



Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2023/2024

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E CLAUSOLE “SOCIETARIE”

Relatore: prof. Vincenzo Antonini

Laureando: Davide Bazzo

Matricola: 1192851

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1. L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE: ELEMENTI CARATTERIZZANTI	
LA FATTISPECIE	4
SEZIONE 1. INTRODUZIONE ALL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE	4
1. PREMESSA	4
2. LA NOZIONE DEL CONTRATTO.....	4
3. L'INQUADRAMENTO DEL CONTRATTO	7
4. LA CAUSA DEL CONTRATTO	8
5. LA NATURA DEL CONTRATTO	12
6. LE PARTI DEL CONTRATTO	14
7. IL TERMINE DELL' AFFARE NELL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE.....	16
8. L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LO SCOPO DI LUCRO	17
9. PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO, FORMA, PROVA E DURATA	19
SEZIONE 2: GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO	19
1. L'APPORTO	20
2. LA PARTECIPAZIONE AGLI UTILI.....	26
SEZIONE 3: DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI	34
1. LA GESTIONE (RINVIO)	34
2. OBBLIGHI CONNESSI ALLA GESTIONE	34
3. DIVIETO DI ASSUNZIONE DI NUOVI ASSOCIATI	37
4. L'OBBLIGO DI RENDICONTO	39
5. I POTERI DI CONTROLLO DELL'ASSOCIATO.....	40
6. I POTERI AUTORIZZATIVI.....	43
SEZIONE 4: LO SCIoglIMENTO DEL CONTRATTO	44
1. LA DISCIPLINA APPLICABILE	44
2. EFFETTI DELLO SCIoglIMENTO.....	45
3. IL FALLIMENTO DELL'ASSOCIANTE.....	46

4.	I MUTAMENTI SOGGETTIVI	48
CAPITOLO 2: L'ASSOCIAZIONE E LE SOCIETA': DIFFERENZE DOTTRINALI		51
1.	INTRODUZIONE	51
2.	APPORTO E CONFERIMENTO	52
SEZIONE 1: L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LE SOCIETA' MANIFESTE		55
1.	LA RICERCA DI ELEMENTI DISTINTIVI	55
2.	CRITICA AI CRITERI DI SOGGETTIVITA' GIURIDICA E AUTONOMIA PATRIMONIALE	56
3.	L'ESERCIZIO IN COMUNE: IL PROBLEMA DELLA NOZIONE	57
4.	LA NOZIONE DI ESERCIZIO IN COMUNE: UNA POSSIBILE SOLUZIONE	60
5.	I POTERI NON GESTORI	62
6.	I POTERI GESTORI	64
7.	LA SOCIETA' IN NOME COLLETTIVO E L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE	75
8.	LA SOCIETA' IN ACCOMANDITA SEMPLICE E L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE	77
SEZIONE 2: L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LE SOCIETA' OCCULTE		79
1.	LA RILEVANZA DELLA SOCIETA' OCCULTA	79
2.	IL PRINCIPIO DI TIPICITA': RAPPORTO CON CLAUSOLE ATIPICHE E SOCIETA' ATIPICHE	80
3.	LA SOCIETA' OCCULTA E IL PRINCIPIO DI TIPICITA'	84
CAPITOLO 3: CASISTICA GIURISPRUDENZIALE		87
1.	IL DIRITTO DI VENDITA SULL'OGGETTO DELL'AFFARE, I PRELIEVI "IN CONTO UTILI DI ESERCIZIO" E CONSEGUENZE SUL RISCHIO DELL'IMPRESA	87
2.	IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO AGLI INCREMENTI PATRIMONIALI DELL'ATTIVITA'	89
3.	LA DIVISIONE IN PARTI UGUALI DELL'AZIENDA ALLA SCADENZA DEL CONTRATTO	92
4.	LA PROROGA DEL CONTRATTO, IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO ALLA PLUSVALENZA DERIVANTE DALLA VENDITA DELL'AFFARE	95
5.	IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO AD IMPORTI QUANTIFICATI SULL'APPORTO E IL VALORE DELL'AZIENDA	99
6.	IL DIRITTO AL RENDICONTO INFRANNUALE E IL TEMPO NELL'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI	102

CONCLUSIONI	109
BIBLIOGRAFIA	118
GIURISPRUDENZA	124

INTRODUZIONE

L'associazione in partecipazione è un modello contrattuale di origine antichissime in quanto una forma simile è possibile rintracciarla già nell'Antica Grecia con il prestito marittimo, anche detto *dàneion nautikòn*¹. Nel mondo greco, attraverso tale pratica un investitore affidava ad un mercante una somma da restituirsi in caso di esito positivo dell'affare con l'aggiunta di un interesse elevato inoltre, l'investitore era soggetto alla perdita fortuita del capitale. Il modello greco entra poi nel mondo romano nella forma della *pecunia traiecticia* e continua il suo sviluppo anche dopo la caduta dell'Impero Romano d'Occidente grazie agli Arabi e ai Bizantini. Successivamente una simile forma di svolgimento dei traffici commerciali compare anche a Venezia, intorno al X sec. e prende il nome di "commenda". Il contratto veneziano ha avuto un grande impatto nello sviluppo del commercio in tutto l'Occidente ed era molto diffuso tra coloro che non volevano partecipare in prima persona ai commerci. Con la scoperta del Nuovo Mondo e l'evoluzione del sistema bancario la commenda si evolve, come testimonia l'esistenza, nella Genova dell'500, di un accordo chiamato *partecipatio*, in cui è il mercante, titolare dell'impresa, a rispondere nei confronti dei creditori mentre, colui che ha versato la somma ha diritto ad una quota dei guadagni ed è chiamato *particeps*. L'elemento che costituisce il *fil rouge* di questo elaborato compare per la prima volta nella Francia del 1600 quando la dottrina dell'epoca riferisce l'esistenza di un sottotipo contrattuale della *société anonyme*, chiamato *société ou compte de participation*. Il modello contrattuale francese mantiene i tratti della *partecipatio*, ma viene inserito nell'ambito dei rapporti societari e in particolare delle società anonime, cioè occulte ai terzi. Nel sistema francese quindi l'antecedente del nostro contratto di associazione in partecipazione viene considerato come una forma societaria, e anzi nel tempo, diventa la forma, per eccellenza, delle società occulte. Il tema della qualifica del rapporto si era posto anche in Italia ma l'evoluzione seguita è stata diversa nonostante una base normativa comune. Già dal Codice di commercio del 1865 l'istituto viene inserito in un titolo dedicato alle "società ed associazioni commerciali", permettendo di distinguere così i due gruppi. Inoltre, nel codice veniva sancito il principio, valido ancora oggi, per cui il partecipante perde la titolarità dei beni ceduti, ma gli viene riconosciuto il diritto al rendiconto. In Italia la dottrina si era interrogata sulla qualificazione del rapporto, cioè se il contratto in esame rientrasse nei contratti associativi oppure dovesse

¹ G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, pp. 101 e 105-106

essere tenuto distinto da questi ultimi. La questione è rimasta aperta per lungo tempo, e ancora oggi sembrano rimanere dei dubbi, ma è interessante notare come la dottrina di inizio Novecento, che si era schierata a favore della forma associativa, nel tentativo di rendere compatibile la disciplina civilistica con la natura affermata, ha tentato di ricondurre l'associazione in partecipazione nella forma della società interna, in cui però la società è solo la veste formale in quanto l'attività viene gestita da un unico soggetto ².

Il dibattito tra natura associativa e sinallagmatica del contratto di associazione in partecipazione si è posto fino ad arrivare ai nostri giorni, anche se, come si tenterà di dimostrare, l'orientamento prevalente è a favore della seconda tesi. Tenendo presente proprio questo tema, l'elaborato cerca di individuare in che termini, teorici e pratici, il contratto di associazione in partecipazione può essere distinto da quello di società e, fino a che punto le parti possono inserire delle previsioni pattizie senza incorrere in forme di riqualifica del rapporto in sede di contenzioso.

Nel primo capitolo viene proposta una descrizione degli elementi caratterizzanti il contratto e un'analisi della disciplina codicistica. Nello specifico il capitolo è composto da quattro sezioni: la prima sezione ha una funzione introduttiva al contratto e infatti, contiene una sua analisi generale, seguita dalla presentazione del tema della natura associativa o sinallagmatica dell'associazione in partecipazione, poi vengono descritte le parti del rapporto e l'oggetto contrattuale. La seconda sezione invece, presenta le principali prestazioni delle parti, cioè l'apporto e la partecipazione agli utili; per ogni obbligazione vengono poi descritte quali sono le principali problematiche. Nella sezione tre vengono analizzate le norme che attengono ai poteri delle parti nella fase esecutiva del contratto; nello specifico viene presentato, in termini molto generali, il tema della gestione per poi concentrarsi su quali obblighi sorgono in capo all'associante nella gestione della sua attività e, quale forma di controllo può essere esercitata dall'associato nella gestione dell'attività oggetto dell'accordo. L'ultima sezione del capitolo uno propone il tema dello scioglimento del contratto. In primo luogo, viene analizzato quale disciplina legale può applicarsi in virtù della natura del contratto, successivamente si è scelto di presentare due specifiche ipotesi di scioglimento in quanto presentano delle problematiche particolari. Il secondo capitolo introduce il tema del rapporto tra associazione in partecipazione e il contratto di società, al fine di poter distinguere tra loro le due fattispecie.

² T.RAVA', *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938, p. 102

In primo luogo, si propone un confronto teorico tra i due tipi legali attraverso un'analisi dell'apporto e del conferimento, cioè il principale obbligo rispettivamente per l'associato e il socio. Successivamente, il capitolo si sviluppa in due sezioni per consentire un confronto tra l'associazione in partecipazione e le forme societarie. La prima sezione analizza come distinguere il contratto in esame dalle società di persone e quindi descrive l'individuazione dei criteri adottati dalla dottrina: la presenza o meno di personalità giuridica, l'esistenza o meno di un fondo in comune e l'esercizio in comune. Nell'esposizione dei criteri sarà presto chiaro come i primi due siano inadeguati per il nostro scopo e ci si concentrerà allora sulla nozione di esercizio in comune. Quest'ultimo elemento è in realtà problematico perché non vi è una definizione unitaria e verranno quindi proposte le diverse ricostruzioni dottrinali. Interno all'elemento dell'esercizio in comune è il tema della gestione dell'attività oggetto di associazione: verrà analizzata se, e in che termini, è possibile ammettere un intervento dell'associato nella gestione dell'attività dell'associante. A conclusione della prima sezione viene proposto un confronto tra l'associazione in partecipazione e i principali tipi di società di persone. La seconda sezione del capitolo pone il tema del rapporto tra le società occulta e il nostro contratto, in particolare il problema posto è se è possibile ammettere delle associazioni costituite come forme di società occulta; per rispondere al quesito sarà necessario analizzare come le società occulta si pongono nei confronti del principio civilistico della tipicità sancito per ogni forma societaria.

Infine, nel terzo capitolo viene proposta un'analisi delle pronunce giurisprudenziali sul tema della qualificazione di un rapporto come associazione in partecipazione o società. In particolare, viene analizzato come la previsione pattizia di alcune clausole sulla attribuzione del rischio d'impresa o sulla misura degli utili, possa far qualificare il contratto in un senso oppure nell'altro.

CAPITOLO 1. L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE: ELEMENTI CARATTERIZZANTI LA FATTISPECIE

SEZIONE 1. INTRODUZIONE ALL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

1. PREMESSA

Il Codice civile del 1942 ha riconosciuto, per la prima volta, un'autonomia concettuale all'associazione in partecipazione rispetto ad altre forme contrattuali, dedicando alla sua disciplina, l'intero titolo VII del Libro V (art. 2549 ss.). Si tratta di un istituto che in passato è stato definito da parte della dottrina come un "rottame legislativo"¹ ma ad una più attenta analisi si può osservare che la giurisprudenza si è espressa sul tema in modo costante nel corso del tempo. Inoltre, parte della dottrina ne ha esaltato le caratteristiche sia negli anni Settanta per la possibilità di emettere dei titoli atipici sia più di recente, in relazione agli strumenti finanziari partecipativi atipici e ai patrimoni destinati². La caratterizzazione dell'istituto, e la sua probabile ragione di longevità, è data dalla realizzazione di un modello partecipativo, cioè, uno schema contrattuale che consente di effettuare un apporto, che può essere remunerato o perduto, ma con una responsabilità limitata al valore dello stesso e senza alcun obbligo di svolgimento dell'attività³. In dottrina il nostro contratto è stato analizzato soprattutto per poter individuare un suo autonomo spazio applicativo rispetto a fattispecie, che presentano elementi di similarità come il lavoro subordinato o le società.

2. LA NOZIONE DEL CONTRATTO

Il Codice civile definisce l'associazione in partecipazione attraverso una tecnica che consente di individuare immediatamente le parti e le loro prestazioni principali: viene indicato come associante il soggetto che si obbliga ad attribuire una partecipazione agli utili della propria attività mentre è chiamato associato colui che versa un apporto a favore dell'associante. Nella nozione di associazione sono comprese due forme differenti dell'istituto: l'associazione all'impresa e l'associazione al singolo affare. La definizione codicistica attuale ha capovolto

¹ FERRO-LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 45

² G. GALGANO, *il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da Galgano, XXIX, Padova, 2003, p. 135; PORTALE, *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 167

³ Artt. 2549 e 2553 Cod. civ.

l'ordine in cui le due varianti compaiono rispetto al vecchio Codice e probabilmente, è questa la ragione che ha portato la dottrina a orientare prevalentemente i discorsi sulla associazione in forma di impresa, tralasciando le peculiarità della partecipazione al singolo affare⁴. Sarebbe tuttavia, scorretto ritenere che quest'ultima non abbia avuto alcun impiego nel nostro ordinamento perché è stata sfruttata soprattutto negli anni '70 e '80 grazie agli strumenti dei certificati di partecipazione, cioè dei titoli rappresentativi la posizione di associato. La dottrina ha poi ammesso anche la forma dell'associazione ad un ramo d'impresa, dove quindi l'associato può partecipare solo agli utili che si sono prodotti nel settore stesso e non a quelli dell'impresa nel suo complesso⁵. Questa forma non deve invece, essere confusa con la cosiddetta "associazione in partecipazione per ramo d'azienda"; in questo caso l'associante pone uno o più associati a dirigere un particolare ramo della sua impresa e in cambio, questi ricevono una quota degli utili realizzati dal ramo stesso. L'associante però, mantiene un potere decisorio di gestione anche se il contratto, formalmente, riconosce un'ampia autonomia e indipendenza agli associati. Il *nomen iuris*, è stato rilevato⁶, non è in realtà corretto perché si tratta di preposizioni institorie.

Il nome "associazione in partecipazione" deriva dalla tradizione positiva e, in particolare, discende dall'istituto *association en participation* del *Code de commerce* napoleonico⁷. È importante segnalare però che il termine "associazione" non può essere inteso nel senso tecnico-giuridico⁸ in quanto non si forma alcuna relazione sostanziale, così come descritta nel libro I del Codice, ma si tratta di una generica unione e quindi il termine indica solo la presenza di un contratto. Inoltre, anche la parola "partecipazione" può portare a delle difficoltà interpretative in quanto non ha un significato univoco. Una sua corretta individuazione è però importante per permettere di non confondere l'istituto in esame con quello delle società. Infatti, all'interno delle trattazioni giuscommercialistiche si è soliti parlare di "partecipazione sociale" intendendo la partecipazione del socio. Per consentire una differenziazione tra associazione in partecipazione e società, vi è chi ha inteso il termine "partecipazione" dell'art. 2549 Cod. civ., come una partecipazione agli utili di un'attività commerciale⁹ ma, questo

⁴ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1988, p.139

⁵ M.DE ACUTIS, *op.ult.cit.*

⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, in *Commentario*, Milano, 2008, p. 22, nota 8

⁷ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 52

⁸ O. CAROSELLI, *L'associazione in partecipazione*, p. 134

⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, *cit.* p. 24

inquadramento non appare adeguato in quanto anche nelle società di capitali vi è una partecipazione agli utili, anche se differente sia su un piano concettuale che di calcolo¹⁰. La principale differenza tra l'associazione e la società è che nel primo contratto l'associato partecipa agli utili ma non è coinvolto nella titolarità del capitale mentre, nel secondo caso, il socio partecipa al capitale della società ed è quindi contitolare di una quota del patrimonio¹¹. A questo punto si potrebbe seguire l'impostazione di chi¹² ha indicato la partecipazione del socio come modello e ha indicato la partecipazione dell'associato in senso non tecnico. In realtà, anche alla luce di quanto detto sopra, sembra preferibile l'impostazione¹³ che qualifica la partecipazione dell'associato come partecipazione semplice e quella del socio come partecipazione qualificata al capitale.

Conclusa l'analisi sul *nomen* possiamo ora concentrarsi sulla definizione data dall'art.2549 Cod. civ.; si tratta di una norma breve ma che consente di individuare gli elementi necessari per qualificare il contratto. In primo luogo, dalla lettura della norma, emerge che l'associazione è un contratto che accede all'impresa o all'affare dell'associante¹⁴ e ciò significa che stipulata l'associazione, l'attività¹⁵ dell'associante rimane in capo allo stesso. La natura accessoria può essere confermata dalla previsione dell'art. 2551 Cod. civ. il quale afferma che "i terzi acquistano diritti e assumono obblighi soltanto verso l'associante".

Dall'analisi della norma è poi possibile individuare ulteriori cinque elementi significativi, la cui analisi non può però essere esaurita in questo primo paragrafo introduttivo. La norma individua due parti del contratto: l'associante e l'associato ma, sulla bilateralità del rapporto che si origina verranno fatte delle osservazioni più avanti. Inoltre, emerge come sia l'associante ad attribuire all'associato una partecipazione agli utili. Questi ultimi vengono individuati come forma di corrispettivo per il contributo (apporto) dato dall'associato, e non viene quindi a crearsi un fondo comune in cui poi anche l'associante deve immettere qualcosa.¹⁶ Concentrandosi ora su ciò che caratterizza la prestazione dell'associato, cioè l'apporto, emerge chiaramente dalla norma¹⁷ che questo deve essere determinato, come

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

¹² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958, p.4

¹³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 25

¹⁴ IVI p. 27

¹⁵ Non necessariamente l'associante deve rivestire la qualifica di imprenditore

¹⁶ Sul punto si veda F. MESSINEO, *Manuale*, op. cit. p. 4

¹⁷ Art. 2549 Cod. civ.

veniva prescritto dalle discipline degli antecedenti storici di questo istituto, ad esempio nella commenda¹⁸. Infine, dalla previsione dell'art. 2549 Cod. civ. per cui l'impresa o l'affare rimangono in capo all'associante, si può affermare che la gestione della stessa deve necessariamente essere in capo all'associante; il punto è però problematico, perché la dottrina si è interrogata sulla possibilità o meno di riconoscere dei poteri gestori all'associato. L'incertezza nasce dalle scelte del legislatore stesso di esplicitare che la gestione debba spettare all'associante (art. 2552, comma 1 Cod. civ.), in quanto ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla natura dispositiva o meno della norma stessa. Sul punto si tornerà in seguito.

3. L'INQUADRAMENTO DEL CONTRATTO

La teoria generale del contratto ha individuato diverse classificazioni dei rapporti contrattuali sulla base di profili differenti¹⁹. In questo paragrafo analizzeremo come l'associazione in partecipazione si pone rispetto a tali bipartizioni.

Un primo profilo, non contestato, è la natura di contratto oneroso²⁰ in quanto, entrambe le parti, sopportano dei sacrifici patrimoniali.

In secondo luogo, si può affermare che l'associazione è un contratto "di durata" o ad "esecuzione continuata"²¹.

In terzo luogo, la dottrina si è interrogata sulla natura bilaterale o multilaterale del contratto. A favore della prima impostazione²² si segnala la ricostruzione per cui, in presenza di una pluralità di associati, si vengono a creare una "pluralità di rapporti bilaterali autonomi"²³. In senso contrario vi è chi sostiene²⁴ che il contratto "realizza la collaborazione tra due o più persone²⁵" e "può essere esteso ad altri partecipanti, [...] con il consenso dei precedenti

¹⁸ Sul punto JH PRYOR, *the origins of the commenda contract*, in *Commerce, Shipping and Naval Warfare in the Medieval Mediterranean*, London 1987 p. 23 e ss.; per un'analisi storica dell'associazione si veda G. Mignone, *L'associazione in partecipazione* p. 6 e ss.

¹⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 199 e ss.

²⁰ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 51

²¹ Ivi, p. 209. In senso favorevole si è espressa la giurisprudenza di legittimità Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 23/09/2019, n. 23608; in senso contrario sembra Cass. 28 ottobre 2011 n. 22521

²² M. GHIDINI, *op. cit.* p. 51, 161-162, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, *cit.* p. 48

²³ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.*, *cit.* p. 161. Questa impostazione permette di comprendere la ratio dell'art. 2550 Cod. civ. che richiede "il consenso dei precedenti associati".

²⁴ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1996, p. 542

²⁵ Ivi p. 583

associati²⁶”, di conseguenza l’associazione può essere intesa come un contratto plurilaterale²⁷. Un ulteriore aspetto problematico riguarda la natura aleatoria del contratto. La nozione di alea viene intesa come “un evento incerto che incide sull’esistenza o sulla determinazione di una prestazione, sull’an o sul *quantum* di essa”²⁸. A favore di un’alea limitata vi è chi afferma che l’associato non può perdere più del valore dell’apporto e non può conseguire alcun utile²⁹. La tesi è stata condivisa per l’alea sfavorevole³⁰ ma è stata altresì oggetto di critiche. Un altro autore³¹ sostiene infatti, che non sia possibile scindere l’alea in una componente favorevole e in una sfavorevole perché, per l’associato, l’alea è data dalla possibilità di fornire un apporto determinato che può essere perduto, oppure può portare a dei guadagni indeterminati, o determinati nella percentuale di ripartizione con l’associante. Lo stesso autore ricorda che non è possibile operare una scissione dell’alea perché la stessa incide contemporaneamente e reciprocamente sulle posizioni contrattuali³². In definitiva l’aleatorietà del contratto emerge, per l’associato, dalla promessa di una quota di utili³³. L’ultima bipartizione che verrà analizzata in questo paragrafo riguarda l’elemento dell’*intuitu personae*. Sul punto la dottrina distingue a seconda che si guardi alla posizione dell’associante o dell’associato. Per il primo la tesi prevalente afferma che l’*intuitu personae* è individuabile solo dove il soggetto sia un piccolo imprenditore³⁴. Per quanto riguarda la figura dell’associato invece, l’opinione comune afferma che la sua identità è irrilevante salvo il caso in cui gli vengano attribuiti poteri gestori³⁵.

4. LA CAUSA DEL CONTRATTO

Nel primo paragrafo si è affermato che l’associazione in partecipazione è un contratto diretto al finanziamento di un soggetto. Possiamo ora interrogarci sulla causa del contratto stesso e se questa possa avere una qualche utilità.

²⁶ Ivi p.543

²⁷ In senso conforme v. F. MESSINEO, *Manuale*, op. cit., p.4

²⁸ SCALFI, voce *Alea*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1987, p. 256

²⁹ M. GHIDINI, *L’associazione in partecipazione*, op. cit. p. 48

³⁰ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, op. cit.

³¹ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit.p.50

³² Il punto è espresso chiaramente in SCALFI, voce *Alea*, p. 259. Sulla aleatorietà della associazione v. M. De ACUTIS, *L’associazione in partecipazione*, cit., pp. 75-78

³³ M. GHIDINI, op. cit. p. 46

³⁴ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, in *commentario del codice civile, Libro quinto. Del lavoro*, Bologna-Roma, 1973, p. 19 e ss. Parzialmente diversa è M. GHIDINI, op.cit. p.61 per cui l’*intuitu* è individuabile solo se l’associante è una persona fisica o una società di persone ma non una società di capitali.

³⁵ M. GHIDINI, op. cit. p. 61, DE FERRA, op. cit. p. 20-21

In primo luogo, occorre ricordare che non esiste una nozione unica di causa ma anzi esistono diverse teorie. Sul punto non si vuole affrontare la questione in modo specifico ma solo fornire le principali definizioni.³⁶ La causa è stata descritta sia in senso soggettivo, cioè come lo scopo per il quale la parte assume l'obbligazione, sia in senso oggettivo o di funzione tipica³⁷ per cui la causa è la funzione economico sociale che il contratto è in grado di raggiungere e che viene riconosciuta dall'ordinamento³⁸. Quest'ultima nozione ha avuto un largo successo nella giurisprudenza³⁹ ma la dottrina⁴⁰ ha evidenziato alcune criticità sia in relazione ai contratti tipici, sia per quelli atipici. Per i primi la teoria finisce per legittimare qualsiasi accordo che si adegui allo schema legale, anche dove questo abbia una causa illecita ex art. 1343 Cod. civ.; per i contratti atipici invece, sembra avere un forte effetto inibitorio in quanto porta ad affermare che per questi non sia possibile individuare una funzione meritevole di tutela. Dalla critica alla "funzione tipica" nasce la concezione detta "della causa concreta", secondo la quale occorre concentrarsi su quale sia la funzione individuale della negoziazione al di là del modello astratto⁴¹, cioè quale interesse le parti hanno in concreto voluto perseguire; da questa teoria ne sono nate altre che individuano la causa come la "funzione economico-individuale del negozio"⁴² o che cercano di individuare "le varie figure della causa" dei diversi negozi⁴³. Definito il problema della nozione di causa occorre ricordare che la dottrina ha frequentemente individuato come causa, per l'associazione in partecipazione, il finanziamento "di attività economiche, produttive"⁴⁴ o comunque, senza un preciso riferimento alla causa, l'associazione viene definita come un contratto di finanziamento⁴⁵.

Il recupero della causa in senso oggettivo di un contratto tipico può essere importante per permettere di distinguere quello stesso contratto da altri contigui; si tratta di una tecnica di differenziazione che viene spesso operata dalla dottrina, anche perché la nozione di causa

³⁶ Un esauriente dibattito sulla causa può essere ritrovato in ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita notar.*, 1997, p.3

³⁷ Il principale esponente è E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Napoli, 1994 rist. della 2° ediz. p. 170 e ss.

³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 447 ss.

³⁹ Cass. 15 luglio 1993, n. 7888, in *Giur.it*, 1995; Cass. 15 giugno 1991 n. 6771, in *Mass.*

⁴⁰ C.M. BIANCA, *op. cit.* p. 452 e SACCO-DE NOVA, *il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993 p. 644-645

⁴¹ Cass. civ., Sez. III, 08 maggio 2006, n. 10490 in *Mass. Giur.it*, 2006

⁴² G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 pp. 254, 370 e ss.

⁴³ SACCO-DE NOVA, *il contratto*, I, *op. cit.* p. 650 e ss.

⁴⁴ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 37

⁴⁵ F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, Milano, 2001, p.86; F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, p. 523

intesa in senso oggettivo è quella che probabilmente aveva in mente in legislatore⁴⁶. Ecco quindi che, proprio per permettere un confronto con altre fattispecie, è utile affermare che l'associazione in partecipazione è un contratto all'interno del più grande insieme dei contratti di finanziamento di un'attività. Un primo tentativo⁴⁷ di definizione della causa di finanziamento non è riuscito ad aggiungere alcun elemento utile in quanto ha descritto il finanziamento in chiave giuridica, individuando due elementi: l'utilità prodotta dal denaro o dai beni ricevuti e l'obbligo di restituzione del tantundem⁴⁸. La prima caratteristica, cioè l'utilità, è un concetto particolarmente vago⁴⁹ e non può quindi aiutare in un'attività di differenziazione delle fattispecie. Sicuramente più utile può essere il concetto di finanziamento in senso economico, cioè, intendendolo come "una provvista di mezzi economici [...] concessa in anticipo rispetto al momento in cui verrà remunerata e/o restituita [...] e alla funzionalizzazione di questa provvista allo svolgimento di un'attività lucrativa". In tal modo si può escludere dai contratti di finanziamento il prestito al consumo. È tuttavia importante riconoscere che anche tale impostazione arriva a delle soluzioni simili a quelle dell'autore sopra considerato, nell'individuare quali sono i principali contratti di finanziamento: il mutuo (all'impresa), l'apertura di credito, lo sconto bancario, *il leasing*, *il factoring*, il mutuo parziario e infine l'associazione in partecipazione.

Deve poi essere fatta un'ulteriore precisazione: il finanziamento deve essere tenuto distinto dalla collaborazione. Il primo viene infatti generalmente riferito ad un'attività lucrativa propria o altrui ma è concettualmente distinto dalla collaborazione in quanto si riferisce alla fase in cui la società destina nuovi capitali allo svolgimento dell'attività, mentre il secondo termine è impiegato per indicare la fase realizzativa di un progetto imprenditoriale⁵⁰. Quindi, riconoscendo che l'associazione ha una causa di finanziamento, si può affermare che l'istituto non può essere impiegato per realizzare una forma di cooperazione nello svolgimento di un'attività economica⁵¹.

Nel cercare di differenziare l'associazione in partecipazione da altri istituti attraverso l'elemento della causa si può riprendere quanto affermato da Ghidini⁵², il quale definisce

⁴⁶ V. *la Relazione al codice* n. 613

⁴⁷ R. CLARIZIA, *La causa del finanziamento*, in *Banca borsa*, 1982, I, p. 611

⁴⁸ Ivi pp. 618-620

⁴⁹ E. GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale*, Bologna, 1998 p.74

⁵⁰ R. CLARIZIA, *i contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989

⁵¹ D.PREITE, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, nota a Cass., 21 ottobre 1981

⁵² M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit. p. 38

l'istituto come "una duttile via di mezzo tra il finanziamento attuato mediante mutuo e il finanziamento realizzato con la costituzione di partecipazione sociali". L'affermazione ha trovato riscontro anche presso un altro autore⁵³, il quale ha affermato che è possibile individuare, all'interno del nostro ordinamento, delle fattispecie che consentono di svolgere attività imprenditoriale in modo sempre più coinvolto: il contratto più semplice è quello del mutuo in cui la remunerazione è fissa e certa e vi è l'obbligo di restituzione del capitale, si può passare al mutuo parziario in cui la remunerazione è aleatoria e il capitale deve essere restituito, segue quindi la posizione dell'associato nella associazione, il quale ha una remunerazione aleatoria e un rischio di perdita del capitale, per giungere infine alle forme societarie della s.a.s. e della s.n.c. Il socio accomandante ha una remunerazione aleatoria ed è esposto al rischio di perdita del capitale ma ha possibilità di partecipare ad alcune decisioni, mentre il socio nelle s.n.c. può partecipare alla conduzione dell'attività ma anche al fallimento della società stessa⁵⁴. L'autore ha poi rilevato come tra i contratti indicati vi sia un elemento differenziale: la partecipazione alle scelte imprenditoriali⁵⁵. Mignone sostiene che la partecipazione sociale è un investimento ma non sempre è solo un investimento. Infatti, il socio di minoranza in una società di capitali si differenzia dall'associato per la maggiore partecipazione alle perdite mentre il socio di maggioranza, nella medesima società, non solo partecipa ai guadagni in modo più ampio ma ha anche il potere gestorio pur avendo una forma di responsabilità limitata. La presenza quindi, di un potere imprenditoriale, dovrebbe segnare il distinguo più grande tra l'associazione in partecipazione e le società; sul punto si tornerà in seguito.

⁵³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 45

⁵⁴ Si segnala che oggi la società non è più sottoposta a fallimento ma a dichiarazione di liquidazione giudiziale. La differenza lessicale è frutto del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)

⁵⁵ *Ivi*, p. 46

5. LA NATURA DEL CONTRATTO

La natura del contratto di associazione in partecipazione è dibattuta in dottrina in quanto vi è chi sostiene abbia natura sinallagmatica e chi ricollega il contratto a quelli associativi. In via preliminare si ricorda che l'espressione "natura" di un contratto viene spesso impiegata ma non esiste un significato univoco dello stesso; tuttavia è spesso usato per indicare il tipo o la causa⁵⁶. Ai fini espositivi di questo paragrafo con il termine natura, intendiamo una valutazione d'insieme delle caratteristiche del contratto, al fine di avvicinare lo stesso ad alcuni o altri istituti contigui⁵⁷.

La maggioranza degli autori ritiene che l'associazione in partecipazione abbia natura "di scambio"⁵⁸ in quanto è solo l'associato ad apportare i beni a favore dell'associante e potrà vantare, verso lo stesso, un diritto ad ottenere una quota degli utili prodotti, utili che però sono di proprietà dell'associante. A favore di questa tesi è stato anche rilevato⁵⁹ che la norma del nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza⁶⁰, in materia di associazione in partecipazione, è posta tra quelle che si occupano dei contratti non associativi. Altri autori sostengono invece, che l'associazione abbia natura "associativa", inserendo la stessa in quel gruppo di contratti il cui tipo fondamentale è la società⁶¹. La ragione di una simile impostazione viene spiegata dal fatto che l'associazione è in grado di realizzare "una collaborazione tra due o più persone in un dato campo per il conseguimento di un risultato comune"⁶². Per quanto riguarda la giurisprudenza si registrano orientamenti diversi nel corso del tempo. In epoca meno recente la Cassazione riteneva l'associazione come un contratto associativo⁶³. La stessa giurisprudenza non era tuttavia concorde sul punto⁶⁴. Nelle pronunce più recenti la questione sembra essersi risolta nel senso di ritenere l'associazione un contratto

⁵⁶ ALPA, *Causa e tipo*, op. cit. pp.30-31

⁵⁷ In modo analogo G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit. p. 31

⁵⁸ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. pp.61-63; G. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit. p.41 e ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale, 2 le società*, 15 ediz., Bologna, 2005 cit. p. 21

⁵⁹ E. AGUGLIA, *Associazione in partecipazione e società di fatto nell'ottica dell'art.147 l. fall.*, in *Società*, 1983

⁶⁰ Art. 182 CCII

⁶¹ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, op. cit. p. 542, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit. p. 1095

⁶² A. TRABUCCHI, op. cit. p. 542

⁶³ Cass. 28 maggio 1965, n. 1095 in *Dir. Fall.*, 1965, II, p. 433; Trib. Napoli, 4 febbraio 1974, in *Dir. e giur.*, 1974

⁶⁴ Cass. 5 ottobre 1967, n. 227 in *Giur. It.* dove si afferma che il contratto è a prestazioni corrispettive ed ha come scopo la cooperazione dei contraenti per la conclusione dell'affare.

con natura sinallagmatica⁶⁵. Nel 2011 la Corte ha affermato che tale impostazione deriva dal fatto che, nel contratto, l'associato conferisce un apporto e ottiene in cambio un diritto ad una quota degli utili.

La contrapposizione contratti di scambio- contratti associativi non può essere inteso come uno schema definitivo perché nasce come possibile soluzione per problemi particolari e concreti. Il contratto associativo deriva dai contratti plurilaterali con comunione di scopo, i quali sono nati per permettere di unire due caratteristiche delle società: la componente obbligatoria (patto) e quella istituzionale, intesa come organizzazione dotata di una sua vitalità⁶⁶. È proprio alla luce di questo scopo che possiamo spiegare alcuni problemi applicativi della distinzione contratti associativi-contratti di scambio rispetto alle fattispecie presenti nella realtà. Infatti, i primi sono definiti come contratti animati da uno "scopo comune" al cui raggiungimento mirano tutte le prestazioni delle parti⁶⁷ e i secondi, invece, come contratti in cui ciascun contraente persegue, attraverso la prestazione altrui, un proprio scopo, opposto a quello degli altri.⁶⁸ Queste definizioni, non pongono problemi per i prototipi delle categorie ma si adattano meno alle fattispecie varie della realtà. In dottrina si è rilevato che lo scopo comune è un concetto generico⁶⁹ e infatti un interesse comune al buon andamento degli affari viene trovato anche in contratti che non sono associativi come il mandato⁷⁰ o il lavoro subordinato retribuito⁷¹. Inoltre, si è osservato⁷² che, una contrapposizione di interessi, può essere individuata anche nei contratti associativi: ad esempio nelle società, nel momento di formazione, ogni socio avrà interesse a ricevere una maggior quota di utili o poteri amministrativi in relazione al proprio conferimento⁷³. Interrogarsi sulla natura dei contratti, oltre a permettere un confronto con altre fattispecie contigue, consente di trarre degli argomenti per integrare la scarsa disciplina dell'istituto fornita dal legislatore; ad esempio, seguendo l'orientamento oggi prevalente, si può riconoscere il rimedio della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 Cod. civ., ove ne sussistano i presupposti, davanti ad un

⁶⁵ Cass. 24 giugno 2011, n. 13968 su banca dati *One legale* e in senso conforme Cass. 21 giugno 2016, n. 12816, Cass. 17 aprile 2014, n. 8955 in *Giur. Comm.*

⁶⁶ F. GALGANO, *Diritto commerciale, 2. Le società, op. cit.*, p. 3

⁶⁷ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 2006 pp. 3-4

⁶⁸ *Idem*, p.

⁶⁹ G. FERRI, voce *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. Dig. ital.* IV, Torino, 1959, p. 680

⁷⁰ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione, op. cit.* p. 8

⁷¹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione, op. cit.* p. 45

⁷² G. FERRI, *op. ult.* Cit. p. 679

⁷³ G. E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, nota a Cass. 7 febbraio 1962 n. 253, in *Riv. Dir. comm.* 1962 p. 330

inadempimento contrattuale di una delle parti⁷⁴. Il medesimo ragionamento può essere applicato, per chi segue l'orientamento associativo del contratto, per le norme previste in materia di società. In realtà, è stato mostrato⁷⁵ come una estensione analogica di norme societarie e non può avvenire, pur nel rispetto dei modi e limiti del procedimento, indipendentemente da una qualifica del contratto nell'una o nell'altra natura. Questa affermazione consente allora di definire il problema della natura dei contratti, come un problema meramente classificatorio, e allora tenuto conto che, l'associazione non è un istituto naturale, e che è il legislatore stesso a riconoscere la natura sinallagmatica del contratto (art. 2549 Cod. civ.), si può aderire all'impostazione seguita oggi dalla giurisprudenza. Infine, occorre ricordare che l'associazione in partecipazione trova una sua posizione nell'ordinamento in quanto contratto destinato al finanziamento e non alla collaborazione e infatti, sembra cogliere bene sul punto, chi afferma⁷⁶ che ad escludere la natura associativa dell'associazione è la mancanza, da parte dell'associato, di una qualsiasi influenza sulla gestione.

6. LE PARTI DEL CONTRATTO

Il Codice civile individua quali sono le parti dell'associazione in partecipazione: l'associante e l'associato⁷⁷. Innanzitutto, occorre ricordare che la qualità di associato e di associante è disponibile sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche⁷⁸, inoltre a partire dal Cod. comm. 1865, l'associante non deve più avere la qualifica di imprenditore. Si ritiene che possano concludere un'associazione in partecipazione anche quei soggetti che non perseguono istituzionalmente uno scopo di lucro ma deve comunque esserci un ramo della loro attività che sia idoneo a procurare un vantaggio economico inteso come utile⁷⁹; Non può però accedere all'associazione in partecipazione l'ente a cui è vietata ogni attività lucrativa⁸⁰ mentre ove l'ente abbia dei limiti all'acquisizione di finanziamenti queste limitazioni

⁷⁴ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit. p. 223; G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 561-566

⁷⁵ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit., pp.7-8

⁷⁶ G.E. COLOMBO, *op.cit.* p. 332

⁷⁷ Art. 2549 Cod. civ.

⁷⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 258

⁷⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 54

⁸⁰ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 16

si applicano anche all'associazione in partecipazione in quanto contratto di finanziamento⁸¹. Per le società lucrative, di qualunque tipo siano, non vi sono problemi ad ammettere una loro capacità per la stipula del contratto. La questione della capacità alla stipula si è invece posta per le società cooperative perché la presenza del socio sovventore⁸² in quasi tutte le cooperative, avrebbe potuto far pensare ad una tipizzazione del finanziamento partecipativo escludendo così l'associazione in partecipazione. La questione non sembra essere stata posta però nel modo corretto perché il socio sovventore è un vero e proprio socio⁸³ e infatti l'art. 2526 Cod. civ. riconosce alle cooperative la possibilità di emettere strumenti finanziari e quindi anche di stipulare il contratto di associazione in partecipazione.

Un ulteriore tema, in materia di persone giuridiche, riguarda la possibilità per le stesse di stipulare associazioni in partecipazione con l'emissione dei relativi certificati⁸⁴. Per le società per azioni e le società in accomandita per azioni non si è mai dubitato della loro capacità ad emettere tali titoli e, ad oggi, l'art. 2346, comma 6 Cod. civ. conferma tale impostazione, in quanto permette alle società di emettere "strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche amministrativi", categoria nella quale rientrano i certificati di associazione in partecipazione. Per le società a responsabilità limitata invece la Consob aveva costantemente dato risposta negativa⁸⁵ in quanto una ammissione ai titoli partecipativi di massa avrebbe portato la s.r.l. al di fuori del suo "tipo"⁸⁶. Con la Riforma⁸⁷ del 2003 è stata introdotta la possibilità di emettere, se prevista dall'atto costitutivo, "titoli di debito" che possono essere sottoscritti da "investitori professionali" (art. 2483 Cod. civ.) e i certificati di associazione possono essere fatti rientrare in questa categoria⁸⁸. Per quanto riguarda le società cooperative la previsione delle azioni di partecipazione cooperativa (art. 5 e 6 l. n. 59/1992) avrebbe potuto porre un problema di ammissibilità dei titoli partecipativi se tali azioni fossero state ricondotte ad un rapporto di associazione in partecipazione. Tale impostazione non è stata seguita⁸⁹ e

⁸¹ E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, p. 20

⁸² Art. 4 L. 31 gennaio 1992, n. 59

⁸³ G.OPPO, *Finalità mutualistiche e carattere lucrativo nelle società cooperative*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle società cooperative*, p. 5

⁸⁴ Si tratta di titoli atipici che contengono la posizione di associato divisa in piccole quote che possono circolare presso i risparmiatori. Sul punto si veda G. MIGNONE, op. cit. p. 253 e ss.

⁸⁵ V. Relazione Consob 1986, cap.III, 1.5

⁸⁶ F. GALGANO, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova 2003, p. 49, 81 e 86

⁸⁷ D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6

⁸⁸ Sul punto G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 302

⁸⁹ COSTI, *La riforma delle società cooperative*, in *Giur. Comm.* 1992, I, p. 398

oggi, dalle norme del Codice civile⁹⁰, emerge che le società cooperative possono emettere strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi o patrimoniali, tra i quali vi rientra sicuramente la posizione di associato⁹¹. Infine, per le cooperative a cui si applicano le norme della s.r.l., è consentito, dal comma quattro dell'articolo citato, offrire strumenti privi dei diritti di azione e sembra che in tale categoria possano rientrare anche i certificati di associazione⁹².

7. IL TERMINE DELL' AFFARE NELL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

L'articolo 2549 Cod. civ. indica come oggetto dell'associazione in partecipazione l'impresa o l'affare. Il termine affare viene più volte impiegato dal legislatore ma non è possibile individuarne una nozione unitaria. L'affare ha due profili: uno qualitativo riferito a che cosa possa essere, e uno quantitativo che attiene alle dimensioni dello stesso. Una sua prima nozione è stata individuata in relazione alla previsione dell'art.2320 per la figura del socio accomandante nelle s.a.s.⁹³; la nozione di affare imposta in dottrina afferma che si tratti di "un insieme di atti funzionalmente collegati" i quali sono "pertinenti all'esercizio dell'impresa" o "equivalenti, sotto il profilo economico, ad un segmento più o meno esteso della gestione dell'impresa"⁹⁴. Sotto un profilo qualitativo la nozione ora delineata non appare corretta per l'associazione in partecipazione in quanto, il socio accomandante, può compiere anche un semplice atto come un pagamento, mentre nell'associazione, l'affare deve essere compiuto e in grado di attrarre l'investimento. È necessario allora introdurre l'elemento economico e, sul punto, è utile l'affermazione di chi sostiene che l'affare è una vicenda in grado di produrre utili⁹⁵. Infatti, l'attribuzione di una quota degli utili a favore dell'associato è un elemento essenziale del contratto di associazione in partecipazione e allora anche l'affare non può essere inteso come un unico atto ma ne richiede almeno due in collegamento funzionale tra loro⁹⁶. Possiamo ora concentrarsi sul profilo quantitativo della nozione di affare. Partendo dalla premessa che è l'art. 2549 Cod. civ. a distinguere tra impresa e affare vi è chi ha sostenuto⁹⁷

⁹⁰ Art. art. 2526, commi 1,2 e 4

⁹¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 58

⁹² Idem p.88 e ss.

⁹³ La norma consente al socio accomandante di compiere degli affari solo se munito di procura speciale

⁹⁴ P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 131

⁹⁵ M.DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione relativa ad un singolo affare*, *Note preliminari*, in *Studi in memoria di Marino Offendu*, Padova, 1988 pp. 782-783

⁹⁶ M.DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione relativa ad un singolo affare*, cit. p. 783

⁹⁷ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1 Diritto dell'impresa*, 4° ediz. Torino, 2003 pp.33-34

che quest'ultimo deve essere isolato e comunque non deve essere di particolare complessità o durata né avere una cospicua rilevanza economica⁹⁸ in quanto, l'art. 2082 Cod. civ. richiede, per la qualifica di imprenditore, la "professionalità" nell'esercizio dell'attività. L'orientamento è stato criticato da chi ⁹⁹ sostiene che, una simile nozione di affare esclude l'ipotesi in cui un associante imprenditore voglia fare partecipare l'associato solo ad una porzione della sua attività d'impresa, cioè appunto uno o più affari. Mignone infatti ritiene che l'affare, sotto un profilo quantitativo, debba essere inteso nel senso di una porzione dell'attività dell'associante, e quindi come uno o più affari isolati¹⁰⁰.

8. L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LO SCOPO DI LUCRO

Nel paragrafo precedente si è visto che oggetto del contratto può essere un'impresa o un affare inteso come una porzione di una più ampia attività o più affari isolati. Proprio quest'ultima forma particolare di associazione è utile per rispondere all'interrogativo se almeno una delle parti del contratto deve avere la qualifica di imprenditore. Per quanto riguarda la figura dell'associante persona fisica, occorre ricordare la nozione di affare individuata nel paragrafo precedente; questo può essere inteso sia come un ramo dell'attività d'impresa (e quindi l'associante è un imprenditore) ma può essere anche isolato, e ove sia di piccole dimensioni, non è possibile individuare gli elementi necessari per la qualifica di imprenditore¹⁰¹. Ecco, quindi, che è possibile escludere, per l'associante, la necessità dell'impresa. In verità si deve segnalare che, per l'associante- società, vi è chi sostiene che la società ha connaturato il requisito della professionalità e di conseguenza assume sempre la qualità di imprenditore¹⁰². L'associato persona fisica non può avere la qualifica di imprenditore in quanto per poterlo essere deve effettuare un apporto d'opera che, a seguito del d.lgs. 81/2015 è vietato.¹⁰³ Sulla non necessità dell'attività d'impresa per l'associazione in partecipazione si è espressa anche la giurisprudenza, che ha però richiesto "il compimento di un'attività economica

⁹⁸ F. GALGANO, *Diritto commerciale, 1 L'imprenditore*, 10° ediz., Bologna, 2006, p.19

⁹⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 68

¹⁰⁰ idem

¹⁰¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p 69

¹⁰² A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, p. 298 ss.; la tesi non è pacifica si veda F. GALGANO, *Diritto commerciale, 2. Le società*, cit.p.5 ss.

¹⁰³ Si tratta del d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (c.d. Jobs Act) il quale ha abrogato il comma 3 dell'art.2549 Cod. civ. e ha escluso la prestazione di lavoro come apporto per la persona fisica.

caratterizzata dallo scopo di lucro”¹⁰⁴. Nel caso di specie, La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla qualificazione di un rapporto avente ad oggetto la gestione di un bar. I giudici, dopo aver rilevato che l’attività svolta era non-lucrativa e non-economica, avevano escluso che il rapporto contrattuale potesse rientrare nell’associazione in partecipazione. La tesi della Cassazione non appare corretta ¹⁰⁵ perché, viene sostenuto, rilevata l’assenza d’impresa, richiedere uno scopo di lucro soggettivo equivarrebbe ad ammettere che alcuni imprenditori possono stipulare l’associazione in partecipazione e altri no in quanto la loro attività è priva dello scopo di lucro¹⁰⁶, e quindi, significa anche ammettere che, un qualsiasi soggetto non imprenditore può stipulare un’associazione in partecipazione ma non ogni imprenditore ha tale facoltà. Mignone ritiene corretto che l’oggetto del contratto miri a produrre utili perché è un elemento essenziale del contratto¹⁰⁷, ma sostiene che il lucro soggettivo non debba necessariamente essere riferito a entrambe le parti contraenti¹⁰⁸. Infatti, afferma l’autore, è possibile che l’associante sia escluso, temporaneamente, dalla partecipazione agli utili ma è anche possibile che, alla stipula del contratto, provveda un ente pubblico non economico, una società cooperativa, un consorzio con attività esterna, una società senza scopo di lucro o anche un’associazione del libro primo per perseguire le loro finalità pubbliche, mutualistiche, consortili o benefiche. In questi casi è possibile che la totalità degli utili o quasi venga attribuita all’associato.¹⁰⁹ L’autore conclude poi affermando che, non pare necessario interrogarsi sulla presenza o meno dello scopo di lucro, nell’associazione in partecipazione, perché non è né una società, né una forma d’impresa ma solo un contratto, attraverso cui, un soggetto si procura un determinato apporto¹¹⁰.

¹⁰⁴ Cass. Sez. lav. 6 agosto 1982, n. 4411, in *Notiz. giurispr. lav.* 1982, p.495

¹⁰⁵ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit. p. 73

¹⁰⁶ Sulla non necessaria presenza dello scopo di lucro per la qualifica di imprenditore si veda G. Oppo, *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell’impresa*, Padova, 1992, pp. 243 e 275 ss.

¹⁰⁷ M. GHIDINI, *L’associazione in partecipazione*, op. cit., p. 98

¹⁰⁸ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 71

¹⁰⁹ Sulla sussistenza di una causa per una simile associazione si veda SACCO -DE NOVA, *il contratto*, op. cit. I, p. 652

¹¹⁰ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit. p. 74

9. PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO, FORMA, PROVA E DURATA

L'associazione in partecipazione si perfeziona con l'accettazione della proposta, si tratta infatti di un contratto consensuale¹¹¹. La legge non richiede alcuna forma particolare per l'esistenza del contratto e può essere concluso anche in forma tacita¹¹² ma è necessario operare delle precisazioni. Se l'apporto consiste nel trasferimento in proprietà o in godimento ultranovennale di un bene immobile la dottrina più antica¹¹³ riteneva necessaria la forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 1 e 9 Cod. civ. La dottrina recente¹¹⁴ ritiene che per l'ipotesi n.1 l'intero contratto deve avere la forma scritta, mentre ha affermato la non applicabilità dell'ipotesi n.9 dato la natura di contratto di scambio della associazione in partecipazione.

Il Codice civile non richiede la forma scritta del contratto *ad probationem*¹¹⁵ ma anche in questo caso occorre fare delle osservazioni. Vi è chi¹¹⁶ ha affermato che ove l'apporto riguardi un'intera azienda, trasferita in proprietà o in godimento, e l'impresa dell'associante o dell'associato sia soggetta a registrazione si applica l'art. 2556 Cod. civ. ed è necessaria quindi, la prova scritta dell'intero contratto.

Infine, il contratto può essere a tempo indeterminato o determinato¹¹⁷.

SEZIONE 2: GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO

Nella prima sezione abbiamo avuto modo di chiarire che la dottrina ritiene l'apporto dell'associato e la partecipazione agli utili gli elementi essenziali del contratto. In questa sezione si procede ad una analisi più specifica delle due prestazioni.

¹¹¹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 60

¹¹² *Ivi*, p. 59

¹¹³ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 57; F. MESSINEO, *Manuale, op. cit.* pp 6-7

¹¹⁴ S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto, in il Codice civile. Commentario*, art. 1350, Milano, 2003, pp. 261-262

¹¹⁵ Trib. Palermo 10 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1990, II, p. 680

¹¹⁶ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione, op. cit.* p. 24

¹¹⁷ Cass. 5 ottobre 1967 n. 2272, cit.

1. L'APPORTO

I. L'APPORTO COME ELEMENTO ESSENZIALE, DETERMINATO E LE SUE FORME

L'unico obbligo individuabile in capo all'associato è il versamento dell'apporto. Si tratta di un elemento qualificante¹¹⁸ l'associazione in partecipazione in quanto è lo stesso art. 2549 Cod. civ. a indicarlo come corrispettivo dell'obbligo, per l'associante, di versare una quota degli utili. Ove l'apporto mancasse si registrano due diversi orientamenti: vi è chi sostiene che si tratti di un negozio gratuito a favore dell'associato¹¹⁹; secondo altri autori¹²⁰ invece, il negozio senza apporto può essere ricondotto alla fattispecie della cointeressenza¹²¹ in quanto la sua assenza è proprio l'elemento distintivo tra la cointeressenza stessa e l'associazione in partecipazione, e consente al contempo, di distinguere tra le due forme di cointeressenza (propria e impropria).

Il legislatore non ha dedicato molto spazio all'apporto ma dall'art. 2549 Cod. civ. emerge che questo deve essere determinato; quest'ultimo emerge in due aspetti: uno riguarda l'oggetto dell'apporto stesso e l'altro il suo valore. Per quanto riguarda l'oggetto, l'apporto deve avere un contributo patrimoniale¹²², cioè deve essere una prestazione suscettibile di valutazione economica ai sensi dell'art.1174 Cod. civ.¹²³. Inoltre, la prestazione deve essere idonea ad essere utilizzata dall'associante nell'impresa o nell'affare oggetto del contratto¹²⁴ e questo è sicuramente coerente con l'obbligo, per l'associante, di utilizzare l'apporto nell'impresa o nell'affare¹²⁵. La dottrina¹²⁶ e la giurisprudenza sono stati chiamati a definire quali beni in concreto possono essere ammessi come apporto: sono ammissibili dazioni in denaro, trasferimenti di beni mobili o immobili, crediti verso terzi o dell'associante verso l'associato e anche la promessa del fatto di un terzo¹²⁷. In conclusione, si potrebbe concordare con chi sostiene¹²⁸ che, oggetto dell'obbligazione dell'associato, è tutto ciò che può essere conferito

¹¹⁸ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit. p. 28

¹¹⁹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit. p.68

¹²⁰ G. DE FERRA, *op.cit.*, pp. 119 e 122-123

¹²¹ Art.2554 Cod. civ.; sul punto si tornerà in seguito

¹²² Relazione al Codice n. 1033

¹²³ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 83

¹²⁴ Cass. 18 giugno 1987, n. 5353 in *Società*, 1987, p.920; M. DE ACUTIS, *l'associazione in partecipazione*, cit., p. 125

¹²⁵ M.GHIDINI, op. cit. p. 168 ss.; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p.402

¹²⁶ M. GHIDINI, op.cit. pp. 70-71

¹²⁷ Cass.18 giugno 1987, n. 5353, cit.

¹²⁸ COSTI-DI CHIO, *Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione*, in *Giurispr. sistematica di dir. civile e commerc.*, 3 Ediz. Torino, 1991, p. 945

nelle società di persone ma la teoria, pur condivisibile, deve essere oggetto di alcune precisazioni. In primo luogo, non è possibile ammettere come apporto forme di responsabilità limitata o illimitata perché contraria alla natura capitalistica dell'apporto. In secondo luogo, non può più essere oggetto dell'apporto il lavoro dell'associato persona fisica (art.53 d.lgs. 81/2015). Sul punto si dirà meglio nei paragrafi successivi. La nozione di apporto determinato è stata interpretata dalla giurisprudenza¹²⁹ nel senso che il valore può essere individuabile, al momento della conclusione del contratto, sulla base di determinati parametri. Inoltre, non rileva se l'apporto entra a far parte di una azienda già esistente o costituita ex novo¹³⁰. La dottrina e la giurisprudenza riconoscono tre possibili titoli a cui può avvenire il trasferimento dell'apporto: il primo è il trasferimento in proprietà, il secondo è il trasferimento in proprietà con patto di restituzione in natura del bene¹³¹ e il terzo è la cessione del bene in uso o in godimento¹³².

Nel trasferimento in proprietà, ipotesi che si pone come regola¹³³ in assenza di una diversa pattuizione, è importante ricordare che dal contratto non nasce alcun patrimonio comune e i beni apportati diventano di proprietà dell'associante¹³⁴. Al termine del contratto l'associato ha diritto, detratte le perdite, alla restituzione della stessa quantità di denaro o beni fungibili, o se è un bene infungibile, del valore dell'apporto al momento della dazione¹³⁵, è fatta salva una diversa pattuizione. Nel caso di apporto in natura, i rischi e le garanzie del trasferimento, se nulla viene detto dalle parti, sono regolati dalle norme sulla compravendita¹³⁶. Per l'ipotesi di trasferimento del bene con patto di restituzione dello stesso in natura l'associato ha diritto alla restituzione del bene stesso al termine del rapporto; se ciò non è più possibile la dottrina è divisa sulle conseguenze: vi è chi ritiene che l'associante debba restituire una somma di denaro corrispondente al valore del bene al momento dello scioglimento¹³⁷; vi è chi¹³⁸ invece, sostiene che l'associato ha diritto ad un risarcimento del danno per inadempimento. È opportuno

¹²⁹ In Cass. 13 giugno 2000 n. 8027 in *Giur.it.* viene ammesso come apporto l'attribuzione delle risorse necessarie per il funzionamento dell'attività dell'associante.

¹³⁰ COSTI-DI CHIO, *op. cit.*; Cass. 30 giugno 1969 n. 2398 in *Mass.*

¹³¹ Cass. 24 novembre 1952, n. 3075, in *Dir. fall.* 1953, II, p.20

¹³² Cass. 26 settembre 1977, n. 4083 in *Foro.it*, 1978, I, c. 2289

¹³³ DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 119

¹³⁴ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 25; Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

¹³⁵ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 72

¹³⁶ *Idem*

¹³⁷ *Idem*

¹³⁸ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, p. 103; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 412

segnale che, in presenza di perdite, la restituzione del bene potrà avvenire solo se l'associato offre il relativo importo in denaro.

La terza ipotesi, cioè quella dell'uso in godimento, presenta delle criticità che hanno portato alcuni autori ad escluderla come forma di apporto ammissibile. La problematicità dell'ipotesi nasce dal fatto che l'associato è esonerato dalla partecipazione alle perdite in quanto il bene deve essere restituito e quindi, l'unico rischio che corre è quello di non ottenere alcun utile. Chi ritiene ammissibile l'apporto del bene in godimento afferma che il bene, con la cessazione del rapporto, deve essere restituito nelle condizioni in cui si trova o l'associante realizza una fattispecie di appropriazione indebita¹³⁹; per la disciplina dei rischi e delle garanzie, nel silenzio delle parti, la dottrina sostiene si debbano applicare le norme dettate per il contratto di locazione.

Poiché la mancata partecipazione alle perdite dell'associato rischia di intaccare la struttura aleatoria del contratto, una parte della dottrina¹⁴⁰ sostiene che l'apporto in godimento è inammissibile in quanto l'interesse economico-giuridico (bene infungibile in godimento-quota di utili) sotteso all'accordo può essere coperto dal contratto di locazione con canoni rapportati agli utili del locatario. L'autore della tesi sostiene che una simile impostazione non può essere superata dalla critica della necessaria presenza di un "determinato corrispettivo"¹⁴¹ nella locazione perché la previsione è volta ad evitare che il canone sia indicato in modo troppo generico e quindi evitare che la fattispecie diventi un comodato. Infatti, sostiene l'autore, nella prassi è stato individuato che, il godimento di un bene concesso ad un'impresa, ha generalmente il corrispettivo parametrato al risultato dell'attività stessa¹⁴². La possibilità di inquadrare poi il contratto come affitto o locazione dipende da quale bene è stato affidato: se questo è un'azienda o è dotato di capacità produttiva sarà affitto altrimenti è locazione¹⁴³. Per quanto riguarda il valore dell'apporto si è detto prima che deve essere determinato e questo sia perché il valore dell'apporto indica il limite massimo entro cui l'associato risponde delle perdite¹⁴⁴, sia perché l'associante, al termine del rapporto, deve restituire l'apporto dato

¹³⁹ Art. 646 Cod. pen.; si è espresso in tal senso M. GHIDINI, *op. cit.* p. 73

¹⁴⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 414

¹⁴¹ L'art. 1571 Cod. civ. definisce il contratto di locazione come il contratto in cui "una parte si obbliga a far godere una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo"

¹⁴² R. DE RITIS, *Associazione in partecipazione con apporto di bene in godimento e locazione*, nota a Trib. Napoli, 28 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1991, p. 111

¹⁴³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 4° ediz., Padova, 2004, p.62

¹⁴⁴ Art. 2553 Cod. civ.

o il suo valore e infine, perché il valore dell'apporto è anche criterio legale per commisurare la partecipazione agli utili¹⁴⁵. Vi è chi¹⁴⁶ ha ritenuto che non sia necessario determinare il valore dell'apporto nei casi in cui la partecipazione alle perdite è esclusa, oppure se la quota degli utili spettante all'associato sia determinata forfettariamente e l'apporto è in godimento o con patto di restituzione. La determinazione dell'apporto è rimessa alla libertà delle parti con l'eccezione del caso in cui spetti al giudice determinarne il valore per porre rimedio alla mancata previsione pattizia: egli dovrà infatti seguire un criterio obiettivo. La stima di valore dell'apporto è di norma fatta al momento della stipula ma può avvenire anche in sede di scioglimento: sono ammissibili forme di apporto il cui ammontare è determinabile ma non determinato come ad esempio l'apertura di un credito, oppure una somma di denaro di valore pari alla metà del valore dell'avviamento di un'azienda al tempo dello scioglimento della partecipazione¹⁴⁷. La giurisprudenza ha chiarito che ove l'apporto è indeterminato il contratto di associazione in partecipazione è nullo¹⁴⁸.

II. L'APPORTO DI LAVORO

L'ammissibilità dell'apporto di lavoro nel contratto di associazione è stata ed è una questione dibattuta in dottrina, come emerge dai ripetuti interventi del legislatore sulla questione. L'elemento problematico è dato dalle modalità di impiego, nella realtà, dell'apporto di lavoro: i soggetti che avevano una posizione sostanziale di lavoratori dipendenti venivano indicati invece, come associati d'opera in violazione delle norme giuslavoristiche a tutela del lavoratore¹⁴⁹. Il legislatore ha scelto così di intervenire con la legge 28 giugno 2012, n. 92 con l'art.1, comma 28 che ha previsto un'aggiunta all'art. 2549 Cod. civ.; la nuova norma ammetteva l'apporto di lavoro purché il numero di associati non fosse superiore a tre, pena la riqualificazione di tutti i rapporti formati come contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Erano però fatti salvi gli associati d'opera parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo dell'associante. La norma non ha però convinto la dottrina¹⁵⁰. A distanza di un anno vi è stato un nuovo intervento legislativo con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con

¹⁴⁵ Art. 2553 Cod. civ.

¹⁴⁶ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 92

¹⁴⁷ Lo ha ammesso App. Bologna, 13 aprile 1995, in *Giur.it.*, 1996, I, 2

¹⁴⁸ Trib. Bologna, 3 maggio 1972 in *Giur.it.*, 1972, I, 2, c.886

¹⁴⁹ M.TATARELLI voce *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Enc. giurid. Treccani*, aggiorn. 2003

¹⁵⁰ V. G. MIGNONE, *La terza riforma dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *Contratto e Impresa*, n. 3, 1° maggio 2016, p. 723

la L. 9 agosto 2013, n.99 in forza del quale è stato aggiunto un ulteriore comma all'art. 2549 Cod. civ. La nuova previsione ammetteva due eccezioni al limite numerico dell'apporto d'opera: la prima riguardava gli associati individuati in via elettiva da parte di un'assemblea separata ex art. 2540 Cod. civ., purché il contratto fosse certificato secondo la relativa procedura e comunque, solo per le imprese a scopo mutualistico; il secondo caso riguardava i contratti tra produttori e artisti per la realizzazione di musiche o filmati. Una simile disciplina, secondo alcuni¹⁵¹, presentava dei problemi di compatibilità costituzionale con gli articoli 3 e 41.

L'ultimo intervento legislativo in materia è avvenuto con il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (c.d. *Jobs Act*) con la previsione dell'art.53: il terzo comma, contenete le esenzioni, è stato abrogato mentre il secondo (quello con il limite quantitativo) è stato sostituito con un divieto, per le persone fisiche di effettuare un apporto d'opera. Lo stesso art.53 prevedeva poi una disposizione transitoria che faceva salvi, fino a loro scadenza, i contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro, già conclusi. Il divieto posto, come emerge chiaramente dalla norma stessa, non si applica per le società lucrative, le associazioni, le fondazioni, le società cooperative, gli enti pubblici non economici e altri soggetti non persone fisiche. Occorre a questo punto interrogarsi su quale sia la forma di lavoro che può essere fornita come apporto. La dottrina¹⁵² sostiene che l'unica forma di apporto lavorativo ammesso sia il lavoro autonomo in quanto l'associazione in partecipazione è un contratto con causa di finanziamento e quindi, il soggetto associato con l'apporto di lavoro, deve poter essere qualificato come finanziatore. Infatti, solo nelle forme di lavoro autonomo è possibile individuare un intento speculativo che riguarda la capacità della organizzazione imprenditoriale. Il lavoro autonomo deve essere inteso come il lavoro svolto con autonomia di organizzazione e di svolgimento e con una remunerazione autenticamente ad utile¹⁵³. Si pone poi un'ulteriore questione che riguarda la possibilità per professionisti e le società di professionisti ad assumere la qualifica di associato. In primo luogo, si deve ricordare che, la giurisprudenza per le professioni non protette ha affermato la compatibilità delle stesse con

¹⁵¹Idem

¹⁵² MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 432; In senso contrario DE SEMO, *contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, p.711-712 nota ad App. Genova, 18 marzo 1958, in *Dir. Lav.*, 1958

¹⁵³ MIGNONE, *La terza riforma dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, cit. p. 723

l'associazione in partecipazione ¹⁵⁴. Per quanto riguarda le professioni protette la dottrina¹⁵⁵ ne ha affermato l'incompatibilità con l'apporto in forza della previsione contenuta nell' art. 2233, comma 2 Cod. civ., il quale afferma che il compenso deve essere adeguato "all'importanza dell'opera e al decoro della professione". La questione non si è però risolta perché sono state introdotte delle nuove norme. In particolare, alla luce delle leggi previste per le società tra professionisti (L. 12 novembre 2011, n. 183, art.10) e le società tra avvocati (L. 31 dicembre 2012, n. 247, artt. 4 e 5) una parte della dottrina ha iniziato a ritenere ammissibile l'apporto d'opera professionale. Una prima ricostruzione ¹⁵⁶sosteneva poter superare la previsione codicistica sulla base dell'art.43, comma1 del d.l. 269 del 2003, cov. In L. 326/2003, il quale esclude dall'obbligo di contribuzione Inps, gli associati in partecipazione che siano iscritti ad albi professionali sulla base del presupposto che già usufruivano della cassa previdenziale; la tesi non è apparsa convincente. Un altro argomento a favore dell'associato d'opera professionale è stato rinvenuto da chi¹⁵⁷ ha richiamato l'art.4, comma 8 della L. 247/2012, il quale stabilisce che "gli avvocati e le associazioni di cui al presente articolo possono stipulare tra loro contratti di associazione in partecipazione ai sensi degli articoli 2549 e seguenti del codice civile". Anche questo argomento non appare pienamente convincente in quanto la norma è posta solo per gli avvocati e sembra più doversi intendere come una eccezione alla regola e non come la regola stessa. Inoltre, è poi stato rilevato che la ratio della norma¹⁵⁸, che autorizza l'esercizio della professione in forma associata, sembra essere quello di individuare degli strumenti che consentano ai professionisti di superare delle difficoltà tecniche ed economiche del mercato concorrenziale.

In conclusione, la scelta di ammettere l'apporto d'opera per gli enti collettivi sembra rivolgersi principalmente, ma non necessariamente, alle sole imprese e quindi alle società lucrative, in quanto si tratta delle forme prevalentemente usate per l'esercizio in forma collettiva dell'impresa¹⁵⁹. Anche quest'ultima riforma non è apparsa immune da critiche sia perché sembra porre una discriminazione nei confronti del piccolo imprenditore persona fisica

¹⁵⁴ Trib. Catania, 3 luglio 1985 in *Orient. giur. lav.* 1985, p. 776; Trib. Milano, 25 maggio 1989, in *Giur.it*, 1982, I, 2 c. 927

¹⁵⁵ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit. pp. 82 ss.

¹⁵⁶ BUBOLA, PASQUINI, VENTURI, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, p. 184

¹⁵⁷ MIGNONE, *La terza riforma dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, cit. p. 723

¹⁵⁸ ALPA, *Le società tra avvocati. Note preliminari*, in *Le società tra i professionisti, Quaderni della Riv. Trim. dir. proc. Civ.* Milano, 2013, p.3

¹⁵⁹ Idem

rispetto alle piccole società¹⁶⁰, sia perché un aggiramento della disciplina può essere realizzato con la costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale, che viene poi assunta come falso associato ma è in realtà un lavoratore subordinato¹⁶¹, o anche attraverso l'assunzione come associato d'opera di una società in nome collettivo con soci i lavoratori dipendenti.

2. LA PARTECIPAZIONE AGLI UTILI

1. LA NOZIONE DI UTILE E L'OBBLIGO IN CAPO ALL'ASSOCIANTE

La partecipazione agli utili dell'associato è presente nella norma che definisce la nozione di associazione in partecipazione e viene quindi considerata un elemento essenziale¹⁶² del contratto, pena la sua nullità. La partecipazione dell'associato è ritenuta inoltre, un elemento più importante della partecipazione agli utili dell'associante, e infatti quest'ultimo può, per un periodo limitato, essere escluso¹⁶³ dalla partecipazione stessa; è così possibile individuare un elemento di differenza con la società dove i soci non possono essere esclusi dalla distribuzione degli utili. Per quanto riguarda il concetto di utile è necessario che il corrispettivo riconosciuto in capo all'associato sia in funzione del risultato che emerge tra attività e passività¹⁶⁴; non può quindi essere riconosciuto in capo all'associato una remunerazione fissa¹⁶⁵. La dottrina ritiene ammissibile come utili un importo fisso pari ad una quota dell'apporto che verrà però pagata solo in caso di produzione di utili¹⁶⁶. La disciplina legislativa in materia è scarna perché vi sono solo due norme, quella che definisce l'associazione in partecipazione (art. 2549 Cod. civ.) e l'art. 2553 Cod. civ. nel quale si afferma che, nel caso in cui l'entità delle perdite non sia determinata, si presume uguale a quella degli utili stessi. La dottrina¹⁶⁷ ritiene che una simile pecunia legislativa sia frutto di una scelta, il legislatore ha, cioè, voluto riconoscere ampia libertà alle parti sia per l'entità della partecipazione¹⁶⁸ sia per i modi e i tempi della

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ P. PASSALACQUA, *Il "superamento" dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona" n. 271/2015, p.4

¹⁶² GHIDINI, *l'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 98

¹⁶³ Idem

¹⁶⁴ M.GHIDINI, op. cit. p. 100

¹⁶⁵ M.DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 176

¹⁶⁶ M.GHIDINI, op. cit. p. 11

¹⁶⁷ COSTI-DI CHIO, *Soc. in gener. Soc. di pers. Ass. in partecipaz.*, op. cit., p. 950

¹⁶⁸ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit., p. 41 ammette che la partecipazione agli utili sia sproporzionata rispetto al valore delle perdite o dell'apporto.

corresponsione degli stessi.

Per quanto riguarda la determinazione della quota di partecipazione la dottrina ammette che questa sia individuata da un terzo¹⁶⁹ e vi è chi¹⁷⁰ ha ritenuto che la stessa possa essere pattuita anche in sede di conclusione del rapporto. Quest'ultima affermazione è però stata criticata¹⁷¹ perché ammettere una individuazione così tardiva significa vanificare il significato di sinallagma. A sostegno della ampia libertà riconosciuta alle parti nel determinare la misura della partecipazione, si devono ricordare due pronunce della giurisprudenza: la prima ha affermato la validità di clausole che riconoscono a favore dell'associante o dell'associato degli "speciali indennizzi o corrispettivi per speciali apporti di energie lavorative o di beni strumentali"¹⁷²; nella seconda¹⁷³ la Corte ha specificato che è possibile riconoscere all'associato una partecipazione agli utili superiore rispetto a quella attribuita all'associante.

I. PROBLEMI NASCENTI DALLA MANCATA PATTUZIONE DELLE PARTI

L'ampia libertà riconosciuta alle parti in materia di utile può comportare la nascita di alcuni problemi ove le parti stesse non prevedano una regolamentazione espressa dei loro rapporti. Un primo problema, risolto già dalla dottrina risalente, riguarda la determinazione della quota di utili in assenza di una specifica previsione contrattuale: si presume che questa sia uguale alla quota di partecipazione alle perdite che le parti hanno statuito¹⁷⁴.

Si pone poi il problema del momento di maturazione degli utili. La questione può essere facilmente risolta nel caso di associazione al singolo affare perché coincide con il momento di conclusione dello stesso. Se l'associazione è relativa all'impresa, invece, la dottrina ritiene che il momento di pagamento degli utili, come per le società personali (art. 2262 Cod. civ.), maturi con l'approvazione del rendiconto¹⁷⁵. Se l'associante è una società di capitali il diritto agli utili dell'associato non è subordinato alla decisione assembleare di distribuzione degli stessi. La giurisprudenza ha poi chiarito che il diritto alla maturazione degli utili, pur essendo collegato alla presentazione del rendiconto annuale, non richiede una sua concreta presentazione, e quindi matura anche ove l'associante non abbia presentato il rendiconto¹⁷⁶.

¹⁶⁹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 104

¹⁷⁰ M. GHIDINI, op. cit. p. 102

¹⁷¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 449

¹⁷² Cass. 21 giugno 1995, n. 7026, in *Ragiufarm*, 1995, fasc.30, p.58

¹⁷³ Trib. Parma, 30 giugno 1994, in *Ragiufarm*, 1995, fasc. 26, p. 66

¹⁷⁴ M. GHIDINI, op. cit., p. 103

¹⁷⁵ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, op. cit., p. 518

¹⁷⁶ Cass. Sez. lav. 3 febbraio 1996, n. 926 in *Mass.*

Un'ulteriore questione riguarda l'ipotesi in cui le parti non abbiano stabilito la misura di ripartizione degli utili. Sul punto la dottrina individua soluzioni diverse sulla base della natura dell'associazione in partecipazione. I sostenitori¹⁷⁷ della natura associativa ritengono che si possa applicare l'art. 2263 Cod. civ. in materia di s.s., che impone una presunzione relativa di proporzionalità dei guadagni ai conferimenti, oppure se questi ultimi sono indeterminati, i guadagni si presumono uguali tra loro. La parte della dottrina che sostiene invece la natura di scambio del contratto non ha trovato un'unica soluzione. Vi è chi¹⁷⁸ sostiene che la quota di partecipazione agli utili deve essere determinata dal giudice sulla base della proporzione tra il valore dell'apporto e il valore complessivo dell'affare o dell'impresa. La soluzione non è però condivisa da tutti gli autori in quanto¹⁷⁹ sembrerebbe essere un adattamento ad una presunzione societaria, quella indicata al comma 1 dell'art. 2263 Cod. civ. L'autore della critica sostiene che, ove le parti non abbiano indicato come determinare la misura della prestazione dell'associante, spetti al giudice individuarla se esistono degli elementi diretti o indiretti, da cui dedurre la previsione di un criterio di massima a cui ispirarsi; in assenza il contratto è nullo per indeterminatezza dell'oggetto¹⁸⁰. La previsione di nullità del contratto per indeterminatezza appare corretta perché la partecipazione agli utili è indicata come elemento essenziale del contratto e perché è altresì nullo il contratto con apporto indeterminato¹⁸¹, cioè quella prestazione che è il corrispettivo al pagamento degli utili.

II. L'ARCO TEMPORALE E LE ATTIVITA': COME DETERMINARE L'UTILE

Un quarto problema, che nasce solo per l'associazione all'impresa, riguarda la nozione di utile in quanto questa non è univoca¹⁸². È opportuno scindere la questione in due profili: il primo temporale, che attiene al periodo di tempo in cui gli utili dell'associato devono essere calcolati; il secondo profilo riguarda invece l'individuazione delle attività di cui l'associato può beneficiare. Per quanto riguarda il profilo temporale Ghidini sostiene che l'associato può beneficiare delle sole operazioni in corso al momento dello scioglimento del contratto in quanto "avviate su una base patrimoniale rafforzata dall'apporto"¹⁸³. La soluzione non è però

¹⁷⁷ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale, op. cit.*, p. 515

¹⁷⁸ M. GHIDINI, *l'associazione in partecipazione, op.cit.*, p. 104;

¹⁷⁹ G.DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, p. 42

¹⁸⁰ Ivi, pp. 42-43

¹⁸¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, p. 454

¹⁸² M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, p.121; G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, p.44

¹⁸³ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 107

stata accolta da chi¹⁸⁴ sostiene che individuare quali operazioni siano state fatte con l'apporto è un'operazione artificiosa; questi sostengono che, se l'associazione all'impresa viene stipulata a esercizio già iniziato, il calcolo degli utili in capo all'associato deve rispettare la proporzione tra la durata dell'incarico e quella totale dell'esercizio. Sul punto è intervenuta anche la Cassazione¹⁸⁵, sebbene in modo non limpido, perché ha affermato che l'ambito del rapporto deve essere "valutato anche in relazione agli sviluppi che l'attività programmata può assumere secondo una linea di evoluzione normale"; se però l'affare può essere suddiviso in più fasi distinte o vi è una fase ulteriore che richiede all'associante di alterare l'equilibrio originale rispetto all'apporto dell'associato, l'associante può svolgere questa fase nel suo interesse esclusivo¹⁸⁶.

Per quanto riguarda le attività che rientrano nella nozione di utile la soluzione è facilmente individuabile nell'associazione all'affare in quanto è data dalla differenza tra costi e ricavi dell'affare stesso¹⁸⁷. Se invece, l'associazione in partecipazione è all'impresa occorre distinguere i vari guadagni che affluiscono alla stessa. La dottrina¹⁸⁸ e la giurisprudenza¹⁸⁹ sono pacifici nell'affermare che l'associato partecipa agli utili di esercizio, cioè quelli emergenti dal conto profitti e perdite dell'imprenditore o dal conto economico della società, e questo significa che la quota dell'associato deve essere calcolata sulla base degli utili che derivano direttamente dall'attività svolta e non sulla base degli "utili di bilancio". Le attività dell'impresa di cui l'associato può beneficiare sono solo quelle che derivano dall'esercizio dell'attività economica, ma esistono anche altre attività che concorrono a formare l'utile di esercizio¹⁹⁰. Sono ritenute a vantaggio dell'associato i proventi derivanti dall'investimento di altri utili non distribuiti, o i maggiori valori che si sono realizzati dalla vendita di beni strumentali all'impresa se sono dipendenti dall'attività imprenditoriale¹⁹¹. La dottrina si è poi interrogata su quali attività non producono benefici per l'associato in quanto non parte dell'utile di gestione: tra queste vi sono le plusvalenze da conguaglio monetario¹⁹², le sopravvenienze attive e passive

¹⁸⁴ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 49 e 101 ss.; G. MIGNONE, *op. cit.* p. 456

¹⁸⁵ Cass. 17 ottobre 1973, n. 2623, in *Rep. Foro.it*, 1973

¹⁸⁶ Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, *cit.*; in dottrina G. DE FERRA, *op. cit.* p. 176

¹⁸⁷ Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, *cit.*

¹⁸⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* pp. 11 ss.; G. DE FERRA, *op. cit.* p. 45

¹⁸⁹ Cass. 4 dicembre 1989, n. 5329 in *Mass.*; Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, *cit.*

¹⁹⁰ G. E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in Trattato delle società per azioni, 7, Torino, 1994, p. 485

¹⁹¹ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 45

¹⁹² M. GHIDINI, *op. cit.* p. 111

indipendenti dall'esercizio dell'impresa essere escluse¹⁹³ e altre ancora¹⁹⁴. Nell'ipotesi in cui l'associante è una società, la dottrina¹⁹⁵ ha escluso che le perdite di esercizi precedenti alla stipula dell'associazione in partecipazione possano influire nel calcolo dell'utile dell'associato in quanto si tratta di un fatto patrimoniale che non riguarda la gestione dell'esercizio¹⁹⁶. Il diritto all'utile dell'associato è indipendente, non solo dalle decisioni sulla distribuzione dell'utile della società-associante, ma anche da decisioni che riguardano le destinazioni a riserva in quanto l'utile dell'associato è una spesa per la società avvicinata all'utile dei dipendenti¹⁹⁷; ciò vale sia per la riserva legale¹⁹⁸ sia per le riserve statutarie¹⁹⁹. La giurisprudenza ha chiarito che l'assetto delineato è derogabile per espressa volontà delle parti, possono ad esempio, prevedere che gli acquisti cadano in comproprietà²⁰⁰. Una questione che la giurisprudenza ha dovuto affrontare è se una previsione contrattuale di partecipazione "ai ricavi" o "agli incassi" o "al fatturato" possa essere considerata equivalente alla "partecipazione agli utili". È indubbio che utili e ricavi siano concetti distinti ma nella realtà si è assistito ad una sovrapposizione dei concetti al momento di stipula della associazione in partecipazione. Le risposte sul punto non sono univoche. Vi è chi²⁰¹ sostiene che in presenza di una partecipazione al fatturato deve essere esclusa l'associazione in partecipazione; sembra preferibile però, la tesi seguita dalla Cassazione²⁰², secondo cui una simile previsione pattizia è compatibile con il contratto in esame.

Infine, occorre chiarire a quale titolo avviene la corresponsione di utili. Si tratta di un diritto di credito dell'associato²⁰³ nei confronti dell'associante perché gli utili che si originano dall'attività sono di proprietà esclusiva di quest'ultimo e infatti, la partecipazione nell'associazione non può essere intesa come una partecipazione in senso tecnico-giuridico²⁰⁴

¹⁹³ Ivi, p. 113

¹⁹⁴ V. G. MIGNONE, *op. cit.* pp. 458-459

¹⁹⁵ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 45

¹⁹⁶ A. MIGNOLI, *Le "partecipazioni agli utili" nelle società di capitali*, Milano, 1966 p.32 ss.

¹⁹⁷ Ivi, p. 27 ss.

¹⁹⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 265

¹⁹⁹ Ivi, p. 266

²⁰⁰ Cass. 24 novembre 1952, n. 3075 in *Dir. fallim.*, 1953, II, p.20

²⁰¹ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 102; Trib. Milano, 12 maggio 2005, in *Dir. Autore*, 2005, p. 523

²⁰² Cass. Sez. lav.18 aprile 2007, n. 9264; Cass. Sez. lav. 6 maggio 1997, n. 3936, in *Mass.*,

²⁰³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 463

²⁰⁴ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 48

ma esprime solo un criterio di calcolo di un corrispettivo dovuto²⁰⁵. La tesi è stata accolta anche dalla giurisprudenza²⁰⁶.

III. LA PARTECIPAZIONE ALLE PERDITE

Si deve ora affrontare il tema della partecipazione alle perdite perché coinvolge questioni che investono la figura dell'associazione in partecipazione²⁰⁷. Innanzitutto, occorre ricordare la previsione legislativa dell'art. 2553 Cod. civ. secondo cui la partecipazione alle perdite si presume di misura pari rispetto alla partecipazione agli utili, salvo il patto contrario. Questo significa che l'associato può godere di una partecipazione agli utili in misura diversa da quella delle perdite²⁰⁸.

La questione che si vuole qui affrontare è capire se l'associato può essere escluso dalla partecipazione alle perdite oppure no.

La giurisprudenza non è stata costante nel rispondere al problema: in alcune pronunce ha definito la partecipazione alle perdite dell'associato come meramente eventuale²⁰⁹ mentre in altre²¹⁰ sostiene che una non partecipazione alle perdite trasformi il rapporto in cointeressenza. Infine, nel 2006 la Cassazione ha affermato che l'associato deve partecipare sia agli utili che alle perdite²¹¹.

Per quanto riguarda la dottrina, la tesi maggioritaria ammette che l'associato possa essere esonerato dalla partecipazione alle perdite ma i percorsi che portano ad una simile affermazione sono diversi e comunque criticabili. A sostegno della ammissibilità della esclusione si è espresso, Ghidini²¹² con tre argomenti: il primo è che la riserva posta dall'art. 2553 Cod. civ. è riferibile non solo agli utili ma anche alle perdite, la tesi non appare accoglibile²¹³; il secondo argomento sostiene che le perdite in capo all'associato non figurano nella nozione data dall'art. 2549 Cod. civ. ma anche nella nozione della società le perdite non compaiono²¹⁴; infine, Ghidini sostiene che l'art. 2554, comma 1, prima frase Cod. civ. individua la figura della "cointeressenza agli utili" che si caratterizza per la mancata partecipazione alle

²⁰⁵M. DE ACUTIS, *op. cit.* p. 171

²⁰⁶ Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, cit.;

²⁰⁷ G. MIGNONE, *op. cit.* p. 464

²⁰⁸ Cass. 23 gennaio 1996, n. 503, in *Giust. Civ.*, I, 1996, p. 2318

²⁰⁹ Cass. Sez. lav. 21 novembre 1985, n. 5759 in *Mass.*

²¹⁰ Cass. 23 gennaio 1996, n. 503, cit.

²¹¹ Cass. Sez. lav. 22 novembre 2006, n. 24781 in *Mass.*

²¹² M. GHIDINI, *op. cit.* p. 122 ss.

²¹³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 466

²¹⁴ G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, p. 337

perdite dell'associato e quindi, se la partecipazione alle perdite è esclusa allora il rapporto è di cointeressenza; una lacuna di dettaglio dell'argomento è che la cointeressenza è espressamente riferita al solo affare e non anche all'impresa²¹⁵. Un altro autore²¹⁶ sostiene che l'associato può essere esonerato dalle perdite sulla base della nozione di "partecipazione alle perdite". L'autore chiarisce che l'associato che, ha apportato beni in proprietà o denaro, può non ottenere alcun guadagno ma recuperare l'apporto o perdere anche quest'ultimo, mentre l'associato che ha fornito beni in uso o un 'apporto d'opera può avere come perdita la mancata remunerazione della prestazione. Inoltre, rileva l'autore, per apporti in godimento o d'opera la presunzione dell'art. 2553 Cod. civ. non può essere applicata²¹⁷, e allora la previsione legislativa può adattarsi solo all'ipotesi di apporto di beni in proprietà. In conclusione, viene affermato quindi, che la partecipazione alle perdite deve essere intesa come "falcidia che l'associato può subire al momento della restituzione dell'apporto"²¹⁸. In virtù di questa definizione e del fatto che la presunzione è applicabile solo per una forma di associazione in partecipazione De Ferra sostiene che la partecipazione dell'associato alle perdite è un elemento naturale "ma non essenziale"²¹⁹ del rapporto. Vi è poi una parte della dottrina, minoritaria ma che sembra aderire all'ultima pronuncia della Cassazione²²⁰, che sostiene invece la essenzialità della partecipazione alle perdite dell'associato²²¹. Tra gli autori²²² che sostengono la posizione minoritaria degna di nota sembra essere la tesi di Mignone, il quale sostiene che è l'apporto il luogo in cui le perdite vengono scontate e quindi se l'associato è escluso dalla partecipazione alle perdite allora si sta sancendo la restituzione obbligatoria dell'apporto²²³. Una simile previsione porta però a scontarsi con la natura di finanziamento del contratto di associazione in partecipazione. Inoltre, ove l'apporto fosse una somma in denaro, con l'obbligo di restituzione il rapporto così formato dovrebbe essere riqualificato come un mutuo parziario²²⁴. Quest'ultimo argomento è stato criticato perché il mutuo parziario può

²¹⁵ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 108

²¹⁶ Ivi, p. 106 ss.

²¹⁷ Idem

²¹⁸ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 107

²¹⁹ Idem

²²⁰ Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, cit.

²²¹ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit.p. 518;

²²² REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, in *Riv. Soc.*, 1961 p. 517; RUBINO DE RITIS, *Associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento*, nota a Trib. Napoli, 28 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1991, p. 114

²²³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 472

²²⁴ O. CAROSELLI, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1930 pp. 153-154

avere ad oggetto solo cose fungibili e quindi se l'associazione in partecipazione ha apporti con beni infungibili non può essere ricondotta al mutuo parziario²²⁵; un 'ulteriore critica è stata fatta da chi sostiene che il mutuo parziario è una figura atipica e non può essere utilizzata per porre dei limiti ad una fattispecie con fonte normativa come l'associazione in partecipazione²²⁶. La seconda critica non appare corretta perché la figura del mutuo parziario è oggi tale da considerarsi dotata di una sua individuazione e autonomia²²⁷. Per quanto riguarda invece, il primo argomento di critica si potrebbe sostenere che un rapporto di associazione con apporto di beni infungibili sia in realtà una cointeressenza²²⁸. Una simile riqualificazione del rapporto non sembra possibile ove si segua l'orientamento di chi²²⁹ sostiene che nella cointeressenza l'apporto è escluso. Si deve allora concludere che il mutuo parziario con beni infungibili è una forma atipica dello stesso e quindi ammissibile. Infine, è apparsa superabile anche la critica di chi sostiene che la necessaria presenza della partecipazione alle perdite è incompatibile con l'apporto di lavoro e di beni in godimento; si è visto come l'apporto di lavoro è oggi ammissibile per le sole persone giuridiche, le quali partecipano alle perdite nella misura in cui il loro apporto non sia poi remunerato dagli utili dell'attività²³⁰. Per quanto riguarda invece, l'apporto di beni in godimento si è visto²³¹ che, per ragioni sistematiche, sarebbe opportuno escludere tale forma di apporto. Ulteriore questione di rilievo è se l'associato può partecipare alle perdite oltre il valore dell'apporto. Sembra preferibile l'impostazione di chi indica il limite alle perdite dell'art. 2553 Cod. civ. come norma di "ordine pubblico"²³², in quanto volta a tutelare il corretto andamento del mercato e meglio garantisce la causa di finanziamento del contratto stesso. Accogliendo la tesi per cui l'associato d'opera partecipa alle perdite nella misura in cui non ottiene una remunerazione dell'attività apportata non si potrebbe pretendere che l'associato rifonda l'associante delle eventuali perdite; una simile pattuizione espressa è stata ritenuta tuttavia ammissibile dalla giurisprudenza²³³ purché l'entità della responsabilità per perdite sia

²²⁵ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 89

²²⁶ Idem

²²⁷ V. M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile, Libro quarto. Delle obbligazioni* (Art. 1813-1822), 2° ediz., Bologna- Roma, 1966

²²⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 127

²²⁹ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 91 e 96; G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 112; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. pp. 691-692

²³⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 433 ss.

²³¹ V. p. 22

²³² F. MESSINEO, *Manuale*, V, *op. cit.* p. 10; Cass. 16 ottobre 1964, n. 2598, in *Giust. civ.*, I, 1964, p. 2127

²³³ Trib. Milano, 25 maggio 1989, cit.

determinata e tale valore corrisponda a grandi linee a quello ragionevolmente attribuito alla prestazione svolta dall'associato.

SEZIONE 3: DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

L'art. 2552 Cod. civ. è rubricato "diritti dell'associante e dell'associato" ma in realtà non contiene tutti i diritti delle parti ma solo il diritto alla gestione dell'associante e il diritto al controllo e al rendiconto dell'associato. Dal contratto di associazione, infatti, nascono anche altre obbligazioni: in capo all'associante la dottrina ha individuato l'obbligo di gestione, e di pagamento degli utili e di presentazione del rendiconto. Accanto a questi si registrano degli obblighi connessi alla gestione e infine, nelle ipotesi di scioglimento del contratto, emerge l'obbligo di restituzione dell'apporto. In capo all'associato invece, è possibile individuare un unico obbligo, cioè quello di effettuare l'apporto promesso.

1. LA GESTIONE (RINVIO)

L'elemento della gestione unitamente ai poteri non gestori costituisce "l'esercizio in comune", cioè uno dei tre criteri che la dottrina ritiene di poter applicare per distinguere un contratto di associazione in partecipazione da uno di società. Per tale ragione sembra opportuno trattare il tema della gestione nel capitolo secondo dell'elaborato.

2. OBBLIGHI CONNESSI ALLA GESTIONE

Al tema della gestione dell'associante si ricollegano una serie di obblighi ulteriori perché è opinione condivisa che la gestione dell'impresa, a cui aderisce l'associazione, è libera²³⁴ ma condizionata dalla partecipazione agli utili dell'associato²³⁵. In primo luogo, la dottrina si è interrogata sulla esistenza o meno dell'obbligo, per l'associante, di finanziare l'impresa e quale limite può esistere a tale finanziamento; per poter rispondere alla prima questione si deve cercare di capire se è possibile individuare dei limiti al finanziamento dell'associante. La soluzione di Ghidini di applicare in via analogica la previsione dell'art. 2253, comma 2, Cod. civ.²³⁶ e quindi, ammettere che l'associante debba fornire quanto necessario per il

²³⁴ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 139

²³⁵ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 58

²³⁶ Art. 2553, comma 2 Cod. civ. "Se i conferimenti non sono determinati, si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale."

conseguimento degli utili, non è stata condivisa da numerosi autori²³⁷. La soluzione che pare preferibile²³⁸ è quella di chi individua un limite negativo al finanziamento, cioè, è inammissibile il comportamento dell'associante che per proprio esclusivo tornaconto ostacola la produzione di utili da dividere con l'associato²³⁹. Seguendo questa impostazione si può arrivare ad escludere l'esistenza di uno specifico obbligo di finanziamento in capo all'associante²⁴⁰. Un altro obbligo sulla cui esistenza dottrina e giurisprudenza si sono interrogati è quello, per l'associante, di non mutare il rischio dell'impresa o dell'affare come considerato al momento della stipula. Le posizioni dottrinali sul punto sono diverse. A favore dell'esistenza di un simile obbligo vi è chi sostiene che l'associato, al momento della stipula, conosce una "situazione complessa, che circoscrive e definisce, sia pure entro ampi limiti, un determinato rischio"²⁴¹ e allora mutando il rischio dell'impresa si mutano anche le basi del contratto di associazione in partecipazione; a sostegno di tale tesi Ghidini richiama il diritto di recesso²⁴², che nelle società di capitali, viene riconosciuto ai soci contrari al mutamento dell'oggetto, del tipo sociale e del trasferimento della sede. L'autore conclude sostenendo che gli eventi in grado di mutare il rischio dell'impresa non possono essere individuati a priori ma occorre una valutazione caso per caso²⁴³. Altri autori²⁴⁴ sostengono che ciò che è vietato all'associante è il mutamento unilaterale degli elementi essenziali del contratto e, poiché il mutamento del rischio dell'impresa equivale ad un mutamento dell'oggetto dell'associazione in partecipazione, allora quest'ultimo deve essere vietato. Secondo questa impostazione il mutamento dell'ubicazione dell'impresa deve essere ritenuto elemento essenziale²⁴⁵ del contratto per l'associazione ad un affare; nel caso di associazione all'impresa invece, sembra doversi concludere che l'associato può concorrere a simili decisioni solo ove il contratto lo preveda espressamente²⁴⁶. In senso contrario all'esistenza di un simile obbligo si è di recente espresso Mignone²⁴⁷, il quale ritiene che il problema del mutamento dell'oggetto dell'impresa debba essere risolto sulla base del criterio dell'esecuzione in buona fede, (art. 1375 Cod. civ.) in quanto ci sono diversi

²³⁷ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 197; G. DE FERRA, *op. cit.* p. 61

²³⁸ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. 395

²³⁹ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 197; G. DE FERRA, *op. cit.* p. 63

²⁴⁰ G. DE FERRA, *op. cit.*, p. 67; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 203 in nota 30

²⁴¹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 173

²⁴² Art. 2437 Cod. civ. vecchio testo

²⁴³ M. GHIDINI, *op. cit.* pp. 173-174

²⁴⁴ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 193; G. DE FERRA, *op. cit.* p. 68

²⁴⁵ G. DE FERRA, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 68

²⁴⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 399

²⁴⁷ Ivi pp. 400-401

fattori da considerare: ogni settore imprenditoriale presenta delle proprie esigenze di mutamento degli aspetti dell'impresa e il loro mutamento, talvolta può rilevarsi essenziale per la sopravvivenza dell'impresa, inoltre occorre considerare la durata del contratto perché se è a tempo determinato il mutamento dei fattori di rischio deve essere valutato in modo più rigoroso. Infine, sostiene l'autore, si deve anche considerare che l'associato non può essere *peritus* delle valutazioni imprenditoriali dell'associante. Mignone conclude affermando che²⁴⁸ l'associante è tenuto, per un corretto adempimento del contratto, a rendere conto all'associato dei mutamenti idonei a incidere significativamente sul rischio d'impresa. Un ulteriore obbligo in capo all'associante è quello di investire l'apporto ricevuto dall'associato nell'impresa o nell'affare oggetto del contratto di associazione in partecipazione²⁴⁹. Una simile previsione è stata criticata in quanto si ritiene che sia contraria alla natura di contratto di scambio²⁵⁰ ma la critica sembra superabile se si considera la causa finanziaria del contratto. Il finanziamento richiede un rapporto funzionale tra la provvista dei mezzi erogati e lo svolgimento dell'attività produttiva e quindi, salva una diversa pattuizione dell'associato, si deve affermare che l'apporto è stato dato in funzione dell'impresa o dell'affare a cui ci si è associati²⁵¹. La dottrina ha poi individuato ulteriori doveri in capo all'associante, come l'obbligo di non concorrenza con l'impresa interessata dall'associazione in partecipazione, o il divieto di uso di beni aziendali per scopi personali o in altra sua attività ledendo la capacità produttiva dell'impresa²⁵². L'esistenza di simili obblighi è parsa, a parte della dottrina, discutibile perché richiede troppi distinguo; ad esempio, un obbligo di non concorrenza appare facilmente ammissibile per gli associanti-imprese di piccole dimensioni, ma non sembra potersi ammettere²⁵³ per le società per azioni che vogliono acquisire partecipazioni in altre attività affini alla propria. È parso preferibile²⁵⁴ ricondurre tali situazioni a profili sensibili del rapporto di associazione in partecipazione e quindi, devono essere valutati alla luce dei principi generali di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni (art. 1176 Cod. civ.) e di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 Cod. civ.). Si tratta quindi di principi generali che

²⁴⁸ Idem

²⁴⁹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 168 ss.

²⁵⁰ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.*, p. 29

²⁵¹ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. pp. 124-125; Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 22 giugno 2022, n. 20159 in banca dati One legale

²⁵² M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 179

²⁵³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 403

²⁵⁴ G. DE FERRA, *op. cit.* pp. 63-64; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 194

l'associante deve seguire nel gestire la propria impresa o affare, in presenza di un'associazione in partecipazione²⁵⁵. Per quanto riguarda il livello di diligenza richiesta alcuni autori²⁵⁶ sostengono si tratti della diligenza del "buon padre di famiglia" prevista dall'art. 1710 Cod. civ.; sembra però preferibile la tesi²⁵⁷ che richiama l'art. 1176, comma 2 Cod. civ. e quindi, la diligenza deve essere valutata sulla base "della natura dell'affare"²⁵⁸. L'obbligo di esecuzione in buona fede, invece, ricomprende doveri come quelli di non rimanere in uno stato di inerzia, non mutare il rischio d'impresa, non compiere atti concorrenziali non spiegabili e altri ancora²⁵⁹. Nel caso di violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede²⁶⁰ o della diligenza²⁶¹ richiesta, l'associato può chiedere la risoluzione per inadempimento del contratto.

3. DIVIETO DI ASSUNZIONE DI NUOVI ASSOCIATI

L'art. 2550 Cod. civ. pone un esplicito limite alla gestione dell'associante: questo non può attribuire nuove partecipazioni alla medesima impresa o affare senza il consenso dei precedenti associati. Un simile limite è stato giustificato dall'intento di "impedire l'intrusione di terzi in concorrenza con i nuovi associati"²⁶². La dottrina si è interrogata su quale sia il pregiudizio che un nuovo associato può provocare ma non è stata in grado di indicarlo in modo unitario. Vi è chi²⁶³ ha sostenuto che il divieto è volto ad evitare che l'associante attribuisca successivamente quote di utili tali da superare nel loro insieme il 100%. Questa *Ratio* è però stata criticata sia perché non è in grado di giustificare il consenso per le ipotesi di nuove partecipazioni che possono causare un pregiudizio economico per le precedenti²⁶⁴, sia perché un successivo patto tra parti diverse non potrebbe avere alcun effetto sulla quota di utili prevista a favore del precedente associato²⁶⁵. Secondo un altro autore²⁶⁶ la norma mira ad

²⁵⁵ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 176

²⁵⁶ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit. p. 1429

²⁵⁷ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 177

²⁵⁸ Art. 1176, comma 2 Cod. civ.

²⁵⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 405

²⁶⁰ Cass. 27 marzo 1996, n. 2715 in *Contratti*, 1997, p. 273 con nota di TRICARICO; Cass. 2 giugno 1992, n. 6701, in *Corriere giur.*, 1992, p. 1117, con nota di DE ACUTIS,

²⁶¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 562

²⁶² Relazione al Codice civile, n. 1034

²⁶³ M. GHIDINI, *op. cit.* pp. 157-158

²⁶⁴ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit. p. 543

²⁶⁵ G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.* p. 543

²⁶⁶ Ivi, p. 333

evitare che l'associato originario veda cambiate le condizioni di rischio alle quali aveva accettato di concludere il contratto: infatti l'ingresso di nuove partecipazioni potrebbe richiedere una modifica dell'attività economica che incide sul rischio dell'affare o dell'impresa. Inoltre, per chi ammette dei poteri di gestione in capo all'associato, un'ulteriore ragione giustificatrice il divieto è evitare che vengano affidati dei poteri gestori a nuovi associati, di cui gli associati originari non avevano fatto alcun affidamento²⁶⁷.

In dottrina è stato chiarito che il divieto deve essere interpretato in senso restrittivo e quindi vale solo per i nuovi associati ma non anche per l'acquisto di nuovi soci, salvo che non venga modificata in modo radicale la figura dell'associante²⁶⁸. Inoltre, il divieto riguarda la stipula di successive e autonome associazioni in partecipazione rispetto a quella originaria²⁶⁹, mentre non rientra nel campo applicativo dello stesso le ipotesi di nuovi soggetti che si aggiungono alla medesima associazione in partecipazione²⁷⁰. L'ultima questione che deve essere analizzata è che cosa accade se il divieto viene violato: il quesito deve essere risolto sia con riferimento ai nuovi associati che alle forme di tutela dell'associato originario. Per quanto riguarda i nuovi associati vi è chi²⁷¹ ha sostenuto che il consenso dei precedenti associati deve essere considerato come condizione di efficacia, e di opponibilità, delle nuove associazioni nei confronti delle vecchie. La tesi è stata criticata da de Ferra in quanto in tal modo il primo associato beneficerebbe dell'apporto dell'associato successivo, mentre quest'ultimo vedrebbe i suoi diritti limitati dalla inopponibilità²⁷²; non è apparsa convincente²⁷³ neppure la ricostruzione di questo autore, la quale pone la nuova associazione come un negozio tipico o atipico a seconda del caso. Infine, vi è chi sostiene che la nuova associazione in partecipazione è valida ma non opponibile al precedente associato, quindi, il nuovo associato ha diritto al risarcimento del danno per violazione del dovere di informazione²⁷⁴, o nei casi più gravi, può chiedere l'annullamento del contratto per dolo. Simili azioni di tutela sono ammissibili solo se l'entità delle partecipazioni agli utili abbia un sufficiente rilievo rispetto alle dimensioni

²⁶⁷ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 158

²⁶⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 164

²⁶⁹ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 67; in giurisprudenza App. Genova, 19 maggio 1988, in *Riv. Dir. comm.*, 1989, II, p. 133

²⁷⁰ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, *op. cit.*, pp. 12-13

²⁷¹ M. GHIDINI, *op. cit.* 160

²⁷² G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.* p. 54 ss.

²⁷³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 248. L'autore sostiene che l'impostazione viola l'art. 1362 Cod. civ.

²⁷⁴ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 632

dell'impresa associante²⁷⁵. Per quanto riguarda la tutela dell'associato la dottrina è divisa: Ghidini²⁷⁶ sostiene che non è ammissibile una risoluzione per inadempimento, mentre de Ferra²⁷⁷ la ammette. Infine, si segnala una pronuncia giurisprudenziale²⁷⁸ secondo cui il divieto non si applica se nello stesso giorno l'associante ha concluso due associazioni in partecipazione senza che sia possibile stabile con sicurezza quale rapporto è stato instaurato per primo.

4. L'OBBLIGO DI RENDICONTO

L'articolo 2552, comma 3 del Cod. civ. individua, in capo all'associato, il diritto al rendiconto dell'affare o della gestione. Si tratta di una forma di controllo che la legge stessa²⁷⁹ pone come necessaria e che non può essere derogata²⁸⁰ dalle parti.

Occorre ora definire che cosa si intende per rendiconto. In senso giuridico il rendiconto consiste in una ordinata esposizione di dare e avere²⁸¹, e consente così, a chi svolge un'attività nell'interesse proprio e di altri, di tenere informati questi ultimi di quanto compiuto, al fine di metterli in condizione di far valere i propri diritti²⁸². Nel caso dell'associazione in partecipazione il rendiconto così inteso è ammissibile solo per forme di associazione al singolo affare con durata infrannuale e purché l'associante non sia un imprenditore; in tutti gli altri casi l'associante dovrà produrre un bilancio redatto sul modello societario, da cui, cioè, emergano sia la situazione patrimoniale sia gli utili e le eventuali perdite, e anche un rendiconto²⁸³. Nonostante la norma sia poco chiara sul punto, l'interpretazione che si è imposta indica che, il rendiconto ha cadenza annuale sia nelle ipotesi di associazione all'impresa che in quelle di associazione all'affare²⁸⁴ e, in entrambi i casi, è dovuto un rendiconto finale²⁸⁵. La dottrina ammette però che l'associato possa far prevedere nel contratto un obbligo di periodicità più serrata²⁸⁶. La cadenza annuale del rendiconto cade, se

²⁷⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 248

²⁷⁶ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 226

²⁷⁷ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 93

²⁷⁸ Cass. 27 marzo 1996, n. 2715, cit.

²⁷⁹ L'art. 2553, comma 2 Cod. civ. si apre con l'inciso "in ogni caso"

²⁸⁰ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, cit., p. 81

²⁸¹ P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. Soc.* 1965, pp. 808-809

²⁸² LUISO, voce *Rendiconto*, a) *Diritto privato e processuale civile*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 792 e 794

²⁸³ COMUNALE, voce *Rendiconto*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione Civile*, XVI, Torino, 1997, pp. 589-599 e 603

²⁸⁴ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 190; Cass. 27 marzo 1996, n. 2715, in *Contratti*, 1997, p. 273

²⁸⁵ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 190

²⁸⁶ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit. p. 1430

l'associante è un'impresa, al momento di chiusura di ogni esercizio annuale²⁸⁷ e, se l'associazione in partecipazione viene conclusa ad esercizio avviato, l'associante renderà il rendiconto alla prima chiusura d'esercizio successiva e per la frazione di tempo trascorsa²⁸⁸. Eventuali chiusure di conto infra-annuali possono essere pattuite dalle parti. Il rendiconto deve essere redatto per iscritto²⁸⁹ e deve essere "ordinato e intellegibile"²⁹⁰. Infine, occorre interrogarsi su quale sia il contenuto del diritto al rendiconto. La giurisprudenza²⁹¹ ha chiarito che non è inadempiente l'associante che, pur non avendo inviato agli associati il rendiconto, ha provveduto a depositarli presso un professionista incaricato dalle parti stesse di tenere la contabilità. In generale, si può sostenere che l'associante ha assolto al proprio obbligo di rendiconto, se mette a disposizione dell'associato il rendiconto presso un luogo di non difficile accesso; vi è tuttavia, chi²⁹² ammette la richiesta dell'associato, di vedersi consegnare materialmente il rendiconto a spese proprie. Se l'associante non adempie all'obbligo di rendiconto²⁹³ o la rendicontazione è inadeguata²⁹⁴, l'associato può ottenere tutela dal giudice.

5. I POTERI DI CONTROLLO DELL'ASSOCIATO

L'art 2552, comma 2 Cod. civ. prevede la possibilità di indicare nel contratto di associazione in partecipazione quale forma di controllo può esercitare l'associato sull'impresa o sull'affare. Prima di poter conoscere quali poteri sono attribuibili all'associato, occorre interrogarsi su quale sia la nozione di controllo. In senso giuridico la definizione è stata elaborata dal diritto amministrativo²⁹⁵ ed è stato riconosciuto che non è possibile darne una definizione univoca²⁹⁶;Ciò nonostante, la dottrina ha individuato dei caratteri comuni a quelli che vengono definiti i controlli in senso "amministrativistico – classico": questi sono l'esame, il giudizio, la conseguente misura adottata e la separazione tra il soggetto controllante e quello controllato²⁹⁷. Su un piano funzionale il controllo è capace di incidere sul suo oggetto, cioè,

²⁸⁷ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 190

²⁸⁸ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 491

²⁸⁹ M. GHIDINI *op. cit.* pp. 192, 230

²⁹⁰ COMUNALE, *op. cit.* p. 603

²⁹¹ Cass. 13 giugno 2000, n. 8027, cit.

²⁹² G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 493

²⁹³ F. MESSINEO, *Manuale*, V, *op. cit.*, p. 10; Cass. 8 novembre 1969, n. 3649, in *Giur. it.*, 1970 I, 1. 1578

²⁹⁴ DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.*, pp. 88-89

²⁹⁵ S. GALEOTTI, voce *Controllo*, B) *Controlli costituzionali*, in *Enc. del dir.*, X Milano, 1962, p. 321

²⁹⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 3 °ediz., Milano, 1993, p. 327

²⁹⁷ S. GALEOTTI, *op. cit.* p. 322

tende a riportare alla regola ciò che non è conforme, impendendo o ostacolando il suo formarsi o eliminandolo ove si sia già formato²⁹⁸. Sono quindi esclusi dalla nozione di controllo così individuata i giudizi sprovvisti di un effetto giuridico e i procedimenti meramente riparatori o sanzionatori²⁹⁹. Per meglio comprendere la portata della nozione possiamo verificare quando il libro quinto del Codice civile descrive delle forme di controllo che si adattano alla definizione appena descritta e quando ciò non avviene. Si possono considerare controlli in senso amministrativo, ad esempio, il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società per azioni (art. 2409 Cod. civ.) o l'approvazione del tribunale per le delibere di revoca dei sindaci (art. 2400, comma 2 Cod. civ.)³⁰⁰. Non riescono invece, ad entrare nella nozione di controllo la previsione³⁰¹ dell'art.2261 Cod. civ. per i soci esclusi dall'amministrazione di una società semplice, anche se rubricata "controllo dei soci" oppure, le forme di controllo riconosciute ai soci non amministratori delle società a responsabilità limitata (art. 2476 Cod. civ.³⁰²). Si deve ora confrontare la nozione di controllo con quanto previsto dall'art. 2320, comma 2 Cod. civ. perché presenta dei parallelismi con l'art. 2552 Cod. civ. In particolare, la dottrina³⁰³ ha affermato che l'analogia può essere fatta sulla base della struttura della norma perché il primo comma indica un principio di massima, il secondo introduce delle eccezioni date dai poteri di controllo e autorizzativi e infine, il terzo comma sancisce il diritto alla rendicontazione³⁰⁴. La norma prevede infatti la possibilità, per i soci accomandanti, di "dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni" e di "compiere atti di ispezione e di sorveglianza"; si tratta di manifestazioni che sono riconducibili al concetto di controllo anche se non c'è un esplicito riferimento letterale³⁰⁵. Queste previsioni codicistiche, ritiene parte della dottrina³⁰⁶, non possono essere ricondotte alla nozione di controllo in senso amministrativo perché non permettono un intervento diretto sugli atti compiuti dagli amministratori ma consentono solo

²⁹⁸ M.S. GIANNINI, *op. cit.* p. 327 ss.

²⁹⁹ A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, p. 12

³⁰⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 385

³⁰¹ L'art. 2261 Cod. civ. prevede che "I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizia dello svolgimento degli affari sociali, di consultare i documenti relativi all'amministrazione e di ottenere il rendiconto quando gli affari per cui fu costituita la società sono stati compiuti."

³⁰² L'art. 2476 Cod. civ. riconosce in capo ai soci non amministratori il diritto di avere notizia degli affari sociali, consultare i libri delle società e i documenti relativi all'amministrazione e infine, il diritto individuale ad esercitare l'azione di responsabilità giudiziale contro gli amministratori o chiederne la revoca giudiziale.

³⁰³ P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, *op. cit.*, pp. 293-294

³⁰⁴ Art. 2320 Cod. civ.

³⁰⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 386

³⁰⁶ *Ivi*, p. 387

delle pretese risarcitorie. Risulta allora inevitabile sostenere³⁰⁷ che i controlli informatico-ispettivi che la legge attribuisce ai soci esclusi dall'amministrazione sono solo una forma di controllo privatistico e non anche in senso amministrativo.

Tornando ora alle forme di controllo previste dall'art. 2552 Cod. civ. a favore dell'associato Mignone sostiene che si tratti di controlli analoghi a quelli riconosciuti ai soci non amministratori perché l'associato è un partecipante agli utili dell'attività ma è escluso dalla gestione³⁰⁸. L'autore sostiene quindi, che il diritto di controllo dell'associato deve essere inteso come il diritto di ottenere notizie sull'andamento dell'impresa o dell'affare e il diritto di ispezionare le scritture, i locali e le altre componenti dell'azienda.³⁰⁹ Per quanto riguarda l'ampiezza di tali poteri occorre distinguere due casi: se l'associante è un imprenditore individuale, la dottrina³¹⁰ sostiene che i diritti sono nella disponibilità delle parti. Se l'associante è una società si registrano posizioni diverse: Ghidini sostiene che i poteri riconoscibili possono essere determinati liberamente dalle parti e possono avere un'estensione anche più ampia di quella riconosciuta dalla legge ai sindaci delle società stesse³¹¹; Mignone ritiene invece che i poteri ispettivi ed informativi abbiano la medesima ampiezza di quelli riconosciuti al socio escluso dalla gestione, per evitare un concorso con i poteri dei sindaci. I poteri di controllo così individuati in capo all'associato sono funzionalizzati all'obbligo di rendiconto dell'associante ma i primi si manifestano in modo continuativo³¹², dato il carattere di durata della associazione in partecipazione. Infine, la dottrina sostiene che il controllo dell'associato può essere derogato ad un terzo³¹³. Si segnala poi la questione di ammissibilità di un controllo collettivo di più associati attraverso un rappresentante comune: vi è chi ammette una simile forma di controllo³¹⁴ e chi afferma che, anche se ammissibile, si deve tenere conto della natura bilaterale del contratto³¹⁵. Una forma di rappresentanza comune "vera" (cioè dove più soggetti, titolari di una frazione, concorrono *pro quota* sulla medesima partecipazione) è prevista nelle ipotesi in cui la posizione di associato è incorporata nei certificati partecipativi, in forza del rinvio alla disciplina delle obbligazioni, che viene

³⁰⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 388

³⁰⁸ Idem

³⁰⁹ Ivi, p. 389; in modo analogo anche G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit. p. 1430

³¹⁰ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 187

³¹¹ Ivi p. 262

³¹² G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, p. 79

³¹³ M. GHIDINI, op. cit. pp. 187-188

³¹⁴ Idem

³¹⁵ G. MIGNONE, op. cit. p. 391

previsto per gli strumenti finanziari “che condizionano i tempi e l’entità del rimborso del capitale all’andamento economico della società”³¹⁶, perché in questi ultimi vi rientrano i valori mobiliari di associazione in partecipazione.

6. I POTERI AUTORIZZATIVI

L’art. 2552 Cod. civ. viene impiegato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per ammettere dei poteri di autorizzazione e di fornire pareri. In realtà, la disciplina dell’associazione in partecipazione non contiene alcun esplicito riferimento ai poteri autorizzativi o consultivi ma si è affermato che simili poteri possono essere fatti rientrare nella nozione di controllo dell’art. 2552 Cod. civ. alla luce delle somiglianze strutturali che la norma ha con l’art.2320 Cod. civ. delle società in accomandita semplice³¹⁷. La dottrina maggioritaria³¹⁸ sostiene che può essere riconosciuto all’associato il potere di emanare dei pareri vincolanti per il compimento di determinati atti. Il termine vincolante deve essere inteso nel senso che il parere deve essere ascoltato ma chi si è vincolato non ha l’obbligo di conformarsi³¹⁹.

Per quanto riguarda i poteri autorizzatori questi sono intesi dalla dottrina come un vero e proprio diritto di veto³²⁰. I poteri autorizzativi che vengono riconosciuti al socio accomandante ai sensi dell’art. 2320, comma 2 Cod. civ. sono ampi e possono coinvolgere anche segmenti dell’attività sociale³²¹ in quanto viene sostenuto³²², l’unico limite è la loro determinatezza, intesa come un divieto alla costante intromissione del socio accomandante nella gestione ordinaria della società.

Nella associazione in partecipazione, la dottrina maggioritaria ritiene che i poteri autorizzativi rientrino nella nozione di controllo ma una simile impostazione è stata oggetto di critiche. Sotto un profilo concettuale emerge una differenza tra i poteri autorizzativi riconosciuti all’associato e quelli attribuiti al socio: i primi hanno una efficacia limitata alle parti, e non inficiano la validità degli atti compiuti senza l’autorizzazione³²³ mentre i secondi sono un limite al potere rappresentativo ai sensi dell’art. 2298 Cod. civ.³²⁴. Vi è chi, proprio perché l’atto

³¹⁶ Art. 2411, comma 3 Cod. civ.

³¹⁷ P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, pp.293-294

³¹⁸ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 75; M. GHIDINI, *op. cit.* p. 154-155

³¹⁹ Si è espresso in tal senso per i pareri ex art. 2320, comma 2 Cod. civ. MONTALENTI, *Il socio accomandante, op.cit.*, p. 181

³²⁰ CROSETTI, voce *Controlli amministrativi*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, p.71

³²¹ P. MONTALENTI, *op. cit.* p. 190

³²² *Ivi*, pp. 191-192

³²³ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit., p. 1429

³²⁴ P. MONTALENTI, *op. cit.* p. 188

compiuto dall'associante senza autorizzazione rimane valido, sostiene che non si può parlare di autorizzazione ma di approvazione³²⁵. Un ulteriore elemento di critica ai poteri autorizzatori intesi come controllo emerge proprio dalla nozione di controllo in senso amministrativo. Nel paragrafo precedente si è visto che i controlli informativo- ispettivi, che la legge riconosce ai soli esclusi dalla amministrazione, non rientrano nella nozione di controllo e poiché l'art. 2320 Cod. civ. prevede diritti informativo-ispettivi e poi anche diritti autorizzativi, allora questi secondi non possono essere considerati come *species* dei primi³²⁶. L'autore di quest'ultima critica ritiene comunque ammissibile riconoscere dei poteri di dare autorizzazioni e pareri ma solo in casi eccezionali e purché l'argomento riguardi strettamente aspetti che coinvolgono un interesse specifico dell'associato³²⁷; è ad esempio, ammissibile una clausola che subordina la alienazione del bene apportato alla autorizzazione dell'associato per poter tutelare il suo interesse alla restituzione del bene. La giurisprudenza, sulla questione dei poteri autorizzativi, ha ammesso una clausola che subordinava alla autorizzazione dell'associato, la vendita dell'attività oggetto di associazione in partecipazione³²⁸ oppure, in una precedente pronuncia³²⁹, ha qualificato come potere autorizzativo la previsione di un "accordo comune" per la rivendita di un immobile che era stato costruito attraverso un'associazione in partecipazione.

SEZIONE 4: LO SCIoglimento DEL CONTRATTO

1. LA DISCIPLINA APPLICABILE

La disciplina codicistica dell'associazione in partecipazione non ha previsto alcuna norma sulla durata del contratto o sulle cause di scioglimento e questo, da un lato, permette di lasciare ampia libertà alle parti e dall'altro, pone il problema di trovare delle norme applicabili ai casi in cui manca una disciplina pattizia.

La dottrina sul punto è divisa perché non è concorde sulla natura del contratto. Gli autori che

³²⁵ L'approvazione è considerata requisito di efficacia e non di validità V. M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1253 ss.

³²⁶ G. MIGNONE, op. cit. p. 388

³²⁷ Ivi p. 379

³²⁸ Cass. 6 maggio 1991, n. 4996, in *Rass. Dir. farmaceutico*, 1992, p. 29

³²⁹ Cass. 13 maggio 1993, n. 2016 in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 25

sostengono la natura associativa dell'associazione in partecipazione ritengono di applicare le norme previste dal Codice per lo scioglimento delle società di persone³³⁰. Seguendo questa impostazione le cause di scioglimento sono: il decorso del termine, il compimento dell'affare o la realizzazione dell'oggetto sociale o la loro sopravvenuta impossibilità, il recesso previo avviso trimestrale per l'associazione a tempo indeterminato (art. 2285, comma 1 Cod. civ.) e infine il recesso per giusta causa. I sostenitori della natura del contratto di scambio ritengono invece, di dover individuare le cause di scioglimento nella disciplina generale dei contratti a prestazioni corrispettive³³¹; secondo questa impostazione, seguita anche dalla giurisprudenza³³², le cause di scioglimento sono il mutuo consenso, la scadenza del termine fissato, la risoluzione per inadempimento (art. 1453 Cod. civ), la impossibilità sopravvenuta (art. 1463 Cod. civ.) e il recesso con congruo termine di preavviso per l'associazione in partecipazione all'impresa stipulata a tempo indeterminato. Indipendentemente dalla natura del contratto una causa di scioglimento di fonte legale è l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associante prevista nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza³³³.

2. EFFETTI DELLO SCIOGLIMENTO

Lo scioglimento dell'associazione in partecipazione non comporta l'apertura di un procedimento di liquidazione in quanto si tratta di un rapporto di debito-credito³³⁴. L'associante, con l'estinzione dell'associazione in partecipazione, deve redigere un rendiconto finale calcolando, se il termine del contratto di associazione non coincide con quello di chiusura dell'esercizio, la frazione di utili e di perdite spettanti all'associato; la presentazione del rendiconto deve avvenire entro un termine congruo e non può essere rimandata ingiustificatamente³³⁵.

Al termine dell'associazione in partecipazione sorge l'obbligo per l'associante di restituzione

³³⁰ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit., pp. 1431-1432

³³¹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 209 ss.; G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit., p. 91 ss.

³³² Cass. 21 giugno 2016, n. 12816 su banca dati one legale; Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

³³³ Art. 182 D. Lgs. 19 gennaio 2019, n. 14; prima dell'entrata in vigore del Codice, la norma di riferimento era l'art. 77 della L. fallim. (R.d. 6 marzo 1942, n. 267 "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa")

³³⁴ G. FERRI, *L'associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit., p. 1432

³³⁵ Ivi, p. 1433; in senso conforme M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 253-254

dell'apporto ricevuto³³⁶. L'obbligo di restituzione per denaro e beni infungibili si esplica nella restituzione del *tantundem*; se invece l'apporto consiste in beni dati in proprietà deve essere restituito il valore del bene³³⁷ al momento della stipula del contratto perché, è stato rilevato, "l'associante si costituisce debitore del valore nominale del bene, secondo la stima fattene in origine"³³⁸. Per quanto riguarda il momento in cui sorge l'obbligo di restituzione la dottrina è divisa. Per coloro che ritengono necessaria la partecipazione alle perdite dell'associato il valore del bene deve essere restituito al momento di approvazione del rendiconto³³⁹. La parte di dottrina che ammette una esclusione dalla partecipazione alle perdite ritiene invece, che il diritto alla restituzione sia esigibile con lo scioglimento del rapporto, senza dover attendere la chiusura dei conti³⁴⁰. Per quanto riguarda l'apporto in godimento, che si è detto viene escluso da parte della dottrina, il momento di restituzione del bene è proprio lo scioglimento del rapporto stesso. Nel caso di apporto con patto di restituzione in natura il bene viene riconsegnato all'associato nello stato in cui si trova nel momento della chiusura del conto; occorre però ricordare che il bene dovrà essere venduto in caso di perdite salvo che l'associato provveda a saldarle in denaro³⁴¹. Se è l'associante a non poter restituire il bene dovrà risarcire il valore dello stesso, calcolato al momento di scioglimento del contratto³⁴². Infine, la giurisprudenza ha chiarito che l'obbligo di restituzione non si applica per le obbligazioni di *facere* o *non facere*³⁴³.

3. IL FALLIMENTO DELL'ASSOCIANTE

Il legislatore ha indicato esplicitamente un'unica causa legale di scioglimento del contratto di associazione in partecipazione ed è prevista all'art. 182 del D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza): si tratta dell'ipotesi di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associante³⁴⁴. La dottrina si è poi interrogata sulle

³³⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 587

³³⁷ G. FERRI, *op. cit.* pp. 1432-1433

³³⁸ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 72

³³⁹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 255

³⁴⁰ *Ivi*, p. 254

³⁴¹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 255

³⁴² M. GHIDINI, *op. cit.* p. 72

³⁴³ Trib. Milano, 30 dicembre 1982 in *Foro pad.*, 1983, I, c. 575

³⁴⁴ La norma del Codice è nella sostanza identica al suo antecedente normativo: l'art. 77 L. fallim., ma con una differenza lessicale: nella vecchia disposizione l'associato era dichiarato fallito.

conseguenze che la nomina di un curatore nella società associante può avere sul contratto di associazione. Se si ammettesse la tesi per cui *l'intuitu personae* è ammissibile solo le piccole imprese si deve affermare³⁴⁵ che, il rapporto di associazione può proseguire in quanto le piccole imprese non sono soggette alla dichiarazione di liquidazione giudiziale. In questa ipotesi l'associato può insinuarsi al passivo come creditore chirografario rispetto a quella parte del conferimento non assorbita dalle perdite (art. 182, comma 2 CCII.). Se però l'associato non ha ancora completato il versamento dell'apporto è tenuto a farlo nei limiti delle perdite a suo carico (art.182, comma 3 CCII). La dottrina ha rilevato che questa previsione comporta una disparità di trattamento tra l'associato che ha già adempiuto al proprio obbligo e chi ancora non lo ha fatto, e ancora tra l'associato inadempiente e gli altri debitori del fallimento (oggi liquidazione giudiziale)³⁴⁶. La prima disparità può essere accettata se si considera che la stessa logica viene applicata anche nell'ipotesi di compensazione ai sensi dell'art. 155 CCII ³⁴⁷; per quanto riguarda la seconda critica si tratta di una conseguenza diretta del principio di irretroattività dello scioglimento dei contratti ad esecuzione continuata ³⁴⁸. Inoltre, occorre ricordare che la previsione dell'art. 156, comma 2 CCII, si applica solo se l'associato è in mora per il versamento³⁴⁹, e non se l'apporto è stato rateizzato. Il versamento che l'associato è tenuto a fare, ai sensi della medesima disposizione può essere preteso anche attraverso un decreto ingiuntivo emesso su proposta del curatore.

Nell'associazione al singolo affare vi è chi ha sostenuto che l'associato può insinuarsi al passivo, non solo per il credito dell'apporto, ma anche per la parte di utili a lui spettanti³⁵⁰; si deve però precisare che normalmente tali utili verranno assorbiti dalle perdite e solo se, dopo la liquidazione giudiziale (in passato fallimento), rimanesse una parte di attivo l'associato potrebbe partecipare a tali utili³⁵¹. Un ulteriore questione che riguarda l'associazione al singolo affare è come il diritto agli utili dell'associato incida sulla situazione fallimentare dell'impresa: per evitare una soluzione contraria alla *par conditio creditorum*, si può aderire alla tesi per cui il conteggio degli utili per l'associato, deve essere fatto in relazione allo specifico affare a cui

³⁴⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 575; in senso contrario M. GHIDINI, *op. cit.* p. 242

³⁴⁶ M.GHIDINI, *op. cit.*, p.244 ss.

³⁴⁷ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.*, pp. 96-97: nel ragionamento dell'autore il riferimento normativo era l'art. 56 L. fallim.

³⁴⁸ F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in Trattato di diritto privato, *op. cit.*, p. 546

³⁴⁹ G. DE FERRA, *op. cit.* pp. 96-97

³⁵⁰ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in Scritti, cit., p. 1433

³⁵¹ A. JORIO, *Le crisi d'impresa- Il fallimento*, Milano, 2000, p. 524

partecipa ma gli utili vengono pagati in moneta fallimentare³⁵². Rispetto al momento in cui l'insinuazione al passivo può avvenire occorre ricordare che, se fatta tempestivamente il valore del credito può solo essere indicato in modo sommario³⁵³ perché il rendiconto non è ancora stato calcolato; tale situazione ha così spinto parte della dottrina³⁵⁴ ad ammettere una insinuazione al passivo tardiva. Nel caso in cui sia l'associato a fallire il rapporto di associazione in partecipazione non si estingue automaticamente ma occorre distinguere due situazioni. La prima riguarda l'ipotesi in cui l'associato non ha versato integralmente l'apporto e allora il contratto viene sospeso e il curatore può scegliere se proseguire il rapporto o scioglierlo³⁵⁵; Nel caso in cui l'apporto è stato versato il curatore può esercitare i diritti che spettano all'associato³⁵⁶.

4. I MUTAMENTI SOGGETTIVI

In questo paragrafo verranno analizzate alcune situazioni di mutamento, nella persona dell'associante o dell'associato, che sono in grado di incidere sul contratto di associazione in partecipazione. Le questioni che verranno trattate hanno rilievo solo se le parti non hanno espressamente attribuito rilevanza alla persona del contraente³⁵⁷.

La prima ipotesi da analizzare è la morte dell'associante persona fisica su cui la dottrina è divisa: vi è chi³⁵⁸, ritenendo importante l'elemento dell'*intuitu personae*, sostiene che il contratto deve essere sciolto. Un'altra parte della dottrina³⁵⁹, che nega l'elemento soggettivo per i medi e grandi imprenditori, afferma che la morte dell'associante comporta lo scioglimento del contratto solo se il soggetto è un piccolo imprenditore, ma è fatto salvo il patto contrario; inoltre, seguendo questa seconda impostazione lo scioglimento non è automatico ma si verifica attraverso il diritto di recesso³⁶⁰. Si deve invece, ammettere lo scioglimento del contratto di associazione se si estingue la società -associante³⁶¹, salvo il caso

³⁵² G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit. p. 1433

³⁵³ F. SANTONI, *op. cit.* p. 546

³⁵⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 578

³⁵⁵ G. DE FERRA, *op. cit.* pp. 99; M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, *op. cit.*, p. 248

³⁵⁶ G. DE FERRA, *op. cit.* p. 99; diversamente V. M. GHIDINI, *op. cit.* p. 248

³⁵⁷ G. DE FERRA, *op. cit.*, p. 20

³⁵⁸ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 250

³⁵⁹ G. DE FERRA, *op. cit.*, p. 92

³⁶⁰ G. FERRI, *L'associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit., p. 1432

³⁶¹ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 281

in cui lo scioglimento è dipeso dalla mera volontà dei soci, in quanto si tratta di una ipotesi di inadempimento. Per quanto riguarda le situazioni di interdizione, inabilitazione o sopravvenuta incapacità fisica o psichica è nuovamente determinante la presenza o meno dell'elemento soggettivo nel contratto. Ghidini sostiene che gli eventi descritti, sono motivi idonei alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, salvo che l'inabilitazione dipenda da prodigalità o abuso abituale di sostanze alcoliche o stupefacenti, per le quali il contratto di associazione può essere risolto per inadempimento³⁶². De Ferrà sostiene invece, che la risoluzione per inadempimento è ammissibile solo nel caso in cui l'associante è un piccolo imprenditore in quanto solo in questo caso emerge l'elemento dell'*intuitu personae*; se invece si tratta di associanti medio-grandi il rapporto di associazione può proseguire. Un'ulteriore vicenda da analizzare è la cessione d'azienda da parte dell'associante e la possibilità di applicare l'art. 2558, comma 1 Cod. civ.³⁶³. Seguendo nuovamente l'impostazione di De Ferrà si deve concludere che la norma si può applicare solo se l'associante-cedente è un medio-grande imprenditore³⁶⁴. Se la cessione d'azienda avviene da parte dell'associato non sembrano emergere questioni dato il carattere capitalistico dell'apporto ma potrebbe sorgere il problema dell'elemento soggettivo se l'associato godesse di poteri gestori. È ora opportuno considerare che cosa accade nelle ipotesi in cui l'associante società operi delle trasformazioni, fusioni, scissioni o un mutamento della compagine sociale. Nelle ipotesi di trasformazione della società la tesi più corretta appare quella di chi³⁶⁵ sostiene che la vicenda non ha conseguenze sulla associazione in partecipazione in quanto si tratta di una mera modifica della forma giuridica e comunque vi è sempre la tutela della responsabilità illimitata e personale dei vecchi soci per le obbligazioni assunte dalla società trasformata³⁶⁶. Nel caso di fusione della società associante la dottrina³⁶⁷ sembra concorde nell'ammettere il diritto di recesso per l'associato, anche se è bene specificarlo, le ragioni di una simile conclusione sono diverse. Il diritto di recesso viene riconosciuto in capo all'associato anche per l'ipotesi di

³⁶² M. GHIDINI, *op. cit.* pp. 231-232

³⁶³ La norma prevede il subentro dell'acquirente d'azienda nei contratti dell'azienda stessa, con l'esclusione di quelli con carattere personale, ma è fatto salvo il patto contrario.

³⁶⁴ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione, op. cit.*, p. 20

³⁶⁵ Ivi, p. 22; Ghidini sostiene invece, che la trasformazione da società di capitali a società di persone comporterebbe il riconoscimento, in capo all'associato, del diritto di scioglimento del rapporto M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 280

³⁶⁶ Art. 2500-*quinquies* Cod. civ.

³⁶⁷ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 279; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit.p. 584

scissione³⁶⁸. Un ulteriore problema legato alla fusione e alla scissione è l'individuazione della quota di utili che spetta all'associato in relazione alla società o alle società risultanti. Ghidini³⁶⁹ ritiene che, nel caso di fusione, l'associato ha diritto alla quota di utili di cui beneficiava nella società fusa perché sostiene, sono applicabili i principi delle obbligazioni elastiche, per cui l'associato può profittare dell'ampliamento del patrimonio produttivo. Questa ricostruzione non è però stata accolta dalla totalità della dottrina e infatti, vi è chi³⁷⁰ ritiene sia necessario individuare un rapporto "di cambio" della quota di utili riconosciuta per la società fusa o scissa rispetto alla/e società risultante/i. Sulla adeguatezza del rapporto viene ammesso il sindacato dell'associato in sede di opposizione ex art. 2503 Cod. civ. Infine, deve essere trattata la questione del mutamento delle persone dei soci nella società associante. La dottrina³⁷¹ ha individuato due casi: il primo riguarda l'ipotesi della sostituzione di un socio con un altro, mentre la seconda ipotesi riguarda l'aggiunta di nuovi soci. Per la prima questione la risposta della dottrina non è univoca. Un primo autore³⁷² sostiene che la sostituzione di un socio ha rilevanza nelle società di persone se l'associato ha fatto uno specifico affidamento sulla identità del socio-associante; nelle società di capitali invece, il mutamento della compagine non ha rilievo. Nel caso di un ampliamento della compagine sociale, l'autore sostiene che, nelle società di persone, l'ingresso di nuovi soci che altera in modo sostanziale la compagine sociale considerata come essenziale dall'associato, attribuisce a quest'ultimo un diritto allo scioglimento³⁷³, senza però indicarne le modalità. Un secondo autore³⁷⁴ sostiene invece che, se la considerazione di un contraente risulti dal contratto essenziale allora un qualsiasi suo cambiamento può giustificare un diritto di recesso per giusta causa, anche se il contratto è a tempo determinato; nel silenzio delle parti, invece, l'autore sostiene che il diritto di recesso all'associato è riconosciuto solo per società molto piccole, siano esse di persone o s.r.l. a base personale.

³⁶⁸ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 584

³⁶⁹ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 275 ss.

³⁷⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 585

³⁷¹ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 281

³⁷² Idem

³⁷³ Idem

³⁷⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 586

CAPITOLO 2: L'ASSOCIAZIONE E LE SOCIETÀ': DIFFERENZE DOTTRINALI

1. INTRODUZIONE

Il rapporto tra il contratto di associazione in partecipazione e quello di società è storicamente delicato e infatti si rileva che già la commenda¹ era considerata una società e anche l'associazione in partecipazione del Cod. comm. 1865, era ricostruita da parte della dottrina come società². La distinzione tra i due contratti non solo ha caratterizzato le trattazioni dottrinali ma risponde a delle esigenze pratiche. In primo luogo, si è osservato il tentativo nella prassi, di riqualificare le società come associazioni in partecipazione per diminuire il numero di soggetti responsabili³. Inoltre, la distinzione consente di individuare quali sono i capisaldi del contratto in esame. È bene indicare che operare una simile distinzione è difficile, non su un piano teorico, ma per il concreto impiego che viene fatto degli istituti⁴. Nella realtà, infatti, si è riscontrata una tendenza, dei contraenti, a ricorrere alla forma dell'associazione in partecipazione ogni volta in cui, la veste societaria era vietata dalla legge, ma tale apparenza giuridica contrastava con il concreto sviluppo dei rapporti tra le parti. In questo capitolo viene proposta un'analisi del percorso seguito dalla dottrina per identificare gli elementi tipici del contratto di associazione in partecipazione. Viene quindi presentata una descrizione dei principali criteri impiegati dagli studiosi per distinguere l'associazione dal contratto di società per poi soffermarsi sul principale elemento di distinguo, cioè l'esercizio in comune, e le problematiche che questo presenta.

Per quanto riguarda le società con cui è necessario operare un confronto, non è apparsa corretta la scelta di chi si è riferito alla società in generale ex art. 2247 Cod. civ. perché comprende ogni tipo societario⁵. L'associazione in partecipazione deve quindi essere confrontata con le società di persone e in particolare con le società in nome collettivo per le attività commerciali o le società semplici per le attività non commerciali; si tratta infatti di forme societarie c.d. «residuali» per cui non è necessaria alcuna iscrizione e vige il principio di

¹ Si tratta della versione veneziana del contratto bizantino *chreokoinomìa*; V. G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 8

² G. MIGNONE, *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo: L'evoluzione del rapporto partecipativo*, NAPOLI, 2005, pp. 98 ss., 156 ss.

³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 122

⁴ D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 433-434.

⁵ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 47

libertà delle forme di costituzione⁶. Il discorso deve essere fatto in senso opposto per le società di capitali. Infine, è apparso opportuno in dottrina⁷, operare un'ulteriore distinzione nelle società di persone tra le società manifeste e le società occulte. Le seconde, infatti, pur essendo sempre società, sono caratterizzate dall'assenza di rilevanza esterna in quanto consistono in semplici rapporti obbligatori, e allora ove si ammettano alcuni presupposti, l'associazione in partecipazione può essere intesa come società occulta.

2. APPORTO E CONFERIMENTO

Prima di procedere ad un'analisi dei criteri che consentono di distinguere concretamente l'associazione in partecipazione dal contratto di società, si vuole porre l'accento su una questione teorica, che permette di definire i due contratti in via astratta. La dottrina ha individuato dalla lettura delle rispettive normative un elemento di differenza; in particolare le prestazioni del socio e dell'associato sono differenti tra loro ed è quindi opportuno operare un confronto tra l'apporto e il conferimento.

Il termine apporto, su un piano giuridico, è un termine generico e dal significato più ampio di conferimento; quest'ultimo è infatti inteso come una *species* del *genus* "apporto" ed è un termine tipico del contratto di società⁸. Nel caso dell'associazione in partecipazione l'apporto non può essere inteso nel senso ampio appena delineato ma come contributo tipico dell'associato⁹. Alla luce di tale somiglianza, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di distinguere le nozioni di investimento e conferimento e quindi individuare delle differenze concettuali tra l'associazione in partecipazione e le società. Le impostazioni dottrinali che verranno trattate sono quattro ma si vedrà come solo alcune siano riuscite ad offrire sufficienti elementi di distinzione.

La prima impostazione, seguendo un'ottica civilistica, afferma che apporto e conferimento attengono al momento esecutivo dei rispettivi contratti e sono quindi le obbligazioni rispettivamente dell'associato e del socio; una simile definizione non appare appagante per comprendere la realtà¹⁰.

⁶ M. CIAN et. al., *Diritto commerciale*, 3 ed., vol. III *Diritto delle società*, Torino, 2020, p. 78 ss.

⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 125

⁸ E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. Dir. civ.*, 1958, I pp. 1 ss.

⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 418

¹⁰ FERRO-LUZZI, *i contratti associativi*, Milano, 1971, pp. 315.316

Una seconda impostazione, seguendo la logica organizzativa della società, pone il conferimento come una “messa a disposizione della società”¹¹ e quindi si differenzia dall’apporto dell’associazione in quanto quest’ultimo è volto alla realizzazione di un rapporto di scambio¹². I critici hanno fatto notare però, che una simile definizione non solo pone dei problemi all’interno della stessa disciplina societaria ma anche non consente di distinguere il conferimento dall’apporto¹³.

Più interessante è l’impostazione di chi ha definito l’apporto come “un tipo di finanziamento esterno dell’attività economica altrui [...], l’attribuzione patrimoniale che l’associato fa all’associante al precipuo scopo di finanziarne l’esercizio dell’impresa o il compimento di uno o più affari”¹⁴. Questa definizione permette di mettere in collegamento l’apporto e il finanziamento.

Per quanto riguarda il conferimento fatto a favore delle società, Ferri Jr sostiene che si tratti di una forma di investimento, in quanto è “una vicenda che attiene essenzialmente al denaro”¹⁵ e la sua funzione economica è quella di ottenere un guadagno. In primo luogo, la prima affermazione viene giustificata sulla base della disciplina dei conferimenti di beni in natura (art. 2343 Cod. civ.), in quanto il Codice impone per questi ultimi una relazione giurata, diretta ad una valutazione in termini “monetari” della prestazione¹⁶, e questo permette di far emergere la prevalenza del denaro come oggetto del conferimento. La preferenza sistematica dei conferimenti in denaro emerge¹⁷ anche dal primo comma dell’art. 2342 Cod. civ, il quale afferma che “Se nell’atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro”. Seguendo questa impostazione l’autore indica di voler analizzare il conferimento come “impiego di ricchezza da parte del socio” e quindi come una vicenda di “trasformazione di un valore”¹⁸ di tipo unilaterale. G. Ferri Jr. quindi prosegue la propria analisi cercando la funzione giuridica del conferimento, che individua come l’elemento formale della partecipazione sociale¹⁹. Successivamente l’autore procede a definire qual è la funzione

¹¹ Idem

¹² P. SPADA, *la tipicità della società*, Padova, 1974, pp. 195-196

¹³ G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, p. 16 ss.

¹⁴ A. SCHERMI, *Conferimento in società, associazione in partecipazione e mutuo*, nota a Cass. 30 marzo 1960, n. 694, in *Giusr. Civ.*, 1960, p. 1414

¹⁵ G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, cit., p.25

¹⁶ G. FERRI JR., *op. cit.* p. 29

¹⁷ G. Ferri, Jr., *op. cit.* p. 30

¹⁸ Ivi, p. 32

¹⁹ G. FERRI JR, *op. cit.*, p.34

economica dell'operazione e afferma che si tratta di una prestazione volta ad ottenere un guadagno per il singolo operatore economico²⁰; il conferimento può quindi essere inteso come un'operazione di investimento²¹. Ferri Jr si interroga poi sulla nozione di investimento e ne individua due: una più ampia e una più ristretta. La prima non può essere impiegata ai nostri fini perché indica come investimento ogni operazione volta ad ottenere un reddito futuro. La seconda invece definisce l'investimento come l'apprestamento di risorse al capitale di rischio. Nel proseguo del suo ragionamento l'autore si concentra proprio sulla nozione ristretta ed afferma che è possibile individuare due modi di impiegare il capitale, che egli indica come capitale circolante e capitale fisso²². All'interno del capitale fisso è possibile operare poi un'ulteriore biforcazione a seconda che il soggetto investitore partecipi o meno all'alea dell'attività economica: nel primo caso si parla di capitale di rischio e nel secondo di capitale di credito; questa bipartizione permette poi di individuare la nozione di finanziamento e di investimento in senso stretto. Ferri, in conclusione, sostiene che i due concetti si differenzino perché nel finanziamento vi è una alterità formale e sostanziale tra finanziatore e finanziato mentre nell'investimento vi è una alterità formale tra socio e società ma non anche sostanziale perché tra i due termini vi è una identità²³. Questa ricostruzione è stata poi ripresa da un altro autore²⁴, il quale concorda sul fatto che finanziamento e investimento non differiscono sotto un profilo materiale, ma non accoglie le conclusioni di Ferri Jr. Quest'ultima impostazione ricostruisce l'apporto e il conferimento come "versamenti effettuati a fronte di una partecipazione a un utile derivante da un'attività economica e un diritto alla restituzione, dedotte le eventuali perdite"²⁵. Per poter quindi distinguere i due concetti l'autore sembra aderire alla tesi per cui occorre guardare al titolo o alla causa del trasferimento²⁶ e dunque, individua l'apporto in presenza della volontà di erogare un finanziamento da cui ottenere degli utili con assunzione del rischio di capitale ma senza la partecipazione all'attività²⁷; mentre il conferimento presuppone un finanziamento analogo ma con la partecipazione all'esercizio in comune dell'attività.

²⁰ Ivi, p. 37

²¹ Ivi, p. 38

²² V. A. Smith, *ricerca sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, 1927, p. 248

²³ G. FERRI Jr. *op. cit.*, p. 483 ss.

²⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p.420

²⁵ Idem

²⁶ M.S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. del dir.* Aggiornamento IV, Milano, 2000 p. 200

²⁷ Sul punto si tornerà anche nel capitolo successivo

Infine, un'ulteriore differenza tra conferimento e apporto emerge in sede di disciplina per l'ipotesi in cui entrambi siano indeterminati. Per quanto riguarda l'apporto, la giurisprudenza ritiene nulla l'associazione in partecipazione con apporto indeterminato. Il conferimento, secondo la dottrina²⁸, deve essere determinato ai sensi dell'articolo 2253 comma 1²⁹ Cod. civ. Inoltre, il legislatore al comma 2 del medesimo articolo prevede che, se i conferimenti non sono determinati dai soci, si presume che gli stessi siano obbligati a conferire, in parti uguali tra loro, quanto necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale.

SEZIONE 1: L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LE SOCIETA' MANIFESTE

In questa sezione e nella successiva³⁰ andremo ad individuare quando un rapporto può, in concreto, essere qualificato come associazione in partecipazione oppure come società. In particolare, viene delineato il problema di individuare dei criteri dotati di una effettività capacitativa distintiva e successivamente si vedrà come questi operano.

1. LA RICERCA DI ELEMENTI DISTINTIVI

La dottrina per lungo tempo si è interrogata su quali fossero i criteri che consentissero di distinguere il contratto di associazione da quello di società.

Un primo elemento è stato individuato nell'assenza di soggettività giuridica nell'associazione in partecipazione in quanto l'associante continua ad agire in nome proprio, come emerge chiaramente dall'art. 2551 Cod. civ.³¹ Un secondo elemento distintivo tra le due figure è dato dalla mancata formazione di un patrimonio comune³² nell'associazione con la conseguenza che gli eventuali incrementi patrimoniali sono a vantaggio esclusivo dell'associante e non anche dell'associato³³. Infine, la dottrina sostiene che un'ulteriore differenza tra i due contratti emerge dalla mancanza di esercizio in comune dell'attività nell'associazione in partecipazione³⁴, e vi è chi, ha precisato che l'assenza è riferita sia al profilo di esercizio interno,

²⁸ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 6° ediz., p. 75

²⁹ L'Art. 2253 Cod. civ. prevede che "il socio è obbligato a eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale".

³⁰ L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LE SOCIETA' OCCULTE

³¹ G. FERRI, Associazione in partecipazione, in *Scritti*, cit., p. 1422

³² M. GHIDINI, L'associazione in partecipazione, *op. cit.*, p. 16

³³ *Ivi*, p. 111 ss.

³⁴ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 541

cioè la maturazione collettiva delle scelte, sia a quello esterno inteso come spendita del nome comune³⁵. Le posizioni della giurisprudenza non sembrano discostarsi molto da quanto individuato dalla dottrina. Il criterio della mancanza di un fondo comune ha avuto un grande successo in giurisprudenza³⁶ ma sono stati impiegati anche elementi come la sussistenza o meno di un patrimonio comune e della gestione comune³⁷. Infine, in una recente pronuncia la Cassazione ha affermato che sono propri dell'associazione in partecipazione tutti e tre i criteri distintivi: L'assenza di soggettività giuridica e di un patrimonio comune, e il mancato esercizio in comune dell'attività³⁸.

2. CRITICA AI CRITERI DI SOGGETTIVITA' GIURIDICA E AUTONOMIA PATRIMONIALE

I criteri della soggettività giuridica e dell'autonomia patrimoniale sopra elencati paiono illustrare i due modelli contrattuali in modo chiaro ma si rivelano poco adatti a una concreta qualificazione di un rapporto contrattuale. Infatti, spesso emerge come le parti non abbiano espressamente pattuito su elementi come la soggettività giuridica o il patrimonio e si dovrà allora guardare alle manifestazioni di volontà presenti oppure ai comportamenti delle parti. La dottrina più attenta ha fatto notare che l'elemento della formazione di un patrimonio comune è un elemento di "disciplina" e non "di fattispecie"³⁹. Inoltre, anche ove venga ammesso un suo impiego come presupposto per la qualifica di un rapporto la soggettività giuridica richiede un'analisi dei comportamenti delle parti in relazione ai beni e quindi un rinvio ai comportamenti gestori delle parti stesse⁴⁰. Anche per quanto riguarda il criterio della soggettività giuridica è stato osservato⁴¹ che si tratta di un elemento di "disciplina" e non di "fattispecie", e infatti molto spesso le parti non avranno previsto una clausola specifica sul punto e, poiché la soggettività giuridica è una qualità che viene riconosciuta dalla legge⁴² e non può essere determinata dalle parti, non si può comprendere se le parti abbiano mal inteso la funzione dell'associazione in partecipazione, oppure se non abbiano compreso che

³⁵ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 16

³⁶ Cass. 23 luglio 1969, n. 2774, in *Dir. Fall.*, 1970, II, p. 465

³⁷ Cass. 25 febbraio 1987, n. 2004 in *Giur. it.*, 1988, I, c.1417

³⁸ Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, in banca dati One legale

³⁹D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società*, *op. cit.*, pp. 436-437

⁴⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, *cit.*, p. 147

⁴¹ D. PREITE, *op. cit.* p. 444

⁴² G. MARASA', *Le società, Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, 2 ° ediz., Milano, 2000, p. 261

l'associazione in partecipazione non dà origine ad un ente⁴³. Inoltre, a conferma della inadeguatezza dei criteri della soggettività giuridica e del patrimonio comune occorre ricordare la teoria "del rilievo reale" delle fattispecie societarie⁴⁴. L'espressione allude al fatto che, con la conclusione del contratto di società, si realizzano degli effetti reali che modificano "il regime ordinario di produzione-imputazione". Tra queste modificazioni vi è il regime di responsabilità delle obbligazioni assunte dalla società in quanto i soci sono responsabili erga omnes per gli obblighi assunti dalla società⁴⁵. È stato rilevato come un altro fenomeno in grado di mutare la relazione azione-imputazione è l'attribuzione all'ente di una distinta soggettività giuridica attraverso cui è possibile imputare in capo alla società diverse situazioni giuridiche, tra cui la titolarità di un patrimonio autonomo⁴⁶. In ragione delle manifestazioni del "rilievo reale" del contratto di società, la soggettività dell'ente e la sua autonomia patrimoniale possono essere determinate solo dalla legge⁴⁷, mentre le parti possono solo porre in essere le condizioni affinché tali effetti si producano. Ecco allora che ci si può chiedere in quale momento si realizzano le condizioni per la formazione di una società, ma in assenza di una apposita pattuizione occorre guardare ai comportamenti fattuali delle parti e allora, la dottrina ha concluso che i due criteri non sono indici univoci dai quali desumere l'esistenza di una società. L'unico criterio rimanente è quindi quello dell'esercizio in comune⁴⁸.

3. L'ESERCIZIO IN COMUNE: IL PROBLEMA DELLA NOZIONE

Si è appena visto che dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'elemento dell'esercizio in comune è l'unico, o almeno uno dei principali criteri, per distinguere l'associazione in partecipazione dalle società. A questo punto occorre interrogarsi su che cosa si debba intendere per "esercizio in comune". Si segnala fin da ora che la sua concezione non è statica ma anzi ha subito nel tempo delle critiche. Una prima interpretazione, definita classica, descriveva l'esercizio in comune come l'astratta possibilità per i soci di contribuire alle decisioni sociali⁴⁹. Una simile impostazione è però stata criticata in quanto non era in grado di

⁴³ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 148

⁴⁴ P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p. 27

⁴⁵ Ivi, pp. 226-227

⁴⁶ G.E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, p. 501 ss.

⁴⁷ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit. p. 73 ss.

⁴⁸ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 39

⁴⁹ P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 41 ss.

spiegare tutte le possibili posizioni in cui i soci di una qualsiasi società potevano venirsi a trovare⁵⁰. Nonostante le critiche, una parte della dottrina⁵¹ ha comunque adottato questa impostazione ma un'altra parte ha invece cercato una nozione diversa ed ha rilevato che ciò che è comune a tutti i soci è la titolarità di poteri di controllo su chi concretamente amministra⁵². Ciò porta alla nascita della nozione di esercizio in comune funzionalizzata. L'autore della ricostruzione parte dalla nozione di funzione⁵³ e individua il modello di comportamento che deve seguire l'amministratore delle società, cioè l'autodestinazione dei profitti derivanti dallo svolgimento dell'attività economica⁵⁴. Il contratto di società può allora essere visto come un programma determinato in parte dalla legge e in parte dalla volontà dei soggetti, e i cui risultati vengono imputati al gruppo dei soci⁵⁵. In tale ottica, l'esercizio in comune viene definito come "la funzionalizzazione del momento della produzione della fattispecie di diritto comune, individuabile in ordine ad un interesse di gruppo (programmazione contrattuale del risultato d'una attività, della destinazione di questo risultato e dei modi relativi di erogazione)"⁵⁶. Il pregio della teoria appena descritta è che permette di identificare un nesso tra il soggetto socio e l'attività sociale a prescindere da un intervento diretto di gestione del socio sull'attività⁵⁷ ma è stato rilevato che, questa impostazione non è in grado di indicare come, in concreto, è possibile distinguere l'attività della società da quella che svolgono altri soggetti nell'ambito di progetti con funzioni economico-giuridiche somiglianti⁵⁸. In particolare, le criticità della teoria emergono in relazione alle società di fatto, e la critica non può essere superata dall'osservazione che la società di fatto è solo "una modalità di manifestazione dell'intento negoziale"⁵⁹, perché il problema assume natura di fattispecie ove occorre qualificare un rapporto in base alle sole

⁵⁰ Per una critica più specifica si veda P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p. 142 ss.; M. DE ACUTIS, *Le azioni di risparmio*, Milano, 1981 p. 98; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p.42

⁵¹ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 250; FERRARA- CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 12° ediz., Milano, 2001 p. 231

⁵² P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 144

⁵³ Intesa come "il riferimento ad un agire vagamente preordinato alla cura di un interesse alieno- o che, comunque, trascenda l'interesse, *uti singolis*, del soggetto concretamente agente- sottoposto a controlli" P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit. p. 144

⁵⁴ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 182 ss.

⁵⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 155

⁵⁶ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 179

⁵⁷ M. DE ACUTIS, *Le azioni di risparmio*, cit., p. 100

⁵⁸ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 160

⁵⁹ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 100 nota 8

modalità di manifestazione dell'intento negoziale⁶⁰. È possibile definire la società occulta come una non società⁶¹ perché una società per essere tale richiede la spendita del nome sociale⁶². Alcuni autori⁶³, rilevata la lacuna, al fine di sostenere la nozione dell'esercizio in comune in senso funzionalizzato, hanno affermato che deve considerarsi come elemento necessario, per la qualifica societaria, anche la spendita del nome sociale nell'esercizio dell'attività. Questa soluzione in realtà non permette di salvare la teoria in esame ma anzi, pone un altro elemento di critica. Anche ove ci si dimenticasse del socio occulto di società occulta⁶⁴ non si può ignorare la figura del socio occulto di società palese e allora la dottrina ha individuato due possibili strade⁶⁵: la prima porta ad ammettere che il socio occulto snatura l'identità tipologica della società palese e la trasforma in una non società; la seconda soluzione richiede di ammettere che la nozione di "esercizio in comune" deve tener conto di questa figura. Seguendo questa seconda affermazione, la dottrina⁶⁶ ha rilevato che l'affermazione, per cui la spendita del nome sociale è elemento necessario nella qualifica di rapporti societari, è contraria alla previsione dell'art. 145, comma 4 L. Fallim. (art. 256 CCII) in quanto la norma ammette l'estensione del fallimento (liquidazione giudiziale) anche alla figura del socio occulto di società palese, e se tale soggetto non fosse considerato socio allora la previsione legislativa non avrebbe alcuna applicazione concreta.⁶⁷ La dottrina ha quindi concluso che la teoria dell'attività funzionalizzata non è in grado, su un piano pratico, di fornire dei criteri per distinguere la società dall'associazione in partecipazione⁶⁸ proprio per le difficoltà applicative che ha nei confronti delle società palesi con soci occulti, soci palesi di società occulte e società di fatto, cioè le ipotesi che più di frequente pongono dei problemi di qualificazione con l'associazione in partecipazione⁶⁹.

⁶⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 161

⁶¹ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 164 in nota 129

⁶² G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 162

⁶³ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit., p. 10

⁶⁴ In contrasto con quanto previsto dall'art. 147, comma 5 L. fallim. (oggi art.256 CCII)

⁶⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 165

⁶⁶ W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, p. 4 ss.

⁶⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 166

⁶⁸ Ivi, p. 167

⁶⁹ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, op. cit., p. 77 nota 31

4. LA NOZIONE DI ESERCIZIO IN COMUNE: UNA POSSIBILE SOLUZIONE

Si è appena visto come né la concezione classica né quella funzionalizzata dell'esercizio in comune appaiono adeguate a fornire dei criteri distintivi operativi. Vi è chi⁷⁰ ha cercato di spiegare in termini generali la difficoltà nella individuazione di una nozione comune. Santarelli sostiene che la "definizione di società in generale", che il legislatore ha dato nell'art. 2247 Cod. civ., in realtà è una figura artificiosa perché i diversi tipi societari sono il frutto di una progressiva ibridazione di un modello causale con altri: egli sostiene che per i soci amministratori è possibile individuare una causa collaborativa, mentre per i soci risparmiatori la causa è finanziaria e dunque la previsione codicistica nasconde due "anime irriducibili". Da un lato vi è la società in forma di collaborazione, rintracciabile nelle società in nome collettivo, nel rapporto fra loro dei soci accomandatari e tra i membri dei gruppi di comando delle società di capitali⁷¹. Dall'altro lato vi è una pseudo-società con causa di finanziamento, cioè il rapporto che si origina tra accomandanti e accomandatari, e tra i soci di minoranza e il gruppo di controllo. In virtù di questa spiegazione vi è chi⁷² ha cercato di individuare una nozione di esercizio in comune che fosse valida per le società di persone e in particolare per le società semplici, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice; si tratta peraltro delle ipotesi in cui la distinzione tra società e associazione diviene problematica⁷³. L'autore ha rilevato che per poter comprendere il significato di esercizio in comune occorre collegare la teoria delle società con la teoria dell'impresa in modo da individuare che per esercizio comune, si deve intendere "quella sfera o insieme di poteri che l'imprenditore singolo esercita nella sua impresa"⁷⁴. Mignone rileva poi che tali poteri di direzione dell'impresa, nelle ipotesi societarie, sono distribuiti tra i vari "organi", quali i soci all'unanimità, il gruppo di maggioranza e gli amministratori⁷⁵. L'esercizio in comune deve consistere in uno svolgimento effettivo da parte di ogni socio di almeno alcuni dei poteri imprenditoriali⁷⁶. L'autore ha poi posto in evidenza come la sfera dei poteri di esercizio dell'impresa non coincide con la "gestione comune", salvo che quest'ultima espressione non venga usata per indicare un qualsiasi atto di governo. Mignone afferma che, nelle società, l'amministrazione indica solo le competenze degli

⁷⁰ U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 3° ediz. Torino, 1998, pp. 123 ss.

⁷¹ Ivi, pp. 128-129: 195, 197-198

⁷² G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 172

⁷³ Si veda quanto detto nel paragrafo introduttivo a pag. 52

⁷⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 172

⁷⁵ Idem

⁷⁶ Si Veda Cass. 17 gennaio 1998, n. 366, in *Giur. it.*, 1998, p. 748

amministratori, ma queste sono solo una porzione degli atti necessari a condurre l'impresa, perché rimangono escluse decisioni di alto livello dell'impresa che la legge riconosce ad altri organi della società⁷⁷, e quindi, nella nozione di esercizio in comune si devono considerare sia poteri gestori sia poteri non gestori. Mignone sostiene che la dottrina, con l'eccezione di Galgano⁷⁸, non abbia dato sufficiente spazio alla previsione dell'art. 2257, comma 1 Cod. civ., che afferma che ogni socio si presume amministratore della società e ciò ha portato ad una scarsa attenzione agli aspetti non gestori. Galgano, proprio alla luce della norma richiamata, ha rilevato che tutti i soci sono imprenditori o co-imprenditori ma ha poi sostenuto che i soci che nominano amministratore uno o alcuni di loro realizzano una rinuncia ai poteri di direzione dell'impresa⁷⁹. Quest'ultima affermazione di Galgano appare però eccessiva per Mignone e Campobasso⁸⁰ in quanto gli amministratori non possono cambiare radicalmente il tipo di attività indicata nell'atto costitutivo e quindi non è possibile riconoscere ai soci amministratori gli stessi poteri dell'imprenditore. Mignone invece afferma che, se si ammette una nozione di "esercizio in comune" comprensiva sia dei poteri gestori che di quelli non gestori, si può affermare che tutti i soci partecipano in una qualche misura all'esercizio in comune e proprio questa affermazione può essere usata come criterio distintivo tra la società e l'associazione in partecipazione⁸¹. Infine, l'autore individua tre livelli di partecipazione all'esercizio: il primo è quello dei soci nelle società semplici e in nome collettivo e degli accomandatari-amministratori nelle società in accomandita semplice; il secondo livello è individuabile in capo ai soci accomandatari non amministratori e infine il terzo riguarda i soci accomandanti.

⁷⁷ Distingue tra "poteri di direzione dell'impresa" e "poteri di amministrazione" F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 156

⁷⁸ G. GALGANO, *Le società in genere, Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXIII, 3° ediz., Milano, 2007, pp. 231-232

⁷⁹ Idem

⁸⁰ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit., p. 100

⁸¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 176

5. I POTERI NON GESTORI

Per poter quindi operare una distinzione in concreto tra l'associazione in partecipazione e la società è opportuno individuare quali sono i poteri gestori e non gestori, che compongono l'esercizio in comune nei tre livelli. In questo paragrafo analizziamo quali sono gli aspetti non gestori che consentono di individuare la qualità di socio.

I. I SOCI DI SOCIETA' IN NOME COLLETTIVO, I SOCI ACCOMANDATARI AMMINISTRATORI E I SOCI ACCOMANDATARI NON AMMINISTRATORI

La dottrina⁸² ritiene che, nel primo livello, la qualità di socio coincide con quella di amministratore e quindi, ogni amministratore potrà esercitare tutti i poteri tipici dell'imprenditore, con il limite del coordinamento della volontà dei diversi soci. Inoltre, nelle società semplici e in nome collettivo vi è la possibilità di inserire delle clausole statutarie che, o impongono il consenso dei soci non amministratori per il compimento di atti di gestione, oppure riconoscono a questi ultimi il potere di opposizione⁸³.

Per quanto riguarda il secondo livello di partecipazione all'esercizio comune la dottrina ha individuato quali sono i poteri non gestori. In primo luogo, emergono facoltà come il mutamento dell'oggetto sociale o della forma dell'impresa (trasformazione e fusione), la modifica della compagine sociale attraverso l'uscita di vecchi soci o l'ammissione di nuovi⁸⁴, ma rientrano tra le competenze dei soci anche la scelta di cessare l'attività, la nomina e revoca dei liquidatori della società⁸⁵ e l'approvazione del bilancio⁸⁶. La dottrina ha rilevato che rientra nei poteri imprenditoriali il potere di nomina e revoca degli amministratori⁸⁷ ma sono altresì decisioni imprenditoriali l'autorizzazione all'uso personale di beni sociali per il singolo socio⁸⁸, e il suo esonero dall'obbligo di non concorrenza⁸⁹. Sulla base di quanto detto la dottrina ha quindi affermato che anche i soci non amministratori partecipano "all'esercizio comune"⁹⁰. In capo ai soci non amministratori è poi stato possibile riconoscere il potere di decidere sulla

⁸² Ivi, p. 177

⁸³ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società e le altre associazioni economiche*, 3° ediz., Padova, 1994, pp. 156, 158

⁸⁴ L'art. 2552 Cod. civ. ammette però una diversa pattuizione. Sul punto v. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 5° ediz., Torino, 1995 p. 91 ss.

⁸⁵ Art. 2275 Cod. civ.

⁸⁶ F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 117

⁸⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 178

⁸⁸ Art. 2256 Cod. civ.

⁸⁹ Art. 2301 Cod. civ.

⁹⁰ AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto sociale*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 2001, vol. IV, p. 331

opposizione⁹¹e, per parte della dottrina, questi ultimi possono anche impartire direttive vincolanti ai soci amministratori⁹². Infine, per quanto riguarda il diritto di ottenere notizia sugli affari sociali e di ispezione ogni documento, la dottrina sostiene che hanno una portata così ampia⁹³ da assomigliare a forme di controllo del “proprietario”⁹⁴. Infine, è stato osservato che simili poteri richiamano la figura del potere-dovere ove si segua l’impostazione per cui in capo ai soci di società personali grava un “dovere di collaborazione” all’attività sociale”⁹⁵, dovere quindi, che ha per oggetto proprio l’esercizio in comune⁹⁶.

II. IL SOCIO ACCOMANDANTE NELLA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE

La dottrina ritiene che sia possibile individuare un’attività di esercizio in comune anche per la figura del socio accomandante, se intesa come insieme di poteri gestori e non. Dalla lettura delle norme codicistiche emerge che il socio accomandante è coinvolto nelle scelte imprenditoriali come la delibera di esclusione di un socio⁹⁷, anche ove vi sia un unico socio accomandatario⁹⁸. È stata poi riconosciuta la rilevanza del consenso del socio accomandante sia per la cessione della quota dell’accomandatario⁹⁹ sia se la cessione riguarda la quota di un socio accomandante per atto tra vivi¹⁰⁰. Inoltre, i soci accomandanti, in quanto soci, partecipano alla decisione di nomina e revoca dei liquidatori¹⁰¹e per l’opinione prevalente, partecipano all’approvazione del bilancio ¹⁰², anche in assenza di una apposita clausola sociale¹⁰³. Per quanto riguarda il potere di nomina e revoca degli amministratori occorre distinguere se questi sono individuati dal contratto sociale stesso¹⁰⁴ o da un atto separato¹⁰⁵, ma in entrambi i casi, è possibile riconoscere un ruolo dei soci accomandanti nelle operazioni di cui si tratta. Inoltre, rientrano tra i poteri non gestori dell’accomandante quello

⁹¹ L’art. 2257, comma 3 Cod. civ. afferma “La maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull’opposizione”

⁹²G. CAMPOBASSO, *op. cit.* p. 103

⁹³ COSTI, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.* 1963, p. 65 ss.

⁹⁴ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 181

⁹⁵ G. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 327 ss.

⁹⁶ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit. p. 182

⁹⁷ Art. 2287, comma 1 cod. civ.

⁹⁸ P. MONTALETI, *Il socio accomandante*, *op. cit.*, p. 310, nota 201

⁹⁹ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit. p. 142

¹⁰⁰ Art. 2322, comma 2 Cod. civ.

¹⁰¹ Art. 2275 Cod. civ.

¹⁰² P. MONTALENTI, *op. cit.* p. 315

¹⁰³ G. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit. p. 485

¹⁰⁴ Si applica la regola dell’unanimità G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 169

¹⁰⁵ È richiesta l’approvazione della maggioranza del capitale detenuto dai soci accomandanti (Art. 2319 Cod. civ.)

di chiedere la revoca giudiziale degli amministratori per giusta causa¹⁰⁶, chiedere il fallimento della società (oggi dichiarazione di liquidazione giudiziale)¹⁰⁷ e approvare la proposta di concordato preventivo e fallimentare¹⁰⁸. Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere in capo ai soci accomandanti dei poteri amministrativi si deve distinguere tra la società in accomandita regolare e la sua forma irregolare. Nel primo caso i soci accomandanti possono ricevere una procura speciale “per singoli affari”, “prestare la loro opera sotto la direzione degli amministratori”, e “dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni” se previsto nell’atto costitutivo¹⁰⁹. L’estensione applicativa della norma è dubbia¹¹⁰ ma rimanendo in una linea mediana la dottrina ha affermato che la norma in questione riconosce una partecipazione più o meno ampia anche all’attività in senso amministrativo¹¹¹. Nel caso di società in accomandita irregolare invece, il Codice civile¹¹² afferma che gli accomandanti possono beneficiare della responsabilità limitata solo se non partecipano alle operazioni sociali e la dottrina dominante ritiene che il divieto operi anche per l’attività gestoria esterna, anche se realizzata dietro procura speciale¹¹³.

6. I POTERI GESTORI

Nei paragrafi precedenti si è visto che il criterio distintivo tra l’associazione in partecipazione e la società è la presenza o meno dell’esercizio in comune. Quest’ultimo racchiude al suo interno sia poteri gestori che poteri non gestori. All’interno di questo paragrafo e dei successivi si andrà a delineare il diritto alla gestione dell’associante, e la questione della ammissibilità di poteri gestori in capo all’associato. Si può anticipare che il problema è stato ampiamente dibattuto non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, ed anzi è stato spesso tale elemento ad orientare le pronunce dei giudici per questioni di qualificazione del rapporto.

¹⁰⁶ P. MONTALENTI, *op. cit.* p. 311

¹⁰⁷ A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nella società di persone*, Milano, 1980 p. 257

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 256

¹⁰⁹ Art. 2320, commi 1 e 2 Cod. civ.

¹¹⁰ In senso espansivo di veda P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 143 ss., 162 ss., e 190 ss.;

G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit. p. 139

¹¹¹ *Ivi*, pp. 137-138

¹¹² Art. 2317 Cod. civ.

¹¹³ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit. p. 144

I. IL DIRITTO- DOVERE DI GESTIONE

Come si è accennato in precedenza l'art. 2552 Cod. civ. prevede espressamente che "la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante". La dottrina¹¹⁴ per lungo tempo ha inteso tale prescrizione come un diritto-dovere di gestione dell'attività: in particolare individuava un dovere di gestione inteso come dovere di esercitare l'impresa in modo personale ¹¹⁵ mentre il diritto alla gestione veniva inteso come diritto alla direzione dell'impresa, e quindi alla possibilità di escludere gli altri dalla conduzione dell'affare o dell'impresa.

La tesi, che individua un obbligo di gestione in capo all'associante, è stata oggetto di critiche. Vi è chi ha sostenuto che non si tratta di un dovere nascente dal contratto perché, se è vero che per poter pagare gli utili all'associato ci deve essere l'attività di esercizio dell'impresa, è anche vero che tale esercizio costituisce un momento di esecuzione in buona fede del contratto¹¹⁶. Da questa affermazione l'autore critica chi ha individuato uno specifico obbligo di "iniziare l'impresa o l'affare, ovvero di proseguirli se già avviati"¹¹⁷, in quanto sostiene, dal contratto di associazione in partecipazione non nasce alcuna attività. Mignone ritiene che il dovere di realizzare l'affare nasca dalla causa di finanziamento del contratto stesso, in quanto ottenuta la provvista dei mezzi, egli si è obbligato a remunerare la provvista stessa e allora per un corretto adempimento dei suoi obblighi contrattuali¹¹⁸, deve svolgere l'attività. In modo conforme alla critica si è espressa anche la Cassazione¹¹⁹ in quanto ha ricondotto al principio di esecuzione in buona fede il dovere dell'associante di non restare in stato di inerzia o di non temporeggiare ingiustamente nello svolgimento dell'attività oggetto del contratto. Mignone ha criticato anche la nozione di gestione come diritto alla direzione dell'impresa, in quanto sostiene che l'associazione in partecipazione non porta alla formazione di alcun ente autonomo e quindi l'associante dopo la stipula del contratto, continua a gestire la sua impresa o il suo affare¹²⁰. Da ciò l'autore fa derivare che la previsione dell'art. 2551 Cod. civ., sul potere di gestione dell'associante, risulta pleonastico in quanto mera ripetizione del principio sancito

¹¹⁴ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp.197- 198; M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., pp. 138-139

¹¹⁵ Idem

¹¹⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 340

¹¹⁷ M. GHIDINI, op. cit., p. 138

¹¹⁸ In modo simile per i contratti di finanziamento V. A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, p. 57

¹¹⁹ Cass. 27 marzo 1996, n. 2715, in *Contratti*, 1997, p. 273

¹²⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 342

dall'art. 2086 Cod. civ. ("l'imprenditore è il capo dell'impresa..."). Inoltre, è stato rilevato che la previsione dell'art. 2551 Cod. civ. è posta in termini tali da far emergere una questione di derogabilità della norma stessa, su cui si tornerà in seguito. L'autore poi si occupa della ammissibilità di una retribuzione dell'associante per la gestione svolta¹²¹. Egli sostiene sia inammissibile in quanto l'associante non è il gestore dell'associazione in partecipazione ma il titolare dell'attività a cui il contratto aderisce¹²². L'attività di gestione è quindi, connaturata al suo ruolo contrattuale e un eventuale compenso per la stessa, verrebbe in aggiunta a quello che già ottiene dagli utili per lo svolgimento dell'attività¹²³.

II. L'ASSOCIATO E I POTERI GESTORI: POSIZIONI DOTTRINALI

Si è appena analizzato il significato che la dottrina ha dato alla previsione dell'art. 2552, comma 1 del Cod. civ. ma è stato poi posto il problema della derogabilità della norma stessa. La questione non può essere taciuta perché è stata spesso impiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per poter distinguere il contratto di associazione da quello di società. La giurisprudenza consolidata ritiene che la norma possa essere derogata e quindi, in capo all'associato può essere affidata la gestione dell'impresa purché egli "ripeta i propri poteri dall'associante e svolga la propria attività, anche rappresentativa, nei limiti dei poteri [dall'associante] ricevuti"¹²⁴. Per quanto riguarda invece, gli orientamenti dottrinali sul punto, si può osservare che sono numerosi e si differenziano tra loro anche solo per elementi di dettaglio. Il primo autore ad occuparsi del problema è stato Cottino, con una nota ad una sentenza di Appello di Roma, nella quale ha affermato che "il potere di gestione dell'impresa, cioè la titolarità della stessa [...], la responsabilità [...], la direzione economica e patrimoniale" spettano all'associante, mentre l'associato ha solo "l'esercizio materiale di tale potere"¹²⁵. La ricostruzione non pare indicare alcun elemento utile ai fini distintivi¹²⁶. Una tesi che ha avuto più successo in giurisprudenza è stata quella elaborata da Giuseppe Ferri¹²⁷: egli inizialmente ha affermato che la gestione dell'affare o dell'impresa spetta esclusivamente all'associante,

¹²¹ In senso positivo si v. M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 183

¹²² In senso conforme Cass. 09 marzo 1982, n. 1476, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 592 ss.; Sulla mancata qualifica dell'associante come gestore Cass. Sez. III pen. 18 gennaio (deposit. 23 marzo) 1994 in *Fisco*, 1994, p. 6153

¹²³ Ivi, p. 600

¹²⁴ Cass. 20 maggio 1999, n. 4911 in *Foro.it*, 1999, I

¹²⁵ G. COTTINO, *Associazione in partecipazione e poteri dei partecipanti; società irregolare (o di fatto) e la sua rilevanza*, nota a sentenza Cass. 13 maggio 1997, n. 4187, in *Giur. it.*, 1998, p. 187

¹²⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 349

¹²⁷ G. FERRI, voce *Associazione in partecipazione*, in *Scritti Giuridici*, cit.

ma poi ha riconosciuto che l'associato può svolgere un'attività nell'impresa dell'associante ed infine, è arrivato ad ammettere che l'associato "può svolgere attività di amministrazione e di rappresentanza nei limiti dei poteri che questi eventualmente gli conferisca"¹²⁸. Il pensiero dell'autore ha avuto grande successo in giurisprudenza dove porta alla nascita della formula "è essenziale che l'associato ripeta i suoi poteri all'associante", ma non ha convinto parte della dottrina perché il limite proposto è apparso puramente retorico¹²⁹, ed è evidente che un potere conferito con mandato non può che derivare dal mandante stesso¹³⁰. La posizione di Ferri è però diversa quando si è interrogato sulla possibilità di introdurre dei "limiti alla libertà di gestione dell'associato", attraverso il contratto di associazione in partecipazione, cioè sulla opportunità di riconoscere dei poteri autorizzatori¹³¹. L'autore sostiene che simili previsioni contrattuali sono ammissibili ma hanno una valenza meramente interna, non possono svuotare di contenuto la posizione dell'associante e non possono rendere la gestione comune all'associato¹³². Ai fini di una corretta qualificazione di un rapporto come di associazione in partecipazione o di società Ferri sostiene che la presenza della cogestione è indice di una società interna¹³³. A favore della ammissibilità dei poteri gestori per l'associato si è schierato anche Ghidini: l'autore ha criticato l'impostazione di chi sostiene che i poteri dell'associato devono essere limitati in forza dei limiti legali imposti al socio accomodante di s.a.s., in quanto le restrizioni poste dall'art. 2320 Cod. civ. hanno carattere peculiare e non si possono estendere all'associato¹³⁴. Egli ritiene invece che la previsione dell'art. 2552, comma 1 Cod. civ. ha natura dispositiva e quindi, deve riconoscersi alle parti "la facoltà di attribuire all'associato vasti, anche esclusivi poteri di gestione esterna e interna"¹³⁵. Ghidini ritiene che i poteri di gestione esterna debbano essere riconosciuti all'associato perché l'imprenditore è libero di farsi rappresentare da un terzo qualunque e allora, non si può escludere l'associato da un simile potere, in quanto è un soggetto che è interessato al buon andamento dell'impresa e può quindi offrire un livello di "diligenza e impegno" superiore a quello offerto dal terzo¹³⁶. Per quanto riguarda invece i poteri di gestione interna, l'analisi delle norme non appare adeguata per

¹²⁸ Ivi, p. 1428

¹²⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 350

¹³⁰ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, cit., p. 350

¹³¹ G. FERRI, voce *Associazione in partecipazione*, in *Scritti Giuridici*, cit., p. 1429

¹³² Idem

¹³³ Idem

¹³⁴ M. GHIDINI, *l'associazione in partecipazione*, op. cit., pp. 141-143

¹³⁵ M. GHIDINI, *op. cit.*, p.142

¹³⁶ Ivi, p. 143

l'autore a risolvere la questione, ed è quindi necessario, seguire un'interpretazione sistematica: nell'ordinamento italiano non esiste un principio che riserva la gestione dell'impresa a chi ne ha la responsabilità illimitata, ma poiché l'associato può svolgere attività di gestione esterna, anche con procura, da cui deriva inevitabilmente un potere decisorio discrezionale per lo stesso, allora non è coerente negare all'associato dei poteri gestori interni¹³⁷. Il limite che Ghidini ritiene insuperabile per l'associato è che questo svolga attività gestoria senza la spendita del nome dell'associante.

Un'altra impostazione dottrinale che ha avuto ampio seguito in dottrina è quella elaborata da Auletta: egli sostiene, in via preliminare, che ove si assolutizzi il principio dell'autonomia contrattuale si rischia di riconoscere uno spazio troppo ampio all'associato nella gestione, tale da impedire poi una distinzione tra associazione e società¹³⁸. Per quanto riguarda l'ammissibilità di poteri gestori per l'associato l'autore opera una distinzione sulla base della fonte dei poteri: il mandato o il contratto. Nel primo caso la decisione dell'associante di delegare i poteri è ammissibile ma il mandato deve essere revocabile¹³⁹; invece se i poteri gestori sono riconosciuti direttamente dal contratto allora le scelte "più importanti" devono rimanere in capo all'associante¹⁴⁰.

Sulla ammissibilità dei poteri in capo all'associato si è espresso anche Galgano, in un libro sull'amministrazione delle società personali¹⁴¹. Egli sviluppa il proprio pensiero sulla base del principio per cui la direzione della società è connessa alla qualità di socio¹⁴², successivamente evidenzia che il principio può essere applicato anche all'impresa individuale, in quanto l'unico elemento di differenza, ai suoi fini rilevante¹⁴³, tra le due fattispecie è la quantità di imprenditori che operano: nel caso delle società sono quantitativamente più numerosi. Galgano ha, cioè, affermato che sia nelle società che nell'impresa individuale, esiste una correlazione tra la direzione e il rischio d'impresa per cui il socio (o l'imprenditore) non può attribuire la direzione dell'impresa a soggetti estranei¹⁴⁴. Nel caso dell'associazione in partecipazione quindi, una previsione che riconosce all'associato il potere di concorrere alla

¹³⁷ M. GHIDINI, *op. cit.* p. 144-147

¹³⁸ F. AULETTA, *Rassegna di legislazione e giurisprudenza*, in *Riv. soc.* 1960, p. 508

¹³⁹ *Ivi*, p. 509

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 510

¹⁴¹ G. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963 p. 47 ss.

¹⁴² *Idem*

¹⁴³ Un altro profilo di distinzione è dato dalla presenza di una soggettività autonoma per le società

V. G. Galgano, *Degli amministratori di società personali*, cit., p. 105

¹⁴⁴ G. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., pp. 103, 106-107

direzione dell'impresa impone di riqualificare lo stesso come socio occulto e l'intero rapporto come società occulta o palese, a seconda che il preteso associante sia un imprenditore individuale o una società personale¹⁴⁵. L'esclusione dalla cogestione dell'associato non viene ritenuta applicabile nel caso di nomina dello stesso come institore, in quanto il divieto di preposizione institoria dell'accomandante viene considerato come una eccezione ai principi della materia della rappresentanza e allora in quanto norma di carattere eccezionale non può essere estesa anche agli associati¹⁴⁶.

Infine, occorre dare conto di quanto affermato da Giampaolo de Ferra nella sua monografia¹⁴⁷, anche se le sue premesse non appaiono condivisibili. L'autore chiarisce fin dall'inizio che possono essere attribuiti all'associato dei poteri gestori attraverso lo strumento delle delega e con i medesimi limiti che si applicano alle figure tipiche dei rappresentanti dell'imprenditore commerciale, in quanto il limite dato dalla norma¹⁴⁸ si rivolge solo al contenuto del contratto di associazione in partecipazione e non anche alla delega.¹⁴⁹ Nel caso dei poteri gestori interni de Ferra sostiene che, la questione deve essere risolta alla luce dei principi vigenti in materia di attribuzione dell'impresa a terzi da parte dell'imprenditore, perché l'associato è paragonabile ad un qualunque terzo¹⁵⁰. A questo punto quindi, l'autore ritiene di dover operare una distinzione: se l'associante è una società non è ammissibile l'attribuzione di poteri gestori all'associato perché si pone in contrasto con le regole tassative di ripartizione interna delle competenze¹⁵¹; se invece l'associante è un imprenditore individuale all'associato possono essere attribuiti poteri gestori ma non può essergli affidata l'intera gestione dell'attività perché un simile patto non realizza alcun interesse meritevole di tutela e deve quindi considerarsi nullo¹⁵². L'orientamento appare però in contrasto con quello di altri autori perché l'associato non può essere considerato un terzo qualsiasi in quanto ha versato un contributo e percepisce

¹⁴⁵ G. GALGANO, op. ult. cit. p. 110

¹⁴⁶ Ivi, p. 129, nota 53

¹⁴⁷ G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, in *commentario del Codice civile*, p. 69 ss.

¹⁴⁸ Art. 2552, comma 1 Cod. civ.

¹⁴⁹ G. DE FERRA, *op. cit.*, pp- 68-69

¹⁵⁰ Ivi, p. 74

¹⁵¹ Idem

¹⁵² G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, *op. cit.*, p. 76

degli utili¹⁵³, inoltre non appare corretta neanche l'affermazione per cui l'esercizio in comune non è criterio sufficiente a individuare una fattispecie societaria¹⁵⁴.

III. LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA RECENTE

In epoca recente gli autori che si sono occupati del problema hanno tendenzialmente seguito le teorie già espresse, ma vi sono stati due autori che hanno dato risposta negativa alla domanda sulla ammissibilità, in capo all'associato, dei poteri gestori. Il primo autore è Montalenti¹⁵⁵, il quale muove la sua indagine a partire dalla società in accomandita semplice, fattispecie contigua all'associazione in partecipazione. L'autore sostiene che l'associato non può essere inteso come un qualsiasi terzo perchè è in una posizione particolare ove si voglia distinguere un rapporto di associazione in partecipazione da quello di società; per poter comprendere correttamente tale posizione l'autore individua un paragone tra gli articoli 2552 e 2320 Cod. civ. e distingue così gli ambiti delle rispettive fattispecie¹⁵⁶.

Il parallelismo¹⁵⁷ emerge nella struttura dell'art. 2320 del Codice in quanto il primo comma fissa un principio, il secondo comma introduce delle eccezioni con la previsione di poteri autorizzativi, e infine il terzo si occupa del diritto di rendiconto. Montalenti sostiene che la previsione di poteri autorizzatori, nel caso della società in accomandita semplice, e la loro assenza nella disciplina dell'associazione in partecipazione, è frutto di una precisa scelta del legislatore, volta a permettere di mantenere distinte le due fattispecie: egli sostiene che per poter distinguere il socio accomandante dall'associato si deve riconoscere a quest'ultimo "un'area di poteri più ristretta rispetto a quella dell'accomandante"¹⁵⁸. Inoltre, Montalenti arriva ad affermare che l'art. 2552 Cod. civ. mira a garantire all'associante la titolarità sostanziale dell'impresa¹⁵⁹ proprio per caratterizzare il tipo dell'associazione in partecipazione. La soluzione appena illustrata è stata condivisa anche da altri autori¹⁶⁰ ma, è stato rilevato¹⁶¹ un limite: non è in grado di spiegare perché non si possono ammettere fattispecie ibride. Il secondo autore che ritiene di non poter affidare poteri gestori all'associato è De Acutis nella

¹⁵³ W. BIGIAMI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, pp. 123-124

¹⁵⁴ D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società*, op. cit., pp. 436-437; P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p.27

¹⁵⁵ P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit.

¹⁵⁶ Ivi, p. 295

¹⁵⁷ Ivi, pp. 293-294

¹⁵⁸ P. MONTALENTI, op. cit. p. 297

¹⁵⁹ Idem

¹⁶⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 363

¹⁶¹ Idem

sua monografia sull'associazione in partecipazione¹⁶². Egli ritiene che per poter giustificare la sua affermazione sia necessario distinguere la fonte dei poteri: può essere un contratto o un patto, oppure una delega. De Acutis afferma che non è possibile inserire nel contratto delle clausole che riconoscano dei poteri gestori in capo all'associato e per giustificare il suo pensiero analizza due ipotesi. Nella prima egli ipotizza che le parti si accordino per una traslazione totale del potere gestorio dall'associato all'associante; una simile previsione, afferma l'autore, è inammissibile perché è priva della meritevolezza giuridica dell'interesse che viene perseguito, e ciò viene affermato in virtù della inammissibilità, nel nostro ordinamento, del contratto di dominazione¹⁶³. Inoltre, una simile previsione contrattuale realizza una forma di imprenditoria occulta e si pone poi in contrasto con la ratio dell'intera disciplina dell'associazione in partecipazione¹⁶⁴, cioè verrebbe a capovolgere i destinatari dei commi due e tre dell'art. 2552 Cod. civ. L'autore non indica però come qualificare un rapporto che, pur avendo come nome iuris l'associazione in partecipazione presenta pattuizioni simili¹⁶⁵. La seconda ipotesi riguarda la previsione, nel contratto, di una clausola che prevede una forma di cogestione tra associante e associato; per l'autore anche queste clausole sono inammissibili perché porterebbero a dubitare che il rapporto formatosi possa rimanere in concreto entro i limiti indicati dalla disciplina codicistica, e quindi, la cogestione viene presentata come un "indizio di funzionalizzazione", un sintomo di una forma societaria¹⁶⁶. Infine, De Acutis esclude che sia ammissibile una delega di poteri gestori perché, l'art. 1723, comma 2 del Cod. civ., afferma che il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario non può essere revocato dal mandante, il quale non può inoltre aggiungere ulteriori istruzioni a quelle inizialmente date; ciò porta a rendere la fattispecie identica a quella della traslazione dei poteri e quindi non può che avere un giudizio negativo¹⁶⁷. L'autore poi riconosce che le parti, di comune accordo, possono prevedere un mandato revocabile¹⁶⁸ ma la previsione si pone in contrasto con il contenuto sostanziale dell'art. 2552, comma 1: egli sostiene infatti, che le norme devono

¹⁶² M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 204 ss.

¹⁶³ Ivi, p. 215

¹⁶⁴ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 216

¹⁶⁵ De Acutis si limita a dire che una traslazione totale non consentirebbe più di "inquadrare la fattispecie nell'ambito di questo istituto", p. 216

¹⁶⁶ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 218

¹⁶⁷ Ivi, p. 221

¹⁶⁸ Art. 1372, comma 2 Cod. civ.

essere lette in modo da attribuire loro un significato ¹⁶⁹ e quindi, il primo comma della norma in questione deve essere interpretato nel senso che l'associante deve avere un effettivo esercizio della gestione¹⁷⁰. Quest'ultima teoria è stata criticata in quanto non sembra che dalla inammissibilità dei contratti di dominazione sia possibile escludere l'ammissibilità di poteri gestori per l'associato¹⁷¹, inoltre non risulta esistere una definizione di "un indizio di funzionalizzazione", ed è stato poi rilevato che le distinzioni operate sono eccessivamente accentuate¹⁷².

Infine, occorre ricordare la posizione assunta da Mignone sulla questione. Egli ha aderito all'impostazione per cui l'unico criterio distintivo tra la fattispecie di associazione in partecipazione e quella di società è data dall'elemento dell'esercizio in comune¹⁷³, e proprio in forza di un simile principio, arriva a riconoscere che la partecipazione dell'associato alla gestione deve essere limitata¹⁷⁴. In primo luogo, l'autore chiarisce che il problema del ruolo gestorio dell'associato ha rilievo nella misura in cui esista un contratto, o almeno la prova, di un contratto di associazione in partecipazione perché, in sua assenza, il rapporto che si è realizzato dovrebbe essere qualificato o come associazione o come società di fatto, ma nella società in accomandita irregolare, l'attività di gestione esterna dell'accomandante non è ammessa in forza dell'art. 2317, comma 2 Cod. civ.¹⁷⁵. Mignone sviluppa la propria ricostruzione a partire dall'affermazione di Montalenti per cui se il socio accomandante, che è la posizione a confine delle società, ha ridotti poteri gestori allora l'associato deve averne un'area ancora più ridotta e prosegue quindi chiedendosi quali poteri di rappresentanza ed interni possono essere ammessi. Per quanto riguarda il profilo esterno della gestione egli rileva che il socio accomandante può operare per singoli affari attraverso delle procure speciali ¹⁷⁶ e, poiché non è esplicitato alcun limite quantitativo allora si può presumere che ciò può avvenire abitualmente¹⁷⁷; di conseguenza, viene affermato che l'associato può svolgere incarichi rappresentativi in forza di una procura speciale ma devono avere il carattere dell'assoluta

¹⁶⁹ L'autore applica alle norme un principio che il Codice civile prevede per l'interpretazione del contratto (art. 1376 Cod. civ.)

¹⁷⁰ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 223

¹⁷¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 369

¹⁷² Idem

¹⁷³ M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 39

¹⁷⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 370

¹⁷⁵ G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit., p. 144

¹⁷⁶ Art. 2320, comma 1 Cod. civ.

¹⁷⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 371

sporadicità ed eccezionalità¹⁷⁸. La posizione è invece diversa quando è il contratto stesso ad attribuire poteri esterni all'associato. In questo caso, infatti, Mignone ritiene che la previsione non sia ammissibile, e l'associato non può ricoprire né la carica di institore né quella di procuratore d'impresa sulla base del principio di tipicità delle società per cui, se la situazione che si crea è quella corrispondente ad una società allora il rapporto deve essere qualificato come tale¹⁷⁹. Per quanto riguarda invece, i poteri di gestione interna l'autore opera un paragone con quanto viene previsto per i soci accomandanti nelle s.a.s., ai quali il Codice¹⁸⁰ consente lo svolgimento di prestazioni d'opera sotto la direzione degli amministratori. Mignone procede poi a chiarire quali attività l'accomandante può svolgere in concreto ed afferma che la dottrina ammette prestazioni manuali fornite a titolo di lavoro dipendente e, prestazioni intellettuali autonome purché compiute in esecuzione di un indirizzo generale fornito dagli accomandatari¹⁸¹; successivamente afferma che non rientra tra le attività ammesse quella amministrativa¹⁸² perché deve trattarsi di attività subordinata a quella del socio accomandatario o comunque nello svolgimento di funzioni impiegate con mansioni direttive¹⁸³. Mignone allora sostiene che l'associato può svolgere attività esecutiva nell'impresa o nell'affare in modo non abituale e questo anche perché egli non ha alcun dovere di collaborazione e lo svolgimento dell'attività avviene senza alcun corrispettivo perché l'attribuzione di utili è la controprestazione dell'apporto¹⁸⁴.

IV. LA GIURISPRUDENZA: ORIENTAMENTO DOMINANTE E CRITICITA'

La giurisprudenza è stata chiamata più volte ad esprimersi sul problema della qualificazione di un preteso rapporto di associazione in partecipazione in cui l'associato disponeva di poteri gestori.

La posizione dominante sul tema, influenzata dal pensiero di Ferri¹⁸⁵, afferma che è possibile riconoscere dei poteri gestori all'associato purché egli "ripeta i propri poteri dall'associante e svolga la propria attività, anche rappresentativa, nei limiti dei poteri [dall'associante]

¹⁷⁸ Idem

¹⁷⁹ Ivi, p. 373

¹⁸⁰ Art. 2320, comma 2 Cod. civ.

¹⁸¹ P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 160

¹⁸² G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 374;

¹⁸³ In senso conforme G. GALGANO. *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 470

¹⁸⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 375

¹⁸⁵ G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti giuridici*, cit., p.1429

ricevuti”¹⁸⁶ ma è bene segnalare che una simile impostazione non è stata immune da critiche dottrinali e può portare anche a delle conseguenze poco accettabili. In particolare, in una controversia del 1998¹⁸⁷, conclusa in Cassazione, è interessante vedere che cosa viene affermato in secondo grado. La vicenda vede due soggetti che sottoscrivono una scrittura privata con la quale una parte si impegnava a fornire all’altra la metà di una somma di denaro necessaria per l’acquisto di un terreno; il terreno veniva poi impiegato per la costruzione di un immobile che sarebbe stato venduto successivamente e gli eventuali utili che si sarebbero realizzati dovevano essere divisi in parti uguali. Una delle parti, tuttavia, estromette l’altra portando a termine in proprio la costruzione e la commercializzazione dell’impresa; il soggetto escluso agisce così in giudizio per chiedere il riconoscimento della comproprietà del terreno e la sussistenza di una società. Il tribunale in primo grado ritiene che il rapporto debba essere qualificato come di associazione in partecipazione in cui l’associante è colui che ha condotto l’affare a proprio nome; in sede di Appello i giudici rinviengono che anche l’altro soggetto è stato coinvolto ampiamente nella gestione e allora ritengono ammissibile anche l’ipotesi in cui sia costui l’associante e l’altro soggetto l’associato. Una simile statuizione, è stato rilevato in dottrina¹⁸⁸, evidenzia che il riconoscere ampi poteri gestori all’associato rende l’associazione in partecipazione un duplicato del contratto di società, utile solo a realizzare forme di società occulta o di imprenditoria occulta proprio perché il socio è un soggetto che ha versato un contributo, partecipa agli utili, e partecipa *anche* all’esercizio in comune¹⁸⁹.

In senso contrario all’orientamento dominante sembra essersi espressa in precedenza, una Corte di merito¹⁹⁰, la quale aveva ritenuto che il riconoscimento di poteri gestori unito a forme di investimento comune degli utili realizzati nell’attività, comportasse la qualifica del rapporto come di società. Non si può però tacere che l’orientamento della giurisprudenza non è cambiato come dimostra una recente pronuncia della Corte di Cassazione¹⁹¹: la pronuncia è rilevante perché la Suprema Corte ha affermato che il contratto tra due parti (Mediavip S.p.a. e S.a.s. Second Out), fosse un’associazione in partecipazione e avesse natura sinallagmatica, e in conseguenza potesse essere applicato al rapporto l’art. 1460 Cod. civ. In particolare il

¹⁸⁶ Cass. 20 maggio 1999, n. 4911 in *Foro.it*, 1999, I, p. 2359

¹⁸⁷ Cass. 18 dicembre 1998, n. 12663, in *Contratti*, 1999, p. 910 ss.

¹⁸⁸ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 506

¹⁸⁹ W. BIAGIAMI, *Difesa dell’imprenditore occulto*, cit. pp. 123-124; Cass. 11 giugno 1991, n. 6610 in banca dati *One legale* (corsivi non originali)

¹⁹⁰ Appello di Torino, 13 aprile 1984 in *Giur. piemontese*, 1985, p. 151

¹⁹¹ Cass. 17 aprile 2014, n. 8955 in *Giur. Comm.*, 2015, p. 494 ss.

mancato cambiamento di orientamento emerge se si considera che la Corte ha accettato la qualifica del rapporto come di associazione in partecipazione nonostante nel contratto fossero presenti clausole come le due società “partecipano alla gestione nelle suddette percentuali 65% Mediavip e 35% Seconds Out, di ogni operazione legata alla pubblicazione del Calendario”; inoltre, il contratto, in relazione al rinnovo dello stesso, afferma che “alla naturale scadenza del contratto, qualora Mediavip ottenesse dalla FIG la proroga dello stesso per la realizzazione dell’ Annuario Calendario Ufficiale e versioni interregionali la *partnership* s’intenderà tacitamente rinnovato per il medesimo periodo di proroga”.

7. LA SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO E L’ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

Individuata la nozione di “esercizio in comune” possiamo ora analizzare come distinguere una società in nome collettivo dal contratto di associazione in partecipazione. In primo luogo, occorre ricordare che per poter inquadrare un contratto occorre guardare alla volontà che è stata espressa dalle parti, anche alla luce del comportamento che le stesse hanno tenuto dopo la conclusione del contratto¹⁹². Al fine di distinguere una società dall’associazione la qualifica del rapporto può quindi basarsi su risultanze documentali o su dichiarazioni di testimoni ma l’ipotesi più frequente, è quella di dover distinguere l’associazione dalla forma di società in nome collettivo di fatto. Ritornando alla nostra questione pratica (distinguere un’associazione in partecipazione da una società in nome collettivo) dobbiamo ricordare le conclusioni a cui si è giunti sopra, per cui ove vi sia “esercizio in comune” il rapporto deve essere inteso come di società¹⁹³. Infatti, in una prospettiva qualificatoria, il socio e l’associato hanno entrambi versato un contributo per lo svolgimento dell’attività e entrambi ne ricavano degli utili ma se si ammettesse anche che, l’associato e il socio partecipano all’esercizio dell’attività in comune, allora in assenza di ulteriori elementi non si potrebbe giungere ad una qualificazione dei rapporti¹⁹⁴ e quindi, deve ritenersi condivisibile l’affermazione per cui l’astensione dell’associato, dall’esercizio in comune, ha una “funzione di presidio dell’integrità tipologica della fattispecie”¹⁹⁵. L’affermazione può essere giustificata sia perché avrebbe poco senso ammettere due contratti tipici che non si possono distinguere tra loro ma soprattutto perché,

¹⁹² Art. 1362 Cod. civ.

¹⁹³ M. DE ACUTIS, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 39

¹⁹⁴ Si veda anche E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 282

¹⁹⁵ P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 191

vi è il principio di tipicità delle società¹⁹⁶. La dottrina dominante, infatti, ritiene che questo debba essere inteso non solo come un divieto a creare fattispecie atipiche ma anche come divieto di inventare contratti che, pur avendo un *nomen iuris* diverso hanno il contenuto sostanziale di una società atipica¹⁹⁷. Non è invece apparsa adeguata la critica di chi ha sostenuto che il principio di tipicità riguarda solo le manifestazioni esterne del rapporto sociale perché, si ritiene, che ove sia dibattuta la natura di società del rapporto, il principio di tipicità attiene anche al modo in cui i poteri sono distribuiti internamente¹⁹⁸. Si è detto prima quale sia l'elemento distintivo tra associazione e la società ma dobbiamo ora chiederci se un qualsiasi intervento dell'associato nell'esercizio in comune è idoneo a riqualificare il rapporto come società. Un primo problema può emergere per le ipotesi di riconoscimento all'associato dei poteri non gestori, come ad esempio il potere di pronunciarsi sull'esclusione di soci, o sull'approvazione del bilancio, e la dottrina sembra¹⁹⁹ ritenere che un presunto associato è in realtà un socio se l'attribuzione individui almeno due elementi di un simile potere, mentre permane una certa incertezza se viene attribuita un'unica forma di potere non gestorio. Per quanto riguarda invece l'attribuzione all'associato del diritto di pronunciarsi su fattori che possono indurre un mutamento del rischio dell'attività si deve ricordare²⁰⁰ che l'esistenza, in capo all'associante, di un divieto di mutare l'oggetto sociale dell'associazione in partecipazione è dibattuto, ma sembra corretta l'impostazione²⁰¹ di chi afferma che un diritto dell'associato a esprimersi su simili questioni può avere valore limitatamente ad un piano interno o si dovrà riconoscere la natura societaria del rapporto. L'ultimo caso, nonché quello più frequente, è il riconoscimento all'associato di poteri gestori: la questione è particolarmente dibattuta e la dottrina non sembra giunta ad una posizione unanime. Gli autori più antichi ammettono il riconoscimento di poteri gestori per l'associato, anche particolarmente ampi, ma hanno comunque di volta in volta individuato degli elementi per distinguere l'associazione dal contratto di società²⁰². Di recente invece, la dottrina ha assunto posizioni più restrittive, a partire da chi nega completamente il potere gestorio dell'associato e qualificando il rapporto,

¹⁹⁶ Art. 2249 Cod. civ.

¹⁹⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p.192

¹⁹⁸ Ivi, p. 193; G. DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, cit., p. 74

¹⁹⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 196

²⁰⁰ V. Cap. 1, sez. 3, par. 2

²⁰¹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. pp. 400-401

²⁰² V. Cap.2, sez. I, par. I,

in presenza di simili poteri, come di società²⁰³, fino a chi ammette un ruolo di gestione dell'associato ma che deve essere subordinato alle direttive dell'associante²⁰⁴. Sul punto la giurisprudenza maggioritaria sembra ammettere ampi poteri gestori per l'associato purché lo stesso ripeta i suoi poteri all'associante²⁰⁵ ma è bene segnalare che una simile impostazione non è stata immune da critiche dottrinali e può portare anche a delle conseguenze non volute²⁰⁶. Ci si deve infine, interrogare su come distinguere una società in nome collettivo di fatto dalla associazione in partecipazione. La dottrina ha fatto ricorso al divieto posto dall'art. 2317, comma 2 Cod. civ. per i soci accomandanti di s.a.s. irregolare. Infatti, il compimento di un atto di gestione esterna da parte del socio accomandante, in violazione della norma citata, è idoneo a riportare quest'ultimo sul piano dei soci accomandatari per quanto riguarda il regime di responsabilità, e allora è stato affermato che il compimento di un singolo atto di gestione da parte di un presunto associato, in assenza di una espressa pattuizione, è idoneo a riqualificare l'intero rapporto come società in nome collettivo di fatto²⁰⁷. La dottrina²⁰⁸ ha poi precisato che anche la presenza di una specifica pattuizione sul punto non consente all'associato di compiere atti gestori ma la singola operazione potrebbe rientrare in quell'insieme limitato di atti che sono permessi all'associato.

8. LA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE E L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

La società in accomandita semplice e l'associazione in partecipazione presentano dei tratti di contiguità in quanto sia l'associato che il socio accomandante godono di una responsabilità limitata, sono infatti sottoposti al divieto di compiere atti di gestione e la loro partecipazione ha carattere capitalistico²⁰⁹. La dottrina si è quindi interrogata su quali possano essere le differenze tra i due soggetti ed è possibile individuare diverse ricostruzioni. In primo luogo, vi è chi ha affermato che l'associato è solo un finanziatore e il socio un diretto cointeressato²¹⁰, mentre altri hanno sostenuto che l'accomandante è parte di una compagine sociale dotata di una propria soggettività, ed ha quindi una aspettativa sul patrimonio sociale, mentre

²⁰³ P. MONTALENTI, *il socio accomandante*, op. cit., p. 297

²⁰⁴ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 370 ss.

²⁰⁵ Cass. 20 maggio 1999, n. 4911 in *Foro.it*, 1999, I, p. 2359

²⁰⁶ V. CAP. 2, sez. 1, par. IV

²⁰⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 204

²⁰⁸ Idem

²⁰⁹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 30-31

²¹⁰ MESSINEO, *Manuale*, V, op. cit., p. 6

l'associato ha un mero diritto di credito sulla quota degli utili e la restituzione dell'apporto²¹¹. Su un piano più generale invece è stato detto che l'accomandante con la stipula del contratto di società, entra in un rapporto strutturalmente complesso e aperto a nuovi membri mentre l'associazione è un rapporto bilaterale²¹². Tali differenze teoriche non aiutano però a capire in concreto come distinguere un'associazione in partecipazione da una società in accomandita. La dottrina²¹³ ha rilevato la difficoltà del tema ma è comunque giunta ad una soluzione. In presenza di elementi contrattuali dai quali è possibile procedere alla qualifica del rapporto occorre operare una distinzione: se sono stati attribuiti all'associato poteri di gestione in misura uguale a quelli dell'accomandante allora il presunto associato deve essere qualificato come socio accomandante²¹⁴, ove i poteri riconosciuti siano superiori allora il soggetto deve essere qualificato come socio di società collettiva²¹⁵. Se invece la questione della qualificazione del rapporto si pone in relazione ad una società di fatto irregolare, cioè in presenza di un contratto non registrato²¹⁶, è necessario verificare se vi è stato esercizio in comune da parte del presunto associato: se già dalla lettura del contratto è possibile dare risposta positiva allora il rapporto deve essere qualificato come di società in nome collettivo; nel caso in cui il soggetto, di fatto, ha esercitato poteri gestori allora le norme²¹⁷ prevedono una sua responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali.

²¹¹ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 30-31

²¹² V. BUONCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1967

²¹³ COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, cit., pp. 201-202

²¹⁴ BUSSOLETTI, voce *Società in accomandita semplice*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 973

²¹⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 202

²¹⁶ La dottrina ha escluso la configurabilità di società in accomandita semplice di fatto V. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, *op. cit.*, p. 280 ss.

²¹⁷ Art. 2317, comma 2 Cod. civ.

SEZIONE 2: L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LE SOCIETÀ OCCULTE

1. LA RILEVANZA DELLA SOCIETÀ OCCULTA

Nel definire il problema della qualificazione di un rapporto come di associazione in partecipazione o di società occorre analizzare anche la figura della società occulta²¹⁸. Entrambe le fattispecie sono caratterizzate da un unico soggetto che agisce all'esterno e inoltre, sono entrambe prive di un patrimonio comune perché nella società occulta il patrimonio è del solo socio palese. La dottrina ha comunque individuato due elementi distintivi: il tipo di partecipazione e il coinvolgimento nella gestione²¹⁹. Per quanto riguarda il primo elemento è stato rilevato che la partecipazione sociale comporta una partecipazione all'utile globale e una contitolarità del patrimonio mentre la partecipazione dell'associazione consiste nell'attribuzione di una serie di diritti patrimoniali e di controllo. Il secondo elemento invece, consente di affermare che la gestione nelle società occulte è comune mentre nell'associazione in partecipazione spetta al solo associante. Il primo criterio è però in concreto difficilmente individuabile in quanto richiede delle risultanze contabili e allora, ai fini distintivi, diventa fondamentale l'elemento della partecipazione alla gestione²²⁰. Per poter quindi risolvere un eventuale problema di qualificazione del rapporto si è ipotizzato quindi di poter ricorrere al medesimo criterio che viene impiegato per distinguere l'associazione dalle società di persone palesi²²¹, ma è stato rilevato che il principio di tipicità non copre la società occulta²²² perché quest'ultima ha un rilievo meramente obbligatorio, pur essendo un modo di essere dei tipi societari²²³. È stato osservato che anche ammettendo la tesi per cui il socio occulto di società occulta può essere chiamato a fallire²²⁴, non si può estendere il ragionamento all'associato che ha partecipato all'attività di gestione interna²²⁵ proprio perché la società occulta è

²¹⁸ Nel paragrafo viene considerata sia la società interna che quella occulta. Per una spiegazione sui due termini V. W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., pp. 12-14, nota 17

²¹⁹ L. GUGLIELMUCCI, *Profili civilistici*, in GUGLIELMUCCI-MAGNANI-JOVENITTI, *I certificati di partecipazione, Profili civilistici, fiscali, negoziali*, Milano, 1981, p. 35

²²⁰ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 219

²²¹ Idem

²²² Ivi, p. 220

²²³ In senso conforme v. P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p. 473

²²⁴ W. BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, cit., pp. 12 ss.

²²⁵ V. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., p. 1096; G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti*, cit., pp. 1426-1467. Il ragionamento non è però innovativo perché in termini analoghi si era espresso già un altro autore poco prima della promulgazione dell'attuale Codice civile T. RAVA', *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938, p. 102

estranea al principio di tipicità. Questa critica potrebbe essere ritenuta superata oggi, perché l'attuale art. 256, comma 5, del C.C.I.I.²²⁶ prevede esplicitamente che nel caso di fallimento (ora liquidazione giudiziale) della società occulta, il socio occulto è chiamato a fallire. Da ciò si può affermare quindi che la società occulta, almeno per il fallimento (liquidazione giudiziale), ha rilievo reale²²⁷ e allora è possibile chiamare a fallire un preteso associato che ha partecipato alla gestione dell'attività. Sulla questione sembra opportuno segnalare che il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza rafforza il controllo sulla identificazione di una società occulta in quanto ha ampliato il novero dei soggetti legittimati a far valere il rapporto occulto: oltre ai già noti curatori, creditori e soci falliti, la norma ha aggiunto anche il pubblico ministero, i soci e i loro creditori personali²²⁸. In realtà il problema del rapporto tra associazione in partecipazione e società occulte non può considerarsi risolto perché al di fuori delle ipotesi di fallimento (liquidazione giudiziale) la società occulta potrebbe essere ancora costruita come associazione in partecipazione.

2. IL PRINCIPIO DI TIPICITA': RAPPORTO CON CLAUSOLE ATIPICHE E SOCIETA' ATIPICHE

Prima di poter proseguire nella ricerca di elementi distintivi tra l'associazione in partecipazione e la società occulta è necessario, in via preliminare, soffermarsi sul ruolo delle società occulte all'interno della disciplina societaria e, nello specifico, come il principio di tipicità si pone nei confronti di forme societarie occulte.

Il principio di tipicità, espresso nel Codice dall'art. 2249, è stato sottoposto ad un esame critico a metà degli anni '70 da parte di Spada²²⁹. L'autore ha operato una interpretazione restrittiva del principio che può essere spiegata seguendo tre profili. Spada afferma che la norma non aggiunge nulla rispetto a quanto si osserva dall'intero sistema: imponendo che le società si devono costituire seguendo i tipi sociali, la norma ribadisce la riserva di legge espressa dall'art. 2740, comma 2, Cod. civ, per cui le deroghe al principio di responsabilità patrimoniale non rientrano nella disponibilità dei privati²³⁰. È stato, cioè, chiarito che le società, essendo dotate di "rilievo reale", derogano al principio per cui ciascuno risponde delle sue obbligazioni con

²²⁶ Il ragionamento può essere ammesso anche per la vecchia formulazione dell'art. 147, comma 5 L. fallim.

²²⁷ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 223

²²⁸ Art. 256 CCIII

²²⁹ P. SPADA, *La tipicità della società*, cit.

²³⁰ P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p. 54 ss.

tutti i propri beni. Il secondo profilo permette di affermare che la tipicità della società protegge un altro caposaldo del diritto civile, cioè che ciascuno può validamente impegnare soltanto sé stesso: infatti nelle società, esistono dei meccanismi che derogano questa regola in quanto ogni tipo sociale individua delle figure deputate a decidere, agire per il gruppo, e vincolarsi verso terzi²³¹. Infine, L'autore individua una gerarchia a due livelli tra i diversi i diversi tipi sociali: al primo livello vi sono la società semplice e la società in nome collettivo, che sono descritte come "modelli residuali" perché è la legge a richiederle per le ipotesi in cui l'attività in forma collettiva è non commerciale o commerciale²³². Al livello superiore vi sono invece le società che possono essere scelte dalle parti e che presentano dei caratteri di rilievo reale: attraverso la responsabilità limitata per alcuni o tutti i soci è possibile individuare rispettivamente le società in accomandita semplice (s.a.s.), le società a responsabilità limitata (s.r.l.) e le società per azioni (s.p.a.); invece gli elementi della ripartizione del potere tra assemblea e consiglio e la rappresentanza sociale caratterizzano le società di capitali. Spada ritiene queste forme i "modelli superiori" in quanto possono essere scelti dalle parti attraverso l'inserimento nel contratto di apposite clausole²³³. Inoltre, l'autore conclude sostenendo che ove non sia possibile ritrovare gli elementi caratteristici di un modello superiore, viene ad operare automaticamente un procedimento di riduzione dello schema convenzionale a quello più elementare di fonte legale²³⁴. Infine, seguendo questa impostazione si può affermare che le società atipiche non presentano alcun problema qualificatorio in quanto, per le attività commerciali, esiste una presunzione di società collettiva che può essere vinta dai soci dimostrando che il loro schema convenzionale si adatta ad un altro schema tipico²³⁵. La ricostruzione di Spada, che si è appena delineata, non ha ricevuto molte critiche monografiche ma nelle ricostruzioni manualistiche si è osservata una insoddisfazione su come il principio è stato ricostruito. Da un lato vi è chi²³⁶ non ha condiviso l'individuazione di "modelli residuali" sulla base del fatto che le caratteristiche di questi non sono scelte dalle parti ma dal legislatore. Dall'altro alcuni autori si sono opposti ad una degradazione

²³¹ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit. pp. 27, 73, 138-139

²³² Ivi, p. 435 ss.

²³³ Idem: l'elemento negoziale è dato dal fatto che le parti accettano di far produrre determinati effetti già indicati dalle norme.

²³⁴ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit. p. 465 ss.

²³⁵ P. SPADA, voce Società. II) Tipi di società: in generale, in Enc. giurid. Treccani, XXIX, Roma, 1993

²³⁶ F.DI SABATO, *Manuale delle società*, op. cit., pp. 40-41: egli ritiene che l'autonomia negoziale emerga dal fatto che vi è una scelta consapevole del tipo di società.

automatica dei modelli mal costruiti dalle parti in modelli legali più semplici, compatibili con quanto è stato predisposto dai contraenti stessi. Questa seconda critica viene spesso presentata come il problema delle “clausole atipiche” e delle “società atipiche”. A questo punto è opportuno cercare di approfondire che cosa le due espressioni individuano, ma si può già segnalare che la dottrina non ha individuato una nozione univoca. Un primo gruppo di autori²³⁷ ha definito le “clausole atipiche” come quelle pattuizioni che si discostano dalle previsioni dispositive di legge, ma una simile impostazione è apparsa troppo ampia per potersi poi interrogare sul suo rapporto con il principio di tipicità²³⁸. Un'altra possibile nozione di “clausola atipica” definisce le stesse come clausole che superano le libertà concesse dall'autonomia contrattuale per un certo tipo di società e toccano gli aspetti che sono essenziali per l'identificazione del tipo stesso, come i profili organizzativi o di responsabilità delle parti. Si ritiene che simili clausole siano nulle²³⁹ e l'invalidità può travolgere anche l'intero contratto se risulta che tali clausole sono state determinanti nella volontà delle parti²⁴⁰. Per quanto riguarda, la nozione di “società atipica” è ormai minoritaria la posizione di chi ritiene che l'espressione indichi la società occulta o interna²⁴¹; si ritiene preferibile invece, sostenere che le “società atipiche” siano dei modelli contrattuali che non possono essere collocati all'interno dei sottotipi legali. Le “società atipiche”, per una parte della dottrina non sono ammissibili e ove presenti devono essere eliminate²⁴², e seguendo il pensiero di Spada²⁴³, ci deve essere una automatica sostituzione della società atipica con il tipo legale più elementare. Quest'ultima conclusione non è però pacifica in dottrina, in particolare alcuni autori non accettano che il principio volontaristico possa essere superato in sede di qualificazione, fino a individuare un modello societario del tutto diverso da quello a cui sembrava le parti mirassero. Questi ultimi sostengono che la società atipica è nulla ove sia difficile ammettere che le parti avrebbero accettato ex ante l'adozione del tipo che risulta dalla pura e semplice “degradazione”²⁴⁴. I sostenitori di questa tesi sono però al loro interno divisi per i presupposti

²³⁷A. DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. Commercialisti*, 1960, *passim*. E in partic. p. 222

²³⁸G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 228

²³⁹G. COTTINO, *Diritto commerciale*, 1, 2, cit., p. 109; G. MARASA', *Le società, Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., p. 266

²⁴⁰G. MARASA', op. cit., p. 266

²⁴¹FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, op. cit., pp. 210-211

²⁴²F. GALGANO, *Diritto commerciale*, 2. *Le società*, cit., p. 2

²⁴³P. SPADA, *La tipicità della società*, cit., p. 465 ss.

²⁴⁴G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, 6° ediz., p. 52; MARASA', op. cit., pp. 264-266

che portano alla nullità: basti pensare a Campobasso, il quale ritiene che si applichi la degradazione se manca il *nomen juris*, mentre è nulla la società con un *nomen juris* non corrispondente ai caratteri concretamente adottati, e a Marasà che ritiene nulla la società atipica quando una sua riqualificazione “porterebbe lontano dalla volontà delle parti”²⁴⁵. Una terza definizione dei concetti di clausola e società atipica è stata data da chi ha messo in relazione i due termini nel seguente modo: una clausola atipica è individuabile quando emerge “un complesso contrattuale dotato di una sua riconoscibilità tipologica, nei confronti del quale la clausola o le clausole si presentano come estranee; la società atipica si verifica quando tale rapporto di regola-eccezione non è individuabile”²⁴⁶. Le ipotesi in cui è possibile individuare una società atipica, seguendo questa ricostruzione, sono quindi tre: nella prima vi sono una pluralità di clausole, disomogenee tra loro, tali da non permettere di individuare un nucleo contrattuale tipico²⁴⁷; la seconda ipotesi si riferisce a ipotesi in cui le clausole contrattuali si addensino intorno a due tipi societari in modo tale da non permettere di individuare un tipo rispetto a cui le clausole atipiche non sono pertinenti²⁴⁸. Infine, la terza ipotesi, nonché quella più realistica, è quella in cui vi è uno squilibrio tra una parte del contratto tipica e una o più clausole atipiche²⁴⁹.

Individuate in tal modo la nozione di “clausole atipiche” e di “società atipiche” sembra che il problema della loro rilevanza debba essere impostato nel senso di comprendere come trattare le clausole atipiche e non di degradare una società atipica²⁵⁰. Sulla individuazione di una società atipica si è espressa anche la Cassazione nel caso Adrisani- Teatro F.R. Duni s.r.l.²⁵¹. Il fatto nasce da una impugnazione di una delibera della società da parte di un socio, il quale lamentava la illegittimità delle delibera stessa per due motivi: con il primo indicava che l’atto impugnato era frutto di una decisione assembleare non ritualmente convocata; con il secondo motivo il ricorrente affermava che la delibera, approvata a maggioranza dall’assemblea straordinaria, comportava la proroga di alcune clausole statutarie, tra cui quella che obbligava i soci a versare, sulla base delle loro quote, il necessario al conseguimento dell’oggetto sociale

²⁴⁵ Idem

²⁴⁶ ROMANO-PAVONI, *La “tipicità” delle società e le società interne*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 376

²⁴⁷ in senso conforme si veda la nozione di società atipica di G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit., p. 52

²⁴⁸ G. ALPA, *Causa e tipo*, cit., p. 54

²⁴⁹ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 232

²⁵⁰ OPPO, *L’identificazione del tipo “società di persone”*, in *Riv. dir. civ.* 1988, I, p. 619 ss.

²⁵¹ Cass. 23 febbraio 1984, n. 1296, in *Nuova giur. comment.* 1985, I, p. 201

e che ciò era contrario ai suoi diritti di socio. La Corte ha rilevato, che la presenza di una simile clausola, non era compatibile con il modello indicato dalle parti perché rivelava la volontà delle stesse di assoggettarsi ad un rischio illimitato, e quindi, il rapporto doveva essere riquilibrato come società in nome collettivo e non come s.r.l. La soluzione adottata nella sentenza non ha però convinto la dottrina²⁵², in particolare anche lo stesso Spada²⁵³, il quale ha affermato che l'operazione della corte non è corretta, ma si sarebbe dovuto ritenere che la clausola in questione fosse solo una "clausola atipica", e questo sulla base del *nomen juris*, dell'iscrizione della società nel registro delle imprese e infine, sulla base del fatto che per anni la società ha operato come s.r.l.²⁵⁴

3. LA SOCIETÀ OCCULTA E IL PRINCIPIO DI TIPICITÀ

Spada ha più volte affermato nei suoi scritti che l'art. 2249 Cod. civ. non limita l'autonomia contrattuale in misura maggiore rispetto ai limiti che pongono altre regole esistenti: le deroghe ai principi di responsabilità patrimoniale e di imputazione degli atti non appartengono infatti, all'ambito di autonomia privata che la legge riconosce alle parti²⁵⁵. Il problema che verrà analizzato in questo paragrafo è se il principio di tipicità si applica anche alle clausole atipiche o solo alle società atipiche, si tratta cioè di capire se è possibile individuare una clausola atipica che non riguarda né il regime di responsabilità né il sistema di imputazione degli atti; un'eventuale risposta positiva al quesito significa dover ammettere che il principio di tipicità è in grado di incidere sull'autonomia negoziale, e quindi, si deve ritenere confutata l'affermazione di Spada²⁵⁶. Analizzando il caso Andrisani- Teatro Duni s.r.l.²⁵⁷ si può notare come la Corte ha ritenuto che la clausola, con cui le parti si erano impegnate a versare le somme necessarie per conseguire l'oggetto sociale, fosse una clausola con efficacia obbligatoria²⁵⁸ ma, ciò nonostante, è stata qualificata come atipica rispetto al modello della s.r.l. Ecco allora che la dottrina²⁵⁹ ha evidenziato come il principio di tipicità può limitare l'autonomia negoziale delle

²⁵² Cass. 23 febbraio 1984, n. 1296, cit

²⁵³ P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. Dir. civ.*, 1985, I: Egli sostiene che la clausola in questione doveva essere dichiarata inefficace.

²⁵⁴ P. SPADA, voce *Società. II) Tipi di società, in generale*, in *Enc. giurid. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 7

²⁵⁵ P. SPADA, voce *Società. II) Tipi di società: in generale*, cit., pp. 2 e 4

²⁵⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 235

²⁵⁷ Cass. 23 febbraio 1984, n. 1296, cit.

²⁵⁸ Cass. 23 febbraio 1984, n. 1296, cit

²⁵⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 236

parti, cioè può incidere anche su aspetti privi del “rilievo reale”. Per poter dimostrare che la società atipica rientra nell’ambito di applicazione del principio di tipicità la dottrina maggioritaria²⁶⁰ si è appesa alla formulazione del vecchio comma 2 dell’art. 147 l. fallim. (oggi art. 256 CCII), ma un autore si è posto la medesima questione sotto il profilo della natura della società occulta. In particolare, l’autore²⁶¹ si è chiesto se una società occulta sia o meno una società atipica. Egli ritiene che la presenza di una clausola di occultamento, risultante da un patto o da comportamenti concludenti, è indubbiamente una clausola atipica ma da sola non sembra giustificare l’affermazione per cui una società occulta è anche atipica²⁶², e ciò perché l’interesse delle parti è proprio il carattere di internità della società occulta e quindi, tendenzialmente, il regime di responsabilità e gli aspetti organizzativi rimangono nell’ambito dei tipi sociali indicati dal legislatore. Mignone prosegue il proprio ragionamento interrogandosi sulla natura e sul regime applicativo per la clausola di occultamento: si tratta di una previsione a rilievo obbligatorio²⁶³ e, viene accolta la tesi, già sostenuta in dottrina da altri²⁶⁴, per cui si tratta di una clausola atipica in senso assoluto, cioè estranea a qualunque tipo di società. Mignone poi conclude affermando che poiché il principio di tipicità si applica anche alle singole clausole, anche per aspetti privi del rilievo reale, allora la clausola di occultamento è illecita e nulla proprio in funzione del principio di tipicità²⁶⁵. In questo senso la scelta legislativa di estendere il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) al socio occulto di società occulta viene definita come il perfetto coordinamento con il principio stesso²⁶⁶.

A questo punto è possibile rispondere al quesito se la società occulta sia tipica o meno. Mignone afferma che il venir meno della clausola di occultamento non comporta la caducazione dell’intero contratto in forza dell’art. 147, comma 5, l. fallim.²⁶⁷, e comunque anche ove si ammettesse che l’intero rapporto venga meno, emergono delle esigenze di tutela dell’affidamento dei terzi per cui la società nulla può essere considerata come esistente per il periodo in cui ha operato. L’affermazione non può stupire perché un simile ragionamento viene

²⁶⁰ L. GUGLIELMUCCI, *Profili civilistici*, cit., p. 35; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 11

²⁶¹ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., p. 237

²⁶² Idem

²⁶³ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit. p. 238

²⁶⁴ F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 77; G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario del codice civile a cura di Scaloja-Branca, Libro quinto. Del Lavoro* (artt. 2247-2324), 3° ediz. Bologna-Roma, 1981 p. 54

²⁶⁵ G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit. p. 239

²⁶⁶ Idem

²⁶⁷ L’affermazione di Mignone risale a prima della promulgazione del Codice della Crisi dell’impresa e dell’insolvenza (D.lgs. 12 gennaio 2019 n.14). Oggi la norma di riferimento è l’art.256 CCII

ammesso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza per le società di persone²⁶⁸. Egli sostiene quindi, che, venuta meno la clausola di occultamento, il contratto può essere qualificato secondo le regole ordinarie: se l'attività esercitata è commerciale ed emergono dei comportamenti gestori per tutte le parti del contratto, allora si dovrà qualificare il rapporto come società; in assenza dei poteri gestori si tratta di un'associazione in partecipazione²⁶⁹. Il ragionamento di Mignone si conclude con l'affermazione per cui le società occulte non possono essere ammesse nel nostro ordinamento grazie alla presenza del principio di tipicità, e questo perché la clausola di occultamento, elemento caratterizzante le società occulte, è illecita e nulla e il rapporto che comunque si è formato deve essere ricondotto agli schemi legali tipici. Ove si segua una simile conclusione per le società occulte non si può ammettere la posizione di chi ha ritenuto le stesse come delle forme atipiche ma lecite di società²⁷⁰. L'affermazione diventa ora particolarmente interessante per risolvere il problema dei rapporti tra associazione in partecipazione e società occulta al di fuori dell'ipotesi in cui all'associato-socio occulto sia estesa la dichiarazione di liquidazione giudiziale²⁷¹. Mignone sostiene che un'associazione in partecipazione costruita come società occulta è inammissibile in forza dell'inammissibilità della società occulta²⁷². Il ragionamento dell'autore appare accoglibile se si esplicita ciò che l'autore lascia sottinteso: In rapporto che si origina da un'associazione in partecipazione, in cui il presunto associato partecipa alla conduzione dell'attività, senza però che i terzi ne siano a conoscenza, non è di associazione ma di società occulta; una simile previsione è però inammissibile nel nostro ordinamento e allora, un'associazione in partecipazione, costruita come una società interna, deve essere considerata inammissibile.

²⁶⁸ Le strade seguite dalla dottrina e dalla giurisprudenza per ammettere un simile bilanciamento di interessi sono diverse. V. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 6° ediz., pp. 73-74; Trib. Biella, 29 giugno 1994, in *Giur.it*, 1995, I, 2, c. 257; e V. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 205 ss.; Cass. 19 gennaio 1995, n. 565, in *Giur.it*, 1995, I, 1, c. 1165

²⁶⁹ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 240

²⁷⁰ FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, p. 208 ss.: gli autori hanno sostenuto che la previsione dell'art. 2249 Cod. civ. si applica solo per le società manifeste

²⁷¹ Come già anticipato, si tratta dell'ipotesi coperta oggi dall'art. 256, comma 5 CCII (in passato art. 147, comma 5 L. fallim.)

²⁷² G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 242

CAPITOLO 3: CASISTICA GIURISPRUDENZIALE

In questo paragrafo conclusivo verranno analizzate delle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate dei più recenti temi in materia di associazione in partecipazione: in particolare si cercherà di mostrare come e in che misura l'autonomia contrattuale delle parti può intervenire nella regolazione dei rapporti contrattuali e come, tali interventi, possano o meno rilevare a fini qualificatori, con particolare attenzione all'elemento della determinazione della quota di utili spettanti all'associato; viene poi proposta una pronuncia di ultimo grado sulla portata dell'obbligo di rendiconto dell'associante e sul tema della esecuzione delle prestazioni.

1. IL DIRITTO DI VENDITA SULL'OGGETTO DELL'AFFARE, I PRELIEVI "IN CONTO UTILI DI ESERCIZIO" E CONSEGUENZE SUL RISCHIO DELL'IMPRESA

Nel 1998 il titolare di una farmacia e una dottoressa si accordano per la stipula di un contratto denominato di "associazione in partecipazione" avente ad oggetto l'attività di una farmacia. Nel contratto le parti si accordano per inserire le seguenti clausole: la prima prevedeva la possibilità per l'associante di effettuare dei modesti prelievi di cassa "senza pregiudizio della efficienza aziendale" "in conto utili di esercizio" o "in acconto" mentre l'associato doveva compilare e presentare le denunce dei redditi, con assunzione della relativa responsabilità; una seconda clausola indicava come causa di scioglimento automatico del contratto la vendita dell'oggetto dell'affare. Il presunto associante a poco meno di un anno dalla stipula esercita il suo diritto al recesso contrattualmente previsto e successivamente vende a terzi la farmacia. Il presunto associato chiede che venga accertata la sussistenza di una società di fatto. Il Tribunale rigetta la domanda attorea, ma il soccombente propone ricorso lamentando una errata valutazione delle risultanze istruttorie e una falsa applicazione delle norme di legge¹.

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La Corte di Appello di Bologna rigetta l'appello ritenendo che le domande poste fossero infondate. In via pregiudiziale viene analizzata e confermata la competenza della Corte. In

¹ App. Bologna, 12 gennaio 2004 n. 23 su banca dati *One legale*

secondo grado il ricorrente lamenta l'errata affermazione, da parte dei giudici di primo grado, circa la qualifica del rapporto come di associazione in partecipazione e non di società di fatto. I giudici, per poter distinguere il contratto di associazione in partecipazione da un contratto di società, hanno ritenuto di dover applicare il criterio dell'esercizio in comune. In particolare, richiamando una precedente pronuncia della Cassazione², viene sostenuto che nel primo contratto la gestione dell'impresa o dell'affare è di competenza dell'associante e l'associato ha solo un diritto di credito alla quota di utili pattuita e alla restituzione dell'apporto; nelle società invece, il medesimo criterio non richiede una partecipazione personale del socio alla gestione ma una assunzione del rischio imprenditoriale. La Corte si è interrogata quindi, sulla presenza della clausola di scioglimento per cessione dell'oggetto contrattuale e ha sostenuto che, l'alienazione dei beni è una facoltà che spetta al solo proprietario degli stessi, in capo al quale è quindi possibile individuare la pertinenza della farmacia. Successivamente viene analizzata la questione dei prelievi effettuati dall'associante e viene affermato che espressioni in "conto utili" o "in acconto" escludono in radice l'assunzione di rischi per l'associato; inoltre, i giudici sostengono che eventuale responsabilità penale o amministrativa per condotte illecite, tenute dallo stesso associato, non è in contrasto con lo schema dell'associazione in partecipazione. La Corte poi aggiunge che la presenza di alcune cambiali emesse dal presunto associato non sono di per sé idonee ad affermare che lo stesso abbia sanato le perdite dell'attività in quanto sono strumenti astratti. Infine, la Corte sostiene che una forfezzazione degli utili non è una previsione indipendente dai risultati di gestione, come ha chiarito la Corte Suprema nel 1991³. La Corte rigetta quindi l'appello proposto dal presunto associato e conferma la qualifica del rapporto come di associazione in partecipazione.

II. CONSIDERAZIONI

La decisione dei giudici appare condivisibile sia per quanto riguarda la clausola di scioglimento che per la facoltà dell'associante di effettuare dei prelievi. È corretto sostenere che la previsione da ultima indicata, rientri nelle facoltà dell'associante, in quanto soggetto che sopporta il rischio dell'impresa e unico titolare della gestione dell'attività ma, la clausola comporta anche delle problematiche: un prelievo senza controllo dell'associante su utili in fase di realizzazione può comportare il rischio di deficit negativi per l'attività stessa ove gli utili

² Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, su banca dati *One legale*

³ Cass. 11 giugno 1991, n. 6610 su banca dati *One legale*

sperati non si realizzano. In quest'ultimo caso sembra potersi affermare che l'associante avrebbe così il diritto agli utili dell'associato, cioè proprio quella prestazione che caratterizza il sinallagma del contratto e quindi, può essere chiamato a risponderne in virtù del generale dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.). A parere di chi scrive sembra opportuno segnalare una questione che emerge nella sentenza. La Corte esclude l'ammissibilità di alcune prove orali volte a dimostrare la gestione esclusiva dell'associato in quanto si tratta di un elemento non utile per una corretta qualificazione del rapporto. L'affermazione è coerente con la ampia concezione giurisprudenziale dei poteri gestori che vengono riconosciuti all'associato⁴, ma non sembra condivisibile. Premesso che dalla lettura della sentenza non è possibile comprendere in che misura la dottoressa ha partecipato alla gestione della farmacia, si deve segnalare che in dottrina, già da tempo, è stata espressa la correlazione tra direzione e rischio d'impresa⁵ e se si ammette una nozione di "esercizio in comune" comprensiva sia di poteri gestori che non⁶ allora si deve riconoscere che il comportamento dell'associante, sicuramente titolare dell'attività, unito all'attività gestoria dell'associato, deve essere inteso come una forma di co-gestione dell'attività e quindi, il rapporto doveva essere qualificato come di società.

2. IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO AGLI INCREMENTI PATRIMONIALI DELL'ATTIVITA'

La Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla applicabilità al contratto di associazione in partecipazione di una clausola che, prevedeva espressamente il diritto dell'associato ad ottenere, sulla base delle sue quote, una percentuale degli incrementi patrimoniali dell'attività oggetto del contratto⁷. La questione nasce da un accordo di associazione in partecipazione avente ad oggetto la gestione di un frantoio oleario, con il quale le parti avevano previsto espressamente la divisione, secondo le rispettive quote, degli incrementi patrimoniali ottenuti dall'attività. Al momento dello scioglimento del rapporto sorge una controversia sulle spettanze dell'associato e, poiché era stata prevista una clausola di arbitrato, la questione viene risolta dagli arbitri: questi affermano che all'associato spetta solo il valore originario della sua partecipazione. Il lodo viene impugnato davanti alla Corte di appello e infine, la sentenza

⁴ Cass. 20 maggio 1999, n. 4911, cit.

⁵ G. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., p. 47 ss.

⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 175

⁷ Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

di secondo grado, viene impugnata in sede di Cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto in relazione al rapporto tra la specifica clausola contrattuale e l'art. 2553 Cod. civ.

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso ed afferma l'incompatibilità del diritto dell'associato ad ottenere gli incrementi dell'attività rispetto allo schema legale dell'associazione in partecipazione. In primo luogo, la Suprema Corte ritiene non applicabile l'art. 2553 Cod. civ. alla previsione pattizia in quanto la stessa non riguarda una forma di partecipazione agli utili ma un diritto dell'associato, in aggiunta alla partecipazione agli utili contrattualmente prevista, ad ottenere una quota del patrimonio dell'associante. La presenza di una simile clausola, riconducibile allo schema societario, realizza secondo la Suprema Corte un'ipotesi di negozio complesso a cui la giurisprudenza stessa ritiene di dover applicare la disciplina del contratto la cui funzione, nella combinazione degli elementi, è prevalente⁸. Il ragionamento dei giudici prosegue affermando che gli elementi non riconducibili allo schema prevalente non sono privi di rilevanza giuridica purché non siano incompatibili con le norme poste per la fattispecie dominante⁹. In conclusione, la Suprema Corte ritiene corretta la sentenza dei giudici di Appello che hanno ritenuto la previsione pattizia non in grado di modificare la ricostruzione del rapporto da associazione in partecipazione a società e quindi, in quanto clausola incompatibile, deve essere considerata come non apposta.

II. CONSIDERAZIONI

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'attività oggetto dell'associazione in partecipazione rimane in capo all'associante e appare quindi indivisibile. L'affermazione della corte per cui la previsione dell'art. 2553 Cod. civ. non può applicarsi alle clausole che prevedono una divisione degli incrementi patrimoniali dell'attività stessa; Se infatti l'attività realizza degli incrementi, questi sono propri dell'associante e una loro divisione con l'associato non può essere fatta rientrare nella nozione di utili che spettano all'associato, tuttavia nelle pronunce successive vedremo come la giurisprudenza ha ammesso delle deroghe a questo stesso modello.

⁸ Cass. 22 marzo 1999, n. 2261 in banca dati *One legale*

⁹ In senso conforme la Corte Suprema richiama alcuni suoi precedenti: Cass. 20 maggio 2005, n. 1150 in banca dati *One legale*; Cass. 12 maggio 2008, n. 11656 in banca dati *One legale*

La decisione della Corte sulla compatibilità della clausola con lo schema dell'associazione in partecipazione, segue la teoria dell'assorbimento per i negozi misti (o complessi); si tratta infatti di negozi caratterizzati da un'unica causa ma in cui è possibile riscontrare elementi di tipi contrattuali diversi¹⁰. La teoria dell'assorbimento, come viene indicato nella sentenza, consente di individuare la disciplina applicabile al negozio: è necessario individuare quale fattispecie è prevalente e di conseguenza si applicherà la relativa disciplina; la presenza di eventuali elementi non incompatibili con il modello prevalente può essere regolata attraverso il criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio¹¹.

Nel caso di specie la Corte di Appello ha ritenuto prevalente il modello dell'associazione in partecipazione e la qualifica non è stata oggetto di uno specifico motivo di impugnazione per cui la Suprema Corte non si è pronunciata sulla questione; quest'ultima non sembra poter essere approfondita in questa sede sulla base degli elementi rinvenibili nella pronuncia. Il problema che ora si pone è capire se una pattuizione che attribuisce all'associato un diritto sugli incrementi dell'attività oggetto di associazione è compatibile o meno con il modello legale. La risposta della Cassazione è stata negativa, in forza dell'orientamento secondo cui nell'associazione in partecipazione, l'affare o l'impresa è di pertinenza dell'associante ed è sempre egli a far propri gli utili e le perdite, mentre l'associato ha un mero diritto di credito ad ottenere il pagamento della quota degli utili pattuiti¹². L'affermazione sembra giustificata se si ritiene che gli incrementi patrimoniali siano un qualcosa di diverso dagli utili dell'attività: la giurisprudenza ha affermato, in materia di impresa familiare, che l'utile è l'incremento risultante da un'attività di impresa mentre l'incremento patrimoniale è dato dal reinvestimento in azienda degli utili conseguiti ma non distribuiti¹³. Nell'impresa familiare la distinzione è importante in quanto è il Codice civile, all'art. 230- *bis*, a riconoscere ai familiari il diritto agli utili dell'impresa e agli incrementi dell'azienda. Le definizioni possono essere estese anche all'associazione in partecipazione, perché, l'attività oggetto del contratto non deve essere necessariamente un'impresa ma, deve comunque trattarsi di un'attività economica volta ad ottenere un lucro oggettivo, cioè l'oggetto del contratto di associazione si distingue dalla forma di impresa proprio perché non è necessario l'elemento della

¹⁰ Cass. 22 giugno 2005, n. 13399 in banca dati *One legale*

¹¹ Cass. 02 dicembre 1997, n. 12199 su banca dati *One legale*

¹² Cass. 17 maggio 2001, n. 1767 su banca dati *One legale*

¹³ Cass. 15 novembre 2017, n. 27108 su banca dati *One legale*

professionalità. In conclusione, se gli incrementi patrimoniali attengono all'attività in sé considerata e questa è di pertinenza del solo associante allora ammettere un concorso, anche in quota, dell'associato su tali incrementi significa riconoscere che i risultati dell'attività sono condivisi tra associante e associato, cioè, ammettere l'esistenza di un patrimonio comune. In dottrina è stato però rilevato come l'elemento appena indicato non è un criterio in grado di distinguere con certezza tra associazione in partecipazione e società¹⁴ e allora, si potrebbe sostenere che le parti sono perfettamente libere di inserire una simile previsione pattizia nel loro contratto. La tesi non sembra però accoglibile perché non è possibile individuare alcun interesse meritevole di tutela per l'ipotesi di associante e associato che si spartiscono gli incrementi patrimoniali che vengono generati, ed è bene ribadirlo, dall'attività dell'associante; anzi forse potrebbe essere un indice dell'esistenza di una società.

3. LA DIVISIONE IN PARTI UGUALI DELL'AZIENDA ALLA SCADENZA DEL CONTRATTO

La previsione contrattuale con cui un'associante e un associato si accordano per la divisione in parti uguali dell'azienda al termine del contratto è stata ritenuta compatibile con il tipo legale della associazione in partecipazione¹⁵. La pronuncia giurisprudenziale nasce da una controversia in cui vi sono state diverse contestazioni. L'attore aveva agito davanti al Tribunale di Bari per chiedere l'accertamento della avvenuta costituzione di una società di persone mentre il convenuto sosteneva che il rapporto contrattuale era un'associazione in partecipazione. In primo grado viene dichiarata l'esistenza di una società di persone mentre la Corte di Appello ha affermato l'esistenza di un'associazione in partecipazione ma ha dichiarato inammissibile la domanda di nullità di una clausola del contratto (n.11), che prevedeva la valutazione e la divisione dell'azienda in parti uguali tra i contraenti e gli eredi, in quanto dipendente da un titolo appartenente ad un diverso giudizio di merito pendente. La parte soccombente propone quindi ricorso per Cassazione affermando che la sentenza presenta un vizio di motivazione per aver, la Corte di Appello, rigettato la domanda di nullità della clausola numero 11.

¹⁴ D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società*, op. cit., pp. 436-437

¹⁵ Cass. 04 novembre 2013, n. 24684 su banca dati One legale

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La Suprema Corte rigetta il ricorso in quanto sostiene che la presenza, in un contratto di associazione in partecipazione, di clausole non aderenti alla fattispecie legale non rende nullo il contratto se comunque permane una prevalenza di elementi riconducibili alla disciplina dello schema legale tipico. La Corte prosegue affermando che nell'associazione in partecipazione la gestione dell'attività spetta all'associante ma, riconosce alle parti un'autonomia contrattuale nella regolazione degli effetti economici dello scioglimento, per cui una divisione in parti uguali del valore dell'azienda è compatibile con il modello legale in quanto alla determinazione del valore stesso ha concorso anche l'attività dell'associato.

II. CONSIDERAZIONI

In via preliminare non si può tacere che nella pronuncia in esame è presente un elemento distonico rispetto a quanto affermato nei capitoli precedenti sulla natura del contratto di associazione in partecipazione: La Suprema Corte ha affermato che si tratta di un contratto di natura associativa, in netto contrasto non solo con la dottrina dominante ma anche con l'orientamento giurisprudenziale prevalente oggi¹⁶. L'affermazione non sembra però tale da escludere qualsiasi altro ragionamento sulla pronuncia perché nella motivazione si legge "pur essendo l'associazione in partecipazione un contratto associativo caratterizzato dal fatto che la gestione dell'impresa compete all'associante (...) nell'esercizio della loro autonomia contrattuale le parti possono regolamentare gli effetti economici dello scioglimento del contratto...". Dalla lettura della motivazione non sembrerebbe rilevante per la Suprema Corte la natura del contratto ma sono altre le ragioni che portano i giudici ad ammettere una simile previsione pattizia, come verrà illustrato nelle righe successive.

Potendo ora concentrarsi nel merito della pronuncia è possibile individuare due affermazioni interessanti. In primo luogo, emerge la possibilità per le parti di inserire delle previsioni pattizie nel contratto anche se queste non sono aderenti alla fattispecie legale. Il principio se considerato in termini assoluti può portare ad affermare che ogni elemento dello schema tipico può essere derogato dalle parti ma, è stessa Corte Suprema a indicare quale limite non può essere superato: la prevalenza degli elementi contrattuali inseriti deve comunque essere riconducibile all'interno della disciplina legale per il tipo contrattuale voluto. La Corte non ha

¹⁶M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp.61-63; G. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p.41 e ss.; Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

però chiarito cosa possa intendersi per prevalenza degli elementi ma possiamo considerare che l'attività di qualificazione di un contratto è un'operazione che compete al giudice di merito ed è caratterizzata da due fasi: la prima volta ad accertare un fatto storico, cioè la volontà delle parti, e la seconda volta ad un confronto tra la fattispecie concreta e il tipo definito in via astratta dalla norma¹⁷. Se al termine di questa attività ogni elemento contrattuale è riconducibile ad un unico schema legale non si pone alcun problema; se invece, viene rilevata la presenza di un'unica causa ma vi sono degli elementi appartenenti a tipi contrattuali diversi allora il rapporto è qualificabile come negozio misto e la disciplina applicabile deve essere ricercata seguendo la teoria dell'assorbimento¹⁸. Il procedimento che qui si propone di seguire è in realtà lo stesso adottato dalla Cassazione in una pronuncia poco più recente rispetto a quella in analisi¹⁹. È già stato osservato come la giurisprudenza abbia chiarito che la disciplina del negozio è unitaria ma se sono presenti degli elementi non incompatibili con il modello prevalente, questi possono essere regolati attraverso il criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio²⁰. Rimane però ancora aperta la questione di come individuare la prevalenza di uno schema legale rispetto ad un altro, ma non sembra di facile risoluzione se si considera che la giurisprudenza stessa ha chiarito che i criteri impiegabili sono vari²¹. A parere di chi scrive sembra che, dalla lettura della sentenza, emerga in modo implicito un limite alle pattuizioni delle parti: la Suprema Corte ha riconosciuto ai contraenti un'ampia autonomia contrattuale tale da ritenere compatibile con il modello dell'associazione in partecipazione una divisione in parti uguali dell'azienda al termine del rapporto. Nella motivazione della sentenza è chiarito che la gestione dell'attività spetta all'associante ma sembra che, per un momento del contratto, cioè il suo termine, le parti possono derogare alle stesse previsioni codicistiche. Si potrebbe allora dire che l'autonomia delle parti può incidere anche su alcuni elementi tipici della fattispecie, come sicuramente è la pertinenza dell'attività in capo all'associante, ma solo in un momento del contratto, cioè la possibilità di discostarsi dalle previsioni codicistiche incontra un limite quantitativo, nel senso di non modificare tutti gli elementi tipici della fattispecie ma solo alcuni.

¹⁷ Cass. 25 gennaio 2001, n. 1054 su banca dati One legale

¹⁸ Cass. 02 dicembre 1997, n. 12199, cit.

¹⁹ Cass. 24 giugno 2011, n. 13698, cit.

²⁰ Idem

²¹ Cass. 22 giugno 2005 n. 13399 su banca dati *One legale*: nella motivazione vengono esplicitati indici economici o normativi come la "forza del tipo" o "l'interesse delle parti".

Il secondo elemento rilevante è dato dall'affermazione della Suprema Corte per cui è compatibile con lo schema dell'associazione in partecipazione la divisione del valore dell'azienda tra le parti in quanto, a determinare il valore stesso ha concorso "l'attività dell'associato". La questione che si pone è che cosa si deve intendere per "attività dell'associato" tenuto conto che dalla lettura della sentenza non è possibile ricavarne il significato. Una possibile ipotesi è che la Suprema Corte si riferisse ad un'ipotesi di apporto di lavoro; infatti, al momento della stipula del contratto oggetto di contenzioso, e per tutta la sua durata, l'apporto di lavoro era una forma ammessa senza alcuna restrizione. Se si seguisse questa impostazione oggi si dovrebbe però affermare che simili clausole possono essere inserite nel contratto solo se l'associato è una persona giuridica che apporta una forma di lavoro autonomo in quanto dal 2015, alle persone fisiche è vietato l'apporto di lavoro²². Seguendo invece, una seconda impostazione si potrebbe affermare che i giudici si volessero riferire all'attività gestoria svolta dall'associato. Questa seconda ipotesi potrebbe essere giustificata anche dalla domanda iniziale del ricorrente di accertare l'esistenza di una società. La giurisprudenza maggioritaria ammette infatti la possibilità di riconoscere ampi poteri gestori all'associato purché però ripeta i propri poteri dall'associante²³. Si è già avuto modo di affermare che il riconoscimento di poteri gestori non è pacifico in dottrina ma l'affermazione di principio della Corte può trovare applicazione anche ove si ammetta che l'associato può svolgere attività esecutiva in modo non abituale²⁴. Infatti, ammettendo una simile attività da parte dell'associato si potrebbe sostenere che rientra nell'autonomia delle parti riconoscere un ruolo dell'associato, in termini monetari (metà valore dell'azienda) nel determinare il valore dell'attività.

4. LA PROROGA DEL CONTRATTO, IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO ALLA PLUSVALENZA DERIVANTE DALLA VENDITA DELL'AFFARE

La giurisprudenza è stata chiamata ad esprimersi sulla compatibilità, con il modello legale dell'associazione in partecipazione, delle clausole contrattuali con cui le parti hanno previsto una proroga del contratto e, un diritto dell'associato ad ottenere una quota della plusvalenza

²² Art. 53 d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81

²³ Cass. 20 maggio 1999, n. 4911, cit.

²⁴ G. MIGNONE, L'associazione in partecipazione, cit., p. 375

ottenuta dalla vendita dell'attività oggetto dell'affare. Le pronunce che andremo ad analizzare sono due e inerenti al medesimo caso: in primo grado si è espresso il Tribunale di Treviso e in secondo grado la Corte d'Appello di Venezia²⁵.

A marzo del 2000 due soggetti si accordano per la stipula di un'associazione in partecipazione avente ad oggetto una farmacia ma dopo dieci anni il contratto viene integrato con delle nuove pattuizioni. Tra le nuove previsioni viene affermato che la proroga dell'associazione in partecipazione è subordinata alla acquisizione totalitaria delle quote dell'associato da parte dei figli dell'associante. Inoltre, era stato previsto il diritto, per l'associato, di ottenere una quota della plusvalenza che si sarebbe realizzata con la cessione a terzi della farmacia (l'oggetto dell'affare). L'associante agisce in giudizio affermando che il contratto da ultimo pattuito è nullo perché forma una società, forma vietata per la gestione di una farmacia²⁶.

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La decisione della Corte di appello, in conferma della statuizione in primo grado, ha affermato che le clausole in questione non sono incompatibili con un'associazione in partecipazione. Per poter meglio comprendere quanto deciso dalle corti si andrà ad analizzare le statuizioni sulle singole clausole.

Per quanto riguarda la clausola sulla proroga del contratto, il ricorrente aveva affermato che la clausola era nulla in quanto subordinata al verificarsi di una condizione potestativa e inoltre, violava i diritti dominicali dell'associante. Il Tribunale ha rigettato una simile ricostruzione ritenendo che, la clausola prevista non rientrava nella nozione di condizione potestativa ex art. 1355 Cod. civ. e comunque, una violazione dei diritti dominicali dell'associante non avrebbe consentito di dichiarare la clausola come nulla ma solo di riconoscere, in capo ad entrambe le parti, un diritto di recesso. Infine, sia in primo grado che in sede di appello, viene affermato che l'estensione del rapporto contrattuale è un elemento accidentale del contratto e quindi inidoneo ad incidere sulla natura dello stesso.

Il ricorrente aveva poi affermato che la clausola, con cui viene riconosciuto un diritto all'associato ad una quota della plusvalenza realizzata dalla vendita dell'oggetto sociale, è

²⁵ Trib. Treviso, 16 maggio 2008, n. 1011 su banca dati *One legale*; App. Venezia, 17 febbraio 2020, n. 556 su banca dati *One legale*

²⁶Il divieto era sancito dall'art. 11 della L. 475/1968 che affermava che il titolare della farmacia doveva "avere la gestione diretta e personale dell'esercizio e dei beni patrimoniali della farmacia". Nel caso specifico la violazione nasceva dal fatto che con la forma societaria la gestione della farmacia era divisa tra un farmacista e un soggetto non farmacista.

normalmente afferente i rapporti societari e quindi l'intero rapporto doveva essere qualificato come società. In primo grado Il Tribunale non ha contestato la natura prettamente societaria della clausola ma viene affermato che non esistono ulteriori elementi per poter affermare che il contratto formatosi è realmente una società. La corte, infatti, ha affermato che non era stata prevista alcuna forma di cogestione o di condivisione del rischio imprenditoriale; inoltre, una simile pattuizione non era idonea neppure ad indicare una contitolarità dei beni aziendali ma era solo una particolare ipotesi di scioglimento del rapporto. A sostegno di quest'ultima affermazione il Tribunale cita due argomentazioni: il primo è una massima espressa dalla Cassazione nel 2013, secondo cui "le parti possono regolamentare gli effetti economici dello scioglimento del contratto e prevedere una divisione in parti eguali del valore dell'azienda, sul presupposto implicito che alla determinazione di quel valore abbia concorso anche l'attività dell'associato, senza che ciò implichi una violazione delle norme codicistiche in materia"²⁷. Con il secondo argomento viene affermato che è un medesimo diritto viene riconosciuto in materia di comunione tra coniugi e impresa familiare (art. 178 e 230 bis Cod. civ.) senza che si venga a formare alcun vincolo societario. In appello viene inoltre affermato che, se è corretto che nell'associazione in partecipazione, in sede di scioglimento, l'associato ha diritto solo al rimborso dell'apporto è altresì vero che le parti sono libere di discostarsi dalla disciplina tipica in relazione ad un singolo aspetto caratterizzante l'associazione in partecipazione, come viene affermato anche dalla stessa Cassazione²⁸. In conclusione, la Corte di appello ha confermato che nel contratto stipulato sono prevalenti gli indici dell'associazione perché non vi è alcun fondo comune e neanche una cogestione dell'affare ed ha ritenuto compatibile la clausola con l'associazione, in quanto gli incrementi sono stati resi possibili anche grazie al contributo iniziale dell'associato.

II. CONSIDERAZIONI

Le due pronunce di merito offrono una interessante applicazione dei criteri distintivi un'associazione in partecipazione da una società. In primo luogo, appare condivisibile l'affermazione della corte per cui l'elemento del tempo del contratto non è di per sé qualificante in quanto sia il contratto di associazione sia quello di società sono contratti di

²⁷ Cass. 04 novembre 2013, n. 24684, cit.

²⁸ Idem

durata²⁹.

È poi particolarmente interessante il ragionamento delle corti sulla questione del diritto dell'associato ad una quota della plusvalenza. In entrambe le pronunce viene affermato, in conformità all'orientamento dominante, che per poter distinguere un'associazione in partecipazione dal contratto di società si vede guardare all'elemento dell'esercizio in comune³⁰. Nella ricerca degli elementi distintivi nel contratto, viene osservato dal Tribunale che non vi è alcun indizio che consente di individuare forme di co-governo, o di attribuzione del rischio dell'impresa o ancora una co-titolarità dei beni. È interessante che tra gli elementi rilevanti vi sia anche la forma di co-governo dell'impresa, perché si potrebbe pensare che la giurisprudenza abbia accolto le tesi restrittive sulla attribuzione di poteri gestori dell'associato³¹ ma, una simile affermazione non è condivisibile perché non trova riscontro in altre pronunce³² e nemmeno in sede di Appello. Il secondo elemento interessante della pronuncia è l'affermazione di libertà che viene riconosciuta alle parti: la Corte di appello ha riconosciuto la facoltà, per i contraenti, di regolare i loro rapporti anche attraverso delle clausole non conformi alla fattispecie legale e questo in forza di una precedente pronuncia giurisprudenziale³³. L'autonomia delle parti non è però assoluta e infatti gli stessi giudici affermano che all'interno del contratto esaminato mancano ulteriori criteri distintivi di una società come "un patrimonio comune" e "la comunione di un affare". Infine, sembra opportuno segnalare che la compatibilità della previsione pattizia viene affermata sulla base del concorso, attraverso un contributo iniziale, da parte dell'associato all'attività dell'associante; una simile giustificazione è difficilmente contestabile perché è lo stesso Codice civile che impone all'associato di fornire all'associante un apporto, cioè un contributo patrimoniale, che entra nel patrimonio dell'associante³⁴, mentre nel 2013, la Cassazione ha ritenuto compatibile con l'associazione in partecipazione una clausola simile ma sul presupposto che vi fosse stata un'attività dell'associato, elemento molto più problematico.

A parere di chi scrive sembra sia possibile individuare un nuovo orientamento

²⁹ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 209; per le società si veda la nozione di "esercizio di un'attività economica" G. GALGANO, *Le società in genere*, cit., p.21

³⁰Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

³¹ Si veda Capitolo 2, sezione 1, paragrafo 6.III

³² Cass. 17 aprile 2014, n. 8955, cit.: La Corte ha ritenuto corretto qualificare un rapporto come di associazione in partecipazione nonostante gli ampi poteri gestori dell'associato

³³ Cass. 04 Novembre 2013, n. 24684, cit.

³⁴ Art. 2549 Cod. Civ.

giurisprudenziale rispetto a quello affermato nel 2011³⁵, in forza del quale, l'autonomia delle parti si spinge fino a poter inserire delle previsioni non aderenti al modello legale, ma è necessario che simili pattuizioni consentano comunque di individuare una prevalenza degli elementi appartenenti allo schema tipico scelto dalle parti. In particolare, dalla lettura delle due pronunce di merito sopra elencate e di quella della Cassazione del 2013³⁶, sembra si possa affermare che, per il momento di scioglimento dell'associazione in partecipazione, oltre all'obbligo di restituire l'apporto ricevuto e al pagamento degli eventuali utili diritto, le parti sono libere di riconoscere all'associato un'ulteriore forma di indennizzo per la cessazione del rapporto e ciò sulla base del presupposto che l'associato contribuisce all'attività dell'associante.

5. IL DIRITTO DELL'ASSOCIATO AD IMPORTI QUANTIFICATI SULL'APPORTO E IL VALORE DELL'AZIENDA

In una recentissima pronuncia della Cassazione viene riproposto il tema della quantificazione degli utili dell'associato, in particolare al termine di un contratto di associazione in partecipazione le parti si erano accordate per riconoscere all'associato degli importi commisurati non solo all'entità dell'apporto ma anche al valore dell'azienda³⁷.

La controversia nasce da una domanda di simulazione di un contratto di associazione in partecipazione in quanto il rapporto doveva essere qualificato come contratto di mutuo e veniva poi chiesta la declaratoria di nullità della clausola appena descritta per violazione del principio di corrispettività delle prestazioni. In primo grado il Tribunale aveva erroneamente declinato la propria competenza mentre in sede di Appello la clausola di nostro interesse era stata dichiarata nulla. La parte soccombente ricorre in Cassazione per violazione e falsa applicazione degli articoli 1325, 1418, 1421 e 2549 del Cod. civ.

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La Corte ha rigettato il ricorso il quanto il motivo proposto è infondato. La Suprema Corte ha quindi escluso la compatibilità della clausola in esame attraverso il seguente ragionamento. In primo luogo, vengono richiamati dei precedenti in forza dei quali l'associazione in

³⁵ Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.

³⁶ Cass. 04 Novembre 2013, n. 24684, cit.

³⁷ Cass. 05 gennaio 2024, n. 308 su banca dati *One legale*

partecipazione ha carattere sinallagmatico, e non comporta né la formazione di un nuovo soggetto né la comunanza dell'affare o dell'impresa³⁸. Da ciò la Corte, in conformità ai precedenti giurisprudenziali, ha affermato che l'affare o l'impresa rimangono di proprietà dell'associante mentre all'associato spetta solo un diritto di credito per la liquidazione della sua quota di utili³⁹. La Suprema Corte ha poi richiamato un suo precedente del 2011, con il quale aveva affermato che la previsione di un diritto dell'associato ad ottenere la restituzione degli incrementi patrimoniali dell'attività fosse completamente estranea al campo applicativo dell'associazione in partecipazione, e ha quindi proseguito affermando che, lo stesso principio deve essere applicato anche per la previsione di un diritto dell'associato ad ottenere dei versamenti parametrati al valore dell'azienda. Inoltre, viene rilevato che l'autonomia contrattuale non può ammettersi dove con il suo esercizio viene prodotto un modello contrattuale vietato dalla legge (la società). Successivamente la Suprema Corte ha ritenuto che il principio espresso nel 2013 non possa essere applicato in questo caso sia perché nella pronuncia dell'epoca viene affermata la natura associativa del contratto di associazione in partecipazione, in contrasto con l'orientamento dominante, ma anche perché nella pronuncia non si considerava che la forma societaria era vietata per la gestione di una farmacia.

II. CONSIDERAZIONI

La sentenza appena descritta sembra porre fine a una integrazione tra elementi tipici dell'associazione in partecipazione con quelli delle società proprio perché è la natura sinallagmatica del contratto ad escludere forme di ibridazione tra i due contratti. Nel ragionamento della Suprema Corte affermare la natura sinallagmatica del contratto di associazione in partecipazione significa affermare che non esiste alcun fondo comune né la comunione dell'affare e quindi l'affare o l'impresa non possono che rimanere di proprietà dell'associante, soggetto che assume i relativi rischi e fa propri gli eventuali utili prodotti; in capo all'associato invece è possibile individuare un solo diritto di credito relativo ad una quota degli utili prodotti dall'attività. La Suprema Corte poi richiama un suo precedente con il quale aveva affermato l'incompatibilità con il contratto di associazione in partecipazione, di una clausola che riconosceva all'associato degli incrementi patrimoniali in quanto si trattava di una clausola tipica del modello societario e completamente estranea al modello indicato dagli art.

³⁸ Cass. 21 giugno 2016, n. 12816 su banca dati *One legale*

³⁹ Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, cit.

2549 ss. Cod. civ. Gli stessi principi, sostengono i giudici, devono applicarsi anche al caso di una pattuizione che riconosce all'associato importi parametrati al valore dell'azienda perché riconducibile al modello societario, modello vietato dalla legge dell'epoca per la gestione delle farmacie⁴⁰. La Corte inoltre non ritiene applicabile i principi sanciti nel 2013 per due ordini di ragioni: la prima è che nella sentenza viene affermata la natura associativa del contratto di associazione in netto contrasto con l'orientamento dominante, mentre il secondo argomento è che nella pronuncia non viene considerato che l'autonomia contrattuale non può spingersi fino a contrastare con la legge, e nel caso specifico, il modello societario era espressamente vietato dalla L. 475/1968.

La decisione della Suprema Corte non sembra criticabile almeno per quanto riguarda l'argomento del limite imposto dalla legge, perché fino alla L. 362/1991 l'impresa farmaceutica non poteva essere svolta in nessuna forma collettiva. Il primo argomento che ha portato la Suprema Corte a rigettare il ricorso non pare invece così determinante. L'orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla natura del contratto di associazione in partecipazione, indica lo stesso come contratto di scambio e sembra essere la scelta più corretta anche solo per permettere la distinzione dell'associazione in partecipazione dal contratto di società ma credo che una simile affermazione, di per sé, non comporti l'incompatibilità di clausole come quelle analizzate con il tipo legale. È corretto sostenere che la gestione dell'attività rimane di pertinenza dell'associante ma sostenere che l'associato non può avere pretese sul patrimonio dell'associante non sembra essere una conseguenza necessaria. Il ragionamento si può sviluppare a partire da tre presupposti. In primo luogo, il contratto di associazione in partecipazione non crea alcun patrimonio comune ma non è intenzione delle parti crearne uno in quanto hanno pattuito il pagamento degli utili; inoltre, anche ove si venisse a creare, per previsione pattizia, un patrimonio comune, questo non è un elemento sufficiente per qualificare un rapporto come società⁴¹. In secondo luogo occorre considerare che è il Codice civile a riconoscere esplicitamente alle parti la facoltà di determinare il contenuto del contratto purché si realizzi degli interessi meritevoli di tutela⁴². Il limite viene inteso dalla giurisprudenza dominante come liceità della causa, cioè la previsione pattizia non può contrastare con l'ordine pubblico, norme imperative e il buon costume⁴³; non

⁴⁰Art. 11 L. 475/1968

⁴¹D. PREITE, *Associazione in partecipazione e società*, op. cit., pp. 436-437

⁴²Art. 1322 Cod. civ.

⁴³Cass. 6 febbraio 2004, n. 2288 su banca dati *One legale*

si può allora non considerare che oggi anche per l'esercizio di attività farmaceutiche è consentita la forma societaria, anche se con limitazioni⁴⁴, e se l'oggetto dell'attività di associazione in partecipazione può essere lecitamente svolta in forma societaria allora non sembra possibile individuare un limite all'autonomia delle parti se non quello di non snaturare il contratto stesso. Infine, un terzo elemento da considerare è che il sinallagma contrattuale è tra la prestazione dell'associante e dell'associato, cioè tra l'apporto dell'associato e il riconoscimento di utili da parte dell'associante, ma se si ammettono anche dei poteri gestori dell'associato, come ammette la giurisprudenza dominante, allora non sembra esserci un motivo per escludere la facoltà delle parti di riconoscere un valore economico all'attività che l'associato svolge. Il ragionamento non sembra incrinarsi anche ove si ammetta che l'associato può svolgere attività meramente esecutiva, in quanto anche in questo caso, egli contribuisce a formare il valore dell'azienda⁴⁵.

6. IL DIRITTO AL RENDICONTO INFRANNUALE E IL TEMPO NELL'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI

L'ultima sentenza che andremo ad analizzare non affronta il tema del rapporto tra associazione in partecipazione e società ma si occupa di due temi molto importanti, soprattutto se si considera le posizioni della dottrina. Nello specifico la Suprema Corte è stata interpellata per chiarire se il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede richiede anche la realizzazione di rendiconti infrannuali; la seconda questione analizzata è se il contratto di associazione in partecipazione sia o meno un contratto di durata⁴⁶.

Il caso nasce dalla stipula di un contratto di associazione in partecipazione per la gestione di una tabaccheria. L'associato ha agito davanti al Tribunale di Firenze per chiedere l'accertamento della risoluzione del contratto per plurimi inadempimenti dell'associante: in particolare sosteneva che l'associante non ha investito l'apporto nell'azienda ed ha compiuto dei prelievi di cassa in pregiudizio del suo diritto agli utili, non ha fornito il rendiconto e ha impedito l'accesso alla documentazione fiscale e contabile. L'associante invece, ha lamentato degli inadempimenti dell'associato e ha quindi chiesto il risarcimento del danno. Il Tribunale

⁴⁴ Art. 7 L. 362/1991

⁴⁵ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 375

⁴⁶ Cass. 03 giugno 2020, n. 10496 su banca dati *One legale*

ha rigettato le domande dell'attore e del convenuto mentre la Corte di Appello ha ritenuto inadempiente l'associante, ed ha quindi dichiarato risolto il contratto e condannato lo stesso alla restituzione dell'apporto conferito. Infine, L'associante ha proposto ricorso in Cassazione con diversi motivi: egli ha lamentato, ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c. un vizio di motivazione in quanto non esiste un obbligo di rendicontazione infrannuale, ha affermato la violazione degli articoli 2549, 2553 e 2697 Cod. civ. in quanto non esiste un obbligo specifico nella destinazione dell'apporto e, perché l'associato non ha diritto alla restituzione del contributo iniziale (ci sono ulteriori vizi ma di scarso interesse per la nostra analisi).

I. LA DECISIONE DELLA CORTE

La Suprema Corte ha rigettato le censure in quanto in parte infondate in parte inammissibili. In primo luogo, analizziamo la sentenza per le questioni degli obblighi di impiego specifico dell'apporto e di rendicontazione infrannuale. La Corte, nel rispetto delle sue pronunce precedenti, ha affermato che il contratto di associazione in partecipazione è un contratto di scambio e può quindi applicarsi la disciplina della risoluzione prevista per questo tipo di contratti. In particolare, nel valutare gli addebiti dell'associante e dell'associato le corti sono tenute ad analizzare il comportamento delle parti alla luce del principio di buona fede, che si traduce nel dovere di portare a compimento l'affare o l'operazione economica entro un termine ragionevole per perseguire tale scopo⁴⁷. La Corte prosegue poi richiamando una serie di precedenti pronunce in materia di risoluzione tra cui emerge, per la sua rilevanza, il principio secondo cui "l'inerzia totale o comunque il mancato perseguimento da parte dei fini cui è preordinata l'attività di gestione dell'impresa o dell'affare, costituente oggetto del contratto sinallagmatico di associazione in partecipazione, può legittimare l'azione di risoluzione per inadempimento secondo le regole di cui agli artt. 1453 1454 c.c., anche nel caso in cui il contratto medesimo non preveda particolari controlli dell'associato o termini per l'inadempimento dell'obbligo assunto dalla controparte, qualora secondo l'insindacabile apprezzamento del giudice del merito - il suddetto comportamento omissivo si protragga oltre ogni ragionevole tolleranza"⁴⁸. In particolare la Suprema Corte ha rilevato come dalla sentenza appena citata emerga chiaramente che ove il contratto di associazione in partecipazione, non preveda particolari forme di controllo o termini per la gestione dell'impresa o dell'affare allora

⁴⁷ Cass. 13 giugno 2000, n. 8027 su banca dati *One legale*

⁴⁸ Cass. 02 giugno 1992, n. 6701 su banca dati *One legale*

l'autonomia gestionale dell'associante incontra un limite nell'obbligo di rendiconto all'affare o di rendiconto annuale per gestioni di durata superiore ad un anno, ma anche, in pendenza del rapporto, nel dovere di eseguire il contratto secondo buona fede (art. 1375 Cod. civ.) . La Corte inoltre afferma che l'inadempimento di non scarsa importanza ex art. 1455 Cod. civ. deve essere valutato alla luce della buona fede contrattuale e quindi, la gravità dell'inadempimento va commisurata alla violazione del contratto con riferimento alla volontà dei contraenti, la natura e la finalità del rapporto e infine, al concreto interesse della controparte ad una prestazione tempestiva. In conclusione, la Suprema Corte sostiene che l'associante non è libero nella destinazione del finanziamento ricevuto in quanto, l'apporto è strumentale all'esercizio dell'impresa⁴⁹ e l'associante è tenuto ad eseguire il contratto secondo buona fede (art. 1375 Cod. civ.). Per quanto riguarda invece l'inesistenza di obbligo di rendiconto infrannuale la Corte ha affermato che il motivo è inammissibile in quanto generico.

Per quanto riguarda invece, l'obbligo per l'associante, di restituire l'apporto ricevuto la Corte ha ritenuto il motivo infondato. I giudici sostengono che l'associazione in partecipazione non è un contratto ad esecuzione continuata e quindi, non può essere applicata la prima parte dell'art. 1458, comma 1 Cod. civ, che esclude dall'effetto risolutorio le prestazioni già eseguite, e ciò perché il sinallagma apporto- partecipazione agli utili crea un singolo scambio e non coppie di prestazioni contestuali da realizzarsi nel tempo⁵⁰. Secondo la Corte quindi, nel caso di risoluzione del contratto, le parti sono liberate per le obbligazioni non ancora realizzate ma devono essere restituite le obbligazioni già adempiute.

II. CONSIDERAZIONI

Le questioni che la Corte di Cassazione è stata chiamata a risolvere sono due: la prima riguarda se il principio di eseguire il contratto secondo buona fede può far sorgere un obbligo, per l'associante, di tenere una condotta contabile ordinata; la seconda riguarda la qualifica del contratto di associazione in partecipazione come contratto di durata. In via preliminare si segnala che la Cassazione, ponendo fine ad un dibattito dottrinale, ha esplicitamente riconosciuto l'obbligo per l'associante di impiegare l'apporto ricevuto nella sua attività⁵¹. In ordine alla prima questione non sembra possibile individuare una risposta della Corte in

⁴⁹ Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, cit.

⁵⁰ In senso conforme la Corte richiama un suo precedente: Cass. 28 ottobre 2011, n. 22521 su banca dati *One legale*

⁵¹ Sul punto si veda Cap. 1, sez. 3, paragrafo 2

quanto viene semplicemente affermato che il motivo come proposto dal ricorrente è generico e quindi, inammissibile. In passato la Suprema Corte aveva affermato che l'omessa resa del conto non consentiva una richiesta di risoluzione perché non era né il principale né l'unico obbligo dell'associante⁵² ma, l'affermazione non era stata condivisa dalla dottrina, in quanto è stato sostenuto che, per poter verificare il corretto adempimento all'obbligo dell'associante di far partecipare agli utili l'associato, è necessario il rendiconto al fine di consentire una valutazione sulle effettive spettanze⁵³. Sull'esistenza dell'obbligo a fornire il rendiconto si era però espressa la Corte di Appello dichiarando la risoluzione del contratto per plurimi inadempimenti dell'associante tra cui, anche la mancata messa a disposizione del rendiconto. In sede di Appello, infatti, era stata accolta la tesi dell'associato per cui l'associante è tenuto a mettere a disposizione il rendiconto sulla base del principio di esecuzione del contratto secondo buona fede. Sull'inesistenza di un simile obbligo si è espressa la dottrina recente sostenendo che, in assenza di una previsione pattizia, il principio sancito dal Codice civile all'art. 1375 non può trovare applicazione sulla base di meri sospetti di inadempimento⁵⁴. L'affermazione sembra condivisibile ma ritengo opportuno analizzare la questione su un piano più generale. In primo luogo, si può osservare che la Corte di Appello prima, e la Cassazione poi, sembrano affermare che il mancato accesso alle scritture contabili dell'associato costituisca un inadempimento dell'associante che deve essere tenuto in considerazione nel valutare la condotta delle parti; in secondo luogo è ormai orientamento consolidato delle corti che l'attività di gestione dell'associante trova come limite, non solo l'obbligo di rendiconto ma anche l'esecuzione del contratto secondo buona fede⁵⁵. Un terzo elemento da considerare è che la buona fede nel contratto di associazione in partecipazione è intesa come dovere di portare a compimento l'affare o l'operazione entro un termine ragionevole⁵⁶, con ciò dovendo intendere consentire all'associato di partecipare agli utili se esistenti, e se, come afferma la dottrina, per consentire ciò è necessario lo strumento del rendiconto, allora sembra si possa trovare un dovere, per l'associante, di tenere ordinate le scritture contabili in base al principio di esecuzione del contratto secondo buona fede. Il dovere non può giustificare un obbligo, per

⁵² Cass. 13 giugno 2000, n. 8027, cit.

⁵³ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 245; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 495

⁵⁴ G. MIGNONE, *Associazione in partecipazione, contratto di durata*, Commento a Cass. 23 settembre 2019, *Banca Borsa Titoli di credito*, 2020, n. 6

⁵⁵ Cass. 02 giugno 1992, n. 6701 su banca dati *One legale*

⁵⁶ Cass. 13 giugno 2000, n. 8027, cit.

l'associante, di redigere dei rendiconti infrannuali in assenza di specifica pattuizione pattizia, ma può giustificare una domanda di risoluzione se l'associante, si rifiuta, senza alcun giustificato motivo, di rendere accessibili tali scritture all'associato.

La seconda questione da analizzare è se il contratto di associazione in partecipazione è un contratto di durata. La domanda del ricorrente era volta a far accertare l'insussistenza, per l'associante, dell'obbligo di restituzione dell'apporto. La Suprema Corte ritiene che il contratto di associazione in partecipazione non sia un contratto a prestazione continuata, di conseguenza non può applicarsi la deroga agli effetti risolutivi prevista dalla seconda parte dell'art. 1458, comma 1 Cod. civ. e quindi l'associante deve restituire l'apporto ma non deve alcun risarcimento del danno. L'affermazione per cui il contratto in esame non è di durata viene giustificata attraverso un precedente giurisprudenziale secondo cui i contratti ad esecuzione continuata sono composti da obbligazioni la cui esecuzione è caratterizzata da coppie di prestazioni che devono essere realizzate nel tempo; il contratto di associazione in partecipazione invece in quanto contratto bilaterale "crea un singolo scambio fra l'apporto e detta partecipazione"⁵⁷. Tuttavia, in senso opposto, e quindi ritenendo il contratto di associazione in partecipazione come contratto di durata si è espressa la prevalenza della dottrina⁵⁸. In epoca meno recente Ghidini ha affermato che il contratto di associazione in partecipazione è un contratto ad esecuzione continuata e gli effetti risolutivi operano solo *ex nunc*, quindi in caso di risoluzione, per determinare la somma spettante all'associato devono essere computate le perdite e gli utili che si sono prodotti. In senso conforme sembra potersi rinvenire una pronuncia della Cassazione del 2016⁵⁹. Sulla natura di contratto di durata si è espresso, in senso favorevole, anche Mignone, il quale sostiene che nell'associazione in partecipazione l'elemento della durata dell'obbligazione è rinvenibile nell'obbligo di pagamento degli utili dell'associante⁶⁰. A sostegno della sua tesi, nel commento alla pronuncia della sezione filtro su questo stesso caso, egli individua la previsione dell'art.77 l. fallim.⁶¹ Nel primo comma viene sancito che l'associato può insinuarsi al passivo per la parte di apporto non erosa da perdite, mentre nel secondo viene affermato che l'associato che non ha ancora

⁵⁷ Cass. 28 ottobre 2011, n. 22521, cit.

⁵⁸ M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 209; G. MIGNONE, *Associazione in partecipazione, contratto di durata*, Commento a Cass. 23 settembre 2019

⁵⁹ Cass. 21 maggio 2016, n. 12816 in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, 167 con nota di G. MIGNONE

⁶⁰ G. MIGNONE, nota a Cass. 23 settembre 2019,

⁶¹ Oggi la norma di riferimento è l'art. 182 C.C.I.I., il cui contenuto è nella sostanza identico a quello della legge fallimentare.

effettuato l'apporto dovrà farlo nei limiti delle perdite a suo carico. La previsione del secondo comma, secondo Mignone e dottrina autorevole, è giustificabile con la natura di contratto di durata dell'associazione in partecipazione⁶². Lo stesso autore ha poi criticato il precedente del 2011 usato dalla Corte per negare la natura di contratto di durata⁶³. In primo luogo, l'autore fa notare che nella motivazione della sentenza traspare un dubbio della Cassazione sulla qualificazione del rapporto come di associazione in partecipazione, dubbio che però non viene risolto perché viene semplicemente affermato che la questione non è stata sollevata dalle parti. Un secondo elemento di critica, nonché il principale, viene individuato nell'affermazione della Corte per cui " ... a differenza del contratto di società, esso [l'associazione in partecipazione] è un negozio bilaterale che crea un singolo rapporto fra l'associato e l'associante (...) essendo l'apporto dell'associato -non paragonabile ad un conferimento- una dazione o prestazione unitaria (di natura patrimoniale o tecnica) in cambio di una controprestazione pur essa unitariamente considerata consistente nella partecipazione agli utili ed eventualmente alle perdite (Cass. 1420/2002; 13179/2010)". Mignone sostiene che la Corte ha operato una indebita sovrapposizione tra il concetto di bilateralità del rapporto e la istantaneità dello stesso. In secondo luogo, viene sostenuto che, se anche le due prestazioni possono essere considerate unitariamente ciò non significa che devono necessariamente essere eseguite istantaneamente. Infine, viene sottolineato che i due precedenti citati dalla Corte non vertono sulla unitarietà delle prestazioni ma sul fatto che l'associazione in partecipazione comporta la partecipazione ad utili e perdite. In conclusione, Mignone rileva che non esiste alcun precedente giurisprudenziale che nega la natura di durata al contratto in esame. L'orientamento della Suprema Corte non sembra corretto quando afferma che nel contratto di associazione vi è un unico scambio tra apporto e partecipazione agli utili. In primo luogo, occorre considerare che la prestazione dell'associato può essere eseguita immediatamente ma anche avere un'esecuzione continuata fino a raggiungere il valore determinato nel contratto, come nel caso di una apertura di credito⁶⁴. Inoltre, a sostegno della

⁶² L.GUGLIELMUCCI, *Commento all'art. 77*, in Aa. Vv. *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge Fallimentare* a cura di Bricola, Galgano e Santini, Bologna-Roma, 1979, p. 263

⁶³ Cass. 28 ottobre 2011, n.22521, cit.: il caso ha coinvolto due grandi società che avevano stipulato un contratto tra di loro. Una società si era impegnata a versare il 42, 741% dei costi e a prestare alcune garanzie in solido verso le banche, e in cambio otteneva una partecipazione agli utili, nella stessa misura sopra indicata, derivanti dalla costruzione di alcune linee ferroviarie in una grande città italiana.

⁶⁴ Ipotesi ammessa da M. GHIDINI, *op. cit.* p. 89 ss.

natura di contratto di durata si deve considerare la partecipazione agli utili, per questi intendendo il risultato che emerge tra attività e passività; se è corretto sostenere che il momento di maturazione degli stessi è al termine dell'affare, o annualmente se l'attività si protrae negli anni, è evidente che l'utile si realizza come differenza tra attività e passività che si protraggono nel tempo; a sostegno di ciò si deve considerare che il diritto al rendiconto, riconosciuto dall'art. 2552 Cod. civ., è inteso come un vero e proprio bilancio del modello adottato dalle società, e deve dare conto dell'intera situazione patrimoniale dell'attività e di come questa sia cambiata nel corso del tempo. Sembra quindi corretto sostenere che il contratto di associazione in partecipazione è un contratto di durata, e in particolare ad esecuzione continuata.

CONCLUSIONI

È ora giunto il momento di trarre delle conclusioni non solo sull'associazione in partecipazione ma anche sui rapporti che il modello contrattuale ha con il contratto di società.

In via preliminare, il tema da chiarire è che cosa distingue un'associazione in partecipazione dalle società. L'elemento della natura del contratto costituisce un primo criterio di separazione tra le due fattispecie. Gli studiosi hanno a lungo discusso se il nostro contratto fosse sinallagmatico o associativo e oggi la giurisprudenza sembra aver risolto definitivamente la questione, aderendo alla prima ipotesi¹. La tesi sinallagmatica sembra essere la più adeguata perché le parti non hanno un interesse comune in quanto, l'associato è interessato ad ottenere una partecipazione agli utili, cioè una remunerazione del suo contributo patrimoniale mentre l'associante mira allo svolgimento della sua attività. L'attività, infatti, rimane nella gestione di quest'ultimo, come emerge dalla lettura dell'articolo 2551 Cod. civ., che afferma che l'unico soggetto che si può obbligare verso terzi è l'associante. Inoltre, un ulteriore elemento di differenziazione tra le società e l'associazione in partecipazione è l'elemento della causa. Le difficoltà nel raggiungere una nozione unitaria sono già note ma accogliendo la tesi della causa in senso oggettivo, in quanto sembra essere quella voluta dallo stesso legislatore codicistico², allora è possibile indicare un secondo fattore di differenziazione. Se infatti il contratto è una forma di accordo con cui le parti costituiscono, regolano o estinguono un rapporto giuridico patrimoniale cioè, è uno strumento dei soggetti del diritto, allora occorre capire a quale esigenza risponde il contratto di associazione³. La dottrina è abbastanza concorde nell'affermare che l'associazione in partecipazione ha causa di finanziamento delle attività produttive⁴, e quindi il negozio verrà scelto dalle parti quando un soggetto titolare di un'attività, per poter proseguire la stessa, sceglie di voler reperire delle risorse patrimoniali senza però condividere il rischio imprenditoriale. Nel contratto di società invece, l'esecuzione dei conferimenti costituisce il mezzo per realizzare un fine intermedio, che è lo svolgimento di un'attività, a sua volta mezzo per realizzare lo scopo ultimo delle società, e cioè, ai nostri fini, lo scopo di lucro⁵. Sembra cogliere perfettamente quale interesse l'associazione in

¹ Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, cit.; in senso conforme Cass. 05.01.2024, n. 308 su banca dati *One legale*

² *Relazione al Codice* n. 613

³ Sulla nozione del contratto si rinvia all'art. 1321 Cod. civ.

⁴ M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, op. cit., p. 37; G. FERRI Jr, *Investimento e conferimento*, op. cit., p. 498 ss.

⁵ M. CIAN e al., *Diritto commerciale*, op. cit., pp. 11-12

partecipazione soddisfi, chi afferma che il contratto si posiziona nel mezzo tra il mutuo e le società, in quanto la partecipazione agli utili non è certa perché l'associato partecipa anche alle perdite ma al contempo la gestione dell'attività rimane dell'associante⁶.

Un secondo tema su cui è necessario operare delle riflessioni è la presenza di criteri che consentano di distinguere in concreto tra le diverse forme delle società di persone e l'associazione in partecipazione. Dall'analisi degli studi dottrinali sul punto appare evidente come l'unico criterio dotato di effettività sia l'esercizio in comune. La questione che sembra qui degna di riflessione è però quale sia la sua nozione. Le posizioni dottrinali sul punto sono state diverse nel corso tempo ma dalla critica più recente, è apparso evidente che anche la nozione funzionalizzata non è in grado di fornire degli elementi oggettivi per comprendere se un soggetto è socio o meno in quanto, costituisce elemento necessario della ricostruzione la spendita del nome sociale. Tuttavia, è lo stesso legislatore a chiarire che la spendita del nome non è necessaria per l'esercizio in comune perché è stata attribuita la qualità di socio anche alla figura del socio occulto cioè, a quel soggetto in cui nome non viene speso⁷. Un autore recente ha così proposto una nozione che riassume al suo interno due tipi di potere: quello gestorio e quello non gestorio⁸. Egli sostiene che ove vi sia esercizio in comune allora il rapporto deve essere qualificato come società, mentre in sua assenza il contratto è di associazione in partecipazione. Mignone sostiene quindi, che nelle società i soci sono tali, anche ove privi della qualifica di amministratori, perché in capo ad essi permangono dei poteri non gestori, che egli poi descrive attraverso tre livelli di esercizio in comune: il primo è dedicato ai soci nelle società semplici, in nome collettivo e ai soci accomandatari-amministratori nelle società in accomandita semplice (s.a.s.); il secondo livello descrive la figura dei soci accomandatari non amministratori e infine, il terzo livello riguarda i soci accomandanti sempre nelle società in accomandita semplice. Nella realtà però i problemi di qualificazione si sono posti soprattutto in relazione ai poteri gestori in quanto i poteri di direzione spettano solo ai titolari dell'impresa e nell'associazione in partecipazione, l'attività è del solo associante. Il problema dei poteri gestori riguarda la possibilità di attribuire gli stessi, o parte di essi, all'associato senza che ciò comporti la sua riqualifica come socio. Nell'analisi della questione l'affermazione di partenza, per dottrina e giurisprudenza, è art. 2552 Cod. civ. per cui la

⁶ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 45

⁷ Oggi la norma di riferimento è l'art. 256 CCII;

⁸ G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit. p. 176

gestione dell'attività è in capo all'associante ma le conclusioni a cui si perviene sono diverse. In giurisprudenza l'orientamento dominante afferma che possono essere attribuiti all'associato poteri di gestione interna ed esterna purché tali poteri siano ripetuti all'associante. Il limite a tale estensione, nella prospettiva giurisprudenziale, è che l'assunzione del rischio e la responsabilità della gestione deve rimanere in capo all'associante. La posizione della giurisprudenza appare però troppo libertina perché meramente formalistica: se infatti associante e associato si accordano per un'associazione in partecipazione e l'associante riconosce poteri gestori all'associato, la giurisprudenza ritiene non necessario indagare gli aspetti gestori⁹. Una simile ricostruzione appare però scorretta perché così facendo non sarà mai possibile individuare una forma di cogestione: si pensi al caso dell'associato che in virtù del mandato, svolga l'attività gestoria in modo completamente autonomo, senza ricevere alcuna istruzione ma limitandosi a fornire il rendiconto della sua attività; in questo caso, la condotta dell'associato sarebbe difficilmente distinguibile da quella di un socio amministratore, soprattutto se si considera che l'associato ha effettuato un apporto e può partecipare agli utili e alle perdite¹⁰.

Analizzato il pensiero giurisprudenziale è ora opportuno concentrarsi sulle posizioni della dottrina recente. Ciò che accomuna le diverse ricostruzioni è un approccio più cauto al problema rispetto alla dottrina precedente. Nel corso del secondo capitolo sono state analizzate le ricostruzioni di tre autori e ora vedremo quale sembra essere la più condivisibile. Come primo autore è stato proposto Montalenti, il quale sostiene che l'associato non può avere alcun potere gestorio per due ordini di ragioni. La prima è data dal parallelismo tra gli articoli 2552 e 2320 del Cod. civ.; la seconda giustificazione è che l'art. 2552 Cod. civ. viene caricato di una valenza tipologica, a difesa del tipo contrattuale associazione in partecipazione. Tuttavia, la dottrina, in modo condivisibile, ha evidenziato una lacuna: nel ragionamento di Montalenti non sembra rinvenibile una oggettiva ragione per escludere dei modelli ibridi. È corretto sostenere che l'associato non può svolgere le attività come fosse un institore o un procuratore ma la ragione giustificatrice è che ciò si pone in contrasto con la forza del principio di tipicità, per cui anche le pattuizioni con efficacia interna hanno rilievo in quanto attengono al modo in cui i poteri sono distribuiti internamente¹¹. Il secondo autore proposto è stato De

⁹ Si veda in motivazione App. Bologna, 12 gennaio 2004 n. 23, cit.

¹⁰ L'affermazione era già nota a precedenti autori G. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., p. 110; W. BIGIAMI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, cit., pp.123-124

¹¹ P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., pp. 320, 345, 428

Acutis, il quale si è approcciato al tema dei poteri gestori dell'associato, distinguendo tra le diverse fonti attributive dei poteri¹². Appaiono tuttavia, particolarmente convincenti i motivi di critica offerti da parte della dottrina, secondo cui indicare la co-gestione come "indice di funzionalizzazione" e quindi, rifarsi alla teoria dell'esercizio in comune funzionalizzato, non appare convincente in virtù delle incertezze che la caratterizzano; Inoltre, non sembra essere un vero argomento di sostegno alla ricostruzione descritta, l'affermazione dell'autore per cui la procura institoria o il mandato non sono ammessi perché il primo comma dell'art. 2552 Cod. civ. deve essere letto in modo da attribuire loro un significato. La terza ricostruzione che si è proposta è quella espressa da Gianni Mignone nei suoi scritti¹³. La teoria è tra le più recenti sul punto ed è quindi opportuno soffermarsi in modo più specifico. Mignone pone alla base del proprio ragionamento il confronto tra soci accomandanti e associati proposto da Montalenti. In particolare, il secondo autore sostiene che l'associato può avere dei poteri gestori solo se inferiori a quelli del socio accomandante, il quale rappresenta la figura di "confine" del mondo delle società¹⁴. A partire da tale premessa Mignone analizza il tema dei poteri dell'associato su tre aspetti: poteri di rappresentanza attribuiti attraverso procure o previsione contrattuale, e poteri di gestione interna. Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere incarichi rappresentativi all'associato attraverso procura, Mignone sostiene che si tratta di una facoltà ammissibile ma gli incarichi devono essere sporadici ed eccezionali. La scelta di Mignone di usare come premesse gli studi di Montalenti non appare criticabile tenuto conto che il socio accomandante è pur sempre un socio che partecipa all'esercizio in comune anche se non può compiere atti di gestione ed ha una forma di responsabilità limitata. Ecco allora che, se un soggetto privo di poteri gestori e con un simile regime di responsabilità ha comunque la qualifica di socio, anche se la sua posizione è particolare rispetto alla generale figura del socio nelle società di persone, allora l'associato, che non può essere un socio, deve avere dei poteri minori. Inoltre, la scelta di porre un limite sul piano quantitativo alle procure, sia per il socio accomandante che per l'associato appare giustificato, come ha rilevato lo stesso autore, se si considera che in sua assenza ci si espone al rischio di una serialità di procure rilasciate a favore dell'accomandante e così, il rispetto della norma avverrebbe solo con il dato formale del rilascio di ciascuna delega volta per volta¹⁵. Invece, sulla questione di ammissibilità

¹²M.DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 204 ss.

¹³G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 370 ss.

¹⁴P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, op. cit., p. 294 ss.

¹⁵In senso conforme M. BUSSOLETTI, voce *Società in accomandita semplice*, op. cit., p. 967

di clausole contrattuali pattizie, attributive di poteri di rappresentanza, Mignone esclude tale possibilità perché ammettendola si formerebbe una società di fatto, riconoscibile in forza del principio di tipicità. Il ragionamento appare accoglibile ma merita delle precisazioni. Mignone sostiene che l'ampiezza dei poteri che viene così attribuita è tale da dover considerare l'associato come institore o procuratore. Si tratta di collaboratori interni che il Codice civile ha tipizzato per l'esercizio dell'impresa ma che possono applicarsi anche alle forme societarie¹⁶. La ragione che giustifica una simile affermazione non è però evidente nel pensiero dell'autore perché egli prima opera un rinvio al pensiero di Galgano e poi, si concentra sulla figura dell'"associazione al ramo d'impresa"¹⁷. Mignone sostiene che l'incompatibilità del ruolo di associato con quello di institore deriva dal fatto che quest'ultimo ha un ruolo così ampio nella gestione dell'impresa che è idoneo a "detipizzare" la figura del socio accomandante, cioè se si confronta il potere tipico dei collaboratori interni con il potere di un socio accomandante appare evidente che le prime due figure dispongono di un potere molto più ampio e ciò, è incompatibile con il divieto di immistione che il Codice civile pone per il socio accomandante¹⁸. Dalla lettura delle poche righe che l'autore dedica a questo specifico tema sembra poi emergere anche un'altra possibile ricostruzione. Mignone sostiene che non possa considerarsi associazione in partecipazione, il contratto di "associazione in partecipazione in ramo d'azienda" in quanto gli ampi poteri di direzione riconosciuti all'associato, a cui si sommano una sua partecipazione agli utili e alle perdite, e la prestazione di un apporto, rendono il soggetto non più distinguibile dalla figura di socio di società in nome collettivo. Ciò che Mignone sembra dire allora è che è ammissibile riconoscere all'associato dei limitati poteri di rappresentanza attraverso le procure ma un riconoscimento generale, attraverso delle pattuizioni contrattuali, degli stessi poteri è una attribuzione così ampia da rendere l'associato riconducibile alle figure di institore o procuratore. Una simile situazione viene però bloccata dal principio di tipicità perché l'associato non solo ha simili poteri, ma ha fornito un apporto e partecipa agli utili e alle perdite, e quindi appare un socio di fatto, diventando così necessaria una sua riqualifica. Si potrebbe però obiettare che le figure di institori e procuratori non sono incompatibili con lo schema societario ma anzi possono essere figure essenziali ai sensi dell'art.

¹⁶ Artt.2203 ss. Cod. civ.

¹⁷ Il confronto con la ricostruzione di Galgano nasce perché quest'ultimo afferma che l'associato non può essere institore sulla base della correlazione tra potere e rischio G. Galgano, *Degli amministratori di società personali*, cit., p. 129

¹⁸ Art. 2320 Cod. civ.

2086 Cod. civ. L'argomento non appare convincente in quanto il problema posto qui è come distinguere un'associazione in partecipazione da una società e, ciò diviene impossibile se si considera che un associato institore o procuratore, ha inoltre fornito un apporto e partecipa anche agli utili e alle perdite. A sostegno di questo secondo percorso, che appare qui preferibile, si può procedere a verificare se in ipotesi simili è possibile rintracciare l'esistenza di una società di fatto secondo i criteri forniti dalla giurisprudenza stessa. L'orientamento oggi dominante afferma che per individuare una società di fatto è necessario verificare la presenza dell'esercizio in comune attraverso un fondo comune costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio di attività economica in comune, l'alea comune dei guadagni e delle perdite e, *l'affectio societatis* inteso come vincolo di collaborazione in vista dell'esercizio dell'attività verso terzi¹⁹. Nell'ipotesi in cui l'associato dispone di poteri di rappresentanza, si deve considerare che egli ha effettuato un apporto a favore dell'associante, concorrendo a formare un patrimonio che solo formalmente è dell'associante, vi è poi una condivisione di utili e perdite e infine, attraverso i poteri di rappresentanza dell'associato è possibile individuare una collaborazione tra lo stesso e l'associante nella loro attività verso terzi: si sono così verificati i tre parametri per la formazione di una società di fatto. Infine, deve essere analizzata la posizione di Mignone per quanto riguarda i poteri di gestione interna: l'autore sostiene che all'associato può essere riconosciuta solo la possibilità di svolgere attività strettamente esecutiva mentre, per quanto riguarda il riconoscimento contrattuale di poteri autorizzatori, questi devono essere intesi come poteri ispettivi e informativi. La prima affermazione viene giustificata alla luce del divieto di immistione posto per i soci accomandanti e dalla facoltà che viene loro riconosciuta di "prestare la loro opera sotto la direzione degli amministratori"²⁰. L'affermazione è sicuramente condivisibile in quanto, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, il divieto di immistione per i soci accomandanti riguarda atti aventi un'influenza rilevante sull'amministrazione della società, la cui valutazione avviene da parte dei giudici caso per caso²¹. Si potrebbe però obiettare che l'art. 2320 Cod. civ. individua un'eccezione al divieto attraverso il sistema delle "procure per singoli affari" ma, la giurisprudenza ha chiarito che un simile strumento si applica solo per atti esterni e in ogni caso non possono essere attribuiti poteri così ampi da consentire all'accomandante di sostituirsi

¹⁹ Cass. 13 settembre 2021, n. 24633 su banca dati *One legale*

²⁰ Art. 2320, comma 2 Cod. civ.

²¹ Cass. 27 giugno 2018, n. 16984 su banca dati *One legale*

nelle scelte dell'amministratore²². Infine, è stato notato che il socio accomandante può svolgere attività esecutiva sotto la direzione dei soci accomandatari, e la giurisprudenza è stata interrogata sulla possibilità di stipula, per l'accomandante, di un contratto di lavoro: la stipula dell'accordo è perfettamente lecita ma l'attività svolta non deve interferire con la gestione sociale²³. In definitiva quindi, appare corretto sostenere che l'associato non può svolgere attività gestoria interna ma solo un'attività di mera esecuzione e sotto la direzione dell'associante ma, ciò non significa che l'associato non possa svolgere un'attività consulenziale nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente²⁴. Mignone si interroga poi in che modo l'associato può incidere sulla gestione attraverso il riconoscimento di poteri di controllo: egli sostiene che l'art. 2552 Cod. civ. si riferisce ad una nozione di controllo non in senso amministrativistico ma come diritti ispettivi ed informativi. L'affermazione è posta a conclusione di un ragionamento sul tipo di poteri di controllo che il socio accomandante può esercitare: dalla lettura della norma, sostiene Mignone, non è possibile ammettere delle forme di controllo in senso amministrativo ma solo di tipo informativo-ispettivo privatistico²⁵. Per l'autore la stessa conclusione deve applicarsi anche all'associato, in quanto quest'ultimo come il socio accomandante, partecipa agli utili ma è escluso dalla gestione. Anche in questo caso il ragionamento appare corretto se si ricordano le premesse impiegate dall'autore: l'associato non può avere dei poteri più ampi rispetto a quelli riconosciuti al socio accomandante, al quale la legge riconosce esplicitamente dei poteri autorizzatori, di ispezione e di sorveglianza. La previsione dell'art. 2552 Cod. civ. non fa alcuna menzione di poteri autorizzatori ma prevede solo un diritto al "controllo" e poiché, il controllo del socio escluso dall'amministrazione, è di natura informativo-ispettivo, le parti dell'associazione in partecipazione, non possono prevedere forme di controllo sulla gestione. La soluzione appare coerente sia con il diritto al rendiconto riconosciuto all'associato, in quanto quest'ultimo avviene al termine dell'attività, sia con il principio di esecuzione del contratto secondo buona fede .

In conclusione del discorso sui poteri gestori in capo all'associato sembra dover porsi in posizione di contrasto con l'orientamento giurisprudenziale: la scelta delle corti di ammettere ampi poteri gestori purché poi ripetuti all'associante si è tradotta in una mancata analisi di ogni

²² Cas. 28 luglio 1986, n. 4824; Cass. 28 febbraio 2017, n. 5069 su banca dati *One legale*

²³ Cass. 21 gennaio 2020, n. 1396 su banca dati *One legale*

²⁴ Anche in tal caso sembra preferibile ammettere gli stessi limiti previsti per la stipula di un contratto di lavoro da parte di un socio accomandante.

²⁵ Per la nozione in senso amministrativo si rinvia al Capitolo 1, sezione 3, pararg.6

profilo gestorio sulla base di una verifica formale dell'attribuzione del rischio; in tal modo però sembra si debba arrivare ad ammettere un ruolo dell'associato all'interno dell'azienda pari almeno a quello di un socio amministratore nelle società di persone, senza però riconoscergli la responsabilità, se non nel limite dell'apporto, delle obbligazioni assunte. Ecco, quindi, che per assicurare una corretta identificazione tipologica dell'associazione in partecipazione e delle forme societarie, sembra essere migliore la soluzione che riconosce limitati e sporadici poteri di rappresentanza e un'attività meramente esecutiva per l'associato. In aggiunta la ricostruzione di Mignone presenta un ulteriore pregio: se è vero che l'associato ha come interesse preminente quello della remunerazione del suo apporto e altresì vero che spesso il contratto di associazione in partecipazione è stato impiegato per mascherare delle forme societarie. Risulta quindi chiaro che un simile strumento potrebbe ottenere un maggiore successo riconoscendo un ruolo attivo dell'associato nell'attività, ma sempre mantenendo distinto il ruolo di quest'ultimo da quello di un socio. Un simile interesse sembra soddisfatto proprio dalla possibilità di utilizzare delle procure o di svolgere attività esecutiva, in tal modo l'associato avrà un contatto diretto e immediato con le attività che vengono svolte.

Strettamente legato al ruolo dell'associato nel contratto di associazione in partecipazione è il diritto agli utili. Si tratta di un diritto espressamente riconosciuto dal Codice civile ma in giurisprudenza si è osservato il problema di una sua quantificazione: nello specifico il tema posto è se le parti sono libere di prevedere una quota di utili per l'associato comprensiva anche che degli incrementi patrimoniali che l'attività dell'associante ha avuto. Il diritto agli utili viene descritto come un diritto di credito dell'associato nei confronti dell'associante e deve comunque essere calcolato come una quota del risultato che si ottiene dalla somma di attività e passività. In accordo con la giurisprudenza la determinazione di tale quota è lasciata alla libertà delle parti ma il problema si è posto quando le stesse hanno pattuito che l'associato aveva diritto anche ad una parte del valore dell'attività. Una simile previsione è tipica delle società, dove i soci hanno diritto al pagamento degli utili e, in sede di scioglimento della società, ottengono, se il residuo attivo lo consente, la restituzione del conferimento e una parte dell'attivo in proporzione ai propri utili: ciò viene giustificato dal fatto che ogni socio è titolare di una porzione (la partecipazione) della società. Un'analoga situazione non si può verificare all'interno di un'associazione in partecipazione e infatti, la giurisprudenza ha ritenuto simili previsioni incompatibili. Tuttavia, simili previsioni sembrano ammissibili se si considera che l'associato partecipa, anche se in misura ridotta, all'attività dell'associante e

quindi l'associante è libero di riconoscere un valore monetario, in aggiunta alla quota di utili, a favore dell'associato. Ciò che qui si vuole sostenere è che oltre al diritto agli utili, è possibile riconoscere la possibilità per le parti di prevedere un'ulteriore forma di compenso per l'attività che l'associato ha effettuato, intesa sempre nei termini sopra descritti. Quanto alle modalità di determinazione di tale compenso è inevitabile che queste previsioni incidano sul patrimonio dell'associante ma questo elemento sembra giustificabile con il principio di autonomia contrattuale delle parti. È vero che l'autonomia delle parti deve rispondere ad interesse meritevole di tutela e non può essere contraria a norme imperative, come può essere considerato il principio di tipicità, tuttavia, nel caso proposto l'interesse delle parti è quello di un miglioramento di un miglioramento dell'efficienza nell'attività e di un compenso per il contributo gestionale fornito dall'associato. Inoltre, non viene violato il principio di tipicità perché l'associato non assume quel ruolo di cogestione e di condivisione del rischio che è invece tipico del socio. È poi importante ricordare che la pattuizione non può riconoscere una remunerazione fissa l'associato non è un lavoratore dipendente. Quello che invece sembra potersi ammettere è che tale compenso tenga comunque conto dell'alea dell'attività e quindi il compenso sarà ammissibile solo se al termine dell'affare, o a chiusura dell'esercizio, l'attività sia in positivo. Inoltre, proprio perché il ruolo dell'associato non può essere preponderante nella gestione dell'attività il suo compenso non può essere pari o superiore alla metà del valore finale dell'attività.

In conclusione, il contratto di associazione in partecipazione è un tipo contrattuale in cui l'associante, titolare di un'attività, reperisce delle risorse finanziarie da un altro soggetto chiamato associato, e a cui riconosce una partecipazione agli utili. All'interno di tale schema le parti possono poi pattuire un ruolo più attivo dell'associato all'interno dell'attività dell'associante, e di conseguenza, una remunerazione ulteriore rispetto agli utili ma il primo soggetto non può mai avere un ruolo preponderante all'interno della attività stessa. Lo strumento dell'associazione in partecipazione appare infine interessante all'interno della nostra economia perché consente lo sviluppo di realtà imprenditoriali sotto la guida di soggetti realmente interessati al funzionamento delle stesse e senza interferenze gestionali esterne e, al contempo consente di ottenere dei finanziamenti senza però doversi affidare ai tradizionali fornitori di capitali.

BIBLIOGRAFIA

AGUGLIA E., *Associazione in partecipazione e società di fatto nell'ottica dell'art.147 l. fall.*, in *Società*, 1983

ALPA G., *Causa e tipo*, in *Vita Notarile*, 1997

ALPA G., *Le società tra avvocati. Note preliminari*, in *Le società tra i professionisti, Quaderni della Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, Milano, 2013

AULETTA F., *Rassegna di legislazione e giurisprudenza*, in *Riv. soc.*, 1960

AULETTA F., *La comunanza di scopo e la causa nel contratto sociale*, in *Scritti Giuridici*, Milano, vol. IV, 2001

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Napoli, 1994 rist. della 2° ediz

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, 2° ediz., Milano, 2000

BIGIAMI W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954

BIGIAMI W., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962

BONDAVALLI D., *L'associazione in partecipazione. Disciplina civilistica e fiscale*, 3° ediz., Milano, 2004

BUBOLA, PASQUINI, VENTURI, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di Magnani e Tiraboschi, Milano

BUONCUORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1967

BUSSOLETTI M., voce *Società in accomandita semplice*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990

CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale, 1 Diritto dell'impresa*, 4° ediz. Torino, 2003

CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 6 °ediz. A cura di M. Campobasso, Torino, 2006

CAROSELLI O., *L'associazione in partecipazione*, Padova, Cedam, 1930

CIAN M. et. al., *Diritto commerciale*, 3 ed., vol. III *Diritto delle società*, Torino, 2020

CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989

CLARIZIA R., *La causa del finanziamento*, in *Banca borsa*, I, 1982

COLOMBO G.E., *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, dir. da Colombo e Portale 7, Torino, 1994

COMUNALE, voce *Rendiconto*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione Civile*, XVI, Torino, 1997

CORSI F., *diritto dell'impresa*, Milano, 2001

COSTI R., *La riforma delle società cooperative*, in *Giur. Comm.* 1992, I

COSTI R., *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.* 1963

COSTI-DI CHIO, *Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione*, in *Giurispr. sistematica di dir. civile e commerc.*, 3 Ediz. Torino, 1991

COTTINO G., *Associazione in partecipazione e poteri dei partecipanti; società irregolare (o di fatto) e la sua rilevanza*, nota a sentenza Cass. 13 maggio 1997, n. 4187, in *Giur. it.*, 1998

COTTINO G., *Diritto commerciale, I, 2. Le società e le altre associazioni economiche*, 3° ediz., Padova, 1994

CROSETTI, voce *Controlli amministrativi*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989

CUSA E., *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006

DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, 3 ediz. Padova, 1962

DALMARTELLO A., *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. Commercialisti*, 1960

DE ACUTIS M., *L'associazione in partecipazione relativa ad un singolo affare*, *Note preliminari*, in *Studi in memoria di Marino Offendu*, Padova, 1988

DE ACUTIS M., *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1988

DE ACUTIS M., *Le azioni di risparmio*, Milano, 1981

DE FERRA G., *Della associazione in partecipazione, in commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro quinto. Del lavoro* (art.2549-2554), Bologna-Roma, 1973

DE RITIS R., *Associazione in partecipazione con apporto di bene in godimento e locazione*, nota a Trib. Napoli, 28 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1991

DE SEMO, *contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, p.711-712 nota ad App. Genova, 18 marzo 1958, in *Dir. Lav.*, 1958

DI SABATO F., *Manuale delle società*, 5° ediz., Torino, 1995

FERRARA- CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 12° ediz., Milano, 2001

FERRI G. JR. *Investimento e conferimento*, Milano, 2001

FERRI G., voce *Contratto plurilaterale*, in *Noviss.Dig. ital. IV*, Torino, 1959

FERRI G., *Delle società*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, *Libro quinto. Del Lavoro* (artt. 2247-2324), 3° ediz. Bologna-Roma, 1981

FERRI G., *Associazione in partecipazione*, in *Scritti Giuridici*, Napoli, 1990

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, 10 °ediz., Torino, 1996

FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971

FERRO-LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I

FRAGALI M., *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Art. 1813-1822), 2° ediz., Bologna- Roma, 1966

GALEOTTI S., voce *Controllo, B) Controlli costituzionali*, in *Enc. del dir.*, X Milano, 1962

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990

GALGANO F., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova 2003

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 4° ediz., Padova, 2004

GALGANO F., *Diritto commerciale, 2 le società*, 15 ediz., Bologna, 2005

- GALGANO F., *Diritto commerciale, 1 L'imprenditore*, 10° ediz., Bologna, 2006
- GALGANO G., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963
- GALGANO G., *il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da Galgano, XXIX, Padova, 2003
- GALGANO G., *Le società in genere, Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Cicu Messineo e Mengoni e cont. Da Schlesinger, XXIII, 3 °ediz., Milano, 2007
- GEMMA A., *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005
- GHIDINI M., *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959
- GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, 3 °ediz., Milano, 1993
- GLIOZZI E., *L'imprenditore commerciale*, Bologna, 1988
- GLIOZZI E., *Gli atti estranei all'oggetto sociale nella società per azioni*, Milano, 1970
- GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959
- GUGLIELMUCCI L., *Commento all'art. 77*, in Aa. Vv. *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge Fallimentare* a cura di Bricola, Galgano e Santini, Bologna-Roma, 1979
- GUGLIELMUCCI L., *Profili civilistici*, in GUGLIELMUCCI-MAGNANI-JOVENITTI, *I certificati di partecipazione, Profili civilistici, fiscali, negoziali*, Milano, 1981
- JORIO A., *Le crisi d'impresa- Il fallimento*, Milano, 2000
- LUISSO, voce *Rendiconto*, a) *Diritto privato e processuale civile*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- MARASA' G., *Le società, Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e Zatti, 2° ediz., Milano, 2000
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9 °ediz. Milano, 1958

- MIGNOLI A., *Le "partecipazioni agli utili" nelle società di capitali*, Milano, 1966
- MIGNONE G., *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo: L'evoluzione del rapporto partecipativo*, NAPOLI, 2005
- MIGNONE G., *L'associazione in partecipazione*, in *Commentario*, Milano, 2008
- MIGNONE G., *La terza riforma dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *Contratto e Impresa*, n. 3, 1° maggio 2016
- MONTALENTI P., *"il socio accomandante"*, Milano, 1985
- OPPO G., *L'identificazione del tipo "società di persone"*, in *Riv. dir. civ.* 1988
- OPPO G., *Scritti giuridici, I, Diritto dell'impresa*, Padova, 1992
- OPPO G., *Finalità mutualistiche e carattere lucrativo nelle società cooperative*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle società cooperative*, 1993
- PASSALACQUA P., *Il "superamento" dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona" n. 271/2015
- PATRONI A. GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971
- PORTALE G.B., *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002
- PREITE D., *Associazione in partecipazione e società: una distinzione difficile*, in *Giur. Comm.*, 1982
- PRYOR JH, *the origins of the commenda contract*, in *Commerce, Shipping and Naval Warfare in the Medieval Mediterranean*, London 1987
- RAVA' T., *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milano, 1938
- REALMONTE F., *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, in *Riv. Soc.*, 1961
- ROMANO-PAVONI, *La "tipicità" delle società e le società interne*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I
- SACCO-DE NOVA, *il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, dir. Da Sacco, Torino, 1993
- SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, 3° ediz. Torino, 1998

SANTONI F., *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto privato*, dir. Da Rescigno 17, Torino, 1985

SCALFI, *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione civile, I*, Torino,

SCHERMI A., *Conferimento in società, associazione in partecipazione e mutuo*, nota a Cass. 30 marzo 1960, n. 694, in *Giusr. Civ.*, 1960

SCHLESINGER P., *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. Soc.* 1965

SERRA A., *Unanimità e maggioranza nella società di persone*, Milano, 1980

SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto*, ne *Il Codice civile. Commentario*, fond. Da Schlesinger e dir. da Busnelli art. 1350, Milano, 2003

SIMONETTO E., *I contratti di credito*, Padova, 1953

SIMONETTO E., *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. Dir. civ.*, 1958, I

SMITH A., *ricerca sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, 1927

SPADA P., *la tipicità della società*, Padova, 1974

SPADA P., *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. Dir. civ.*, 1985, I

SPADA P., voce *Società. II) Tipi di società: in generale*, in *Enc. giurid. Treccani*, XXIX, Roma, 1993

SPOLIDORO M.S., voce *Capitale sociale*, in *Enc. del dir.* Aggiornamento IV, Milano, 2000

TATARELLI M., voce *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Enc. giurid. Treccani*, aggiorn. 2003

TRABUCCHI A., *istituzioni di diritto civile*, 41 °ediz. A cura di G. Trabucchi, Padova, Cedam, 2004

VASSALLI F., *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. 24 novembre 1952, n. 3075 in *Dir. Fall.*, 1953, II

Cass. 16 ottobre 1964, n. 2598 in *Giust. civ.*, 1964, I

Cass. 28 maggio 1965, n. 1095 *Dir. Fall.*, 1965, II

Cass. 5 ottobre 1967 n. 2272 in *Giur.it*

Cass. 30 giugno 1969 n. 2398 in *Mass.*

Cass. 23 luglio 1969, n. 2774 in *Dir. Fall.*, 1970, II

Cass. 8 novembre 1969, n. 3649 in *Giur.it*, 1970, I

Cass. 17 ottobre 1973, n. 2623 in *Rep. Foro.it*, 1973

Cass. 26 settembre 1977, n. 4083 in *Foro.it*, 1978, I,

Cass. 9 marzo 1982, n. 1476 in *Giust. civ.*, 1983, I

Cass. 6 agosto 1982 n. 4411 in *Notiz. giurispr. lav.* 1982

Cass. 23 febbraio 1984, n. 1296 in *Nuova giur. comment.* 1985, I

Cass. 21 novembre 1985 n. 5759 in *Mass.*

Cass. 28 luglio 1986, n. 4824 in *Onelegale.it*

Cass. 25 febbraio 1987, n. 2004 in *Giur.it*, 1988, I

Cass. 18 giugno 1987, n. 5353 in *Società*, 1987

Cass. 4 dicembre 1989, n. 5329 in *Mass.*

Cass. 6 maggio 1991, n. 4996 in *Rass. Dir. farmaceutico*, 1992

Cass. 11 giugno 1991, n. 6610 in *Onelegale.it*

Cass.15 giugno 1991, n. 6771 in *Mass.*

Cass. 02 giugno 1992, n. 6701 in *Onelegale.it*

Cass. 15 luglio 1993, n. 7888 in *Giur.it*, 1995

Cass. Sez. III penale, 18 maggio 1994 in *Fisco*, 1994

Cass. 19 gennaio 1995, n. 565 in *Giur.it*, 1995, I

Cass. 21 giugno 1995, n. 7026 in *Ragiufarm.*, 1995

Cass. 23 gennaio 1996, n. 503 in *Giust. civ.*, I, 1996

Cass. 3 febbraio 1996, n. 926 in *Mass.*

Cass. 27 marzo 1996, n. 2715 in *Contratti*, 1997

Cass. 06 maggio 1997, n. 3936 in *Mass.*

Cass. 02 dicembre 1997, n. 12199 in *Onelegale.it*

Cass. 17 gennaio 1998, n. 366 in *Giur.it*, 1998

Cass. 18 dicembre 1998, n. 12663 in *Contratti*, 1999

Cass. 22 marzo 1999, n. 2261 in *Onelegale.it*

Cass. 20 maggio 1999, n. 4911 in *Foro.it*, 1999, I

Cass. 13 giugno 2000, n. 8027 in *Onelegale.it*

Cass. 25 gennaio 2001, n. 1054 in *Onelegale.it*

Cass. 17 maggio 2001, n. 6757 in *Onelegale.it*

Cass. 17 maggio 2001, n. 1767 in *Onelegale.it*

Cass. 06 febbraio 2004, n. 2288 in *Onelegale.it*

Cass. 20 maggio 2005, n. 1150 in *Onelegale.it*

Cass. 22 giugno 2005 n. 13399 in *Onelegale.it*

Cass. 08 maggio 2006, n. 10490 in *Giur.it*, 2006

Cass. 22 novembre 2006, n. 24781 in *Mass.*

Cass. 18 aprile 2007, n. 9264 in *Mass.*

Cass. 12 maggio 2008, n. 11656 in *Onelegale.it*

Cass. 24 giugno 2011, n. 13968 in *Onelegale.it*

Cass. 28 ottobre 2011 n.22521 in *Onelegale.it*

Cass. 04 novembre 2013, n. 24684 in *Onelegale.it*

Cass. 17 aprile 2014, n. 8955 in *Giur. commen.*

Cass. 21 maggio 2016, n. 12816 in *Riv. dir. comm.*, 2020, II

Cass. 28 febbraio 2017, n. 5069 in *Onelegale.it*

Cass. 15 novembre 2017, n. 27108 in *Onelegale.it*

Cass. 27 giugno 2018, n. 16984 in *Onelegale.it*

Cass. Ordinanza, 23 settembre 2019, n. 23608, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, n.6

Cass. 21 gennaio 2020, n. 1396 in *Onelegale.it*

Cass. 03 giugno 2020, n. 10496 in *Onelegale.it*

Cass. 13 settembre 2021, n. 24633 in *Onelegale.it*

Cass. Ordinanza, 22 giugno 2022, n. 20159 in *Onelegale.it*

Cass. 05 gennaio 2024, n. 308 in *Onelegale.it*

CORTE D'APPELLO

App. Torino, 13 aprile 1984 in *Giur. piemontese*, 1985

App. Genova, 19 maggio 1988 in *Riv. Dir. comm.*, 1989, II

App. Bologna, 13 aprile 1995 in *Giur.it.*, 1956, I

App. Bologna, 12 gennaio 2004 n. 23 in *Onelegale.it*

App. Venezia, 17 febbraio 2020, n. 556 in *Onelegale.it*

TRIBUNALI

- Trib. Bologna, 3 maggio 1972 in *Giur.it*, 1972, I
- Trib. Napoli, 4 febbraio 1974 in *Dir. e giur.*, 1974
- Trib. Milano, 30 dicembre 1982 in *Foro pad.*, 1983, I
- Trib. Catania, 3 luglio 1985 in *Orient. giur. lav.* 1985
- Trib. Palermo 10 febbraio 1989 in *Giur. Comm.*, 1990, II,
- Trib. Milano, 25 maggio 1989 in *Giur.it*, 1982, I
- Trib. Biella, 29 giugno 1994 in *Giur.it*, 1995, I,
- Trib. Milano, 12 maggio 2005 in *Dir. Autore*, 2005
- Trib. Treviso, 16 maggio 2008, n. 1011 in *Onelegale.it*