

TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO

Diretto da
PIETRO RESCIGNO

17

Impresa e lavoro

Tomo terzo

Seconda edizione

UTET
GIURIDICA

II.

LA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE

di

GIOVANNI GRIPPO

e

CLAUDIO BOLOGNESI*

* I parr. 1, 3, 4, 5, 7 sono stati curati da Giovanni Grippo e Claudio Bognesi e i parr. 2, 6, 8-16 da Claudio Bognesi.

CAPITOLO UNICO
LA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE

SOMMARIO: 1. *Nozione, origini storiche, tratti distintivi.* – 2. *L'atto costitutivo e gli elementi essenziali.* – 3. *La disciplina applicabile.* – 4. *La ragione sociale.* – 5. *L'accomandita irregolare.* – 6. *I soci accomandatari e l'amministrazione della società.* – 7. *I soci accomandanti: il divieto di immistione.* – 8. *Segue: Le sanzioni per la violazione del divieto.* – 9. *Segue: La procura speciale per singoli affari.* – 10. *Segue: I diritti e i poteri dell'accomandante.* – 11. *Segue: Le autorizzazioni e i pareri dell'accomandante.* – 12. *Le modifiche dell'atto costitutivo ed il trasferimento delle quote.* – 13. *Altre vicende relative alle quote.* – 14. *La fase estintiva della società: lo scioglimento.* – 15. *Segue: La liquidazione e la cancellazione.* – 16. *Il fallimento della società e dei soci.*

1. *Nozione, origini storiche, tratti distintivi.*

Tipologia particolare di società personale, di crescente diffusione nel nostro Paese¹, la società in accomandita semplice si caratterizza per la presenza di due distinte categorie di soci²: i soci accomandatari, che rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, ai quali è affidata in via esclusiva l'amministrazione della società, ed i soci accomandanti, che rispondono nei limiti del proprio conferimento³, ai quali è inibita ogni attività gestoria (art. 2313 c.c.).

¹ Per una sintesi statistica relativa alle s.a.s. e al loro oggetto sociale, v. COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, in COTTINO, SARALE, WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, III, Padova, 2004, pp. 203-204.

² Sugli elementi che caratterizzano la società in accomandita semplice v., in giurisprudenza, Cass., 19-2-2003, n. 2481, in *Giur. it.*, 2004, p. 794.

³ La preferibile dottrina ritiene che l'accomandante, come ogni altro socio limitatamente responsabile, risponda delle obbligazioni sociali solo con i beni conferiti in società e non anche con quelli che gli appartengono personalmente: GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2004, p. 112; *contra*, MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, II, *Società commerciali*, Padova, 1951, p. 318; FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 338. Ne discende che i creditori sociali potranno agire contro gli accomandanti non già con un'azione diretta ed autonoma, bensì con un'azione surrogatoria ex art. 2900, finaliz-

La risalente dottrina precisò a suo tempo che «dalla definizione della società in accomandita segue che è essenziale all'esistenza della medesima che vi siano uno o più soci responsabili solidalmente e illimitatamente, che si chiamano *accomandatari*; che debba essere retta da una ragione sociale; e che vi siano dei soci i quali non si obbligano oltre il capitale versato, e che richiamano *accomandanti*»⁴.

La disciplina di questo tipo sociale non si discosta in buona sostanza da quella della società in nome collettivo, cui si fa espresso rinvio (art. 2315 c.c.), se non per il correttivo dovuto all'introduzione dell'elemento capitalistico della partecipazione dei soci accomandanti, limitatamente responsabili⁵. La distinzione fra le due categorie di soci (soci accomandatari e soci accomandanti) si pone come elemento d'identità di tale fattispecie societaria, anche se l'organizzazione dei poteri di gestione non assume, in questo tipo di società, alcuna connotazione di carattere corporativo, come accade per la società in accomandita per azioni. È solo fatto rigoroso divieto all'accomandante d'ingerirsi nell'amministrazione della società (c.d. divieto d'immistione), attesa la sua qualità di socio a responsabilità limitata: la funzione gestoria è dunque riservata in via esclusiva ai soci accomandatari, in omaggio al principio, già affermato per la società semplice (art. 2267 c.c.), della necessaria connessione fra esercizio del potere gestorio e regime di responsabilità illimitata e solidale (*keine Herrschaft ohne Haftung*)⁶.

Quanto alla formazione storica dell'istituto⁷, si è sostenuto come all'inter-

zata alla costituzione del fondo sociale su cui gli stessi creditori potranno soddisfarsi: CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, Milano, 2005, p. 377.

⁴ GALLUPPI, *Istituzioni di diritto commerciale*, I, Roma-Torino-Firenze, 1873, p. 251.

⁵ Per una trattazione dei più diversi aspetti e per ampi riferimenti di giurisprudenza e dottrina cfr.: MONTALENTI, *Società in accomandita semplice*, in *Dir. comm.*, Torino, 1997, XIV, p. 242; DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 16, Torino, 1985, pp. 163 e ss.

⁶ Il medesimo principio è stato sovente utilizzato per negare la possibilità che un estraneo amministri una società di persone, in quanto tale eventualità comporterebbe il rischio della mancanza di un soggetto illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali, ogni qual volta tutti gli altri soci limitassero pattizamente la loro responsabilità (in una società semplice). Si è obiettato che dall'art. 2267 non è possibile trarre il principio generale che ad amministrare una società di persone debba essere necessariamente un socio. Infatti, se si rinvenga la *ratio* del binomio «potere di gestione-rischio imprenditoriale illimitato» nell'esigenza di tutelare i creditori sociali mediante la garanzia del patrimonio personale di uno o più soci, si potrà ritenere con essa coerente il mantenimento della responsabilità illimitata di questi ultimi anche in presenza di una clausola statutaria che attribuisca l'amministrazione della società ad un terzo (cfr. GUGLIELMO, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. notariato*, 2006, pp. 1213 e ss.). E questo a maggior ragione in una società in nome collettivo, vista l'inderogabilità della illimitatezza della responsabilità personale di tutti i soci verso i terzi. Il problema invece non si pone nella s.a.s. dove, per espresso disposto dell'art. 2318, 2° comma, amministratori possono essere soltanto soci.

⁷ In merito al «concetto della società in accomandita» con il relativo spessore storico si è espresso in passato GALLUPPI, *op. cit.*, pp. 250 e ss.

no stesso della collettiva si sia fatta luce in epoca intermedia quell'«idea di accomandita», che costituì il fondamento dell'antico contratto di commenda⁸; si rese dunque possibile per i detentori di capitali la partecipazione ai risultati di attività economiche da altri intraprese. Il principio secondo cui la gestione dell'impresa sociale è interdetta all'accomandante altro non è che un naturale corollario di quella idea: il capitalista (socio accomandante), che vuole mettere a frutto i propri beni in attività di lucro, effettua un investimento senza interferire nella gestione dell'affare cui altri dovrà attendere (socio accomandatario). La società in accomandita semplice è, quanto meno potenzialmente, uno strumento utile per convogliare risorse finanziarie necessarie allo svolgimento di attività economiche da parte di piccole e medie imprese, anche se la sanzione dell'acquisto della responsabilità illimitata conseguente ad una qualsiasi violazione del divieto d'immistione da parte dell'accomandante, con conseguente rischio di fallimento (art. 147 l. fallimentare), può rappresentare un disincentivo alla sua utilizzazione.

Appare da respingere, invece, la ricostruzione della s.a.s. come naturale sviluppo del più elementare contratto di società semplice, posto che l'unico eventuale elemento comune tra le due fattispecie potrebbe ravvisarsi nella distinzione tra due categorie di soci, con responsabilità limitata o meno, elemento che assurge a condizione di esistenza della s.a.s. ed a puro accidente nella s.s. Si è opportunamente evidenziato, al riguardo, che la differente attività economica esercitabile dalle due società (soltanto la s.a.s. può svolgere un'impresa commerciale) ne impedisce la riconduzione storica ad una matrice comune⁹, ed al tempo stesso ne limita la parziale comunanza di disciplina agli aspetti «statici», strutturali ed organizzativi propri di tutte le società personali, laddove lo statuto dell'imprenditore commerciale informa l'aspetto dinamico, ossia l'attività svolta dalla sola società in accomandita.

Si è piuttosto osservato come l'accomandita semplice costituisca «il solo tipo di società di persone che consenta l'esercizio in comune di un'impresa commerciale con limitazione del rischio e *non esposizione a fallimento personale* per alcuni soci (gli accomandanti)»¹⁰. I soci accomandatari godono dun-

⁸ Sull'origine storica della società in accomandita semplice v. ARCANGELI, *La società in accomandita semplice*, Torino, 1903; *adde*: FIERLI, *Della società chiamata accomandita*, Bologna, 1991, (rist.), con prefazione di Grippo e saggi di Denozza, Montalenti e Montanari. Non è mancato, in dottrina, chi ha sostenuto la derivazione della s.a.s. dalla fattispecie dell'associazione in partecipazione, a seguito dell'imposizione, negli statuti del tardo Medioevo, dell'obbligo di pubblicazione del patto tra gli associati (MARGHERI, *Il codice di commercio italiano*, II, Torino, 1883, p. 169). Per una ricostruzione storica – organica e sintetica – dell'istituto dal «contratto di commenda» alla «società in accomandita», v. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 6 e ss.; si è inoltre ritenuto che «la società in accomandita semplice, la cui origine è assai disputata, appare storicamente come il primo esempio in cui il principio della responsabilità limitata si innesta sulla società» (così GRAZIANI, MINERVINI, BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2007, p. 211).

⁹ DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, cit., p. 163.

¹⁰ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 160.

que degli stessi diritti e hanno gli stessi obblighi dei soci di società in nome collettivo (art. 2318), mentre differisce rispetto alla posizione di questi ultimi quella degli accomandanti «sotto un triplice aspetto: *a*) essi non partecipano all'amministrazione della società (artt. 2318, 2° co., e 2320); *b*) godono del beneficio della responsabilità limitata (art. 2313); *c*) sono necessariamente, quanto al conferimento, soci capitalisti»¹¹. In merito si è puntualizzato che con la società in accomandita semplice «comincia a delinearsi in termini più marcati la duplicità di intervento possibile nell'organizzazione societaria», atteso che «per un verso si ha interesse ad investire nell'attività di rischio e a (co)gestirla; per altro verso si ha invece interesse solo ad investirvi, e a partecipare ai momenti decisionali solo se essenziali per l'organizzazione»¹².

Lo stesso elemento è rintracciabile nelle società in accomandita per azioni (art. 2452), ma – come stabilisce il 2° comma dell'art. 2313 – nella società in accomandita semplice le quote di partecipazione dei soci non possono essere rappresentate da azioni. Al di là di tale dato costituito dal titolo rappresentativo della quota, va posto in rilievo il diverso contesto normativo in cui s'inseriscono i due tipi societari. La società in accomandita semplice appartiene alla categoria delle società personali ed ha come modello di riferimento la società in nome collettivo. La società in accomandita per azioni rientra fra le società di capitali e si modella sul tipo della società per azioni. In altri termini, mentre la società in accomandita semplice si configura come «una variante della società in nome collettivo», la società in accomandita per azioni si configura come «una variante della società per azioni»¹³. Ne consegue, fra l'altro, che – pur munite entrambe di una soggettività diversa rispetto ai soci partecipanti – l'autonomia patrimoniale perfetta della società in accomandita per azioni dota questo tipo societario della personalità giuridica, di cui è priva la società in accomandita semplice¹⁴.

Nonostante la ricordata distanza tra società in accomandita semplice e società semplice, problematica potrebbe riuscire in concreto l'individuazione del tipo societario, allorché – nell'ipotesi che oggetto della società sia un'attività non commerciale – i soci abbiano, in applicazione dell'art. 2267, con pat-

¹¹ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 111; in merito v.: PRESTI, RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, II, Bologna, 2007, p. 31; GLIOZZI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 2002, p. 52; RONCO, *Il diritto dell'impresa e delle società di persone*, Roma, 2008, pp. 73 e ss.

¹² LIBONATI, *L'impresa e le società*, Milano, 2004, p. 61.

¹³ COSÌ DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 118.

¹⁴ Cfr. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, pp. 194 e ss. Anche la s.a.s., tuttavia, gode di una propria capacità processuale (Cass., 22-7-1993, n. 8191, in *Corriere giur.*, 1993, n. 10, pp. 181 e ss.; Cass., 11-3-1998, n. 2676, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 603), nonché di una limitata autonomia patrimoniale, che impedisce ai creditori sociali di pretendere il pagamento dai singoli soci prima di aver escusso il patrimonio della s.a.s. ed impedisce altresì al creditore particolare del socio di chiedere, finché dura la società, la liquidazione della quota del socio debitore (Cass., 16-5-1949, n. 1200, in *Foro it.*, 1949, I, c. 819; Cass., 22-7-1971, n. 2400, in *Giust. civ. mass.*, 1971, p. 1310; Cass., 18-7-2002, n. 10427, *ivi*, 2002, p. 1265).

to portato a conoscenza dei terzi, previsto il regime di responsabilità limitata per i soci non amministratori. Il percorso da seguire, secondo un orientamento dottrinale, è quello di una presunzione favorevole all'esistenza di una società semplice a meno che non sia prestata prova contraria previa indagine sull'effettiva volontà dei soci¹⁵. In particolare l'adozione del tipo dell'accomandita richiederebbe «una scelta precisa», sicché «in tale contesto, la qualifica di accomandita data dalle parti, e la diversificazione del regime di responsabilità possono essere considerati indici decisivi per ritenere l'esistenza di questo tipo di società»¹⁶.

2. *L'atto costitutivo e gli elementi essenziali.*

La scelta del Legislatore di regolamentare la società in accomandita semplice mediante il sistema del rinvio alla disciplina della società in nome collettivo trova una conferma anche in merito all'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo.

A tale riguardo, l'unica norma «speciale», propria della s.a.s., è quella dell'art. 2316, a mente del quale l'atto costitutivo della società in accomandita semplice deve indicare i nominativi dei soci accomandatari e dei soci accomandanti. Tale indicazione è di particolare rilevanza in quanto tesa a determinare l'identificazione del tipo societario, anche se essa «non richiede formule sacramentali, ma può essere desunta dal contesto dell'atto»¹⁷. Di recente, anche la Suprema Corte ha ribadito la nullità – per incompatibilità con il «tipo» di società in accomandita semplice – di un'eventuale clausola statutaria che sancisca la responsabilità illimitata (anche solo nei rapporti interni) del socio accomandante¹⁸. L'insopprimibile esigenza di individuare

¹⁵ GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 156; DI SABATO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ DI SABATO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷ DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 122; in particolare, la qualificazione dei soci può avvenire tramite riferimenti al diverso regime di responsabilità o all'attribuzione di poteri amministrativi (G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1960, p. 475). Appare superata, ormai, la risalente pronuncia giurisprudenziale che, in presenza di un socio occulto, lo qualificava come socio accomandatario e quindi illimitatamente responsabile (Cass., 18-6-1958, n. 2094, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 208); si ritiene, piuttosto, che il compimento continuativo di atti di gestione valga a far assumere al socio occulto lo *status* di accomandatario (Cass., 25-7-1996, n. 6725, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 1050).

¹⁸ Cass., 19-2-2003, n. 2481, cit.; conf. T. Milano, 12-3-2009, in *Giustizia a Milano*, 2009, p. 30. Non appare dunque condivisibile l'opposta opinione (A. Napoli, 9-8-1996, in *Soc.*, 1997, p. 57), secondo la quale una clausola di un simile tenore, introdotta con una modifica dell'atto costitutivo, comporterebbe la trasformazione «tacita» della s.a.s. in s.n.c.: *in primis*, di «trasformazione» in senso tecnico può parlarsi solo laddove venga utilizzato il procedimento di cui agli artt. 2498 e ss., in secondo luogo, la Cassazione ha avuto modo di precisare che l'iscrizione della società nel registro delle imprese «cristallizza» il tipo sociale prescelto, impedendone una riqualificazione (Cass., 10-12-1996, n. 10970, in *Mass. Giur. it.*, 1996, voce «Società», n. 543). Resta fermo, ovviamente, il potere del giudice d'interpretazione del

pattiziamente le due categorie di soci – accomandatari e accomandanti – ha indotto la dottrina a ritenere inconcepibile una società in accomandita di fatto, escludendosi anche che «possa ricomprendersi nella nozione di “comportamento concludente”, ai fini dell’individuazione dell’accomandante di fatto, l’astensione sistematica dall’esercizio del potere di gestione: non è infatti individuabile una distinzione tipologica fra società in accomandita semplice e società in nome collettivo per la mera esclusione di alcuni soci dall’amministrazione»¹⁹.

La presenza di indicazioni circa le due categorie di soci è richiesta anche nell’eventuale stipulazione di un *contratto preliminare* di società in accomandita semplice, non essendo sufficiente, all’uopo, la sola manifestazione della volontà di costituire una società di persone. Al riguardo, se può essere condivisibile l’affermazione ricorrente in dottrina circa l’ammissibilità, in generale, di un preliminare di società che non menzioni esplicitamente il tipo²⁰, al-

contratto: «Il *nomen iuris* dato dalle parti al rapporto contrattuale non vincola il giudice, in questo come in ogni altro caso: i principi di diritto comune sull’interpretazione dei contratti permettono al giudice di qualificare come società in nome collettivo una sedicente società in accomandita semplice o di qualificare la posizione contrattuale di socio accomandatario; con la conseguenza che al rapporto di società si applicheranno le norme sulla società in nome collettivo, anziché quelle concernenti i soci accomandanti» (GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 115). Della succitata sentenza del 2003 dà una particolare interpretazione CONFORTI, *op. cit.*, p. 371, il quale, riprendendo la tesi di MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 242, ammette una clausola statutaria che incrementi la responsabilità dell’accomandante, anche nei rapporti esterni, entro un tetto massimo, che non può essere puramente simbolico. Tale ricostruzione, *prima facie* ragionevole e ponderata, rischia da un lato di creare incertezza – quale sia il limite «simbolico» non è dato sapere a priori e dipende anche dalla misura dell’apporto dell’accomandante e dalle sue condizioni patrimoniali – e, dall’altro, di scontrarsi con il rigorismo della Suprema Corte relativamente all’immodificabilità delle caratteristiche tipologiche della s.a.s.; ciò a maggior ragione se si consideri che lo stesso Conforti, in nome di quel principio di salvaguardia «tipologica» della s.a.s., con riferimento alla responsabilità illimitata dell’accomandante per violazione del divieto d’immistione, non ammette «indulgenze convenzionali» (p. 355), nemmeno nell’ambito dei rapporti interni alla società.

¹⁹ GRIPPO, *Commento all’art. 2317*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009, p. 183.

²⁰ L’ammissibilità del preliminare di società è ormai condivisa in dottrina e giurisprudenza. Il vero problema concerne la necessità o meno dell’indicazione del tipo sociale: in senso negativo, ritenendosi sufficiente l’esplicitazione degli elementi essenziali del contratto sociale (es., soci, oggetto sociale, responsabilità), si vedano SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, pp. 258 e ss.; SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, in *Giur. comm.*, 1974, pp. 662 e ss.; BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. società*, 1982, pp. 445 e ss.; ID., *Contenuto del preliminare di società*, in *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 544 e ss.; CORSO, *Il contratto preliminare di società*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 363 e ss.; GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., p. 50, nota 3; in giurisprudenza, v. Cass., 6-1-1981, n. 47, in *Riv. notariato*, 1981, pp. 680 e ss.; Cass., 28-1-1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 401; Cass., 18-1-1988, n. 321, *ivi*, 1988, II, p. 321. Al contrario, parte della giurisprudenza, soprattutto in passato, ha affermato la nullità per indeterminazione dell’oggetto del preliminare di società privo dell’indicazione del tipo sociale: Cass., 25-5-1963, n. 1371, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1667; T. Roma, 18-5-1979, in

trettanto non può dirsi per la volontà di costituire una s.a.s., che deve risultare inequivocabilmente nella convenzione preliminare, presumendosi, in caso contrario, l'intenzione delle parti di dar vita ad una società semplice o ad una società in nome collettivo, avuto riguardo anche all'oggetto sociale²¹.

Come per le altre società di persone in genere, anche l'atto costitutivo della s.a.s. non richiede una forma particolare *ad substantiam* (se non in relazione alla tipologia di conferimenti, ovverosia forma scritta per i conferimenti della proprietà o del godimento ultranovenne o a tempo indeterminato di immobili o diritti reali immobiliari). Tuttavia, l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata sono pur sempre necessari ai fini della pubblicazione dell'atto costitutivo mediante iscrizione nel registro delle imprese con le modalità previste per la registrazione della società in nome collettivo (art. 2296). L'intervento del notaio appare dunque indispensabile ai fini della «regolarizzazione» della s.a.s. e della s.n.c., a differenza di quanto sostenuto in dottrina in merito all'iscrizione nel registro delle imprese di una società semplice costituita con contratto verbale²². Il controllo svolto dal notaio sull'atto che viene depositato presso il registro delle imprese²³ è di legittimità sia formale

Giur. comm., 1982, II, 544, con nota di BORGIOI; T. Lecco, 28-12-1984, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2761; Cass., 1-6-1985, n. 3389, in *Riv. notariato*, 1986, p. 940; A. Roma, 31-7-2001, in *Soc.*, 2002, p. 340, con nota di PIAGGIO. Quest'ultimo orientamento è stato ribadito, di recente, da Cass., 18-6-2008, n. 16597, in *Riv. notariato*, 2009, pp. 225 e ss., con nota critica di CARLINI, *Appunti in tema di contratto preliminare di società di persone*.

²¹ La situazione è stata accostata a quella della società di fatto: «non si comprende perché possa essere ritenuto valido un contratto attuato nei fatti e dunque privo della specifica ed espressa indicazione del tipo sociale in quanto appunto società di fatto e quindi da ricondurre ai tipi residuali elementari di società, mentre al contrario debba essere necessariamente considerato nullo per indeterminatezza dell'oggetto un contratto preliminare privo della medesima indicazione» (CARLINI, *Appunti in tema di contratto preliminare di società di persone*, cit., 231). Di converso, così come è inammissibile una s.a.s. di fatto, allo stesso modo deve ritenersi inconcepibile un preliminare di s.a.s. senza l'indicazione delle due categorie di soci.

²² Infatti, l'art. 18, 6° comma, d.p.r. 7-12-1995, n. 581, stabilisce che «in caso di contratto verbale la domanda di iscrizione (...) della società semplice deve essere sottoscritta da tutti i soci», da ciò deducendosi la non necessità dell'intervento notarile. Di contrario avviso il Consiglio Nazionale del Notariato, a mente del quale non può prescindere dal controllo di legalità, ad opera del pubblico ufficiale, del documento da pubblicare, sul quale i terzi potranno fare affidamento; del resto, il succitato art. 18 si limita a richiedere, in caso di contratto verbale, che la domanda di iscrizione sia sottoscritta da tutti i soci, ma nulla dispone in ordine all'atto da iscrivere, dovendo comunque trovare applicazione l'art. 11, 4° comma, d.p.r. 7-12-1995, n. 581, in base al quale «l'atto da iscrivere è depositato in originale, con sottoscrizione autenticata se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio. Negli altri casi è depositata in copia autentica» (v. anche *Società semplici, il notaio è sovrano*, in *ItaliaOggi*, 11-5-2005, 48).

²³ È appena il caso di ricordare che anche nel caso di scrittura privata autenticata, il notaio svolge oggi lo stesso controllo di legittimità concernente l'atto pubblico. L'art. 28 Legge notarile (l. 16-2-1913, n. 89), come modificato dalla l. 28-11-2005, n. 246, prevede espressamente che «il notaio non può ricevere o autenticare atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico». A sua

che sostanziale, ossia di verifica di conformità dell'atto costitutivo alle norme imperative. Ciò posto, deve ritenersi che il controllo svolto dall'ufficio del registro delle imprese sia soltanto di regolarità formale, di accertamento dei requisiti richiesti dalla legge per l'iscrizione (art. 2189, 2° comma), non potendo l'ufficio scendere nel merito della validità delle clausole dei patti sociali²⁴. Avverso il rifiuto di iscrizione è possibile proporre ricorso al giudice del registro (art. 2189, 3° comma) e, contro il decreto di quest'ultimo, al Tribunale dal quale dipende l'ufficio del registro (art. 2192).

Venendo agli elementi dell'atto costitutivo della s.a.s., si consideri innanzitutto «*il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio, la cittadinanza dei soci*» (art. 2295, in forza del generico richiamo dell'art. 2315).

La regola è che per partecipare ad una società è necessaria la capacità d'agire. Tuttavia, l'art. 2294 – applicabile ai soci di s.n.c. ed agli accomandatari della s.a.s. in forza degli artt. 2315 e 208 disp. att. c.c. – ammette la partecipazione di un incapace con l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 320, 371, 397, 424 e 425. Il Legislatore equipara la posizione dell'incapace che intenda assumere una partecipazione societaria comportante responsabilità illimitata a quella dell'incapace che intenda esercitare un'impresa individuale, richiedendone il medesimo regime autorizzatorio. Si ricorda che l'incapace può essere autorizzato soltanto a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale, fatta eccezione per il minore emancipato che può essere autorizzato ad iniziare una nuova impresa; pertanto, l'incapace (diverso dall'emancipato) può soltanto subentrare come socio in una società già costituita, acquistando la quota per successione o donazione e, secondo la preferibile dottrina, anche a titolo oneroso²⁵. Molto più discussa è invece la necessità dell'autorizzazione giudiziale per l'acquisto, da parte dell'incapace, della qualifica di socio accomandante, che, di *default*, non comporta assunzione di re-

volta, l'art. 48 del codice deontologico (Delibera del Consiglio Nazionale del Notariato del 5-4-2008) recita: «l'atto di "autenticazione delle firme" della scrittura privata, comporta in ogni caso per il notaio l'obbligo di (...): a) controllare la legalità del contenuto della scrittura e la sua rispondenza alla volontà delle parti, di regola anche mediante la sua lettura alle stesse prima delle sottoscrizioni».

²⁴ T. Foggia, 20-11-1982, in *Soc.*, 1983, p. 769; T. Trento, 4-5-1999, *ivi*, 2000, p. 343. *Contra*, nel senso che l'ufficio potrebbe svolgere anche un controllo di legalità sostanziale: T. Rimini, 2-2-1984, in *Giur. comm.*, 1985, p. 247; T. Sassari, 1-4-1997, in *Soc.*, 1997, p. 1080. Tale ultimo orientamento sembra tuttavia superato dalle verifiche svolte dal notaio anche sulle scritture private autenticate, verificandosi altrimenti un'inutile duplicazione dei controlli.

²⁵ JANNUZZI, LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 554; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003. *Contra*, STELLA RICHTER, SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario Codice civile*, Torino, 1967, pp. 565 e ss.; GRAZIANI, *op. cit.*, p. 133, sulla considerazione che l'acquisto a titolo oneroso si risolverebbe in un investimento di capitali potenzialmente rischioso per l'incapace. Sembra in realtà che debba essere proprio l'autorità giudiziaria a valutare il grado di rischio di un'operazione per conto dell'incapace, e non il rappresentante legale, il quale può consapevolmente prefigurarsi l'utilità dell'assunzione di una partecipazione societaria da parte dell'incapace, alla stregua di ogni altro investimento «rischioso».

sponsabilità illimitata. Parte della dottrina ha escluso, in tal caso, l'applicabilità del regime autorizzatorio, posto che l'accomandante incapace rischia nei limiti della propria quota²⁶. Altri ha evidenziato come l'accomandante possa acquistare responsabilità illimitata in caso d'inosservanza del divieto d'immissione da parte del legale rappresentante²⁷. L'orientamento da ultimo citato sembra però non considerare che l'atto di gestione posto in essere dal legale rappresentante dell'accomandante incapace è inidoneo a far assumere a quest'ultimo responsabilità illimitata²⁸, giacché trattasi di atto estraneo a quell'insieme di diritti e doveri derivanti dallo *status socii*: la migliore dottrina ha opportunamente evidenziato come l'autorizzazione giudiziale all'assunzione di una partecipazione sociale da parte dell'incapace si estenda a tutti gli atti che riguardano la posizione di socio²⁹, non rientrando in tale cerchia un atto che costituisce anzi violazione di un dovere di astensione imposto all'accomandante. Insomma, la *ratio* della preventiva autorizzazione giudiziale all'esercizio da parte dell'incapace di un'impresa (individuale o collettiva) è proprio quella di evitare che, nello svolgimento della medesima, debba essere richiesta volta per volta l'autorizzazione al compimento di singoli atti. Ogni operazione esorbitante da questo scopo – quale indubbiamente è l'atto di gestione dell'accomandante – è atto compiuto dal rappresentante eccedendo i limiti dei propri poteri e, come tale, inopponibile all'incapace rappresentato che, pertanto, non assume responsabilità illimitata³⁰. Questa conclusione è del tutto coerente con l'opinione dottrinale e giurisprudenziale secondo cui, in mancanza dell'autorizzazione del Tribunale, l'incapace non può essere considerato socio, neppure nel caso in cui egli stesso o il suo legale rappresentante tengano un comportamento compatibile con la fattispecie della società di fatto³¹: ne discende che l'incapace non può assumere responsabilità illimi-

²⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 130; PALUMBO, *Le società in generale e le società di persone*, Milano, 2008, p. 416.

²⁷ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 267 e ss. Nella stessa direzione sembra schierarsi CONFORTI, *op. cit.*, p. 93.

²⁸ Così anche DI GREGORIO, SIRI, VENEGONI, *Società in accomandita semplice e per azioni*, in *Diritto e realtà*, collana diretta da Zanelli, Torino, 1994, p. 13, sul rilievo che si tratta di atto di straordinaria amministrazione che necessita di autorizzazione giudiziale. In realtà, ai fini dell'opponibilità dell'atto all'incapace, rileva non tanto il carattere ordinario o straordinario di esso, quanto la sua inerenza alla posizione di socio.

²⁹ JANNUZZI, LOREFICE, *op. cit.*, p. 546.

³⁰ La situazione, a ben vedere, non è diversa da quella che si determina quando il rappresentante esercita un'impresa (individuale o collettiva) in nome e per conto dell'incapace senza aver ottenuto l'autorizzazione: in tale evenienza, l'incapace non acquista la qualità di imprenditore che, semmai, verrà assunta dal rappresentante stesso (JANNUZZI, LOREFICE, *op. cit.*, p. 552). Non appare dunque condivisibile la tesi secondo la quale l'atto di gestione sarebbe semplicemente annullabile e, di conseguenza, nemmeno quella che, partendo dalla critica a tale ultima ricostruzione, paventa il rischio dell'assunzione di responsabilità illimitata a carico dell'accomandante incapace (MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 267 e ss.).

³¹ JANNUZZI, LOREFICE, *op. cit.*, p. 552; Cass., 14-3-1949, n. 505, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 514.

tata senza un esplicito provvedimento autorizzatorio, neppure come conseguenza della violazione del divieto di immistione. E ne discende altresì che l'acquisto, da parte dell'incapace, della qualifica di socio accomandante, in quanto non assimilabile alla posizione dell'imprenditore, non necessita di autorizzazione, fatta salva quella «ordinaria» occorrente per il conferimento in società, trattandosi in ogni caso di atto di straordinaria amministrazione. Se il criterio discrezionale ora individuato, ossia quello basato sul diverso regime di responsabilità (e quindi quello relativo allo *status* di imprenditore) è valido, esso merita di essere seguito anche per la risoluzione di altra questione controversa, quella concernente la necessità dell'autorizzazione giudiziale per l'acquisto da parte dell'incapace di una partecipazione ad una s.n.c. o ad una s.a.s. (in qualità di accomandatario – perché il problema non si pone e l'autorizzazione, come si è visto, non serve comunque se l'acquisto ha ad oggetto la partecipazione come accomandante) che svolgano un'attività non commerciale, ad esempio un'impresa agricola. La dottrina prevalente³² esclude in questi casi la necessità dell'autorizzazione per la continuazione dell'impresa agricola, sia in considerazione del minor rischio connesso a quest'ultima (in particolare, la non assoggettabilità al fallimento), sia perché la legge si riferisce soltanto all'autorizzazione per la continuazione di un'impresa commerciale (artt. 320, 5° comma, 397, 425, con l'eccezione dell'art. 371, 2° comma, che parla genericamente di «impresa», sembrando tuttavia riferirsi all'«azienda commerciale» di cui al precedente 1° comma, n. 3 del medesimo articolo). Si segnala tuttavia l'orientamento di chi ritiene che la locuzione «in ogni caso» di cui all'art. 2294 comporti la necessità di ottenere il *placet* del giudice per la partecipazione dell'incapace a qualsiasi s.n.c. o s.a.s. (in qualità di accomandatario), qualunque ne sia l'oggetto sociale³³. Probabilmente va ribadita qui la conclusione cui si è pervenuti in precedenza: se l'autorizzazione non è necessaria per l'esercizio da parte di un incapace di un'impresa agricola, essa non lo è nemmeno per la partecipazione dello stesso ad una società che svolge la medesima attività, fermo restando sempre il provvedimento autorizzativo per il conferimento di beni in società, in conformità alle regole generali sugli atti di straordinaria amministrazione (*rectius*, impiego di capitali). Si è poi affermato, in dottrina, che anche nelle società di persone, come in quelle di capitali (art. 2382), l'incapace non può assume-

³² JANNUZZI, LOREFICE, *op. cit.*, p. 545; MAZZACANE, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, Roma, 2002; BAVETTA, *Impresa e lavoro: La società in nome collettivo*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1985, p. 137.

³³ COTTINO, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 180. Dopo la modifica dell'art. 2135 che consente oggi all'imprenditore agricolo di «vendere al dettaglio e direttamente al consumatore anche prodotti non derivanti dalla propria azienda agricola e non facenti parte della produzione stessa» (DELLI VENERI, *Attività imprenditoriale esercitata da incapaci*, in *La volontaria giurisdizione*, a cura di Delli Veneri e Destino, Napoli, 2004, p. 306), si è pure criticata l'opinione secondo cui l'attività agricola sarebbe meno rischiosa di quella commerciale.

re la carica di amministratore, fatta eccezione per il minore emancipato autorizzato all'esercizio dell'impresa commerciale che acquista una pressoché integrale capacità d'agire³⁴. Non sembra però potersi negare all'incapace autorizzato ad acquistare lo *status* di accomandatario, i poteri gestori che quest'ultimo comporta (da esercitarsi tramite il rappresentante legale), posto che, a ragionar diversamente, non si vede quale utilità – tale da giustificare il provvedimento del giudice – possa derivare all'incapace dall'assunzione di una partecipazione a responsabilità illimitata. Peraltro, se tutti gli accomandatari fossero soggetti incapaci (debitamente autorizzati dal giudice), non si vede chi altro potrebbe assumere l'amministrazione della società, stante il tenore letterale del 2° comma dell'art. 2318 (che parla espressamente di «soci»).

Restando sempre al primo elemento costitutivo della s.a.s., può dirsi oggi superato il problema della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone, dovendosi ammettere, senza più riserva alcuna, che la prima possa essere socio accomandante o accomandatario (artt. 2361, 2° comma, e 111-*duodecies* disp. att. c.c.)³⁵ ed anche, secondo la più recente giurisprudenza, socia di fatto della società personale³⁶. Si deve altresì ammettere, come naturale corollario, almeno nelle s.a.s., che l'amministrazione sia esercitata da una società di capitali³⁷, la quale tuttavia potrà avvalersi, a questo

³⁴ DELLI VENERI, *op. cit.*, p. 319.

³⁵ Non è questa la sede per una ricognizione delle precedenti tesi contrarie alle fattispecie menzionate nel testo (tra le varie pronunce in tal direzione: Cass., 2-1-1995, n. 7, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 545; Cass., 16-2-1993, n. 1906, *ivi*, 1993, II, p. 779; nonché la «storica», quanto contestata, Cass., 17-10-1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 708) e di quelle favorevoli (A. Venezia, 30-4-1988, in *Vita notarile*, 1988, p. 1246; A. Milano, 15-7-1983, in *Riv. notariato*, 1983, p. 1218; A. Milano, 14-7-1983, in *Soc.*, 1984, p. 56; in dottrina, v., *ex multis*, OPPO, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 1 e ss.; SCOTTI CAMUZZI, *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, in *Contratto e impresa*, 1989, pp. 97 e ss.; MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, pp. 640 e ss.; COLOMBO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Riv. società*, 1998, p. 1513; GIULIANI, *Partecipazioni di società di capitali a società personali: ricostruzione critica della tesi di nullità e delle sue possibili conseguenze*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 728). Da ultimo, v. A. MORINI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Quad. Giur. comm.*, edizione provvisoria, consultata grazie alla cortese disponibilità dell'Autore.

³⁶ T. Santa Maria Capua Vetere, 8.7.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 89; T. Forlì, 9.2.2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425. Tali pronunce hanno conseguentemente riconosciuto la fallibilità della società di capitali socia di fatto della società personale. La questione tuttavia non può ancora dirsi del tutto pacifica, atteso che altre sentenze, in tempi altrettanto recenti, hanno disconosciuto l'esistenza di società di fatto cui partecipino società di capitali: A. Bologna, 11-6-2008, in *Fallimento*, 2008, p. 1293; T. Torino, 4-4-2007, in *Vita notar.*, 2007, p. 766; A. Torino, 30-7-2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219. Per una critica a tale tesi negazionista, con particolare riferimento alla sentenza da ultimo citata, cfr. A. MORINI, *op. cit.*, pp. 416 e ss., ove trovasi anche una ricostruzione della giurisprudenza sul tema (pp. 123 e ss.).

³⁷ Poiché amministratori possono essere soltanto i soci (art. 2318), se tutti gli accoman-

fine, esclusivamente del proprio organo amministrativo e non di terzi mandatarî, giacché non è consentita, secondo la migliore dottrina³⁸, una delega totale delle funzioni gestorie e rappresentative³⁹. Sembra inoltre preferibile l'opinione secondo la quale per le obbligazioni assunte dalla s.a.s. risponderebbe la società di capitali accomandataria unicamente con l'intero suo patrimonio. La persona fisica preposta all'amministrazione della società di capitali (e, di conseguenza, anche della società di persone da questa amministrata) risponderà, nei confronti della società di capitali, secondo le regole in materia di azioni di responsabilità dell'ordinamento delle società di capitali⁴⁰. La

datari fossero società di capitali, a queste ultime dovrebbe spettare di necessità l'amministrazione della s.a.s. Da tale considerazione, la dottrina prevalente fa discendere la possibilità che una persona giuridica amministri qualsiasi società di persone: MENGALI, *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 1/2007, p. 35; NIGRO, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Rivista di diritto societario*, 2007, p. 14; CHIAPPA, *Soluzioni operative: società di persone partecipate da società di capitali*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 12/2008, p. 47; PORRINI, *La società "amministratore"*, in *Impresa*, 2006, pp. 1500 e ss.; BUSANI, *Via libera dei notai alla nomina di s.p.a. – amministratore*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 12/2007, p. 7; GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2007, p. 151; TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *Riv. società*, 2006, p. 199. In ambito notarile cfr. la massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, pubblicata sul sito www.scuoladinotariatodellalombardia.org; la massima della Commissione società dei notai del Triveneto rubricata «Amministrazione non affidata ad una persona fisica», in www.trivenetogiur.it; il parere dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, in risposta al quesito n. 5920/I «Società di capitali amministratore di altra società di capitali», in www.notariato.it. Sulla stessa linea di pensiero, lasciando tuttavia aperta la soluzione alternativa, RICCIO, *La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone*, in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 314 e ss.; RICCIO, *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, *ivi*, 2007, pp. 17 e ss. In realtà, la situazione è più complessa, e non pare che la conclusione possa essere univoca per tutte le società di persone, vuoi perché il citato art. 111-*duodecies*, disp. att. c.c. non contempla, in modo peraltro discutibile, l'ipotesi della società semplice interamente partecipata da società di capitali, vuoi soprattutto perché il principio di necessaria correlazione tra potere di gestione e responsabilità patrimoniale illimitata assume sfumature diverse nei vari tipi di società personali; per una compiuta trattazione dell'argomento si rinvia alla monografia di prossima pubblicazione di BOLOGNESI, *Società di capitali amministratrici di società di persone*.

³⁸ RIZZINI BISINELLI, LOPATRIELLO, *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Soc.*, 2000, p. 1176; v. anche lo studio n. 480 del Consiglio Nazionale del Notariato, *Sulla ammissibilità e sui limiti di conferire la rappresentanza societaria a terzi mediante procura*, in www.notariel.it.

³⁹ V., *amplius*, BOLOGNESI, *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, in *Riv. notariato*, 2007, pp. 1126 e ss.; *contra*, PESCATORE, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1175; PATRIARCA, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, in *Soc.*, 2006, p. 944, secondo il quale «il socio – società di capitali può essere rappresentato vuoi – ma si tratta di ipotesi di incerta praticabilità – in via diretta, per il tramite del proprio rappresentante "interno", vuoi in via "mediata", attraverso la nomina di un soggetto lato sensu estraneo alla compagine sociale».

⁴⁰ Pienamente condivisibile la ricostruzione di SALAFIA, *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Soc.*, 2006, p. 1328: «La responsabilità per inadempimento degli obblighi di

contraria tesi, che sostiene la responsabilità solidale, per le obbligazioni della s.a.s. (e della società di persone in genere), in capo alla società di capitali amministratrice e alla persona fisica concretamente preposta all'amministrazione⁴¹, benché sorretta dall'apprezzabile intento di evitare abusi nell'utilizzo

amministrazione, imputabile giuridicamente alla società amministratrice, esaurisce i propri effetti nell'ambito del patrimonio di questa, essendo solo lei il soggetto del rapporto di amministrazione con la società amministrata (...). La responsabilità della società amministratrice non concorre con quella della persona da lei designata per l'amministrazione dell'altra società». Nello stesso senso, PLATANIA, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, collana diretta da S. Rossi, Milano, 2005, p. 197; FRASCATI, *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 8/2007, p. 45; MENGALI, *op. cit.*, p. 35; AUDINO, *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 422; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 141, ove si perviene alla medesima conclusione ipotizzando però che le persone fisiche concretamente preposte all'amministrazione siano mandatari delle persone giuridiche socie. Particolare la posizione di TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, (già citata in nota 37), p. 200, che non esclude l'azione di responsabilità dei soci di una s.a.s. direttamente nei confronti del legale rappresentante della società di capitali amministratrice, se si voglia «ricostruire il rapporto tra amministratore di società di capitali e la società di capitali come rapporto dal quale sorgono anche obblighi di protezione (*Schutzwirkungen*) verso la società in accomandita semplice amministrata». Anche prima della riforma, uno degli argomenti che venivano utilizzati per negare la partecipazione di società di capitali a società di persone in qualità di socie illimitatamente responsabili era proprio che l'amministratore delle prime avrebbe potuto assumere obbligazioni in nome e per conto delle seconde senza risponderne personalmente, non essendone socio: RORDORF, *Partecipazione di società di capitali a società di persone*, in AA.VV., *I rapporti tra le società di capitali e le società di persone e la figura del socio unico azionista*, in *Soc.*, 1984, p. 281.

⁴¹ Così orientati – anche se in riferimento alle società di capitali amministratrici di altre società di capitali: BUSANI, *op. cit.*, p. 349; RIZZINI BISINELLI, LOPATRIELLO, *op. cit.*, p. 1176, secondo i quali «la totale esclusione delle persone fisiche da ogni responsabilità non appare essere ipotizzabile; infatti, in caso di azione di responsabilità promossa dalla società amministrata, gli amministratori della persona giuridica-amministratore sarebbero chiamati a rispondere del proprio operato, insieme con la persona giuridica». A favore di questa opinione avrebbe potuto deporre la «Proposta modificata di quinta direttiva concernente la struttura delle società per azioni nonché i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali», in *Foro it.*, 1987, IV, c. 279 e ss. Ivi leggiamo, con riferimento al sistema dualistico, nell'art. 5, 2° comma: «Se le legislazioni degli Stati membri prevedono che possono essere membri dell'organo di vigilanza anche persone giuridiche o società, queste devono designare un rappresentante permanente il quale deve soddisfare alle condizioni e agli obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell'organo di vigilanza. Le persone giuridiche o società rispondono solidalmente e illimitatamente degli obblighi derivanti dalla responsabilità civile del loro rappresentante permanente» (c. 282); nonché, con riferimento al sistema monista, nell'art. 21, 2° comma, «Se le legislazioni degli Stati membri prevedono che possono essere membri dell'organo di amministrazione anche persone giuridiche o società, queste devono designare un rappresentante permanente il quale deve soddisfare alle condizioni e agli obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell'organo di amministrazione. Le persone giuridiche o società rispondono solidalmente e illimitatamente degli obblighi derivanti dalla responsabilità civile del loro rappresentante permanente» (c. 288). Anche il disegno di legge di riforma delle società di persone, già citato, contemplava una responsabilità solidale della persona giuridica amministratrice e del rappresentante stabile da essa

dello schermo della personalità giuridica, appare priva di un fondamento di diritto positivo. E questo sia ove si ritenga che la società amministratrice gestisca la società di persone tramite il suo organo «istituzionale» legale rappresentante, poiché quest'ultimo sarebbe un mero strumento materiale per esprimere la volontà dell'ente gerente⁴², sia ove si ritenga che la società di capitali possa designare un mandatario (diverso dal suo legale rappresentante) per amministrare la società di persone, giacché il mandatario «non assume su di sé una responsabilità illimitata per i debiti della società che in concreto amministra»⁴³. Più in generale, ciò avviene perché la responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni della società di persone è sancita soltanto in capo ai soci della stessa e pertanto, anche nominandosi un instutore per la gestione, quest'ultimo non risponderebbe verso i creditori delle obbligazioni assunte in nome e per conto della società. Diversamente ragionando, ossia ritenendo che gli amministratori della società di capitali, in quanto divenuti amministratori della società di persone, acquistino una responsabilità diretta per le obbligazioni assunte dalla società di persone amministrata, bisognerebbe anche ammettere che i soci della società di capitali diventino soci della società di persone: ma questo evidentemente non è, perché la quota di partecipazione nella s.a.s. è acquistata unicamente dalla società di capitali⁴⁴. Il binomio potere di gestione – responsabilità illimitata nelle società di persone non è sciolto dalla partecipazione di una società di capitali ad una di persone, né dall'amministrazione della seconda ad opera della prima, semplicemente perché la responsabilità illimitata propria dei soci della società personale partecipata non contrasta con la responsabilità limitata dei soci della

nominato (art. 2260, 2° comma: «Per tali obbligazioni risponde solidalmente con la persona giuridica-amministratore il rappresentante da essa nominato ai sensi dell'art. 2257 secondo comma»).

⁴² TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 112: «Qui la volontà dell'ente è quella stessa delle persone fisiche, e non può esisterne un'altra, autonoma, propria dell'ente».

⁴³ COTTINO, WEIGMANN, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁴ Non serve, al riguardo, risolvere il dubbio «se la persona giuridica debba essere considerata come un soggetto assolutamente autonomo dell'ordinamento (teoria della realtà) oppure se in essa prevalga la natura di strumento a disposizione degli uomini, unici soggetti reali del diritto e destinatari di norme giuridiche (teoria finzionistica)» (TESSERA CHIESA, *La partecipazione delle società di capitali alle società di persone e la nullità del contratto sociale in Italia e in Germania*, in *Giur. it.*, 1998, II, c. 1087). Qualunque sia la tesi che si voglia privilegiare, non si vede come un socio della società di capitali partecipante possa acquistare automaticamente anche lo *status* di socio della società di persone partecipata. Si tratta soltanto di una partecipazione «mediata» delle persone fisiche, socie della società di capitali, alla società di persone: prova ne è che gli ordinamenti stranieri si sono in alcuni casi preoccupati di sancire, anche in capo a quelle persone fisiche, una responsabilità per le obbligazioni della società personale, responsabilità che, altrimenti, non potrebbe discendere dall'applicazione dei principi giuridici generali. V., ad esempio, con riguardo all'ordinamento tedesco, GENGHINI, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1989, I, p. 427.

società di capitali partecipante. Socia ed amministratrice della s.a.s., dunque, resta la società di capitali partecipante: essa risponderà illimitatamente, con tutto il suo patrimonio, delle obbligazioni assunte in nome e per conto della società di persone, mentre i soci della società di capitali non acquisteranno direttamente alcuna responsabilità per tale gestione⁴⁵.

Nessun ostacolo può inoltre ravvisarsi alla partecipazione di una società di persone ad una s.a.s. sia nella qualità di accomandante che in quella di accomandatario⁴⁶, dovendosi qualificare tale partecipazione come un «“investimento”, cioè un atto espressione della più generale attività di amministrazione e di gestione della società»⁴⁷; sono da tempo cadute, infatti, le obiezioni legate all'essenzialità dell'*intuitus personae*, reputato ormai elemento soltanto naturale e derogabile delle società personali⁴⁸, quelle legate al rischio di alterazione dei rapporti tra i creditori della società partecipante e i creditori del-

⁴⁵ Significativo che lo stesso TESSERA CHIESA, *op. cit.*, p. 1089, che prima della riforma negava la partecipazione di società di capitali a società di persone in qualità di socie illimitatamente responsabili, avesse ben presente la possibilità che la società di capitali, partecipando come accomandante in una s.a.s., violando il divieto d'immistione di cui all'art. 2320, potesse fallire e i suoi amministratori potessero essere condannati al risarcimento dei danni per «una grave violazione dei loro doveri *nei confronti della s.r.l.*» (corsivo nostro). L'Autore, cioè, ravvisava opportunamente una responsabilità degli amministratori della società di capitali partecipante non verso la società di persone partecipata (nei confronti della quale unica responsabile rimaneva la prima), ma solo verso la loro stessa società di capitali. Ciò peraltro non significa negare che anche nelle società di persone, i singoli soci o i terzi che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori possano agire individualmente per il risarcimento dei danni, in applicazione analogica dell'art. 2395 (Cass., 13-12-1995, n. 12772, in *Giust. civ. mass.*, 1995, c. 2018; Cass., 25-7-2007, n. 16416, in *Soc.*, 2009, pp. 607 e ss., con nota adesiva di NTUK, *L'azione individuale di responsabilità nelle società di persone*; T. Milano, 15-5-1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 89 e ss., con nota contraria di DI CHIO, *L'azione sociale di responsabilità nelle società personali: legittimazione del singolo socio ad esperirla?*), ma, più semplicemente, tale azione potrà essere esercitata contro (il patrimonio della) società amministratrice e non anche direttamente contro la persona fisica concretamente preposta all'amministrazione. Né varrebbe, al riguardo, sostenere che l'art. 2395 abbia proprio lo scopo di evitare che gli amministratori, che concretamente abbiano agito, possano trincerarsi dietro il rapporto organico con la società al fine di sottrarsi al risarcimento dei danni: nessun legame organico può rinvenirsi tra la società di persone e l'individuo «*instrumentum*» della persona giuridica amministratrice. Per maggiori riferimenti, si rinvia alla monografia di BOLOGNESI, citata in nota 33.

⁴⁶ In passato, si erano espressi favorevolmente, A. Milano, 24-11-1971, in *Foro padano*, 1972, I, c. 48; T. Genova, 18-3-1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 558; A. Firenze, 10-1-1986, *ivi*, 1987, II, p. 676; A. Bologna, 14-6-1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 756; T. Napoli, 8-1-1993, in *Soc.*, 1993, p. 818. Di recente, v. Cass., 13-5-2009, n. 11134, in *Guida dir.*, 2009, p. 59.

⁴⁷ GUGLIELMO, *La partecipazione di società di persone in società personali*, in *Quaderni del notariato. Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle società di persone*, Milano, 2006, p. 55.

⁴⁸ LAURINI, *Partecipazione di società di persone in società personali*, in *Soc.*, 1993, p. 820; FORTUNATO, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, in *Riv. notariato*, 1990, pp. 77 e ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, pp. 239 e ss.; FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1984; FERRETTI, *Partecipazione di società in società di persone*, in *Temi romana*, 1984, p. 94.

la partecipata⁴⁹, ed, infine, le obiezioni riguardanti la possibilità che i soci della società di persone partecipante si trovino a dover rispondere per debiti altrui (della partecipata)⁵⁰. In presenza di una società di persone accomandataria di una s.a.s., non si potrebbe negare alla prima l'amministrazione della seconda, per il tramite delle sue persone fisiche che concretamente ne hanno la gestione⁵¹.

Il riconoscimento, ad opera della riforma del diritto societario del 2003, dell'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una di persone, non sembra poter incidere sulla risoluzione, fino ad ora negativa⁵², della questione relativa alla partecipazione di una *Anstalt* ad una società personale, rimanendo tuttora «eccessivamente distonico (...) il modello organizzativo dell'*anstalt* rispetto ai tipi societari italiani»⁵³. In particolare, l'elemento ostativo rimarrebbe quello della mancanza della personalità giuridica dell'*anstalt*, che sembra impedire anche la partecipazione di un'associazione non riconosciuta ad una s.a.s.⁵⁴. Quest'ultima tesi potrebbe forse essere rivista, qualora si considerasse l'associazione non riconosciuta come dotata di una certa soggettività giuridica⁵⁵ (ancorché priva della personalità), e prendendo

⁴⁹ Infatti l'eventualità che i creditori della società di persone partecipante si trovino a concorrere con quelli della partecipata è «una normale conseguenza (...) del fatto che un soggetto, operando con i terzi, può contrarre debiti ed aumentare il numero e l'entità dei propri creditori» (COTTINO, WEIGMANN, *op. cit.*, p. 95).

⁵⁰ Si è ribattuto che il socio della partecipante risponde delle obbligazioni della partecipata come indiretta conseguenza dell'operazione posta in essere dalla società stessa a cui egli appartiene (*id est*, l'assunzione della partecipazione): GUGLIELMO, *op. ult. cit.*, pp. 53 e ss.

⁵¹ Analoga la conclusione di GUGLIELMO, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁵² T. Milano, 6-4-1976, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 706; T. Milano, 15-11-1982, in *Riv. notariato*, 1983, p. 791.

⁵³ CONFORTI, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴ È stata invece riconosciuta, in giurisprudenza, l'ammissibilità della partecipazione di un'associazione riconosciuta o di una fondazione ad una società di persone, in virtù del principio di generale capacità delle persone giuridiche: T. Verona, 15-7-1994, in *Soc.*, 1995, p. 101.

⁵⁵ La questione della soggettività giuridica delle associazioni non riconosciute è stata affrontata dalla giurisprudenza soprattutto con riguardo alle associazioni tra professionisti. Secondo Cass., 13-4-2007, n. 8853, «lo studio professionale associato, quantunque privo di personalità giuridica, rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi (quali le società personali, le associazioni non riconosciute, i condomini edilizi, i consorzi con attività esterna e i gruppi europei di interesse economico di cui anche i liberi professionisti possono essere membri) cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, perciò dotati di capacità di stare in giudizio in persona dei loro componenti o di chi ne abbia la legale rappresentanza secondo l'art. 36 c.c.»; conforme Cass., 16-11-2006, n. 24410, in *Mass. Giur. it.*, 2006, p. 1967. *Contra*, Cass., 21-11-1997, n. 10354, in *Vita notarile*, 1998, p. 1113; Cass., 5-3-1997, n. 1933, in *Giust. civ.*, 1997, I, c. 2834. In passato, la dottrina ha riconosciuto la possibilità per un'associazione non riconosciuta di partecipare ad una società di capitali, purché in presenza di una «strumentalità dell'oggetto della società partecipata rispetto allo scopo dell'associazione partecipante» (MOSCO, *Partecipazione di associazioni non riconosciute a società lucrative*, in *Giust. civ.*, 1990, c. 407; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca (artt. 36-42), Bologna-Roma, 1976, p. 203; MARICONDA, *Società di capitali*

atto inoltre dei notevoli passi in avanti compiuti dal Legislatore della riforma societaria in termini di possibilità concrete riconosciute alle organizzazioni non personificate⁵⁶.

Tra gli altri elementi dell'atto costitutivo indicati dall'art. 2295, merita qualche osservazione *l'oggetto sociale* della società in accomandita semplice.

Esso può consistere, oltre che in un'impresa agricola o commerciale, in un'attività artigiana, in virtù dell'estensione operata dalla l. 20-5-1997, n. 133⁵⁷, integrativa dell'originaria Legge quadro sull'artigianato (l. 8-8-1985, n. 443). In tal caso, ciascun socio accomandatario⁵⁸ deve essere in possesso dei requisiti di artigianalità di cui all'art. 2 della l. n. 433/1985⁵⁹ e non deve essere socio unico di una s.r.l. o socio di altra s.a.s. (art. 3, l. n. 433/1985), indipendentemente dall'attività svolta da queste ultime società o dalla qualifica assunta nella s.a.s.⁶⁰. Lo stesso art. 3 parla di impresa «costituita ed esercitata in forma di società in accomandita semplice», sembrando riferirsi esclusivamente alle imprese collettive di nuova costituzione, con esclusione quindi di quelle preesistenti all'entrata in vigore della l. n. 133/1997. Si è tuttavia prospettata un'interessante interpretazione della norma nel senso di «impresa che assume una veste giuridica e, quindi, di impresa non solo che inizia la propria attività con una determinata forma, ma anche di impresa che modifi-

costituite da associazioni non riconosciute, in *Giur. it.*, 1985, I, c. 613; KUSTERMANN, *Capacità dell'associazione non riconosciuta a partecipare alla costituzione di società di capitali*, in *Soc.*, 1985, p. 741). Per una sintesi sull'argomento dell'associazione non riconosciuta socia di una società di capitali, v. RUOTOLO, *Quesito n. 11-2008/1*, in www.notartel.it.

⁵⁶ Si allude all'introduzione della trasformazione eterogenea di entità prive di personalità giuridica (come associazioni non riconosciute, comunioni d'azienda, consorzi «interni») in società di capitali e viceversa: sulle problematiche che tali operazioni comportano, v., ad esempio, BOLOGNESI, *Commento agli artt. 2500-septies e 2500-octies*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009, pp. 1216 e ss.

⁵⁷ L'impresa artigiana può ora essere esercitata, oltre che da s.n.c. e da cooperative, anche da s.r.l. unipersonali e da s.a.s., con conseguente iscrizione all'albo delle imprese artigiane di cui all'art. 5, l. n. 443/1985.

⁵⁸ Non rileva la prevalenza numerica sui soci accomandanti dei soci accomandatari, qualora questi ultimi svolgano in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo: Cass., 9-1-2003, n. 107, in *Soc.*, 2003, p. 981; conformi T. Bologna, 23-11-1999, in *Giur. it.*, 2000, c. 1451; T. Bologna, 5-6-2000, in *Soc.*, 2000, p. 1231.

⁵⁹ Si è affermato che «il presupposto della omogeneità dei soci ed il carattere essenzialmente personale dell'impresa artigiana collettiva precludono l'iscrizione all'albo di cui alla L. 8 agosto 1985, n. 443 alle società di persone tra i cui soci figurino, ancorché non in maggioranza, altre società di persone» (A. Bologna, 14-6-1990, in *Soc.*, 1991, p. 192).

⁶⁰ Questo in effetti il tenore letterale della norma citata. Si è tuttavia sottolineato che, probabilmente, il Legislatore *plus dixit quam voluit*, dovendosi forse restringere l'applicazione del limite alle sole s.r.l. o s.a.s. che svolgano attività artigiana: diversamente, la norma risulterebbe «estremamente penalizzante per la libertà individuale dell'artigiano che, al solo fine di poter utilizzare, per la sua attività, le nuove forme societarie ammesse, potrebbe trovarsi costretto a dimettere partecipazioni in società che svolgono attività in settori diversi dall'artigianato» (BRUNELLI, *Imprese artigiane in forma di società a responsabilità limitata con unico socio e in accomandita semplice*, in *Notariato dell'Emilia Romagna*, n. 1/1997, p. 7).

ca la sua forma giuridica»⁶¹. Sarebbe così consentito all'imprenditore artigiano individuale di continuare l'attività conferendo la propria azienda in una s.a.s., e ad una s.n.c., avente ad oggetto un'impresa artigiana, di trasformarsi in s.a.s. Il Legislatore richiede altresì che i requisiti di artigianalità in capo agli accomandatari siano mantenuti nel corso della vita della società, ancorché intervengano modificazioni della compagine sociale⁶².

Ancora controversa, nonostante le aperture delle recenti novelle legislative⁶³, la configurabilità di una società tra professionisti in forma di s.a.s. In effetti, tra le società personali, la forma giuridica che potrebbe apparire meno compatibile con l'esercizio di servizi professionali interdisciplinari risulterebbe essere proprio la società in accomandita semplice. Ciò in quanto la presenza di una categoria di soci, gli accomandanti, a responsabilità limitata, potrebbe contrastare, *prima facie*, con il principio della personalità della prestazione che richiede l'assunzione del rischio di responsabilità illimitata. Il dubbio di legittimità della fattispecie, tuttavia, è destinato a cadere se si consideri che, data l'esclusività, quale oggetto sociale, dell'attività libero-professionale, «la società non può svolgere attività commerciale e quindi non è soggetta all'alea imprenditoriale», inoltre, «ogni socio professionista (accomandatario) risponde personalmente della prestazione effettuata»⁶⁴. Sotto il primo profilo, l'esclusività dell'oggetto sociale va senz'altro intesa nel senso della preclusione allo svolgimento di attività *latu sensu* commerciali e agricole, essendo invece ammissibile che la medesima società eroghi servizi in più settori disciplinari⁶⁵. Sotto il secondo profilo, deve essere sempre assicurata

⁶¹ BRUNELLI, *op. cit.*, p. 8.

⁶² L'art. 3, l. n. 443/1985, così attecnicamente recita: «In caso di trasferimento per atto tra vivi della titolarità delle società di cui al terzo comma, l'impresa mantiene la qualifica di artigiana purché i soggetti subentranti siano in possesso dei requisiti di cui al medesimo terzo comma». Ciò significa che coloro che acquisteranno le partecipazioni in qualità di accomandatari dovranno possedere i requisiti di artigianalità, mentre l'eventuale recesso di uno o più accomandatari non comporta la perdita della qualifica di artigiana della s.a.s., purché rimanga almeno un socio accomandatario artigiano.

⁶³ L'art. 2, d.l. 4-7-2006, n. 223, convertito in l. 4-8-2006, n. 248, ha abrogato le «disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali (...) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità».

⁶⁴ Entrambi i virgolettati sono di CECCACCI, *Le società tra professionisti dopo il decreto Bersani 2 (prima parte)*, in www.analisiaziendale.it.

⁶⁵ Così anche CECCACCI, *Le società tra professionisti dopo il decreto Bersani 2 (seconda parte)*, cit. Una professione rispetto alla quale il d.l. n. 223/2006 non sembra applicabile, *sic et simpliciter*, è quella notarile, «ciò in considerazione delle peculiarità nella professione notarile con i suoi marcati riflessi pubblici che non sembra compatibile con l'ipotesi di associazioni estese ad altri professionisti» (PROTETTI, DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2009, p. 339).

la prestazione personale (v. anche l'art. 2232 c.c.) del professionista illimitatamente responsabile, il quale può avvalersi di collaboratori in conformità al contratto, agli usi e compatibilmente con l'oggetto della prestazione, sempre ferma restando l'eventuale *culpa in vigilando ed in eligendo* del primo. Entro questi limiti, pertanto, può risultare senz'altro utile, come mezzo di finanziamento, la partecipazione di soci di capitale (accomandanti) ad una s.a.s. che abbia ad oggetto attività professionali.

Qualche riflessione s'impone poi per i *conferimenti* e le *prestazioni a cui sono obbligati i soci d'opera* nella s.a.s. (art. 2295, nn. 6 e 7).

Tra le società di persone, non c'è dubbio che la s.a.s. sia quella ove il capitale svolge una funzione «tipizzante», nel senso che la presenza di soci «capitalisti» (gli accomandanti) incide profondamente sulle regole di funzionamento della società⁶⁶. Parte della dottrina ha sostenuto che gli accomandanti, a differenza degli accomandatari non possano essere soci d'opera, vuoi in forza dell'art. 2322 («la quota di partecipazione del socio accomandante è trasmissibile per causa di morte»), «ciò che presuppone, evidentemente, la fungibilità del conferimento, carattere riscontrabile solo nel conferimento di capitale»⁶⁷, vuoi perché l'accomandante socio d'opera potrebbe così risultare completamente irresponsabile⁶⁸. Contro la prima argomentazione si è già obiettato che anche un conferimento di «capitale» può risultare – almeno soggettivamente – infungibile, come nel caso della proprietà di un immobile determinato⁶⁹. In aggiunta a ciò, potrebbe oggi ipotizzarsi l'applicazione agli accomandanti di quanto prescritto dall'art. 2464, 6° comma, in tema di conferimenti d'opera nelle s.r.l., ove è prescritto che questi ultimi debbano essere garantiti dalla prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. In tale eventualità, oggetto del conferimento sarebbe senz'altro il *facere* promesso a favore della società⁷⁰, mentre la polizza

⁶⁶ Rilevano COTTINO, WEIGMANN, *op. cit.*, p. 227: «per molte decisioni nella società in accomandita semplice si richiede (...) l'approvazione della maggioranza del capitale sottoscritto dagli accomandanti (art. 2320 cod. civ.) o da tutti i soci (art. 2322, 2° comma, cod. civ.): alla maggioranza assoluta del capitale la legge fallimentare affida altresì il compito di proporre un concordato successivo, per chiudere la liquidazione concorsuale coattiva (art. 152, 2° comma, lett. a), o preventivo, per evitare il fallimento (art. 161, 4° comma)».

⁶⁷ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 111.

⁶⁸ «Si pensi alla ipotesi di insolvenza della società verificatasi prima ancora dell'inizio dell'attività: in questo caso è chiarissimo che il socio d'industria a responsabilità limitata non sopporterebbe alcun rischio in senso tecnico, non risponderebbe cioè con alcun bene per il fatto che il valore della sua prestazione lavorativa è rimasto a livello puramente potenziale e non si è tradotto in entità economicamente apprezzabili: il socio non risponde con la quota conferita, riacquista esclusivamente la libertà di lavorare» (MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 248); conforme CONFORTI, *op. cit.*, p. 369.

⁶⁹ DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 121; cfr. anche BUSSOLETTI, voce «Società in accomandita semplice», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 976.

⁷⁰ TASSINARI, *Commento all'art. 2464*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 1761; *contra*, SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, pp. 5 e ss., a mente del quale oggetto del conferimento sarebbe la

o la fideiussione, oltre a svolgere una funzione di garanzia, consentirebbe altresì la «capitalizzazione» di detto conferimento. Accogliendo tale impostazione, risulterebbe peraltro dubbia l'applicazione alla s.a.s. della perizia di stima, di cui all'art. 2465, volta ad attestare il valore della prestazione per il quale è stipulata la polizza o la fideiussione. L'estraneità della procedura di stima ai conferimenti nelle società di persone (dove manca la necessità di garantire un capitale sociale minimo) potrebbe condurre ad una risposta negativa, ma l'ulteriore finalità che la relazione di stima svolgerebbe nel caso di un conferimento di una prestazione d'opera o di servizio (calcolo dell'importo garantito dalla polizza o fideiussione) dovrebbe far propendere per la tesi favorevole. Ad ogni modo, la soluzione della polizza o fideiussione a garanzia della prestazione d'opera dell'accomandante potrebbe valere anche a superare il rischio della totale irresponsabilità di quest'ultimo, persino qualora l'inadempimento della prestazione non fosse imputabile al socio stesso (sempre che tale circostanza fosse contemplata espressamente nella polizza o fideiussione)⁷¹.

Quanto alla *durata* della s.a.s., è appena il caso di menzionare il contrasto che si era acceso in passato tra la tesi più rigorosa che la considerava elemento indefettibile del contratto sociale (*ex art. 2295, n. 9*)⁷² e la tesi preferibile che ammetteva che la s.a.s., così come la s.n.c., potesse nascere a tempo indeterminato⁷³. Naturalmente, in tale ultima eventualità, dovrà ammettersi il diritto del socio di s.a.s. di recedere dalla società, con il preavviso di cui all'art. 2285, dettato per le società semplici ma estendibile alle altre società personali.

3. *La disciplina applicabile.*

La ricostruzione della disciplina applicabile alla società in accomandita semplice deve tener conto del rinvio, contenuto nell'art. 2315, alla disciplina della società in nome collettivo, nonché del rinvio, contenuto nell'art. 2293, a quella – d'ordine generale – presente nella *sedes materiae* della società semplice.

stessa messa a disposizione della società di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria. Sull'argomento v. anche BERTACCHINI, *Commento all'art. 2464*, in *Commentario delle società*, cit., p. 998.

⁷¹ Si è dubitato in dottrina della possibilità di escussione della polizza in caso di impossibilità oggettiva della prestazione per cause imputabili alla società (SALAFIA, *op. ult. cit.*, p. 5, già citata in nota 70); ciò comunque non dovrebbe ostare ad una diversa esplicita volontà delle parti.

⁷² G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 388; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 62; T. Udine, 21-7-1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2594.

⁷³ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 101, sulla considerazione che l'art. 2307, 3° comma, ammette la proroga tacita della società che, secondo l'art. 2273, è proroga a tempo indeterminato, ragione per cui la società può costituirsi anche a tempo indeterminato. Conf., FUSARO, *La durata delle società di persone*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 494; T. Genova, 18-2-1985, in *Vita notarile*, 1986, p. 1300.

La giurisprudenza ha sostenuto l'applicabilità alla s.a.s. delle norme che prevedono l'obbligo per la s.n.c. (art. 2302) di tenere i libri contabili obbligatori di cui all'art. 2214⁷⁴, nonché l'obbligo per i soci accomandatari di rendere il conto della gestione ai soci accomandanti⁷⁵.

Sulla disciplina applicabile ai soci accomandatari ed accomandanti, si rinvia ai paragrafi dedicati.

Contestato in dottrina appare il campo di applicazione ai soci della s.a.s. del *divieto di concorrenza* di cui all'art. 2301. La dottrina tradizionale lo limita ai soli soci accomandatari, vista l'equiparazione di questi ultimi ai soci di s.n.c.⁷⁶. L'accomandante potrebbe quindi svolgere attività concorrente con quella della società in accomandita cui partecipa, attesa la sua compatibilità con la qualità di socio illimitatamente responsabile in un'altra società. Peraltro l'inapplicabilità all'accomandante delle sanzioni di cui all'art. 2301 opera a condizione che la sua attività non sia configurabile in termini di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598⁷⁷. Si aggiunga che – come è stato notato – l'applicabilità all'accomandante dell'art. 2301 sarebbe di difficile esclusione se è vero che lo stesso avrebbe la possibilità di utilizzare «le notizie apprese sfruttando i poteri di informazione»⁷⁸. Del resto, si è ritenuto applicabile il divieto di concorrenza all'accomandante se esso sia previsto nel contratto sociale⁷⁹ o se l'accomandante si sia ingerito nell'amministrazione della società, potendone in tal modo sfruttarne i segreti aziendali⁸⁰.

4. *La ragione sociale.*

Un aspetto peculiare all'accomandita riguarda la formazione della ragione sociale⁸¹. Questa deve essere costituita dal nome di almeno uno dei soci

⁷⁴ Cass., 30-3-1971, n. 908, in *Giust. civ. mass.*, 1971, p. 487.

⁷⁵ Cass., 8-9-1986, n. 5479, in *Soc.*, 1987, p. 15.

⁷⁶ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 481; GHIDINI, *op. cit.*, p. 470.

⁷⁷ V. in giurisprudenza: A. Firenze, 5-2-1966, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1966, II, p. 431; T. Firenze, 22-1-1962, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 489; *adde*, in dottrina, G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, fondato da Vassalli, Torino, 1987, p. 199.

⁷⁸ Così DENOZZA, *Commento all'art. 2315*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Cendon, V, Torino, 1991, p. 906.

⁷⁹ Cass., 16-6-1989, n. 2887, in *Soc.*, 1989, p. 1149. Secondo CONFORTI, *op. cit.*, p. 123, il divieto di concorrenza a carico dell'accomandante può essere previsto a condizione che esso non venga derogato a favore dell'accomandatario, «affinché non si debba pervenire al risultato – illogico, prima ancora che confliggente con la *ratio legis* – di una società in accomandita semplice amministrata da un accomandatario legittimato a svolgere attività concorrenziale, che coesiste con un accomandante cui sono istituzionalmente inibiti compiti gestori ma che deve pure astenersi da qualsiasi attività potenzialmente concorrenziale».

⁸⁰ LAFELLI, *Commento all'art. 2301*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2007, p. 121.

⁸¹ In generale cfr. COSTI, DI CHIO, *Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione*, Torino, 1991, pp. 479 e ss.; *adde*: G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2007, pp. 163 e s.

Sui vari aspetti del contratto e del rapporto di società in accomandita semplice, anche con

accomandatari, con l'indicazione di società in accomandita semplice, salva – come avviene per la collettiva – la possibilità di conservare nella ragione sociale il nome del socio receduto o defunto⁸². In essa può figurare anche il nome dell'accomandante, se vi consente, ma in tal caso egli «risponde di fronte ai terzi illimitatamente e solidalmente con i soci accomandatari per le obbligazioni sociali» (art. 2314, 2° comma)⁸³.

Nel rispetto dell'art. 2564, accanto al nome dell'accomandatario possono essere indicati nomi di fantasia, ma questi non possono essere uguali o simili a quelli utilizzati per la denominazione dell'altrui ditta⁸⁴.

È vero che la *ratio* dell'art. 2314 viene generalmente individuata nella finalità informativa per i terzi che entrano in contatto con la società e che devono essere messi nella condizione di poter conoscere la forma giuridica della controparte e l'esistenza di una categoria di soci a responsabilità limitata, ma è altresì vero che simili esigenze non possono condurre, nel caso di omessa indicazione del tipo sociale, ad una riqualificazione del medesimo o, addirittura, ad ipotizzare una «trasformazione tacita» in s.n.c. (v. anche il par. 2). Appare condivisibile, cioè, l'orientamento secondo cui «la mancata indicazione del rapporto sociale varrà solo a rendere irregolare la ragione sociale, con la conseguenza che la società non potrà essere iscritta nel registro delle imprese»⁸⁵.

riguardo alla ragione sociale, v. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., pp. 961 e ss.; FERRATA, *La società in accomandita semplice*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, pp. 612 e ss.

⁸² Ci si potrebbe tuttavia domandare, al riguardo, se, in caso di mantenimento nella ragione sociale del nome dell'accomandatario defunto o receduto (con il consenso di cui all'art. 2292, 2° comma), sia necessario integrare la ragione con il nome di almeno un accomandatario facente realmente parte della società: la dottrina prevalente ha risposto negativamente, almeno con riferimento alla s.n.c., la cui ragione ben potrebbe essere formata esclusivamente col nome di *ex* soci (BIGIAVI, *La ragione sociale della collettiva*, in *Giur. it.*, 1946, c. 4; G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 367; COSTI, *Il nome della società*, Padova, 1964, p. 252), anche se la *ratio* dell'art. 2314 (v. *infra* nel testo) e l'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi potrebbero condurre ad opposta conclusione per quanto riguarda la s.a.s. La Cassazione ha sostenuto che la variazione della ragione sociale nella s.a.s. per effetto della sostituzione dell'unico accomandatario, determina una modificazione dell'atto costitutivo, ma non la trasformazione della società in altro soggetto (Cass., 29-7-2008, n. 20558, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Società», n. 606).

⁸³ Ne consegue che «un atto costitutivo di una società in accomandita semplice che nella ragione sociale comprenda anche il nome del socio accomandante non è, di per sé, illegittimo perché tale previsione non fa venir meno la figura del socio accomandante, contrapposta all'accomandatario» (T. Treviso, 7-10-1999, in *Dir. fall.*, 2000, p. 376, con nota di SALERNO, *La ragione sociale della società in accomandita semplice*). Non sembra quindi pienamente condivisibile la risalente pronuncia giurisprudenziale (Cass., 22-7-1943, n. 1908, in *Rep. Foro it.*, 1943, voce «Società», nn. 142 e 143) che aveva qualificato come «vera» la ragione sociale soltanto ove fossero indicati esclusivamente i nomi degli accomandatari.

⁸⁴ Cass., 20-11-1964, n. 2775, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 767; T. Milano, 8-11-1973, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2518; T. Treviso, 8-1-1973, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1973, p. 260.

⁸⁵ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 115; A. Milano, 11-6-1982, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1983, p. 1617. Diversamente orientato DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 123, per

Come accennato, l'accomandante il cui nome viene inserito, con il suo consenso, nella ragione sociale acquista una responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni, anche quelle anteriori all'evento in oggetto e anche quelle derivanti da fatto illecito della società, pur non trasformandosi in accomandatario.

Il consenso dell'accomandante si presume, e ciò non tanto nel senso che dovrà egli fornire la prova del mancato consenso, quanto nel senso che sarà tenuto a dimostrare la propria ignoranza circa l'inclusione del suo nome nella ragione sociale⁸⁶. La perdita del beneficio della responsabilità limitata da parte dell'accomandante è qui generalmente giustificata in ragione dell'affidamento che i terzi ripongono in ordine al rischio illimitato cui è soggetto, nelle società personali, il socio il cui nome compare nella ragione sociale⁸⁷. Altri tuttavia hanno evidenziato come la perdita del beneficio da parte dell'accomandante in essa nominato si determina anche nell'eventualità che i terzi siano a conoscenza che il nome indicato è quello dell'accomandante; pertanto la vera *ratio* della norma sarebbe quella di «reprimere in radice (...) i possibili abusi che si possono commettere con il ricorso a questo tipo di società»⁸⁸. La medesima responsabilità illimitata grava anche sul socio accomandatario che, dopo esser divenuto accomandante, abbia anche implicitamente acconsentito al mantenimento del proprio nome nella ragione sociale⁸⁹.

Quanto, infine, al diritto dell'accomandante escusso, il cui nome sia stato inserito nella ragione sociale, di rivalersi sugli accomandatari, la dottrina tende a riconoscerlo purché consti, perlomeno, il consenso degli accomandatari al suddetto inserimento⁹⁰.

il quale l'omissione dei requisiti di cui all'art. 2314, 1° comma, determina l'inopponibilità ai terzi della limitazione di responsabilità degli accomandanti. Particolare la posizione di COSTI, *Il nome della società*, cit., p. 264, a mente del quale soltanto la società (e non gli accomandanti) risponderebbe dei danni cagionati ai terzi dall'irregolarità della ragione sociale.

⁸⁶ Così anche T. Pistoia, 30-8-1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 724, il quale ha ritenuto presunto il consenso dei soci accomandanti, fratelli dell'accomandatario, i quali non si erano opposti all'utilizzo dell'espressione «fratelli» nella ragione sociale. Devesi tuttavia ricordare che, secondo la tesi giurisprudenziale più rigorosa, l'inserimento nella ragione sociale del nome dell'accomandante è da considerarsi tale soltanto se comprensivo del prenome e del cognome del socio, reputandosi addirittura insufficiente, all'uopo, l'indicazione del solo cognome (T. Velletri, 24-6-1992, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1992, II, p. 495).

⁸⁷ Cfr., FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 358.

⁸⁸ GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 113 e s.; v. già G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 472. L'abuso, in particolare, si verificherebbe qualora l'accomandante assumesse – e l'inclusione del nome nella ragione sociale ne rappresenterebbe la manifestazione esterna – la medesima posizione (con gli stessi poteri di gestione) degli accomandatari, pur godendo di una responsabilità limitata.

⁸⁹ COTTINO, WEIGMANN, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁰ Cfr. il quadro riassuntivo di CONFORTI, *op. cit.*, p. 84: «a) nel caso l'inserimento del nome dell'accomandante nella ragione sociale della s.a.s. sia avvenuto con lo stesso atto costitutivo della società, l'accomandante stesso avrà sempre diritto di rivalsa; b) ove la ragione sociale, in cui risulti contemplato il suo nome, non corrisponda a quella indicata nell'atto co-

5. *L'accomandita irregolare.*

La fattispecie della società in accomandita irregolare ricorre nell'ipotesi di mancata iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese⁹¹. Tramite il richiamo all'art. 2297, i rapporti fra la società e i terzi sono disciplinati dalle disposizioni dettate per la società semplice, mentre resta salva l'applicabilità ai rapporti interni delle norme dell'accomandita registrata; pertanto, il creditore particolare del socio potrà chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore (art. 2270, 2° comma) e i creditori sociali potranno agire direttamente ed *in primis* contro i soci stessi, salva l'opponibilità del beneficio di escussione (art. 2268).

Il problema dell'opponibilità nei rapporti esterni dello *status* di socio accomandante è stato – dalla maggioranza della dottrina⁹² e dalla giurisprudenza⁹³ – risolto nel senso che sia sufficiente che i terzi siano a conoscenza che trattano con una società in accomandita semplice. Non si applicherebbe quindi il dettato normativo che, in sede di società semplice, prescrive che il patto di limitazione della responsabilità deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei: sarebbe in altri termini sufficiente l'indicazione del tipo societario (s.a.s.) nella ragione sociale per rendere edotti i terzi dell'esistenza di soci che beneficiano del regime di responsabilità limitata. Va peraltro osservato come l'indicazione di cui sopra non integri in realtà la fattispecie di «mezzo idoneo», ma costituisce un mero indizio di distinzione, a questo riguardo, della società in accomandita semplice irregolare dalla società semplice.

Come già detto, nell'accomandita irregolare, ai rapporti fra la società e i

stitutivo, e l'uso ne sia stato fatto da un accomandatario-amministratore, del pari l'accomandante potrà rivalersi; c) infine, nella stessa fattispecie di cui al punto precedente, ma la spendita del nome sia avvenuta ad opera di soggetto privo di poteri (accomandatario non amministratore o accomandante che agisca in violazione dell'art. 2320 c.c.), l'esercizio del diritto di regresso da parte dell'accomandante dovrà ritenersi subordinato alla prova di un consenso da parte degli altri soci (prestato unanimemente o nella misura prescritta per le modificazioni del contratto sociale), in assenza del quale l'accomandante escusso non potrà beneficiare di alcuna rivalsa». Per il necessario consenso di tutti i soci all'inserimento del nome dell'accomandante nella ragione sociale, al fine dell'esercizio della rivalsa da parte di quest'ultimo, v. A. Cagliari, 27-1-1998, in *Riv. giur. sarda*, 2000, p. 167.

⁹¹ Sulla società in accomandita semplice irregolare v. BIGIAVI, *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, pp. 166 e ss.; RUBINO, *In tema di responsabilità di società irregolari in nome collettivo ed accomandita semplice*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, I, pp. 20 e ss.

⁹² BIGIAVI, *op. ult. cit.*, pp. 164 e s.; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 283; COSTI, DI CHIO, *La società in generale*, cit., pp. 436 e s.; COTTINO, WEIGMANN, *op. cit.*, p. 229. Contrario, SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 496, secondo il quale trova comunque applicazione l'art. 2267, non potendo i terzi «indovinare quali soci siano accomandanti e quali accomandatari e quindi il regime di responsabilità dovrà applicarsi nel modo più rigoroso».

⁹³ A. Torino, 14-9-1985, in *Soc.*, 1986, p. 284; T. Biella, 19-4-1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 221.

terzi, si applicano le disposizioni dettate dall'art. 2297 per la società in nome collettivo irregolare (art. 2317, 1° comma), ma è fatta salva la responsabilità limitata – non solo nei rapporti interni, ma anche in quelli esterni – dei soci accomandanti. Questi rispondono, per le obbligazioni sociali, nei limiti della loro quota, a meno che non abbiano partecipato alle operazioni sociali (art. 2317, 2° comma). Proprio quest'ultimo inciso ha sollevato le maggiori dispute in dottrina, tra chi ha ritenuto che esso rappresenti una mera ripetizione sintetica del divieto dell'art. 2320⁹⁴, e chi invece ha ravvisato una portata più ampia nella dizione dell'art. 2317. Ossia, la genericità dell'espressione con cui si inibisce all'accomandante, che voglia far valere la responsabilità limitata, la partecipazione alle «operazioni sociali» non consente l'applicazione a questa fattispecie della deroga al divieto prevista dal 1° comma dell'art. 2320: l'accomandante di accomandita irregolare perde il beneficio della responsabilità limitata anche quando agisca in forza di procura speciale per un singolo affare⁹⁵.

Vanno invece riconosciuti all'accomandante gli altri poteri: in particolare, se l'atto costitutivo lo consente, quello di dare per determinate operazioni autorizzazioni e pareri che, presupponendo una decisione presa dagli amministratori, non possono definirsi atti di diretta partecipazione alle operazioni sociali⁹⁶, o, ancora, il diritto di controllare l'operato degli accomandatari ed, eventualmente, di prestare la propria opera sotto la direzione di questi ultimi.

6. *I soci accomandatari e l'amministrazione della società.*

L'art. 2318 equipara, quanto a diritti e obblighi, lo *status* di accomandatario a quello di socio di società in nome collettivo e dispone che «l'amministrazione della società può essere conferita soltanto a soci accomandatari».

Se è vero che amministratori possono essere solo i soci accomandatari, non è vero tuttavia che gli accomandatari siano tutti necessariamente amministratori, giacché, a differenza di quanto disposto per le società in accomandita per azioni (art. 2455), il contratto sociale o un atto separato potrebbero riservare il potere di gestione soltanto ad alcuni di essi⁹⁷. Ed allora, il vero

⁹⁴ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 123; sul tema cfr. anche BIGIAVI, *op. ult. cit.*, pp. 166 e ss.

⁹⁵ G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 469 e s.; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Torino, 2001, p. 328; GRIPPO, *Commento all'art. 2317*, in *Commentario delle società*, cit., p. 184. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 26-2-1988, n. 2041, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3345; A. Torino, 14-9-1985, cit.

⁹⁶ Secondo altra opinione, questa ipotesi andrebbe vista come partecipazione alle operazioni sociali, negando di conseguenza al socio accomandante di conservare il beneficio della limitazione della responsabilità: MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 289; NAZZICONE, *I soci delle società di persone*, in *Diritto delle società*, a cura di Alessi e Rescigno, Milano, 1998, p. 186.

⁹⁷ Cass., 28-6-1997, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1997, I, c. 2737; Cass., 26-6-2009, n. 15161, in *Soc.*, 2009, p. 1249.

connotato essenziale dello *status* di accomandatario resta la responsabilità illimitata, dalla quale egli non può liberarsi con le semplici dimissioni dalla carica di amministratore⁹⁸. Del resto, il richiamo che l'art. 2318 fa a diritti ed obblighi dei soci della s.n.c. deve intendersi, sotto il profilo della responsabilità, come integrale. Ciò comporta che la responsabilità dell'accomandatario per le obbligazioni sociali deve ritenersi sussidiaria rispetto a quella della società stessa, ossia «destinata ad operare nel solo caso in cui sia venuta meno la disponibilità dei beni sociali in quanto già escussi dai creditori»⁹⁹. Ed il concreto atteggiarsi del *beneficium excussionis* nella s.n.c. come condizione di procedibilità dell'azione esecutiva (art. 2304)¹⁰⁰ si ripete per gli accomandatari, nel senso che il creditore sociale non può agire direttamente contro questi ultimi, ma deve prima rivolgersi alla società¹⁰¹, ferma restando la sua facoltà di agire in sede di cognizione per munirsi di un titolo esecutivo contro il socio, che gli consente, ad esempio, di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni immobili di quest'ultimo¹⁰². Deve applicarsi, inoltre, la regola generale

⁹⁸ A. Milano, 23-4-1992, in *Soc.*, 1991, p. 1650. Anche «le dimissioni da amministratore dell'unico socio accomandatario di società in accomandita semplice non implicano, di per sé, né il recesso dalla società, né la perdita della veste di accomandatario» (Cass., 23-7-1994, n. 6871, in *Foro it.*, 1996, I, c. 248). Giusta la conclusione di CONFORTI, *op. cit.*, p. 154, secondo cui «la perdita della qualità di socio accomandatario, a differenza di quella della qualifica di amministratore, potrà conseguirsi non già con generiche dimissioni, ma sarà necessaria una inequivoca dichiarazione di recesso dalla società», analogamente a quanto avviene per qualsiasi socio.

⁹⁹ LUNGHINI, *Commento all'art. 2291*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 104.

¹⁰⁰ BAVETTA, *Impresa e lavoro: La società in nome collettivo*, cit., p. 145; GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 149.

¹⁰¹ Secondo A. Cagliari, 6-5-2002, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 609, occorre proprio la preventiva ed infruttuosa escussione del patrimonio della società. La tesi, estremamente rigorosa, segue l'opinione dottrinale che, anche in materia di s.n.c., ritiene che la condizione di procedibilità, costituita dal beneficio di escussione, postuli il pignoramento e l'espropriazione dei beni sociali: GRAZIANI, *op. loc. ult. cit.*; DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, Roma, 1956, p. 210; GHIDINI, *op. cit.*, p. 260. Appare preferibile l'opposta teoria maggioritaria che ritiene sufficiente, ai fini dell'azione di responsabilità contro i soci, la dimostrazione, da parte del creditore sociale, dell'incapienza del patrimonio della società ai fini del soddisfacimento, anche parziale, del credito: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 93; DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, pp. 331 e ss.; Cass., 8-7-1983, n. 4606, in *Giust. civ.*, 1984, I, c. 441; A. Milano, 29-11-2002, in *Riv. giur. lavoro*, 2003, II, p. 429; T. Bologna, 26-9-1994, in *Soc.*, 1995, p. 666; T. Bologna, 18-12-1990, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 299; T. Pavia, 26-6-1993, in *Soc.*, 1993, II, p. 1380.

¹⁰² Cass., 16-1-2009, n. 1040, in *Giur. it.*, 2009, p. 638, con nota di COTTINO, *Due recenti pronunce in tema di scioglimento del vincolo sociale e liquidazione della quota: con qualche annotazione a margine*; Cass., 12-8-2004, n. 15713, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Società», n. 895; Cass., 16-4-2003, n. 6048, in *Notariato*, 2003, p. 345; Cass., 4-6-1999, n. 5479, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 40; Cass., 3-6-1998, n. 5434, in *Impresa*, 1998, p. 1557; Cass., 26-6-1992, n. 8011, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 727; T. Alba, 26-2-2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 340; T. Cagliari, 12-3-1990, in *Riv. giur. sarda*, 1993, p. 16.

delle società di persone, secondo la quale chi entra a far parte di essa assume responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità di socio (art. 2269); ne discende che colui che entra in una società preesistente come accomandatario o muta la sua veste da accomandante ad accomandatario, risponde illimitatamente anche per i debiti pregressi¹⁰³.

Merita di essere esaminata attentamente la questione dell'ammissibilità di un patto limitativo della responsabilità di alcuni accomandatari non amministratori, essendo scontata l'inderogabilità della responsabilità illimitata dei soci amministratori. In effetti, l'efficacia del suddetto patto nei confronti dei terzi sembra esclusa già dall'art. 2313 che, come già ricordato nei paragrafi precedenti, tipizza una responsabilità solidale ed illimitata, *ex lege*, dei soci accomandatari. Ci si potrebbe tuttavia domandare se, data l'equiparabilità degli accomandatari ai soci di s.n.c., sia possibile configurare l'esistenza di un patto che limiti la responsabilità degli accomandatari privi dei poteri gestori, con effetti meramente interni¹⁰⁴. In effetti, la Suprema Corte si è limitata, anche di recente (v. nota 17), ad affermare la nullità di una clausola statutaria che aggravi la responsabilità personale degli accomandanti, ma non si è pronunciata su un eventuale patto che consenta agli accomandatari non amministratori, escussi dai creditori sociali, di rivalersi sugli altri accomandatari amministratori (e non certo sugli accomandanti). A ben vedere, non sembra che una tale disposizione convenzionale, quando non si risolva in un patto leonino vietato per tutte le società (art. 2265), possa compromettere la tipicità della società in accomandita semplice, né che essa possa comportare un tacito mutamento dell'accomandatario in un accomandante. Non sarebbe certo violato alcun interesse dei creditori sociali, posto che essi potrebbero continuare a soddisfarsi indifferentemente sui patrimoni personali di tutti gli accomandatari, né sarebbe messo in discussione il tradizionale binomio potere di gestione – rischio imprenditoriale, considerata l'inderogabilità, anche nel versante interno alla società, della responsabilità illimitata degli accomandatari amministratori¹⁰⁵. Insomma, non sembrano ravvisarsi indici normativi manifestamente contrari all'ammissibilità di una diversa ripartizione interna della responsabilità, in capo agli accomandatari, per le obbligazioni sociali, finanche allo scopo di consentire all'accomandatario non amministra-

¹⁰³ Cass., 13-4-1989, n. 1781, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 1075.

¹⁰⁴ Si ricorda che, secondo la dottrina dominante, i soci di s.n.c. che non siano amministratori possono limitare la responsabilità per i debiti sociali con efficacia esclusivamente interna: GRIPPO, *La società in nome collettivo*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999, p. 161; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 95, nota 1; BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, pp. 9 e ss.

¹⁰⁵ Per inciso, autorevole dottrina ha anche manifestato perplessità circa la presunta inderogabilità del legame tra amministrazione e responsabilità: JAEGER, DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, I, Milano, 2000, pp. 144 e ss.

tore di esercitare azione di rivalsa nei confronti degli altri accomandatari amministratori¹⁰⁶.

Venendo ora all'amministrazione della società, si è già detto che essa può spettare soltanto ai soci accomandatari.

I principi che presiedono all'attività gestoria e ai poteri di rappresentanza, sono gli stessi previsti per gli amministratori di società in nome collettivo e, quanto al regime di amministrazione, disgiuntivo o congiuntivo, a seconda dei casi, valgono le disposizioni di cui agli artt. 2257 e 2258, ma con alcuni adattamenti. Nel primo caso, ciascun amministratore può, singolarmente ed anche all'insaputa degli altri, compiere atti gestori, salvo il diritto di veto degli altri accomandatari amministratori. Sull'opposizione decide la maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, discutendosi se nell'accezione del termine «soci» siano ricompresi in tal caso anche gli accomandanti. Una tesi minoritaria ha risposto positivamente, negando la paventata violazione del divieto di immistione, giacché la partecipazione alla decisione sull'opposizione non avverrebbe su autonoma iniziativa dell'accomandante, ma sulla base del potere di veto esercitato dall'accomandatario¹⁰⁷. Sembra tuttavia preferibile l'opposta opinione secondo la quale anche una simile attività degli accomandanti finirebbe per influenzare la gestione da parte degli accomandatari, soprattutto se i primi detengono la maggioranza del capitale (e quindi, detenendo la maggioranza negli utili, possano decidere sull'opposizione)¹⁰⁸. Quest'ultima ricostruzione appare altresì in linea con la teoria della c.d. «gestione occulta» o «indiretta» dell'accomandante (v. par. 7), tale per cui potrebbe darsi il caso degli accomandanti che, facendo valere la loro «forza oppositiva», condizionino l'operato degli accomandatari. Nel caso invece l'atto costitutivo prevedesse il sistema di amministrazione congiuntiva, nessun problema si porrebbe se fosse stabilita l'unanimità dei consensi dei soci amministratori. Tuttavia, anche ove fosse contemplata l'amministrazione congiuntiva a maggioranza, non potrebbe accogliersi la tesi minoritaria, sostenuta con riguardo alle società semplici¹⁰⁹, secondo la

¹⁰⁶ Nello stesso senso, in passato, G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 492: «naturalmente, essendo valido anche nell'accomandita il patto per cui, nei rapporti interni, le perdite a carico di un accomandatario siano limitate, questo patto potrà stipularsi anche a favore dell'accomandante che amministra». Va da sé che un'eventuale modifica dell'assetto organizzativo societario tale da attribuire i poteri di gestione all'accomandatario che ne fosse fino a quel momento privo, dovrebbe necessariamente essere accompagnata da una revisione del patto interno di limitazione della responsabilità originariamente stipulato a favore di quello stesso accomandatario (ciò per salvaguardare il suddetto binomio potere di gestione-rischio patrimoniale illimitato).

¹⁰⁷ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 312.

¹⁰⁸ BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 322. Condivisibile anche l'osservazione di CONFORTI, *op. cit.*, p. 323, a mente del quale basterebbe l'accordo di un solo accomandatario con la maggioranza degli accomandanti per paralizzare sistematicamente le iniziative gestionali degli altri accomandatari.

¹⁰⁹ BOLAFFI, *La società semplice: contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1975, p. 322.

quale si dovrebbe far riferimento alla partecipazione agli utili di ciascun socio, anche non amministratore. Invero, è da escludersi che gli accomandanti possano esprimere la loro volontà riguardo ad operazioni gestionali, se non nei limiti previsti dall'art. 2320.

Gli amministratori, scelti fra i soci accomandatari, sono nominati nell'atto costitutivo o con atto separato. In dottrina, è stata evidenziata la differenza di funzione tra la nomina degli amministratori nel contratto sociale e quella contenuta nell'atto separato: nel primo caso, il potere di amministrazione sarebbe espressione della partecipazione stessa del socio alla società, mentre nel secondo caso esso non sarebbe incorporato nella partecipazione sociale, ma costituirebbe il presupposto di un ufficio che il socio assume nell'interesse della società¹¹⁰. Nei patti sociali i soci stabiliscono, di comune accordo, quali tra gli accomandatari sono investiti del potere di amministrazione e/o di rappresentanza; in difetto si presume che ogni accomandatario sia anche amministratore della società. Gli amministratori potrebbero però essere nominati anche in un separato atto¹¹¹, essendo allora necessari, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, sia per la nomina che per la loro revoca, «il consenso dei soci accomandatari e l'approvazione di tanti soci accomandanti che rappresentino la maggioranza del capitale da essi sottoscritto» (art. 2319). La dottrina ha già evidenziato come la partecipazione degli accomandanti alla nomina e alla revoca degli amministratori nominati con atto separato non possa ritenersi atto di gestione e, quindi, la previsione della norma non costituisce una deroga al divieto d'immistione¹¹². L'art. 2319 fa salva la diversa disposizione dell'atto costitutivo circa le modalità di nomina e revoca degli amministratori con atto separato. In particolare, non c'è dubbio che i patti sociali possano richiedere, a tal fine, la maggioranza degli accomandatari per teste, anziché l'unanimità¹¹³: non vi è ragione di negare ciò, considerato che persino il contratto sociale è modificabile a maggioranza, se così è stato convenuto (art. 2252). È invece contestata la possibilità di prevedere, agli stessi fini, la necessaria unanimità dei consensi degli accomandanti: a chi sembra ammetterla¹¹⁴ si contrappone chi la ritiene incompatibile con la *ratio* dell'art. 2319¹¹⁵. Quest'ultima obiezione appare fondata, sol che si consideri

¹¹⁰ DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 80.

¹¹¹ Per essere opponibile ai terzi, la nomina degli amministratori deve essere iscritta nel registro delle imprese: Cass., 15-7-2004, n. 13124, in *Soc.*, 2004, p. 1363.

¹¹² Così GRIPPO, *Commento all'art. 2317*, in *Commentario delle società*, cit., p. 185. L'unanimità dei consensi degli accomandatari è stata spiegata in forza dell'analogia del loro *status* con quello dei soci di s.n.c., mentre la maggioranza degli accomandanti, calcolata per quote, sarebbe giustificata dalla posizione di costoro più «tenue» e più vicina a quella dei soci di società di capitali: PALUMBO, *Le società in generale e le società di persone*, cit., p. 426.

¹¹³ CONFORTI, *op. cit.*, p. 183.

¹¹⁴ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 483: l'Autore ammette anche la validità di clausole che riservino soltanto ad una categoria di soci o a singoli soci il potere di nominare o revocare gli amministratori.

¹¹⁵ CONFORTI, *op. loc. ult. cit.*

il forte condizionamento che anche un solo accomandante potrebbe così esercitare sugli amministratori da nominare o da revocare. Il dissenso dell'accomandante da un lato paralizzerebbe il funzionamento della società, dall'altro, impedirebbe la revoca *extra* giudiziale di colui che abbia male amministrato: le conseguenze paiono evidentemente eccessive al cospetto del divieto d'immistione che – come si vedrà – ricomprende non solo la gestione diretta ma anche l'influenza indiretta esercitata dall'accomandante¹¹⁶. Quanto alla revoca degli amministratori, la previsione speciale dell'art. 2319 riguardante esclusivamente quelli nominati con atto separato, induce a ritenere che valga la norma generale dell'art. 2259 relativamente a quelli nominati nel contratto sociale. Pertanto, la revoca di questi ultimi richiede il consenso di tutti i soci, accomandanti ed accomandatari (art. 2252)¹¹⁷, con la sola esclusione del socio amministratore interessato¹¹⁸, nonostante eventuali clausole che prevedano la semplice maggioranza per le modifiche del contratto sociale, non potendosi far rientrare in queste ultime l'alterazione della posizione del socio accomandatario¹¹⁹. In ogni caso, ai sensi dell'art. 2259, la revoca produce i suoi effetti¹²⁰ solo se ricorre una giusta causa, intendendosi tale non solo la grave e colpevole violazione dei doveri propri dell'amministratore, ma anche qualsiasi evento che renda impossibile la prosecuzione del rapporto di gestione¹²¹. Trova inoltre integrale applicazione il 3° comma

¹¹⁶ Il punto tuttavia non è pacifico: secondo il parere *pro veritate* di GLIOZZI, *Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 935, «altro è infatti ingerirsi nell'amministrazione, altro è limitarsi a nominare un amministratore».

¹¹⁷ GRIPPO, *Commento all'art. 2319*, in *Commentario delle società*, cit., p. 185; PALUMBO, *op. cit.*, p. 426; CONFORTI, *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁸ P. Cotogno, 31-1-1975, in *Riv. notariato*, 1977, II, p. 432; T. Cassino, (ord.) 28-10-2000, in *Soc.*, 2001, p. 476, il quale sottolinea che a nulla rileva il fatto che, escludendosi dal computo il socio amministratore da revocare, la decisione potrebbe essere assunta dai soci detentori di una quota di minoranza: anche l'esclusione di un socio è decisa a maggioranza per teste e non per quote (art. 2287), ed inoltre l'art. 2319 non trova applicazione per la revoca dell'amministratore nominato nel contratto sociale, motivo per cui torna ad applicarsi il principio generale del consenso dei soci calcolato per capi. Lo stesso Tribunale afferma che, in applicazione analogica dell'art. 2287, 3° comma, in caso di società costituita di soli due soci, la revoca dell'amministratore dovrebbe esser pronunciata dall'autorità giudiziaria su richiesta dell'altro socio.

¹¹⁹ Cass., 12-6-1996, n. 5416, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3093; A. Roma, 30-5-1956, *ivi*, 1957, I, c. 2068.

¹²⁰ L'amministratore revocato perde ogni potere gestorio, non potendo egli avvalersi dei poteri di amministrazione disgiuntiva che, per legge, spetterebbero a ciascun socio accomandatario (ove non diversamente disposto): invero, si è sostenuto che il ritorno, *tout court*, al regime legale di amministrazione disgiuntiva svuoterebbe di contenuto il provvedimento appena assunto (T. Roma, 9-10-1987, in *Soc.*, 1988, p. 248). Servirebbe dunque una nuova nomina per privare di effetti il provvedimento, societario o giudiziale, di revoca.

¹²¹ V., *ex multis*, GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 69. Per una casistica giurisprudenziale sulla giusta causa di revoca (ad es., irregolarità nella redazione dei bilanci e dei rendiconti, loro mancata comunicazione agli accomandanti, delega delle funzioni gestorie ad un terzo estraneo alla società), v. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 190 e ss. In caso di revoca senza giusta causa, si potrà assistere ad una inversione dell'iniziativa giudiziaria, nel senso che sarà l'amministrato-

dell'art. 2259, secondo cui «la revoca per giusta causa può in ogni caso essere chiesta giudizialmente da ciascun socio»; tale potere d'iniziativa compete dunque, oltre che agli accomandatari, a ciascun accomandante, non profilandosi qui un'indebita immistione nelle scelte gestionali, visto che l'accomandante attore non esercita «alcun sindacato sulla condotta degli amministratori, che non sia un sindacato di mera legittimità»¹²². La domanda di revoca instaura un giudizio contenzioso e non di volontaria giurisdizione¹²³, giudizio che, ai sensi dell'art. 1, 1° comma, del d.lg. 17-1-2003, n. 5, rientra nel campo di applicazione del rito societario¹²⁴. La giurisprudenza ha precisato che la revoca dell'amministratore può essere disposta anche con provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., in presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, sempreché il pericolo non possa essere evitato ricorrendo agli strumenti di diritto sostanziale, ossia alla delibera di revoca¹²⁵.

re revocato ad adire il giudice per ottenere la dichiarazione di invalidità della delibera di revoca: A. Torino, 19-7-1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 434. Esclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'efficacia della delibera impugnata, non potendosi imporre alla società la prosecuzione delle funzioni dell'amministratore non gradito, T. Ascoli Piceno, (ord.) 5-5-1988, in *Soc.*, 1988, p. 725.

¹²² GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 123. Questa è l'opinione oggi prevalente della giurisprudenza: Cass., 12-8-1976, n. 3028, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 2202; Cass., 29-11-2001, n. 15197, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 2057; T. Napoli, 24-5-2001, in *Dir. e giur.*, 2001, p. 281; A. Milano, 18-1-2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 986; T. Napoli, 4-2-2005, (ord.) in *Foro it.*, 2006, I, c. 305; T. Siracusa, 11-9-1999, in *Soc.*, 2000, p. 463, con nota di LOLLI. Appare dunque superata la risalente giurisprudenza che negava tale potere all'accomandante, paventando la violazione dell'art. 2320: A. Milano, 5-6-1951, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1951, II, p. 240; T. Firenze, 8-4-1953, in *Monitore tribunali*, 1953, p. 282. Devesi altresì riconoscere a ciascun accomandante il potere di domandare la revoca dell'amministratore in via cautelare, non trattandosi di ingerenza nella gestione: T. Napoli, 22-10-2002, in *Giur. di Merito*, 2002, p. 6.

¹²³ T. Lecce, (decr.) 29-11-1989, in *Soc.*, 1990, p. 516.

¹²⁴ CONFORTI, *op. cit.*, p. 194. Giusta l'osservazione secondo la quale il decreto in questione non riguarda solo le società di capitali, ma anche quelle di persone: VIANELLO, *Commento all'art. 1 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Commentario delle società*, cit., p. 2058. Peraltro, ai sensi dell'art. 54, l. 18-6-2009, n. 69, il suddetto art. 1 è stato abrogato, continuandosi tuttavia ad applicare alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della citata legge. Si ricorda, inoltre, la disputa circa l'applicabilità della clausola compromissoria alla controversia concernente la revoca dell'amministratore, esclusa dalla prevalente giurisprudenza in considerazione dell'indisponibilità dei diritti che ne costituiscono l'oggetto: Cass., 18-2-1988, n. 1739, in *Soc.*, 1988, p. 476; T. Napoli, 14-3-1996, *ivi*, 1996, p. 712; T. Biella, 8-1-2001, in *Giur. it.*, 2001, p. 978; *contra*, T. Monza, (ord.) 14-12-2001, in *Soc.*, 2002, p. 1019. Si è pure sostenuto, al riguardo, che l'inserimento di tali controversie tra quelle «promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti (...)» (art. 34, 4° comma, d.lg. n. 5/2003) possibile oggetto di clausole compromissorie, prescinderebbe dalla disponibilità dei diritti, requisito, quest'ultimo, espressamente sancito soltanto nel 1° comma dell'art. 34 (RICCI, *Il nuovo arbitro societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 517 e ss.). Nel contesto di scarsa chiarezza della norma, si è affermato, in contrario, che, se fosse possibile compromettere in arbitri controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili, «cadrebbero le basi del nostro sistema, il cui limite all'"autoregolamentazione" dei conflitti è dettato dalla natura disponibile dei diritti in contestazione» (ORLANDINI, *Commento all'art. 34 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Commentario delle società*, cit., p. 2320).

¹²⁵ T. Cassino, (ord.) 28-10-2000, cit.; T. Roma, 4-12-1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, c. 1819;

Se l'amministratore revocato sia l'unico accomandatario, esclusa la soluzione relativa alla nomina di un amministratore giudiziario¹²⁶, sembra condivisibile la tesi che ammette la nomina di un amministratore provvisorio da parte degli accomandanti, ex art. 2323, 2° comma¹²⁷. A ben vedere, tale conclusione pare fondata su un'interpretazione estensiva (e non già analogica) dell'espressione «se vengano a mancare tutti gli accomandatari» (art. 2323): non si tratta di estrapolare una nuova fattispecie sulla base dell'*eadem ratio*, ma piuttosto di estendere la disciplina formale di quel 2° comma dell'art. 2323 al caso *de quo*, considerato anche il *favor* del Legislatore per la continuazione dell'impresa sociale¹²⁸ e considerata altresì l'impraticabilità della diversa soluzione del conferimento di una procura speciale all'accomandante per la conclusione di singoli affari¹²⁹.

T. Perugia, 17-4-1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 641; T. Prato, (ord.) 26-4-1995, in *Soc.*, 1995, p. 1349; per l'accoglimento dell'istanza di revoca giudiziale dell'amministratore accomandatario che non abbia portato all'approvazione di tutti i soci (anche accomandanti) il conto annuale dei profitti e delle perdite o non lo abbia comunicato agli accomandanti, v. T. Salerno, 4-10-2005 e 5-6-2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, pp. 536 e ss., con nota di COSTABILE, *Brevi osservazioni sulle ipotesi di giusta causa di revoca dell'amministratore accomandatario*; *contra*, T. Milano, 16-11-2007, n. 12442, in *Soc.*, 2009, pp. 470 e ss., il quale nega che nelle società di persone esista un onere di redigere i bilanci e farli approvare dai soci (per la critica a tale sentenza, v. la relativa nota di FICO, *Il bilancio di società di persone: approvazione ed impugnazione*, in *Soc.*, 2009, p. 474: «gli amministratori hanno l'obbligo di redigere il bilancio, in conformità ai principi stabiliti per le società per azioni, a cui corrisponde il diritto dei soci accomandanti ad avere comunicazione dello stesso»). Proprio il potere di ogni socio di richiedere, anche tramite procedimento d'urgenza, la revoca dell'amministratore, «compensa» l'inapplicabilità alle società personali della denuncia al tribunale di cui all'art. 2409: T. Napoli, (decr.) 17-6-1992, in *Soc.*, 1992, p. 1386; CONFORTI, *op. cit.*, pp. 206 e ss. Speculare al predetto potere è quello riconosciuto all'amministratore revocato senza giusta causa di chiedere, ex art. 700 c.p.c., la reintegrazione nella carica, in presenza del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*: T. Bologna, (ord.) 5-2-1994, in *Soc.*, 1994, p. 950.

¹²⁶ Soluzione pure sostenuta da una parte della giurisprudenza (T. Roma, 24-7-1997, in *Gius.*, 1998, p. 130; A. Napoli, 31-3-1987, in *Dir. fall.*, 1987, p. 705; T. Padova, 13-7-2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 662), ma giustamente respinta in considerazione dell'inapplicabilità analogica dell'ultimo comma dell'art. 1105, istituito dettato con riguardo alla comunione di godimento, ben diversa dal fenomeno societario (T. Roma, 22-5-1997, in *Gius.*, 1998, p. 330; T. Milano, 14-2-2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 1210; T. Salerno, 4-10-2005, cit.).

¹²⁷ SPIOTTA, *Revoca dell'unico accomandatario dalla carica di amministratore: come colmare il vuoto di potere gestorio?*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 2330 e ss.; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 212. *Contra*, Cass., 28-11-1992, n. 12738, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 888; T. Salerno, 10-4-2007, in *Soc.*, 2008, pp. 214 e ss. con nota di SENINI, *Revoca dell'unico socio accomandatario dall'amministrazione: è causa di scioglimento della società*.

¹²⁸ In questi termini, SPIOTTA, *op. cit.*, p. 2330, il quale sottolinea anche come a nulla rilevi la circostanza che, in tal modo, l'accomandatario revocato continuerebbe a rispondere illimitatamente delle obbligazioni sociali, essendo pienamente lecita l'ipotesi di accomandatari privi di poteri gestori.

¹²⁹ Ipotesi prospettata da T. Milano, 1-7-2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 2330, e giustamente contestata per il rischio di abuso di «una miriade di procure successive, e magari alternativamente conferite all'uno o all'altro accomandante» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 221). Ci pare tuttavia non voler prendere una netta posizione sul problema, l'Autore da ultimo citato, il quale

Nella società in accomandita semplice, come nelle altre società personali, il *potere di rappresentanza* spetta, se non è diversamente convenuto, a ciascun amministratore in via disgiuntiva, e si estende a tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale (art. 2266). Non si vuole qui ripetere l'illustrazione dei limiti legali e contrattuali alla rappresentanza, comuni a tutte le società di persone, ma si intende piuttosto rimarcare il fatto che, nelle negoziazioni coi terzi, in mancanza della «spendita» della ragione sociale, rimane vincolato solo il rappresentante¹³⁰. Se questa è la premessa, a poco rileva il fatto che il nome dell'accomandatario investito del potere di rappresentanza compaia effettivamente nella ragione sociale. Ciò che rileva è solamente il fatto che quell'accomandatario sia realmente dotato del potere di rappresentanza (o, meglio, che non ne sia privato a causa di un patto sociale), unitamente alla circostanza che egli dichiari di agire in nome della società (*contemplatio domini*)¹³¹. Diversamente ragionando, si dovrebbe consentire l'attribuzione del potere di rappresentanza esclusivamente all'accomandatario citato nella ragione sociale, conclusione che non trova palesemente alcun fondamento di diritto positivo. Il terzo non può invocare l'art. 2314 per ottenere una tutela diversa da quella a cui è istituzionalmente preposto quell'articolo, *id est* l'affidamento sulla responsabilità personale dei soci menzionati nella ragione sociale.

Da ultimo, argomento che suscita ancora qualche dissidio in dottrina e giurisprudenza è quello relativo alle *azioni di responsabilità* contro gli amministratori della s.a.s. e, più in generale, delle società di persone. Si è volutamente utilizzato il plurale in quanto, secondo l'opinione più accreditata, la «sobrietà» e, sotto certi versi, lacunosità dell'art. 2260¹³² non può che spin-

afferma che la nomina dell'amministratore provvisorio, nel caso di revoca dell'unico accomandatario amministratore, sia possibile solo ove i soci provvedano altresì ad escluderlo dalla società, facendo venir meno così la categoria degli accomandatari: tale ricostruzione finisce, a ben vedere, con l'accogliere la tesi restrittiva secondo la quale la mancanza di tutti gli accomandatari di cui all'art. 2323, 2° comma, è da intendersi come assenza fisica degli stessi.

¹³⁰ BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., p. 301. Questione diversa, e che non si vuole affrontare direttamente in questa sede, è quella relativa all'opponibilità ai terzi delle limitazioni originarie al potere di rappresentanza, in assenza di un'esplicita previsione legislativa come quella dettata dall'art. 2266, 3° comma, per le limitazioni successive.

¹³¹ Per questo motivo, sembra potersi attribuire una valenza meramente descrittiva all'affermazione secondo cui «il potere di rappresentanza della s.a.s. potrà ritenersi più credibilmente attribuito a quello tra gli accomandatari-amministratori il cui nome risulti inserito nella ragione sociale, secondo la previsione dell'art. 2314» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 165). L'uso dell'avverbio «credibilmente» non pare in realtà appropriato qualora si voglia con esso sancire una tutela incondizionata dell'affidamento dei terzi, i quali hanno sempre e comunque «l'onere di accertare la qualità di rappresentante e l'estensione dei poteri di chi agisce in nome della società» (LOMBARDO, *Commento all'art. 2266*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 60, ove ulteriori riferimenti di dottrina).

¹³² Il 2° comma recita: «Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa».

gere l'interprete ad una complessa opera ricostruttiva, al di là dell'apparente unicità della tutela giurisdizionale accordata alla società. Ferma restando infatti che l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori compete al legale rappresentante della società stessa, ci si è domandati se essa possa essere esercitata anche da ciascun socio ed, in particolare, dall'accomandante. A nostro giudizio, deve condividersi quella parte della dottrina¹³³ e della giurisprudenza¹³⁴ che, accanto alla legittimazione principale della società, riconosce quella concorrente dei soci, non *uti singuli*, ma come membri della compagine sociale, allo scopo di una migliore tutela del patrimonio sociale. L'opinione contraria, che limita la legittimazione ai legali rappresentanti della società¹³⁵, appare decisamente insoddisfacente laddove i soci amministratori non possano o non vogliano esercitare l'azione. Si pensi, in particolare, ad una s.a.s. con un solo accomandatario o con più amministratori tutti presunti responsabili: negando il potere di agire agli accomandanti, non resterebbe a costoro altra possibilità che revocare gli amministratori per giusta causa e nominare nuovi amministratori, i quali poi potrebbero esercitare l'azione di responsabilità¹³⁶. Invero, la soluzione di accordare a ciascun socio, anche accomandante, il potere di agire *uti socius* per ottenere il ristoro del danno in favore del patrimonio sociale sembra altresì essere avvalorata dall'avvicinamento, verificatosi dopo la riforma del 2003, della struttura delle società personali a quella delle società a responsabilità limitata – spesso defi-

È pacifica la natura contrattuale di tale responsabilità, dovendo l'attore dimostrare l'inadempimento degli obblighi da parte degli amministratori, il danno subito dalla società e il nesso di causalità tra condotta ed evento. La colpa invece si presume, essendo in *re ipsa* nell'inadempimento, anche se, trattandosi di violazione di obblighi a contenuto generico (c.d. clausole generali, quali ad es. il dovere di diligente amministrazione), «sarà necessario offrire al giudice il parametro valutativo costituito da un modello astratto di comportamento corretto cui non si è attenuto, nella concreta fattispecie dedotta in giudizio, l'amministratore convenuto» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 248). Sul regime legale di responsabilità in presenza di una pluralità di amministratori v., in dottrina, RIVOLTA, *In tema di società in accomandita semplice*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 125 e ss.; LIACE, *L'amministrazione nelle società di persone*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 651 e ss.

¹³³ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2001, pp. 287 e ss.; GHIDINI, *op. cit.*, pp. 428 e ss.; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 74; DI CHIO, *Legittimazione del socio all'azione di responsabilità contro l'amministratore di società personali*, in *Soc.*, 1998, p. 1328.

¹³⁴ T. Vicenza, 25-2-1976, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, c. 794; T. Alba, 10-2-1995, in *Soc.*, 1995, p. 829; T. Napoli, 17-4-1998, *ivi*, 1998, p. 1324; T. Milano, 11-9-2003, in *Impresa*, 2004, pp. 1045 e ss., con nota di BOLOGNESI, *Liquidazione della quota dell'accomandante, utili sociali, responsabilità dell'accomandatario nelle s.a.s.*; T. Milano, 9-6-2005, in *Corr. Merito*, 2005, p. 883; T. Napoli, 3-3-2008, in *Soc.*, 2009, pp. 889 e ss., con nota di MALAVASI, *La legittimazione del socio di società di persone all'azione di responsabilità contro l'amministratore*.

¹³⁵ DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 82; Cass., 9-6-1981, n. 3719, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 15; Cass., 10-3-1992, n. 2872, in *Impresa*, 1992, p. 2001; T. Milano, 16-4-1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 1998; T. Napoli, 19-11-1994, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 431.

¹³⁶ Si tratta, all'evidenza, «di una soluzione non ottimale in quanto comporta un aggravio di costi e un allungamento dei tempi» (MALAVASI, *op. cit.*, p. 898).

nite come società di capitali a base personalistica – nelle quali l'azione di responsabilità spetta a ciascun socio (art. 2476, 3° comma)¹³⁷. Né l'esercizio di tale azione da parte dell'accomandante potrebbe costituire una violazione del divieto d'immistione, poiché – come già asserito in materia di revoca giudiziale per giusta causa – lo *spatium agendi* ad esso riconosciuto non è finalizzato ad influire sulle scelte gestionali, ma rappresenta piuttosto la naturale estensione del potere di controllo sancito dall'art. 2320, ult. comma. Il riconoscimento ai singoli soci della legittimazione concorrente all'esperimento dell'azione sociale di responsabilità non va tuttavia confuso con il potere decisionale in materia. Si intende dire, cioè, che la decisione in merito all'esercizio dell'azione deve essere presa, a maggioranza¹³⁸, dalla società, essendo (solo) quest'ultima il soggetto leso dal comportamento dell'amministratore. Né varrebbe obiettare, al riguardo, la inapplicabilità dell'art. 2393 nella parte in cui richiede una delibera dell'assemblea, difettando questo organo nella società di persone¹³⁹. In realtà, si è opportunamente osservato che l'esigenza di riservare alla società la decisione di agire contro l'amministratore è ben presente anche nelle società personali¹⁴⁰; inoltre, è ben noto che negli istituti societari in cui viene utilizzato il termine «deliberazione», quest'ultimo deve essere inteso come «decisione» se riferito alle società di persone¹⁴¹. Insomma, la volontà che si fa valere, agendo contro l'amministratore, non è quella del singolo socio, bensì quella collettiva che si manifesta in una decisione formale¹⁴².

Abbastanza pacifico, invece, il riconoscimento del potere del singolo socio (anche accomandante) e del terzo ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in dipendenza diretta del comportamento doloso o colposo dell'ammi-

¹³⁷ In questi termini anche MALAVASI, *op. cit.*, p. 898; dubbioso, al riguardo, CONFORTI, *op. cit.*, p. 242, secondo il quale l'art. 2476, 3° comma, configura «un'azione di impronta nettamente surrogatoria: risultato cui la giurisprudenza non può dirsi ancora – ad oggi – compiutamente pervenuta in tema di società personali». Ad ogni modo, che all'indomani della riforma si registri un sensibile indebolimento delle barriere tra regole e principi delle società personali e di quelle capitalistiche, appare difficilmente contestabile: si veda, per esempio, BOLOGNESI, *op. ult. cit.*, p. 1048.

¹³⁸ Calcolata, in questo caso, per quote e non per teste, ed escluso ovviamente il voto dell'amministratore da convenire in giudizio: SALAFIA, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori di società personali*, in *Soc.*, 1992, p. 1485.

¹³⁹ Così invece, Cass., 10-3-1992, n. 2872, cit.; T. Alba, 10-2-1995, cit.

¹⁴⁰ SALAFIA, *op. ult. cit.*, p. 1484.

¹⁴¹ Il Legislatore riformato ha opportunamente sostituito, in alcuni casi, il termine «deliberazione» con quello di «decisione», proprio al fine di ricomprendere meglio anche le società di persone: non si dubitava, però, anche prima della riforma, che i medesimi istituti fossero applicabili a quelle società (v., ad es., gli artt. 2502 e 2502-bis relativamente alla decisione di fusione).

¹⁴² Aggiunge SALAFIA, *op. ult. cit.*, p. 1485, che «l'autorizzazione deve avere la forma scritta perché, dovendo essere prodotta dinanzi al giudice, è necessaria una sua documentazione, in forma pubblica redatta da notaio, dinnanzi al quale i soci compaiono, o in forma privata con sottoscrizioni autenticate».

nistratore, in applicazione analogica dell'art. 2395 o, comunque, sulla base del principio generale dell'art. 2043¹⁴³. L'applicazione del menzionato istituto alle società di persone postula comunque la necessaria compresenza dei requisiti propri della responsabilità aquiliana: atto doloso o colposo dell'amministratore, danno diretto subito dall'attore, nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso¹⁴⁴.

Più controversa la possibilità per i creditori della s.a.s., ed in genere di una società di persone, di esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori *ex art.* 2394. Ad una risposta positiva, basata sulla configurazione dell'azione in oggetto come autonoma rispetto a quella sociale e destinata a tutelare l'aspettativa di prestazione dei creditori sociali¹⁴⁵, potrebbe tuttavia opporsi la considerazione che nelle società personali, l'affidamento dei creditori meritevole di tutela, non è tanto quello che essi ripongono nel patrimonio sociale, quanto piuttosto nei patrimoni personali dei soci (nel nostro caso, accomandatari). Ad ogni modo, come accennato, la soluzione non potrebbe del tutto prescindere dalla qualificazione dell'azione stessa, giacché anche dalla sua definizione di azione sociale esercitata in via surrogatoria dai creditori ne discenderebbe l'applicabilità anche alle società di persone.

7. *I soci accomandanti: il divieto di immistione.*

La distinzione dei ruoli che, nell'accomandita, competono all'una e all'altra categoria di soci inibisce all'accomandante l'attività gestoria¹⁴⁶: «i soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari» (art. 2320). Il c.d. divieto d'immistione inibisce all'accomandante l'esercizio di quei poteri di amministrazione, sia esterna sia interna, che a titolo originario spettano per legge agli amministratori soci accomandatari¹⁴⁷. Inibito è anche l'esercizio degli stessi poteri in forma delegata me-

¹⁴³ Cass., 10-3-1992, n. 2872, cit.; Cass., 28-3-1993, n. 2846, in *Giust. civ.*, 1996, I, c. 3230; Cass., 7-7-2004, n. 12415, in *Guida dir.*, 2004, n. 35, p. 55; Cass., 25-7-2007, n. 16416, in *Soc.*, 2009, pp. 608 e ss., con nota di NTUK, *L'azione individuale di responsabilità nelle società di persone*; Cass., 17-1-2007, n. 1045, in *Foro it.*, 2007, c. 3156, con nota di PERRINO, *Soggettività della società di persone e responsabilità dell'amministratore*; T. Milano, 20-10-1997, in *Soc.*, 1998, p. 320; T. Napoli, 3-3-2008, cit.

¹⁴⁴ La prescrizione dell'azione individuale di responsabilità, come di quella dell'azione sociale, è fissata in cinque anni (artt. 2947 e 2949): per maggiori riferimenti, v. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 253 e ss.

¹⁴⁵ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 326; *contra*, BORGIOI, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, p. 338; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 229 e ss., i quali sostengono la natura surrogatoria dell'azione in oggetto.

¹⁴⁶ Nella risalente dottrina si è efficacemente parlato, con riferimento alla figura del socio accomandante, di «divieto d'immischiarsi nell'amministrazione sociale»: in tali termini si espresse a suo tempo GALLUPPI, *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁷ Per una diffusa, sistematica ricostruzione della portata del divieto d'immistione

dante attribuzione di mansioni institorie. È fatta salva solo la possibilità per gli accomandanti di compiere singoli affari in forza di procura speciale. Per la Corte Suprema l'articolo in commento non introduce deroghe alla disciplina generale della rappresentanza senza potere, sicché – di conseguenza – se la società eccipe l'inefficacia nei suoi confronti del negozio stipulato dall'accomandante in violazione del divieto di immistione «nessuna obbligazione sorge a suo carico, se il terzo non prova che la società medesima lo ha ratificato»¹⁴⁸. Il divieto mira a preservare lo schema tipico del contratto sociale quale emerge dalle sottese esigenze pratiche intimamente collegate e risalenti alle radici storiche dell'istituto¹⁴⁹: in particolare, dall'esigenza di potenziamento della «mercatura» che l'idea di accomandita poteva favorire attraverso l'incontro della componente mercantile con quella capitalistica¹⁵⁰. L'esclu-

v. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 107 e ss. Secondo l'orientamento dominante tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la riserva in via esclusiva del potere di direzione ai soci accomandatari trova fondamento «nell'interesse pubblico ad un responsabile esercizio del potere economico», con la conseguenza – come deciso dal T. Milano, 3-10-1991, in *Soc.*, 1992, p. 364, con un commento di CUPIDO – che «il venir meno della limitazione della responsabilità dell'accomandante, che si sia ingerito nell'amministrazione della società, produce effetti non soltanto nei confronti dei terzi, ma anche nei rapporti con gli altri soci»; in argomento v. in dottrina: DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 16, Torino, 1994, p. 180; DI CHIO, *L'art. 2320 c.c.: una norma quasi istituzionalistica*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 191; GALGANO, voce «Società in accomandita semplice», in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 566; BUSSOLETTI, voce «Società in accomandita semplice», cit., p. 970; BERTACCHINI, *In tema di immistione dell'accomandante receduto*, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 332 (nota a T. Como, 11-2-1987); BRONZINI, *La vita avventurosa del socio accomandante*, in *Dir. fall.*, 1977, II, p. 659; GUIDA, *Sul divieto di immistione dell'accomandante nell'amministrazione di s.a.s.*, in *Riv. notariato*, 1983, p. 1012; LABRIOLA, *Ingerenza dell'accomandante nella gestione sociale e divieto di immistione*, in *Notariato*, 2001, pp. 135 e ss.; RANGO, *Divieto di ingerenza dell'accomandante nell'amministrazione della società in accomandita semplice*, in *Giur. comm.*, 2001, II, pp. 12 e ss. Non manca, in dottrina, chi ritiene che l'art. 2320 sia volto all'esclusiva tutela degli interessi privatistici dei terzi contraenti con la società, i quali verrebbero liberati dal provare che la gestione sociale è effettivamente tenuta dagli accomandanti: FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 341. Sono stati proposti anche orientamenti di sintesi, in base ai quali sarebbero tutelati sia l'interesse dei soci, sia quello dei creditori sociali, sia l'interesse generale ad una oculata amministrazione sociale: COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 105; Cass., 26-6-1979, n. 3563, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 517; Cass., 6-6-2000, n. 7554, in *Giur. it.*, 2000, pp. 530 e ss.

¹⁴⁸ Cass., 19-11-2004, n. 21891, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Società», n. 902, e in *Impresa*, 2005, pp. 1985 e ss., con nota di BOLOGNESI, *L'accomandante falsus procurator di nuovo al vaglio della Cassazione*.

¹⁴⁹ V. una puntuale ricostruzione storica delle origini e delle fonti in MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 17 e ss. Adde le «letture» di DENOZZA (*Le prospettive della società in accomandita semplice*), di MONTALENTI (*La società in accomandita tra diritto intermedio e codificazioni nell'opera di Gregorio Fierli*) e di MONTANARI (*Tracce di una disciplina delle società di capitali nell'opera di Gregorio Fierli*), nonché la Prefazione di Grippo alla ristampa (a cura di Grippo, Bologna, 1991) del testo di FIERLI, *Della società chiamata accomandita*, Firenze, 1803.

¹⁵⁰ V. il *Preambolo* alla legge fiorentina del 1408, di recepimento della società in accomandita.

sione del capitalista-accomandante dalla gestione dell'impresa nasce come circostanza del tutto connaturata al dualismo tipico della base sociale, che sotto questo riguardo riflette dunque una distinzione di classe: da un lato i mercanti, dall'altro i detentori del capitale. Il divieto di legge sanziona detto dualismo: una partecipazione dell'accomandante alla gestione sociale, tale da determinare un'alterazione dello schema tipico a base dualistica, se non addirittura una permanente sovraordinazione dello stesso accomandante all'accomandatario, non può che contraddire e annullare l'idea stessa di accomandita quale ci giunge dalle sue più antiche origini: ed è per ciò che detta partecipazione o sovraordinazione non possono che essere colpiti dal divieto in esame¹⁵¹.

Si conviene generalmente in dottrina che il rigoroso divieto non possa giustificarsi esclusivamente in chiave di tutela dei creditori sociali. Le relative sanzioni operano infatti in ogni caso, anche quando costoro siano resi edotti di trattare con il socio accomandante, ragione per cui non vi sarebbe motivo di tutelarne l'affidamento. Si ritiene che il divieto sia espressione del principio, comune a tutte le società personali, della indissociabilità del potere di gestione dalla responsabilità personale illimitata dei soci amministratori. Una tale connessione assicura nell'ambito del sistema delle società di persone un governo responsabile dell'impresa. Questa opinione non è parsa del tutto priva di contraddizioni. Essa non spiegherebbe l'ipotesi dell'accomandante che agisca in assenza di un conferimento di poteri di rappresentanza. L'inimputabilità alla società del suo operato non può infatti danneggiarla. Vero è, peraltro, che il socio accomandante, nell'ingerirsi nell'amministrazione della società, viola i limiti del ruolo che gli compete, invadendo la sfera delle attribuzioni proprie degli accomandatari e ponendo in tal modo le premesse per un uso distorto dell'istituto.

La violazione del divieto comporta per il socio accomandante due *sanzioni*, oltre alla responsabilità verso la società per i danni ad essa arrecati: *a)* la perdita del beneficio della responsabilità limitata; *b)* l'esclusione dalla società a norma dell'art. 2286. Mentre quest'ultima sanzione è solo eventuale e di-

mandita nell'ordinamento comunale, riportato nella *Prefazione* di GRIPPO citata nella nota che precede. *Adde* sul punto: ARCANGELI, *La società in accomandita semplice*, cit., pp. 29 e ss.

¹⁵¹ Si consideri la circostanza, che può in qualche misura spiegare il rigore del divieto in esame, relativa alla natura del principio della responsabilità limitata, che costituisce – nel nostro ordinamento – «un beneficio eccezionale»: così GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 30; v. inoltre MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 29, nota 37.

Indubbiamente il menzionato principio si afferma in stretta connessione con l'evolversi del sistema capitalistico: v., per una sintetica ricostruzione dei «primi segni di un'evoluzione in senso capitalistico delle forme associative», COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie coloniali alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 493, pp. 496 e ss.; v. inoltre l'ampio saggio di MONTANARI, *Medioevo del diritto: all'origine delle società personali*, in *Riv. società*, 1988, p. 1280, poi trasfuso in *Id.*, *Impresa e responsabilità*, Milano, 1990, pp. 49 e ss.

pende dalla volontà degli altri soci, la prima è automatica e necessaria: il compimento anche di un solo atto di gestione rende responsabile l'accomandante nei confronti dei creditori sociali non solo per le obbligazioni che fanno capo alla società al momento dell'atto d'ingerenza, ma anche per le obbligazioni future¹⁵². Inoltre, in applicazione dell'art. 147 l. fallimentare, in caso di fallimento della società, il curatore, dando prova dell'ingerenza dell'accomandante, potrà chiederne il fallimento¹⁵³. A questo riguardo la Corte Suprema ha precisato che «l'indebita ingerenza dei soci accomandanti nella gestione sociale, ai fini della dichiarazione del loro fallimento personale in estensione, va verificata in concreto e può risultare anche da un singolo atto di gestione meramente interna¹⁵⁴, senza che abbia rilevanza la produzione di effetti esterni e l'espressione della volontà sociale verso i terzi»¹⁵⁵. Quindi, ad essere colpito dal divieto non è soltanto il compimento diretto di atti gestori, ma anche la partecipazione alla decisione dei medesimi¹⁵⁶.

L'indubbio rigore che la lettera della norma assegna al divieto d'immistione va meditato e in qualche modo attenuato in un più ampio contesto in-

¹⁵² V., in particolare, BERTACCHINI, *In tema di immistione dell'accomandante receduto*, cit., p. 330.

¹⁵³ In ordine al fallimento in estensione per immistione del socio accomandante v. di recente T. Mantova, 11-10-2007, in *Soc.*, 2008, p. 735, dove si sostiene che «l'art. 147 L. fall. prevede in caso di fallimento di una società l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, senza distinguere tra coloro che siano tali *ab origine* per contratto sociale e quelli che lo siano diventati per effetto di vicende particolari, tra cui va annoverato l'accomandante che si sia ingerito nell'amministrazione della società».

¹⁵⁴ Si è peraltro osservato che il socio accomandante può essere dichiarato fallito solo «qualora si sia "sistematicamente" ingerito nelle scelte gestionali della società» e, quindi, nell'ipotesi che si verifichi una «riqualificazione giuridica» – in qualità di socio accomandatario – della sua posizione sociale: in questi termini PLASMATI, *Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 854 e ss.; v. anche, in giurisprudenza, T. Milano, 18-2-2004, in *Foro it.*, 2004, c. 708.

¹⁵⁵ Cass., 6-6-2000, n. 7554, cit.; *adde*: Cass., 11-9-1999, n. 9688, e Cass., 28-4-1999, n. 4270, in *Dir. fall.*, 2000, II, pp. 507 e ss.; Cass., 26-6-1979, n. 3563, cit.; A. Genova, 4-3-1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 650. In dottrina v.: RAGUSA MAGGIORE, *Accomandante occulto e tipologia delle società personali*, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 433; PISANI, *Società in accomandita semplice e proposta di concordato: la posizione del socio accomandante*, in *Giur. comm.*, 2001, II, pp. 368 e ss.

¹⁵⁶ Gli atti di amministrazione interna non sono «meno pericolosi degli altri atti di amministrazione esterna che la legge del pari sanziona, perché sono costituiti da forme di intrusione, invasività ed indebita compartecipazione ai processi decisionali, che si concretizzano in incidenza dell'accomandante su una o più determinazioni e, di riflesso, sull'intera gestione della s.a.s., la quale deve invece rimanere riservata agli accomandatari» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 319). Di più, la Cassazione ha precisato che il divieto dell'art. 2320 è incondizionato per gli atti interni di amministrazione, mentre è derogabile mediante procura per gli atti esterni: Cass., 15-12-1982, n. 6906, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 1036. Secondo PALUMBO, *op. cit.*, p. 423, «lo scopo di questa maggiore estensione del divieto di immistione è duplice: da un lato garantisce la buona amministrazione della società, dall'altro lato protegge il tipo sociale adottato, il quale risulterebbe alterato dall'indebita ingerenza del socio accomandante».

terpretativo¹⁵⁷. Va da sé che un «solo e sporadico» atto di ingerenza può essere del tutto inidoneo a creare situazioni gravemente lesive degli interessi tutelati. Può persino revocarsi in dubbio che, dal punto di vista di chi lo compie, un tal atto possa qualificarsi in termini di «atto di gestione» se è vero che la nozione stessa di «gestione» è semanticamente indissociabile dal concetto di serialità: intanto un atto può qualificarsi come «atto di gestione» del soggetto che lo pone in essere, non già astrattamente per la sua natura o in virtù dei suoi contenuti, ma solo in quanto si ponga come elemento di una serie, quindi di un'attività¹⁵⁸. Né osta a questo riguardo la circostanza che il divieto d'immistione abbia ad oggetto non solo veri e propri atti riconducibili alla qualità di amministratore, figura cui si collega – come è noto – una sfera di poteri originari, bensì anche atti posti in essere nell'esercizio di poteri delegati. Il conferimento all'accomandante di una procura institoria o anche semplicemente generica (quale è quella, spesso ricorrente nei rapporti bancari delle accomandite, che conferisce un potere delegato «ad operare in conto»¹⁵⁹), pur senza inficiare le tipiche posizioni di sovraordinazione degli accomandatari, attribuisce nondimeno ampi margini di autonomia gestionale. Se può essere ragionevole credere che il nucleo essenziale del divieto di immistione sia costituito dall'intento primario di precludere il costante e reiterato coinvolgimento dell'accomandante nell'esercizio del potere gestorio, non s'intende ovviamente con ciò concludere che la perdita del beneficio della responsabilità limitata dell'accomandante operi solo quando si determini un tale evento. La formula della legge ha tale latitudine da ricomprendere nel divieto – secondo quanto confermano giurisprudenza e dottrina consolidate – atti del tutto *occasionalis*: anche il compimento di un solo affare da parte dell'accomandante, salvo che questi non vi sia stato autorizzato con procura speciale, importa per lo stesso la perdita del beneficio della responsabilità limitata. I giudici, affermato che la *ratio* dell'art. 2320 risiede nell'interesse generale ad un responsabile esercizio dell'attività d'impresa e invocata la classica correlazione, che pervade l'ordinamento delle società personali, tra esercizio del potere economico e assunzione di un rischio illimitato nei confronti dei terzi¹⁶⁰, hanno statuito che la violazione del divieto in parola

¹⁵⁷ Si tratta dell'approfondita analisi condotta da MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., *passim*.

¹⁵⁸ GRIPPO, *La gestione «occulta» dell'accomandante*, in *Contratto e impresa*, 1996, pp. 842 e ss.

¹⁵⁹ A. Torino, 22-9-1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 512, ha fatto ricadere nel divieto la delega all'accomandante di tutta la gestione bancaria.

¹⁶⁰ Sottolinea come nelle società di persone vi sia «una naturale immedesimazione tra la persona del socio e l'attività di gestione» COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994, p. 154. Il potere di amministrare si presenta, nelle società personali, come «un attributo inerente alla qualità di socio» per GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1995-1996, p. 58, il quale però precisa che «il principio vale solo per i soci illimitatamente responsabili» (v. al riguardo il fondamentale saggio ID., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963).

induce la responsabilità solidale e illimitata dell'accomandante per tutte le obbligazioni sociali, e ciò indipendentemente dall'intensità e dalla continuità di compimento di tali indebiti atti, dovendo anzi ravvisarsene «la sufficienza anche di uno solo e sporadico»¹⁶¹. Nulla osta poi – come meglio si vedrà *infra* – a che l'atto d'ingerenza sia riguardato come momento di emersione di una probabile «gestione occulta» dell'accomandante, attuata con istruzioni informali impartite agli accomandatari o mediante accordi interni con costoro¹⁶². Accolta una tale prospettiva, la singola manifestazione d'ingerenza, in quanto tale, non può più essere vista nei termini di un episodio del tutto occasionale e ininfluenza per le sorti della società, bensì come iniziativa potenzialmente idonea ad alterare gli interni rapporti di potere oppure come atto di per sé presuntivo di una pregressa gestione occulta e quindi di un'alterazione in corso. Dall'esposta ricostruzione del significato essenziale del divieto d'immistione consegue la possibilità di ricondurre, in qualche modo, anche la singola manifestazione d'ingerenza a quel nucleo essenziale del divieto medesimo, che mira in buona sostanza a colpire il coinvolgimento influente dell'accomandante, non tanto l'atto di gestione episodico ed occasionale. Ne deriva non solo il superamento della contraddizione fra *ratio* e dettato normativo, ma altresì un utile strumento interpretativo atto a discriminare quelle ipotesi d'ingerenza così poco significative da non dover essere ricomprese nell'ambito del divieto.

L'ingerenza dell'accomandante è da ritenersi tale solo in ordine a veri e propri atti di gestione, e non con riguardo a singoli e sporadici *atti meramente esecutivi* riferibili in via esclusiva agli accomandatari in sede decisionale. A temperamento dei rigori interpretativi di alcuni provvedimenti giudiziari¹⁶³,

¹⁶¹ T. Genova, 5-5-1995, in *Corriere trib.*, 1995, p. 193; Cass., 6-6-2000, n. 7554, cit.; A. Napoli, 13-7-1953, in *Foro it.*, 1954, I, c. 229; T. Modena, 15-10-1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 685. Non rileva nemmeno la consapevolezza della violazione del divieto, la quale, invece, sembrerebbe *in re ipsa* nella diversa ipotesi della gestione occulta dell'accomandante.

¹⁶² GRIPPO, *La gestione «occulta» dell'accomandante*, cit., p. 842 ss.

¹⁶³ Ritiene che «si assegnano alla formula sintetica cristallizzata nei secoli – divieto di immistione – significati generici ed imprecisi che contribuiscono a consolidare il convincimento secondo cui ogni forma di partecipazione all'amministrazione dovrebbe essere preclusa all'accomandante» MONTALENTI, *Accomandita irregolare, prestazione di garanzie, divieto di immistione: problemi ancora aperti*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1333, il quale – nell'annotare criticamente il provvedimento reso in tema di divieto d'immistione dell'accomandante di società in accomandita irregolare da Cass., 26-2-1988, n. 2041 (il caso fu deciso nei due gradi del merito da T. Biella, 19-4-1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 221 e da A. Torino, 14-9-1985, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2901; e in *Foro padano*, 1987, I, c. 497, con nota di MONTALENTI) – rileva «per contro che quella che è l'espressione sincopata di una disciplina complessa debba essere analiticamente sezionata e sistematicamente interpretata e ricostruita alla luce del diritto vigente al fine di individuare gli esatti confini entro i quali all'accomandante debba invece essere riconosciuto un potere di condizionamento attivo e di intervento, sia pure subordinato, rispetto alla gestione sociale». Nelle parole di questo Autore va segnalata l'esatta prospettiva di metodo interpretativo in ordine all'istituto in esame, grazie al quale si è potuto registrare che «un sensibile processo di revisione albeggia sul divieto d'immistione che costi-

potrà dunque asserirsi che l'atto compiuto dall'accomandante è da ritenersi atto gestorio, come tale comportante immistione nell'amministrazione, solo in quanto si traduca nell'esercizio di un potere e, quindi, espressione di scelte operative¹⁶⁴. La giurisprudenza ha comunque precisato che, giusta la lettera dell'art. 2320 («trattare o concludere affari in nome della società»), la violazione del divieto si verifica anche nel caso di semplice instaurazione di trattative, indipendentemente dall'esito delle stesse¹⁶⁵.

Accanto allo schema tradizionale di violazione del divieto, rappresentato dalla sistematica partecipazione dell'accomandante soltanto ad atti di gestione interna, se ne è affacciato un altro, ravvisabile in un'attività dell'accomandante che si concretizzi in direttive e istruzioni impartite all'accomandatario in via riservata, per così dire, senza «spendita del nome», evitando quindi una qualsiasi forma di esteriorizzazione dell'intervento dello stesso accomandante in atti, interni o esterni, di amministrazione. In sintesi: in una *gestione «occulta»* o indiretta dell'accomandante¹⁶⁶. Non par dubbio che il divieto d'immistione, nell'ampia formulazione che ne dà l'art. 2320, debba estendersi anche a quest'ultima modalità d'intervento dell'accomandante nell'amministrazione della società. La generica espressione letterale, secondo cui «i soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione», non contraddice una portata del divieto comprensiva tanto degli atti di gestione diretta quanto degli atti di gestione indiretta, e quindi compiuti per interposizione degli accomandatari. Ma l'estensibilità del divieto a questi ultimi atti s'impo-

tuisce, con il suo tradizionale e conclamato rigore, l'ostacolo più spinoso alla diffusione di modalità d'investimento nella forma partecipativa dell'accomandante» (così nella *Prefazione* di GRIPPO, di cui v. *infra*, nota 146).

¹⁶⁴ In ordine al compimento da parte dell'accomandante di atti meramente esecutivi v. T. Torino, 14-3-1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 38, con nota di MONTALENTI; T. Ferrara, 29-10-2001, in *Gius.*, 2002, p. 1087.

In giurisprudenza si è nondimeno stabilito che «la sistematica violazione del divieto di immistione, anche in forza di procura generale, non comporta di per sé l'assunzione della carica di accomandatario per effetto di una conforme volontà implicita di tutti gli altri soci»: così T. Milano, 6-3-2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1411.

¹⁶⁵ Cass., 27-4-1994, n. 4019, in *Foro it.*, 1995, I, c. 912. Per una rassegna giurisprudenziale di casi che costituiscono o meno violazione del divieto, v. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 358 e ss. Tra i primi, si ricordano: il rilascio di fideiussioni a nome della società (Cass., 27-4-1994, n. 4019, cit.); la formulazione di proposte d'acquisto di beni, la sottoscrizione di ordini per forniture di merci, l'emissione di cambiali a firma congiunta con l'accomandatario (T. Como, 11-2-1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 330). Tra le fattispecie che non integrano la violazione del divieto: la prestazione di garanzie personali a favore della società (Cass., 19-11-2004, n. 21891, cit.; T. Catanzaro, 20-7-1991, in *Vita notarile*, 1991, 895), anche se il rilascio sistematico di fideiussioni rappresenta un indizio di ingerenza nella gestione (A. Torino, 22-9-1995, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 512); il pagamento di debiti sociali utilizzando denaro dell'accomandante (Cass., 28-4-2004, n. 8093, in *Guida dir.*, 2004, n. 26, p. 65).

¹⁶⁶ Non v'è dubbio che un'attività di gestione occulta svolta dall'accomandante rientri nella categoria degli atti di amministrazione interna, tutti vietati all'accomandante medesimo secondo la dottrina pressoché unanime risalente al pensiero del Bigiavi (BIGIAVI, *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, cit., p. 145).

ne anzitutto per ragioni di ordine sistematico. Il tradizionale principio, che sottende l'ordinamento delle società di persone, del necessario collegamento fra esercizio del potere e assunzione del rischio (*keine Herrschaft ohne Haftung*), in funzione dell'interesse generale ad una amministrazione responsabile dell'impresa sociale, verrebbe illogicamente frustrato dalla possibilità di una sovraordinazione occulta del socio accomandante a tutto danno della posizione degli accomandatari, solo in apparenza amministratori, ma in realtà meri esecutori di direttive informali impartite dallo stesso accomandante. Il fenomeno che si presenta è quello, ricorrente anche in altri contesti normativi, di un'anomala separazione fra gestione dell'impresa e responsabilità per debiti, e ciò pur nell'ambito di un sistema fondato sul principio sopramenzionato. Così accade per l'imprenditore occulto che, senza spendere il proprio nome e al riparo dalla responsabilità personale e illimitata (art. 2740 c.c.), si serve di un prestanome per l'esercizio dell'attività d'impresa. Non diversamente, il socio «tiranno» di società per azioni, utilizzando lo schermo societario, in realtà pone in essere un esercizio individuale dell'impresa, confondendo i patrimoni e servendosi della società come di «cosa propria»: egli gode quindi della responsabilità limitata nell'inosservanza di quelle condizioni che ne giustificano l'attribuzione¹⁶⁷. Infine, nei gruppi di società, il principio della separazione dei patrimoni, che governa la distinta personalità giuridica delle società che lo compongono, ha in passato precluso l'azione dei creditori delle singole società subordinate nei confronti della società capogruppo, i cui amministratori hanno in ultima analisi elaborato quelle politiche di gestione valide per tutte le unità del gruppo: da una tale anomalia rispetto al principio cardine del sistema delle imprese concretantesi nel collegamento potere-rischio è nata l'esigenza, anche nella prospettiva comunitaria, di avviare a soluzione il problema della responsabilità patrimoniale della società capogruppo¹⁶⁸, soluzione che trova ora anche nel nostro ordinamento una prima realizzazione con la riforma societaria (artt. 2497 e ss.). Sennonché, mentre in tutte queste ipotesi il superamento delle anomalie si presenta pro-

¹⁶⁷ Si tratta della nota teoria bigiaviana dell'imprenditore occulto e del socio tiranno: cfr. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; ID., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962. Per una recente sintetica ricostruzione delle fattispecie dell'imprenditore occulto, del socio sovrano e dell'impresa «fiancheggiatrice», v. PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 77 e ss.

¹⁶⁸ In tema di gruppi di società e di responsabilità della capogruppo per danni patiti dalle società controllate, v. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, pp. 127 e ss.; in particolare cfr. TOMBARI, *Sulla società in accomandita semplice di gruppo*, in *Riv. dir. privato*, 1996, pp. 253 e ss. Merita attenzione a questo riguardo l'ordinanza di T. Alba, 25-1-1995, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 1635, dove si afferma che «è configurabile la responsabilità solidale di una società capogruppo con quella dei suoi amministratori, che abbiano abusato della direzione unitaria, anche al di fuori dell'insolvenza» (v., per altri ampi riferimenti sul punto, la nota di commento al citato provvedimento di LO CASCIO, *Gruppo di imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo*, *ivi*, p. 1641).

blematico e controverso oppure quanto meno affidato – come per i gruppi di società – a soluzioni normative di recente definizione, la gestione occulta dell'accomandante incorre sicuramente nel positivo e risalente riconoscimento del divieto d'immistione. Il problema che una tale fattispecie presenta non è dunque un problema di configurabilità del divieto, bensì un ovvio problema, per chi – creditore sociale o curatore fallimentare – fosse interessato a prospettarla in via giudiziaria, di ricostruzione degli elementi probatori. Inoltre, una volta provata la gestione occulta dell'accomandante, resterebbe da dimostrare, ma soltanto ai fini dell'imputabilità dell'atto alla società, la ratifica, almeno implicita, della società¹⁶⁹.

Come si è già accennato, gli *effetti* dell'atto, in virtù del disposto dell'art. 1398 c.c., non si producono per la società, mentre l'accomandante contrae responsabilità per danni nei confronti del terzo che abbia confidato senza sua colpa nella validità dell'atto posto in essere da soggetto senza poteri¹⁷⁰. Avendo presente «la particolare struttura» della società in accomandita semplice, caratterizzata dalla presenza di due categorie di soci con un diverso regime di responsabilità, la Cassazione ha affermato il noto principio, ribadito da successive pronunce della stessa Corte Suprema, secondo cui «il divieto d'ingerenza risulta giustificato dalla esigenza di tutelare l'interesse che la società ha ad essere amministrata da coloro che, essendo esposti a un rischio illimitato, garantiscono un'oculata e responsabile gestione dell'impresa»¹⁷¹.

¹⁶⁹ Quest'ultima sotto forma di tolleranza degli accomandatari-amministratori per l'operato dell'accomandante: GRIPPO, *La gestione occulta dell'accomandante*, cit., p. 856, ove si cita Cass., 11-11-1970, n. 2344. Si noti tuttavia come la più recente Cass., 19-11-2004, n. 21891, cit., sembri aver affermato la necessità di un rigoroso accertamento probatorio della ratifica da parte della società, definendola come un atto unilaterale recettizio che «deve giungere a conoscenza del destinatario come atto proveniente dal ratificante» (nella fattispecie è stata confutata la tesi del giudice di merito che aveva desunto la sussistenza della ratifica dalla restituzione alla società, da parte dell'accomandante, della quasi totalità dell'importo ricevuto dal terzo contraente a titolo di caparra, ravvisando quindi gli estremi di una ratifica implicita nell'atteggiamento della società che aveva accettato di «buon grado» il denaro).

¹⁷⁰ Cass., 22-6-1978, n. 3092, cit.: nella fattispecie il socio accomandante di una società in accomandita semplice aveva concluso, in nome e per conto della società, pur senza conferimento di procura speciale, un contratto preliminare di vendita immobiliare. Rifiutandosi l'accomandatario di procedere alla conclusione, per la società, del contratto definitivo, il terzo contraente chiedeva giudizialmente la pronuncia di una sentenza che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., producesse gli effetti della compravendita non conclusa e «dichiarasse, inoltre, che la società convenuta era obbligata al pagamento di un'equa indennità in sostituzione del mancato godimento dell'immobile ovvero al risarcimento del danno». Sull'inopponibilità dell'atto alla società, la giurisprudenza è pressoché unanime: Cass., 27-4-1994, n. 4019, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 204, con nota di GALLIA; Cass., 28-5-1981, n. 3534, *ivi*, 1982, II, p. 19; Cass., 5-3-1982, n. 1381, *ivi*, 1983, II, p. 29; Cass., 19-11-2004, n. 21891, cit.

¹⁷¹ Nella specie – sostiene la Cassazione (Cass., 22-6-1978, n. 3092, cit.) – «pur trattandosi di un solo affare, avendo l'accomandante stipulato un contratto preliminare di vendita in nome e per conto della società, alla violazione del divieto consegue a carico dello stesso socio accomandante, per essersi ingerito nell'amministrazione, la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata per tutte le obbligazioni sociali».

Per contro – sostiene sempre la Cassazione – non ne consegue «la responsabilità della società per l'operato dell'accomandante che ha agito senza procura», giacché va disattesa l'opinione secondo la quale «nei rapporti esterni le obbligazioni assunte, per conto della società, dal socio accomandante, *falsus procurator*, verrebbero ad essere comprese fra le “obbligazioni sociali” e delle stesse, pertanto, la società sarebbe tenuta a rispondere». La *ratio* della disposizione – così continua il Supremo Collegio – «non è quella di tutelare l'affidamento dei terzi, ma di assicurare il rispetto della distinzione fra la posizione degli accomandatari e quella degli accomandanti in relazione al diverso ruolo cui le due categorie sono chiamate nell'esercizio dell'attività sociale». In questo ordine d'idee, diretto a conciliare la perdita del beneficio della responsabilità limitata a carico dell'accomandante con l'applicazione del principio di diritto comune in tema di rappresentanza sancito dall'art. 1398 c.c., si condensa l'assunto conclusivo della Cassazione, secondo cui «mentre una ingerenza nell'amministrazione da parte del socio accomandante, attuata anche mediante la conclusione di un contratto in nome della società senza procura, conduce a una responsabilità illimitata dell'accomandante per tutte le obbligazioni della società, non vi è ragione per derogare al principio generale secondo cui colui che agisce in nome e per conto di un soggetto senza averne i poteri pone in essere un atto inefficace nei confronti del rappresentato, tranne il caso in cui costui ratifichi il suo operato»¹⁷². In dottrina non si è condivisa la tesi di chi ritiene sempre efficace l'atto compiuto dall'accomandante, e ciò per la «considerazione che l'atto, in quanto compiuto da un soggetto privo di poteri rappresentativi, o in violazione dei limiti imposti a tali poteri, non può produrre effetti nei confronti dello pseudo-rappresentato»¹⁷³. Questa opinione, in sintonia con i principi di diritto comune in tema di rappresentanza, non pare possa essere contraddetta – in quanto riferita alla società in accomandita semplice – dall'assunto che nella sostanza finisce per negare la stessa figura di accomandante *falsus procurator*: l'acco-

¹⁷² Cass., 22-6-1978, n. 3092, cit.

¹⁷³ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 329; conf., GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 120; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., pp. 209 e ss. Non appare tuttavia agevolmente condivisibile l'ulteriore affermazione di MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 331, secondo il quale il ripetuto compimento di atti gestori da parte dell'accomandante in forza di molteplici procure speciali determinerebbe nei terzi un incolpevole affidamento, tale da configurare un'ipotesi di «procura apparente». A tacer del possibile difetto di forma di siffatta procura, in relazione all'atto poi compiuto, è stato infatti obiettato come «o le procure sono particolarmente numerose e ravvicinate, ed in questo caso verrà in linea di conto la violazione del divieto di immistione, con lo sconvolgimento dell'assetto organizzativo della s.a.s. e della ripartizione dei compiti tra accomandatari ed accomandanti (e, al limite, più che di “accomandante *falsus procurator*”, bisognerà parlare di “accomandante apparente” e di esercizio di fatto delle funzioni di accomandatario-amministratore, con conseguente responsabilità); ovvero dette procure non sono così reiterate e frequenti, ma allora non si vede che incolpevole affidamento possano avere – i terzi – maturato su di esse» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 327).

mandita – si è osservato – «presenta una distribuzione di competenze e di poteri non vincolata da norme inderogabili che fissino competenze funzionali predeterminate; il che significa che l'atto di gestione dell'accomandante è efficace»¹⁷⁴. Quest'ultima tesi non tiene nel dovuto conto la grave alterazione tipologica che si determinerebbe ammettendo la possibilità per i soci accomandanti di vincolare la società nei rapporti coi terzi. La dottrina si è dedicata alla ricerca delle ragioni che giustificano l'applicazione della sanzione in caso d'ingerenza dell'accomandante nonostante l'inimputabilità alla società del singolo atto d'immistione. La chiave per la piena comprensione dell'intento del Legislatore è stata efficacemente individuata nella circostanza che il divieto colpisce non solo la conclusione di affari per la società, ma anche le semplici trattative condotte in nome della stessa, e ciò in quanto «il Legislatore ha inteso sanzionare anche i prodromi dell'ingerenza»¹⁷⁵. Di conseguenza anche la mera conduzione di trattative per un singolo affare deve essere autorizzata, giacché il fine ultimo del divieto consiste nella salvaguardia di «un assetto di poteri, ispirato al principio della sovraordinazione dell'accomandatario e della subordinazione dell'accomandante nell'esercizio dei propri poteri partecipativi, attraverso sanzioni rigorose, volte ad impedire in radice il sorgere di fenomeni degenerativi, a prevenire quindi anche le alterazioni solo potenzialmente dannose»¹⁷⁶. L'intuizione, così argomentata, vale a sciogliere l'enigma racchiuso in un dato normativo che, volto alla tutela di un'oculata direzione degli affari sociali, commina la sanzione della perdita del beneficio della responsabilità limitata anche per quel singolo atto dell'accomandante che, in quanto non autorizzato, è di per sé del tutto inidoneo a procurare un danno per la società. Alla soluzione del problema si perviene

¹⁷⁴ È la suggestiva tesi di COSTI, *Della società in accomandita per azioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, V, Bologna-Roma, 1973, p. 88. In giurisprudenza, hanno sostenuto l'efficacia dell'atto nei confronti della società: T. Bari, 25-11-1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 749; T. Milano, 6-9-1971, in *Foro padano*, 1972, c. 563. Isolato il T. Cassino, 1-9-1998, in *Soc.*, 1999, p. 183, ove si è affermata la nullità della delibera assunta in violazione del divieto.

¹⁷⁵ In questi termini MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 332. In giurisprudenza, nel senso che «l'art. 2320 c.c., facendo divieto al socio accomandante non soltanto del compimento di atti di amministrazione o di conclusione di affari in nome della società, ma anche di semplici trattative, s'impronta alla *ratio* di precludere al detto socio qualsiasi ingerenza nell'attività sociale, con la conseguenza che la violazione di tale divieto non è riducibile all'ipotesi dell'attività del *falsus procurator*», v. Cass., 27-4-1994, n. 4019, cit.: la violazione del divieto rileverebbe dunque – a detta del Supremo Collegio – come «comportamento potenzialmente idoneo a determinare un mutamento del tipo sociale e, quindi, dannoso rispetto alla gestione sociale ed alla posizione di preminenza del socio accomandatario».

¹⁷⁶ MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 333. La tesi di questo Autore è seguita da Cass., 27-4-1994, n. 4019, cit., per la quale l'ingerenza dell'accomandante, «pur non producendo gli effetti dell'atto di amministrazione, e pur non impegnando la società, è tuttavia sintomatico di un processo patologico che incide sui caratteri tipici della società in accomandita semplice, nella quale il potere di amministrazione è riservato in via esclusiva al socio accomandatario».

dunque disancorando, da un lato, la portata del divieto dalla produzione di effetti per la società; individuando, dall'altro, nell'iniziativa gestoria, pur singola e sporadica, dell'accomandante i tratti tipici di «sintomo di un processo patologico in atto che vede incrinarsi l'assetto delle rispettive posizioni»¹⁷⁷. Si può aggiungere allora che, se è vero che l'atto d'ingerenza singolo e sporadico può preludere ad un più penetrante coinvolgimento dell'accomandante nell'attività di gestione, è altrettanto vero che in quello stesso atto potrebbe ravvisarsi il momento di emersione di un'attività occulta o indiretta di gestione, normalmente coincidente con situazioni di rottura dell'equilibrio nei rapporti fra i soci.

La giurisprudenza ha esaminato, inoltre, il caso particolare di società con *accomandante unico*, ritenendo che l'ingerenza nell'amministrazione da parte di quest'ultimo produca una mutazione del tipo societario: nella specie il socio accomandante aveva amministrato in prima persona la società, senza che il socio accomandatario amministratore glielo avesse impedito, ragione per cui doveva ritenersi snaturato il tipo sociale prescelto con conseguente trasformazione della società in accomandita semplice – ove necessariamente devono coesistere due categorie differenti di soci – in società in nome collettivo. L'assunto troverebbe giustificazione nell'amministrazione congiunta della società, sicché non si porrebbe solo un problema di ingerenza, ma soprattutto «un problema di qualificazione del rapporto contrattuale»¹⁷⁸. Fattispecie analoga è quella del socio accomandante definito in dottrina in termini di «accomandante *fac-totum*»¹⁷⁹: trattasi del caso in cui l'ingerenza avviene attraverso un potere attribuito all'accomandante dal regolamento interno nel quale si richiede il suo esplicito benestare prima del compimento dei principali atti di gestione. Si è posto in luce in dottrina come, fin dalla sua genesi,

¹⁷⁷ MONTALENTI, *op. loc. ult. cit.* Sicuramente significativo, agli effetti dell'individuazione di un'ipotesi di ingerenza dell'accomandante, è il caso, esemplare sotto questo profilo, trattato in Cass., 27-4-1994, n. 4019, cit.: nella specie l'accomandante, utilizzando carta intestata della società, aveva sottoscritto un contratto di fideiussione *omnibus* nei confronti di una società di leasing, impegnando la sua stessa società e rendendola garante del pagamento degli importi dovuti dai conduttori in riferimento ai contratti già presentati ed a quelli eventualmente da presentare in futuro. Alla Corte Suprema è risultata «evidente la violazione dell'art. 2320 c.c. dato che in tal modo l'accomandante pose in essere un'attività afferente alla gestione della società e, quindi, alla direzione degli affari sociali», attività del resto – si può aggiungere – per sua natura sintomatica di un possibile permanente coinvolgimento dell'accomandante nella guida dell'impresa sociale (l'assunto della Cassazione è condiviso nella nota di commento alla citata sentenza da GALLIA, *Escussione dell'accomandante*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 214, la quale opportunamente osserva che «altro sarebbe stato se l'accomandante avesse assunto in proprio l'impegno fideiussorio»).

¹⁷⁸ T. Napoli, 21-12-1994, in *Soc.*, 1995, p. 1066. Sulla necessaria distinzione tipologica delle due categorie di soci, nonché sulla difficoltà di ammettere una trasformazione tacita della s.a.s., v. par. 2, in particolare la nota 17.

¹⁷⁹ L'espressione è ripresa dal titolo (definito «icastico» da MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 148, nota 99) della nota di BRONZINI, *Socio accomandante «Fac-totum»*, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 699 (a commento della sentenza di A. Firenze, 24-3-1983).

siffatta fattispecie inquina il modello «società in accomandita semplice»¹⁸⁰. L'assunto è tutt'altro che contraddetto, anzi precisato e avvalorato, dall'idea secondo cui l'accomandante può compiere, senza violare il divieto d'immistione, atti amministrativi interni in forza di un «negozio autorizzativo speciale», atteso che, in presenza di un tale negozio, parrebbe scongiurato il rischio di una sovraordinazione dell'accomandante nel compimento di atti di natura gestoria¹⁸¹.

8. Segue: *Le sanzioni per la violazione del divieto.*

Come accennato nel paragrafo precedente, molteplici sono le conseguenze, necessarie od eventuali, dell'immistione dell'accomandante nella gestione sociale.

La prima discende direttamente dall'applicazione della disciplina civilistica del *falsus procurator* dell'art. 1398, in forza del quale l'accomandante che abbia contrattato in nome della società senza procura o eccedendo i relativi limiti, «è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto». Trattasi, all'evidenza, di una responsabilità non contrattuale, discutendosi però in giurisprudenza se essa sia qualificabile come responsabilità precontrattuale *ex* artt. 1337 e 1338¹⁸² o piuttosto come responsabilità *extra* contrattuale da fatto illecito *ex* art. 2043¹⁸³. Ciò che rileva, comunque, è che l'eventuale ratifica della società varrebbe ad elidere la suddetta responsabilità, nonché quella in cui incorrerebbe l'accomandante *falsus procurator* per i danni cagionati alla medesima. Molto più controversa – come si vedrà *infra* – appare l'idoneità della ratifica ad esonerare l'accomandante dalla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Proprio sulla portata della sanzione concernente la perdita della responsabilità limitata, ha discusso maggiormente la dottrina. Punti fermi sono che: *a*) la violazione del divieto di immistione comporta assunzione di responsabilità dell'accomandante verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali, passate, presenti e future, da qualsiasi titolo esse derivino¹⁸⁴; *b*) l'accomandante indebitamente ingeritosi nella gestione non assume la qualifica di accomandatario, onde evitare di «stravolgere» il tipo sociale prescelto¹⁸⁵.

¹⁸⁰ BRONZINI, *op. cit.*, p. 702, il quale concorda con i giudici sull'inammissibilità di un «regolamento» interno «che, di fatto, attribuisca la direzione, e quindi l'amministrazione ad un socio accomandante»; decisamente orientato nel senso che il divieto sia posto a tutela dei connotati strutturali del tipo è DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, pp. 217 e ss.

¹⁸¹ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 171.

¹⁸² Cass., 29-8-1995, n. 9061, in *Massimario Annotato della Cassazione*, 1995, p. 1550.

¹⁸³ Cass., 29-9-2000, n. 12969, in *Danno e resp.*, 2001, p. 421.

¹⁸⁴ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 117; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 333.

¹⁸⁵ DI GREGORIO, SIRI, VENEGONI, *op. cit.*, p. 23; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 118; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 135.

Quest'ultima circostanza è stata altresì utilizzata come argomentazione da quella parte della dottrina che, traendo anche spunto dalla lettera dell'art. 2320 (che parla di responsabilità illimitata e solidale «verso i terzi»), ha circoscritto la conseguenza della *responsabilità illimitata* dell'accomandante per la violazione del divieto d'immistione ai soli rapporti esterni, con i terzi, riconoscendo invece allo stesso accomandante il diritto di regresso nei confronti sia della società che degli accomandatari, per le somme pagate ai creditori sociali¹⁸⁶. Tuttavia, il fatto che lo *status* di accomandante non muti in quello di accomandatario appare inconferente rispetto alla tematica della responsabilità patrimoniale: infatti l'illimitatezza di quest'ultima è una sanzione espressamente contemplata dal Legislatore che nulla ha a che vedere con l'assimilazione o meno della posizione dell'accomandante a quella dell'accomandatario. La preferibile dottrina, valutando esattamente la *ratio* della sanzione, che soddisfa esigenze d'identità strutturale della compagine sociale, nega la possibilità di distinguere, riguardo al grado di intensità, tra responsabilità esterna e responsabilità interna, non riconoscendo pertanto all'accomandante alcun diritto di regresso, diverso da quello che deriva *naturaliter* dall'applicazione delle comuni regole civilistiche in materia di rapporti interni tra condebitori solidali (art. 1298), siano essi accomandanti o accomandatari¹⁸⁷. In seno alla corrente di pensiero da ultimo citata si sono poi sviluppati due diversi orientamenti, l'uno incline ad asserire l'inderogabilità assoluta della responsabilità illimitata, anche di quella interna, dell'accomandante indebitamente ingeritosi¹⁸⁸, l'altro propenso ad ammettere la liceità di un eventuale patto (introdotto all'unanimità, se non diversamente disposto dall'atto costitutivo) limitativo della responsabilità interna dell'ac-

¹⁸⁶ FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 341; BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 970, il quale paventa, negando all'accomandante il regresso verso la società, l'ingiustificato arricchimento di quest'ultima per l'omesso pagamento di un debito sociale. Si è opportunamente obiettato che riconoscere, di *default*, il diritto di rivalsa all'accomandante significherebbe «riversare in ogni caso sugli altri soci, indipendentemente dal loro consenso espresso o tacito, le conseguenze patrimoniali dell'immistione dell'accomandante» (MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 343). L'obiezione appare coerente con la tesi che riconosce all'accomandante, il cui nome sia stato inserito nella ragione sociale e che sia stato escusso dai creditori, il diritto di rivalersi nei confronti degli accomandatari soltanto qualora consti il consenso di questi ultimi al suddetto inserimento: v. meglio il par. 4 ed, in particolare, la nota 89.

¹⁸⁷ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 492; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 112; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 220. Nello stesso senso si schiera la giurisprudenza: Cass., 7-11-1998, n. 11227, in *Giur. it.*, 1999, p. 766; Cass., 18-2-1992, n. 1974, *ivi*, 1993, I, 1, c. 618; Cass., 19-12-1978, n. 6075, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2092.

¹⁸⁸ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 119: «se la responsabilità esterna dell'accomandante ingeritosi nell'amministrazione, senza dubbio inderogabile per volontà dei soci, opera indipendentemente dalla circostanza che i terzi abbiano fatto assegnazione su di essa, non è possibile distinguere – quanto alla derogabilità – tra responsabilità esterna e responsabilità interna: se l'inderogabilità della prima non è posta a tutela dell'affidamento dei creditori sociali, essa chiaramente presuppone l'inderogabilità della seconda».

comandante stesso¹⁸⁹. Nonostante quest'ultima tesi appaia maggiormente condivisibile su un piano generale, essa è stata di recente assoggetta a revisione critica da parte di chi, valorizzando i profili pubblicistici al cui presidio è posto l'art. 2320, ha evidenziato come il patto derogatorio dei soci si configurerebbe come un intervento di «chirurgia giuridica», idoneo a stravolgere il tipo s.a.s.¹⁹⁰. La critica ora esposta può essere accolta solo se si ammette, quale inderogabile principio fondante della s.a.s., il binomio potere di gestione-responsabilità illimitata, sicché il patto limitativo della responsabilità interna dell'accomandante che abbia violato il divieto d'immistione non è ammissibile, così come non lo è per l'accomandatario dotato dei poteri di amministrazione. È vero infatti, come ha sostenuto autorevole dottrina¹⁹¹, che l'accomandante indebitamente ingeritosi non può essere equiparato a (né si trasforma in) un accomandatario, ma è altrettanto vero che il succitato binomio prescinde dall'esatta definizione del potere amministrativo: se un qualsivoglia atto di gestione, anche occasionale, determina l'applicazione della sanzione della responsabilità illimitata, ciò significa che il binomio in questione è tutelato al massimo grado e, di conseguenza, l'accomandante che amministra non può comunque giovare di una responsabilità limitata, foss'anche solamente nel versante interno.

Come si diceva pocanzi, si discute in dottrina sull'idoneità della ratifica, ad opera della società, di un atto di gestione compiuto dall'accomandante, a liberare quest'ultimo dalla responsabilità illimitata derivante dalla violazione del divieto di ingerenza. Un autorevole autore¹⁹² ha sostenuto che la ratifica di un atto di modesta rilevanza, insuscettibile di alterare la struttura tipologica della s.a.s., sarebbe equiparabile alla procura speciale e, pertanto, eviterebbe all'accomandante l'assunzione di responsabilità personale illimitata. Si è obiettato che, oltre alla difficoltà di qualificare il suddetto atto come vero e proprio atto di gestione (sarebbe forse un atto di mera esecuzione), la ratifica servirebbe soltanto ad inibire la possibilità di esclusione dell'accomandante, non certo l'applicazione della sanzione necessaria della responsabilità illimitata, giacché quest'ultima non sarebbe derogabile per volontà sociale¹⁹³. A ben vedere, tuttavia, nel caso di specie non ci troveremmo di fronte ad un patto derogatorio, bensì al compimento di un atto – la ratifica – esattamente speculare alla procura speciale che, a posteriori, ne produce gli stessi effetti:

¹⁸⁹ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 492; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 343, il quale giunge alla conclusione del testo sulla base del principio di non discriminazione con i soci accomandatari che, se privi del potere di gestione, possono limitare la loro responsabilità nei rapporti interni (v. anche il par. 6).

¹⁹⁰ CONFORTI, *op. cit.*, p. 353, il quale paventa inoltre il rischio di una riqualificazione della società come s.n.c. ove il socio «manlevato» sia l'unico accomandante. Si veda, al riguardo, anche il par. 7, in fine.

¹⁹¹ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 343.

¹⁹² MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 339 e ss.

¹⁹³ CONFORTI, *op. cit.*, p. 338.

essa deve ritenersi ammessa entro gli stessi limiti che valgono per la procura ed ugualmente essa fa sì che l'atto posto in essere dall'accomandante non faccia scattare la sanzione della responsabilità illimitata, perché quell'atto si considera autorizzato dalla società, sebbene successivamente al suo compimento. Si tratta dell'applicazione di un principio generale, di sostanziale equivalenza degli atti giuridici – procura e ratifica – per la realizzazione di uno scopo (fare propri gli effetti di un atto), che non è derogato dalla norma speciale dell'art. 2320: «i soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione (...) se non in forza di procura speciale per singoli affari» e – si potrebbe aggiungere – «fatta salva l'eventuale ratifica della società». Forse, qui il Legislatore *minus dixit quam voluit*, ma l'interpretazione sistematica ci consente di colmare l'apparente lacuna¹⁹⁴.

Altra conseguenza, soltanto eventuale, della violazione dell'art. 2320 consiste nell'*esclusione* dell'accomandante a norma dell'art. 2286. Proprio il richiamo a quest'ultimo articolo ha costituito la fonte delle dispute più accese, in argomento, tra i commentatori. In effetti, si concorda soltanto nel ritenere che l'eventuale esclusione vada ricondotta ad un inadempimento del contratto sociale, *ex art.* 2286. Tuttavia, un rinvio integrale, fedele alla lettera della legge, condurrebbe a limitare la possibilità dell'esclusione ai casi più rilevanti di ingerenza nella gestione sociale, integranti le «gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale» (art. 2286)¹⁹⁵. A tacer della difficoltà di individuare concretamente i criteri alla cui stregua valutare la «gravità» di un atto di gestione, non si può negare che una simile conclusione sarebbe palesemente in contraddizione (oltre che con la *ratio*) con il tenore letterale dell'art. 2320, che non distingue circa la quantità o la «qualità» degli atti compiuti dall'accomandante¹⁹⁶. Devesi quindi ritenere che il richiamo all'art. 2286 sia fatto in quanto compatibile, secondo il criterio generale sancito nell'art. 2315. Nessun problema, invece, quanto al procedimento di esclusione, regolato dall'art. 2287, che richiede la maggioranza, per teste, dei soci, senza contare l'accomandante da escludere e negandosi altresì l'iniziativa e il diritto di voto ai soci che abbiano acconsentito al compimento dell'atto «incriminato»¹⁹⁷. Pacifico anche che il consenso, preventi-

¹⁹⁴ Se è vero, come già accennato, che l'art. 2320 non introduce deroghe alla disciplina generale del *falsus procurator*, si deve altresì ammettere che anche lo strumento della ratifica sia utilizzabile secondo le finalità civilistiche comuni.

¹⁹⁵ FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 342; T. Milano, 11-5-1989, in *Soc.*, 1989, p. 1057.

¹⁹⁶ «Così come qualsiasi atto d'immistione espone l'accomandante alla sanzione della responsabilità illimitata, allo stesso modo lo rende passibile di esclusione dalla società, indipendentemente dal tasso di invasività dell'ingerenza o di gravità delle conseguenze che essa abbia prodotto, per l'evidente identità di presupposto delle predette due sanzioni» (CONFORTI, *op. cit.*, p. 413, conformandosi alla teoria di MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 356, e di DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 127).

¹⁹⁷ COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 110; A. Bologna, 3-11-1981, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 149.

vo, ma anche – come già visto a proposito della ratifica – posteriore, di tutti gli altri soci all'ingerenza dell'accomandante valga ad impedire l'esclusione di quest'ultimo dalla società¹⁹⁸.

9. Segue: *La procura speciale per singoli affari.*

L'art. 2320 consente alla s.a.s. di conferire all'accomandante procure speciali per singoli affari. L'importanza dell'unica deroga al divieto d'immistione ne impone un'interpretazione restrittiva ed al tempo stesso non vanamente formalistica.

In primo luogo, qui come in ogni altro caso, scarsa rilevanza deve attribuirsi al *nomen iuris* attribuito all'atto unilaterale di conferimento del potere di rappresentanza: non vi saranno problemi, quindi, a riqualificare come «generale» una procura erroneamente (dolosamente o colposamente) definita «speciale» dalle parti, ogniqualvolta si consenta all'accomandante il compimento di una pluralità di affari o di gestire l'impresa sociale senza effettivo controllo degli accomandatari¹⁹⁹.

In secondo luogo, il vero *discrimen* circa la liceità della procura sembra doversi individuare nella delimitazione del concetto di «affare», che il Legislatore tende a riproporre con una certa frequenza anche nei nuovi istituti del diritto societario (ad es., in materia di patrimoni destinati *ex artt.* 2447-*bis* e ss.). Per affare, in senso commerciale, può intendersi non necessariamente un singolo atto giuridico, bensì anche un'operazione comprensiva di una pluralità di atti, purché finalizzati ad un risultato economico unitario. Deve trattarsi quindi di una singola iniziativa economica, ancorché per la sua realizzazione sia necessario il compimento di atti predeterminati dagli accomandatari amministratori²⁰⁰. Di più, la procura conferisce all'accomandante

¹⁹⁸ Discutendosi soltanto se, a tal fine, sia necessaria l'unanimità dei consensi (G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 491; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 342) o sia sufficiente il consenso degli accomandatari (COTTINO, *op. loc. ult. cit.*) o, ancora, si debba guardare alla regola legale unanimitica delle modifiche del contratto sociale soltanto laddove quest'ultimo non abbia disposto diversamente (MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 357, il quale ammette anche la rinuncia convenzionale al potere di esclusione; *contra*, CONFORTI, *op. cit.*, p. 415).

¹⁹⁹ BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 964; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 120; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 215; Cass., 3-10-1997, n. 9659, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3608; T. Milano, 6-3-2003, in *Gius.*, 2003, 23, p. 2724; Cass., 6-12-1984, n. 6429, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2698.

²⁰⁰ GRIPPO, *Commento all'art. 2320*, in *Commentario delle società*, cit., p. 193; INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, il quale pone l'accento sull'utilizzo del termine «affare» in senso economico piuttosto che propriamente giuridico. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 133, sottolinea come non sia incompatibile col concetto di procura speciale, il fatto che una parte solo degli atti sia specificamente individuata nella sua natura giuridica. L'opinione si fonda sulla corretta applicazione dell'art. 1708, 1° comma, in forza del quale «il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento».

il potere di rappresentanza, cioè di dare esecuzione, vincolando la società verso i terzi, agli atti già decisi dagli accomandatari, ma non potrebbe demandare all'accomandante il pieno potere di determinare l'attività sociale, seppur limitatamente ad un certo settore²⁰¹. Naturalmente, per non privare di significato lo strumento della procura – si è già visto, infatti, che il compimento di sporadici atti meramente esecutivi da parte degli accomandanti non comporta violazione del divieto (v. par. 7) – si deve ammettere che la procura possa lasciare un limitato spazio decisionale al rappresentante, il quale dovrà muoversi nell'ambito dell'affare predeterminato dalla società rappresentata²⁰². La limitatezza del potere decisionale dell'accomandante, unitamente alla mancanza di un rapporto continuativo tra questi e la società rappresentata, impedisce di ravvisare la fattispecie del procuratore *ex art. 2209*²⁰³. Peraltro, la *ratio* della norma impone la repressione di fattispecie elusive, quali, ad esempio, il rilascio di una serie di procure che si succedessero nel tempo con una certa frequenza: ciò potrebbe, a seconda delle circostanze da valutarsi caso per caso, determinare un'indiretta violazione del divieto di immistione, fatto che accadrebbe, di certo, qualora il potere di rappresentare la società fosse conferito mediante il rilascio di procure in bianco²⁰⁴.

Una dottrina²⁰⁵, contrastata dalla prevalente giurisprudenza²⁰⁶, ha riconosciuto, nel caso di assenza o impedimento di tutti gli amministratori della s.a.s., il potere di compiere atti *urgenti e necessari* di ordinaria amministrazione, e ciò in forza dell'applicazione analogica dell'art. 2323, 2° comma, essendo venuti a mancare tutti gli accomandatari. Tuttavia, nella fattispecie *de qua* non sembra che il problema verta tanto (o solamente) sull'applicazione analogica dell'art. 2323 (come invece per il caso di revoca dell'unico accomandatario – amministratore, su cui v. par. 6), quanto piuttosto sulla concreta possibilità che un accomandante sia nominato amministratore provvisorio della società e, con ciò, sulla possibile elusione dell'art. 2320. Invero, deve ritenersi che il divieto d'immistione non operi al di fuori dei confini entro i quali esso è stato delineato dal Legislatore, ossia nell'ambito di quel duali-

²⁰¹ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 487. La giurisprudenza ritiene inderogabile il divieto per l'accomandante di porre in essere atti interni di amministrazione: Cass., 15-12-1982, n. 6906, cit.; Cass., 28-7-1986, n. 4824, in *Giust. civ. mass.*, 1986, p. 7.

²⁰² Emblematico, al riguardo, l'esempio proposto da MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 132: «dovrà dunque ritenersi speciale una procura conferita (...) all'accomandante per l'approvvigionamento dei macchinari da utilizzare nella impresa (singola operazione economicamente determinata), ancorché "l'affare" implichi la conclusione, ad esempio, di contratti di compravendita, di locazione e di *leasing* e anche se la scelta del tipo di contratto sia demandata all'accomandante».

²⁰³ BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 967.

²⁰⁴ GRIPPO, *Commento all'art. 2320*, in *Commentario delle società*, cit., p. 194.

²⁰⁵ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 336 e ss.

²⁰⁶ Si sono espressi per l'illiceità della figura dell'accomandante-amministratore provvisorio, tra gli altri: Cass., 2-12-1983, n. 7204, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 11; T. Napoli, (ord.) 15-4-1998, in *Soc.*, 1999, p. 84.

simo di competenze che fa capo alla rigida distinzione tra accomandanti e accomandatari. Ma laddove tale distinzione sia venuta meno per assenza o impedimento di tutti gli accomandatari, è innegabile che quel medesimo divieto non abbia più ragion d'essere, almeno fino alla re-investitura di un accomandatario-amministratore. Piuttosto, volendo salvaguardare il più volte citato principio di correlazione tra potere di gestione e rischio imprenditoriale illimitato, quale connotato tipologico ineliminabile della s.a.s., potrebbe sostenersi, come è avvenuto effettivamente in giurisprudenza²⁰⁷, che l'accomandante-amministratore provvisorio diventi illimitatamente responsabile. Quest'ultima considerazione tuttavia non ci convince. Se il Legislatore si è sentito in dovere di precisare che l'amministratore provvisorio – riferendosi forse al Legislatore, in tale caso, al terzo estraneo – non assume la qualifica di accomandatario (art. 2323, 2° comma) né, dunque, la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, non si vede per qual ragione ciò debba verificarsi per l'accomandante-amministratore provvisorio: tutto ciò, ovviamente, a patto che la gestione di quest'ultimo sia limitata, dal punto di vista temporale e contenutistico, a quegli atti di ordinaria amministrazione previsti dall'art. 2323, giacché, in caso contrario (ad esempio, nell'ipotesi di prosecuzione della gestione oltre i sei mesi), si profilerebbe senz'altro una violazione del divieto di immistione²⁰⁸.

10. Segue: *I diritti e i poteri dell'accomandante.*

Il Legislatore sembra aver voluto «compensare» l'accomandante privato dei poteri gestori mediante un'accentuazione dei suoi diritti, che tipologicamente restano quelli tradizionali spettanti ad ogni socio di società personale. A dir il vero, un simile rafforzamento può forse essere affermato soltanto con riguardo ai diritti patrimoniali ed, in particolare, al diritto agli utili. Con riguardo invece ai diritti di controllo sulla gestione degli accomandatari, è stato sostenuto che quel *minimum* inderogabile sancito dall'art. 2320, 3° comma (depone in tal senso l'*incipit* «In ogni caso»), andrebbe a sostituirsi al nucleo «forte» di diritti di informazione e di controllo che compete solamente agli accomandatari non amministratori²⁰⁹.

²⁰⁷ T. Napoli, (ord.) 15-4-1998, cit., p. 84: «laddove i soci accomandanti superstiti si sostituiscono attivamente, anche se per un breve periodo e per atti limitati, al socio accomandatario cessato, non potranno invocare la limitazione di responsabilità prevista in favore dell'amministratore provvisorio, ed assumeranno responsabilità illimitata e solidale per tutte le obbligazioni sociali secondo la regola generale sancita nell'art. 2320, primo comma, c.c.».

²⁰⁸ Conforme, GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 125, nt. 29, per il quale «la ragione politica del divieto di ingerenza dell'accomandante nell'amministrazione, e della conseguente decadenza dal beneficio della responsabilità limitata, prescinde dalla posizione reciproca dei soci»; *contra*, G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 504.

²⁰⁹ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 121, a mente del quale la norma che libera gli accomandanti dall'obbligo di restituire gli utili riscossi in buona fede secondo il bilancio regolarmente approvato (art. 2321), si giustificerebbe proprio come contrappeso

Il diritto irrinunciabile dell'accomandante alla *comunicazione annuale* del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite, completato dal potere di consultare i libri e gli altri documenti della società, appare dunque più limitato, dal punto di vista temporale e contenutistico, di quello spettante ad ogni socio di società di persone: da un lato, infatti, l'accomandante sembra non godere del diritto al rendiconto *infra* annuale degli affari compiuti dagli amministratori (previsto invece dall'art. 2261, 1° comma), dall'altro, la consultazione dei libri sociali è strettamente finalizzata alla verifica dell'esattezza del bilancio annuale e non anche all'informativa su singole operazioni. Una diversa ricostruzione, volta a riconoscere all'accomandante gli stessi diritti di controllo del socio non amministratore di società semplice, di cui all'art. 2261²¹⁰, non pare in grado di spiegare la scelta del Legislatore di definire nell'ultimo comma dell'art. 2320 i diritti di controllo insopprimibili dell'accomandante, bastando, altrimenti, il doppio rinvio che l'art. 2315 fa alle norme in tema di società in nome collettivo e di società semplici. Né si giustificerebbe, altrimenti, l'apertura che lo stesso art. 2320, 2° comma, concede all'autonomia statutaria, laddove consente che l'atto costitutivo preveda, tra l'altro, il potere dell'accomandante di «compiere atti di *ispezione* e di *sorveglianza*». Per non privare di significato la disposizione in questione, si deve necessariamente concludere che nel regime legale il socio accomandante non gode di quei poteri di ispezione e controllo (di cui all'art. 2261, 1° comma) sull'andamento dell'attività sociale, che solo l'atto costitutivo può restituirgli, sempre nel rispetto del divieto d'immistione, che impedisce comunque un'estensione dei poteri di vigilanza tanto ampia da arrecare intralcio al corretto svolgimento dell'attività sociale. Sotto quest'ultimo profilo, si è osservato che «il compimento continuativo di atti di ispezione e sorveglianza potrebbe portare ad un negativo rallentamento, quando non – all'estremo – alla paralisi dell'attività societaria»²¹¹; per evitare siffatto pericolo si ricorre nella prassi alla costituzione di un «comitato di sorveglianza» composto da accomandanti ed, eventualmente, da accomandatari non amministratori²¹², comitato che agirebbe come mandatario degli accomandanti che lo hanno nominato (secondo le regole del mandato collettivo). Ad ogni modo, l'uso corretto e ponderato dei diritti di ispezione e controllo del socio accomandante è imposto non tanto o non solo dal divieto d'immistione, quanto piuttosto dalla stessa teoria generale dell'abuso del diritto, che ne impedisce, qui come in ogni al-

per gli accomandanti privi degli incisivi poteri di controllo di cui all'art. 2261; conf., COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 218; PALUMBO, *op. cit.*, p. 426.

²¹⁰ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 202.

²¹¹ CONFORTI, *op. cit.*, p. 298.

²¹² Discutendosi poi se del comitato possano far parte anche terzi estranei alla società: per la risposta positiva, COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. società*, 1963, pp. 100 e ss.; *contra*, CONFORTI, *op. cit.*, p. 299. Si discute altresì se il comitato in questione rappresenti un organo sociale (MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 200) o meno (COSTI, *op. loc. ult. cit.*).

tro caso, un esercizio distorto, teso alla realizzazione di scopi contrari all'interesse sociale. Perciò, anche l'individuazione del contenuto di tali diritti non può prescindere dalla finalità al cui esercizio essi sono istituzionalmente rivolti: il controllo sulla legittimità, formale e sostanziale, dell'operato degli amministratori. Autorevole dottrina ha equiparato gli atti di ispezione e sorveglianza di cui al 2° comma dell'art. 2320 a quelli di ispezione e di controllo previsti nell'art. 2403-bis, 1° comma (già art. 2403, 3° comma, *ante* riforma), prospettandone un utilizzo teso alla verifica di merito degli atti gestori²¹³. L'intuizione appare davvero apprezzabile quanto alla demarcazione di una sfera di vigilanza di competenza dei soci privi del potere gestorio, finalizzata a riequilibrare un assetto sociale decisamente sbilanciato a favore degli accomandatari amministratori; difficilmente accoglibile, invece, la definizione del controllo sull'amministrazione sociale come un controllo di merito. In effetti, già con riguardo al controllo svolto dai sindaci di società di capitali appare preferibile l'opinione maggioritaria che lo qualifica come di «legittimità sostanziale», con ciò intendendosi una verifica sulla sostanza economica della gestione, sulla rispondenza delle scelte degli amministratori ai principi di diligenza e di corretta gestione, senza entrare nel merito dell'opportunità e convenienza delle stesse²¹⁴. Ciò a maggior ragione dovrebbe valere per il controllo svolto dagli accomandanti di una s.a.s., ove in nessun caso esso potrebbe interferire con le decisioni imprenditoriali degli accomandatari, stante la rigorosa distinzione di competenze tra le categorie di soci²¹⁵.

Proprio il rischio di interferenza dell'accomandante nella gestione sociale è alla base della tesi minoritaria che esclude il diritto d'intervento dello stes-

²¹³ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 197, il quale porta come esempi il diritto di consultazione dei documenti sociali, di accertamento delle consistenze di cassa, di ispezione in senso stretto e di valutazione della gestione in generale.

²¹⁴ CAVALLI, *Il collegio sindacale*, Torino, 1996, p. 828; DOMENICHINI, *Commento all'art. 2403*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 750; FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2003, p. 310; IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 93; Cass., 17-9-1997, n. 9252, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, p. 924 ss., con nota di DELLACASA, *Obblighi e responsabilità del collegio sindacale nell'ipotesi di inadeguatezza dei rimedi endosocietari*; Cass., 7-5-1993, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1995, II, p. 165; A. Roma, 14-3-2000, in *Soc.*, 2000, p. 969; T. Messina, 12-11-1999, *ivi*, 2000, p. 983; T. Napoli, 18-3-1995, *ivi*, 1995, p. 1447; A. Milano, 21-1-1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1001. *Contra*, CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, p. 94; VALENSISE, *Il «nuovo» collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2000, p. 112; FERRARO, *Commento all'art. 2403*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, p. 579.

²¹⁵ Anche per gli accomandanti, come per i sindaci delle società di capitali, dovrebbe quindi concludersi che non si tratti di controllo di merito «così incisivo sulla gestione da sindacarne l'opportunità e la convenienza, bensì di controllo che consenta di censurare comportamenti palesemente irragionevoli per (...) una sana ed oculata (e dunque corretta) amministrazione nell'interesse della società» (SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 152).

so in sede di *approvazione del bilancio*²¹⁶. Tuttavia la dottrina²¹⁷ e la giurisprudenza²¹⁸ maggioritarie negano che possa qualificarsi in termini di atto di gestione il concorso dell'accomandante a detta approvazione ed anzi sarebbe quantomeno singolare che gli stessi amministratori che predispongono il bilancio lo approvino anche in piena autonomia decisionale. D'altronde, non è ben chiaro – al di là del dato testuale che sancisce (solamente) il diritto alla comunicazione annuale del bilancio – perché il concorso all'approvazione del documento contabile debba costituire una forma di ingerenza nella gestione, a patto che, ovviamente, non si traduca in un inammissibile strumento di condizionamento delle scelte degli amministratori, ciò che, all'evidenza, si potrebbe verificare persistendo un ostruzionismo ingiustificato degli accomandanti nel negare l'approvazione del bilancio: la situazione patologica ora prospettata, tuttavia, sembra già illecita alla luce della ricordata teoria dell'abuso del diritto.

Anche coloro che negano il potere dell'accomandante di partecipare all'approvazione del bilancio non ne disconoscono comunque quello di impugnare il medesimo documento «per falsità o per violazione di norme di legge o dell'atto costitutivo»²¹⁹, con ciò confermandone lo scopo primario di accertamento della regolarità della gestione: il controllo dell'accomandante sul bilancio sarà dunque preventivo in sede di approvazione dello stesso e successivo (e contenzioso) in sede di eventuale impugnazione giudiziale.

Come accennato all'inizio del paragrafo, un vero ampliamento dei diritti dell'accomandante lo ritroviamo nell'art. 2321, secondo cui egli non è tenuto «alla restituzione degli *utili* riscossi in buona fede secondo il bilancio regolarmente approvato», a differenza di quanto avviene per i soci di società in nome collettivo e per i soci accomandatari. Si è osservato che «la deroga al principio della ripetizione dell'indebito (oggettivo) si spiega non tanto per il divieto d'ingerenza (del resto essa non vale per gli accomandatari non amministratori), quanto per i limitati poteri di controllo che è dato agli accoman-

²¹⁶ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 494; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 121, il quale reputa altrimenti superfluo l'aver previsto il diritto degli accomandanti alla comunicazione annuale; Cass., 17-2-1996, n. 1240, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 376. Non vi è discordia, invece, sulla forma, tendenzialmente libera (anche tacita), di approvazione del bilancio: CONFORTI, *op. cit.*, p. 307; T. Milano, 30-1-1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 257).

²¹⁷ DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 129; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 344; COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, cit., p. 98; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 219.

²¹⁸ Cass., 12-6-1996, n. 5416, in *Giust. civ.*, 1997, I, c. 157; Cass., 15-7-1996, n. 6410, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 1432; T. Milano, 13-1-1994, in *Soc.*, 1994, p. 1508; T. Agrigento, 11-6-2003, in *Soc.*, 2003, p. 1513; T. Salerno, 4-10-2005, cit., il quale ha considerato giusta causa di revoca dell'amministratore accomandatario la circostanza che questi non abbia portato all'approvazione (anche) dei soci accomandanti il conto annuale dei profitti e delle perdite.

²¹⁹ GALGANO, *op. loc. ult. cit.*; Cass., 17-2-1996, n. 1240, cit.; T. Milano, 30-1-1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 257; *contra*, ma isolatamente, BRUNETTI, *Trattato delle società*, I, Milano, 1948, p. 583.

danti di esercitare»²²⁰. A ben vedere, la soluzione è conforme a quanto previsto dall'art. 2433, ult. comma, che sancisce l'irripetibilità dei dividendi riscossi in buona fede dai soci di società di capitali sulla base di un bilancio regolarmente approvato e dal quale risultino gli utili corrispondenti. Si tratta quindi di una disposizione, quella dell'art. 2321, che non fa che rimarcare lo *status* di socio «di capitale» rivestito dall'accomandante. Anche i requisiti per l'operatività della stessa norma sono analoghi a quelli individuati dall'art. 2433. In particolare sono richiesti sempre due presupposti, uno oggettivo, concernente l'approvazione del bilancio e la riscossione degli utili, l'altro soggettivo e attinente alla *bona fides* del socio percipiente. Quanto al primo, occorre che gli utili risultino (nel senso che vi deve essere un saldo attivo) dal bilancio regolarmente approvato, ossia in conformità alle regole procedurali di legge, senza che venga in questione la correttezza sostanziale del documento contabile (principi di chiarezza e veridicità)²²¹. Quanto al presupposto soggettivo, è necessaria la riscossione degli utili in buona fede (iniziale), intesa come ignoranza dell'effettiva inesistenza degli utili: ne deriva, da un lato, che «la norma non si applica, e deve perciò inibirsi la stessa corresponsione degli utili, se essi non siano stati ancora percepiti, e ciò anche se ne sia già stata deliberata la distribuzione»²²², dall'altro, che occorre valutare in concreto, volta per volta, se la buona fede – che si presume, salvo prova contraria portata dalla società – meriti protezione, o se essa non dipenda piuttosto da colpa grave, cioè da scarsa diligenza dell'accomandante nell'informazione. E si pone, a tale riguardo, l'ulteriore quesito circa l'obbligatorietà o meno della consultazione del bilancio da parte dell'accomandante: la risposta positiva comporterebbe che, in caso di mancato adempimento dell'obbligo, l'ignoranza dell'accomandante dovrebbe reputarsi colpevole con conseguente disapplicazione dell'art. 2321²²³. Se invece si ritenga che il controllo dei libri sia una semplice facoltà, non potrebbe per ciò solo affermarsi l'esistenza di una *culpa* in capo all'accomandante che quella facoltà non abbia esercitato²²⁴. In realtà, pare più corretto ritenere che, a prescindere dalla qualificazione dell'attività di controllo sul bilancio (forse meglio definibile come potere ed onere al tempo stesso) la diligenza dell'accomandante vada valutata allo stesso modo di quanto avviene per il socio di società di capitali, e cioè tenendo conto della consultazione dei libri contabili come uno dei possibili criteri di riferimento.

Tra i poteri degli accomandanti vi è quello di «prestare la loro opera sot-

²²⁰ GRIPPO, *Commento agli artt. 2321 e 2322*, in *Commentario delle società*, cit., p. 195; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 129.

²²¹ V., per tutti, COLOMBO, *Il bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, VII, 1, Torino, 1994, p. 538.

²²² CONFORTI, *op. cit.*, p. 310.

²²³ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 497.

²²⁴ COSTI, DI CHIO, *La società in generale*, cit., p. 521.

to la direzione degli amministratori» (art. 2320, 2° comma), essendo dunque pacifico che essi possano essere assunti come dipendenti della società. Il mancato riferimento normativo al rapporto di dipendenza ha fatto inoltre giustamente ritenere che il titolo contrattuale (di lavoro subordinato) non sia in realtà decisivo ai fini della liceità della fattispecie²²⁵. Assodato che l'accomandante non può svolgere mansioni institorie²²⁶, il dibattito si è acceso con riguardo alle mansioni dirigenziali. A chi le ha escluse dal novero di quelle esercitabili dall'accomandante, sostenendo che l'autonomia decisionale che esse implicano sarebbe in contrasto con l'assoggettamento alla «direzione degli amministratori»²²⁷, si è contrapposto chi, nell'ambito di un rapporto di subordinazione, ne ha ritenuto del tutto lecita l'attribuzione agli stessi²²⁸. In effetti, nel diritto del lavoro, quella dei dirigenti è una particolare categoria di lavoratori subordinati che ricoprono un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale finalizzato a promuovere e realizzare gli obiettivi dell'impresa. Anche nella scienza giuslavoristica, dunque, il dirigente si caratterizza per la qualità delle funzioni che esso svolge, essendo ormai superato il criterio che individuava nel dirigente l'*alter ego* dell'imprenditore, preposto cioè alla direzione dell'intera impresa o di un suo ramo. L'allontanamento della figura del dirigente da quella dell'istitore depone pertanto in senso favorevole alla possibilità che le funzioni che ne sono tipiche siano esercitate dall'accomandante. Si è parlato giustamente, con riguardo a quest'ultimo, di «mansioni dirigenziali» e non, più specificatamente, di *status* di «dirigente», a voler sottolineare il fatto che rileva unicamente la sostanza dei poteri esercitati e non il titolo formale da cui essi derivano: che si tratti di lavoro dipendente o autonomo o di collaborazione, occorre che l'accomandante, pur potendo compiere atti di direzione aziendale, non assuma «*in facto* una posizione paritetica o sovraordinata rispetto agli amministratori»²²⁹.

11. Segue: *Le autorizzazioni e i pareri dell'accomandante.*

L'accomandante, se l'atto costitutivo lo prevede²³⁰, può dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni (art. 2320, 2° comma).

²²⁵ BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 967.

²²⁶ Cass., 13-3-1982, n. 1632, in *Giust. civ.*, 1982, I, c. 2375; A. Firenze, 14-7-1978, in *Riv. notariato*, 1980, p. 208.

²²⁷ BUSSOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

²²⁸ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 119; GRIPPO, *Commento all'art. 2320*, in *Commentario delle società*, cit., p. 194; v. anche la giurisprudenza citata in nota 223.

²²⁹ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 161; *contra*, la giurisprudenza citata in nota 223, che eleva a *condicio sine qua non* l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato.

²³⁰ La lettera della legge è chiara: occorre un'apposita clausola statutaria, che non può essere sostituita neppure dall'assenso di tutti i soci che non si traduca in un'esplicita modifica dei patti sociali: G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 488. Fermo restando, dunque, che anche il caso suddetto integra una violazione del divieto d'immistione, l'unanimità dei consensi

Preliminarmente, occorre osservare che il significato del dualismo terminologico postula, di necessità, differenziazioni funzionali tra l'«autorizzazione» e il «parere».

Autorizzare significa, infatti, eliminare un limite all'esercizio di un potere già esistente (degli accomandatari-amministratori), approvare o meno un certo atto, che, proprio alla luce del divieto *ex art.* 2320, deve essere già stato definito dall'accomandatario²³¹. Al contrario, il «*parere*», sia esso facoltativo od obbligatorio, rappresenta un elemento esterno al processo decisionale, la cui omessa acquisizione non incide sulla validità o sull'efficacia dell'atto com-

servirebbe, al più, ad evitare l'esclusione dell'accomandante: v. meglio, il par. 8. Vi è la tendenza, in dottrina, a ritenere che se l'atto costitutivo non contenga alcuna ipotesi di autorizzazione, ma queste ultime siano comunque spontaneamente rilasciate, esse debbano ritenersi atti giuridicamente inefficaci, al pari dei pareri facoltativi (CONFORTI, *op. cit.*, p. 294). A noi pare che una simile conclusione possa accettarsi solo qualora, nonostante l'autorizzazione dell'accomandante (non contemplata dall'atto costitutivo), gli amministratori non compiano quell'atto oppure compiano un atto sostanzialmente diverso da quello autorizzato: non si potrebbe allora affermare che gli accomandanti abbiano partecipato alla gestione della società e che dunque abbiano violato l'art. 2320. Diversamente, se gli accomandatari pongano in essere un atto spontaneamente autorizzato dagli accomandanti, la volontà di questi ultimi finirebbe di fatto per concorrere nelle scelte gestionali, con inequivoca violazione del divieto.

²³¹ TANTINI, *Rassegna di diritto onorario in materia di società*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1967, I, p. 56 e *ivi*, p. 62. Osserva che «la netta distinzione tra atti autorizzativi ed atti di gestione non impedisce di annoverare i primi nella più ampia categoria dei secondi, e di affermare, quindi che le autorizzazioni (ed i pareri) rappresentano (limitate) ipotesi di partecipazione degli accomandanti alla gestione» BUTTURINI, *Le autorizzazioni e i pareri dell'accomandante*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 379 e s.; v. anche BRICOLA, *Divieto d'ingerenza e potere autorizzativo del socio accomandante*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 527; GRIPPO, *Divieto di immistione dell'accomandante e clausola di autorizzazione. Una fattispecie elusiva*, in *Impresa*, 2002, pp. 1248 e ss.; nel senso invece che autorizzazioni e pareri rientrano nella specie degli atti di controllo cfr. PISELLI, *Poteri di controllo dell'accomandante, esclusione dell'accomandatario e revoca dell'amministratore di s.a.s.*, in *Soc.*, 2003, p. 1518.

Utile richiamare, anche se nel diverso contesto delle autorizzazioni assembleari di s.p.a., quanto scrive BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, pp. 1099 e ss., a mente del quale «autorizzare» significa:

«- circoscriverne l'intervento alla rimozione di un limite al potere gestorio degli amministratori;

- considerare preclusa all'assemblea l'individuazione del concreto atto di gestione da porre in essere, potendo soltanto approvare o respingere la proposta avanzata in proposito dagli amministratori;

- riconoscere agli amministratori piena discrezionalità, nel senso che, nonostante l'autorizzazione dell'assemblea, essi potranno decidere di soprassedere al compimento dell'atto di gestione su cui si è pronunciata l'assemblea (mentre dovranno astenersi dal porre in essere l'atto rispetto al quale sia stata negata l'autorizzazione)». Pare agevole sostituire, nel periodo sopra riportato, il termine «assemblea» con quello di «accomandanti», al fine di ricavarne l'esatta portata del potere autorizzatorio di questi ultimi. Secondo altra dottrina, tuttavia, il potere autorizzatorio dell'assemblea si configurerebbe come integrativo del potere gestorio degli amministratori, cioè come una «frazione» del potere decisionale: TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*, Milano, 2003; GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, pp. 74 e ss.

più dall'amministratore²³². Premesso che, secondo condivisibile dottrina²³³, i pareri richiesti agli accomandanti (su esplicita previsione dell'atto costitutivo) sono da ritenersi «obbligatori», risulterebbe più difficile la distinzione tra «autorizzazione» e «parere vincolante». Se infatti il parere obbligatorio, in quanto tale, esprime una coazione alla richiesta da parte dell'organo attivo, priva di spazi liberi nell'*an*, ferma restando l'assenza di vincoli di contenuto (del *quid* o del *quomodo*), il parere vincolante, *species* del *genus* più ampio di quelli obbligatori, impone al richiedente di conformarvisi, con risultati simili a quelli prodotti da un'autorizzazione²³⁴. Stante le identiche conseguenze prodotte da un'autorizzazione e da un parere vincolante, può dirsi che la differenza terminologica in questo caso riveste scarsa importanza, laddove invece – come già detto – molto importante è che l'atto costitutivo specifichi le tipologie di operazioni assoggettate ad autorizzazione o a parere obbligatorio degli accomandanti.

Ciò posto, i maggiori problemi interpretativi sorgono in riferimento alla categoria delle autorizzazioni.

L'unico punto fermo posto dalla legge rappresenta al tempo stesso la fonte delle discordie in dottrina e giurisprudenza: quelle «determinate operazioni» a cui si riferiscono le autorizzazioni, valgono soltanto ad escludere, con ragionevole certezza, che i patti sociali possano prevedere la necessità del *placet* degli accomandanti per le operazioni sociali «in genere»²³⁵.

Al di là di questo, tuttavia, si levano le voci dissonanti degli interpreti.

In particolare, ci si è interrogati sul significato da attribuire al termine «operazioni». Autorevole dottrina ne ha fornito un'interpretazione ampia, accostando le operazioni agli «affari», comprendendovi serie di atti individuati secondo parametri economici e non solo giuridici²³⁶. Di contro, la Su-

²³² In tal senso, anche CONFORTI, *op. cit.*, p. 295.

²³³ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 181: «In tema di pareri si può anzitutto rilevare che, qualora siano previsti in atto costitutivo, essi devono configurarsi, per utilizzare un concetto proprio del diritto pubblico, come *pareri obbligatori*, ovvero come giudizi di merito, sull'opportunità di un'operazione, o anche di legalità, che devono essere obbligatoriamente richiesti all'accomandante, pur senza vincolare l'accomandatario ad agire in conformità dell'opinione espressa dal socio limitatamente responsabile»; conf. VALERI, *Manuale di Diritto commerciale*, I, Firenze, 1945, pp. 127 e ss.

²³⁴ Anche in tema di pareri vincolanti, deve ritenersi che residui un limitato spazio di autonomia decisionale dell'organo amministrativo, nel senso che se è vero che un parere negativo impedisce il compimento dell'atto, è altresì vero che un parere favorevole non obbliga alla conclusione dell'operazione (allo stesso modo di quanto avviene per le autorizzazioni).

²³⁵ A. Firenze, 24-3-1983, cit.; Cass., 6-6-2000, n. 7554, cit.; A. Genova, 4-3-1997, cit., ha affermato che «la clausola statutaria di una s.a.s., che prevede l'autorizzazione del socio accomandante per tutti i principali atti di gestione, non consente di riqualificare la società in accomandita semplice come s.n.c., ma è bensì nulla e l'ingerenza indebita dell'accomandante deve pertanto essere verificata in concreto».

²³⁶ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 190: «oggetto dell'autorizzazione potranno dunque essere non soltanto atti e contratti, ma anche segmenti dell'attività sociali, indivi-

prema Corte, valorizzando il diverso lessico utilizzato dal Legislatore nello stesso art. 2320 – al 1° comma si parla di procura speciale per «singoli affari», mentre nel secondo di autorizzazioni e pareri per «determinate operazioni» – ha circoscritto il potere autorizzatorio degli accomandanti a singole operazioni o a categorie di operazioni identiche²³⁷. Se appare condivisibile l'orientamento della Cassazione teso ad assicurare la concreta individuazione delle operazioni in oggetto già dal momento della loro previsione nei patti sociali, altrettanto non può dirsi, a nostro giudizio, con riguardo al richiamo all'identità delle operazioni suscettibili di rientrare nella categoria contemplata. Invero, si è già evidenziato, in dottrina, che il suddetto richiamo «rischia, implicitamente, di rendere assai più impervia, se non di precondizionare negativamente, qualsiasi indagine circa i requisiti di individualità e di specialità di atti o categorie di atti»²³⁸; deve aggiungersi che, al di là del polivalente lessico normativo, non si rinviene un dato positivo idoneo ad avallare un'ulteriore limitazione dell'autonomia contrattuale. Ossia, fermo restando il principio di *determinatezza*, non si vede perché i patti sociali non possano consentire all'accomandante di fornire autorizzazioni e/o pareri per operazioni tra loro tipologicamente differenti, quali, ad esempio, contrarre mutui, acquisire immobili, impiegare risorse finanziarie, ancorché queste fossero individuate soltanto per il fatto di eccedere un determinato ammontare e, dunque, senza il preciso riferimento alla finalità alla quale esse tendono.

La tematica si riallaccia ad un'altra questione controversa, quella dell'ammissibilità di clausole statutarie che prevedano l'autorizzazione degli accomandanti per gli atti di straordinaria amministrazione e per gli atti superiori ad un determinato ammontare. Come accennato, con riferimento alla seconda categoria di atti, si concorda con chi ne ammette la legittimità, non ravvisandosi un *vulnus* al principio di *determinatezza*, venendo piuttosto in considerazione un parametro monetario oggettivo e certo²³⁹. Lo stesso non può dirsi, invece, con riguardo alla necessità delle autorizzazioni per gli atti di straordinaria amministrazione. Parte della dottrina ne ha asserito la liceità sulla considerazione di un'estensione più ridotta rispetto agli atti di ordinaria

duati secondo parametri economici. Il requisito qualificante imposto dalla legge è la *determinatezza*: le operazioni da autorizzare dovranno dunque presentare un grado apprezzabile di individualità e di circoscrivibilità volto ad impedire un intervento permanente dell'accomandante sulla gestione sociale».

²³⁷ Cass., 3-10-1997, n. 9659, cit.

²³⁸ CONFORTI, *op. cit.*, p. 286.

²³⁹ Purché – precisa MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 191 – la soglia monetaria non sia così bassa da richiedere l'autorizzazione per la quasi totalità delle operazioni sociali. Conf. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 965, il quale fa leva sulla presunta *ratio* di una simile clausola statutaria, ossia la tutela degli accomandanti dal rischio di gravi abusi degli accomandatari. *Contra*, COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 208; Cass., 3-10-1997, n. 9659, cit., con riferimento all'assunzione di obbligazioni eccedenti una somma determinata.

amministrazione²⁴⁰. Si è tuttavia osservato, innanzitutto, che una simile clausola statutaria potrebbe essere tacciata di indeterminatezza (o, quantomeno, di scarsa determinabilità)²⁴¹; in secondo luogo, che essa attribuirebbe agli accomandanti un potere di ampiezza eccessiva, in quanto la decisione in merito agli atti di straordinaria amministrazione, suscettibili di modificare la struttura economica della società, deve esser lasciata unicamente alla discrezionalità di chi ha responsabilità illimitata²⁴². Tali osservazioni ci paiono del tutto fondate, sol che si consideri l'estrema difficoltà che gli interpreti incontrano nel definire esattamente il concetto di «straordinaria amministrazione»²⁴³. E il problema definitorio appare ancor più rilevante qualora si aderisca alla teoria che ravvisa nella concessione dell'autorizzazione una condizione di efficacia verso i terzi dell'atto compiuto dall'accomandatario²⁴⁴: il terzo si troverebbe nella difficile situazione di dover prefigurarsi le possibili conseguenze giuridiche dell'atto sul patrimonio della società sua controparte, col rischio di vedere poi invalidato l'atto medesimo per l'eventuale assenza o negazione dell'autorizzazione.

Per quanto concerne poi il *carattere vincolante* o meno dell'autorizzazione, la dottrina dominante ritiene che, mentre la negazione della stessa impedisca il compimento dell'operazione, la sua concessione non imponga comunque agli amministratori una scelta univoca. Sotto il primo profilo, si è visto come ciò che differenzia l'autorizzazione da un parere obbligatorio (ma non vincolante) sia proprio l'effetto cogente che soltanto la prima provoca sulla libertà decisionale degli amministratori, nel senso che il diniego del *placet*

²⁴⁰ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 191; BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 965.

²⁴¹ Osserva BUTTURINI, *op. cit.*, p. 383: «Le operazioni si possono ritenere determinate, se sia possibile valutare, la necessità o meno dell'autorizzazione, semplicemente confrontando l'atto che si deve porre in essere con le categorie indicate nel contratto sociale (...). La determinabilità, invece, (da ritenere non consentita), si avrà se, per appurare l'appartenenza dell'atto a tali categorie, sia necessario utilizzare un preventivo criterio di identificazione, legale o convenzionale, verificando ad esempio se l'atto sia di straordinaria amministrazione». Conf., GRIPPO, *Divieto di immistione del socio accomandante e clausola di autorizzazione. Una fattispecie elusiva*, cit., p. 1255, nota 7; Cass., 3-10-1997, n. 9659, cit.

²⁴² BRICOLA, *op. cit.*, p. 526; LABRIOLA, *Ingerenza dell'accomandante nella gestione sociale e divieto di immistione*, cit., p. 135.

²⁴³ Non è questa la sede per ripercorre tutte le teorie definitorie della «straordinaria amministrazione», della quale si concorda solamente nel considerarla come «ogni attività inerente alla cura di un patrimonio, avente il fine di conservarne l'integrità economico – giuridica» (DELLI VENERI, DESTINO, *Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 71). Al di là di questa definizione, tuttavia, non si concorda sulla concreta individuazione degli atti che ne fanno parte. Controverso, infatti, è l'orientamento che ritiene che gli atti di straordinaria amministrazione siano quelli rischiosi per il patrimonio amministrato; sulla base di quest'ultimo si è pure sostenuto che siano di ordinaria amministrazione gli atti di ammontare non «a rischio» (BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 966).

²⁴⁴ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 188.

impedisce l'attuazione dell'operazione²⁴⁵. Sotto il secondo profilo, si è addotta l'esigenza di rispettare sempre la libertà decisionale degli accomandatari-amministratori, responsabili illimitatamente delle obbligazioni sociali, in merito all'opportunità di compiere un atto, anche se già autorizzato dagli accomandanti²⁴⁶; diversamente, i soci accomandanti sarebbero posti in una posizione preminente rispetto a quella degli accomandatari. Tale conclusione, del resto, parrebbe esser confermata dal confronto tra le autorizzazioni date dagli accomandanti nella s.a.s. e quelle date dall'assemblea di s.p.a.: dopo la riforma societaria del 2003, stante la riserva di competenza gestionale in capo agli amministratori, l'art. 2364, 1° comma, n. 5 «consente all'assemblea soltanto di autorizzare, cioè approvare decisioni precostituite dell'organo amministrativo, senza alcun vincolo per quest'ultimo, salva ovviamente l'eventuale responsabilità interna dei gestori per non essersi conformati al *placet* della base sociale»²⁴⁷. Si può cioè ragionevolmente sostenere che l'inciso «ferma in ogni caso la responsabilità di questi (gli amministratori, *n.d.r.*) per gli atti compiuti» (art. 2364, 1° comma, n. 5) – che vale nelle s.p.a. a ribadire che l'atto compiuto dagli amministratori, benché autorizzato, resta un atto a loro imputabile (chi decide se ne assume la responsabilità) – sia rimasto sottinteso nella formulazione del 2° comma dell'art. 2320 in ordine alle autorizzazioni degli accomandanti.

Il richiamo alla disciplina delle società di capitali può essere utile anche per affrontare un'altra controversa questione, quella relativa all'*efficacia* nei confronti dei terzi dell'atto compiuto dall'accomandatario in assenza di autorizzazione o con una denegata autorizzazione. Autorevole dottrina ha ricondotto la necessità dell'autorizzazione ad una limitazione dei poteri rappresentativi degli amministratori, opponibile ai terzi *ex art.* 2298, di modo che l'atto compiuto senza rispettare tale *iter* risulterebbe inefficace nei confronti dei terzi²⁴⁸. La Suprema Corte, tuttavia, ha ritenuto che la clausola dei patti

²⁴⁵ V. già l'*incipit* del presente paragrafo, nonché BRICOLA, *op. cit.*, p. 528.

²⁴⁶ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 188 e ss. Così anche CALANDRA BUONAUURA, *Manuale di diritto commerciale*, I, Bologna, pp. 199 e ss.: «può anche ammettersi, se l'atto costitutivo lo prevede, che per determinate decisioni o operazioni più gravi, venga richiesto il parere o l'autorizzazione dei soci accomandanti, sempre che l'iniziativa dell'affare e la decisione definitiva a suo riguardo restino nelle mani degli accomandatari». Si è precisato che autorizzazioni e pareri devono riferirsi «ad operazioni già deliberate o *da deliberare* dagli amministratori» (FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 340, nota 4), con ciò presupponendosi, evidentemente, che la decisione circa il compimento dell'operazione possa ancora non esser stata presa.

²⁴⁷ BOLOGNESI, *L'assemblea ordinaria nelle società prive del consiglio di sorveglianza*, in GRIPPO, BOLOGNESI, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, in corso di pubblicazione.

²⁴⁸ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 188. Si noti, comunque, che, anche nel contesto dell'art. 2298, la giurisprudenza ha talvolta ritenuto in concreto opponibile ai terzi l'atto compiuto in violazione dei limiti al potere rappresentativo, quando si provi che il comportamento tenuto dal rappresentante, considerate le modalità di svolgimento del rapporto, ha ingenerato nella controparte il ragionevole convincimento della sussistenza dei poteri di

sociali che prevede l'autorizzazione o il parere degli accomandanti non incide in alcun modo sul potere rappresentativo degli amministratori, i quali saranno soltanto responsabili nei rapporti interni con i primi in caso di inosservanza della clausola stessa²⁴⁹. A ben vedere, tuttavia, anche nella disciplina delle società di capitali, l'autorizzazione assembleare è concepita pur sempre come una limitazione al potere di rappresentanza dell'organo amministrativo, il quale conserva il potere decisionale in merito. Il fatto che nelle società capitalistiche siffatta limitazione sia inopponibile ai terzi ai sensi dell'art. 2384, 2° comma, non dovrebbe incidere sulla sua natura giuridica, la quale è mantenuta anche se l'autorizzazione provenga, nella s.a.s., non dall'assemblea ma dagli accomandanti. Data l'inapplicabilità dell'art. 2384, 2° comma, alle società di persone, sembra dunque condivisibile la tesi che considera opponibile ai terzi l'assenza o il diniego dell'autorizzazione dell'accomandante, con i correttivi individuati dal diritto vivente (v. nota 248).

12. *Le modifiche dell'atto costitutivo ed il trasferimento delle quote.*

Si applicano alla s.a.s. le regole generali in materia di modifiche dell'atto costitutivo delle società di persone, con alcune particolarità dettate dalla struttura bipolare (accomandanti-accomandati), che verranno di seguito evidenziate.

Trovano dunque applicazione sia l'art. 2300 in materia di pubblicità legale delle modifiche statutarie, sia l'art. 2252 relativo al principio generale dell'unanimità dei consensi per qualsiasi modifica del contratto sociale (ivi compreso l'ingresso di un nuovo socio, con l'eccezione del trasferimento della quota dell'accomandante ai sensi dell'art. 2322). Come per le altre società personali, anche nella s.a.s. il contratto sociale potrebbe prevedere che le modifiche, nessuna esclusa²⁵⁰, vengano decise a maggioranza, semplice o

rappresentanza: Cass., 18-2-2000, n. 1817, in *Giust. civ.*, 2001, I, c. 2202; Cass., 15-5-1999, n. 4774, in *Giur. it.*, 2000, p. 246; Cass., 17-7-2007, n. 15883, in *Rep. Giur. it.*, 2007, c. 5467.

²⁴⁹ Cass., 10-8-1992, n. 9454, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 811.

²⁵⁰ Contro quell'opinione che ritiene che alcune modificazioni attinenti agli elementi essenziali della società debbano essere sempre decise all'unanimità, ad esempio la modifica del tipo o dell'oggetto sociale o dello stesso criterio maggioritario pattuito (BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, cit., pp. 537 e ss.; G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 118 e ss.), si è giustamente fatto notare che la regola maggioritaria trova pur sempre la sua fonte nella volontà di tutti i soci, per cui non vi è motivo di escluderne l'applicazione ad ogni tipo di modificazione statutaria (GRIPPO, *La società semplice*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, p. 76; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., pp. 112 e ss., sia pur con i limiti derivanti dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e dal principio di parità di trattamento tra i soci). Ovviamente, la regola maggioritaria, pattuita in deroga a quella dell'unanimità, non può alterare la posizione acquisita dai soci con il contratto sociale, incidendo sui rispettivi diritti individuali: una decisione a maggioranza non potrebbe modificare la misura della partecipazione agli utili o alle perdite, né imporre nuovi obblighi ai soci o aggravarne le responsabilità (GHIDINI, *op. cit.*, p. 656; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 322 e ss.).

qualificata, per quote o per teste, collocandosi sullo stesso piano soci accomandanti ed accomandatari²⁵¹.

Non si rinvencono, nel contesto della società in accomandita semplice, deviazioni di sorta rispetto alla disciplina codicistica del *recesso* nelle società di persone. Unici aspetti da tener presente riguardano le conseguenze del recesso di un socio accomandatario in ordine alla continuazione dell'amministrazione dell'impresa sociale. Fermo restando che l'*exit* dell'accomandatario, che comporti il venir meno di quella categoria di soci, determina l'attivazione del potere-dovere degli accomandanti di nominare un amministratore provvisorio, ci si interroga piuttosto se il medesimo meccanismo possa trovare applicazione in presenza di dimissioni (non accompagnate dal recesso) dell'accomandatario-unico amministratore della società. La giurisprudenza di legittimità si è espressa in senso negativo, evidenziando come l'art. 2323, 2° comma, concerna il diverso caso del venir meno della duplicità di categorie di soci, mentre le dimissioni dell'accomandatario – unico amministratore determinerebbero «soltanto» una causa di scioglimento della società per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (art. 2272, n. 2), qualora la posizione di stallo non venisse risolta mediante la nomina di un nuovo amministratore²⁵². La soluzione proposta dai giudici appare del tutto coerente con quella adottata in materia di revoca dell'amministratore-unico accomandatario: si è già visto come, anche in tale circostanza, si tenda a negare la possibilità di nominare un amministratore provvisorio, sulla base di un'interpretazione restrittiva dell'art. 2323, 2° comma, la quale tuttavia non ci sembra del tutto condivisibile²⁵³. Qualora infatti si volesse accogliere

²⁵¹ P. Cuneo, 7-3-1983, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 925, con pareri *pro veritate* di COTTINO e di GLIOZZI, *Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo*; PALUMBO, *op. cit.*, p. 431. Conforme il succitato parere di Gliozzi, a mente del quale l'autonomia contrattuale può «introdurre anche nella società di persone il principio della modificabilità del contratto sociale a maggioranza di capitali, che è la regola nelle società di capitali», di modo che «la maggioranza del capitale può essere rappresentata anche soltanto da un solo socio» e alla stessa maggioranza può «essere attribuito statutariamente il potere di effettuare una modifica dell'atto costitutivo consistente nel trasformare un accomandante in accomandatario (ferma restando la presenza di un altro accomandante)» (*passim*). Tuttavia, secondo Cottino, nel parere già citato, risulterebbe in frode alla legge la decisione assunta a maggioranza di «trasformare» un accomandante in un accomandatario, perché ciò andrebbe ad incidere sui rapporti tra accomandanti e accomandatari (nel caso concreto l'unico accomandatario) e quindi sulle prerogative di questi ultimi, senza il consenso di tutti gli interessati. Un limite all'autonomia contrattuale, ampiamente riconosciuto dalla dottrina, sta poi nell'impossibilità di attribuire alla minoranza o ad un singolo socio o ad un estraneo la facoltà di modificare i patti sociali: G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 118; GRIPPO, *La società semplice*, cit., p. 76. Di contrario avviso, FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 290, i quali ricordano come le parti possano lasciare ad un terzo la determinazione di qualche elemento del contratto (artt. 1349 e 2264), e quindi anche il contratto sociale potrebbe attribuire ad un terzo tale potere, ogni qualvolta se ne profili l'opportunità.

²⁵² Cass., 23-7-1994, n. 6871, cit.

²⁵³ Sul punto, v. il par. 6.

un'interpretazione della norma volta ad evitare soluzioni di continuità nella gestione dell'impresa sociale, si potrebbe ritenere che la reale intenzione del Legislatore nel disciplinare il venir meno di tutti gli accomandatari, non sia limitata soltanto ad assicurare l'esistenza ontologica della categoria, ma sia estesa anche a garantire la presenza di un soggetto investito dell'amministrazione. E, sotto questo profilo, lo strumento contemplato dal 2° comma dell'art. 2323 (nomina dell'amministratore provvisorio) apparirebbe senz'altro utile nelle more delle decisioni degli accomandanti: si pensi, in caso di dimissioni dell'amministratore-unico accomandatario, alla necessità (ed ai relativi possibili contrasti interni) di approvare una modifica statutaria nel senso della «trasformazione» di un accomandante in accomandatario amministratore.

Svariate particolarità, alcune di notevole interesse, riguardano l'*esclusione* dei soci di s.a.s.

Quanto all'esclusione di diritto, si è giustamente sostenuta l'applicabilità del solo 1° comma dell'art. 2288 (socio dichiarato fallito²⁵⁴), mentre, al contrario, il 2° comma, richiamando la liquidazione della quota del socio ottenuta dal creditore personale ai sensi dell'art. 2270, è estraneo al contesto della s.n.c. (e della s.a.s., in forza del rinvio che l'art. 2315 fa all'art. 2305)²⁵⁵.

Venendo invece all'esclusione facoltativa, valgono le cause di esclusione per gravi inadempienze, per mutamenti dello *status* personale del socio o per vicende relative ai conferimenti, contemplate nell'art. 2286, con la precisazione pratica che alcune delle obbligazioni il cui inadempimento può comportare l'esclusione presuppongono necessariamente il potere di amministrare e quindi possono interessare unicamente i soci accomandatari²⁵⁶. L'eventuale compimento, da parte dell'accomandante, di atti di gestione, costituirebbe sì causa di esclusione, ma per violazione dell'obbligo di *non facere* previsto dall'art. 2320 (v. meglio par. 8 anche per quanto riguarda il problema della gravità dell'inadempimento).

Non si dubita dell'applicabilità del procedimento di esclusione *ex art.* 2287 ai soci accomandanti ed accomandatari²⁵⁷, essendo necessario il consen-

²⁵⁴ Per insolvenza personale e non come conseguenza del fallimento della società: Cass., 20-5-1975, n. 1991, in *Giust. civ. mass.*, 1975, p. 911.

²⁵⁵ CONFORTI, *op. cit.*, p. 416. Anche Cass., 22-5-2003, n. 8091, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 5, ha confermato che l'esclusione di diritto trova applicazione all'accomandante dichiarato fallito.

²⁵⁶ Da ciò deriva anche una maggiore difficoltà nell'interpretazione dei comportamenti che possono costituire causa di esclusione dell'accomandatario come socio piuttosto che giusta causa di revoca dell'amministratore accomandatario. Per una casistica giurisprudenziale delle gravi inadempienze che legittimano l'esclusione del socio, v. CONFORTI, *op. cit.*, pp. 408 e ss. Nulla vieta, comunque, che nei confronti dello stesso accomandatario vengano esperiti entrambi i rimedi della revoca e dell'esclusione: T. Torino, 10-5-2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 1684.

²⁵⁷ Cass., 8-4-2009, n. 8570, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 609; Cass., 29-11-2001, n. 15917, in *Giust. civ.*, 2002, II, c. 1037 e ss., con nota di VIDIRI, *Società in accomandita semplice: esclusione dell'unico accomandatario da parte dell'accomandante*.

so, espresso anche separatamente e non contestualmente (vista l'assenza nelle società personali del procedimento assembleare obbligatorio), della maggioranza dei soci calcolata *pro capite*, escludendosi dal computo il voto del socio da escludere²⁵⁸. I dubbi semmai sorgono con riguardo all'esclusione dell'unico accomandatario decisa dai soli soci accomandanti. Larga parte della giurisprudenza di merito²⁵⁹, avallata dalla dottrina ormai minoritaria²⁶⁰, ha sostenuto, in tal caso, l'applicazione dell'art. 2287, 3° comma, che prevede, per l'esclusione di uno dei due soci di una società di persone, la necessità di una pronuncia giudiziaria. La tesi si basa sulla circostanza che la decisione di esclusione assunta dagli accomandanti si qualificherebbe come violazione del divieto d'immistione, attesa la sua rilevanza sull'amministrazione sociale; inoltre essa, comportando la revoca della facoltà di amministrare, violerebbe l'art. 2319 che richiede, per quest'ultima, non solo la maggioranza degli accomandanti ma anche il consenso degli accomandati; infine, dall'art. 2272, 1° comma, n. 3, si ricava che per lo scioglimento della società occorre la volontà unanime dei soci, principio che sarebbe eluso acconsentendo che gli accomandanti escludano l'unico accomandatario, attivando una causa di scioglimento della società per il venir meno della categoria degli accomandati, ex art. 2323. Tuttavia, la Suprema Corte²⁶¹ ha ormai sposato l'opposta tesi della piena applicabilità dell'art. 2287, 1° comma, anche all'ipotesi di esclusione dell'unico accomandatario, considerando al contrario il 3° comma dello stesso articolo quale norma eccezionale di stretta interpretazione. I giudici di legittimità hanno innanzitutto «smontato» le ricordate argomentazioni, affermando che: a) la partecipazione dell'accomandante alla decisione di esclusione di un socio accomandatario non costituisce atto di gestione, bensì di controllo, come logica conseguenza di quei poteri di vigilanza che la legge

²⁵⁸ Sull'esclusione dell'accomandante per violazione del divieto d'immistione v. par. 8, in fine.

²⁵⁹ T. Milano, 25-5-1998, in *Giur. it.*, 1998, c. 1653; A. Milano, 18-1-2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2970; T. Milano, 13-12-1993, in *Giur. it.*, 1994, c. 306.

²⁶⁰ VIDIRI, *op. ult. cit.*, p. 1039 e ss., a mente del quale il diritto degli accomandanti di partecipare alla decisione sull'esclusione dell'accomandatario potrebbe essere messo in discussione (se non addirittura negato) in forza della incontestata esigenza «di evitare lo snaturamento dei connotati differenziali tra soci accomandati e soci accomandanti, e quindi di vietare a questi ultimi l'esercizio di poteri capaci, in ragione della particolare estensione, di alterare la posizione di istituzionale subalternità in cui si trovano nei riguardi dei primi per quanto attiene alla gestione e direzione degli affari sociali» (p. 1040). *Contra*, CONFORTI, *op. cit.*, p. 430, il quale osserva giustamente che «il socio accomandante è, a tutti gli effetti, ed a partire dalla definizione dell'art. 2313, 1° co., c.c., un "socio" e non un partecipante con diritti affievoliti, quale una specie di "associato". (...) Né esiste riferimento normativo alcuno che possa escludere o limitare l'applicabilità alla società in accomandita semplice (...) del procedimento di esclusione del socio previsto dagli artt. 2286 e 2287 c.c.».

²⁶¹ Cass., 8-4-2009, n. 8570, cit.; Cass., 29-11-2001, n. 15917, cit.; Cass., 19-9-2006, n. 20255, in *Dir. e prat. soc.*, n. 11/2008, p. 47; Cass., 22-12-2006, n. 27504, in *Riv. notariato*, 2007, II, pp. 964 e ss., con nota adesiva di MIRANDA, *Sul consenso necessario per l'esclusione dell'unico socio accomandatario*.

prevede; b) è inconferente il richiamo al meccanismo decisionale contemplato nell'art. 2319, posto che quest'ultimo disciplina la revoca dello *status* di amministratore, mentre l'art. 2287 riguarda la diversa ipotesi della privazione dello *status socii* (d'altronde la revoca per gravi inadempienze dell'amministratore non determina necessariamente la sua esclusione come socio²⁶²; c) l'esclusione dell'unico accomandatario non comporta automaticamente lo scioglimento della società, che si verificherà soltanto in caso di mancata sostituzione del socio venuto meno nell'arco temporale dei sei mesi. Inoltre, la Corte esclude che il 3° comma dell'art. 2287 (esclusione pronunciata dal giudice) possa applicarsi all'ipotesi in cui all'interno della compagine sociale siano configurabili due gruppi di interessi omogenei e tra loro contrapposti, senza contare, poi, che «in nessun caso sarebbe lecito configurare, nella società in accomandita semplice, i soci accomandatari e gli accomandanti come due gruppi di interessi, ciascuno omogeneo nel proprio interno e all'altro contrapposto»²⁶³. Non vogliamo aggiungere nulla alle convincenti affermazioni della Cassazione, soltanto precisare che proprio la netta distinzione tra esclusione dell'accomandatario come socio e revoca dell'amministratore accomandatario consente di spiegare perché la volontà degli accomandanti espressa con riguardo alla prima vicenda non rappresenti violazione del divieto d'immistione. Si è dubitato infatti (v. meglio par. 6) dell'ammissibilità di una clausola statutaria che subordini all'unanimità dei consensi degli accomandanti la nomina e la revoca degli amministratori, in quanto essa rischierebbe di lasciare all'arbitrio di anche un solo accomandante la possibilità di «paralizzare» il funzionamento della società, rappresentando quest'ultima un'ipotesi di illecita gestione «indiretta» in violazione dell'art. 2320. Essa ci appare comunque diversa dal caso della partecipazione degli accomandanti alla decisione di esclusione dell'accomandatario: qui viene in considerazione l'esercizio di un normale potere di controllo sull'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge e dall'atto costitutivo in capo ad ogni socio di società personale, di modo che l'ipotizzata privazione di un tale potere costituirebbe un abuso del diritto, ossia un uso distorto dell'istituto di cui all'art. 2320.

In ogni caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio – inclusa la morte, se non subentrino in società gli eredi ove consentito – sorge in capo al socio receduto o escluso o ai suoi eredi il diritto alla liquidazione della quota *ex art.* 2289²⁶⁴. L'obbligo della liquidazione grava sulla

²⁶² Giusta la considerazione che «i presupposti per la revoca dell'amministratore e quelli per la sua esclusione da socio sono autonomi, essendo rappresentati, gli uni, dalla violazione dei doveri propri degli amministratori, gli altri, dal grave inadempimento dei doveri del socio nascenti dalla legge o dall'atto costitutivo» (COSTABILE, *Brevi osservazioni sulle ipotesi di giusta causa di revoca dell'amministratore accomandatario*, cit., p. 547).

²⁶³ Cass., 22-12-2006, n. 27504, cit., p. 966.

²⁶⁴ In caso di esclusione di diritto del socio fallito, invece, la quota va liquidata a favore della curatela fallimentare: A. Bologna, 13-2-1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 934.

s.a.s. in quanto autonomo soggetto di diritto, pur se sprovvisto di personalità giuridica, e non in capo a coloro che rimangano soci²⁶⁵; di logica conseguenza, tutte le relative azioni, anche quelle con cui l'ex socio intenda far valere la sua partecipazione agli utili inerenti ad operazioni in corso, devono essere esperite contro la società²⁶⁶. La diversa incidenza della responsabilità per le obbligazioni assunte dalla s.a.s. fino al giorno in cui si verifica lo scioglimento del singolo rapporto sociale²⁶⁷, si ripropone anche dopo tale evento: a differenza degli accomandatari, «gli accomandanti (o i loro eredi) possono essere chiamati a rispondere nei limiti della somma dagli stessi incassata, esprimente il valore della quota di loro spettanza, come per analogia si desume dall'art. 2324 cod. civ.»²⁶⁸.

Venendo ora all'esame dell'evento *morte* del socio, esso produce conseguenze diverse a seconda che si tratti di socio accomandante o accomandataro, nel primo caso essendo naturale la caduta in successione della relativa quota, nel secondo applicandosi l'art. 2284 in ordine alla liquidazione della quota agli eredi (salvo accordo di continuazione tra eredi e soci superstiti). La tematica si ricollega comunque a quella più ampia relativa al trasferimento delle partecipazioni sociali, di cui ci occuperemo tra breve.

Giova, in via preliminare, definire la natura giuridica della quota di s.a.s. e, più in generale, di società di persone. Al riguardo, ci pare maggiormente convincente la tesi secondo la quale la quota in oggetto debba essere considerata come la posizione contrattuale complessiva del socio, ossia come l'insieme dei rapporti sociali scaturenti direttamente o indirettamente dal contratto sociale²⁶⁹. Ormai superata appare infatti quella dottrina che, partendo dal presupposto dell'assenza di personalità giuridica della società di persone, reputava la quota di partecipazione come semplice contitolarietà dei beni co-

²⁶⁵ Cass., 15-1-2009, n. 816, in *Soc.*, 2009, 450; A. Cagliari, 21-5-1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 978; T. Milano, 11-9-2003, cit.

²⁶⁶ Cass., 16-1-2009, n. 1040, cit.; Cass., 1-4-2004, n. 2376, in *Giur. it.*, 2004, p. 1439. La giurisprudenza tuttavia ha riconosciuto che, ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio, siano convenuti in giudizio tutti i soci, pur non essendo convenuta la società: Cass., 23-5-2006, n. 12125 e Cass., 5-4-2006, n. 7886, entrambe in *Foro it.*, 2007, I, c. 527; Cass., 26-4-2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 397 con nota di 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*.

²⁶⁷ Anche nella s.a.s. vale la regola per cui lo scioglimento può essere opposto ai terzi solo se portato adeguatamente alla loro conoscenza, vale a dire se iscritto nel registro delle imprese: CONFORTI, *op. cit.*, p. 438. Nei rapporti interni, invece, lo scioglimento è pienamente efficace a prescindere dalla pubblicità: Cass., 5-10-1999, n. 11045, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1034 e ss.

²⁶⁸ COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 292.

²⁶⁹ Cass., 3-11-1989, n. 4603, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 937; T. Trento, 6-6-1996, in *Vita notarile*, 1998, p. 855; CAGNASSO, *La società semplice*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, *I singoli contratti*, 6, Torino, 1998, p. 115; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 96; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., pp. 33 e ss.; di recente, FUSI, *In tema di cessione di quote di società personale*, nota a T. Milano, 30-1-2008, in *Soc.*, 2008, pp. 992 e ss.

stituenti il patrimonio sociale²⁷⁰. Riduttivo sarebbe anche risolvere la partecipazione societaria nel concorso del socio agli utili e alle perdite. Scarsamente utile sarebbe, infine, definire la quota di società personale come bene immateriale²⁷¹, mentre una certa rilevanza pratica assume la sua classificazione tra i beni mobili²⁷².

Ora, la teoria della quota sociale come posizione contrattuale comporta che la cessione della stessa possa avvenire solo con il consenso del contraente ceduto (qui la società), *ex art.* 1406, norma che tuttavia deve essere coordinata con la disciplina speciale dettata in materia di società personali. E, in quest'ultima materia, è senz'altro corretto distinguere tre piani dell'efficacia della cessione della quota, ai quali corrispondono altrettanti momenti iniziali dell'efficacia stessa: «tra le parti al momento della espressione del consenso; verso la società nel momento in cui i soci accettano all'unanimità tale cessione come modificazione del contratto sociale; verso i terzi nel momento in cui la cessione è iscritta nel Registro delle imprese»²⁷³. Naturalmente, efficacia della cessione *inter partes* può significare solo che vengono trasferiti i diritti patrimoniali legati alla partecipazione e non certo lo *status socii* (che comprende anche, tra l'altro, diritti amministrativi)²⁷⁴. Quanto poi alla forma della cessione, occorre distinguere tra forma *ad substantiam* e forma *ad regularitatem*. In riferimento alla prima, la giurisprudenza ha opportunamente evidenziato come la legge non richieda una forma minima, neppure quando tra i beni compresi nel patrimonio sociale vi siano degli immobili²⁷⁵. La forma pubblica invece (atto pubblico o scrittura privata autenticata), è necessaria *ad regularitatem*, ossia al sol fine dell'iscrizione dell'atto di cessione nel registro delle imprese per renderlo opponibile ai terzi (art. 2300).

²⁷⁰ GHIDINI, *op. cit.*, pp. 187 e ss.

²⁷¹ Tesi pure sostenuta da T. Trento, 14-1-1997, in *Soc.*, 1997, p. 925.

²⁷² Cass., 30-1-1997, n. 934, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2172; T. Chiavari, 6-6-1990, *ivi*, 1991, I, c. 621; T. Napoli, 6-4-1987, in *Soc.*, 1987, p. 644. Tale qualificazione consente infatti di ammettere sia il sequestro giudiziario della quota, quando vi sia incertezza sulla titolarità della stessa (mentre non è consentito il sequestro giudiziario dei beni sociali su istanza del socio, visto che, essendo tali beni di proprietà della società e non certo in comunione tra i soci, non può configurarsi una controversia sulla loro titolarità: T. Santa Maria Capua Vetere, 18-10-2002, in *Giur. di Merito*, 2003, p. 1440; T. Cassino, 24-10-1997, in *Soc.*, 1998, p. 329), sia il sequestro conservativo *ex art.* 2270, 1° comma (T. Piacenza, 18-1-1995, in *Soc.*, 1995, p. 824; T. Roma, 14-4-1951, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1291; A. Lecce, 29-3-1961, in *Giust. civ.*, 1961, c. 2025; T. Monza, 5-12-2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 673; *contra*, ma solo quando la quota sia già stata oggetto di pignoramento da parte dello stesso creditore del socio, verificandosi altrimenti un'inammissibile duplicazione degli atti conservativi, T. Bologna, 13-8-1996, in *Soc.*, 1996, p. 1324).

²⁷³ FUSI, *In tema di cessione di quote di società personale*, cit., p. 995.

²⁷⁴ T. Trieste, 2-7-1984, in *Foro padano*, 1985, I, c. 98; Cass., 10-4-1978, n. 1663, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1942.

²⁷⁵ T. Vercelli, 4-7-1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 755; Cass., 21-3-2001, n. 4020, in *Foro it.*, 2001, c. 1520; T. Milano, 30-1-2008, cit. Questo perché con la cessione della quota non si realizza contemporaneamente un trasferimento immobiliare, visto che non si è in presenza di una comunione indivisa di beni tra i soci.

E veniamo ora al trasferimento della quota dell'*accomandatario*. Mancando una specifica disciplina, trovano applicazione gli artt. 2252 e 2284 per i trasferimenti rispettivamente *inter vivos* e *mortis causa*.

Dunque, quanto ai primi, sarà necessario, ai fini dell'efficacia nei confronti della società, il consenso unanime dei soci, trattandosi di una modifica del contratto sociale. Nonostante un'isolata, per quanto autorevole, tesi rigorista abbia asserito l'inderogabilità del consenso unanimistico²⁷⁶, deve preferirsi l'orientamento prevalente dell'ammissibilità di clausole statutarie che consentano, *ab origine* o a seguito di modifica dei patti sociali, la cessione approvata dalla maggioranza dei soci o addirittura la totale libertà di trasferimento²⁷⁷. In effetti, vale qui quanto già detto all'inizio del paragrafo, ossia che la deroga alla regola unanimistica trova pur sempre la sua fonte nella volontà di tutti i soci, per cui non vi è motivo di escluderla per qualsivoglia modificazione statutaria. Si potrebbe financo ammettere che i soci decidano (unanimemente) di subordinare l'efficacia della cessione della quota al *placet* di un socio, sia esso un accomandatario o un accomandante: questa ipotesi di «clausola di gradimento», ancorata a requisiti oggettivamente riscontrabili (e dunque non di «mero gradimento»), da un lato non renderebbe l'alienante «prigioniero» della società, dall'altro troverebbe pur sempre fondamento nella comune volontà della compagine sociale che, tramite detta clausola, domanda a un soggetto individuato la valutazione di idoneità del potenziale acquirente.

Per quanto riguarda, poi, i trasferimenti *mortis causa*, e riallacciandosi all'evento della morte del socio accomandatario, il principio generale è quello dell'intrasmissibilità della quota di quest'ultimo ai suoi eredi, ai sensi dell'art. 2284, richiamato dall'art. 2315. Tra le varie configurazioni che le clausole di continuazione, che consentono agli eredi del socio di entrar a far parte della compagine sociale, possono assumere, merita una particolare attenzione, per la sua diretta attinenza alla s.a.s., quella che trasmette non solo lo *status* di accomandatario, ma anche il *munus* di amministratore. La Suprema Corte, ritenendo valida siffatta clausola quando preveda la successione a favore di una persona certa e già individuata da tutti i partecipanti al contratto sociale, ne ha invece affermato l'illegittimità ove essa contenga una designazione *ad*

²⁷⁶ SIMONETTO, *Sul "trasferimento" delle quote degli accomandatari*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, pp. 179 e ss. La tesi si basa soprattutto sulla rilevanza assunta dall'*intuitus personae* nelle società personali, tale per cui «il mutamento della persona di un socio ha ripercussioni così gravi, sotto il profilo patrimoniale e sotto il profilo del buon funzionamento della società, che considerazioni pratiche assai prima che giuridiche si oppongono validamente all'accettazione della massima criticata» (p. 180).

²⁷⁷ Cass., 10-2-1971, n. 340, in *Giust. civ.*, 1971, I, c. 706; Cass., 22-6-1963, n. 1692, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1909; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, pp. 327 e ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, (già citata in nota 48), pp. 305 e ss.; GRAZIANI, *op. cit.*, p. 164. Nel senso della possibilità di prevedere anche un diritto di prelazione in capo ai soci: T. Napoli, 24-4-1997, in *Notariato*, 1998, p. 52; Cass., 7-11-2002, n. 15605, in *Soc.*, 2003, p. 707.

incertam personam, consentendo cioè il subingresso dell'erede (non specificamente individuato) nella qualifica di amministratore propria del socio defunto²⁷⁸. Nonostante una parte della dottrina abbia criticato tale impostazione, evidenziando come, in mancanza di una diversa esternazione di volontà, la clausola di continuazione nello *status socii* debba ricomprendere tutti i relativi diritti e doveri (inclusi dunque, tra i primi, i poteri amministrativi)²⁷⁹, riteniamo preferibile la tesi dei giudici di legittimità. Anche senza considerare l'*intuitus personae* che ha indotto i soci a scegliere gli amministratori tra la categoria degli accomandatari²⁸⁰, è ben evidente la distinzione tra la posizione di socio accomandatario, che può essere trasferita *mortis causa* in forza della clausola in oggetto, e il ruolo di amministratore, che non è necessariamente connesso a quella stessa posizione, giacché esso è il frutto di una scelta avvenuta in sede di contratto sociale o con atto separato (art. 2319)²⁸¹. Ci sembra cioè pienamente condivisibile la tesi che distingue l'ipotesi in cui le funzioni gestorie siano connaturali allo *status socii* e tutti i soci siano amministratori, dall'ipotesi in cui soltanto alcuni soci illimitatamente responsabili siano anche amministratori (per scelta altrui o per rinuncia all'incarico da parte dell'interessato): soltanto nella prima eventualità la clausola di continuazione comporta il trasferimento delle funzioni amministrative in capo al successore²⁸². Detto questo, non condividiamo però la conclusione secondo cui, qualora «la successione debba investire inscindibilmente la qualità di socio accomandatario ed il *munus* di amministratore ad un soggetto indefinito, l'illegittimità di tale ultima pattuizione coinvolgerà anche la prima, pur in sé ammissibile, determinando la nullità dell'intera clausola di continuazione»²⁸³. Crediamo, più semplicemente, che debba qui trovare applicazione il principio generale di conservazione del negozio giuridico, in base al quale

²⁷⁸ Cass., 4-3-1993, n. 2632, in *Soc.*, 1993, p. 928: «La funzione amministrativa integra il momento gestorio dell'attività sociale, è strettamente strumentale al perseguimento del fine sociale ed attiene alla qualificazione della società come impresa. Una designazione in *incertam personam* coinvolgente la stessa struttura societaria, lederebbe, perciò, necessariamente, un elemento essenziale del contratto della società in accomandita. Egualmente, sarebbe illegittima una clausola di continuazione che, con indifferenza rispetto ai soci accomandatari o accomandanti, prevedesse genericamente il subentro degli eredi del socio defunto anche nella qualifica di amministratore da lui rivestita nella società».

²⁷⁹ VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, in *Giur. comm.*, II, pp. 370 e ss.

²⁸⁰ Già questa considerazione sarebbe sufficiente, secondo CONFORTI, *op. cit.*, pp. 450 e s., ad escludere la continuazione automatica, *iure hereditatis*, nelle funzioni amministrative.

²⁸¹ Anche secondo GHIDINI, *op. cit.*, p. 514, nota 89, proprio perché gli accomandatari non sono necessariamente amministratori, «qualora la nomina ad amministratore ottenuta dal *de cuius* fosse dovuta alla considerazione delle sue particolari capacità», il successore non diventerà a sua volta amministratore.

²⁸² In questo senso esattamente PATRIARCA, *Successione nella quota, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni della Facoltà di Economia dell'Università dell'Insubria*, 11/2000, in <http://eco.uninsubria.it>.

²⁸³ CONFORTI, *op. cit.*, p. 451.

*utile per inutile non vitiatur*²⁸⁴, per cui l'invalidità di una parte della clausola non si estende a quella parte conforme a legge e quindi il successore del socio defunto potrà acquisire la posizione contrattuale di quest'ultimo, con esclusione dell'ufficio amministrativo, che egli potrà rivestire solo a seguito di formale investitura.

A ben altri principi è ispirata la disciplina dell'art. 2322 relativamente al trasferimento della quota del socio *accomandante*, che, anche sotto questo profilo, è considerato dal Legislatore alla stregua di un socio di capitale²⁸⁵, di modo che molto minori si rivelano le interferenze delle rigide regole concernenti le modifiche al contratto di società personale.

Innanzitutto, «la quota di partecipazione del socio accomandante è trasmissibile per causa di morte» (art. 2322, 1° comma). La norma, lapidaria, ha l'unica funzione di sancire in modo inequivoco la deroga all'art. 2284 in materia di morte del socio di società personale. Ma nulla più. Non è dato cioè rinvenire in essa un comando imperativo tale da escludere la contraria pattuizione²⁸⁶. Del resto, non si comprenderebbe perché possa esser derogata la più rigorosa disciplina della cessione della quota dell'accomandatario e non possa esserlo quella ben più permissivista relativa alla quota dell'accomandante. Anzi, la tendenza a definire l'accomandante come socio capitalista dovrebbe giustificare ancor di più l'ammissibilità di un patto sociale che preveda l'intrasmissibilità *mortis causa* della sua quota, analogamente a quanto può accadere nelle società di capitali (artt. 2355-*bis*, 3° comma, e 2469, 2° comma, rispettivamente per s.p.a. ed s.r.l.)²⁸⁷.

Più controversa, invece, è la questione relativa alla pluralità di eredi dell'accomandante defunto. A chi ha sostenuto l'automatico frazionamento della quota in applicazione dei principi successori e quindi il subingresso di ciascun erede, con lo *status* di accomandante, in proporzione della misura

²⁸⁴ In generale, v. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 183.

²⁸⁵ Ci appare abbastanza sterile la discussione in merito al grado di *intuitus personae* che caratterizza la figura del socio accomandante, elemento che, secondo la prevalente dottrina (G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 498; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 303; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 130), sarebbe solamente attenuato, mentre secondo altri (GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., pp. 123 e s.) sarebbe radicalmente escluso. Invero, entrambi gli orientamenti mirano a giustificare la scelta operata dal Legislatore nell'art. 2322 in deroga al principio unanimistico occorrente per l'ingresso di un nuovo socio in una società di persone, ma essi non comportano conseguenze pratiche diverse (soprattutto per quanto riguarda la derogabilità al principio della libera trasferibilità della quota dell'accomandante).

²⁸⁶ In senso contrario, invece, BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 971, valorizzando il confronto del 1° comma dell'art. 2322 con il secondo, che fa salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo. L'argomento letterale è apparso comunque insufficiente ad ipotizzare la trasmissibilità inderogabile della partecipazione dell'accomandante: RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1213.

²⁸⁷ Così anche A. Milano, 22.2.1994, in *Soc.*, 1994, p. 1496; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 124; PATRIARCA, *op. ult. cit.*, p. 46.

dei diritti ereditari²⁸⁸, si contrappone la dottrina prevalente, secondo la quale, mancando una diversa disposizione statutaria, gli eredi succedono in comunione, dovendo essi nominare un rappresentante comune per l'esercizio dei diritti sociali²⁸⁹. Il fatto è che nessuna norma stabilisce se la quota di partecipazione ad una s.a.s. (e ad una società di persone in genere) sia divisibile o meno, a differenza dell'indivisibilità sancita espressamente dall'art. 2347 per le azioni. Stante la lacuna normativa, dovrà attingersi alla disciplina delle partecipazioni in quel tipo di società di capitali che, specialmente dopo la riforma societaria del 2003, appare più vicina alle società di persone: la società a responsabilità limitata²⁹⁰. E l'art. 2468, ult. comma, prevede proprio che «nel caso di comproprietà di una partecipazione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo le modalità previste dagli artt. 1105 e 1106» (in materia di comunione ordinaria di beni). Il Legislatore riformato, con questa norma, da un lato ha regolato autonomamente i rapporti tra i comunisti (della quota) con la società e fra di loro, dall'altro non ha ripetuto la disposizione contenuta nel precedente art. 2482 (divisibilità della quota in caso di successione *mortis causa* o di alienazione). Ciononostante, la dottrina *post* riforma ritiene che «l'assenza di una disposizione normativa specifica non impedisce la divisibilità della partecipazione anche nella vigenza della disciplina novellata; non fosse altro perché diversamente si dovrebbe escludere anche la cessione parziale della partecipazione, al di fuori di ogni logica accettata dalla realtà economica»²⁹¹. Orbene, le stesse conclusioni possono estendersi alla s.a.s., ammettendosi che, fermo restando la naturale contitolarità della quota in capo agli eredi che succedano all'accomandante defunto, il frazionamento della medesima potrà avvenire con il consenso unanime dei soci²⁹², a meno che il contratto sociale non ne abbia sancito l'assoluta indivisibilità.

Venendo ora alla circolazione *inter vivos*, il 2° comma dell'art. 2322 dispone che, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, la quota dell'accomandante «può essere ceduta, con effetto verso la società, con il consenso dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale». È stato ampiamente argomentato che la norma non è da intendersi come una vera e propria deroga alla regola dell'unanimità che presiede alla modificazione dell'atto

²⁸⁸ G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 502 e ss.; T. Torino, 27-2-1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 697.

²⁸⁹ DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 130; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 124; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 224.

²⁹⁰ Anche CONFORTI, *op. cit.*, p. 476, ritiene pertinente il richiamo all'art. 2468, ult. comma.

²⁹¹ MALTONI, *Commento all'art. 2468*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 997.

²⁹² GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 124; BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., p. 971. Nel senso invece della sufficienza della maggioranza dei soci, DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 130.

costitutivo di società di persone: il consenso maggioritario è necessario al fine di rendere opponibile la cessione nei confronti della società, ma non attiene alla validità ed efficacia della stessa *inter partes*²⁹³. In mancanza del suddetto consenso, l'acquirente non diventerà socio e quindi non potrà esercitare i diritti sociali, ma potrà beneficiare dei risultati economici del bilancio approvato²⁹⁴. Si è altresì osservato che questa distinzione dei rapporti tra cedente e cessionario e tra cessionario e società può determinare l'inconveniente della possibile esclusione dell'accomandante cedente che violi la riservatezza degli affari sociali²⁹⁵. Riteniamo inoltre che, in tale eventualità, l'acquirente nulla potrebbe pretendere nei confronti della società, salvo il suo diritto al risarcimento dei danni verso l'alienante.

Il consenso alla cessione non richiede particolari formalità, potendo dirsi tacitamente manifestato se i soci non si oppongano all'esercizio dei diritti sociali da parte del cessionario²⁹⁶. La maggioranza richiesta non è per teste ma per capitale sottoscritto, sicché nessuna distinzione va fatta tra accomandanti ed accomandatari; inoltre, si deve tener conto anche delle quote del cedente e del cessionario che sia già socio, non ravvisandosi ipotesi di conflitti d'interesse²⁹⁷. Richiedendosi una maggioranza «di capitale», è da escludere che si debba computare il voto dell'accomandatario socio d'opera, a meno che l'autonomia statutaria, avvalendosi della possibilità offerta dall'inciso contenuto nel 2° comma dell'art. 2322, preveda espressamente il necessario consenso anche del socio d'opera²⁹⁸.

Il medesimo inciso consente altresì allo statuto di stabilire regole più rigide, come la necessità del consenso unanime dei soci, o, al contrario, di lasciare la piena libertà di trasferimento della quota con efficacia (anche) nei confronti della società. E certamente potrà essere introdotta una clausola di prelazione a favore di uno o più soci, la cui eventuale inosservanza renderà inopponibile la cessione ai titolari del relativo diritto²⁹⁹, secondo le regole valide per la prelazione con efficacia reale – o meglio – che acquista efficacia

²⁹³ GRIPPO, *Commento agli artt. 2321 e 2322*, in *Commentario delle società*, cit., p. 195; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 130; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 301; T. Napoli, 19-2-1991, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 942; Cass., 15-11-1977, n. 4966, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 778.

²⁹⁴ COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 226.

²⁹⁵ COTTINO, WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*, i quali osservano che per evitare ciò, l'alienante «dovrebbe limitarsi a trasmettere all'acquirente i risultati contenuti nel bilancio approvato e ad attribuirgli il saldo».

²⁹⁶ GRIPPO, *op. loc. ult. cit.* Da segnalare, peraltro, la possibilità che un accomandante acquisti una quota dell'accomandatario o viceversa, senza che ciò implichi, automaticamente un mutamento nel suo *status socii*: si verificherà solamente un accrescimento «quantitativo» della partecipazione alla s.a.s., mentre per la «trasformazione» da accomandante ad accomandatario o viceversa occorrerà una manifestazione della volontà sociale.

²⁹⁷ BUSSOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁹⁸ CONFORTI, *op. cit.*, p. 478; COTTINO, WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*

²⁹⁹ Cass., 7-11-2002, n. 15605, cit.; Cass., 3-4-1991, n. 3482, in *Soc.*, 1991, p. 1203.

reale con l'iscrizione dei patti sociali (in cui essa è contenuta) nel registro delle imprese.

Più controversa la questione relativa alle conseguenze della cessione di quota di un accomandante che abbia violato il divieto d'immistione, essendo dubbio se l'acquirente sia passibile delle sanzioni della responsabilità patrimoniale illimitata e dell'eventuale esclusione dalla società. Diverse sono state le opinioni espresse al riguardo. La dottrina tradizionale ha cercato di risolvere il problema valorizzando l'interesse primario dei terzi a non veder elusa la disciplina sanzionatoria: così, nel caso di trasferimento *mortis causa*, l'erede acquisterebbe responsabilità illimitata ma non potrebbe essere escluso (essendo quest'ultima una sanzione corporativa estranea alla tutela dei terzi), mentre nella cessione *inter vivos* l'acquirente non diventerebbe illimitatamente responsabile, visto che la garanzia patrimoniale per i terzi resterebbe il patrimonio personale dell'alienante, in forza dell'art. 2290³⁰⁰. Altri hanno sostenuto che, se si voglia escludere l'assunzione di responsabilità illimitata da parte del cessionario, occorre necessariamente ritenere che tale sanzione nasca non dal contratto sociale ma esclusivamente dalla legge, sicché anche l'erede con beneficio d'inventario dell'accomandante defunto (che abbia violato il divieto) resterebbe limitatamente responsabile³⁰¹. Una recente dottrina, infine, partendo dal presupposto della prevalenza delle norme in materia di successione, ha affermato che, in caso di trasferimento *mortis causa* della quota dell'accomandante, l'erede può decidere se accettare o meno l'eredità (eventualmente con beneficio d'inventario), ma una volta accetta, «non è possibile pensare che esso non acquisisca, all'interno del complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al defunto, in dipendenza della violazione dell'art. 2320, 1° co., c.c. da quest'ultimo commessa, anche la stessa responsabilità illimitata e solidale ed il coinvolgimento nel rischio di un'insolvenza sociale che gravavano sull'accomandante deceduto»³⁰². A noi pare che quest'ultimo orientamento, partendo da una premessa corretta, giunga ad una conclusione ad essa non del tutto coerente. Se infatti si ritenga operante, in via prioritaria e preliminare, l'istituto dell'accettazione beneficiata dell'eredità, il quale determina, tra le sue conseguenze, la limitazione della responsabilità patrimoniale dell'erede per i debiti ereditari (e per i legati) entro il valore dell'eredità ricevuta (art. 490, 2° comma, n. 2), non si può che estendere tale effetto legale all'erede dell'accomandante indebitamente ingeritosi nella gestione sociale³⁰³. L'erede dunque resta responsabile

³⁰⁰ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 303 e ss.

³⁰¹ COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., pp. 226 e s.

³⁰² CONFORTI, *op. cit.*, p. 482.

³⁰³ In effetti la giurisprudenza ha ritenuto che l'effetto limitativo della responsabilità patrimoniale opera anche a favore dell'erede del socio defunto di una società a responsabilità illimitata, per quanto riguarda le obbligazioni già gravanti sul defunto: Cass., 16-7-1976, n. 2815, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 2214 e ss.

nei limiti del valore della quota ricevuta in successione (qualora l'eredità non comprenda altri beni o, in caso contrario, comunque entro il limite del valore di questi ultimi), anche per quanto riguarda le obbligazioni sociali «future», ossia quelle che sorgeranno dopo l'apertura della successione (e sempre che l'erede divenuto socio accomandante non violi a sua volta il divieto d'immistione). Né varrebbe al contrario obiettare che il chiamato all'eredità, potendo (e dovendo) informarsi diligentemente sulla situazione generale della società, compie la scelta di accettare con beneficio d'inventario con la piena consapevolezza del valore delle passività che egli dovrà poi sopportare. Da un lato, ciò non è esatto perché la violazione del divieto d'immistione da parte del *de cuius* comporterebbe responsabilità illimitata anche per i debiti sociali futuri, del cui ammontare non potrebbe certo esserne a conoscenza il chiamato all'eredità; dall'altro, la piena contezza del valore delle poste passive della massa ereditaria (tra le cui componenti figura la quota di partecipazione alla s.a.s.) incide soltanto sull'orientamento del chiamato circa l'accettazione o meno dell'eredità, ma non può ovviamente modificare gli effetti dell'applicazione dell'istituto del beneficio d'inventario. Dunque, dall'esclusiva operatività del diritto successorio dovrebbe discendere una responsabilità patrimoniale dell'erede dell'accomandante indebitamente ingeritosi, limitata al valore dell'eredità ricevuta, mentre soltanto da una successiva violazione del divieto d'immistione potrebbero derivare le due sanzioni legali (responsabilità illimitata ed eventuale esclusione dalla società³⁰⁴). Condivisibile, invece, la conclusione raggiunta dalla stessa dottrina in merito al trasferimento *inter vivos* della quota dell'accomandante indebitamente ingeritosi: in questo caso il cessionario diventerà illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali (anche quelle sorte successivamente alla cessione) perché non opera alcun meccanismo di diritto comune (o di diritto speciale) idoneo ad impedire tale effetto. L'eventuale errore-motivo in cui sia caduto l'acquirente o il dolo negoziale posto in essere dall'alienante rileveranno soltanto come vizi della volontà e possibili cause di annullabilità del contratto, con effetti retroattivi, e ferma restando la responsabilità (ancora illimitata) del cedente³⁰⁵.

13. Altre vicende relative alle quote.

Nonostante l'assenza di specifiche disposizioni concernenti i diritti reali di godimento e di garanzia sulle quote di partecipazione alla s.a.s. (e, più in generale, alle società di persone), la dottrina più accreditata ne ammette la

³⁰⁴ *Contra*, CONFORTI, *op. cit.*, p. 483, il quale estende persino la sanzione della potenziale esclusione all'erede o all'acquirente *inter vivos* dall'accomandante indebitamente ingeritosi, facendo leva, discutibilmente, sulla consapevolezza della violazione compiuta dal dante causa.

³⁰⁵ CONFORTI, *op. cit.*, p. 483.

costituzione (in particolare dei diritti di *usufrutto* e *pegno*), sulla considerazione che la quota è pur sempre un bene (mobile) disponibile, «che nessuna norma esclude dall'oggetto dei diritti reali limitati»³⁰⁶. Quanto al processo decisionale, vi è sostanziale concordia nel ritenere che, trattandosi di modifica del contratto sociale, sia necessaria, di *default*, l'unanimità dei consensi dei soci, se oggetto del diritto sia la quota dell'accomandatario³⁰⁷. Qualora invece si tratti della quota dell'accomandante, *nulla quaestio* per quanto attiene alla libera disponibilità per testamento dei diritti di usufrutto e nuda proprietà (stante la riconducibilità al generico 1° comma dell'art. 2322)³⁰⁸; si è discusso invece se per la loro costituzione per atto *inter vivos* sia necessaria l'unanimità dei consensi (ai fini dell'opponibilità alla società)³⁰⁹ o se sia sufficiente la maggioranza del capitale come per il trasferimento della piena proprietà³¹⁰. Quest'ultima opinione sembra preferibile considerato che se il Legislatore ha ritenuto sufficiente la maggioranza del capitale per l'opponibilità alla società del mutamento di un elemento della compagine sociale, non vi è motivo di richiedere la più rigida unanimità per quelle vicende che non incidono sullo *status* di socio. È noto infatti che né l'usufruttuario né tantomeno il creditore pignoratizio diventano soci. D'altronde, la questione ora menzionata si pone soltanto con riguardo al diritto di voto che, in applicazione analogica dell'art. 2352, deve essere riconosciuto all'usufruttuario o al creditore pignoratizio³¹¹ a patto che – qui sta l'importanza della soluzione che si voglia adottare – la costituzione del suddetto diritto sia opponibile alla società. Diversamente, per quanto concerne gli altri diritti³¹², questi potrebbero essere comunque esercitati dall'usufruttuario o dal creditore pignoratizio indipendentemente dall'efficacia nei confronti della società della costituzione dei di-

³⁰⁶ PALUMBO, *op. cit.*, p. 274; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., pp. 240 e s.; GRAZIANI, *op. cit.*, p. 112; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, cit., p. 355; ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1961, pp. 181 e ss. In giurisprudenza, T. Trento, 14-1-1997, in *Vita notarile*, 1998, p. 855; *contra*, T. Trento, 6-9-1996, *ivi*, 1998, p. 855, facendo leva sulla mancanza di una norma *ad hoc* e considerando eccezionale l'art. 2352 dettato per le s.p.a.

³⁰⁷ T. Biella, 23-10-1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 1250; COSTI, DI CHIO, *La società in generale*, cit., p. 522; GHIDINI, *op. cit.*, p. 671. Il consenso può essere espresso, oltre che in occasione della costituzione del diritto reale parziario, anche preventivamente nel contratto sociale, sia espressamente che implicitamente: PALUMBO, *op. cit.*, p. 275.

³⁰⁸ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 501.

³⁰⁹ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 502, evidenziando come l'art. 2322, 2° comma, si riferisca soltanto all'ipotesi della sostituzione del socio e non anche alla costituzione di un diritto limitato.

³¹⁰ COSTI, DI CHIO, *La società in generale*, cit., p. 527; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., 131; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 346; PALUMBO, *op. cit.*, p. 274.

³¹¹ V., *ex multiis*, FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 795, nota 7.

³¹² Segnatamente i diritti patrimoniali (diritto agli utili e alla quota di liquidazione) e, nel caso di usufrutto sulla quota dell'accomandante, il diritto di controllo sull'operato degli amministratori.

ritti reali limitati, consideratane l'immediata efficacia *inter partes*. Al contrario, vi sono diritti che in ogni caso non competerebbero all'usufruttuario o al creditore pignoratizio, nemmeno se vi fosse il consenso unanime dei soci: si tratta sicuramente del diritto di recesso (imprescindibilmente connesso alla qualità di socio, che rimane in capo al nudo proprietario) e, probabilmente, del diritto di amministrare (se, con la dottrina tradizionale, si esclude l'ammissibilità dell'amministratore estraneo, quale è l'usufruttuario o il creditore pignoratizio)³¹³.

Non del tutto sopita la discussione in merito alla *pignorabilità* delle quote di partecipazione alla s.a.s. (e, più in generale, alle società di persone), questione che si ricollega inevitabilmente all'*espropriabilità* delle stesse. Quest'ultima è stata pressoché pacificamente esclusa, *manente societate*, dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali³¹⁴, sulla considerazione che la sostituzione del creditore precedente o del terzo acquirente al socio esecutato contrasterebbe con il principio di modificabilità del contratto sociale all'unanimità dei consensi dei soci. La Suprema Corte ha precisato che l'espropriabilità della quota di una società di persone è strettamente connessa alla libera trasferibilità della quota stessa; per cui, ove quest'ultima fosse statutariamente prevista, non vi sarebbero problemi ad ammettere anche la prima³¹⁵. Considerato poi che il pignoramento è l'atto iniziale del processo esecutivo, la prevalente giurisprudenza esclude che oggetto dello stesso possa essere la quota di società personale, non potendosi far rientrare tale atto tra quelli a carattere meramente conservativo di cui all'art. 2270, 1° comma³¹⁶. Si tende ad escludere anche che oggetto del pignoramento possa essere la quota di liquidazione che spetterà al socio al momento dello scioglimento del rapporto, a meno che l'efficacia del pignoramento non sia differita al momento della liquidazione della società stessa, allorquando «su istanza del creditore precedente dovrà essere rinnovata la dichiarazione del terzo al fine di verificare qual è l'effettivo valore della quota»³¹⁷.

14. La fase estintiva della società: lo scioglimento.

La cessazione di una società, sia essa di persone o di capitali, consegue ad un procedimento articolato in fasi, delle quali la prima è rappresentata

³¹³ PALUMBO, *op. cit.*, p. 275.

³¹⁴ RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, cit., p. 381; G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 233 e ss.; GHIDINI, *op. cit.*, pp. 696 e s.; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., pp. 127 e ss.; T. Ravenna, 12-4-1994, in *Soc.*, 1995, p. 207.

³¹⁵ Quand'anche fosse prevista una clausola di prelazione a favore degli altri soci: Cass., 7-11-2002, n. 15605, cit.

³¹⁶ A. Ancona, 27-12-1965, in *Giur. it.*, 1966, c. 473; A. Lecce, 29-3-1961, cit.; T. Napoli, 15-2-1991, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 254; P. Civitanova Marche, 6-3-1993, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 895. Sul sequestro conservativo in particolare, v. la nota 271.

³¹⁷ T. Monza, 5-12-2000, cit.

dallo scioglimento. Quest'ultimo è fonte di un mutamento dello scopo della società, determinando «una modificazione incisiva del vincolo di destinazione del patrimonio sociale: questo non costituisce più lo strumento per il normale esercizio dell'attività d'impresa, bensì deve essere trasformato in una somma di denaro da destinare al pagamento dei debiti sociali, mentre l'eventuale residuo attivo verrà ripartito fra i soci»³¹⁸.

La seconda fase del procedimento estintivo della società è data dalla liquidazione delle attività sociali che, a differenza di quanto avviene per le società di capitali, è attivata *ipso iure* dal verificarsi di una causa di scioglimento.

L'ultima fase consiste nella cancellazione della società dal registro delle imprese che – tralasciando la *querelle* di cui si dirà al paragrafo successivo – segna il momento estintivo della società stessa.

L'art. 2323, 1° comma, richiama, per la società in accomandita semplice, sia le cause di scioglimento già previste dall'art. 2308 per la società in nome collettivo, sia quelle dell'art. 2272 per la società semplice³¹⁹. La trattazione di esse esula tuttavia dall'economia del presente lavoro, dovendosi quindi rinviare all'opportuna *sedes materiae*.

Occorre soffermarsi invece sulla *specifica causa di scioglimento* dettata per la s.a.s. dall'art. 2323, ossia il venir meno di una delle categorie dei soci accomandanti ed accomandatari. Più precisamente si tratta dell'adattamento legislativo della causa di scioglimento relativa al venir meno della pluralità dei soci, prevista genericamente per le società di persone (art. 2272, n. 4), alla società in accomandita semplice, caratterizzata dal più volte citato dualismo interno alla compagine sociale: ciò significa, ovviamente, che il mantenimento della pluralità dei soci non ostacola lo scioglimento della s.a.s. laddove non residui almeno un accomandante ed un accomandatario³²⁰. Lo scioglimento della società, inoltre, consegue soltanto alla mancata sostituzione del socio venuto meno nel termine di sei mesi, con effetti *ex nunc* a partire dalla scadenza dello stesso: di conseguenza, le operazioni sociali compiute in tale semestre sono da ritenersi valide ed efficaci sia nei confronti della società che dei terzi³²¹. Il termine dei sei mesi è stato considerato inderogabile, salva la possibile riduzione ad opera di apposita clausola statutaria, che apparirebbe compatibile con la *ratio legis* dell'istituto³²². A tale ultimo riguar-

³¹⁸ GRIPPO, *La società semplice*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, cit., p. 90.

³¹⁹ In forza di tale ultimo articolo, peraltro, la s.a.s. può sciogliersi per altre cause previste nel contratto sociale, interne o esterne alla società.

³²⁰ G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 503 e s. Peraltro, è certo che se rimanga un solo accomandatario, decorsi i sei mesi, la società si scioglierà per il venir meno della pluralità dei soci ex art. 2272, n. 4: CONFORTI, *op. cit.*, p. 54.

³²¹ GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 125; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 338; DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, cit., p. 182; T. Torino, 18-3-1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 80; Cass., 5-3-2003, n. 3269, in *Giust. civ.*, 2003, I, c. 824; T. Milano, 14-1-1988, in *Soc.*, 1988, p. 497.

³²² CONFORTI, *op. cit.*, p. 52.

do, tuttavia, esprimiamo qualche perplessità, poiché se nel semestre «di attesa» contemplato dalla legge è dato rinvenire la finalità, alla quale non è estraneo un connotato pubblicistico, di assicurare, per quanto possibile, la continuità dell'impresa sociale, potrebbe risultare non del tutto ad essa coerente la riduzione statutaria del termine stesso. A ciò aggiungasi che il termine dei sei mesi rappresenta uno degli elementi costitutivi della fattispecie astratta della causa di scioglimento espressamente prevista dalla legge e – secondo la migliore dottrina³²³ – le cause legali di scioglimento non possono essere soppresse dall'autonomia privata. Vero è, comunque, che labile appare il confine tra modificazione di una causa legale di scioglimento ed introduzione di una convenzionale, ragione per cui non ci sentiamo di escludere a priori l'ammissibilità di una riduzione statutaria del termine semestrale.

Le conseguenze sono diverse a seconda che venga meno la categoria degli accomandanti o degli accomandatari.

Nel primo caso, non si pongono problemi di sorta, giacché l'amministrazione verrà continuata, come di consueto, dagli accomandatari. Se tuttavia non venga ricostituita la categoria dei soci accomandanti nel semestre previsto, continuandosi la gestione sociale, la dottrina ritiene che si verifichi una trasformazione tacita della s.a.s. in s.n.c.³²⁴. Di «trasformazione» potrà tuttavia parlarsi in senso atecnico³²⁵, intendendosi piuttosto che, dal momento della «sopravvivenza» di soli soci a responsabilità illimitata dovranno applicarsi le norme sulla s.n.c.

Qualora invece siano venuti meno tutti gli accomandatari³²⁶, nel semestre di transizione l'amministrazione ordinaria della società verrà assunta da un *amministratore provvisorio*, nominato dagli accomandanti, il quale non assumerà la qualità di socio accomandatario³²⁷. La legge nulla dice in merito alle

³²³ DI SABATO, *La società semplice*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 16, cit., p. 109.

³²⁴ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 504; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 327; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 125. La stessa dottrina ritiene inoltre che, a parte le variazioni dell'atto costitutivo relative all'ingresso di nuovi soci, la continuazione della società, dopo la ricostituzione della categoria dei soci venuta meno, possa essere desunta anche tacitamente, tramite comportamenti concludenti. Decorso invece il termine semestrale senza ricostituzione della categoria venuta meno, la reviviscenza della società potrà determinarsi soltanto, oltre che con il consenso di tutti i soci, in assenza di opposizione dei creditori particolari dei soci stessi (G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 506). La giurisprudenza ritiene comunque che la ricostituzione della categoria dei soci mancanti operi come *condictio facti* con effetto retroattivo dal momento in cui la suddetta categoria è venuta meno.

³²⁵ Considerato che le uniche trasformazioni in senso proprio sono quelle previste dagli artt. 2498 e ss. c.c. e dalle leggi speciali, mentre anche la semplice iscrizione nel registro delle imprese di una società irregolare è stata definita non come «trasformazione» ma come «regolarizzazione».

³²⁶ Sull'interpretazione del disposto del 2° comma dell'art. 2323, con particolare riferimento alla revoca o al recesso dell'unico accomandatario-amministratore, v. i parr. 6 e 12.

³²⁷ Sulla possibilità che amministratore provvisorio sia nominato anche un accomandante, il quale per ciò solo non assume responsabilità illimitata, v. il par. 9, in fine.

modalità di nomina dell'amministratore provvisorio, per cui si è affermato che l'assunzione di tale qualifica potrebbe essere desunta da comportamenti concludenti³²⁸, pur essendo opportuna l'iscrizione dell'atto formale di nomina nel registro delle imprese³²⁹. Non sono legislativamente ben definiti nemmeno i poteri di questo amministratore, limitati comunque agli «atti di ordinaria amministrazione». Comunque si vogliano definire questi ultimi³³⁰, essi andranno valutati sulla base di un «parametro dinamico di normalità gestionale»³³¹, volto alla conservazione della continuità imprenditoriale, più che del patrimonio della società. La stessa dottrina ha correttamente distinto questi atti di ordinaria amministrazione dagli «affari urgenti» che gli amministratori possono ancora compiere dopo lo scioglimento della società (art. 2274). Mentre questi ultimi sono comunemente ricondotti agli atti conservativi del patrimonio sociale, nell'ottica dell'ottimizzazione delle risorse in vista della liquidazione, l'attività dell'amministratore provvisorio rimane orientata verso il perseguimento dell'oggetto sociale poiché ancora non si è verificata una causa di scioglimento della società. La delimitazione dei poteri dell'amministratore provvisorio acquista rilevanza – così come la durata massima di espletamento degli stessi – ai fini dell'eventuale inosservanza di tali vincoli e delle conseguenti sanzioni. Sotto quest'ultimo profilo, appare pertinente la «classica» distinzione dottrinale a seconda che amministratore provvisorio sia un estraneo o un accomandante (sempre che, accogliendo la preferibile opinione, quest'ultima opzione si ritenga possibile). Nel primo caso, egli, non essendo socio e non acquistando quindi la responsabilità illimitata, verrà considerato come un *falsus procurator* ex art. 1398, con relativa esposizione al rischio di risarcimento danni verso i terzi. L'accomandante, invece, incorrerà nella violazione dell'art. 2320 con l'assunzione della responsabilità illimitata che ne consegue³³². Altri Autori utilizzano quale criterio discriminatorio la presenza o meno del consenso degli altri soci all'eccesso (sostanziale o temporale) di potere dell'amministratore provvisorio, giungendo, con rilevanti differenze, ad ipotizzare, nel primo caso, una modificazione, anche tacita, dello *status* dello stesso soggetto agente³³³. Quest'ultima impostazione

³²⁸ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 205.

³²⁹ Cass., 2-12-1983, n. 7204, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 26.

³³⁰ Sui problemi qualificatori in merito, v. il par. 11, nota 243.

³³¹ MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 207.

³³² È questa l'esatta ricostruzione di GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 125.

³³³ Secondo G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 505 e ss., in caso di eccesso di poteri «autorizzato» dagli altri soci, si dovrebbe di fatto considerare ricostituita la categoria di soci mancante (evidentemente trasformandosi l'amministratore provvisorio estraneo in un accomandatario). Secondo FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 346 e s., «se l'amministratore provvisorio compie atti eccedenti l'ordinaria amministrazione col consenso di tutti i soci, o se, sempre col consenso degli stessi, prosegue la gestione oltre il termine di sei mesi, la società si trasforma in collettiva e nei confronti dei terzi risponderà anche l'amministratore estraneo, salvo che risulti ai terzi la sua estraneità alla compagine sociale». In-

tuttavia non ci convince poiché finisce per attribuire un peso eccessivo – e forse *ultra legem* – all’atteggiamento tollerante degli altri soci³³⁴. In particolare, in virtù del principio di simmetria delle forme, dubitiamo che comportamenti concludenti possano legittimamente modificare il contratto sociale che risulti *ab origine* da atto scritto (e iscritto), mediante l’ingresso di un nuovo socio (l’estraneo – amministratore provvisorio) o tramite la «trasformazione» dell’accomandante – amministratore provvisorio in accomandatario³³⁵. Inoltre, la giurisprudenza ha già opportunamente affermato che «non è assoggettabile a fallimento in proprio il socio accomandante, nominato amministratore provvisorio, il quale rimanga formalmente in carica oltre il termine semestrale *ex art. 2323 c.c.*, senza tuttavia compiere atti di gestione»³³⁶: pronuncia dalla quale si evince implicitamente che il solo consenso tacito degli altri soci al mantenimento della carica dell’amministratore provvisorio non vale a «trasformare» quest’ultimo da accomandante ad accomandatario, tant’è che egli non soggiace a quel fallimento che potrebbe altrimenti colpire il socio illimitatamente responsabile. Riteniamo piuttosto che il consenso dei soci possa incidere sulla responsabilità dell’accomandante che abbia ecceduto i limiti dell’art. 2323, 2° comma, nel senso che eviterebbe a quest’ultimo di incorrere nella violazione del divieto d’immistione (operando quasi alla stregua di una procura o di una ratifica).

15. Segue: *La liquidazione e la cancellazione.*

Come già accennato nel paragrafo precedente, col verificarsi di una causa di scioglimento si apre la fase liquidatoria della società, regolata dagli artt. da 2275 a 2283 e da 2309 a 2312, in quanto compatibili con il modello società in accomandita semplice.

Innanzitutto, ricordando che tale fase è preordinata al soddisfacimento dei creditori sociali, è incontestata in dottrina la necessità di estinguere le passività della società, prima di procedere all’eventuale ripartizione dell’attivo. Contestata è invece, nelle società di persone, la possibilità di omettere del tutto la fase liquidatoria, ciò che si dovrebbe ammettere quando la società non abbia debiti o quando siano stati definiti in modo amichevole i rap-

termedia la posizione di MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., pp. 208 e s., il quale sostiene che soltanto l’accomandante – amministratore provvisorio, che abbia ecceduto i limiti dei propri poteri col consenso degli altri soci, diventa accomandatario.

³³⁴ Critica condivisa anche da CONFORTI, *op. cit.*, p. 69, a mente del quale anche la «ri-conversione in accomandatario sulla base di meri elementi fattuali» appare in «stridente contrasto con l’ultima parte dell’art. 2323, 2° co., c.c.».

³³⁵ Non possiamo tuttavia sottacere il fatto che, secondo parte della dottrina (DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 180) che qui non si condivide, il principio di libertà delle forme per le modifiche del contratto sociale varrebbe anche qualora il contratto originario fosse stato stipulato con una forma particolare.

³³⁶ T. Torino, 22-2-1991, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 646.

porti coi terzi³³⁷. Vi è concordia, comunque, sull'ampia derogabilità del procedimento liquidatorio, nel senso che i soci possono concordarne le modalità, perseguendo l'obiettivo primario di soddisfare i creditori sociali³³⁸.

Quanto alla nomina e ai poteri dei liquidatori, non vi sono differenze di disciplina rispetto a quanto previsto per le altre società personali, essendo necessario, per il conferimento del relativo incarico, il consenso di tutti i soci (accomandanti ed accomandati) appositamente espresso, oppure una clausola statutaria *ad hoc* o, infine, un provvedimento del Presidente del Tribunale. Una questione direttamente attinente alla s.a.s. è invece quella relativa alla possibilità di nominare come liquidatore un socio accomandante. Per la verità, non riteniamo che l'assunzione di un simile incarico possa configurare una violazione del divieto d'immistione per la semplice ragione che nella fase liquidatoria il ruolo che l'accomandante acquisterebbe sarebbe del tutto slegato al suo *status socii*, giacché il rapporto che si instaura tra società e liquidatori è un rapporto di prestazione d'opera³³⁹, regolato dalle norme sul mandato. Pertanto, non ravvisiamo alcun ostacolo a prevedere, nello stesso contratto sociale, che l'incarico di liquidatore venga assunto da un socio accomandante³⁴⁰, giacché dall'accettazione della carica la gestione della società viene demandata ai liquidatori stessi, rimanendo del tutto alieno da questo contesto il divieto d'immistione dell'art. 2320. Si è infatti ripetuto più volte che tale divieto inerisce ad una precisa distinzione di funzioni tra accomandanti e accomandati, ai quali ultimi viene riservata l'amministrazione nella *fase attiva* della società; nella fase liquidatoria invece tale distinzione svanisce, venendo privati gli accomandati del potere di gestione e, di logica conseguenza, venendo meno il «substrato» operativo stesso del divieto d'immistione. Del resto, se si ammette la configurabilità dell'accomandante – ammi-

³³⁷ T. Torino, 21-3-1980, in *Giur. comm.*, 1981, p. 846; Cass., 22-7-1943, in *Dir. fall.*, 1943, II, p. 17; BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, cit., pp. 934 e s.; FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 308 e ss.; CONFORTI, *op. cit.*, p. 497. G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 268, fa l'esempio del trasferimento in blocco dell'azienda sociale ad un socio o ad un terzo (con conseguente accollo da parte di questi di tutti i debiti) con il consenso dei creditori sociali e liberazione della società e dei soci personalmente responsabili. Tuttavia, nel senso dell'obbligatorietà del procedimento formale di liquidazione, T. Napoli, 12-5-1993, in *Soc.*, 1993, p. 1487; GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 545.

³³⁸ Cass., 3-3-2000, n. 2376, in *Soc.*, 2000, p. 840; Cass., 11-3-1998, n. 2676, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 2098; Cass., 27-1-1992, n. 860, in *Impresa*, 1991, p. 1762; Cass., 20-12-1985, n. 6525, in *Soc.*, 1986, p. 600; Cass., 16-3-1981, n. 1468, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 808.

³³⁹ PALUMBO, *op. cit.*, p. 313.

³⁴⁰ Di contrario avviso CONFORTI, *op. cit.*, p. 504: «sarebbe palesemente incongruente che fosse consentito di stabilire *ab initio* che chi deve restare istituzionalmente escluso dalle funzioni amministrative, e cioè l'accomandante, possa poi, *de iure et facto*, venire predeterminatamente e contestualmente investito di attribuzioni sostanzialmente assimilabili a quelle inibite, ma di cui si consente (*rectius*: si prescrive) l'esercizio in un dato momento successivo». Per la verità, non ravvisiamo la palese incongruenza di cui parla l'Autore ora citato, poiché, come si spiega nel testo, la diversità delle fasi di vita della società (fase attiva-fase liquidatoria) giustifica l'applicazione o meno del divieto di immistione.

nistratore provvisorio, situazione nella quale il socio accomandante, trovandosi ancora *sub* divieto d'immistione, può temporaneamente gestire la società (seppur limitatamente all'ordinaria amministrazione) in una fase imprenditoriale attiva, non si comprende perché lo stesso socio non possa essere designato a provvedere alla liquidazione della società in un fase rispetto alla quale – ripetiamo – appare del tutto estranea la *ratio* del divieto medesimo.

Il procedimento di liquidazione della s.a.s. prosegue senza variazioni rispetto all'*iter* delineato per le altre società personali, fino all'approvazione del bilancio finale di liquidazione e alla successiva richiesta di *cancellazione* della società dal registro delle imprese (art. 2312).

Proprio circa l'efficacia di quest'ultima si è discusso e si discute tuttora in dottrina e giurisprudenza, avendo di recente la questione ottenuto nuova linfa da una sentenza della Cassazione che ha affermato, in netta rottura con il pregresso consolidato orientamento giurisprudenziale³⁴¹, che la cancellazione di una società personale (così come quella di una società di capitali) ha efficacia costitutiva, determinando l'estinzione della società, nonostante la presenza di rapporti giuridici pendenti³⁴². La pronuncia ha recepito così la tesi della prevalente dottrina³⁴³ che, con riguardo sia alle società capitalistiche, sia a quelle di persone registrate, propende per l'efficacia costitutiva della cancellazione, argomentando anche dal 2° comma dell'art. 2312³⁴⁴, dal quale

³⁴¹ Per lungo tempo, anche dopo la riforma del 2003, la giurisprudenza di gran lunga prevalente ha asserito che, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, la società (di persone o di capitali) non potesse ritenersi estinta fino all'effettiva definizione dei rapporti giuridici ad essa facenti capo: Cass., 15-1-2007, n. 646, in *Impresa*, 2007, p. 635; Cass., 2-3-2006, n. 4652, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 3; Cass., 10-10-2005, n. 19732, in *Soc.*, 2006, p. 1108; Cass., 9-9-2004, n. 18191, in *Guida dir.*, 2004, n. 45, p. 48; Cass., 24-9-2003, n. 14147, in *Soc.*, 2003, p. 1622; Cass., 1-7-2000, n. 8842, in *Massimario Annotato della Cassazione*, 2000, p. 1478; Cass., 12-6-2000, n. 7972, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, n. 23, p. 27; Cass., 14-5-1999, n. 4774, in *Soc.*, 1999, p. 1326; Cass., 7-7-1998, n. 6597, in *Massimario Annotato della Cassazione*, 1998, p. 1479; Cass., 5-9-1996, n. 8099, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 625; Cass., 28-12-1989, n. 5803, in *Soc.*, 1990, p. 471.

³⁴² Si tratta della nota Cass., 15-10-2008, n. 25192, in *Soc.*, 2009, pp. 877 e ss., con commento di RONCO, *Cancellazione dal Registro ed estinzione della società di persone*. La Suprema Corte ravvisa nel rinnovato art. 2495, 2° comma, c.c., in materia di società di capitali [«Fermo restando l'estinzione della società (...)»], un principio generale valido anche per le società di persone, da applicarsi retroattivamente alle cancellazioni intervenute anteriormente all'entrata in vigore della riforma del diritto societario (1-1-2004), con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti; conf. T. Torino, 12-1-2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2523.

³⁴³ GHIDINI, *op. cit.*, pp. 882 e ss.; GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 558; FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 332; PORZIO, *L'estinzione delle società per azioni*, Napoli, 1959, pp. 204 e s.; COTTINO, WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., p. 337; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, p. 426; OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 134. *Contra*, per esigenze di tutela dei creditori sociali, JAEGER, DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, cit., pp. 169 e s.

³⁴⁴ «Dalla cancellazione della società i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi».

si evince l'avvenuta estinzione della società. La sentenza della Cassazione è stata tuttavia fortemente criticata da chi, evidenziandone l'inadeguatezza argomentativa, ha sostenuto come essa non colga, con riguardo alle società di persone, una «evidente distonia tra gli effetti dichiarativi della pubblicità nella fase genetica e quelli costitutivi nella fase estintiva dell'ente»³⁴⁵ e come l'art. 2312, che disciplina (compiutamente) la materia per le società personali, non sia stato modificato dalla riforma del 2003, a differenza di quanto accaduto per l'art. 2495 in materia di società di capitali. Non ci sentiamo però di condividere *in toto* queste critiche perché, se è vero che per le società di persone l'iscrizione nel registro delle imprese non ha efficacia costitutiva (per cui potrebbe apparire strano che una simile efficacia scaturisca dalla cancellazione), è altrettanto vero che non appare decisivo, per negare l'assunto della Cassazione, né l'argomento dell'omessa revisione dell'art. 2312, né quello della lacuna di tutela dei creditori sociali. Con riguardo al primo, la dottrina³⁴⁶ ha già avuto modo di dimostrare come la riforma delle società di capitali abbia inciso indirettamente su vari aspetti della disciplina delle società di persone ed, anzi, l'omesso intervento del Legislatore sull'art. 2312 (come sugli altri articoli estranei alle società di capitali e cooperative) possa essere dovuto alla necessità di evitare il rischio di incorrere nell'eccesso di delega³⁴⁷. Quanto al pericolo di una lacuna di tutela per i creditori sociali rimasti insoddisfatti, ci pare che esso non si profili nemmeno ritenendo estinta la società a seguito della cancellazione, poiché la garanzia patrimoniale verrebbe allora ad essere rappresentata dai beni personali dei soci, i quali, tra l'altro – secondo la dottrina – acquistano *pro quota* i beni sociali residui³⁴⁸. Dunque non vi sarebbe un indebolimento della tutela dei creditori sociali, ma piuttosto un rafforzamento ove si consideri che i medesimi potrebbero altresì agire contro i liquidatori, se il loro mancato soddisfacimento fosse dipeso da colpa di questi (art. 2312, 2° comma). Ciò è tanto più vero nella s.a.s. dove alla responsabilità degli accomandatari e dei liquidatori si aggiunge quella degli *accomandanti*, limitatamente alla quota di liquidazione percepita (art. 2324). Questi ultimi peraltro rispondono solo in caso di cancellazione

³⁴⁵ IACCARINO, *Sopravvenienze attive alla cancellazione della società: soluzioni operative dopo l'ultimo orientamento della Cassazione*, in *Soc.*, 2009, p. 550. Interessante anche l'esposizione, ivi contenuta, dei problemi pratici inerenti il potere di disposizione dei cespiti sociali che eventualmente residuino dopo la cancellazione della società.

³⁴⁶ BOLOGNESI, *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, cit., p. 1117, nota 1; sul tema dell'estinzione della società di persone v. LUPETTI, *Cancellazione di s.a.s. dal registro delle imprese e sopravvenienze attive. Quesito n. 5405/I*, in AA.VV., *Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle società di persone*, Quaderni del Notariato, Milano, 2006.

³⁴⁷ L'art. 1, l. 3-10-2001, n. 366 («Delega al Governo per la riforma del diritto societario»), recita: «il Governo è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi recanti la riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative (...)».

³⁴⁸ G. FERRI, *Delle società*, cit., p. 460; GRAZIANI, *op. loc. ult. cit.*; FERRARA JR, CORSI, *op. loc. ult. cit.*

della società ed indipendentemente dalla loro buona o mala fede; inoltre, ad ulteriore protezione dei creditori, si pone il principio generale della solidarietà passiva, che si ritiene operante anche nei riguardi degli accomandanti, cosicché ciascuno di essi è tenuto per l'intero credito, salvo il diritto di regresso nei confronti degli altri soci secondo i criteri di ripartizione delle perdite³⁴⁹. Da ultimo, un ulteriore strumento di tutela dei terzi (e degli stessi soci) è stato giustamente individuato da quella dottrina³⁵⁰ che ritiene applicabile alla fattispecie della cancellazione della società, avvenuta in mancanza dei presupposti legali, l'art. 2191, in forza del quale «se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione». Orbene, concordiamo sul fatto che in presenza di debiti residui o di beni non compresi nel bilancio di liquidazione, i liquidatori non dovrebbe richiedere la cancellazione della società, ma se ciò avvenga, il giudice potrebbe revocare d'ufficio (o su richiesta degli interessati) la cancellazione erroneamente eseguita³⁵¹.

16. Il fallimento della società e dei soci.

La s.a.s., in quanto eserciti un'impresa commerciale, può senz'altro fallire e portare seco il fallimento dei soci, persone fisiche o giuridiche³⁵², illimitatamente responsabili (art. 147 l. fallimentare). Si è opportunamente rilevato, al riguardo, come non rivesta alcuna importanza la circostanza che la società sia o meno iscritta nel registro delle imprese³⁵³, anche se, alla luce della recente riforma dell'art. 10 del r.d. 16-3-1942, n. 267 (attuata con il d.lg. n. 5/2006, ulteriormente «ritoccat» dal d.lg. n. 169/2007), meglio sarebbe preci-

³⁴⁹ G. FERRI, *Delle società*, cit., pp. 507 e s.; FERRARA JR, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 340.

³⁵⁰ IACCARINO, *op. cit.*, pp. 553 e ss.

³⁵¹ T. Padova, 13-8-2004, in *Soc.*, 2005, pp. 765 e ss.; T. Padova, 26-6-2003, *ivi*, 2003, p. 1657; T. Verona, 10-7-2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1277. La dottrina precisa correttamente che l'art. 2191 riguarda soltanto l'ipotesi di mancanza originaria dei presupposti legali e non quella di un mutamento successivo delle condizioni della società (ad es., la sopravvenienza di passività non conosciute al momento dell'approvazione del bilancio finale di liquidazione): PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 84 e ss.; BOCCHINI, *La pubblicità delle società commerciali*, Napoli, 1971, p. 101; IACCARINO, *op. cit.*, p. 554.

³⁵² La precisazione dell'art. 147 l. fallimentare è del tutto coerente con la possibilità, introdotta dal nuovo art. 2361, 2° comma, che una società di capitali acquisti una partecipazione a responsabilità illimitata ad una società di persone e che, pertanto, essa possa fallire. La dottrina più recente ha comunque sostenuto che la mancanza di autorizzazione ex art. 2361, 2° comma, o un suo vizio, non possono incidere retroattivamente sull'acquisto della qualità di socio da parte della società di capitali, la quale pertanto non può sottrarsi, per questo motivo, al fallimento: PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Calmieri, Torino, 2009, p. 86.

³⁵³ CONFORTI, *op. cit.*, p. 512: «L'eventuale irregolarità della società non attenuerà la responsabilità solidale ed illimitata dei soci accomandatari, ma neppure aggraverà la limitata responsabilità degli accomandanti, secondo quanto disposto dall'art. 2317 c.c.».

sare che l'iscrizione costituisce pur sempre il presupposto per la successiva cancellazione, la quale a sua volta rappresenta il *dies a quo* del termine per la dichiarazione di fallimento della società cessata. La questione della fallibilità delle società cancellate ha infatti da sempre catalizzato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto con riferimento al momento dal quale l'impresa può essere considerata cessata e dal quale decorre quindi il termine annuale per la dichiarazione di fallimento, sempre che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cessazione stessa o entro l'anno successivo. Nella vigenza dell'originario r.d. 16-3-1942, n. 267, in mancanza di specificazione normativa, la giurisprudenza, in linea con quanto già affermato *ante* riforma a proposito della mancata estinzione della società in presenza di rapporti giuridici pendenti (v. paragrafo precedente), ammetteva la possibilità di dichiarare il fallimento della società (e dei soci illimitatamente responsabili) *ad incertum diem*, ossia fino alla definizione di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società. Definitiva chiarezza è stata fatta dapprima dalla Corte Costituzionale³⁵⁴, quindi dalla Suprema Corte³⁵⁵ ed, infine, dal Legislatore riformato, che ha riscritto il citato art. 10, nel quale si legge, al 1° comma, che «gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla *cancellazione* dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo». La scelta normativa è stata dunque nel senso di distinguere tra imprenditori regolarmente iscritti nel registro delle imprese, per i quali vige una regola certa, ed imprenditori «irregolari», i quali dovrebbero ritenersi esposti al fallimento praticamente senza limiti di tempo, e ciò «assume in sostanza riflessi sanzionatori rispetto all'inadempimento degli obblighi di pubblicità legale, in funzione della tutela degli interessi dei terzi e nella prospettiva di incentivare la “regolarizzazione” di posizioni che non trovano riscontro nel registro delle imprese»³⁵⁶. Tale principio soffre un'eccezione, nel caso di cancellazione d'ufficio dell'impresa collettiva, poiché i creditori o il pubblico ministero possono dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine annuale (art. 10, 2° comma).

Pertanto, nonostante parte della dottrina ritenga che non debba ravvisarsi alcun legame tra la nuova formulazione dell'art. 10 e l'atipica sentenza della Cassazione in materia di estinzione della società (v. il paragrafo preceden-

³⁵⁴ La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 10, r.d. 16-3-1942, n. 267 «nella parte in cui non prevede che il termine di un anno dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa collettiva per la dichiarazione di fallimento della società decorra dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese» (C. Cost., 21-7-2000, n. 319, in *Giust. civ.*, 2000, I, c. 2789).

³⁵⁵ La quale ha stabilito che il *dies a quo* coincide con la cancellazione della società dal registro delle imprese e non dalla liquidazione effettiva di tutti i rapporti (Cass., 8-11-2002, n. 15677, in *Riv. dott. commercialisti*, 2003, p. 595, con nota di SPOLIDORO).

³⁵⁶ CAPO, *I presupposti del fallimento*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 53; in tal senso anche la *Relazione ministeriale* al d.lg. 9-1-2006, n. 5.

te e in particolare la nota 342)³⁵⁷, a nostro avviso non è da escludersi che i giudici, nella soluzione della questione relativa ai rapporti tra cancellazione, estinzione e cessazione dell'attività, abbiano recepito quello stesso criterio formalistico sancito, in sede di procedure concorsuali, dalla Corte Costituzionale prima e dal Legislatore poi.

La giurisprudenza ha esteso poi il *dictat* della Consulta alla dichiarazione di fallimento del socio *accomandatario*, la quale può intervenire soltanto entro un anno dallo scioglimento del rapporto sociale³⁵⁸ e, più precisamente, dal momento in cui i terzi sono stati posti in condizione di conoscere il venir meno della responsabilità illimitata del socio medesimo³⁵⁹. Ed il nuovo art. 147, 2° comma, l. fallimentare, ha definitivamente chiarito che il fallimento dei soci illimitatamente responsabili «non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati». Il Legislatore ha così finalmente allineato la disciplina fallimentare in oggetto a quella relativa alla responsabilità del socio uscente che, ai sensi dell'art. 2290 c.c., fa dipendere l'opponibilità ai terzi dello scioglimento del singolo rapporto sociale al rispetto di una idonea forma di pubblicità; per le s.n.c. e per le s.a.s. quest'ultima può essere ravvisata soltanto nell'iscrizione del fatto nel registro delle imprese, gravando altrimenti sul socio «l'onere di dimostrare l'effettiva conoscenza dell'avvenuto scioglimento da parte del terzo *ex art.* 2193»³⁶⁰. Fondamentale risulta anche la precisazione del 2° comma dell'art. 147 l. fallimentare, in virtù del quale «la dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata». Ciò che rileva dunque ai fini della fallibilità del socio illimitatamente responsabile – come già affermato dalla giurisprudenza³⁶¹ – non è tanto l'anteriorità dell'insolven-

³⁵⁷ IACCARINO, *op. cit.*, p. 555, ribadisce che «i termini per la dichiarazione di fallimento decorrono dalla cancellazione a prescindere da eventuali sopravvenienze, anche attive. Le due fattispecie, infatti, operano su piani diversi».

³⁵⁸ T. Roma, 10-10-2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1468.

³⁵⁹ Cass., 28-5-2004, n. 10268, in *Guida dir.*, 2004, n. 36, p. 45: «nel caso del socio receduto da società di persone, l'anno per la relativa dichiarazione di fallimento decorre dal momento in cui il dato concernente la perdita della sua responsabilità illimitata sia stato portato a conoscenza dei terzi nelle forme di legge, o nelle altre comunque adeguate a tale scopo»; conf., T. Santa Maria Capua Vetere, 15-1-2002, in *Soc.*, 2002, p. 1154; T. Cassino, 10-7-2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 132.

³⁶⁰ BONORA, *Commento all'art. 2290*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 102. La recente giurisprudenza ha ammesso che, in assenza della formale pubblicità, il termine annuale possa decorrere da quando lo scioglimento del rapporto sociale sia stato portato all'effettiva conoscenza dei terzi: Cass., 13-3-2009, n. 6199, in *Soc.*, 2009, p. 729; Cass., 8-9-2006, n. 19304, in *Fallimento*, 2007, p. 216; Cass., 28-8-2006, n. 18618, *ivi*, 2007, p. 294; Cass., 23-9-2005, n. 18684, *ivi*, 2006, p. 970; Cass., 19-9-2005, n. 18458, *ivi*, 2006, p. 970.

³⁶¹ Cass., 4-6-1999, n. 5479, in *Giur. it.*, 2000, p. 985; Cass., 7-9-1970, n. 1287, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1971, II, p. 20. Nel senso che l'insolvenza possa manifestarsi anche

za, quanto piuttosto che essa derivi da obbligazioni sorte prima dello scioglimento del vincolo associativo o comunque prima della cessazione della responsabilità illimitata.

Quest'ultimo presupposto assume una fondamentale importanza anche nella questione del fallimento dell'accomandatario *occulto*. Con tale locuzione deve intendersi il soggetto la cui partecipazione (a responsabilità illimitata) nella s.a.s. emerga dopo la dichiarazione di fallimento della società stessa, e che può, a sua volta, essere dichiarato fallito (art. 147, 4° comma, l. fallimentare). La giurisprudenza ha precisato che lo *status* di accomandatario non può desumersi *sic et simpliciter* dal carattere «occulto» del socio, dovendosi piuttosto trarre dall'insieme di fatti e circostanze tra loro concordanti che depongano a favore dell'esistenza di un vincolo associativo caratterizzato da responsabilità illimitata³⁶². I giudici tuttavia hanno posto l'accento, ai fini della fallibilità, non tanto sull'inerenza della responsabilità illimitata allo *status* di socio occulto, quanto piuttosto sul compimento, da parte di quest'ultimo, di attività gestorie riconoscibili dai terzi³⁶³. Una simile impostazione non sembra pienamente corretta perché contrasta, da un lato, col dettato normativo (l'art. 147 l. fallimentare parla di soci «illimitatamente responsabili» e non di soci amministratori), e, dall'altro, con la condivisibile affermazione giurisprudenziale secondo cui «il fallimento del socio accomandatario nella

dopo il recesso del socio: Cass., 19-5-2000, n. 6541, in *Mass. Giustizia civile*, 2000, p. 1070; Cass., 6-10-1988, n. 6403, in *Soc.*, 1988, p. 129; T. Napoli, 1-9-1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 613. Per la necessità che l'insolvenza sia anteriore al recesso: T. Cassino, 11-1-1997, in *Fallimento*, 1999, p. 1040; T. Monza, 30-10-1996, *ivi*, 1997, p. 531; T. Foggia, 2-12-1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 644; T. Roma, 5-11-1993, in *Fallimento*, 1993, p. 557.

³⁶² Cass., 14-2-2007, n. 3271, in *Guida dir.*, 2007, n. 16, p. 83; Cass., 14-2-2003, n. 2200, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, p. 86. Esplicativa, sotto questo profilo, la sentenza del T. Santa Maria Capua Vetere, 10-7-2007, in *Soc.*, 2009, pp. 231 e ss., con commento di FINARDI, *Il fallimento in estensione: socio occulto di società palese, tra affectio societatis e affectio coniugalis*: «La prova del rapporto sociale occulto può essere diretta o indiretta (indiziaria): a) la prova diretta del rapporto sociale (art. 2247 c.c.) consiste nella dimostrazione dei seguenti elementi (...): conferimento di beni o servizi per la formazione di un patrimonio o fondo comune; partecipazione agli utili ed alle perdite; intenzione di vincolarsi e collaborare per conseguire risultati patrimoniali attraverso lo svolgimento in comune di un'attività economica (...); b) la prova di tali elementi può essere fornita anche mediante presunzioni (...), nel senso cioè che la sussistenza del rapporto sociale può essere dedotta dalle manifestazioni esteriori del gruppo, purché ne sussistano i requisiti, nel senso cioè che dai fatti esteriori devono scaturire elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti ex art. 2729 c.c.». Lo stesso Tribunale, peraltro, ha ravvisato lo *status* di socio occulto (accomandatario), assoggettandolo quindi a fallimento in estensione, in capo al coniuge del socio accomandatario di una s.a.s. che, «travalicando la mera *affectio coniugalis* e disvelando l'esistenza di un rapporto sociale occulto, presta continuamente attività personale per l'esercizio dell'attività imprenditoriale della moglie, inge-rendosi sistematicamente nella gestione della ditta ed essendo coinvolto nell'attività d'impresa» (Massima); conforme, A. Napoli, 16-5-2003, in *Giurisprudenza napoletana*, 2004, p. 15.

³⁶³ Cass., 11-9-1999, n. 9688, cit.; T. Napoli, 17-4-1996, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 191; T. Napoli, 12-12-1996, in *Banca borsa*, 1998, II, p. 84; T. Varese, 8-6-1994, in *Fallimento*, 1995, p. 2001; T. Perugia, 13-10-1992, *ivi*, 1993, p. 649.

società in accomandita semplice prescinde dal fatto che egli non abbia mai operato»³⁶⁴. Inoltre, si è giustamente osservato che tale orientamento finirebbe per «escludere o rendere praticamente impossibile la sanzionabilità di un socio occulto che sia semplice accomandatario e non anche amministratore della s.a.s.»³⁶⁵, conclusione inaccettabile perché offrirebbe il fianco ad illecite «manovre» elusive della responsabilità illimitata verso i creditori sociali: il socio accomandatario risponde, di *default* (art. 2313, che non ammette deroghe), delle obbligazioni sociali, indipendentemente dal fatto che egli compia o meno atti di gestione e non può, rinunciando all'amministrazione, sottrarsi al rischio di fallimento personale in caso di fallimento della società³⁶⁶. Il Legislatore del 2006, infine, non ha ritenuto di modificare il previgente 2° comma dell'art. 147 l. fallimentare (oggi 4° comma), che non prevede un termine per la dichiarazione di fallimento del socio occulto di società palese. Non si è trattato di una svista, ma del recepimento di un preciso orientamento della Corte Costituzionale che ha ritenuto pienamente legittimo il differente trattamento riservato al socio illimitatamente responsabile uscito dalla società (che può essere dichiarato fallito entro un anno) e a quello di una società irregolare³⁶⁷. Quest'ultimo, così come il socio occulto di una società regolare, può fallire senza limiti di tempo, salva la sua facoltà di esteriorizzare il proprio *status*, «anche soltanto per farne rilevare la cessazione»³⁶⁸.

La riforma delle procedure fallimentari del 2006, in adesione al costante orientamento giurisprudenziale³⁶⁹, ha positivizzato la fallibilità di un'impresa che appare all'esterno come individuale ma che in realtà ha natura collettiva, ossia della *società occulta*³⁷⁰. Peraltro, in tale eventualità, le tradizionali difficoltà esistenti nell'individuare i parametri di riferibilità dell'impresa insolvente ad una società³⁷¹, si aggiungono alla particolare questione relativa all'indi-

³⁶⁴ T. Torino, 24-12-1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 855; T. Udine, 12-12-1983, in *Soc.*, 1984, p. 666.

³⁶⁵ CONFORTI, *op. cit.*, p. 530.

³⁶⁶ Sulla possibilità di una deroga esclusivamente interna alla responsabilità illimitata dell'accomandatario, v. il par. 6.

³⁶⁷ C. Cost., 5-7-2002, n. 321, in *Impresa*, 2002, p. 1855; C. Cost., 4-2-2003, n. 36, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 585, con nota di IOZZO.

³⁶⁸ CAPO, *op. cit.*, p. 59; Cass., 27-3-2008, n. 7965, in *Fallimento*, 2008, p. 717, ha ribadito che il recesso del socio occulto non fa decorrere l'anno per la dichiarazione di fallimento.

³⁶⁹ Tra le tante, v. Cass., 30-1-1995, n. 1106, in *Fallimento*, 1995, p. 919; Cass., 10-2-2006, n. 2975, *ivi*, 2006, p. 970.

³⁷⁰ Art. 147, 5° comma, l. fallimentare: «Allo stesso modo si procede, qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile».

³⁷¹ Si tratta, sostanzialmente, di comportamenti ai quali può essere attribuito un certo significato, quali, ad esempio, il trasferimento di risorse finanziarie all'impresa, la prestazione di garanzie o la conclusione di affari coi terzi: JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 164. Recentemente, la Suprema Corte ha affermato che «se i finanziamenti, le fidejussioni e la prestazione di altre garanzie, di per sé, non sono indici di esistenza del rapporto sociale tra l'imprenditore sovvenuto ed il

viduazione del tipo società in accomandita semplice che, come ricordato più volte, postula l'identificazione, in questo caso per *facta concludentia*, delle categorie degli accomandanti e degli accomandatari. Come per la fattispecie del socio occulto, anche per la dichiarazione di fallimento della società occulta non sembra operare alcun limite temporale, ferma restando la possibilità della regolarizzazione pubblicitaria, ossia che «la cessazione dell'impresa ed il venir meno della qualità di socio illimitatamente responsabile vengano resi opponibili ai terzi mediante le prescritte formalità pubblicitarie, che implicano, comunque, la preventiva iscrizione della società nel registro delle imprese e l'emersione, nella stessa sede, delle partecipazioni sociali»³⁷².

La giurisprudenza poi, ravvisando l'*eadem ratio* tra il caso regolato del socio occulto di società palese e quello non disciplinato del socio occulto di società occulta, ha ammesso la fallibilità anche di quest'ultimo³⁷³, giungendo così ad un parziale superamento del tradizionale criterio di imputazione dell'attività d'impresa basato sulla spendita del nome. Tuttavia i giudici non si sono mai spinti fino al riconoscimento della nota teoria dell'*imprenditore occulto*³⁷⁴, in quanto l'art. 147 l. fallimentare si occupa soltanto del fallimento della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili (anche quando costoro cerchino di restare «nell'ombra») e non può essere applicato analogicamente all'ipotesi del prestanome (formalmente imprenditore individuale) che agisce sotto la direzione di un *dominus* (imprenditore in senso sostanziale), giacché tra essi non sussiste alcun vincolo societario³⁷⁵.

finanziatore garante, specie se questi sono legati da rapporto di coniugio o parentela, tuttavia anche in questa ipotesi detti interventi possono assumere significato quando, per essere numerosi, continuativi e di vario tipo, realizzano una sistematica opera di sostegno all'attività dell'imprenditore qualificabile come collaborazione del socio al raggiungimento dello scopo sociale» (Cass., 9-5-2008, n. 11562, in *Guida dir.*, 2008, n. 38, p. 84). In alcune pronunce, la giurisprudenza tende a sovrapporre i concetti della società occulta e della società di fatto, richiedendone, per la dimostrazione dell'esistenza, l'accertamento degli elementi costitutivi ex art. 2247, ossia i conferimenti, la partecipazione agli utili e alle perdite e l'*affectio societatis* (T. Santa Maria Capua Vetere, 10-7-2007, cit.; T. Catania, 7-4-1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 774). In altri casi, è stato valorizzato il principio dell'apparenza del diritto, richiedendosi che venga creato verso l'esterno il ragionevole affidamento circa l'esistenza della società: Cass., 14-2-2001, n. 2095, in *Giur. it.*, 2001, p. 1885; Cass., 6-6-1983, n. 3829, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 6; T. Firenze, 3-11-1999, in *Foro toscano*, 2000, p. 283.

³⁷² CAPO, *op. cit.*, p. 60.

³⁷³ Cass., 30-1-1995, n. 1106, in *Fallimento*, 1995, p. 919, la quale ha esaminato la particolare fattispecie dell'imprenditore individuale che sia anche socio occulto di un'impresa sociale occulta. Non occorre che sia provata l'insolvenza personale del socio occulto: Cass., 26-3-1997, n. 2700, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 860; Cass., 5-3-1987, n. 2311, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 572.

³⁷⁴ V. par. 7, in particolare la nota 167.

³⁷⁵ Così, in dottrina, PISCITELLO, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi: l'imputazione*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 116; PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, cit., p. 81, nota 6. Sul tema, v. tuttavia le aperture di FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 40; G. FERRI JR., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, p. 82.

Dottrina³⁷⁶ e giurisprudenza³⁷⁷ sono invece pressoché concordi nell'ammettere il fallimento in estensione al socio *accomandante* che, per la violazione del divieto d'immistione o per aver acconsentito che il suo nome sia compreso nella ragione sociale, abbia assunto responsabilità illimitata per le obbligazioni della società. L'opinione contraria, decisamente minoritaria, pur se autorevolmente sostenuta³⁷⁸, sostiene invece che sarebbero assoggettabili a fallimento soltanto i soci originariamente a responsabilità illimitata, giacché la posizione dell'accomandante sarebbe equiparabile a quella del socio di società di capitali. In realtà, la Cassazione ha già respinto tale obiezione ricordando come l'art. 147 l. fallimentare non distingue tra soci a responsabilità illimitata originaria e sopravvenuta, poiché il presupposto per la dichiarazione di fallimento, ai sensi del citato articolo, deve essere individuato unicamente nel modo in cui il socio è tenuto verso i creditori, prescindendo dalla qualifica di imprenditore, che l'accomandante non assume, nemmeno quando si ingerisce indebitamente nella gestione sociale³⁷⁹. Inoltre, la giurisprudenza ha reiteratamente affermato che il fallimento del socio accomandante che abbia violato l'art. 2320 può essere dichiarato *sine die*, per la mancanza di pubblicità nel registro delle imprese dell'acquisto della qualità di socio illimitatamente responsabile³⁸⁰. Nonostante la critica di parte della

³⁷⁶ *Ex multiis*, BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 170; GRAZIANI, *op. cit.*, p. 160, nota 2; MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 107; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 118; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 405; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008, pp. 407 e s. Sulla gestione occulta dell'accomandante e sulla sua fallibilità, v. il par. 7.

³⁷⁷ Cass., 19-12-2008, n. 29794, in *Soc.*, 2009, p. 285 (solo Massima); Cass., 28-4-2004, n. 8093, in *Fallimento*, 2005, p. 905; Cass., 6-6-2000, n. 7554, cit.; Cass., 14-1-1987, n. 172, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 394; Cass., 20-1-1955, n. 158, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1955, II, p. 341; T. Milano, 25-10-1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 374; T. Mantova, 11-10-2007, cit.

³⁷⁸ SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 421; PELLEGRINO, *I soci a responsabilità limitata della società fallita*, in *Dir. fall.*, 1975, I, p. 150; PISCITELLO, *op. cit.*, p. 110; ABETE, *Il fallimento delle società*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Cementano e Forgillo, Torino, 2008, p. 95.

³⁷⁹ Cass., 28-4-1999, n. 4270, cit.; Cass., 11-12-2000, n. 15596, in *Fallimento*, 2001, p. 946; Cass., 12-4-1984, n. 2359, in *Fallimento*, 1984, p. 1361; T. Roma, 18-6-1998, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 687; T. Saluzzo, 18-4-1998, in *Fallimento*, 1999, p. 111. Vedi anche il par. 7 ed, in particolare, le note 154 e 155. L'art. 147 l. fallimentare si configura quindi come norma eccezionale sia rispetto all'art. 1 l. fallimentare (presupposto soggettivo: qualifica di imprenditore) sia rispetto all'art. 5 l. fallimentare (presupposto oggettivo: stato di insolvenza): GAFFURI, *Commento all'art. 147 legge fall.*, in *Codice del fallimento*, a cura di Pajardi, Milano, 2009, p. 1623, ove si riporta anche la contraria tesi. Di recente, PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, cit., p. 84, ha ritenuto «scarsamente persuasivo (...) il parallelo tra la posizione del socio unico di società di capitali, senz'altro immune dal fallimento, ed accomandante che ha violato il divieto di immistione, posto il differente fondamento delle rispettive responsabilità».

³⁸⁰ T. Padova, 8-2-2006, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 1103; T. Padova, 16-4-2003, in *Soc.*, 2003, p. 1522; A. Napoli, 16-5-2003, cit.; T. Messina, 8-1-2003, in *Fallimento*, 2004, p. 85; T. Genova, 8-2-2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 860. *Contra*, T. Udine, 25-6-2002, in *Nuova*

dottrina, anche recente³⁸¹, il citato orientamento sembra del tutto conforme alla decisione della Consulta (v. nota 367) che ha ritenuto non incostituzionale il differente trattamento normativo riservato al socio illimitatamente responsabile sottoposto alla pubblicità legale ed a quello la cui posizione non sia «esteriorizzata».

giur. comm., 2003, I, p. 218; T. Padova, 20-4-2001, in *Fallimento*, 2001, p. 838; in dottrina, OCCHILUPO, *Applicabilità del termine di fallibilità ex art. 10 l. fall. al caso del socio accomandante che ha violato il divieto di immistione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 1116 e ss.

³⁸¹ CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2009, p. 113, «l'idea che un soggetto, ancorché colpevole di avere occultato il rapporto sociale o violato il divieto di immistione, possa essere dichiarato fallito *sine die*, magari ad anni di distanza dal fallimento della società, sembra difficile da accettare».

