

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) *(1955-1998)*

DIRETTORE RESPONSABILE
GIORGIO CIAN

Marzo-Aprile
2022

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

EMANUELE CUSA (*)
Prof. ass. dell'Università di Milano-Bicocca

I TIPI DI SOCIETÀ E LE SOCIETÀ CONSORTILI

SOMMARIO: 1. La natura prescrittiva della tassonomia legale. – 2. La polisemia della parola tipo nel diritto societario. – 3. Le cause dei tipi di società. – 4. La duplicità di ogni tipo di società. – 5. Le utilità derivanti dalla ricostruzione delle società come plurime fattispecie. – 6. Le fattispecie delle società consortili. – 7. Lo scopo consortile. – 7.1. La definizione legale. – 7.2. Il vantaggio consortile. – 7.3. Il rapporto con lo scopo lucrativo. – 7.4. Il voto capitario. – 8. I cambiamenti del tipo di società.

1. – Ragionando sulla disciplina delle società consortili⁽¹⁾ mi sono interrogato sul ruolo dei giuscommercialisti come interpreti della legge e, in particolare, del diritto societario.

Come i giudici, siamo vincolati a rispettare la legge; tuttavia, diversamente dai giudici, la nostra attività interpretativa individua la norma in forza non del potere riconosciuto dallo Stato, ma della sola correttezza del ragionamento giuridico seguito, il quale, a garanzia della separazione dei poteri propria della nostra Repubblica, costituisce uno strumento di controllo anche dell'interpretazione giudiziale (purtroppo, sempre più spesso, illegittimamente creativa⁽²⁾).

Diversamente dai filosofi del diritto e dal legislatore, ma al pari dei giudici, l'oggetto della nostra attività è precostituito (cioè costituito da altri: i produttori di regole giuridiche, legali o negoziali); circa poi il diritto societario, il nostro lavoro di studiosi è perlopiù incentrato sulle corrispon-

(*) Una prima versione del presente scritto è stata presentata, con lo stesso titolo, il 17 settembre 2021, nell'ambito del XII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale – Orizzonti del Diritto Commerciale, tenutosi on-line.

(1) In E. CUSA, *La società consortile*, nella Collana *Studi di Diritto dell'Impresa*, Torino 2021. Le affermazioni che seguiranno circa le società consortili e le società mutualistiche sono tratte dal predetto volume, al quale rinvio per le citazioni e i ragionamenti più compiuti.

(2) Sul punto il chiaro pensiero di A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in questa *Rivista*, 2021, p. 645-648, il quale tra l'altro ricorda che «in un sistema di diritto legislativo “giurisprudenza creativa” è un ossimoro: se è giurisdizione non è creativa, se è creativa non è giurisdizione».

denti disposizioni civilistiche, naturalmente tenendo conto del formante giurisprudenziale.

Il diritto societario di fonte codicistica – viste le sue complessità e tecnicità, cresciute esponenzialmente nel corso dei decenni – è stato opportunamente ordinato dal legislatore secondo un sistema incentrato sul concetto di tipo e, più di recente, su quello di sottotipo⁽³⁾; sistema – come preciserò nel prossimo paragrafo – nel quale i tipi possono essere raggruppati in tipi superiori o suddivisi in tipi inferiori.

I tipi e i sottotipi, essendo mezzi per realizzare processi di astrazione, identificano corrispondenti insiemi omogenei di fenomeni (denominabili classi), ciascuno dei quali si caratterizza per avere tutti gli elementi indeffettibili della relativa classe.

Grazie ai tipi e ai sottotipi è facilitato sia l'*interprete* nel cercare la disposizione da cui ricavare la norma valevole per il caso concreto (diventando così la relativa classificazione un'insostituibile guida in tale ricerca), sia il *legislatore* nel razionalizzare l'ordinamento giuridico (evitandogli di concepire disposizioni inutilmente ripetitive o incoerenti con il relativo sistema).

Essendo i tipi e i sottotipi un prodotto del legislatore, essi vincolano la dottrina e la giurisprudenza in ragione dei seguenti *due articoli*: (i) l'art. 12 prel. prescrive di trovare la disposizione applicabile rispettando la classificazione data dal legislatore; (ii) l'art. 14 prel. connette il tipo con il suo sottotipo nel senso che limita l'applicazione delle disposizioni deroganti previste per il sottotipo alle situazioni descritte in queste ultime disposizioni, così da doversi applicare al sottotipo le disposizioni non derivate contenute nel tipo in presenza delle situazioni non delimitate nelle norme deroganti⁽⁴⁾.

Tuttavia, ho l'impressione che una parte della dottrina tenda (se non a obliterare, almeno) a sottovalutare la persistente rilevanza nel diritto societario comune della suddivisione imperativa in tipi e in sottotipi⁽⁵⁾; il che accade, ad esempio, assumendo che alcuni dei tratti distintivi delle relative

⁽³⁾ Circa la sottotipizzazione nel diritto societario cfr., per tutti, M. CIAN, *Il tipo s.r.l.*?, in *Nuove l. civ. comm.*, 2021, p. 304 ss.

⁽⁴⁾ Secondo invece G. PALMIERI, *La crisi del diritto societario e la riscoperta del valore della "nuda" impresa nell'economia post-COVID-19 (con uno sguardo all'art. 41 della Costituzione)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, p. 21, nell'interpretare il diritto societario vigente si dovrebbe ormai abbandonare «il ricorso alle categorie dell'eccezione o della deroga, oggi davvero improponibile».

⁽⁵⁾ Aumentando così per gli imprenditori il rischio di avere un diritto societario sempre più incerto, accanto all'ineliminabile rischio economico insito nell'esercizio della loro attività. Contro l'esaltazione dell'incertezza del diritto, specie in presenza del diritto dell'im-

classi non sarebbero mai stati previsti o sarebbero ormai scomparsi, ovvero sostenendo l'esistenza di supposte fattispecie legali inesprese (come quella della società di capitali aperta al mercato⁽⁶⁾) che consentirebbero di applicare parte del materiale normativo di un tipo a un altro tipo.

A mio avviso, la tendenza sopra rilevata è tra l'altro causata da un legislatore bulimico e confuso, da una giurisprudenza ogni tanto ondivaga e creativa e da un significativo e progressivo processo (se non di moltiplicazione⁽⁷⁾, certamente) di ibridazione dei tipi di società, sia tra quelli con lo stesso scopo⁽⁸⁾, sia tra quelli con scopi diversi⁽⁹⁾; questa ibridazione, comunque, non già nullifica i tipi (almeno finché non sarà abrogata la vigente classificazione in argomento⁽¹⁰⁾), bensì complica l'individuazione delle loro differenze.

presa, cfr., da ultimo, G.C.M. RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, in *R. d. comm.*, 2021, I, p. 63-64.

⁽⁶⁾ In argomento, circa il tipo s.r.l., rimando a S. CORSO, *Le s.r.l. "aperte" al mercato tra governance societaria e diritti dei soci investitori*, Milano 2021.

⁽⁷⁾ Ad esempio, almeno secondo G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di Diritto Commerciale* fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino 2015, p. 125-127, il tipo s.p.a. sarebbe oggi tripartito in tre distinti tipi, ciascuno dei quali aventi tre diverse variabili organizzative.

⁽⁸⁾ Sottolineo la crescente osmosi di disposizioni appartenenti ai tipi s.p.a. e s.r.l., a volte derivante da discutibili precedenti giurisprudenziali, come quelli (tra cui Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Nuova g. civ. comm.*, p. 1785) che applicano l'art. 2467 c.c. anche «ai soci delle società per azioni che, per entità o qualità partecipativa, siano nella sostanza assimilabili ai soci di società a responsabilità limitata». Sulla supposta natura transtipica (nel senso di essere direttamente applicabile a più tipi di società, benché contenuta espressamente nella disciplina di un solo tipo di società) dell'art. 2467 c.c. e, conseguentemente, sul fatto che per questa disposizione non opererebbe l'art. 14 prel. cfr. M. IRRERA, *L'art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transtipica ad una "s.r.l. transtipica"*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*. Studi in onore di Oreste Cagnasso, Torino 2020, p. 397 ss.

⁽⁹⁾ Si pensi al fenomeno (non solo italiano) dell'avvicinamento del diritto delle cooperative al diritto delle società di capitali; fenomeno, quello appena menzionato, che – secondo alcuni (tra quali va segnalato H. HENRY, *Trends and Prospects of Cooperative Law*, in *International Handbook of Cooperative Law*, a cura di D. Cracogna-A. Fici-H. Henry, Berlin-Heidelberg 2013, p. 803 ss.) – riduce la capacità delle cooperative di contribuire allo sviluppo sostenibile.

⁽¹⁰⁾ La suddetta classificazione impedisce cioè l'esistenza nel diritto societario comune di fenomeni non sussumibili nei tipi dati (visti da alcuni, tra cui G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., p. 118-120, non già come negozi, bensì come enti autonomi o «strumenti organizzativi dell'impresa»), coerentemente con il principio di tipicità (valevole anche per le società di origine non contrattuale) che la dottrina unanime trae dall'art. 2249 c.c.; questo principio, benché non di rado usato a sproposito dalla giurisprudenza (come mostra P. SPADA, *Fasti di un dogma inutile*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano 2015, I, p. 711 ss.), caratterizza ancora il vigente diritto societario comune e costituisce un invero del principio della certezza del diritto in tale settore dell'ordinamento

A conferma della tendenza in parola rammento le seguenti *sei opinioni*: (i) la s.r.l. sarebbe diventata una forma senza più tipo⁽¹¹⁾; (ii) la s.r.l. sarebbe transtipica in certe situazioni⁽¹²⁾; (iii) i tipi corrispondenti alle società di capitali non sarebbero più modelli legali selettivi⁽¹³⁾; (iv) le società di capitali potrebbero non perseguire lo scopo lucrativo⁽¹⁴⁾; (v) le società cooperative potrebbero essere senza scopo mutualistico (o per mancanza della definizione legale del suddetto scopo⁽¹⁵⁾ o per incompatibilità con alcune disposizioni contenute in leggi *extra codicem*⁽¹⁶⁾); (vi) la società consortile non sarebbe caratterizzata funzionalmente dallo scopo consortile⁽¹⁷⁾.

(così G. COTTINO, in *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, Torino 2020, p. 127).

(¹¹) Di questa opinione è A.D. SCANO, *Il "tipo"*, in C. IBBA-G. MARASÀ (a cura di) *Le società a responsabilità limitata*, I, Milano 2020, p. 82 ss. Secondo invece P. AGSTNER-A. CAPIZZI-P. GIUDICI, *Business Angels, Venture Capital e la nuova s.r.l.*, in *Rivista ODC*, 2/2020, p. 376-378 e 401-402, permane (pur attenuata) la valenza normativa del tipo s.r.l., il quale, dopo le riforme intervenute tra il 2012 e il 2017, è suscettibile di un «*dual-use*».

(¹²) M. IRRERA, *L'art. 2467 c.c.*, cit., p. 405-407, sostiene che la s.r.l. con gli strumenti di cui all'art. 26, commi 1°, 2° e 5°, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv. con l. 17 dicembre 2012, n. 221) sarebbe transtipica e, pertanto, non disciplinata dall'art. 2467 c.c.

(¹³) Questa è l'opinione di M. ONZA, *L'«accesso» alla società per azioni ed alla società a responsabilità limitata*, in *G. comm.*, 2020, I, p. 718, nt. 5.

(¹⁴) Almeno per chi generalizza le disposizioni deroganti l'art. 2247 c.c., così da eliminare il vincolo funzionale contenuto in questa disposizione; tra questi autori è d'obbligo citare G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in questa *Rivista*, 1973, p. 163-164. In senso inverso, tuttavia, la dottrina maggioritaria (qui rappresentata da M. CIAN, in M. CIAN (a cura di) *Diritto commerciale. III. Diritto delle società*, Torino 2020, p. 48-49) e non solo (come il parere espresso da Cons. St. 14 maggio 2019, n. 1433, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it).

(¹⁵) Così, per tutti, U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano 2012, p. 124-128, il quale esclude che lo scopo mutualistico possa identificarsi con la cosiddetta gestione di servizio verso i soci cooperatori.

(¹⁶) Di questo avviso è, ad esempio, A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 1/2021, p. 54-55, circa le cooperative sociali.

(¹⁷) Nella suddetta direzione va uno dei più attenti studiosi del fenomeno consortile (G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, Sub Art. 2602-2620, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna 2017), il quale prospetta le seguenti proposizioni (sempre che abbia pienamente compreso il suo ragionamento): (i) tutti i tipi societari sono neutri (cioè non caratterizzati funzionalmente, ma solo strutturalmente) (p. 224); (ii) le società consortili sono però caratterizzate da una funzione consortile corrispondente agli scopi di cui all'art. 2602 c.c. (p. 223); (iii) questi ultimi scopi sarebbero comunque «al di fuori dello schema tipico» dell'art. 2602 c.c. (p. 46) e dovrebbero almeno comportare l'esclusione dello scopo lucrativo (p. 225). Tuttavia, in senso opposto alla tesi appena riportata si pone la giurisprudenza costante; essa infatti argomenta nel senso che la società consortile si caratterizza per l'inserimento nella struttura societaria della causa consortile (così, *ex multis*, Cass. 27 novembre 2003, n. 18113, in *Nuova g. civ. comm.*, 2005, p. 354), a volte denominata causa mutualistica (così Cass. 4 gennaio 2005, n. 122, in *G. it.*, 2005, p.

Come ho sperimentato tentando di ricostruire la fattispecie e la disciplina della società consortile, i tipi e i sottotipi rimangono uno strumento importante per il giurista; anzi, la loro importanza si è forse accresciuta in questo periodo storico di transizione. Il ragionamento basato sui tipi, infatti, costringe a interrogarsi sulle nozioni fondamentali del diritto societario comune – così come sui principi e sulle categorie del diritto commerciale, i quali, come accade nel diritto civile⁽¹⁸⁾, non sono in crisi, bensì si evolvono al mutare della relativa legislazione – prima di catalogare gli elementi indefettibili dei diversi tipi; l'ancoramento ai tipi contribuisce così a offrire un'aggiornata determinazione del sistema rappresentato dal diritto societario; sistema che sarebbe certamente più razionale se il legislatore utilizzasse la classificazione offerta dai tipi con più consapevolezza e convinzione⁽¹⁹⁾.

2. – In questo saggio utilizzo:

(i) il termine *tipo contrattuale* nel significato corrispondente a quello della parola «tipi» contenuta nell'art. 1323 c.c.; questo concetto legale, nel diritto societario, corrisponde al termine *tipo contrattuale società*, i cui elementi indefettibili sono contenuti nella parte dell'art. 2247 c.c. non definente lo scopo lucrativo⁽²⁰⁾; il tipo in esame, ponendosi allo stesso livello di classificazione dei singoli contratti di cui agli artt. 1470 ss. c.c., è regolato (per quanto non previsto dai tipi inferiori) dalla disciplina del tipo superiore (cioè del contratto in generale), contenuta negli artt. 1321 ss.

972), «la cui presenza è a fondamento della distinzione tra le società di cui all'art. 2615 *ter* c.c. e quelle del capo III e seguenti del titolo V – libro V» del codice civile (così Cass., sez. un., 14 giugno 2016, n. 12190, in *G. comm.*, 2019, II, p. 132).

⁽¹⁸⁾ Sul punto rimando al denso contributo di A. GENTILI, *Crisi delle categorie*, cit., *passim*, il quale sostiene che sono in crisi non già le categorie civilistiche, bensì alcuni civilisti, teorici e pratici, ogni volta che utilizzino procedimenti applicativi scorretti.

⁽¹⁹⁾ Invece, il d. legisl. 17 gennaio 2003, n. 6 ha eliminato le nozioni espresse di s.p.a., di s.r.l. e di s.a.p.a. con la sostituzione dei previgenti artt. 2325, 2462 e 2472 c.c.; tale eliminazione contrasta con quanto previsto fin dal 1942 per le società di persone e dal 2003 per la società cooperativa; in effetti, i tipi corrispondenti alle società di persone e alla cooperativa hanno una nozione legale (tale infatti è da considerare anche l'art. 2511 c.c.), cioè una disposizione che è luogo privilegiato per individuare gli elementi essenziali del relativo tipo di società. Chiaramente in disaccordo con la ricordata eliminazione delle nozioni delle società di capitali è, tra gli altri, G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, I, Torino 2007, p. 83-87.

⁽²⁰⁾ *Contra*, ad esempio, M. SCIUTO, *sub* art. 2247, in N. ABRIANI (a cura di) *Codice delle società*², Milano 2016, p. 13, 20 e 21, per il quale nello scopo lucrativo di cui all'art. 2247 c.c. rientrerebbero anche gli scopi mutualistico e consortile e, dunque, esisterebbe una causa societaria comune a tutte le società.

c.c.⁽²¹⁾; il tipo contrattuale società – fondendosi o con la parte dell'art. 2247 c.c. definente lo scopo lucrativo, o con l'art. 2511 c.c., o con l'art. 2615 *ter* c.c. – circoscrive *tre distinti tipi contrattuali* (o, detto diversamente, è suddivisibile in tre sottotipi): (a) il *tipo contrattuale società lucrativa*, definito esaustivamente dall'art. 2247 c.c., il quale può eccezionalmente corrispondere a un atto unilaterale (eventualmente pluripersonale⁽²²⁾), quando specifiche disposizioni (tra le quali segnalo gli artt. 2328, comma 1°, e 2463, comma 1°, c.c.) derogano all'art. 2247 c.c.⁽²³⁾; (b) il *tipo contrattuale società mutualistica*, ricavabile per astrazione dalla combinazione degli artt. 2247 e 2511 c.c., definendo quest'ultima disposizione un tipo inferiore di società mutualistica corrispondente alla società cooperativa; in questa classe includo, oltre alla società cooperativa, la mutua assicuratrice e altre società di diritto speciale (come la società di mutuo soccorso⁽²⁴⁾); (c) il *tipo contrattuale società consortile*⁽²⁵⁾, desumibile dalla fusione degli artt. 2247, 2511 e 2615 *ter* c.c.⁽²⁶⁾;

(ii) il termine *tipo societario* nel significato corrispondente a quello della parola «tipi» contenuta nei commi primo e secondo dell'art. 2249

⁽²¹⁾ F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore - Le società*⁸, Torino 2013, p. 88, insegna che l'art. 2247 c.c. assolve «la funzione di rendere applicabili alle società tutte quelle norme sui contratti in generale, formulate dal quarto libro, che non siano derogate da specifiche norme contenute nel quinto [e io aggiungerei nel sesto] libro del codice civile».

⁽²²⁾ Come può accadere quando la società (non solo con scopo lucrativo) sia costituita a seguito di un atto di scissione.

⁽²³⁾ Alle suddette società si applica comunque l'art. 2247 c.c., anche se analogicamente: così, circa la s.r.l. unipersonale, G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2010, p. 88, nt. 154.

⁽²⁴⁾ Sulla quale, da ultimo, E. CUSA, *Fattispecie e disciplina della società di mutuo soccorso: un rebus giuridico*, in corso di pubblicazione in *R. soc.*, 2022.

⁽²⁵⁾ La dottrina è divisa tra i pochi che ritengono la società consortile un tipo autonomo (come G. VOLPE PUTZOLU, *Forme di integrazione fra imprese*, in L. DE ANGELIS (a cura di) *Diritto commerciale*², Milano 2020, p. 131) e i più che non lo ritengono (come V. BUONOCORE-G. CAPO, *L'imprenditore società*, in V. BUONOCORE (a cura di) *Manuale di diritto commerciale*¹⁴, Torino 2020, p. 199 e M. STELLA RICHTER JR., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 TUSP*, in *Studi e Materiali*, 3-4/2017, p. 552-552, il quale scrive che le società consortili «pacificamente non rappresentano un tipo» autonomo di società). La prassi notarile segue la dottrina maggioritaria, come dimostra la massima n. 18 del Comitato Notarile della Regione Campania (reperibile in www.notaicampania.it), ove si afferma che la società consortile non sarebbe un tipo autonomo, bensì «un particolare modello nell'ambito del tipo adottato».

⁽²⁶⁾ In senso opposto F. MARTORANO, *Riflessioni sulle società consortili*, in *R. d. impr.*, 1990, p. 270, secondo il quale l'art. 2615 *ter* c.c. costituirebbe la conferma della «sostanziale neutralità causale della struttura societaria» e non invece «il riconoscimento di un'autonomia causale delle cosiddette società consortili», atteso che queste ultime si caratterizzerebbero unicamente «sotto il profilo dell'oggetto e non della causa» (F. MARTORANO, *Consorti e forme societarie*, in *R. soc.*, 1982, p. 1155).

c.c. ⁽²⁷⁾; questo tipo, eventualmente con funzione definita in modo inderogabile ⁽²⁸⁾, corrisponde ai sei tipi tratteggiati nei capi II e seguenti del titolo V del libro V del codice civile ⁽²⁹⁾; nel tipo societario non può però mai essere sussunta una fattispecie concreta, poiché la relativa fattispecie astratta è incompleta, fino alla sua fusione con quella corrispondente o al tipo contrattuale società lucrativa tratteggiato nell'art. 2247 c.c. ⁽³⁰⁾, o – come sosterrò più avanti – al tipo contrattuale società consortile;

(iii) il termine *tipo di società* nel significato corrispondente a quello delle parole «tipi di società» e «tipo» contenute (rispettivamente) nella rubrica e nel comma terzo dell'art. 2249 c.c.; che il termine prospettato in questo capoverso indichi un fenomeno diverso da quello prospettato nel precedente capoverso è provato dalle ricorrenze della parola «tipo» nel codice civile in materia societaria, dalle quali emergono due distinti significati attribuiti dal legislatore a tale parola ⁽³¹⁾; il tipo di società è essenziale per individuare i fenomeni sussumibili nella fattispecie legale corrispon-

⁽²⁷⁾ A mio avviso il termine classificatorio sopra coniato non rappresenta una perfezione; esso infatti consente non solo di distinguere il relativo fenomeno da quello diverso che denominerò in questo paragrafo come tipo di società, ma anche di far emergere come la parola «tipo» usata nel diritto societario comune abbia un duplice significato; d'altra parte, come ho aggiunto l'aggettivo *contrattuale* alla parola «tipo» di cui al combinato disposto degli artt. 1323 e 2247 c.c. per indicarne la *negozialità*, così ho aggiunto l'aggettivo *societario* alla parola «tipi» di cui all'art. 2249, commi 1° e 2°, c.c. per indicarne la *societarietà* (cioè i caratteri almeno strutturali dell'ente societario).

⁽²⁸⁾ Come certamente accade per la classe delle società di persone, stante l'art. 2265 c.c. contenuto nella disciplina della società semplice (ma direttamente applicabile anche alle s.n.c. e alle s.a.s. ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2293 e 2315 c.c.), dal quale discende il loro doveroso perseguimento dello scopo lucrativo. Per la dottrina maggioritaria (come ricorda I. CAPELLI, *sub* art. 2265, in S. PATRIARCA-I. CAPELLI (a cura di), *Della società semplice*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna 2021, p. 235-236) l'art. 2265 c.c. disciplina direttamente pure le società di capitali (perciò ritenendosi norma transtipica), ma in ragione del fatto che queste ultime devono innanzi tutto rispettare l'art. 2247 c.c.

⁽²⁹⁾ Aderisco così alla tesi, direi maggioritaria, qui rappresentata da F. DI SABATO, *Diritto delle società*³, Milano 2011, p. 43-46; per l'opposta tesi non si può non citare P. SPADA, da ultimo in *Fasti di un dogma inutile*, cit., p. 710 ss., secondo il quale la società semplice e la società in nome collettivo non sarebbero tipi autonomi di società.

⁽³⁰⁾ Le società lucrative sono infatti coinvolte in un processo di «tipizzazione consecutiva», prima mediante l'art. 2247 e poi mediante i tipi societari: così, tra gli altri, P. SPADA, in M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, 1*, Torino 2004, p. 10, nt. 15.

⁽³¹⁾ A mio parere, infatti, da un lato, negli artt. 2200, 2249, commi 1° e 2°, 2250, comma 5°, 2500, comma 1° e 2545 *decies*, comma 1°, c.c. la parola «tipo» significa tipo societario; dall'altro lato, negli artt. 768 *bis* (ove però si usa il termine «tipologie societarie»), 2249 (rubrica e comma 3°), 2473, comma 1°, 2500, comma 2° (stante anche l'art. 2500 *septies* c.c.), 2501-*ter*, comma 1°, n. 1 (stante anche gli artt. 2505 *quater* e 2545 *novies*, comma 2°, c.c.), 2509 (rubrica e unico comma) c.c. la parola tipo significa tipo di società.

dente al cambiamento del tipo di società⁽³²⁾ e – come illustrerò nel prosieguo – include tutti i tipi di società contemplati nei titoli V, VI e X del libro V del codice civile⁽³³⁾; i tipi civilistici di società, infatti, devono distinguersi in ragione di regole non solo organizzative, ma anche funzionali⁽³⁴⁾; il che discende pianamente dal richiamo alla società cooperativa contenuto nell'art. 2249, comma 3°, c.c.⁽³⁵⁾;

(iv) il termine *tipo* (incluso nei tre termini precedentemente elencati) nel significato di *tipo normativo* (o di tipo-fattispecie o di fattispecie *tout court*) o, più precisamente, di *tipo legale* (derivante la sua normatività dalla legge)⁽³⁶⁾ e non invece nel significato di *tipo socio-economico*⁽³⁷⁾;

(v) il termine *sottotipo* nel significato di articolazione necessaria (e non eventuale, a seguito di scelte statutarie) di un tipo legale in presenza di determinati presupposti applicativi prescelti dal legislatore⁽³⁸⁾; questa articolazione può essere a volte accompagnata da uno specifico *nomen iuris*

⁽³²⁾ Sul punto v. *infra*, par. 8.

⁽³³⁾ In direzione analoga si muovono gli autori (tra i quali segnalo G. COTTINO, in *Lineamenti di diritto commerciale*, cit., p. 127) che enumerano tra i tipi di società quelli tratteggiati sia nel titolo V sia nel titolo VI del libro V del codice civile.

⁽³⁴⁾ Di diverso avviso è la dottrina maggioritaria, qui rappresentata da P. SPADA, in voce *Società: II) Tipi di società in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma 1993, p. 1-2, in M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 91 e in *Diritto commerciale. I. Parte generale*², Padova 2009, p. 100-119, il quale denomina come tipo di società ciò che ho chiamato nel testo tipo societario e considera il tipo di società come neutro dal punto di vista funzionale, ritenendolo solo un codice organizzativo asservito a molteplici funzioni (tra cui quella consortile).

⁽³⁵⁾ Similmente G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*², in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2000, p. 251, il quale ricava dall'art. 2249, comma 3°, c.c., «un importante indizio sistematico nel senso di considerare la società cooperativa non un sottotipo da utilizzare, come tutti gli altri, nell'ambito dei confini causali fissati nell'art. 2247 c.c., ma un tipo di contratto associativo caratterizzato da una propria causa».

⁽³⁶⁾ Circa il concetto di tipo normativo (di cui una specie è il tipo legale, così denominato in ragione della fonte della sua normatività), opposto al tipo cognitivo, cfr. L. PASSERINI GLAZEL, *La forza normativa del tipo*, Macerata 2005, p. 163-172, 183-186, il quale scrive in modo condivisibile (*ivi*, p. 186) che «il tipo normativo *non* rappresenta come la realtà *sia*; al contrario: esso stabilisce come la realtà *debba essere*: esso impone norme sulla realtà».

⁽³⁷⁾ G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo*, cit., p. 63 ss. e 87 ss., chiarisce le differenze tra tipo normativo e tipo socio-economico nel diritto societario. I civilisti (da ultimo M. COSTANZA, voce *Tipicità e tipo*, in *Enc. dir. – I tematici*, I, Milano 2021, p. 1170) ci ricordano in proposito, vuoi che «mediante il ricorso al tipo si definiscono le figure che le norme disegnano», vuoi che «diventa tipico legislativamente ciò che riceve dalla norma un nome e una disciplina».

⁽³⁸⁾ G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo*, cit., p. 61, circa i suddetti presupposti applicativi, parla di «elementi specializzanti della fattispecie», la cui presenza comporta l'applicazione di «segmenti di disciplina operanti una deroga a quella comune».

(così accade, ad esempio, per la s.r.l.s. *ex* art. 2463 *bis* c.c.⁽³⁹⁾) o per la cooperativa sociale di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381); i presupposti applicativi caratterizzanti il sottotipo possono essere voluti (si pensi alla scelta di inserire nella denominazione sociale di una cooperativa il sintagma legale «cooperativa sociale»)⁽⁴⁰⁾ o anche non voluti dai paciscenti (si pensi all'applicazione automatica della disciplina delle cooperative a mutualità non prevalente alle società che si trovino nell'impossibilità di rispettare i parametri indicati nell'art. 2513 c.c.⁽⁴¹⁾).

3. – Come anticipato, i tipi e i sottotipi di società sono necessari strumenti per interpretare il diritto societario, corrispondendo a fattispecie legali da utilizzare per qualificare fattispecie concrete e dunque per applicare il diritto alla realtà.

In effetti, anche nel diritto societario è ricco di conseguenze applicative la *corrispondenza biunivoca tra fattispecie e disciplina*: come dalla disciplina del tipo si devono individuare gli elementi indefettabili dello stesso (partendo dall'eventuale espressa nozione o definizione legale), così grazie al tipo si selezionano i fenomeni regolati dalla disciplina del relativo tipo.

L'utilità di conoscere l'esposta articolazione in tipi appare particolarmente evidente esaminando le società lucrative: come ogni tipo di società lucrativa è il risultato della fusione del tipo contrattuale società lucrativa con un tipo societario prescelto dai soci, così la corrispondente disciplina è data dall'insieme della disciplina dei due predetti tipi⁽⁴²⁾.

La fusione testé specificata mostra come il contratto di società – al pari di qualsiasi altro contratto di diritto comune – si caratterizzi per avere una

⁽³⁹⁾ La dottrina è divisa nel qualificare la s.r.l.s. come autonomo sottotipo: per la tesi a favore di tale qualificazione cfr. G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., p. 42 e 129-131; per la tesi contraria cfr. M. CIAN, *Il tipo s.r.l.?*, cit., p. 305.

⁽⁴⁰⁾ Ad esempio, S. CORSO, *Le s.r.l. "aperte"*, cit., p. 103-104, qualifica come sottotipo di s.r.l. e di società "semi-aperta" la s.r.l.-PMI.

⁽⁴¹⁾ In favore della tesi che le cooperative a mutualità prevalente e quelle diverse siano due sottotipi del tipo società cooperativa sono la dottrina (qui rappresentata da A. BASSI, *sub* art. 2511 c.c., in G. PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano 2007, p. 19), lo stesso legislatore (nella relazione allo schema di decreto legislativo che è poi divenuto il d. legisl. n. 6/2003) e, addirittura, la giurisprudenza costituzionale (C. cost. 26 giugno 2020, n. 131).

⁽⁴²⁾ Esemplificando, se una s.r.l. è la fusione del tipo contrattuale società lucrativa e del tipo societario s.r.l., la disciplina della s.r.l. contiene anche la disciplina della società lucrativa, poiché il tipo società lucrativa include anche il tipo s.r.l., seppur le disposizioni del primo tipo disciplinano il secondo in quanto non derogate dalle disposizioni del secondo; sul punto è d'obbligo rammentare il pensiero di G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 11-17.

propria *causa*; questa – come la migliore dottrina ha da tempo chiarito⁽⁴³⁾ – è composta non solo dal perseguimento dello *scopo-mezzo* (corrispondente all’istituzione di un’organizzazione che consenta l’esercizio in comune di un’attività economica e produttiva⁽⁴⁴⁾), ma anche dal perseguimento dello *scopo-fine* (corrispondente allo scopo sociale in senso stretto). Di regola, entrambi questi scopi devono essere voluti (o non disvoluti) da tutti i soci (essendo il contratto di società qualificabile come associativo⁽⁴⁵⁾), poiché soltanto se costoro sono portatori di tutti gli interessi tipici della società che hanno prescelto, la stessa società (essendo strumento per realizzare i loro interessi comuni) è legittimata a perseguire i propri scopo-mezzo e scopo-fine come ente autonomo dai soci.

La suddetta comunanza di interessi può però mancare nelle società per le quali sia consentito l’ingresso di soci con interessi tipici differenti; il che accade nelle società mutualistiche e nelle società consortili, allorquando siano presenti soci diversi (rispettivamente) dai soci cooperatori (cioè i soci finanziatori) e dai soci consorziati (cioè i soci cooperatori non consorziati e i soci finanziatori).

La società può inoltre perseguire contemporaneamente più scopi sociali, a condizione che i relativi soci mirino a rispettare almeno lo scopo caratterizzante il tipo di società da loro prescelto; così, a mo’ d’esempio, una cooperativa può prefiggersi lo scopo lucrativo soltanto se la stessa persegua almeno l’inderogabile scopo mutualistico.

Orbene, la causa del contratto di società, pur rimanendo sempre *unica* (essendo unico il contratto così causalmente caratterizzato ed essendo la causa il solo nesso tra i conferimenti di tutti i soci), può essere potenzialmente *mista*⁽⁴⁶⁾; tuttavia, l’elasticità dello scopo-fine non consente lo sna-

⁽⁴³⁾ Qui rappresentata da G. OPPO, *L’essenza della società cooperativa e gli studi recenti* (apparso in questa *Rivista*, 1959, I, p. 369 ss., ma citato nel presente saggio come è stato pubblicato), in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova 1992, p. 517-518.

⁽⁴⁴⁾ Condivido la precisazione di G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., p. 16-17, secondo il quale il sostantivo codicistico «esercizio» contenuto nell’art. 2247 c.c. «fa riferimento non al gestire, all’amministrare, all’operare; bensì, in coerenza col significato etimologico del termine, all’assumere la paternità o la titolarità»; in effetti, l’attività economica esercitata dalla società non è mai imputabile ai soci.

⁽⁴⁵⁾ Che il contratto di società sia qualificabile come associativo è ormai pacifico in dottrina (*ex multis* cfr. G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*², cit., p. 20 ss.); sicché, almeno per i tipi di società contemplati nel codice civile, vale la seguente considerazione: «la libertà di scelta della forma organizzativa dell’impresa è condizionata dallo *scopo perseguito dai partecipanti*, in quanto in materia di contratti associativi, il legislatore segue un’impostazione di tipo causalistico» (G. MARASÀ, *L’imprenditore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2021, p. 84).

⁽⁴⁶⁾ Sul fenomeno simile dei contratti misti, sulle loro cause e sulla loro qualificazione rimando, da ultimo, a M. COSTANZA, voce *Tipicità e tipo*, cit., p. 1172-1174.

turamento del contratto sociale, obliterandosi altrimenti uno dei connotati identificativi del prescelto tipo contrattuale società⁽⁴⁷⁾.

Se è vero che il tipo di società è costituito dalla sintesi di profili strutturali e funzionali (nel senso che anche lo scopo-fine concorre a formarne la fattispecie⁽⁴⁸⁾ e a determinarne la qualificazione⁽⁴⁹⁾) e se è altresì vero che l'interprete deve ricostruire il diritto di una società dalla disciplina dei relativi tipi (contrattuale, societario e/o di società) in forza dell'art. 12 prel., risulta allora scorretto affermare che la diversità dei tipi di società sarebbe solo strutturale; in effetti, come i profili strutturali indicano le regole organizzative dell'ente cui imputare l'attività economica svolta dalla società, così i profili funzionali indicano gli interessi dei soci a partecipare a tale ente. Sicché, esemplificando, se sono certamente tipi di società diversi la s.r.l. e la s.p.a. in ragione della loro diversità strutturale, corrispondono parimenti a tipi diversi in ragione della loro diversità funzionale non solo la cooperativa e la s.r.l., ma anche la s.r.l. lucrativa, la s.r.l. consortile⁽⁵⁰⁾ e la s.r.l. impresa

⁽⁴⁷⁾ Nella stessa direzione si muove, ad esempio, G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 92-94.

⁽⁴⁸⁾ Denominata da G. FERRI JR., *La trasformazione*, in C. IBBA-G. MARASÀ (a cura di) *Le società a responsabilità limitata*, III, Milano 2020, p. 2362, 2365, 2380 e 2381, come «astratto modello organizzativo» (il cui cambiamento è per tale autore il generale presupposto applicativo della disciplina della trasformazione), ma non equiparata alla fattispecie di tipo di società; questo autore, infatti, qualifica sì come cambiamento dell'astratto modello organizzativo il passaggio da società lucrativa a consortile (o viceversa), ma non qualifica questi passaggi come cambiamenti del tipo di società, ritenendo la società consortile un «autonomo modello astratto di organizzazione dell'impresa, per quanto, per dir così, transitorio, ed anzi destinato non già a sostituirsi, bensì solo ad affiancarsi, sovrapponendosi, a quelli corrispondenti ai singoli tipi di società».

⁽⁴⁹⁾ Che i diversi scopi perseguiti dagli enti incidano sulla loro qualificazione mi pare provato dal fatto che negli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. l'aggettivo eterogeneo accompagna la parola trasformazione, come già sottolineato da P. SPADA, *Due aggettivi per cinque vicende (ancora a proposito della trasformazione)*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano 2011, p. 616-617 e da G. MARASÀ, *L'imprenditore*, cit., p. 91. Tuttavia, una lettura diversa da quella sostenuta nel testo è propria della dottrina maggioritaria, qui rappresentata da L. DE ANGELIS, in L. DE ANGELIS (a cura di) *Diritto commerciale*², Milano 2020, p. 157-159 e 635-636.

⁽⁵⁰⁾ In senso opposto quasi tutti i giuscommercialisti, tra cui i seguenti: G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 792; C. CARUSO, *sub art. 2500 septies c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadesse-G.B. Portale, t. II, Milano 2016, p. 3245-3246; C. FRIGENI, *Il diritto di recesso*, in C. IBBA-G. MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, I, Milano 2020, p. 1060; F. GUERRERA, *Le modifiche dell'atto costitutivo*, in C. IBBA-G. MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, II, Milano 2020, p. 1510; L. DE ANGELIS, in *Diritto commerciale*², cit., p. 635, per il quale, nel passaggio da s.p.a. ordinaria a s.p.a. consortile o nel passaggio inverso, non vi sarebbe «alcun cambiamento del tipo, ma unicamente un mutamento dello scopo che si realizza mediante la modificazione dell'oggetto sociale».

sociale⁽⁵¹⁾ (ma non la s.r.l. con la qualifica di società benefit⁽⁵²⁾).

4. – Ogni tipo di società si differenzia dagli altri per i propri presupposti applicativi, i quali devono essere tutti presenti in una *fattispecie concreta* per poterla sussumere nella relativa *fattispecie astratta*, così qualificandola, per poi correttamente disciplinarla.

Seppur con modalità e tempi differenti per la classe delle società di persone e per la classe delle società con personalità giuridica, ogni tipo di società corrisponde a due fattispecie legali – una normale e l'altra eccezionale – la cui diversa applicazione dipende dalla pubblicità cui sia stato sottoposto il corrispondente atto costitutivo; in effetti, i normali elementi identificativi di un tipo di società (costituenti la *fattispecie normale del tipo di società* o il *tipo normale di società*) sono sostituiti dagli eccezionali elementi identificativi dello stesso tipo (costituenti la *fattispecie eccezionale del tipo di società* o il *tipo eccezionale di società*), se il relativo atto costitutivo da qualificare sia stato iscritto nel registro delle imprese, o al fine di far acquistare la personalità giuridica all'ente societario, o al fine di concludere il procedimento di trasformazione, di fusione o di scissione coinvolgente lo stesso ente.

Dunque, coesistono due articolazioni dello stesso tipo-fattispecie, le quali sono entrambe necessari presupposti applicativi della rispettiva disciplina, ma in *momenti differenti*: (i) il tipo eccezionale serve per qualificare l'atto costitutivo di società in specifici casi; (ii) il tipo normale serve per qualificare l'atto costitutivo negli altri casi in cui non opera il tipo eccezionale.

Più precisamente, il tipo eccezionale vale o ai sensi dell'art. 2332, comma 1°, c.c. (in caso di acquisto della personalità giuridica), o ai sensi degli artt. 2500 *bis*, comma 1°, 2504 *quater*, comma 1° e 2506 *ter*, comma

⁽⁵¹⁾ *Contra* la massima U.A.3 della Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie del settembre 2021 (in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari*, Milano 2021, p. 781-784); in essa, infatti, si afferma che il passaggio da società lucrativa a impresa sociale in forma di società lucrativa corrisponde a una trasformazione eterogenea (con la conseguente applicazione degli artt. 2500 *septies*, comma 3° e 2500 *novies* c.c. e della «normativa che attribuisce il diritto di recesso ai soci non consenzienti»), anche se non determina un contestuale cambiamento del tipo di società, poiché la società in parola «non muta la sua struttura tipologica (che rimane pur sempre quella tipizzata dal libro V del c.c.) ma modifica il proprio scopo sociale e la propria normativa di riferimento».

⁽⁵²⁾ Così la dottrina maggioritaria, come ricorda, da ultimo, E. CODAZZI, *Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit*, in *Rivista ODC*, 3/2021, p. 1274.

5°, c.c. (negli altri casi); grazie a queste disposizioni, infatti, per poter sussumere una concreta società in un tipo di società, può bastare aver voluto (o non disvoluto) iscrivere nel registro delle imprese un atto costitutivo con il *nomen iuris* del prescelto tipo di società; ne deriva, ad esempio, che è sufficiente iscrivere nel registro delle imprese un atto costitutivo di società indicante nella denominazione sociale (rispettivamente) l'acronimo s.r.l. o l'espressione coop per qualificare tale atto (rispettivamente) come di s.r.l. o di cooperativa.

5. – Per almeno *quattro ragioni* risulta utile al giurista individuare gli elementi indefettibili che integrano – normalmente o eccezionalmente – ogni tipo di società⁽⁵³⁾.

Prima ragione: in presenza di una società non ancora iscritta nel registro delle imprese o in presenza di una società di persone ivi iscritta ma non risultante da trasformazione, da fusione o da scissione, si può qualificare il relativo atto costitutivo sussumendolo in uno specifico tipo di società, solo se siano presenti tutti gli elementi indefettibili del relativo tipo normale di società.

Seconda ragione: in presenza di una società con personalità giuridica iscritta nel registro delle imprese o in presenza di una società di persone risultante da trasformazione, da fusione o da scissione, il relativo atto costitutivo è sussumibile in uno specifico tipo di società, a condizione che siano osservati almeno gli elementi indefettibili del relativo tipo eccezionale di società.

Terza ragione: solo conoscendo gli elementi indefettibili del tipo di società scelto dai soci⁽⁵⁴⁾ è possibile verificare, se una data decisione sociale determini effettivamente un cambiamento del tipo di società e possa perciò qualificarsi come decisione di trasformazione al fine di regolarla con la relativa disciplina.

Quarta ragione: tutti gli elementi indefettibili del tipo normale di società prescelto dai soci, dovendosi ricavare da norme identificative della

⁽⁵³⁾ Considerazioni simili sono state sviluppate da G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo*, cit., p. 67-70, relativamente ai tipi di società lucrativa.

⁽⁵⁴⁾ Diversamente da P. SPADA – quando scrive (in *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, t. III, Milano 2005, p. 3888-3889) che «il tipo [di società] non si sceglie né si cambia», poiché il tipo «presiede ai processi di qualificazione della realtà» – ritengo (assieme a G. FERRI JR., *La trasformazione*, cit., p. 2361-2362, nt. 2) che il tipo *si cambia*, poiché lo *si sceglie* (cioè lo *si vuole*, nel senso che almeno non si disvogliono gli elementi indefettibili del tipo), come mi pare indichi lo stesso art. 2249, comma 2°, c.c.

relativa fattispecie (dunque da norme imperative⁽⁵⁵⁾), delimitano l'autonomia statutaria dei soci; sicché sono da ritenersi inefficaci (poiché irrimediabilmente nulle) le clausole statutarie irrispettose degli elementi in parola⁽⁵⁶⁾; questi ultimi, infatti, non possono essere derogati fino a quando non si decida di abbandonare il tipo così contraddistinto.

6. – Dalla scarna disciplina civilistica della società consortile (*in primis*, dagli artt. 2247, 2602, 2511 e 2615 *ter* c.c.) ho ricavato che il sintagma *società consortile* è contestualmente riferibile sia al tipo contrattuale che circoscrive l'intera classe delle società consortili, sia a ciascuno dei sette tipi di società con scopo consortile, il cui insieme costituisce la predetta classe.

Ogni tipo di società consortile è il frutto della fusione di *due fattispecie*: (i) la prima corrisponde al tipo contrattuale società consortile ed è evocata nell'art. 2620, comma 1°, c.c. (mai entrato in vigore), quando si riferisce «alle società che si costituiscono per raggiungere gli scopi indicati nell'art. 2602» c.c.; (ii) la seconda corrisponde in realtà a sette alternative fattispecie, le quali coincidono con i cinque tipi societari regolati nei capi III e seguenti del titolo V del libro V del codice civile⁽⁵⁷⁾ e con i due tipi di società regolati nel titolo VI del libro V del codice civile.

Questi *sette tipi di società consortile* possono essere così denominati: s.n.c. consortile, s.a.s. consortile, s.p.a. consortile, s.r.l. consortile, s.a.p.a. consortile, cooperativa consortile⁽⁵⁸⁾ e mutua assicuratrice consortile.

⁽⁵⁵⁾ Così già G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo*, cit., p. 86; *contra* G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., p. 148-149.

⁽⁵⁶⁾ Naturalmente, nel suddetto caso (sempre che ci troviamo di fronte a una società non ancora iscritta nel registro delle imprese o a una società di persone ivi iscritta ma non risultante da trasformazione, da fusione o da scissione), al posto della nullità della clausola atipica potrà aversi la riqualificazione del contratto, sussistendone le condizioni. Come ricorda P. SPADA, *Fasti di un dogma inutile*, cit., p. 714, nelle situazioni contemplate nel testo è possibile anche (come può accadere in presenza di una società in accomandita semplice) una riqualificazione della sola partecipazione sociale.

⁽⁵⁷⁾ Dunque, v'è non tanto una *bivalenza funzionale* dei tipi di cui all'art. 2249, commi 1° e 2°, c.c. (così P. SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, cit., p. 3886), quanto una quasi (stante l'esclusione della società semplice) *duplicazione* dei tipi in forma lucrativa; in effetti, benché il dettato dell'art. 2615 *ter*, comma 1°, c.c. potrebbe essere utilizzato per sostenere la suddetta bivalenza, il significativo cambiamento della disciplina applicabile alla società (o, come indica efficacemente G. FERRI JR., *La trasformazione*, cit., p. 2365, la «*riorganizzazione normativa dell'impresa*», con conseguente variazione dello stesso «*ambito di operatività dell'autonomia statutaria dei soci*») in conseguenza del passaggio da società lucrativa a consortile (o viceversa) comporta altresì il cambiamento del tipo di società; il che trova conferma nel dettato del primo comma degli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c.

⁽⁵⁸⁾ Il suddetto tipo è suddiviso in *quattro sottotipi*: (i) la cooperativa consortile rego-

Ad ogni tipo di società consortile corrisponde una fattispecie normale e una fattispecie eccezionale.

La *fattispecie normale* di società consortile – per la parte corrispondente al tipo contrattuale società consortile – è composta dai seguenti *cinque elementi indefettibili*:

- (i) gli apporti dei soci, qualificabili come conferimenti;
- (ii) un'organizzazione, soggettivamente autonoma dai soci, concepita per produrre beni o servizi rispettando almeno il metodo economico;
- (iii) una pluralità minima (variabile in base alla forma societaria prescelta) di soci consorziati che siano (o stiano per diventare) imprenditori, liberi professionisti e/o amministrazioni pubbliche;
- (iv) almeno un'attività consortile (cioè funzionale alle attività economiche dei soci consorziati e corrispondente a una fase del ciclo produttivo di tali soci);
- (v) lo scopo (astrattamente) consortile⁽⁵⁹⁾.

Se poi sono voluti (o non disvolti) gli elementi indefettibili non solo del predetto tipo contrattuale, ma anche del tipo (societario o di società) prescelto, è integrata altresì una delle sette fattispecie normali di società consortile; di conseguenza, può applicarsi alla relativa fattispecie concreta la disciplina propria di quest'ultima fattispecie astratta.

Tuttavia, può eccezionalmente applicarsi la disciplina della società consortile anche quando siano voluti (o non disvolti) solo pochi elementi indefettibili della fattispecie di società consortile prescelta dai soci. Il che accade in occasione della costituzione di una società consortile con personalità giuridica (ai sensi dell'art. 2332, comma 1°, c.c.), oppure in occasione della trasformazione, della fusione o della scissione da cui risulti una società consortile diversa dalla società semplice (ai sensi degli artt. 2500 *bis*, comma 1°, 2504 *quater*, comma 1° e 2506 *ter*, comma 5°, c.c.).

Nei suddetti casi, dunque, la *fattispecie eccezionale* di società consortile è composta dai seguenti *tre elementi indefettibili*:

- (i) l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo, dell'atto di trasformazione, dell'atto di fusione o dell'atto di scissione;
- (ii) il *nomen iuris* del tipo di società prescelto, così implicitamente avendo voluto apportare valori a titolo di conferimento in un nuovo soggetto, capace di produrre beni e/o servizi osservando il metodo economico;

lata dalle norme sulla s.p.a.; (ii) la cooperativa consortile regolata dalle norme sulla s.r.l.; (iii) la cooperativa consortile a mutualità prevalente; (iv) la cooperativa consortile non a mutualità prevalente.

(59) Per la relativa individuazione v. *infra*, par. 7.1.

(iii) lo scopo (astrattamente) consortile, da cui discende necessariamente la qualificazione di almeno una delle attività contenute nell'oggetto sociale come consortile.

L'ultimo dei tre elementi sopra elencati è da ritenersi presente, quando sia almeno inserito l'aggettivo consortile nella denominazione (o ragione) sociale della società.

7.1. – Tra gli elementi indefettibili della fattispecie corrispondente alla società consortile mi soffermo unicamente sullo scopo consortile, sia per la sua centralità nella disciplina delle società consortili, sia per l'assenza di una sua espressa definizione legale.

In effetti, nel codice civile non si parla mai di scopo consortile, ma di «forma consortile» (art. 2545 *septies*, comma 1°, c.c.), di «organi consortili» (art. 2603, comma 2°, n. 4, c.c.), di «deliberazioni consortili» (rubrica dell'art. 2606 c.c.), di «fondo consortile» (artt. 2612, comma 2°, n. 5, 2614, rubrica e testo dell'unico comma, e 2615 c.c.), di «società consortili» (sezione II *bis* del capo II sui consorzi e rubrica dell'art. 2615 *ter* c.c.) o di «contratto consortile» (rubrica dell'art. 2618 c.c.); anzi, proprio quando l'art. 2615 *ter* c.c. dovrebbe determinare che cosa sia lo scopo consortile, lo definisce solo indirettamente, indicando il contenuto dell'oggetto sociale delle società consortili ed equiparando tale oggetto agli scopi (non allo scopo) tratteggiati nell'art. 2602 c.c.

L'art. 2615 *ter*, comma 1°, c.c. è *fuorviante*, poiché è logicamente impossibile (avendo un significato diverso le parole attività e scopo) equiparare un'attività (l'attività consortile) agli scopi in funzione dei quali la si intenda esercitare (agli scopi consortili). Allo stesso tempo, l'art. 2615 *ter*, comma 1°, c.c. è *illuminante*, poiché indica all'interprete un necessario legame tra oggetto sociale e scopi della società, facendo così intuire che il contenuto dei secondi è ricavabile partendo dal contenuto del primo. Detto altrimenti, la disposizione in parola ci offre il seguente indizio: lo scopo-fine del contratto di società consortile (cioè lo scopo consortile) deriva dallo scopo-mezzo dello stesso contratto, corrispondente agli «scopi indicati nell'art. 2602» c.c. (cioè all'esercizio in comune di attività consortili).

La definizione di scopo consortile si ricava comunque in modo univoco dalla disciplina delle società consortili, così come l'inespressa definizione di scopo mutualistico si ricava, in modo altrettanto univoco, dalla disciplina delle società cooperative⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Invece la disciplina delle società lucrative, grazie all'art. 2247 c.c., contiene la definizione espressa di scopo lucrativo.

A mio avviso, lo scopo consortile corrisponde all'interesse comune dei soci consorziati di instaurare con la loro società degli scambi che consentano di servirsi direttamente delle attività consortili; ho denominato questa componente dello scopo consortile come *scopo astrattamente consortile*.

Lo scopo consortile, dunque, si persegue collegando giuridicamente i soci consorziati con le attività consortili; il che avviene mediante dei rapporti giuridici tra consorziati e società consortile, ulteriori a quello societario, aventi come oggetto il seguente *scambio consortile*; la dazione di beni da parte del socio consorziato (normalmente una somma di denaro) a fronte di quanto prodotto (come beni e/o servizi) dalla società consortile nell'esercizio delle sue attività consortili.

Risulta pertanto evidente la vicinanza funzionale tra società consortili e società cooperative; anzi, si può affermare con più precisione che lo scopo consortile è una specie del genere scopo mutualistico, a prescindere dal contenuto dell'attività consortile offerta ai consorziati o dal tipo di società prescelto per perseguire lo scopo consortile; questi due scopi sono infatti accomunati dal fatto che la relativa società è tenuta sempre a offrire la cosiddetta gestione di servizio ai soci che sono in grado di caratterizzarla funzionalmente (ossia ai soci consorziati nella società consortile e ai soci operatori nella società cooperativa).

Qualsiasi scopo sociale non può però essere solo dichiarato nell'atto costitutivo, ma deve anche essere perseguito effettivamente, stante l'imperatività (essendo identificativa del relativo tipo contrattuale società) della regola (ricavata vuoi dagli artt. 2602 e 2615 *ter*, comma 1°, c.c. per le società costituite secondo uno dei tipi del titolo V, vuoi dall'art. 2511 c.c. per le cooperative, vuoi dall'art. 2546, comma 3°, c.c. per le mutue assicuratrici), secondo la quale la società consortile deve perseguire lo scopo consortile. Dunque, dal doveroso perseguimento dello scopo consortile ricavo il seguente obbligo di collaborazione – non solo negativo⁽⁶¹⁾, ma anche positivo – in capo a ciascun socio consorziato: quello di concludere uno o più scambi consortili con la propria società; il che non è un inammissibile conculcamento dell'autonomia privata, ma la necessaria conseguenza della volontaria scelta di essere socio consorziato.

Quindi, il perseguimento dello scopo consortile si perfeziona solo quando i soci consorziati instaurino effettivamente scambi consortili con

⁽⁶¹⁾ Inteso come obbligo di non frapporre ostacoli all'esecuzione del contratto sociale, ovvero nel senso di agire secondo buona fede *ex* art. 1375 c.c. e secondo le regole della correttezza *ex* art. 1175 c.c.; sul punto, in generale circa la materia societaria, cfr. G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, cit., p. 79-85, con acute osservazioni sui relativi eccessi della giurisprudenza in argomento.

la propria società consortile; il che costituisce l'altra necessaria componente dello scopo consortile che ho denominato come *scopo concretamente consortile*.

7.2. – Dallo scopo consortile non è possibile far discendere un dovere della società consortile di riconoscere un vantaggio consortile ai soci consorziati⁽⁶²⁾; in effetti, il codice civile si disinteressa delle condizioni economiche in base alle quali avvenga lo scambio consortile; può pertanto legittimamente accadere, ad esempio, che il servizio consortile sia acquistato a un prezzo superiore a quello di mercato.

Dunque, il legislatore rimette ai consorziati le scelte economiche circa il *quando* e il *come* costoro concludano scambi consortili con la loro società.

Certo, si potrebbe affermare che le condizioni economiche caratterizzanti lo scambio consortile corrispondano a quelle fissate da operatori razionali (e pertanto dovrebbe esservi il vantaggio consortile), ma ciò predice semplicemente l'*id quod plerunque accidit*.

7.3. – Lo scopo consortile è concettualmente distinto dallo scopo lucrativo: mentre il primo ruota attorno all'interesse comune tra i consorziati di instaurare scambi consortili con la loro società, il secondo attiene alla destinazione degli utili di esercizio, i quali possono (ma non devono) essere distribuiti tra i soci della società consortile.

Tenuto conto che il codice civile non ha finora coniato una nozione di *utile/perdita di esercizio* specifica per le società cooperative o per le società consortili e che pertanto anche in queste ultime società si deve intendere per utile/perdita di esercizio unicamente il valore indicato ai sensi dell'art. 2425, n. 21, c.c., le società consortili non solo possono produrre utili (quand'anche operino unicamente coi soci consorziati), ma possono anche dividerli tra i soci, rispettando i soli limiti legali contenuti nella disciplina del tipo di società prescelto per perseguire lo scopo consortile.

Le società consortili, essendo costrette a perseguire solo lo scopo consortile, possono decidere di perseguire o non perseguire lo scopo lucrativo, quand'anche siano state costituite in forma di società lucrativa. Per queste ultime vale infatti l'art. 2615 *ter*, comma 1°, c.c., il quale consente loro di vietare la distribuzione degli utili tra tutti o una parte dei soci.

⁽⁶²⁾ In senso opposto la maggioranza della dottrina (qui rappresentata da A. BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 1985, p. 134-135) e della giurisprudenza (*ex multis*, Cass. 11 giugno 2004, n. 11081, in *Società*, 2005, p. 53).

Ma, allora, le società consortili non sono disciplinate dall'art. 2265 c.c., nella parte in cui sanziona con la nullità il patto di esclusione di uno o più soci «da ogni partecipazione agli utili»; sono invece disciplinate dalla stessa disposizione, ma nella parte in cui vieta di escludere uno o più soci «da ogni partecipazione ... alle perdite», poiché questo secondo divieto attiene non allo scopo lucrativo della società ma alla nozione di socio (inteso come investitore di capitale di rischio) o di società⁽⁶³⁾, ricavabili entrambe dall'art. 2247 c.c., nella parte valevole per qualsiasi società.

7.4. – Alcuni hanno argomentato dall'indefettibile scopo della società consortile o l'ammissibilità⁽⁶⁴⁾ o l'inammissibilità⁽⁶⁵⁾ del voto per teste nelle società consortili in forma di società di capitali.

A mio avviso, invece, non esiste una norma, ricavabile dallo scopo consortile, capace di trasformare (da imperativa a dispositiva) la disciplina del voto nelle società di capitali.

Cionondimeno, le società consortili possono legittimamente prevedere nei loro atti costitutivi il voto capitaro in ragione della loro specifica disciplina societaria, poiché questa consente oggi a qualsiasi società di diritto comune di prevedere statutariamente il voto capitaro.

⁽⁶³⁾ Di questo avviso è, ad esempio, G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, cit., p. 223.

⁽⁶⁴⁾ Come reputa una parte della dottrina, qui rappresentata da G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino 1990, p. 124-125 (secondo il quale «il principio del voto per quote è inderogabile in ragione della causa del contratto, così da non poter essere sostituito dal principio democratico del voto per teste quando i tipi s.p.a. e s.r.l. abbiano causa lucrativa ma non quando gli stessi tipi abbiano scopo mutualistico-consortile») e, dopo la riforma del diritto societario del 2003, da E. CARDINALE, voce *Società consortile in Il Diritto. Enc. Giur. Sole 24 ORE*, 15, Milano 2007, p. 9. Anche altri (come D. SANTOSUOSSO, *Le società di capitali consortili tra "nuove" soluzioni e "vecchi" problemi. Appunti con particolare riferimento alle società consortili a responsabilità limitata*, in *Studi e Materiali*, 4/2012, p. 1125 e A. RUOTOLO-D. BOGGIALI, *Società consortili: profili pratici e questioni applicative*, ivi, 3/2013, p. 802-803) traggono dallo scopo consortile un argomento per sostenere l'ammissibilità del voto capitaro nelle s.p.a. consortili (ma non nelle s.r.l. consortili), poiché tale pattuizione statutaria ben si armonizzerebbe con i fini mutualistici delle società in parola o con l'art. 2606 c.c. In questa direzione pure G. COTTINO, sia in *Diritto societario*², Padova 2011, p. 747, sia, ancora più esplicitamente, in *Diritto commerciale*³, I, 2, Padova 1994, p. 61.

⁽⁶⁵⁾ Così la massima n. 14/2010 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato (reperibile in www.consiglionotari-leffirenze.it); in essa si sostiene, infatti, l'illegittimità del voto capitaro nelle società consortili in forma di società di capitali, in base all'assunto che la mutualità consortile, riguardando imprenditori, sarebbe «diseguale» e, pertanto, prevarrebbe in tali società «una logica plutocratica, e non democratica, nei rapporti endosocietari e rispetto alla rilevanza del singolo socio sul piano delle vicende societarie».

8. – Se prima del d. legisl. n. 6/2003 v'era nel codice civile un'esatta corrispondenza tra la fattispecie *trasformazione* e la fattispecie *cambiamento del tipo di società* ⁽⁶⁶⁾, oggi la seconda è una classe della prima.

La classe del cambiamento del tipo è a sua volta delimitata dalla fattispecie *tipo di società* ricostruita nelle pagine precedenti. Ma, allora, si applica la disciplina del cambiamento del tipo di società, a sua volta contenuta nella disciplina della trasformazione, non solo quando si passa da un tipo di società a un altro con il medesimo scopo ⁽⁶⁷⁾, ma anche da un tipo di società a un altro con scopo differente ⁽⁶⁸⁾, essendo elementi indeffettibili dei diversi tipi di società anche i loro scopi-fine.

Seguendo la tesi maggioritaria in dottrina ⁽⁶⁹⁾, recentemente avvalorata dallo stesso legislatore ⁽⁷⁰⁾, ritengo che la disciplina civilistica del cambiamento del tipo sia applicabile analogicamente, almeno nel senso di ammettere le *trasformazioni atipiche* ⁽⁷¹⁾; gli artt. 2498 ss. c.c., infatti, non rappresentano disposizioni eccezionali, bensì indicano una generale libertà di mutare in continuità l'assetto organizzativo di patrimoni (normalmente ⁽⁷²⁾) destinati (o da destinare) all'esercizio dell'impresa; dunque, le disposizioni in parola regolano alcune ipotesi tipiche di cambiamento del tipo, ma non vietano la realizzazione di ipotesi atipiche di cambiamento del tipo.

Se la fattispecie corrispondente al cambiamento del tipo si basa sulla fattispecie di tipo di società ⁽⁷³⁾, v'è da chiedersi quanti siano i tipi civili-

⁽⁶⁶⁾ La suddetta corrispondenza è ricordata, tra gli altri, da P. SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, cit., p. 3880 e 3882.

⁽⁶⁷⁾ Il passaggio indicato nel testo era l'unico espressamente ammesso dalla disciplina civilistica della trasformazione societaria prima della riforma del 2003, come sottolineato dai più, tra cui G. MARASÀ, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova 2006, p. 81.

⁽⁶⁸⁾ *Contra* M. DI RIENZO, *Gli effetti della riforma sulla disciplina delle società consortili*, in *R. soc.*, 2006, p. 221-222.

⁽⁶⁹⁾ Sostenuta, tra gli altri, da A. CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, 4, Torino 2007, p. 139 ss.

⁽⁷⁰⁾ Quando chiarisce mediante l'art. 3, comma 1°, lett. e, l. 6 giugno 2016, n. 106 (*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*) che esiste nel nostro ordinamento il «principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6».

⁽⁷¹⁾ V'è infatti chi (P. SPADA, *Due aggettivi per cinque vicende*, cit., p. 622-623) dissente in modo condivisibile dall'applicazione analogica della disciplina delle trasformazioni eterogenee alle società di persone, nella parte in cui consentirebbe a queste società di approvarle (almeno nel silenzio dell'atto costitutivo) a maggioranza.

⁽⁷²⁾ Potendo l'ente trasformando o trasformato non esercitare un'impresa, come quando fosse una fondazione o un'associazione.

⁽⁷³⁾ Dunque non è incoerente incardinare la fattispecie corrispondente al cambiamento

stici il cui cambiamento comporti l'applicazione della disciplina della trasformazione.

A prima vista, si sarebbe portati a rispondere che i predetti tipi siano quindici, corrispondenti alla somma dei sei di società lucrativa (costituenti la classe delle società lucrative, a sua volta bipartita nella classe delle società di persone e nella classe delle società di capitali), dei due di società mutualistica (società cooperativa e mutua assicuratrice, costituenti la classe delle società mutualistiche) e dei sette di società consortile (costituenti la classe delle società consortili).

Tuttavia, da un esame più attento discende che i tipi di società contemplati nel codice civile sono *tredici*; la cooperativa e la mutua assicuratrice rimangono infatti due tipi di società, nonostante appartengano contestualmente alla classe delle società mutualistiche e delle società consortili.

In effetti, non cambia il tipo di società, quando una società mutualistica decida di perseguire o non perseguire più lo scopo consortile, stante il rapporto di genere a specie tra lo scopo mutualistico e quello consortile; il che trova conferma nell'art. 2545 *decies* c.c., applicato sia direttamente (escludente dalla trasformazione il passaggio dalla cooperativa non consortile alla cooperativa consortile) sia analogicamente (escludente dalla trasformazione il passaggio dalla cooperativa non consortile alla cooperativa consortile) ⁽⁷⁴⁾.

Quindi, il termine tipo – contenuto nella rubrica e nel comma 3° dell'art. 2249 c.c. e negli artt. 2473, comma 1°, 2500, comma 2°, 2501 *ter*, comma 1°, n. 1 e 2509 (rubrica e unico comma) c.c. – attiene a tredici distinte fattispecie astratte.

Ogni volta che il tipo di società è utilizzato rispettando il relativo scopo indefettibile, non cambia il tipo, se i soci, osservando quest'ultimo scopo, ne perseguano altri; sicché, esemplificando, non v'è trasformazione, se una s.r.l. persegua lo scopo lucrativo e intenda anche instaurare scambi mutualistici coi propri soci (potendo legittimamente esistere società non consortili in forma di società lucrativa perseguenti anche lo scopo mutualistico), oppure se una s.r.l. persegua lo scopo consortile e distribuisca anche gli utili a titolo di dividendo.

Non è possibile parlare di cambiamento del tipo nemmeno quando il tipo di arrivo non integri completamente la relativa fattispecie del tipo; conseguentemente, ad esempio, non v'è trasformazione in società consor-

del tipo sul polisemico lemma società (rilevante sul piano funzionale, organizzativo e delle formalità), il quale ormai indica un ente utilizzabile per perseguire i più diversi scopi sociali.

⁽⁷⁴⁾ *Contra*, tra gli altri, D. BOGGIALI, *Casi e questioni in tema di trasformazione di società cooperative*, in *Studi e Materiali*, 3/2010, p. 803-805.

tile ⁽⁷⁵⁾ o in società cooperativa, se nella compagine sociale sia presente un solo socio. Tuttavia, in tale situazione, se il corrispondente atto di trasformazione è stato regolarmente iscritto nel registro delle imprese, si è costretti a qualificare l'atto costitutivo come integrante il tipo di società dichiarato, ma gli amministratori dovranno subito accertare lo scioglimento dell'ente risultante dalla predetta trasformazione per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

⁽⁷⁵⁾ Così anche P. SPADA, *Due aggettivi per cinque vicende*, cit., p. 625, circa la trasformazione di società di capitali unilaterali in società consortili.