, 55 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 49 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 9 ss.; U. LA PORTA, *Dal "tipo contrattuale" al "modello di società": autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Soc.*, 2002, 12 ss.

⁸² P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 97 ss.; ID., *Società. II Tipi di società: in generale*, cit., 1; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 64; ma sull'inesistenza di una nozione generale di società, si veda M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 27; per la coerenza con la regola generale sulla meritevolezza degli interessi dell'art. 1322 c.c., si veda P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 369 ss.; e ancora P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 77, per l'accostamento al 2° co. della norma appena richiamata.

⁸³ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 27; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 247.

⁸⁴ Sul dibattito se la cooperativa rientri tra le società disciplinate dall'art. 2247 c.c., vedi P. SPADA, *Società. II Tipi di società: in generale*, cit., 7; e si confronti già G. FERRI, *La cooperativa come società*, in *Riv. società*, 1957, 249 ss.; T. ASCARELLI, *Cooperativa e società: concettualismo giuridico e magia delle parole*, *ibidem*, 397 ss.; G. OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 369 ss., e in *Diritto delle società. Scritti giuridici. II*, Padova, 1992, 494 ss.

⁸⁵ P. SPADA, *Società. II Tipi di società: in generale*, cit., 2; e vedi anche ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 95 ss.; e ID., *La tipicità delle società*, cit., 97 ss.; M. SCIUTO, *sub art. 2247*, in AA.VV., *Codice commentato delle società*, a cura di N. Abriani, M. Stella Richter, Torino, 2010, 15.

Il principio del “numero chiuso” dei tipi sociali appare consolidato nel pensiero tradizionale e desumibile dallo stesso disposto dell’art. 2249 c.c.⁸⁶. Ciascun tipo, prefigurato nei suoi tratti essenziali, risulterebbe dunque caratterizzato da elementi organizzativi tali da, oltre che contraddistinguerlo rispetto ai restanti modelli, agevolare la scelta dei soci in ordine allo schema che in concreto appaia più adeguato allo svolgimento dell’attività d’impresa che essi si propongono di esercitare⁸⁷. Sebbene poi, in concreto, non sia così agevole delineare in maniera netta detti fondamenti. D’altra parte le relative nozioni, nel riferirsi per lo più al regime di responsabilità per le obbligazioni sociali, non sono di particolare aiuto nella ricostruzione dei caratteri di ciascuna fattispecie contrattuale; dovendosi piuttosto la stessa desumere dall’analisi della disciplina posta⁸⁸.

L’impostazione classica in materia è stata peraltro soggetta ad ampia rivisitazione da parte di chi, ad esito di un poderoso sforzo di indagine⁸⁹, avverta come i tipi di società non debbano venir considerati quali «calchi predisposti dalla legge», ma occorra invero procedere ad una ulteriore discriminazione. Si devono pertanto distinguere, da un lato, i modelli o regimi cosiddetti «elementari», o «elastici», o «residuali», se si voglia, non configuranti fattispecie negoziali a sé stanti e applicabili laddove le parti non abbiano convenuto diversamente: categoria cui appartengono la società semplice e la società in nome collettivo, rispettivamente configuranti lo schema base per le attività non commerciali e per quelle dotate di tale

⁸⁶ Vedi per tutti P. GRECO, *Le società*, cit., 58 s.; A. GRAZIANI, *Sulla ammissibilità delle cosiddette “società atipiche”*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, 466; ID., *Diritto delle società*, cit., 13 s.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 48; G. FERRI, *Delle società*, cit., 102; ID., *Le società*, cit., 73.

⁸⁷ P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 36 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 17 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 2; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 53 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 41 ss.; di recente anche M. SCIUTO, *Società di persone e società di capitali*, in *Riv. società*, 2009, 1365 ss., e in *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, in *Diz. Irti*, Milano, 2011, 823 ss.

⁸⁸ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 284 ss.; ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 101, ove rileva come siano improprie le disposizioni rubricate “nozioni”; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 258.

⁸⁹ Il riferimento è ovviamente alla nota e approfondita trattazione di P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., nonché alle ulteriori elaborazioni e aggiornamenti, sopra già richiamati.

qualità⁹⁰. E dunque, dall'altro, individuare i tipi cosiddetti «superiori» o «rigidi»: sono questi la società in accomandita semplice, per azioni, a responsabilità limitata e in accomandita per azioni, i quali formano oggetto di specifica scelta, rimanendo dunque soggetti a giudizio di conformità o difformità⁹¹.

Ne è discesa la constatazione che il cosiddetto principio del «numero chiuso» vada depurato da un vecchio equivoco, riguardando esso non tanto i tipi di società, quanto invero i regimi di responsabilità patrimoniale per le obbligazioni sociali. I tipi societari sono pertanto altro, e concernono il diverso modo in cui «organizzare» l'attività, e dunque la società: gli stessi vanno dunque pensati come «fattispecie» mentre ai regimi della responsabilità meglio si adatta la considerazione quali «disciplina della fattispecie»⁹².

⁹⁰ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 435c ss.; ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 102 ss., secondo il quale le discipline della società semplice e della società in nome collettivo non configurano modelli regolamentari legali, quanto bensì compongono degli «*insiemi coerenti di regole che servono a completare regolamenti pattizi lacunosì*», derivandone come «la libertà organizzativa dei soci è, in principio, piena»; ma si confronti G. FERRI, *Delle società*, cit., 101; ID., *Le società*, cit., 72, che ritiene che la società semplice configuri un tipo di schema organizzativo, ma non un tipo generale.

⁹¹ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 435 ss.; ID., *Società. II) Tipi di società: in generale*, cit., 4; ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 102 ss.; e C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 216; e già ID., *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 411 ss., ove segnala come «residuale» si mostri non tanto il tipo, quanto invero la disciplina dettata; da ultimo ID., *sub art. 2249. Tipi di società*, in questo *Commentario*; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.; ma si vedano anche F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 169 e 361; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 68, sull'irrilevanza della scelta del tipo, una volta raggiunto l'accordo sull'oggetto sociale; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 49; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 260 s., che non disdegna peraltro, ai fini della qualificazione e quantomeno in via suppletiva, il ricorso ad ulteriori elementi, quali il *nomen iuris*; per una considerazione degli schemi della società semplice e in nome collettivo quali modelli generali, in mancanza tuttavia di espressa diversa manifestazione, si richiamano G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 51; ma vedi tuttavia i rilievi di G. FERRI, *Delle società*, cit., 102; ID., *Le società*, cit., 73; e si confrontino anche F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 56 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 43 s.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 31. In giurisprudenza invece la questione ha avuto seguito per lo più in tema di contratto preliminare e di esatta individuazione del proprio oggetto in assenza dell'indicazione del tipo, per la quale si rinvia a quanto esposto di seguito, al § 4.2.

⁹² P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 101; e ID., *Società. II) Tipi di società: in generale*, cit., 2, sul rilievo della totale e reciproca estraneità tra i caratteri della responsabilità patrimoniale e quelli dell'autonomia negoziale dei soci; e ID., *sub art. 2249. Tipi di società*, cit., ove l'Autore espressamente afferma che «il monumento dogmatico edificato sulle fon-

2.2. Società e clausole atipiche

L'art. 2249 c.c. richiede, testualmente, la costituzione dell'ente secondo uno dei tipi regolati sempre dal codice. Se da un lato è certo che l'autonomia dei soci possa comunque spingersi ben al di là della mera scelta del tipo sociale da adottare, dall'altro l'applicazione rigorosa proprio di quanto dettato dalla norma prima richiamata ha tuttavia indotto buona parte della dottrina a negare l'ammissibilità, tacciandole di invalidità, di società costituite in difformità ai tipi disciplinati dalla legge: intendendosi per esse quelle situazioni ove l'alterazione dei caratteri organizzativi sia tale da non consentire la ravvisabilità di alcuno dei modelli disegnati dalla legge⁹³.

Ciò nondimeno, ai soci è sicuramente consentito, in presenza di un interesse meritevole (art. 1322 c.c.), di introdurre nel contratto sociale una o più clausole, anche difformi dal regime legale delineato per il tipo selezionato⁹⁴. Il potere concesso ai privati si rivelerà massimo relativa-

damenta dell'art. 2249 c.c., il monumento che chiamasi «tipicità delle società», non serve a nulla ed è spesso evocato a sproposito»; e vedi sul tema anche G. MARASÀ, *Le società*, cit., 251; ritiene che vada comunque storicizzata la prospettiva della catalogazione delle società per tipi, F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 5.

⁹³ Sul tema delle cosiddette «società atipiche», si vedano, tra gli altri: I. LA LUMIA, *La "atipicità" nelle società commerciali*, cit., 217 ss.; A. GRAZIANI, *Sulla ammissibilità delle cosiddette "società atipiche"*, cit., 463 ss.; A. DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche (Il problema dell'autonomia contrattuale nelle società)*, in *Riv. dott. comm.*, Milano, 1960, 216 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 103; ID., *Le società*, cit., 74 s.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 10; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 28; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 47; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 51; AA.VV., *Caratteri generali, nozione e tipi*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2012, 26; ma per la possibilità di costituire dette società, si veda la posizione, rimasta peraltro isolata, di A. MORELLO, *Le società atipiche*, Milano, 1983; non può d'altra parte sottacersi l'ampia revisione critica prospettata da P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 231 e ss. e 435 ss., secondo il quale, a 441, non possono organizzativamente aversi società atipiche per la compatibilità di ogni regolamento con i tipi generali della società semplice e in nome collettivo; vedi ancora ID., *Società. II) Tipi di società: in generale*, cit., 2 ss.; e ID., *sub art. 2249. Tipi di società*, cit., nonché ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit., anche per la considerazione del termine società atipica quale «ossimoro».

⁹⁴ Si confrontino sul punto, tra gli altri: A. GRAZIANI, *Sulla ammissibilità delle cosiddette "società atipiche"*, cit., 467; G. FERRI, *Delle società*, cit., 103; ID., *Le società*, cit., 75; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 45 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 52 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 38 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 11; più di recente sul tema dell'autonomia privata, C. ANGELICI, *Attività e orga-*

mente agli schemi più elementari, le società di persone; esso andrà invece via via riducendosi e irrigidendosi man mano che, transitando per gli ambiti propri delle società di capitali cosiddette «chiuse», ci si avvicini a situazioni di ampia apertura (ed esposizione) al mercato, come ci evidenzia la rigorosità della struttura delle società con azioni quotate sul mercato dei capitali di rischio o comunque diffuse in misura rilevante (art. 2325 *bis* c.c.). È bene osservare come tuttavia queste ultime società non costituiscano, rispetto alla società per azioni, dei tipi a sé stanti, ma solo una particolare conformazione, dovuta a stringenti esigenze di controllo e di tutela del pubblico (indistinto) di investitori e risparmiatori. La legittimità di siffatte clausole risulterà in ogni caso subordinata, da un lato, alla generica compatibilità con la disciplina dettata per il modello prescelto; e, dall'altro, più specificamente, al rispetto dei requisiti essenziali del medesimo schema organizzativo e, quindi, delle relative norme di legge inderogabili⁹⁵.

Non è agevole delineare con certezza le conseguenze di un giudizio di disvalore sulla singola clausola «tipica».

Secondo un primo orientamento, l'espressa dichiarazione sul *nomen* compiuta da parte dei soci, da un lato, non pregiudicherebbe, in ossequio ad un «principio di effettività», la sussunzione dell'ente concretamente costituito alle regole proprie del modello cui sia più correttamente ascrivibile⁹⁶; dall'altro, non rivestirebbe carattere di essenzialità ai fini della sua stessa esistenza, potendo quest'ultimo venire assoggettato, in caso di mancata elezione del tipo sociale, alla disciplina prescritta per la società semplice, ove esercente un'attività economica non commerciale, e a quella concernente la società in nome collettivo, qualora si tratti, invece, di un'attività economica commerciale⁹⁷. Anche alla luce di tali

nizzazione. Studi di diritto delle società, cit.; ID., *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, cit., 403 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 49 ss.

⁹⁵ G. FERRI, *Delle società*, cit., 103; ID., *Le società*, cit., 75; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 50 s.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 11.

⁹⁶ Vedi, in relazione alle società di persone, M. SCIUTO, *Società di persone e società di capitali*, (in *Riv. società*), cit., 1373; e si rileggano già sul punto le considerazioni svolte da P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 473 ss.

⁹⁷ Si osservi quanto già riportato da P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 101 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 68, che appunto non ritiene necessario stabilire il tipo di società; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 184 ss.; e ID., *Le società*,

considerazioni, si è proceduto da una parte della giurisprudenza ad operare – prescindendo dall’indicazione del tipo effettuata dalle parti – una «riqualificazione» dell’ente, al fine di renderlo coerente con la disciplina effettivamente adottata⁹⁸.

La plausibilità di tale impostazione ha peraltro suscitato più di una perplessità, anche a causa dell’insita incertezza che a tale atteggiamento immancabilmente si accompagna. Si è considerata dunque più adeguata a finalità di salvaguardia dei traffici e della certezza giuridica, quell’impostazione che ritiene che dalla «non conformità» a legge della clausola non possa che discenderne l’invalidità: cui consegue eventualmente, anche ai sensi dell’art. 1419, 2° co., c.c., la sostituzione della stessa con la corrispondente previsione legale indebitamente contraddetta, ove possibile e non essenziale, dovendo altrimenti il giudice porre in liquidazione la società⁹⁹.

In effetti va distinta l’ipotesi, per lo più legata al mondo delle società di persone, per l’ampia libertà formale di cui in linea teorica le stesse

cit., 261; AA.VV., *Caratteri generali, nozione e tipi*, cit., 28; si richiamano inoltre i rilievi e i riferimenti compiuti, al § 4.2., in materia di contratto preliminare di società.

⁹⁸ Cass., 23.2.1984, n. 1296, in *Giur. comm.*, 1984, II, 709 ss., con nota di I. MENGHI, *Conversione della società o nullità della clausola incompatibile col tipo?*; e in *Dir. fall.*, 1984, II, 413 ss.; e in *NGCC*, 1985, I, 197 ss., con nota di G. Zanarone; da questa decisione prende le mosse anche il lavoro, critico, di indagine svolto da C. MONTAGNANI, *La verifica del “tipo sociale” e una recente vicenda giudiziaria*, cit., 1 ss.; Cass., 14.10.1958, n. 3251, in *Foro it.*, 1958, I, 1617 ss.; A. Bari, 25.7.1986, in *Soc.*, 1987, 377, con nota di E. PROTETTI, *S.r.l. organizzata come società personale*.

⁹⁹ G. FERRI, *Delle società*, cit., 102; ID., *Le società*, cit., 73; G. OPPO, *L’identificazione del tipo «società di persone»*, cit., 619 ss.; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 154 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 40 ss.; C. MONTAGNANI, *La verifica del “tipo sociale” e una recente vicenda giudiziaria*, cit., 1 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 30 ss.; sul rilievo del *nomen* dichiarato dai soci, si vedano G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 52 e 61 s.; G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, cit., 75; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 51 nt. 86; AA.VV., *Caratteri generali, nozione e tipi*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2012, 28 s.; M. SCIUTO, *La “mancanza dell’atto costitutivo” di società per azioni*, Padova, 2000, 156 ss.; e, ID., *Società di persone e società di capitali*, cit., 1373; C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., 217, nt. 45, e 271, secondo cui «avvenuta l’iscrizione neppure è possibile porsi un problema di qualificazione della società»; P. SPADA, *sub art. 2249. Tipi di società*, cit., per il quale, una volta iscritta la società, non può aversi che l’inefficacia e la sostituzione della clausola atipica non conforme. In giurisprudenza si confrontino, Cass., 10.12.1996, n. 10970, cit., con la quale veniva ribaltato l’orientamento espresso con la decisione del 1984; nonché Cass., 19.2.2003, n. 2481, in *Notariato*, 2003, 239; e in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 353; Cass., 14.5.1992, n. 5735, in *Giust. civ. Mass.*, I, 783 s.; T. Monza, 29.1.1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 125 ss.

sono dotate, ove una scelta sul tipo non sia stata effettivamente manifestata, potendosi a tal punto addivenire ad una «qualificazione» della società posta in essere; a tale risultato dovendosi giungere anche e soprattutto ad esito di un processo interpretativo della volontà delle parti, laddove l'incertezza raggiunta potrà essere supplita dai criteri di residualità, già prospettati, discendenti dalla considerazione dell'attività, commerciale o meno, dichiarata o concretamente svolta. Un processo di determinazione, o comunque di estrapolazione del tipo, dunque, che ha alla propria base una situazione diversa da quella in cui, invece, una espressa dichiarazione in ordine allo stesso sia effettivamente e con nitidezza compiuta. In quest'ultimo caso ben più difficile si mostra la giustificazione di un procedimento di «riqualificazione», intendendosi per esso, come compiuto dalla giurisprudenza prima citata, la (forzata) «assegnazione» di un differente modello alla società già creata, al di fuori o in contraddizione di una chiara volontà delle parti in tal senso¹⁰⁰. Evidente risulta a questo punto, in particolare ove ci si riferisca alle società di capitali, la difficoltà di superare i dati non solo esternati, ma magari addirittura già iscritti presso il Registro delle imprese, con le ben note conseguenze di sistema promananti dall'assolvimento dei carichi documentali, procedimentali e pubblicitari¹⁰¹. Dovendosi allora, ove la dichiarazione sul *nomen* finisca per risultare, in fin dei conti, frutto di un travisamento, giocoforza ricercare rimedi di diversa natura¹⁰².

¹⁰⁰ Vedi sul punto i rilievi effettuati da G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, cit., 202 s.; e ID., *Le società*, cit., 262 s.; C. MONTAGNANI, *La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda giudiziaria*, cit., 36; ritiene che l'iscrizione eriga una «barriera» nei confronti di processi di qualificazione dei contenuti dello statuto, laddove in discordanza con il nome del tipo pubblicizzato, P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 127; si pone nettamente a disfavore nei riguardi dell'ammissibilità di una riqualificazione dell'atto costitutivo di società per azioni, Cass., 10.12.1996, n. 10970, cit., sulla base dell'impossibilità di adottare criteri ermeneutici soggettivi; e si confrontino sul punto gli attenti rilievi mossi da M. SCIUTO, *La clausola atipica di s.p.a. fra "mancanza" e "nullità parziale" dell'atto costitutivo*, in nota alla decisione che precede, 39 ss.

¹⁰¹ Si legga in argomento, C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 264 ss.

¹⁰² Si dichiara per la sostituzione con la regola legale, D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., 150, nt. 22; e vedi, in tema di nullità parziale della clausola incompatibile, T. Cagliari, 3.4.1985, n. 468, in *Riv. giur. sarda* 1986, 480 ss., con nota di C. IBBA, *Società cooperative, clausole atipiche e prestazioni accessorie in danaro*, ma si confronti tuttavia A. Napoli, 12.5.1997, in *Soc.*, 1997, 1406 ss., con nota di M. SARALE, *Lo statuto di cooperativa a r.l. può obbligare i soci a far fronte alle necessità sociali*; fa invece salva, laddove possibile,

2.3. Dai tipi alle classi di società: società di persone e società di capitali

I singoli tipi di società disciplinati o recepiti dal nostro legislatore possono poi a loro volta venire accolti nell'ambito di più ampie categorie, o classi, in conseguenza dell'elaborazione di criteri di segno generale capaci di individuarne specifici tratti comuni. Tra questi possono ricordarsi, a titolo meramente ricognitivo, quelli: della natura dello scopo perseguito; del tipo di attività esercitabile; della sussistenza della personalità giuridica; della rilevanza della persona dei soci e del grado di responsabilità dagli stessi assunto in relazione alle obbligazioni sociali; delle regole di trasferibilità della partecipazione; delle modalità tramite le quali agisce la società o vengono modificati i vincoli contrattuali. Sulla base di tali indici si sono dunque costruite, solo per ricordarne alcune tra le più note, le tradizionali classificazioni di *società con scopo di lucro e società cooperative* e di *società con oggetto commerciale o meno*¹⁰³. Assume particolare rilevanza ai nostri fini la demarcazione che si è venuta a creare fra *società di persone e società di capitali*, potendosi delle stesse ravvisare una considerazione ad oggi anche positiva¹⁰⁴, oltre che concettuale¹⁰⁵. È dunque insegnamento tradizionale che le società personali si caratterizzino, di regola, per la particolare rilevanza della persona del

un'operazione semmai di conversione di un negozio altrimenti nullo in quello valido comunque conforme al (nitido) volere dei soci, G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 31; opzione quest'ultima tuttavia esclusa, sempre in relazione a società di capitali, ancora da Cass., 10.12.1996, n. 10970, cit.

¹⁰³ In argomento, tra gli altri, P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 37 s.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 41 ss.; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica*, cit., 489 ss.; ID., *Diritto commerciale*, I, cit., 107 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 92 s.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 9 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 39 ss.

¹⁰⁴ Ad esito della riforma del 2003, financo espressa nel codice civile: si leggano gli artt. 2500 *ter* e 2502, 2° co., che si riferiscono espressamente alle società di persone; e vedi prima di essa, nella legislazione speciale, le «schegge» di ordinamento rilevate da P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 348.

¹⁰⁵ F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 95 ss.; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 37 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 41 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 55 ss.; P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, cit., 349 ss.; ID., *Diritto commerciale*, I, cit., 107 ss., del quale tuttavia si rilevino anche le considerazioni già svolte in ID., *La tipicità delle società*, cit., 231 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 92 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 18 s.; si segnala anche la recente indagine svolta da M. SCIUTO, *Società di persone e società di capitali*, (in *Riv. società*), cit., 1352 ss., che riconosce a tale distinzione utilità non solo a fini descrittivi, ma anche di carattere «cognitivo».

socio, che trova una sintesi evocativa nell'inveterata (e generica) espressione nota come *intuitus personae*¹⁰⁶, alla quale si è usi ricollegare: la consueta natura (illimitata) della responsabilità che si accompagna alla posizione di ciascun partecipante; cui di converso corrisponde la connotata organizzazione del modello di amministrazione, strutturato, volendo utilizzare una felice definizione, per «persone», anziché per «uffici», riscontrabile nella ordinaria coesistenza della qualità di socio con la potestà amministrativa (art. 2257 c.c.¹⁰⁷); e dunque la pervadenza della regola dell'unanimità per le modifiche sociali (art. 2252 c.c.), oltre che per la circolazione delle corrispondenti partecipazioni. È bene tuttavia rilevare come le suddette caratteristiche non possano che considerarsi tendenziali¹⁰⁸, in quanto legate ai modelli come previsti dal legislatore, e dunque, di per sé, immanentemente approssimativi. Lo spazio lasciato dall'ordinamento all'autonomia privata – indubbiamente ampio per le società di persone, particolarmente dilatato a seguito della riforma del 2003 per le società a responsabilità limitata, e comunque in una qualche misura decompresso anche per le società per azioni, soprattutto se chiuse o non quotate – consente oggi ai soci di poter sovente valicare i limiti derivanti dall'iscrizione formale all'una o all'altra categoria, di persone o di capitali¹⁰⁹; potendosi giungere anche a rasentare in maniera consistente, nella scrittura delle concrete regole applicabili, la contrapposta classe, e, in taluni casi fin quasi a sovrapporsi: è il caso della

¹⁰⁶ Si richiamano in argomento i rilievi critici svolti da P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 239, il quale reputa indubbiamente opportuno l'abbandono della correlata dimensione psicologica.

¹⁰⁷ Si richiama sul tema la nota ripartizione compiuta da P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 345 ss.; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.

¹⁰⁸ Si confronti C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. II. Le società commerciali*, cit., 84, che denunciava detta distinzione come più brillante che solida, oltre che inesatta e di fondo ingannevole; e sulla questione della sussistenza di elementi tipologici essenziali alla appartenenza alla categoria delle società di persone, si segnalano i rilievi effettuati da P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 239 ss.; ID., *Diritto commerciale*, I, cit., 107 ss.; e ID., *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, cit., 349, dove rammenta come le due discipline residuali della società semplice e collettiva si presentino dispositive o imperative a seconda che concernano i rapporti interni o esterni.

¹⁰⁹ Vedi, all'indomani della riforma, G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. società*, 2003, 58 ss.; e M. AVAGLIANO, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, cit., 302 ss.

società di persone a struttura corporativa¹¹⁰ e della società di capitali a base marcatamente personalistica¹¹¹. Il che non toglie che, pur in presenza di tale capacità fortemente estensiva, l'elasticità dei concetti di società di persone e di capitali, ove proficuità si voglia mantenere a tale distinzione, per quanto ne assottigli e anche notevolmente le distanze, non consentirà mai a tali categorie di coincidere compiutamente. E ciò proprio in virtù di quell'area di norme imperative inderogabili, applicabili all'uno o all'altro gruppo, sulla base delle quali detti concetti trovano comunque una propria definizione; ovvero che, secondo altra prospettiva, essi stessi contribuiscono ad enucleare. A tal fine si è osservato come le due classi di società, di persone e di capitali, trovino una intrinseca legittimazione ove se ne valorizzino – e ponendo attenzione allo schema disegnato dalla legge – le diverse modalità di provvista del capitale di rischio¹¹²: e dunque, l'una attingendo a risorse per così dire «nominate», in coerente parallelismo con la regola (legale) del necessario consenso di tutti i soci; l'altra, di converso, a risorse potenzialmente indefinite, anonime, in aderenza alla configurazione della relativa modificazione soggettiva come atto interessante nella sostanza il solo (socio) alienante e acquirente, tutt'al più la società ove requisiti di opponibilità siano riscontrabili o posti¹¹³. Non a caso proprio con riguardo al versante della

¹¹⁰ Sulle quali si rinvia a L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, cit.; P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, cit.; nonché a M. AVAGLIANO, *La società in forma corporativa*, in *Società in generale e di persone*, cit. Sui «forti scrolloni» dati anche al diritto delle società di persone e sull'incidenza trasversale che sulle stesse riflettono le novità della riforma delle società di capitali, si richiamano: R. WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Soc.*, 2bis/2003, 270; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 736; nonché L. PISANI, *Il principio di maggioranza nella nuova disciplina della trasformazione di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2005, 371 ss.; e vedi, recentemente, S. PATRIARCA, *Disciplina della s.r.l. e società di persone: alla ricerca delle reciproche influenze*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di G. Zanarone*, diretto da P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca, Torino, 2011, 251 ss.

¹¹¹ Sull'affievolimento della distanza fra le due diverse classi di società, che ha ricevuto proprio dalla novella una precisa conferma, vedi M. AVAGLIANO, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali*, cit., 302 ss.; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, cit., 489 ss.; ID., *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 112; e, M. SCIUTO, *Società di persone e società di capitali*, (in *Riv. società*), cit., 1367 ss.

¹¹² P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 107 ss.

¹¹³ P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*, cit., 110.

circolazione, ancor più che in relazione ai differenti regimi di responsabilità o di amministrazione, più in generale di governo della società, può individuarsi una netta divaricazione tra i modelli delle società di persone e quelle di capitali. Induce a tale risultato l'assenza nei riguardi delle partecipazioni di società di persone di una vera e propria disciplina circolatoria, da intendersi quest'ultima come modalità differenziata (e agevolata) rispetto alla comune regola della cessione dei contratti (art. 1406 ss. c.c.). Ne discende che il trasferimento di queste quote, in mancanza di contraria volontà delle parti e salvo la peculiarità interessante il socio accomandante (art. 2322 c.c.), si attui secondo lo schema della novazione soggettiva, per il tramite della totalità dei consensi (art. 1295 c.c.¹¹⁴), e dunque della modifica del contratto sociale¹¹⁵. Detta chiusura nelle società di persone è, in linea di principio, assoluta, come testimoniato dal fatto che una situazione del genere – invero assimilabile ad una clausola di assoluta intrasferibilità o di puro gradimento, nelle società di capitali altresì da convenire espressamente (artt. 2355 *bis* e 2469 c.c.) – non pretende, per la sua validità e comunque per la sua efficacia, la scrittura o il richiamo di alcun correttivo, come invece per le s.p.a. (secondo quanto esige invece l'art. 2355 *bis*, 2° co., c.c.); tanto meno determina di per sé l'insorgenza del diritto di recesso, come si verifica nelle società a responsabilità limitata¹¹⁶. Esso infatti, in mancanza di indeterminatezza (anche sostanziale) della durata, ovvero a fronte di un'eccessiva lunghezza di quella convenuta, e salva specifica indicazione contraria, non può sorgere se non in presenza di una giusta causa (art. 2285, 2° co., c.c.): circostanza alla quale non possono di regola essere ascritte le situazioni testé configurate.

¹¹⁴ Si segnala sul punto, P. SPADA, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, cit., 350; ID., *Diritto commerciale. II. Elementi*, cit., 147 ss.; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.; e vedi sul tema già D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, 160 ss.; ID., *sub artt. 2325-2325 bis, 2462*, in questo *Commentario*.

¹¹⁵ Cass., 14.2.1984, n. 1122, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 359.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 2469, 2° co., c.c.: si veda, per tutti, su tale tematica, M. AVAGLIANO, *Le clausole che limitano o escludono la circolazione di azioni e partecipazioni: tra norme statutarie e patti parasociali*, in *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. Irrera, Torino, 2011, 355 ss.

3. Società di persone e libertà di forme

È insegnamento ripetuto e costante che per i contratti di società di persone viga il *principio della libertà di forme*, sia a fini di validità che probatori¹¹⁷; ciò a differenza di quelli tipici delle società di capitali, per i quali è prescritta, *ad substantiam*, la veste dell'atto pubblico (artt. 2328, 2454 e 2463 c.c.), oltre a quanto richiesto a fini pubblicitari (artt. 2330 s., 2454 e 2463, 3° co., c.c.).

Il contratto delle società personali non è soggetto a particolari imposizioni di forma, come ci evidenziano sia la considerazione compiuta dall'art. 1350 c.c. (*a contrario*, alla luce del suo 1° co., al n. 9, che impone la forma scritta per i contratti di società per il tramite dei quali si conferisca il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato), che l'espressa dizione dell'art. 2251 c.c.¹¹⁸; norma quest'ultima che, benché ricadente nella disciplina della società semplice, va reputata applicabile anche alle società in nome collettivo e in accomandita semplice (artt. 2293, 2295, 2315 e 2316 c.c.¹¹⁹). La stessa disposizione fa comunque salve, le forme sollecitate dalla natura dei beni conferiti¹²⁰.

In ossequio al citato principio della libertà di forme, è ben possibile che l'atto costitutivo di società venga concluso, oltre che nella veste di semplice scrittura privata, anche verbalmente o che lo stesso risulti

¹¹⁷ La dottrina appare sostanzialmente concorde: R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 265 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 115 e 383; ID., *Le società*, cit., 107; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 58 e 85 ss.; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 87; ID., *Diritto delle società*, cit., 93 e 157; vedi, altresì F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 198, 230 e 258; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società. I. Le società in generale. Le società di persone*, Padova, 2000, 173; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 57 ss.; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 79 ss.; per un'attenta e aggiornata ricognizione in tema di pubblicità delle società, si rinvia a G. MARASÀ, C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997; ID., *La pubblicità delle imprese*, Padova, 2012.

¹¹⁸ Si veda, tra gli altri, M. IEVA, *Vincoli formali e corredo documentale*, in *Riv. notariato*, 1989, 1066 ss.

¹¹⁹ Si confronti sul punto, non omettendo di rilevare la (al contempo) ridondanza e insufficienza del richiamato art. 2251 c.c., G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 33 e 38.

¹²⁰ Oltre che, come rilevato da G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 33 s., richieste dal «titolo» del conferimento.

addirittura da comportamenti concludenti¹²¹. Detta tematica trova una sua naturale connessione con il fenomeno delle cosiddette società di fatto, alle cui specifiche trattazioni si rinvia¹²².

La forma scritta apparirà invero necessaria, unitamente all'assolvimento delle pubblicità previste dalla legge, oltre che in caso di conferimenti di beni immobili o di diritti, reali o di godimento ultranovennale, su beni immobili (art. 1350 c.c.), anche in tutte le altre ipotesi previste dalla legge, quali, tra le altre: navi o aeromobili (artt. 2683 ss. c.c. e 249 e 864 c. nav.), o marchio comunitario (art. 17, 3° co., Reg. CE n. 207/2009 del 26.2.2009); o anche, a fini essenzialmente probatori, in ambito di azienda (art. 2556 c.c.); nonché a fini pubblicitari, come nel caso di conferimento di veicoli da iscriversi al pubblico registro automobilistico; o in materia di diritti di privativa industriale (art. 138 c.p.i.); ovvero ancora di partecipazioni in società a responsabilità limitata (art. 2470 c.c.).

Si mostra in ogni caso prevalente e condivisibile la tesi secondo cui la riserva contenuta nel citato articolo interessa esclusivamente il conferimento del socio¹²³. Ne consegue che l'inosservanza di quanto prescritto dagli artt. 1350 e 2251 c.c. determina sì la nullità dell'apporto, senza tuttavia implicare di converso anche quella del contratto di società, fatta salva l'applicazione del principio di essenzialità contenuto all'art. 1420 c.c.; mentre, d'altro lato, risulta senz'altro ammissibile un apporto, anche non immobiliare, effettuato in forma scritta a fronte di un complessivo accordo solo verbale¹²⁴; e ciò anche ove la forma sia richiesta

¹²¹ G. FERRI, *Le società*, cit., 108.

¹²² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 58; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 40 ss.; F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, cit., 85 ss.

¹²³ Si vedano, tra gli altri: G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 37 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 69 s. e 117; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 87 s.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 150; in argomento anche R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 266 s., per il quale tuttavia la forma costituisce un requisito del contratto.

¹²⁴ G. COTTINO, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. società*, 1963, 287; ID., *Diritto societario*, cit., 37; G. FERRI, *Delle società*, cit., 117; ID., *Le società*, cit., 109; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 87 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 60. Detto orientamento è condiviso anche dalla giurisprudenza ormai consolidata, in relazione alla quale si confrontino: Cass., 19.5.2005, n. 11817; Cass., 25.10.2001, n. 13158, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2, 1329 ss., con nota di G. VIDIRI, *Contratto (verbale) costitutivo di società di fatto e conferimenti immobiliari*; e in *Vita notarile*, 2002, I, 894 ss.; Cass., 14.4.2000, n. 1613, in *Vita notarile*, 2000, I, 1534 ss.; Cass., 2.4.1999, n. 3166, in *Giust. civ. Mass.*, 741; T. Padova, 17.8.2000, in *Soc.*,

essenzialmente a fini probatori, come nel caso dell'art. 2556 c.c.¹²⁵.

Salvo la puntualizzazione appena compiuta in tema di natura dei beni conferiti, sembrerebbe dunque che in relazione alla società semplice non siano prescritti particolari oneri formali; di tale atteggiamento maggiormente indulgente può rinvenirsi motivazione anche nella scarsa propensione pubblicitaria che in linea di principio connota questo tipo societario. Il che appare vero, ma solo in linea di principio, in quanto i diversi provvedimenti succedutisi nel tempo hanno di fatto stravolto l'originario impianto del codice del 1942, facendo di quella semplice una società per lo più assoggettata a vincoli pubblicitari, salvo le (ormai rare) eccezioni in cui dette imposizioni non siano prescritte¹²⁶, ed eccettuato comunque l'obbligo di iscrizione presso la sezione speciale, sebbene per le finalità di pubblicità notizia. Il che induce a precisare che in ciascuna di tali ipotesi, e dunque ai fini dell'iscrizione presso il Registro delle imprese, il contratto costitutivo di società di persone anche semplici, pretenda, per coerenza con l'impostazione del sistema pubblicitario, comunque l'atto notarile, sia esso ricevuto o anche solo autenticato nelle sottoscrizioni¹²⁷.

2001, 332 ss., con nota di A. FUSI, *Insequestrabilità dei beni sociali da parte del socio di società personale*. Netamente minoritaria, oltre che più risalente, appare l'opinione di chi si pone invece a favore della nullità dell'intero contratto: G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., 414 s.; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 230, nt. 3; T. Torino, 23.4.1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 591 ss.; A. Catania, 12.5.1951, in *Giust. civ.*, 1953, II, 2253; A. Trieste, 23.4.1951, in *Foro padano*, 1951, I, 750 s.

¹²⁵ G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 38, in dissenso tuttavia con quanto deciso da Cass., 29.3.1982, n. 1959, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1031 ss., che non ha ritenuto necessaria la forma scritta per il conferimento di azienda in godimento in società di fatto; vedi anche G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 79 s.

¹²⁶ M. CAMPOBASSO, *La società semplice "irregolare"*, cit., 277 ss.; nello stesso senso anche A. BARTALENA, *La pubblicità delle società semplici*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 309 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 57.

¹²⁷ Si confronti il combinato disposto degli artt. 18, 6° e 7° co., d.p.r. 7.12.1995, n. 581, recante il *Regolamento di attuazione dell'art. 8 della legge 29.12.1993, n. 580*, in tal senso, per la generale applicazione dei predetti oneri formali, si vedano anche G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 82; e M.C. LUPETTI, *Forma degli atti costitutivi e modificativi di società semplici e di consorzi con attività esterna ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese*, Studio n. 5416/2005/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 28.1.2005, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, il 18.3.2005, in C.N.N., *Studi e materiali*, 2/2005, Milano, 2005, 1166 ss.; *contra*, sulla base tuttavia di una lettura, criticabile, circoscritta essenzialmente al 6° comma del citato art. 18, O. CAGNASSO, *La società semplice, I singoli contratti*. 6. in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 75 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese* (in *Tratt. Buonocore*), cit., 133 s.: va ribadito d'altra parte come per i fini pubblicitari in oggetto, la veste notarile sia

Le medesime esigenze di pubblicità hanno indotto il legislatore a statuire nei riguardi degli atti costitutivi delle società in nome collettivo e in accomandita semplice ben più penetranti ed esplicite regole di contenuto (artt. 2295, 2315 e s. c.c.) e di forma (art. 2296 c.c.), sebbene pur sempre dotate di minor complessità rispetto a quanto previsto in tema di società di capitali (artt. 2328, 2453 ss., 2463 e 2463 *bis*)¹²⁸. Le stesse dunque sono funzionalmente preordinate non tanto alla validità del negozio e dell'ente che si intendono rispettivamente stipulare e costituire, e men che mai ad esigenze probatorie¹²⁹, quanto invero più propriamente alla corretta iscrizione della società presso il Registro delle imprese¹³⁰.

Detta iscrizione, pur non assurgendo a presupposto di esistenza della società, rappresenta tuttavia una *condizione di regolarità* della stessa: non a caso si parla dunque di forma *ad regularitatem*¹³¹. A tali fini, come già accennato, l'atto costitutivo deve essere contenuto nell'ambito di un documento che rivesta la veste dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata¹³².

In ogni caso, sia la forma disposta a fini di validità, probatori o pubblicitari, o altro, non sono richieste formule sacramentali: è sufficiente

necessaria anche ove si sia raggiunto l'accordo in forma orale; e per la sufficienza della sottoscrizione da parte dei soci della richiesta di iscrizione al Registro delle imprese ai fini della ravvisabilità del requisito della scrittura, G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 38.

¹²⁸ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 59.

¹²⁹ Essendo la prova libera ed effettuabile con qualsiasi mezzo, anche per testimoni e presunzioni, salvi i limiti posti dall'art. 2721 c.c.: G. FERRI, *Delle società*, cit., 116; ID., *Le società*, cit., 109; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 86; Cass., 30.6.1955, n. 2016, in *Dir. fall.*, 1955, II, 609 ss.; Cass., 16.6.1952, n. 1747, in *Dir. fall.*, 1952, II, 253 s.

¹³⁰ A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – società*, Milano-Roma-Napoli-Città di Castello, 1967, 160; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 150; G. FERRI, *Delle società*, cit., 117; ID., *Le società*, cit., 109 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 70; F. GUERRERA, *Società in nome collettivo*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 940; V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., 38; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., 107; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 258; A. JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 167; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 58 s.; in giurisprudenza si vedano, tra le altre: Cass., 9.4.1996, n. 3275, in *Soc.*, 1996, 652 s.; Cass., 15.4.1992, n. 4569, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, I, 625; Cass., 27.8.1953, n. 2903, in *Giust. civ.*, 1953, I, 2874 s.

¹³¹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 59.

¹³² G. BAVETTA, *La società in nome collettivo*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, 2, Torino, 1985, 129; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 157; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 59; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 369), ricadendosi, altrimenti, nelle ipotesi, legislativamente disciplinate, delle società di fatto e irregolari (artt. 2297, 2298 e 2317 c.c.).

pertanto che gli elementi interessati possano desumersi con adeguata chiarezza¹³³.

L'atto costitutivo della società in accomandita semplice deve quindi contenere, oltre ai dati richiesti dall'art. 2295 c.c. per la società in nome collettivo, in virtù del richiamo operato dall'art. 2315 c.c., anche l'indicazione delle persone dei soci accomandanti e dei soci accomandatari, come prescritto dal successivo art. 2316 c.c.: ancora non risulta necessario l'utilizzo di espressioni particolari, né l'esplicita indicazione di soci accomandatari e accomandanti, purché sia chiaramente desumibile l'appartenenza dei soci all'una o all'altra categoria¹³⁴.

È giusto concludere osservando come, a ben vedere, il principio di libertà di forme si mostri di fondo, in concreto, più teorico che effettivo: le società di persone infatti, salvo ipotesi in qualche misura marginali (società di fatto o irregolari prive di conferimenti immobiliari), si ritrovano sovente ad essere, seppur in via volontaria o per l'assolvimento di specifiche istanze, assoggettate ad oneri (piuttosto che ad obblighi) formali e pubblicitari ben specifici.

4. Il contratto preliminare di società

Il contratto preliminare di società viene pacificamente ammesso sia dalla prevalente dottrina che dalla giurisprudenza¹³⁵. Detta figura ha

¹³³ G. FERRI, *Delle società*, cit., 384.

¹³⁴ Si veda, in dottrina, G. FERRI, *Delle società*, cit., 474 s.; C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, Milano, 2005, 36; in giurisprudenza, si veda sulla tematica, Cass., 19.2.2003, n. 2481, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 353.

¹³⁵ Vedi per tutti P. GRECO, *Le società*, cit., 80; G. FERRI, *Delle società*, cit., 36 ss.; ID., *Le società*, cit., 136 s., che ne fa discendere l'ammissibilità dal dichiarato carattere contrattuale della società; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 59 ss.; V. BUONOCORE, G. CASTELLANO, R. COSTI, *Società di persone*, cit., 24 ss.; V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 141 ss.; ID., *Società in nome collettivo*, cit., 59 ss.; C. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società* (in nota ad Appello Milano, 9.5.1967), in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 139 ss.; ID., *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo* (in nota a Cass., 18.1.1988, n. 321), in *Giur. comm.*, 1988, II, pag. 321 ss.; P. SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, (in nota a T. Genova, 17.4.1974), in *Giur. comm.*, 1974, II, 662 ss.; A. BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. società*, 1982, 445 ss.; ID., *Il contenuto del preliminare di società* (in nota a T. Roma, 18.5.1979), in *Giur. comm.*, 1982, II, 544 ss.; ID., *La forma del contratto preliminare di società di capitali*, in AA.VV., *Impresa e tecniche di documentazione giuridica. I. La fase costitutiva dell'impresa*, Milano, 1990, 197 ss.; F. SPEZIA, *Brevi note in tema di contratto preliminare di società personali*, in *Arch. civ.*, 1994, 1123 s.; E. CORSO,

dato adito nel tempo ad animati dibattiti, che si sono focalizzati, principalmente, sia sui requisiti formali e di contenuto che allo stesso devono accompagnarsi, con particolare riferimento all'elezione del tipo, sia sull'applicabilità o meno a tale specifica ipotesi del portato dell'art. 2932 c.c.

4.1. La forma del preliminare di società

Con riferimento al primo punto, è insegnamento comune che il *pactum de ineunda societatis*, in aderenza al c.d. principio di simmetria delle forme (art. 1351 c.c.), debba rivestire, a pena di nullità, quella richiesta per il contratto di società che si intende costituire¹³⁶. Si è visto al capitolo precedente come, sotto questo aspetto, per gli atti costitutivi di società di persone viga una notevole libertà, essendo necessario il ricorso all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata ai soli fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese (forma *ad regularitatem* e non *ad substantiam*, cui consegue l'applicabilità del regime normativo previsto per le società regolari: artt. 2296, 2297 e 2317 c.c.). In linea di principio dunque il contratto preliminare di società di persone ha carattere «aformale»¹³⁷, salvo quanto di volta in volta nello specifico eventualmente richiesto per ciascun conferimento. Si è dubitato tuttavia che lo stesso possa essere stipulato per *facta concludentia*¹³⁸. Sebbene poi un'eventualità del genere, ad onor del vero, non sembra possa compiutamente negarsi: dovendosi allora in detta eventualità assegnare rilevanza e interpretare opportunamente ogni comportamento delle parti tale da ingenerare la convinzione che un contratto preliminare si sia, anche se tacitamente, in effetti perfezionato; e dunque che l'accordo possa dirsi raggiunto se inerente a tutti i punti essenziali¹³⁹, e non si siano invece poste in essere solamente delle intese generiche o incomplete ovvero si sia svolta una mera attività preparatoria¹⁴⁰.

Il contratto preliminare di società, in *Contratto e impresa*, 1998, 363 ss.

¹³⁶ Si richiama, per tutti S. TONDO, *Forma e pubblicità per la costituzione di società capitalistica in Italia*, Studio n. 755/1994, approvato dalla Commissione Studi il 19.4.1994, in C.N.N., *Studi e materiali*, IV, anni 1992-1995, Milano, 1995, 245 ss.

¹³⁷ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 59.

¹³⁸ Lo esclude M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 59.

¹³⁹ P. GRECO, *Le società*, cit., 80.

¹⁴⁰ Anche in tale ottica, si pone a favore del preliminare di società irregolare, Cass.,

Per le società di capitali, invece, è bene rammentare che la giurisprudenza prevalente richiede necessariamente, ai fini della sua validità, la veste dell'atto pubblico¹⁴¹.

Il contratto preliminare di società, se recante l'obbligo di uno o più soci di conferire o comunque trasferire la proprietà o altro diritto reale di godimento su uno o più immobili nella società da costituire, laddove ricevuto in forma di atto pubblico o con sottoscrizioni autenticate, va poi *trascritto*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 *bis* c.c.¹⁴².

28.11.1969, n. 3839, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, 258 ss., con nota di G. SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare?*; e in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1222 ss.; *contra* G. SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare?* (in nota a Cass. 28.11.1969, n. 3839, cit.), in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, 264 ss.; P. SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, cit., 664, nt. 3; ritiene altresì che sussista un rapporto sociale di fatto tra le parti che hanno stipulato un contratto preliminare di società nel caso abbiano posto, nel corso della corrispondente esecuzione, comportamenti concludenti, Cass., 2.10.1980, n. 5344, in *Giur. comm.*, 1981, II, 401 ss.

¹⁴¹ Detto orientamento risulta pressoché costante in giurisprudenza: Cass., 20.7.2012, n. 12712, in *Giur. comm.*, 2014, II, 259 ss., con nota di G. GROSSO, *Il contratto preliminare di vendita delle partecipazioni di società di capitali non ancora iscritte nel registro delle imprese*; Cass., 23.6.1997 n. 5578, in *Riv. notariato*, 1998, 277 ss.; Cass., 18.1.1988, n. 321, cit.; Cass., 28.1.1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, 401 ss.; Cass., 30.3.1982, n. 1990, in *Giur. comm.*, 1982, II, 575 ss.; Cass., 11.4.1975, n. 1365, in *Giust. civ. Mass.*, 1975, 621; A. Milano, 9.5.1967, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 139 ss., con nota di C. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società*, cit.; mentre in dottrina tale risultato appare avvalorato dalla modifica in tema di art. 2332, 1° co., n. 2, c.c., nel testo rimaneggiato dal d.p.r. 29.12.1969, n. 1127, ora n. 1, in seguito al *restyling* intervenuto nel 2003. Il tema è infatti strettamente connesso alla concezione, *ad substantiam* o meno, che si ha della forma richiesta per l'atto pubblico di società: vedi nel primo senso G. FERRI, *Delle società*, cit., 37; ID., *Le società*, cit., 137 e 874; E. BOCCHINI, *I vizi della costituzione e la «nullità della società per azioni»*, Napoli, 1977, 199 ss.; G. COTTINO, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. società*, 1963, 287 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 155; A. BARBA, *sub art. 2332*, in AA.VV., *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, 1, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino, 2003, 71; A. BERTOLOTI, *Il procedimento di costituzione*, cit., 617; in senso diverso tuttavia, anche nel presupposto che quanto operato con la novella del 1969 accrediti l'idea che nullità dell'atto costitutivo e nullità della società rappresentino situazioni differenti: C. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, cit., 321 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 471; A. BORGIOLO, *La forma del contratto preliminare di società di capitali*, cit., 216 s.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 284 ss. Per una recente ricognizione sull'argomento, si legga G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 534 ss.

¹⁴² Si richiama in argomento, più specificatamente, E. CORSO, *Il contratto preliminare di società*, cit., 363 ss. Residua dunque la questione della corretta individuazione del soggetto (a quel dato momento ancora inesistente) a cui favore operare la corrispondente formalità. Sul punto, onde non esser costretti a ritenere non concretamente operativa detta facoltà, e salvo l'utilizzabilità di meccanismi di tipo condizionale ovvero propri del differimento di effetti, si potrebbe prospettare in qualche misura quanto già adottato con gli acquisti di società non ancora

Non si considera poi necessaria l'indicazione di una specifica *durata*, dal momento che in sua assenza, e in mancanza di altri indizi, la società potrà essere considerata a tempo indeterminato (come può desumersi dall'art. 2285, 1° co., c.c.). Sotto altro profilo risulta tuttavia opportuno inserire nell'atto l'indicazione del *termine* entro il quale avverrà la stipulazione del contratto definitivo¹⁴³; salva la legittimazione delle parti interessate ad adire la procedura prevista dall'art. 1183 c.c., nel caso in cui un termine non potesse essere desunto nemmeno dalla natura dell'affare¹⁴⁴.

4.2. Sulla necessità o meno dell'indicazione del tipo sociale nel preliminare

Dal preliminare di società discende principalmente l'impegno a stipulare il contratto definitivo di società, dovendosi considerare questo l'obbligo fondamentale, imprescindibile, di tale contratto. Il che non esaurisce certo le questioni che possono sorgere in ordine al suo contenuto.

Va rilevato, d'altronde, come le perplessità si incentrino principalmente, da un lato, sul se sia necessario esplicitare il tipo sociale da adottare; e, dall'altro, su quali siano gli altri elementi da ritenere comunque essenziali onde poter ravvisare un valido e completo contratto preliminare di società.

Sotto il primo profilo, occorre rammentare come la questione dell'esternazione del *nomen iuris* della società abbia costituito oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Proprio quest'ultima si è di regola attestata nel tempo su posizioni particolarmente restrittive¹⁴⁵: i contratti privi di tale indicazione sono sanzionati di nullità

iscritta: si può ipotizzare di indicare nell'immediato solo colui a cui carico si trascriva, ossia il socio conferente, con riserva di annotare in un momento successivo il soggetto, ossia la nuova società, a favore del quale si opererà il trasferimento (art. 2659, 2° co., c.c.).

¹⁴³ Più in generale, sull'apposizione di termini e condizioni al contratto di società, si confronti M. STELLA RICHTER, *La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni modificative*, Studio n. 50/2009/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19.3.2009, in C.N.N., *Studi e materiali*, 3/2009, Milanofiori Assago (MI), 2009, 1053 ss.

¹⁴⁴ Sul quale in generale si rinvia, per tutti, a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 885; Cass., 16.10.2006, n. 22112, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1647 ss.

¹⁴⁵ Si rinvia sulle «tre posizioni» assunte dalle diverse Corti, a V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 142 s.; ID., *Società in nome collettivo*, cit., 60 s.; e già V. BUONOCORE, G. CASTELLANO, R. COSTI, *Società di persone*, cit., 24 ss.

o comunque ridotti al rango di mere trattative o dichiarazioni di intenti; di converso, sempre secondo tale impostazione, si nega recisamente valenza alle (ulteriori) opzioni ermeneutiche¹⁴⁶.

Va osservato tuttavia come la dottrina tenda a rifuggire da una soluzione così drastica¹⁴⁷, in tale linea ponendosi altresì anche altre decisioni della Corte di Cassazione che, pur ritenendo imprescindibile l'individuazione del tipo, si affidano a valutazioni di carattere interpretativo, per arrivare a determinarlo¹⁴⁸. A tale risultato si giunge dunque, se non proprio sfumando il rilievo assegnato all'indicazione del tipo, comunque richiesto e considerato essenziale, con il rilevare come il principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c. e l'utilizzo dei criteri interpretativi della volontà delle parti consentano in ogni caso di procedere all'integrazione del testo contrattuale. La questione è stata già affrontata nei paragrafi che precedono, trattando della tipicità delle

¹⁴⁶ Cass. 18.6.2008, n. 16597, in *Riv. notariato*, 2009, II, 225, con nota di G. CARLINI, *Appunti in tema di contratto preliminare di società di persone*, decisione che esclude rilievo anche alla specificazione della natura personale della società da costituire; Cass. 1.6.1985, n. 3389, in *Riv. notariato*, 1986, 940 ss.; e in *Soc.*, 1985, 1287 ss.; Cass., 25.5.1963, n. 1371, in *Giust. civ.*, 1964, I, 211 s.; A. Roma, 31.7.2001, in *Soc.*, 2002, 340 ss., con nota di C. PIAGGIO, *Condizioni di validità del pactum de in eunda societate*; e in *Contr.*, 2002, 769 ss., con nota di F. AUTELITANO, *Preliminare di società ed indicazione del tipo sociale*; T. Milano, 17.1.1985, in *Soc.*, 1985, 509 ss.; T. Lecco, 28.12.1984, in *Foro it.*, 1985, I, 2761 ss.; T. Roma, 18.5.1979, in *Giur. comm.*, 1982, II, 544, con nota di A. BORGIOLI, *Il contenuto del preliminare di società*; T. Genova, 17.4.1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 662 ss., con nota di P. SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*.

¹⁴⁷ In dottrina ritengono validi i contratti preliminari di società privi dell'indicazione del tipo sociale: P. SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, cit., 662 ss., il quale, in una visione anche critica del dogma della tipicità, dissocia il problema di qualificazione dell'atto da quello della sua validità, in aderenza al principio di libera determinabilità del contenuto del contratto; V. BUONOCORE, G. CASTELLANO, R. COSTI, *Società di persone*, cit., 29 s.; V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 61 ss.; G. SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare?*, cit., 258 ss.; A. BORGIOLI, *Il contratto preliminare di società*, cit., 471 ss.; ID., *Il contenuto del preliminare di società*, cit., 544 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 283 s.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 182, nt. 7; F. AUTELITANO, *Preliminare di società ed indicazione del tipo sociale* (in nota ad A. Roma, 31.7.2001), cit., 773 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 49, nt. 83; G. CARLINI, *Appunti in tema di contratto preliminare di società di persone*, (in nota a Cass. 18.6.2008, n. 16597), in *Riv. notariato*, 2009, II, 228 s.; in senso diverso si veda tuttavia G. FERRI, *Delle società*, cit., 37; ID., *Le società*, cit., 136.

¹⁴⁸ Cass. 18.1.1988, n. 321, cit.; Cass. 28.1.1986, n. 550, cit.; Cass. 6.1.1981, n. 47, in *Riv. notariato*, 1981, 680 ss.

società¹⁴⁹: in mancanza di precise indicazioni da parte dei contraenti, si è proposto di far riferimento ai modelli più elementari, ravvisando quindi nella società semplice, ove l'oggetto non sia commerciale, ovvero nella società in nome collettivo, ove esso rivesta siffatta natura, il tipo residuale cui ascrivere la società da costituire; alla sua più esatta delimitazione potrebbero dunque condurre, in via ermeneutica, i comportamenti delle parti, anche successivi alla stipulazione del preliminare¹⁵⁰.

Il punto è delicato, e non esente da notazioni¹⁵¹. Non si avvertono tuttavia reali motivazioni, di legge e di sistema, volte ad escludere in maniera così radicale una volontà dei soci volta a convenire solo in sede di effettiva costituzione la soluzione giuridica più aderente alle loro esigenze. Il profilo più delicato coinvolge, evidentemente, il regime di responsabilità, illimitata o meno, che ciascun socio verrebbe ad assumere. Un ostacolo siffatto non appare tuttavia insormontabile, ove i soci se ne dimostrino pienamente consapevoli, e dunque accettino, sin da tale momento, le conseguenze che possano derivarne¹⁵².

4.3. Le altre indicazioni essenziali

Non si mostra di particolare immediatezza neanche il riscontro di quali siano *le altre indicazioni essenziali* comunque richieste perché il contratto preliminare posto in essere possa considerarsi sufficientemente compiuto e valido: d'altra parte i contratti che la prassi negoziale privata (non notarile) ci presenta, laddove non in forma puramente verbale, sono sovente quanto mai laconici, per non dire approssimativi. Il dubbio

¹⁴⁹ Si rinvia in argomento anche a quanto già riportato al § 2.1.

¹⁵⁰ Il richiamo è alle note considerazioni di P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 435 ss.; ID., *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, cit., 671; Cass. 6.1.1981, n. 47, cit., 680 ss.; *contra* G. FERRI, *Le società*, cit., 136.

¹⁵¹ Si confronti C. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società*, cit., 334, il quale rileva che il contratto preliminare non consentirebbe di raggiungere una valutazione in base al comportamento delle parti, invece possibile in caso di società già costituita, e anche di fatto.

¹⁵² Tutto ciò rilevato, è evidente tuttavia che, sotto il profilo squisitamente redazionale, anche a fronte dello sfavorevole atteggiamento assunto dalla giurisprudenza pur recente, appaia assolutamente opportuno, che l'atto specifichi quale tipo di società si intenda porre in essere con il contratto definitivo: e ciò a particolar ragione per gli atti ricevuti o autenticati da Notaio, a fronte anche del dovere di chiarezza e di anticipata soluzione di conflitti, e la conseguente responsabilità, che a detto pubblico ufficiale, naturalmente e per legge, fanno capo.

concerne il rispetto di tutte le indicazioni che la legge pretende per l'atto costitutivo (ad esempio, per s.n.c. e s.a.s., gli artt. 2295 e 2316 c.c.), in particolare ove risultino frutto di specifici accordi tra le parti, non direttamente surrogabili da precise disposizioni di legge. Se da un lato, in linea generale, vale il principio secondo il quale è necessario che le parti si siano accordate specificatamente su tutti i punti essenziali, e che sugli altri si siano comunque rimessi alla disciplina legale, ove la stessa sia idonea a procedere alla sua integrazione¹⁵³, è altrettanto evidente come tale ambito non potrà non risentire delle indagini compiute in tema di contenuto minimo dell'atto costitutivo (definitivo).

Ciò premesso, può osservarsi come sussista sufficiente concordia di opinioni nel ritenere indefettibile l'indicazione delle *parti*, ossia dei futuri soci, nonché dell'*oggetto della società*; mentre più discussa risulta l'individuazione della *ragione sociale* e della *sede*, plausibilmente non necessarie ove desumibili comunque in via interpretativa o in base ai comportamenti dei contraenti, soprattutto nel caso le stesse non costituiscano dati essenziali per l'assetto di interessi in progetto. Nelle società di persone risulta poi superflua l'enunciazione del *capitale sociale*, dal momento che, a differenza di quanto previsto per le società di capitali, detta indicazione non costituisce requisito essenziale del corrispondente contratto (come si desume dagli artt. 2250, 2251, 2295 e 2316 c.c.). Possono essere altresì omesse la determinazione dei conferimenti da effettuare, del modello di amministrazione e rappresentanza che si intenda adottare, nonché dei soggetti ai quali le stesse si vogliono affidare, oltre che delle norme sulle ripartizioni di utili e perdite (si vedano rispettivamente, per la loro funzione suppletiva, gli artt. 2253, 2257, 2266, 2298, 2318 e 2263 c.c.). Mentre rimane comunque fondamentale, nel modello della s.a.s., l'indicazione dei soci accomandatari e degli accomandanti (art. 2316 c.c.); il che non toglie che a tale risultato possa pervenirsi anche in via ermeneutica¹⁵⁴.

In definitiva per aversi un preliminare, per quanto minimale, valido e opponibile, è necessario e sufficiente che le parti – anche tacitamente

¹⁵³ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 60; più in generale F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 167 s.

¹⁵⁴ Ad esempio, attraverso l'inequivoca emersione solo degli appartenenti ad una categoria, ovvero mediante altra chiara o indiscussa determinazione.

(per chi l'ammetta) o comunque senza l'adozione di formule sacramentali – raggiungano l'accordo oltre che sull'identità dei partecipanti, sull'attività che costituirà oggetto della società da costituire e sulla necessità di effettuare in ogni caso dei conferimenti (o che comunque non ne sia sconfessata la rilevanza): ciò a ben vedere in aderenza proprio a quanto disposto dall'art. 2247 c.c.; cui si aggiunge poi, in ossequio al rigoroso indirizzo giurisprudenziale già richiamato, la preferenza sul tipo societario da adottare. Ne consegue che, in linea più generale, andranno omesse invero clausole o pattuizioni difformi dal tipo societario eletto, e, a livello più ampio, incompatibili con il diritto proprio delle società.

4.4. Sull'ammissibilità di una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.

Un'ultima problematica si rinvia nella possibilità o meno di ottenere, in caso di inadempimento, una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. La (tradizionale e più risalente) opinione negativa trova usuale sostegno nell'idea che l'*affectio societatis* – laddove concepita in termini di qualità imprescindibile dell'agire dei sodali – risulti impossibile da surrogare con una sentenza¹⁵⁵. Si rilevano inoltre le difficoltà applicative originanti nella peculiare ipotesi in cui una parte si sia obbligata ad una *prestazione avente ad oggetto un'attività personale*, risultando così impraticabile l'esecuzione in forma specifica prevista dall'articolo summenzionato¹⁵⁶. Per tale motivo, in caso di inadempimento dell'obbligo di stipulare il definitivo, parte della dottrina ritiene che possa richiedersi in giudizio il solo risarcimento del danno¹⁵⁷: d'altronde è lo stesso art. 2932 c.c. a prevedere la possibilità di pervenire ad una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso solo «qualora ciò sia possibile». Tale tesi si fonderebbe dunque sulla constatazione che l'*affectio societatis* non si esaurisca nella semplice volontà di

¹⁵⁵ Ripugnando comunque la realizzazione di forme di sodalizio o comunità per il tramite di un'imposizione dell'autorità: P. GRECO, *Le società*, cit., 81.

¹⁵⁶ Ritiene possibile detta esecuzione quando la prestazione del consenso per il contratto definitivo risulti fungibile sotto il profilo giuridico, A. FABRIZIO, *Esecuzione del contratto preliminare di società* (in nota a T. Cassino, 4.11.1995), in *Soc.*, 1996, 1180.

¹⁵⁷ La crede l'opzione preferibile, soprattutto con riferimento alle società di persone, A. BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, cit., 491; e si veda anche E. CORSO, *Il contratto preliminare di società*, cit., 385 s.

concludere il contratto costitutivo, ma si estenda e trovi concretezza nella volontà e nell'impegno comuni di (co)partecipazione alla società¹⁵⁸.

La contraria impostazione sottolinea invece come l'*affectio societatis* costituisca un elemento volontaristico di fondo caratterizzante tutti i contratti, e dunque in ogni caso surrogabile in sede giudiziale¹⁵⁹; e in tal senso sembra porsi, tutto sommato, la giurisprudenza¹⁶⁰.

Non può d'altra parte non sottolinearsi come detta soluzione si mostri preferibile, non solo alla luce dell'estrema volatilità del concetto di *affectio* qui chiamato in causa, quanto proprio in una prospettiva, si potrebbe dire, più prettamente d'impresa; e che dunque, come si è già avuto modo di denotare, tenda a distaccarsi dalla considerazione essenzialmente in termini di sodalizio che, in linea di principio, soprattutto nel pensiero classico, si accompagna alle riflessioni in tema di società¹⁶¹. Ne è tipico esempio il caso in cui il socio che agisce possa comunque avere interesse che il socio, pur se riottoso, adempia al proprio obbligo di stipula e, in particolare, alle prestazioni promesse, onde poter far fronte all'iniziativa intrapresa. Il pensiero vola rapido, ovviamente, alle società di capitali¹⁶², ma non si vedono in fondo ragioni sostanziali per escluderlo anche con riferimento alle società di persone. D'altro canto, va rammentato come l'utilità di una siffatta sentenza sia stata negata proprio con riferimento alle società capitalistiche: ciò per la difficoltà di ritenere la sentenza costitutiva ex 2932 c.c. idonea a tener luogo, oltre che del contratto, anche del conseguente giudizio di omologazione¹⁶³. E se da un

¹⁵⁸ P. GRECO, *Le società*, cit., 81; C. GIANNATTASIO, *Inammissibilità di sentenza costitutiva di società di capitali* (in nota a Cass., 2.8.1950, n. 2310), in *Giust. civ.*, 1954, III, 173 ss.; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 93, nt. 166; G. FERRI, *Le società*, cit., 136 s.

¹⁵⁹ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 60; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 204; G. COTTINO, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, cit., 285; G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1984, 42 s.; L. RAGAZZINI, *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 64 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, 168.

¹⁶⁰ Cass. 21.2.1992, n. 2120, in *Vita notarile*, 1992, 1192; Cass., 3.1.1970, n. 8, in *Foro it.*, 1970, I, 1, 1488 ss.; T. Cassino, 4.11.1995, in *Soc.*, 1996, 1179 ss., con nota di A. FABRIZIO, *Esecuzione del contratto preliminare di società*; e in *Vita notarile*, 1996, 1435 ss.

¹⁶¹ E che si è vista, al § 1.5. che precede, ormai in buona misura superata.

¹⁶² Per l'ammissibilità proprio nei confronti di tale classe di società, si veda A. BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, cit., 491; ed E. CORSO, *Il contratto preliminare di società*, cit., 385 s.

¹⁶³ F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 1995, 239; C. ANGELICI, *Sulla forma del con-*

lato può osservarsi come detto giudizio sia oggi stato sostituito e inglobato, in particolare nella fase costitutiva, nei fondamentali controlli di legalità e per l'iscrizione (ad oggi) affidati al Notaio (art. 2330 c.c.¹⁶⁴), tuttavia, dall'altro, ben più di un dubbio può sorgere sul fatto che la sentenza *ex art.* 2932 c.c., qualora si voglia ritenere che detti controlli costituiscono l'effettivo ostacolo all'operatività del procedimento in esame, possa, e compiutamente, agli stessi surrogarsi¹⁶⁵.

5.1. L'invalidità del contratto di società di persone

Il riferire le categorie della nullità e dell'annullabilità alle società¹⁶⁶, piuttosto che alle corrispondenti fonti negoziali, è operazione suscettibile

tratto preliminare di società, cit., 335 s., che rileva come anche per le società di persone sia necessario un *quid pluris* perché il relativo rilievo reale si concretizzi; di diverso avviso L. RAGAZZINI, *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, cit., 64 ss.; è per la soluzione positiva, ma con riguardo alle società di persone Cass., 3.1.1970, n. 8, cit.

¹⁶⁴ Ritiene non costituisca un ostacolo il versamento dei decimi iniziali, F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 239. In tema di controlli affidati al Notaio, vedi per tutti sul tema, con riferimento alle novità introdotte dalla l. 24.11.2000, n. 340: M. STELLA RICHTER jr., *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in *Riv. notariato*, 2001, I, 279 ss.; U. MORERA, *Dall'«omologazione» del tribunale all'«omologazione» del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, legge 340/2000, ibidem*, 295 ss.; P. REVIGLIONE, *Il contenuto del controllo di iscrivibilità sugli atti societari: prime considerazioni, ibidem*, 303 ss.; C. IBBA, *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa dopo la legge 340 del 2000, ibidem*, 323 ss.; G. CASU, *Sanzione disciplinare e sanzione amministrativa nella legge 340/2000 natura e competenza applicativa, ibidem*, 331 ss.

¹⁶⁵ Va segnalato dunque, in quanto in qualche modo attinente alla tematica appena esaminata, come, secondo una non recente decisione della Cassazione, l'obbligo di addvenire alla costituzione della società non si trasmetta agli eredi di una delle parti stipulanti il preliminare poi deceduta (Cass., 5.10.1955, n. 2925, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1354 s.): soluzione in fondo opinabile, in particolar modo ove non si conceda eccessivo peso all'argomento dell'*affectio societatis* e al non proprio pertinente richiamo all'art. 2284 c.c.

¹⁶⁶ In tema di nullità delle società, possono richiamarsi, oltre alla fondamentale opera di C. ANGELICI, *La società nulla*, cit.; ID., *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., 262 ss., anche: A. ALBANESE, *La nullità delle società di persone e nei contratti di durata*, in *Contratto e impresa*, 2005, 1154 s.; M. AVAGLIANO, *sub art. 2332, Nullità della società*, cit.; G. CATURANI, *Contributo allo studio della società di persone nulla*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, *Diritto privato*, t. 1, Milano, 1992, 405 ss.; E. CIVERRA, *Inapplicabilità dell'art. 2332 c.c. alle società personali* (in nota a T. Alba, 22.10.1999), in *Soc.*, 2000, 321 ss.; G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1963, 273 ss.; e in *Studi in onore di P. Greco*, I, Padova, 1965, 177 ss.; M. DI FABIO, *In tema di nullità della società*, in *Riv. notariato*, 1970, 627 ss.; G. GENTILE, *Dall'invalidità della società personali all'invalidità degli enti associativi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2004, 741 ss.; R. GUGLIELMO, *La nullità del contrat-*

di apparire ambigua e inappropriata: ciò spiega, almeno in parte le vivaci discussioni che sono sorte su tali tematiche¹⁶⁷. Il che non toglie che, più che di inadeguatezza del lessico usato, si possa semmai parlare di polivalenza semantica del termine «nullità», suscettibile di essere utilizzato per contesti più ampi rispetto a quelli tradizionali codicistici, ma comunque caratterizzati da un'inefficacia tendenzialmente irreversibile¹⁶⁸.

In tema di invalidità delle società si devono pertanto discernere le situazioni in cui le cause dalle quali essa origina riguardano più propriamente i relativi contratti sociali, da quelle in cui le stesse riverberano i relativi effetti nei confronti delle società una volta costituite: detta distinzione d'altra parte rievoca e si riallaccia a quanto già precedentemente rilevato in tema di «organizzazione»¹⁶⁹.

Limitandoci all'esame della disciplina ricavabile in materia di società di persone, possiamo immediatamente denotare come la legge non appresti nei riguardi delle stesse una regolamentazione *ad hoc*: manca infatti nel codice una norma in qualche misura analoga a quanto prescritto per le società di capitali dall'art. 2332¹⁷⁰.

Non desta stupore allora l'ampio dibattito sorto in materia di società di persone, proprio in materia di nullità delle stesse, e le soluzioni, sovente non collimanti, date a sua soluzione. D'altra parte in dette società, la diversa rilevanza del dato formale dell'iscrizione presso il Registro delle imprese induce a prendere in considerazione anche quello effettuale del concreto svolgimento della relativa attività¹⁷¹; sicché non può

to di società di persone, in *Riv. notariato*, 2005, I, 81 ss.; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 451 ss.; V. SALANDRA, *La nullità della società secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1946, 13 ss.; A. SCHERMI, *Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1546 ss. (in nota a Cass. 2.1.1995, n. 7).

¹⁶⁷ Si confronti M. DI FABIO, *In tema di nullità della società*, cit., 631; e si veda già G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., 565 ss.; ed E. SIMONETTO, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, cit., 337 ss.; e quindi C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 187, che suggerisce di chiarire il significato prescindendo da "evidenti suggestivi verbali".

¹⁶⁸ Vedi sul punto, con la consueta incisività, già P. SPADA, *Problemi della nullità del brevetto di invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 215 ss., nonché in *Studi in onore di R. Franceschelli. Sui brevetti di invenzione e sui marchi*, Milano, 1983, 356 ss.

¹⁶⁹ Si rinvia al precedente § 1.4.

¹⁷⁰ Per il quale si consenta di rinviare, più in generale a M. AVAGLIANO, *sub art. 2332. Nullità della società*, cit.

¹⁷¹ C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., 265.

omettersi il duplice significato che dette società assumono, al contempo, di «rapporto obbligatorio ed individualistico», da un lato, e di «fenomeno organizzativo e collettivo», dall'altro; e ciò anche ai fini applicativi¹⁷².

È bene precisare poi che i vizi di nullità e annullabilità, venendo a investire in tutto o in parte gli accordi assunti dai soci, possono essere riferiti sia al contratto sociale *tout court*, che alla singola partecipazione¹⁷³. L'invalidità di specifiche clausole, nella prima eventualità, deve dimostrarsi tuttavia di tale rilievo da poter inficiare, sino al punto da contaminarlo ineluttabilmente, l'intero atto costitutivo: sì da non potersi avvalere di quanto altrimenti disposto dall'art. 1419 c.c. (ne è tipico esempio la fissazione di un oggetto sociale assolutamente illecito). Anche con riferimento alla seconda ipotesi andrà valutato se la partecipazione coinvolta rivesta o meno il carattere dell'essenzialità. Le cause di invalidità che colpiscono partecipazioni prive di tale caratteristica limitano infatti, in ossequio alle già viste norme poste in tema di contratti plurilaterali (artt. 1420 e 1446 c.c.¹⁷⁴), i loro effetti negativi nei confronti delle sole partecipazioni colpite, e non si estendono al (residuo) contratto sociale, consentendo dunque allo stesso di rimanere valido e produttivo di effetti¹⁷⁵.

5.2. L'opinione contraria all'applicabilità dell'art. 2332 c.c.

Si è molto discusso in dottrina e giurisprudenza sul corretto inquadramento delle cause di nullità del contratto sociale, in particolare sui presupposti che legittimano la stessa e sulla corrispondente disciplina. L'assenza, si è accennato, di una normativa specifica quale quella, di origine comunitaria (Prima Direttiva comunitaria 68/151/CEE, da noi recepita con d.p.r. 29.12.1969, n. 1127), dettata dall'art. 2332 c.c. (nonché, per rinvio, dagli artt. 2454 e 2463, 3° co., c.c.) per le società di capi-

¹⁷² C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., 267.

¹⁷³ Va rammentato come detta tematica si riallacci a quella in tema sulla validità della forma del conferimento e dunque della società, per le quali si rinvia anche a quanto esposto al § 3; per un'analisi dettagliata delle singole cause di invalidità si vedano M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 903 ss.; V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., 64 ss.

¹⁷⁴ Per le quali si rinvia al precedente § 1.2.

¹⁷⁵ Vedi per tutti G. FERRI, *Le società*, cit., 144, che rimarca il parallelismo con l'ipotesi prevista dall'art. 1419 c.c.

tali¹⁷⁶ e cooperative¹⁷⁷, correlativamente alla mancanza della personalità giuridica di quelle di persone, ha fatto sorgere il dubbio su quale disciplina, ancor meglio quale «sistema», risulti applicabile a quest'ultimo tipo di enti.

L'impostazione tradizionale, nell'enfatizzare, complice il silenzio di legge sul punto, il versante strettamente negoziale, si è attestata sull'applicabilità – sia nella fase costitutiva che in quella successiva, di svolgimento dell'attività – delle ordinarie regole dettate per tutti i contratti dagli artt. 1418 ss. c.c. Le cause di nullità sarebbero poi esattamente le stesse previste per qualsiasi altro contratto: quello di società potrebbe dunque essere dichiarato nullo per la mancanza di uno dei suoi elementi essenziali, ossia l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma scritta ove prescritta *ad substantiam* (art. 1325 c.c.); o per l'illiceità della causa o dei motivi, *ex artt.* 1344 e 1345 c.c., ovvero per l'illiceità, l'indeterminatezza o l'indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, 2° co., c.c.); nonché, più in generale, negli altri casi stabiliti dalla legge e per ogni violazione di norma imperativa, salvo diversa disposizione (art. 1418, 1° e 3° co., c.c.).

Si è d'altra parte ritenuta sussistente una reciproca autonomia tra i segmenti normativi delle società personali e di quelle di capitali, che importerebbe una netta distinzione tra le corrispondenti discipline. Tale orientamento, al quale ha aderito anche parte della giurisprudenza, pur

¹⁷⁶ Sulle quali, si richiamano, tra gli altri: C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975; ID., *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, 2, Torino, 1985, 271 ss.; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 263 ss.; A. BORGIOLO, *La nullità delle società per azioni*, Milano, 1977; M. AVAGLIANO, *La costituzione della società per azioni*, in AA.VV., *Studi sulla riforma del diritto societario*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali, Supplemento 1/2004, Milano, 2004, 104 ss.; ID., *sub art.* 2332. *La nullità della società*, cit.; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 451 ss.; M. SCIUTO, *La nullità delle società*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesa, G.B. Portale, I, Torino, 2006, 415 ss.; M.L. VITALI, *sub art.* 2332, cit., 241 ss.).

¹⁷⁷ In virtù del richiamo operato, quantomeno in relazione agli effetti, dall'art. 2523, 2° co., c.c.: vedi tuttavia sul punto le contrapposte opinioni, tra gli altri, di: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 612 s., che, limitando il richiamo ai soli effetti, reputa che per le società cooperative ci si debba ragguagliare, per le cause di invalidità, alla disciplina generale dei contratti; e di M. CAVANNA, *sub art.* 2523, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, ***, Torino, 2004, 2460 ss.; e G.P. LA SALA, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesa, G.B. Portale, IV, Torino, 2006, 724 ss.; che ritengono che il rinvio sia all'intera disciplina.

nella varietà delle considerazioni compiute dai suoi assertori, nonché sovente delle difficoltà che sorgerebbero in relazione ai diritti dei terzi, pone alla sua base una lettura rigorosa del disposto normativo, pervenendo in buona sostanza alla conclusione secondo la quale l'ordinamento positivo non abbia previsto alcuna norma equivalente all'art. 2332 c.c. per le società di persone. Cui consegue che alle stesse continuerebbe ad applicarsi quanto disposto dall'art. 1418 c.c., con varianza *ex tunc* della corrispondente declaratoria di nullità e conseguente insanabilità¹⁷⁸.

Parte della dottrina nega poi ingresso ai principi desumibili dall'art. 2332 c.c., nella constatazione che il suo portato si fondi sull'efficacia costitutiva e sanante dell'iscrizione dell'atto costitutivo delle società di capitali nel Registro delle imprese; presupposto questo, la cui assenza nelle società di persone ostacolerebbe qualsiasi interpretazione analogica del disposto della norma in esame¹⁷⁹. Si è ritenuto quindi che la nullità del contratto di società di persone abbia come conseguenza la nascita di un regime di comunione tra i soggetti che intendevano porre in essere la società¹⁸⁰; così come, salvo autorizzazione degli altri o iscrizione presso

¹⁷⁸ A. SALANDRA, *La nullità della società secondo il nuovo codice*, cit., 16; G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., 569 s.; G. FERRI, *Le società*, cit., 145; P. GRECO, *Le società*, cit., 111 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 892 s.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 196 s.; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 201 ss.; reputa assolutamente eccezionale la disciplina dell'art. 2332, E. SIMONETTO, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 337 ss.; ma tuttavia, nella direzione dello scioglimento per impossibilità sopravvenuta per i vizi del contratto plurilaterale, si veda T. ASCARELLI, *Notevole critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., 271 ss. In giurisprudenza si confrontino: Cass. 2.1.1995, n. 7, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 35 ss.; in *Giust. civ.*, 1995, I, 1543 ss., con nota di A. SCHERMI, *Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone*; in *Soc.*, 1995, 774 ss., con nota di R. LOLLI, *Nullità del contratto sociale e inestensibilità del fallimento ex art. 147 l.f.*; in *Fallimento*, 1995, 758 ss., con nota di A. PATTI, *Partecipazione di s.r.l. ad una società in nome collettivo*; e in *Foro it.*, 1997, I, 925 ss.; T. Alba, 22.10.1999, in *Soc.*, 2000, 319 ss., con nota di E. CIVERRA, *Inapplicabilità dell'art. 2332 c.c. alle società personali*; T. Bologna, 16.1.1990, in *Soc.*, 1990, 492, con nota di L.F. PAOLUCCI, *Effetti della nullità di società di persone*; T. Napoli, 17.8.1989, in *Riv. dir. impr.*, 1989, 589 ss., con nota di L. MANTINEO, *Esercizio in forma societaria di professione medica e nullità del contratto sociale*; A. Brescia, 3.6.1948, in *Foro padano*, 1949, II, 2.

¹⁷⁹ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 892 s.

¹⁸⁰ P. GRECO, *Le società*, cit., 113; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 910.

il Registro delle imprese, gli atti posti in essere verso terzi impegnano solamente i soci che li hanno posti in essere¹⁸¹.

Altri autori invece, allo scopo di responsabilizzare i soci per l'attività svolta dalla società, denotano che, nel periodo antecedente la declaratoria di nullità, la società ha, quantomeno, operato come società di fatto¹⁸². Anche questo orientamento non si mostra tuttavia del tutto soddisfacente, almeno ai fini che a noi interessano. Esso, nel focalizzare l'attenzione essenzialmente sul profilo della regolarità o meno della società, non sembra infatti risolvere le problematiche connesse ai vizi del contratto che, anche se in forma tacita, è comunque affetto da una qualche forma di invalidità¹⁸³.

5.3. Peculiarità del contratto di società e disciplina dell'invalidità: tra applicazione di principi generali e affinità di sistema

L'aver annoverato il contratto di società tra quelli associativi con comunione di scopo¹⁸⁴, induce a rilevare le peculiarità che, proprio in tema di nullità, essi presentano rispetto agli ordinari contratti di scambio. I contratti associativi mostrano infatti, da un lato, un sostrato negoziale in relazione al quale la nozione di invalidità conserva il proprio valore tecnico; dall'altro rivelano anche un versante «attuativo», al quale si connette la formazione dell'organismo sociale vero e proprio¹⁸⁵. Dunque la creazione di una distinta «organizzazione» e lo svolgimento (in concreto) di un'attività economica nei confronti dei terzi – come già si è osservato¹⁸⁶ e come evidenziato dall'art. 2247 c.c. – caratterizzano i contratti e le norme pattizie o statutarie delle società rispetto ad altre situazioni di matrice negoziale. Il fenomeno societario non va dunque indagato unicamente da un punto di vista statico, ma impone di tenere sempre in debito

¹⁸¹ G. FERRI, *Le società*, cit., 148; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 204 s.

¹⁸² G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità*, cit., 301 ss.; ID. *Diritto societario*, cit., 132 ss.; G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 134 s.

¹⁸³ R. GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, cit., 89; sul punto si osservino anche i rilievi già operati da G. FERRI, *Le società*, cit., 143 nt. 3 e 147 s., nel distinguere tra azione svolta da ente di fatto e quella realizzata da ente inesistente.

¹⁸⁴ Si veda quanto riportato al § 1.2. della presente sezione.

¹⁸⁵ C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 381 ss.

¹⁸⁶ Si richiamano le considerazioni effettuate al precedente § 1.4.

conto anche il momento strutturale, organizzativo, ossia quello che rivela la nascita di un ente, di una persona giuridica (se sancito dalla legge), ovvero (quantomeno) di un soggetto di diritto, la sua conseguente continuazione, e dunque lo sviluppo della sua attività nei confronti dei terzi. La rilevanza del momento «dinamico» pone in luce il numero (di regola indistinto) di atti e operazioni che la società intraprende con i terzi (siano essi creditori, fornitori, clienti, dipendenti, professionisti o altri soggetti). Emerge, di conseguenza, l'accortezza di evitare che le ragioni di questi ultimi vengano sostanzialmente annichilite da una concezione eccessivamente intransigente della capacità invalidante, *ex tunc*, tipica di quanto sancito dagli artt. 1418 ss. c.c.: disciplina che appare con tutta evidenza inadatta a gestire le anzidette situazioni. Non appena la società abbia agito, *rectius* iniziato a svolgere la propria attività, e siano pertanto sorti obblighi o diritti nei confronti di terzi, si rende necessario tutelarne l'affidamento: e ciò sia affidandosi a norme comunque presenti nel sistema, sia, in loro mancanza, ovvero nel caso se ne ritenga non soddisfacente l'applicazione analogica o estensiva, a principi di natura più generale. Ne consegue come risulti impossibile considerare nullo quanto si sia già realizzato, secondo il noto brocardo per cui *quod nullum est nullum producit effectum*. Ciò in virtù della considerazione che tale principio si attagli unicamente ai singoli atti giuridici; mentre invece un'attività al massimo potrà dirsi illecita, ma ben difficilmente nulla o considerata come, effettivamente e giuridicamente, mai avvenuta.

È allora evidente come in detta prospettiva si incastoni agevolmente quanto dettato dall'art. 2332 c.c., ovvero, quantomeno, ne sia agevole comprendere e accettare (parte del)lo spirito che lo pervade. Sulla base di tali considerazioni la dottrina più moderna, pur se con diverse sfumature, si mostra propensa ad applicare detto articolo anche alle società personali, per il tramite di un'interpretazione analogica o quantomeno estensiva¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Considerano non eccezionale la disciplina prevista dall'articolo in esame A. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, 271 ss.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*. II. *Società*, cit., 28 s.; e vedi già L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*. II. *Società commerciali personali*, cit., 381, rilevando affinità nelle radici giuridiche tra nullità e scioglimento; ma per l'inesensibilità alle società non persone giuridiche, si veda G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., 623.

Più convincente, anche se non proprio basata su dati positivi indiscussi, appare una considerazione del suo portato (o di parte di esso) non tanto in termini di diretta applicabilità, quanto invero quale espressione di (alcuni dei) principi ad esso immanenti, *in primis* quello di conservazione dell'attività svolta, comunque confacente a tutte le società e, più in generale, a tutti gli enti associativi con attività esterna; meglio ancora in virtù di quell'affinità ideologica di temi di fondo intercorrente tra società di capitali e di persone¹⁸⁸.

La problematica dell'invalidità delle società richiede tuttavia una risposta differenziata a seconda delle situazioni concrete in cui le stesse versino. La declaratoria di nullità o annullamento del contratto di società *ex art.* 1418 ss. c.c. troverà applicazione essenzialmente nelle ipotesi in cui detta attività non sia ancora iniziata e manifestata¹⁸⁹, a prescindere dall'avvenuta iscrizione presso il Registro delle imprese; momento questo invece discriminante, come lo stesso art. 2332 c.c. ci rammenta al suo 1° co., nell'ipotesi di società di capitali¹⁹⁰.

Ciò non esclude come dalla richiamata disposizione possa in ogni caso discendere o desumersi comunque una regola di portata più generale; e ciò anche alla luce di quel particolare effetto di «irraggiamento» che la

¹⁸⁸ Si vedano, pur se con diverse linee di pensiero: in tale ultimo senso C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 286 ss. e 381 ss., che si mostra scettico nei riguardi dell'idea che l'art. 2332 costituisca una norma generale per tutti i fenomeni associativi; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 362; R. GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, cit., 94 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 36 ss.; E. CIVERRA, *Inapplicabilità dell'art. 2332 c.c. alle società personali*, cit., 321 ss.; G. GENTILE, *Dall'invalidità della società personali all'invalidità degli enti associativi*, cit., 774 ss.; C. MOTTI, *Le vicende delle società di persone*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2012, 68; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 490 ss.; V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., 68; ID., *Le società. Disposizioni generali*, cit., 163; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 71 s.; A. SCHERMI, *Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone*, cit., 1550; G. CATURANI, *Contributo allo studio della società di persone nulla*, cit., 430 ss.; e, nella citata prospettiva dell'ente di fatto, G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità*, cit., 301; ID. *Diritto societario*, cit., 132 ss.; e G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 135.

¹⁸⁹ G. FERRI, *Le società*, cit., 144.

¹⁹⁰ C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, cit., 271; ID., *La società per azioni*, cit., 274; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 504 s.; M. SCIUTO, *La nullità delle società*, cit., 418 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 168; M. AVAGLIANO, *sub art. 2332. La nullità della società*, cit.; in giurisprudenza, Cass., 14.5.1992, n. 5735, in *Giur. comm.*, 1993, II, 465 s., con nota di C.F. GIAMPAOLINO, *Note in tema di simulazione di società cooperativa*.

disciplina delle società di capitali, di norma (e ove) più completa e dettagliata, travalicando i propri confini, sovente manifesta nei confronti di quella di persone. Le cause di invalidità del contratto costitutivo di società, pur conducendo alla sua dissoluzione, non potranno far decadere gli effetti prodotti medio tempore a seguito dell'esercizio dell'attività svolta all'esterno, alla quale non potrebbe non riconoscersi autonomo rilievo giuridico. La sentenza di nullità produrrà effetti analoghi ad una causa di scioglimento dell'ente, con il conseguente obbligo di liquidazione. Ne discenderà, principalmente, che resteranno in vita gli atti precedenti compiuti in nome della società, i soci non saranno liberati dall'obbligo di eseguire i conferimenti promessi e permarrà ferma la loro responsabilità, oltre a quella dell'ente, per le obbligazioni sociali.

A conferma di quanto sopra evidenziato, possono addursi anche indici normativi invero predisposti per altri ambiti, utili a sfumare la pretesa eccezionalità di una soluzione del genere. Devono dunque rammentarsi, a tal fine, le norme in tema di invalidità dell'atto di fusione (art. 2504 *quater* c.c.) e di scissione societaria (art. 2504 *quater* c.c., richiamato dall'art. 2506 *ter* c.c.); la peculiare disciplina dell'invalidità del G.E.I.E. (art. 8, d.lg. 23.7.1991, n. 240); nonché quanto disposto in tema di contratti di lavoro in violazione di legge (art. 2126 c.c.¹⁹¹). Spunti di particolare interesse sono poi offerti dalla disciplina della società tra avvocati, regolata proprio, se non diversamente disposto, dalle norme della società in nome collettivo: la dichiarazione di nullità del relativo contratto costitutivo, si legge al disposto dell'art. 20 del d.lg. 2.2.2001, n. 96, non pregiudica infatti l'efficacia degli atti compiuti in nome della società e nella relativa sentenza devono essere nominati i liquidatori.

Anche la giurisprudenza più recente mostra di accogliere la soluzione da ultimo prospettata. Possiamo denotare infatti come, a prescindere dal fatto se l'art. 2332 c.c. possa reputarsi direttamente applicabile alle società di persone¹⁹², i principi fondamentali dallo stesso desumibili siano comunque reputati, in qualche misura, in parte, anche ad esse riferibili. Ne consegue la convinzione che l'eventuale declaratoria di nullità

¹⁹¹ Si confronti anche R. GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, cit., 91.

¹⁹² E, ad onor del vero, ne sia dalle Corti per lo più negata l'applicazione; in senso opposto tuttavia, per l'estensione analogica, T. Milano, 2.10.1984, in *Soc.*, 1985, 58 s.

dell'atto costitutivo, agendo in maniera analoga ad una causa di scioglimento della società, faccia salvi, in ogni caso, gli effetti degli atti compiuti *medio tempore*¹⁹³.

Alcune perplessità investono anche il successivo 5° comma, laddove si accorda ai soci la possibilità di rimuovere, anche successivamente, le corrispondenti situazioni invalidanti. Non si crede tuttavia che possa effettivamente negarsi una siffatta facoltà: si consente in tal modo alla società, con l'eliminare o comunque sanare quanto abbia dato origine alla nullità, di perdurare secondo l'originaria conformazione¹⁹⁴.

Si è volutamente accennato a come l'art. 2332 possa, in materia di società di persone, essere richiamato in parte, comunque non pedissequamente. Si tende infatti ad escludere che la restrizione delle ipotesi di nullità, in virtù dell'operare del principio di tassatività, contenuta al suo 1° co., ulteriormente ridotta ad esito delle modifiche del 2003, si applichi anche a detti enti¹⁹⁵.

Della disciplina comune dei contratti residuerà poi invero il precetto dell'imprescrittibilità (art. 1422¹⁹⁶); e quindi – ma il punto non è assolutamente pacifico – la legittimazione di chiunque vi abbia un interesse¹⁹⁷, anche se non socio¹⁹⁸, a farla valere.

¹⁹³ Cass. 2.4.1999, n. 3166, cit., 741; Cass. 19.1.1995, n. 565, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1165 ss., con nota di G. Cottino; in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 35 ss.; in *Foro it.*, 1997, I, 1, 924 s.; in *Soc.*, 1995, 1041 ss., con nota di P. MESSINA, *Effetti della nullità del contratto costitutivo di società di persone*; in *Riv. notariato*, 1995, II, 1530 ss.; e in *Notariato*, 1995, 359 ss., con nota di M. MALTONI, *Società di fatto, conferimento immobiliare e nullità della società*; T. Biella, 29.7.1994, cit.; T. Monza, 26.8.1991, in *Foro it.*, 1992, I, 3146 ss.; T. Bologna, 16.1.1990, cit.; A. Roma, 28.10.1986, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 460 ss., in relazione agli enti associativi del libro primo del codice; T. Milano, 31.10.1983, in *Soc.*, 1984, 546 ss.; T. Napoli, 25.3.1980, in *Soc.*, 1984, 430 ss.

¹⁹⁴ G. PALMIERI, *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone*, in *Riv. società*, 1992, 1446; G. GENTILE, *Dall'invalidità della società personali all'invalidità degli enti associativi*, cit., 777; C. MOTTI, *Le vicende delle società di persone*, cit., 68; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 72.

¹⁹⁵ M. AVAGLIANO, *sub art. 2332. La nullità della società*, cit.

¹⁹⁶ Vedi C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 212, nt. 176 e 279 s.; A. BORGIOI, *La nullità delle società per azioni*, cit., 488; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 172; G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 459 e 573 s.; M. SCIUTO, *La nullità delle società*, cit., 434.

¹⁹⁷ Interesse non generico, quale, ad esempio, quello dei creditori personali del socio.

¹⁹⁸ Negano la legittimazione di soggetti, e interessi, esterni alla società, C. ANGELICI, *La società nulla*, cit., 278 s.; A. BORGIOI, *La nullità delle società per azioni*, cit., 285 e 479 ss.; si pongono invece per lo più a favore di tale estensione, G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., 459 e 569 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 172; M. SCIUTO, *La nullità*

6. I conferimenti

Il codice civile non detta una vera e propria disciplina generale dei conferimenti, né ce ne fornisce la nozione: l'art. 2247 c.c. si limita infatti a considerare come tali (o meglio, quale loro corrispondente oggetto) i «beni o servizi» attribuiti alla società per l'esercizio in comune dell'attività economica¹⁹⁹.

Il coinvolgimento della figura dei conferimenti nella prima e principale norma dedicata alle società in generale ne scolpisce l'essenzialità. Detto carattere è d'altra parte ribadito con vigore dalla norma agli stessi più specificamente dedicata, ossia dall'art. 2253 c.c., e in particolare dalla presunzione operata dal suo capoverso, secondo cui, in mancanza di loro determinazione da parte dei soci, si ritiene che gli stessi «siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale». Dall'esame congiunto di tali disposizioni discende che, in assenza dei conferimenti, *rectius*, dell'obbligazione agli stessi, il contratto intercorso tra i soci (ovvero anche posto in essere dall'unico socio, nelle società di capitali) non possa neanche qualificarsi come di società (o vada dichiarato invalido: si confronti, per la rilevanza attribuita nelle società di capitali, la previsione effettuata dall'art. 2332, 1° co., n. 3, c.c., in tema di nullità della società); così come, a fronte dell'obbligo di tutti i sodali di concorrervi, non vi può essere acquisto della qualità di socio in difetto di un seppur modesto contributo, e dunque comune partecipazione al rischio di impresa²⁰⁰.

della società, cit., 435 s.; e già G. FERRI, *Le società*, cit., 901; sul punto va richiamato anche il noto caso *Marleasing*, C. Giust. CE, 13.11.1990, causa c-106/89, in *Racc. Corte Giust.*, 1990, I, 4135 ss.; in *Foro it.*, 1992, IV, 173 ss., con nota di L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, che non si oppone all'azione promossa da un creditore di un socio.

¹⁹⁹ La bibliografia in tema di conferimenti è amplissima: si consenta di rinviare in argomento per più ampi riferimenti, a M. AVAGLIANO, *sub art. 2464. Conferimenti*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Comm. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2008, 45 ss.; nonché a ID., *Capitale sociale e conferimenti*, in *Società in generale e di persone*, a cura di M. Avagliano, cit.

²⁰⁰ Concorde sul punto la pressoché unanime dottrina: R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 232 ss.; A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – società*, cit., 161 ss.; E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 1 s.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 37; G. FERRI, *Delle società*, cit., 41; ID., *Le società*, cit., 17; ID., *Manuale di diritto commerciale*, cit., 274; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 110; V. BUONOCORE, *Le società*.

La (minimale) enumerazione contenuta all'art. 2247 c.c. si dimostrerebbe ad ogni modo, con evidenza, riduttiva, ove intesa in senso letterale e non invece in quanto idonea a sviare ogni eventuale dubbio sulla ammissibilità di prestazioni altrimenti di dubbia ammissibilità, quali i servizi. La bipartizione ivi contenuta va interpretata in senso ampio, e dunque estesa ad ogni entità o diritto o comunque prestazione utile alla realizzazione dello scopo della società e, di conseguenza, al raggiungimento del corrispondente oggetto²⁰¹. Siffatto intento potrà essere conseguito sia per il tramite di quelle assegnazioni che un'utilità del genere dimostrino in via diretta, *ictu oculi*, sia in virtù di quelle che detta caratteristica non palesino, almeno non nell'immediato, ma che i medesimi fini possano comunque, seppur di riflesso, assecondare.

Una conferma ad una rappresentazione sì vasta di quanto possa essere apportato in società, e della corrispondente funzione di dotazione da assegnare ai conferimenti, ci deriva da un ambito (solo all'apparenza) più distante da quello delle società in generale. Esso va ricercato, per la precisione, nella disciplina della società a responsabilità limitata: l'art. 2464, 2° co., c.c., riformato dalla novella del 2003, ci rammenta come il conferimento possa essere costituito da «tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica»²⁰².

Risulta allora di facile evidenza la connotazione *trans-tipica* di questa disposizione, che conferma l'avvicinamento di dette società, ancorché comunque di capitali, al mondo delle società personali. Il suo portato, che evoca chiaramente la nozione di (oggetto del) conferimento cui la

Disposizioni generali, cit., 58, e ID., *Società in nome collettivo*, cit., 160; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna*, cit., 1 ss.; ID., *Diritto delle società*, cit., 16 ss. e 96; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 183; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 32 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società. I. Le società in generale. Le società di persone*, cit., 182; M.S. SPOLIDORO, *Sul capitale delle società di persone*, cit., 792; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 162; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 158; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 7; A. MORINI, *I conferimenti*, in AA.VV., *Le società di persone*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, s.l., 1999, 345; A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, cit., 118 ss.; e già sulla questione C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. II. Le società commerciali*, cit., 27 s.; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, cit., 24.

²⁰¹ Vedi per tutti E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., 11 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 40; ID., *Le società*, cit., 15 s.

²⁰² M. AVAGLIANO, *sub art. 2464. Conferimenti*, cit., 78 ss.

dottrina e la giurisprudenza diffusi, come si vedrà a breve, erano da tempo pervenuti, travalica lo specifico ambito, quello delle s.r.l., cui era destinato, facendo risaltare in tal modo quella funzione produttiva cui i conferimenti sono preordinati²⁰³. La norma finora richiamata può dunque fungere da riferimento per tutte le società – siano esse di capitali o di persone, e fatti salvi i casi in cui non sia diversamente disposto (art. 2342, 5° co., c.c., ad esempio) – venendo ad operare in tal modo una sostanziale riconduzione ad unità di quanto in via più generale (e generica) sancito dall'art. 2247 c.c.²⁰⁴. Rispetto a quest'ultima disposizione, l'enunciazione compiuta dal richiamato art. 2464, 2° co., c.c., si presenta dunque come maggiormente esplicativa. Sebbene non sfugga poi la sensazione che la stessa, nel riferirsi essenzialmente al profilo dell'oggetto del conferimento, tralasci in qualche modo di approfondire gli altri aspetti utili ad una migliore individuazione della corrispondente nozione.

Alla luce di questi (invero scarni) dati testuali, oltre che di quanto elaborato dalla migliore dottrina e giurisprudenza, può allora definirsi come *conferimento*, in linea generale, *ogni contributo o apporto effettuato nei confronti della società, o comunque ad essa "destinato", anche indirettamente, allo svolgimento della sua attività, di valore economicamente apprezzabile, il quale si riveli idoneo alla formazione del patrimonio iniziale dell'ente e al perseguimento dell'oggetto sociale*²⁰⁵. Non si può

²⁰³ M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Tratt. Colombo-Portale*, I ***, 2004, 46; più in generale in tema di quelle che sono state denominate, forse in maniera eccessivamente riassuntiva, tesi produttivistiche, si richiama l'importante lavoro di indagine svolto da G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, Milano, 1969, e ripreso di seguito nei suoi scritti successivi, e da ultimo ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Tratt. Colombo-Portale*, I**, Torino, 2004, 17 ss.

²⁰⁴ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 54; M. AVAGLIANO, *sub art. 2464. Conferimenti*, cit., 78 s.

²⁰⁵ Sul punto si confrontino, tra gli altri, seppur con diversità di enunciazione: E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., 1 ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., 40; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, cit., 13 ss. e 45 ss.; e ID., *Diritto delle società*, cit., 98; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, cit., 28; V. BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 60; F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 162; M.S. SPOLIDORO, *Sul capitale delle società di persone*, cit., 792 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 5 s.; e M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 113 ss., sebbene nel richiamo all'art. 2424 c.c., in applicazione del criterio di una valutazione obiettivamente apprezzabile; in giurisprudenza si confronti Cass., 7.6.1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, II, 733 ss., con nota di D. TESTI, *Quando il finanziamento può dirsi conferimento*, e in *Giust. civ.*, 1975, I, 472 ss., con nota di C. Giannattasio; Cass., 30.6.1955, n. 2016, in *Dir.*

mancare tuttavia di sottolineare come, fra le diverse attribuzioni compiute a vario titolo dai soci, *la nozione di conferimento si accompagni più idealmente a quanto venga imputato a titolo di capitale di rischio della società*²⁰⁶. Mentre ormai superate possono ritenersi quelle opinioni tese a limitare l'area della conferibilità ai soli beni idonei all'espropriazione²⁰⁷: svelandosene dunque, in aderenza alla nozione sopra accennata, la funzione, agli stessi conferimenti in linea generale ascrivibile, non certo, se non in una considerazione più lata, di garanzia, quanto piuttosto (potremmo dire, usando un linguaggio ormai invalso) «produttiva», e dunque di dotazione per la società dei mezzi necessari per lo svolgimento della sua attività e il conseguimento dell'oggetto sociale programmato²⁰⁸.

È bene precisare come la soluzione appena riprodotta, se pur appaia nitida laddove sia rapportata alle società di capitali, si riveli sicuramente di maggior evanescenza qualora venga riferita alle società di persone. Si è d'altra parte consapevoli della minore rilevanza nei confronti delle società di persone del ruolo svolto dal capitale sociale, o, per essere maggiormente precisi, della sostanziale inincidenza dei principi e delle regole che ad esso di regola, nelle società di capitali, nei tipi più evoluti si accompagnano. La difficile ravvisabilità di un capitale, soprattutto in relazione a società prive, oltre che dell'iscrizione presso il Registro delle imprese, di un atto scritto, o comunque incompleto, non deve tuttavia ingannare, in quanto, come si è già osservato, anche in questi enti il capitale svolgerà la funzione, in particolare di prevenzione dal sovraindebitamento, che seppur ridotta ai termini essenziali, è allo stesso in qualche

fall., 1955, II, 609 ss.; Cass., 3.3.1955, n. 626, *ivi*, 5 ss.; per una panoramica sufficientemente recente della prolifica letteratura in materia, sia lecito, tra gli altri, rinviare a M. AVAGLIANO, *sub art.* 2464. *Conferimenti*, cit., 46 ss., e, in particolare, 71 ss.

²⁰⁶ Il riferimento è a C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 74, secondo il quale «rileva tecnicamente come conferimento non ogni generico apporto patrimoniale, neppure quando la sua remunerazione e il suo valore per chi lo effettua sono esposti ai rischi dell'andamento dell'attività sociale, ma quello che per le sue *forme*, e in definitiva a seguito di una scelta di rilievo organizzativo, *contribuisce alla formazione del capitale sociale* (e quindi viene esposto ai rischi di esso tipici)».

²⁰⁷ Tradizionalmente imputate, tra gli altri, a E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., 280 ss.; *contra, ex multis*, F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, cit., 160 ss.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, cit., 15 ss.

²⁰⁸ M. AVAGLIANO, *sub art.* 2464. *Conferimenti*, cit., 75.

misura ascrivibile²⁰⁹. Con la precisazione pertanto che non potrà qualificarsi come conferimento, ove inteso in senso tecnico, ogni attribuzione, a qualsiasi titolo compiuta, nei confronti della società, ma solo quelle che saranno destinate, e dunque vincolate – per volontà più o meno manifesta o desunta delle parti o ad esito del procedimento comparativo richiesto dal 2° co. dell'art. 2253 c.c., e dunque in virtù di una precisa scelta o esigenza di tipo organizzativo – a costituirne la dotazione di rischio.

Il profilo della imputazione al capitale di rischio rappresenta tuttavia uno dei possibili punti prospettici di approccio a detta figura. Ne consegue quindi che sotto altro versante, essenzialmente strutturale, e per la precisione nella visuale del rapporto intercorrente tra i soggetti partecipanti all'operazione, e dunque tra i soci e la società, il conferimento con figure, in ciò cogliendosene l'effettiva essenza, un *atto di destinazione* di beni e valori ad un'attività economica²¹⁰; ovvero, come rilevato da alcuni autori, di *investimento*²¹¹. Né può tacersi come secondo la concezione tradizionale, oltre che per il legislatore, soprattutto fiscale²¹², il conferimento venga trattato o comunque assimilato, in un rapporto di *genus a speciem*, ad un *atto di alienazione, o comunque di trasferimento*²¹³. Se ne assume in tal modo il profilo dell'"alterità" intercorrente – in virtù della creazione della persona giuridica, o comunque, trattando in materia

²⁰⁹ Per una ricognizione delle complesse problematiche, si rinvia, tra gli altri, a M. AVAGLIANO, *sub art. 2464. Conferimenti*, cit., 65; si è dunque efficacemente paragonato tale sistema ad un «campanello d'allarme»: P. SPADA, *Diritto commerciale. II*, cit., 210 s., sulla scorta già dell'esperienza d'oltralpe; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.

²¹⁰ P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., *passim*, ma in particolare 316; P. SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, cit., 6; ID., *La società per azioni. Parte generale*, cit.; G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 33; pone in evidenza il vincolo di destinazione, rilevante *erga omnes*, che si realizza ad esito del trasferimento, anche G. MARASÀ, *Le società*, cit., 155; e, con particolare riferimento alla trasformazione, C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, cit., 15.

²¹¹ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 114; G. FERRI jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 25 ss.

²¹² F. TUNDO, *Il regime fiscale dei conferimenti dopo le riforme del diritto societario e delle imposte sui redditi*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 638.

²¹³ Vedi tra gli altri: G. MARASÀ, *Le società*, cit., 155; G. FIGÀ TALAMANCA, P. SPADA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, cit., 33; sulla tematica si segnala inoltre l'indagine compiuta da G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., 913 ss.; anche se G. FERRI jr., *Investimento e conferimento*, cit., 10 ss., preferisce distinguere tra (generica) alienazione o messa in comune dei beni conferiti, riferibile alle società di persone, e trasferimento vero e proprio, imputabile a quelle di capitali.

di società di persone, del distinto soggetto di diritto²¹⁴ – tra la società, destinataria del conferimento, e i suoi partecipanti, e, in particolare, tra i rispettivi patrimoni²¹⁵.

Art. 2248 – Comunione a scopo di godimento

[1] *La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III.*

commento di Daniele U. Santosuosso

Sommario: 1. Comunione di godimento e società. La necessità di una norma. La sua importanza sistematica. - 2. Similitudini ed elementi differenziali tra comunione di godimento e società. La comunione d'azienda. - 3. (*Segue*). Evidenza della diversità tipologica nella trasformazione eterogenea e nel mero passaggio (incidentale) da una fattispecie ad un'altra. Le c.d. società di comodo. La legislazione fiscale. Società di godimento in forma di società semplice. Ammissibilità.

1. Comunione di godimento e società. La necessità di una norma. La sua importanza sistematica

Con la norma in esame il legislatore del 1942, precisando che la comunione di (mero) godimento non rientra nella fattispecie societaria, ha inteso innanzitutto marcare nettamente il confine sul piano disciplinare, e quindi onerare l'interprete della ricerca degli elementi differenziali, tra le due fattispecie¹.

Su un piano più generale altresì appare evidente l'esigenza del legislatore storico di chiudere il disegno sistematico – aperto con la norma dell'art. 2247 c.c. – sui caratteri generali della fattispecie (contratto di) società in contrapposizione con gli istituti civilistici, che la norma abbia in questo senso una importante funzione segnaletica di sistema, tra specialità del diritto societario e generalità del diritto civile, è

²¹⁴ Si veda il precedente § 2.3.

²¹⁵ Cass. 28.2.1998, n. 2252, in *Soc.*, 1998, 1163, con nota di L. PONTI, *Forma del negozio di cessione delle quote di s.n.c. con patrimonio immobiliare*; e in *Giust. civ.*, 1998, I, 1245 ss.; Cass., 27.2.1976, n. 639, in *Giur. civ.*, I, 895 ss., con nota di A. DI AMATO, *Rescissione per lesione enorme e contratto di società*.

¹ In tal senso FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, X, 3, Torino, 1987, 28 ss.