

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 23-07-1998, n. 7209

* * *

A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.

1. - L'applicazione della disciplina del trasferimento del bene all'ipotesi della cessione della società proprietaria è negata da Cass. 7209/98 anche in relazione alla dedotta simulazione della società medesima (1), in linea, d'altra parte, con l'orientamento dominante, fermo nel respingere l'ammissibilità della simulazione, sia per le società di capitali (2), che per le società di persone (3). Analogo atteggiamento negativo prevale in dottrina (4), dove, al più, si converte la simulazione in causa di nullità e, dunque, in causa di scioglimento (5).

A questa soluzione si oppongono, vuoi quanti ritengono che il problema posto dal trasferimento della società finalizzato alla cessione dei beni compresi nel patrimonio sociale possa risolversi *piercing the veil* della personalità (6), vuoi Cass. 1° dicembre 1987, n. 8939, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Società*, n. 297, secondo cui «in ipotesi di società per azioni che, contrariamente al dichiarato scopo sociale di natura imprenditoriale, dopo la sua costituzione e registrazione, non abbia in concreto esercitato un'attività imprenditoriale bensì limitato l'attività all'acquisto di un fondo rustico ed alla concessione di esso in affitto a coltivatore diretto, deve ritenersi che il negozio costitutivo della società sia simulato e dissimuli, fra gli apparenti soci, una reale situazione di comproprietà del fondo, di cui i titoli azionari rappresentano solo le quote di appartenenza; ne consegue che, ove avvenga la cessione a terzi mediante atto scritto e dietro corrispettivo dell'intero pacchetto azionario di tale società, si è in presenza di un trasferimento a titolo oneroso del fondo concesso in affitto e deve riconoscersi all'affittuario coltivatore diretto il diritto di prelazione – ed il succedaneo diritto di riscatto – ai sensi dell'art. 8 l. n. 590 del 1965».

Questa seconda alternativa è, però, naufragata sulle obiezioni mosse a tale decisione, che hanno investito sia la mancata percezione della complessità dell'accertamento demandato al giudice in caso di ammessa simulazione di società, sia il mancato coordinamento della soluzione proposta con l'art. 2332 c.c. (7), sia, infine, contraddizioni logico-giuridiche sul versante della personalità della società e del suo rilievo «reale» (8).

Risulta, tuttavia, difficile rassegnarsi a quanto spesso si ripete (valga per tutti l'esempio della sentenza in epigrafe), circa l'impossibilità per il diritto di dare adeguata risposta a vicende che talora colpiscono la sensibilità degli operatori.

Tanto più che l'orientamento dominante non convince appieno, non tanto per la ritenuta inapplicabilità della simulazione al fenomeno societario – decisiva, sul punto, è l'osservazione relativa ai differenti piani sui quali si svolgono i due istituti, l'uno su quello negoziale, l'altro su quello organizzativo e, dunque, «reale», efficace verso i terzi (9) –, quanto soprattutto per il fatto stesso di individuare nella simulazione la risposta al caso della società dall'oggetto sociale inattuato, ossia al caso in cui la società, pur formalmente costituita, non svolga in concreto alcuna attività economica (vale a dire una serie indeterminata di atti preordinati alla produzione di ricchezza ulteriore a quella iniziale), per non averlo mai fatto, o per essersi limitata a due contratti: uno di compravendita di un terreno agricolo e l'altro di affitto del medesimo terreno (cfr. Cass. 8939/87, cit.), ovvero, come nel caso di specie, per aver cessato da tempo di farlo. È, insomma, l'ipotesi delle «immobiliari di comodo», dirette, nei casi accennati, a pregiudicare i soggetti muniti di prelazione urbana o agraria sui beni conferiti (10) o comunque facenti parte del patrimonio sociale, ovvero dirette a sottrarre i beni stessi ai creditori o al fisco (11), ipotesi cui è prossima quella della «multiproprietà azionaria», quanto meno in alcune sue varianti (12).

Le perplessità verso l'orientamento dominante si radicano nella differenza ravvisabile tra le predette ipotesi (o almeno talune di loro) e quella che storicamente ha giustificato ed alimentato il rifiuto della simulazione e la dottrina del negozio indiretto, alla prima «per più lati affine» (13): la c.d. società preordinata ad un'unica mano, vale a dire la società formalmente costituita tra più soggetti, ma con capitale fornito da uno solo, allo scopo di esercitare l'attività economica beneficiando della responsabilità limitata. In relazione a tale fattispecie ci si chiedeva, infatti, quali conseguenze ciò potesse avere sui terzi con i quali la società avesse intrattenuto

relazioni di affari (14). In altre parole, l'imperativo sostanziale che si profilava in tali vicende era la tutela dei terzi e del mercato nei confronti dell'attività comunque espletata dalla società, attività che, se valutata alla stregua dei comuni parametri offerti dalla simulazione negoziale avrebbe dato luogo – al di là dei dubbi sulla sua collocazione dogmatica in relazione alle dottrine all'epoca correnti sul negozio giuridico in genere – a conflitti difficilmente risolvibili tra categorie di creditori.

2. - A questo punto diviene evidente che, in materia societaria, la simulazione è richiamata in relazione a fattispecie ben distinte tra loro, sì che con la loro parificazione si è perso di vista un decisivo dato sostanziale: nella società preordinata ad un'unica mano, ad un negozio coerente col paradigma legale sul piano funzionale (15) e strutturale (art. 2362, 2475, 3° comma, c.c.), si affiancano l'iscrizione ed il compimento dell'attività economica, con la decisiva conseguenza che la fattispecie esibisce i requisiti propri della «società». Al contrario, nelle ipotesi richiamate da Cass. 7209/98 alle declamazioni statutarie non segue il compimento dell'attività, vale a dire l'aspetto caratterizzante del contratto di società (16), in quanto essenziale per la realizzazione dell'assetto di interessi ivi delineato (17) e, dunque, della stessa fattispecie societaria (18).

Ne segue che, in questo secondo caso, non si profila un problema di simulazione, ossia di apparenza di una data fattispecie concreta formalmente corrispondente a quella astratta prevista dalla legge, ma in realtà non «voluta» dalle parti: ciò per il semplice motivo che quanto qui appare non corrisponde alla fattispecie prevista dalla legge. E neppure si dà negozio indiretto, dal momento che le parti non realizzano «immediatamente quello che costituisce [lo] scopo tipico», salvo «realizzare mediamente . . . degli scopi ulteriori che sono quelli che nei motivi psicologici delle parti acquistano prevalenza» (19): qui, infatti, non si ravvisa proprio il perseguimento dello «scopo tipico» della società, lo svolgimento di un'attività economica, mentre restano solo «gli scopi ulteriori», la gestione del bene, il suo trasferimento, senza l'osservanza della connessa disciplina.

Si pone, piuttosto, un problema di qualificazione giuridica, consistente nello stabilire se la situazione di «proprietà non individuale» – intravista nella società anche da chi respinge qualsiasi tentazione «riduzionistica» (20) – sia qualificabile non più come società, ma come comunione, in difetto di attività imprenditoriale iniziale o sopravvenuta (21).

Siffatta prospettazione del problema della società inattiva – suffragata, com'è, dall'art. 2248 c.c. – è più volte affiorata in dottrina (22), senza che, però, ne siano stati sperimentati i possibili ostacoli, agevolmente individuabili proprio nel cennato rilievo «reale» del contratto di società e negli istituti e nelle norme che l'esprimono: l'omologazione, l'iscrizione, la persona giuridica, l'art. 2332 c.c.

Sono questi, d'altra parte, gli argomenti richiamati da Cass. 10 dicembre 1996, n. 10970, *id.*, 1998, I, 212, secondo cui «è inammissibile una 'riqualificazione' dell'atto costitutivo di una società di capitali, operata in virtù dei principî di interpretazione negoziale, che porti ad attribuire alla società stessa una natura diversa da quella risultante dall'iscrizione nel registro delle imprese (nella specie, s.r.l. in luogo di s.p.a.)». Utile alla presente analisi per certi versi, la sentenza non lo è per altri, dal momento che lì si verte sull'interpretazione di una clausola dell'atto costitutivo, tale da riflettersi immediatamente sull'organizzazione societaria, quale dichiarata nell'iscrizione e tenuta presente dai terzi nel corso dell'attività svolta dalla società (v. col. 218); qui, invece, si mira alla verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti della fattispecie societaria ed in particolare di quello consistente nell'effettivo svolgimento di un'attività imprenditoriale.

Ne segue che, nella vicenda risolta da Cass. 10970/96, le esigenze sostanziali di protezione dei terzi già entrati in contatto con la società si uniscono al dato dogmatico dell'incidenza della verifica giudiziale su un momento del procedimento costitutivo della società, sì che l'esito negativo di tale verifica non può che sfociare, ex art. 2332 c.c., nella liquidazione della società stessa. Nel caso in esame, invece, il mancato espletamento di attività economica fa sì che, sul piano del fatto, «gli inconvenienti che la legge intende reprimere o eliminare [cessino] in linea di massima di essere tali» (23) e che, correlativamente, sul piano giuridico formale, non si applichi l'art. cit., ma l'art. 2248 c.c.

Tra le due norme non v'è quel contrasto talvolta intravisto (24). Infatti, se l'art.

2332 c.c. è diretto a chiarire che, ai fini della nullità, rilevano non i vizi dell'atto, ma quelli del procedimento costitutivo del «fenomeno societario» (Angelici), essa nulla ancor dice circa i requisiti di detto fenomeno, che restano – per quel che qui rileva – prerogativa dell'art. 2248 c.c. Qualora, invece, l'art. 2332 c.c. concorra ad inserire l'espletamento dell'attività tra gli elementi costitutivi della fattispecie societaria (Borgioli), esso è coerente con l'altro: entrambi, infatti, esplicitamente o implicitamente espungono da detta fattispecie la «comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento».

3. - La prospettata soluzione del problema delle società inattuate non contesta, anzi postula, le differenze spesso ribadite tra comunione e società (25), ma – pur consapevole che in materia è stato detto «tutto ed il contrario di tutto», salvo a fallire «l'obiettivo finale: una soluzione definitiva e soddisfacente» (26) – in definitiva, ne rinviene la radice «a monte», nella diversa destinazione in concreto impressa ai beni e nella (di conseguenza) diversa incidenza di questa, per un verso, sull'interesse di ciascun partecipante al «godimento» dei beni stessi e alla permanenza del gruppo (27), e per altro verso sulle esigenze di protezione dei terzi, che, ovviamente, sono esaltate dall'utilizzazione dei beni comuni per l'esercizio dell'impresa. Su questa linea si è mossa Cass. 27 gennaio 1975, n. 325, *Foro it.*, 1975, I, 828, laddove ha osservato che «la corte del merito, al fine dell'esatta configurazione giuridica della fattispecie concreta sottoposta al suo esame [è] tenuta all'indagine se sulla situazione giuridica di proprietà del [bene comune] si [sia] innestata una nuova fase dinamica, e cioè l'esercizio di un'attività economica a scopo lucrativo, denunciante esteriormente i contorni di un rapporto societario» (col. 830) (28).

La ricerca in tale direzione (del fondamento) delle differenze tra società e comunione trae origine dalla constatata assenza della tradizionale impronta individuale della proprietà in situazioni (genericamente definibili come) collettive (29), in cui «l'utilizzazione dei beni non è determinata . . . da una volontà soggettiva guidata da una scala di preferenze individuali, ma da volontà individuali che operano all'interno di una fitta serie di vincoli creati appositamente al fine di consentire il soddisfacimento di una pluralità di interessi», i quali, pur rimanendo egoistici, sono perseguiti «entro i vincoli di equilibrio creati dal contenuto di diversi rapporti reciproci» (30).

In altre parole, se si conviene che il tratto comune tra società e comunione va individuato nella circostanza che in entrambe si delinea la necessità di ripartire tra una pluralità di soggetti benefici e rischi derivanti dalla gestione di determinati beni, si dovrà coerentemente accedere all'idea che il nucleo di fondo delle relative differenze consiste nelle modalità e finalità della gestione dei beni stessi nelle due situazioni e nelle relative esternalità (31).

4. - La prospettiva sopra delineata non è limitata alle società di persone. In altre parole, non è ostacolata né dall'omologazione, né dalla qualità di persona giuridica acquisita dalle società di capitali ex art. 2331 c.c. (32).

Tradizionalmente – ma parimenti risalente è il rifiuto della tesi (33), comunque prevalente in giurisprudenza –, il provvedimento dell'autorità, la nascita del nuovo soggetto di diritto sono riguardati quali eventi idonei a conferire alla società una «invulnerabilità» tale da prefigurare talora in materia una sorta di «porto franco dogmatico», governato, per di più – almeno in apparenza (34) –, da opposti principî: così, talvolta, si legge che «la società, appena costituita nelle forme di legge, e finché non venga sciolta nelle stesse forme, esiste per disposizione di legge, ed indipendentemente dalla volontà dei soci» (35); altrove, invece, si statuisce che «ai fini della reale esistenza di una società di capitali . . . si deve tener conto . . . della volontà dichiarata dalle parti» (36). A questa posizione fa, poi, riscontro l'affermazione secondo cui il legislatore avrebbe rinunciato al controllo sulla causa nel contratto di società di capitali (37).

Nessuna delle riportate affermazioni persuade. E per argomenti sicuramente non nuovi (38).

Il giudizio di homologazione, ed il relativo provvedimento, sono diretti a verificare «se nel caso concreto [siano] rispettate le condizioni di uso (ed i conseguenti) limiti della forma organizzativa rappresentata dalla s.p.a.» e più precisamente «la coerenza della struttura organizzativa predisposta dai privati con il modello legislativo», prendendo a tal fine in esame l'atto costitutivo non sotto il profilo negoziale, ma

sotto quello meramente documentale, formale (39). Ne segue che resta impregiudicata la successiva qualificazione dell'assetto di interessi posto effettivamente in essere, la quale consiste in valutazioni diverse da quelle operate al momento dell'omologazione, in quanto attente non più al contenuto formale del documento, ma, se si vuole, alla volontà delle parti, quale risulta anche dal loro comportamento successivo (art. 1362 c.c.). E non v'è solo l'aspetto qualitativo: proprio per aver ad oggetto fatti successivi alla costituzione della società (il compimento o no di attività), le valutazioni afferenti alla qualificazione giuridica differiscono da quelle condotte al momento dell'omologazione anche sotto il profilo quantitativo, nel senso che si estendono a fatti in precedenza non considerati.

Si conferma, così, che, consistendo in mere dichiarazioni, i «fatti di pubblicità», come l'iscrizione nel registro delle società, «non hanno l'intrinseca capacità di manifestare come esistente alcuna realtà giuridica», non sono, cioè, fatti dai quali sia per sé lecito dedurre una data qualificazione giuridica, né della circostanza che ne costituisce l'oggetto, né, a maggior ragione, di un insieme di circostanze ulteriori. «Se la legge protegge i terzi per il caso in cui alle dichiarazioni formali non corrisponda la realtà giuridica dalle stesse enunciata, lo fa non perché quelle dichiarazioni abbiano la forza di fare argomentare l'esistenza di questa realtà giuridica, sibbene perché di fronte a fatti dichiarativi di tale natura esonera il soggetto dall'accertamento della realtà giuridica dichiarata» (40). Ciò significa – lo si evidenzia subito, ma sul punto occorrerà tornare – che a maggior ragione i fatti di pubblicità non possono operare in direzione opposta, nel senso di impedire ai terzi, pregiudicati dalla situazione risultante dalla pubblicità, di far prevalere la «realtà» sulla dichiarazione pubblicizzata.

Con queste considerazioni si salda il discorso sulla personalità giuridica acquisita ai sensi dell'art. 2331 c.c. Nozione storicamente determinata (41), della persona giuridica si tende oggi ad esaltare la natura di «forma tecnica», di nozione che «non individua un tipo specifico di ente (come lo individuano i nomi di associazione, fondazione o società), ma designa un possibile modo di essere dell'associazione o della fondazione o della società» (42), sì che se ne può cogliere il dato attualmente significativo nell'abbattimento delle asimmetrie informative (43), ossia ancora una volta nella protezione dei terzi.

Più chiaramente, l'esercizio dell'attività economica viene incentivato dall'ordinamento attraverso un'ampia tutela a favore di quanti risultino creditori per effetto di tale attività, nonché a favore del mercato in genere. In tale prospettiva, per un verso, sono state predisposte articolate architetture normative volte a ridurre quanto più possibile – in un crescendo di regole che va dalla società semplice alla società quotata, passando per gli enti del I libro – le asimmetrie informative circa la corretta gestione dell'attività e dei beni ad essa destinati; per altro verso, i creditori predetti sono stati privilegiati, rispetto ai creditori individuali dei partecipanti, nella soddisfazione dei loro crediti sui beni destinati all'attività in ragione dell'affidamento riposto sui beni stessi quando diedero credito al gruppo e all'iniziativa economica che esso si prefiggeva: questi spunti costituiscono il nucleo di fondo dei concetti di persona giuridica, di autonomia patrimoniale, di soggettività degli enti, la cui utilità residua ormai nel fatto di essere strumenti per l'imputazione di interessi, di atti, di discipline a gruppi di individui (44).

5. - La sottolineata preordinazione (45) di omologazione, iscrizione e personalità giuridica alla protezione dei terzi e del mercato in genere conferma che, se nella società ad unica mano, realizzatasi la fattispecie societaria e sorte le esigenze di tutela dei terzi, aveva ed ha un senso richiamarne i relativi istituti, altrettanto non può dirsi quando, in difetto di attività, il gruppo si limiti al mero godimento dei beni comuni (46). In questo caso, il tentativo di blindare la figura della società attraverso l'iscrizione, la soggettività o la personalità giuridica, si rivela espediente tautologico e fuorviante, perché tali istituti sono strumentali allo svolgimento dell'attività (47): quando questa sia mancata, è proprio la disciplina sottintesa in quelle formule ad essere posta in discussione.

Può, dunque, recuperarsi l'accennata intuizione fondata sul *piercing the veil* della personalità, anche se la diffidenza dell'Ascarelli verso questo approccio al problema dell'utilizzazione strumentale della persona giuridica qui si rivela quanto mai giustificata, dal momento che in tal guisa non solo si conferma l'equivoco della

persona giuridica quale «entità», quale «cosa» reale, ma, a causa dell'inevitabilmente confermato linguaggio figurato, si resta nel limbo degli auspici, non si chiarisce, cioè, la via tecnico giuridica attraverso la quale risolvere il problema in esame. Quando, invece, si dia atto che la personalità giuridica è un effetto giuridico e non una cosa, si profila netto per l'interprete il compito di verificare se sussistano i presupposti per l'applicazione della relativa normativa alla stregua dell'art. 2248 c.c., di verificare, insomma, la sussistenza delle condizioni per l'uso di quello strumento giuridico.

In tale direzione, le precedenti osservazioni sono utili per una migliore definizione del ruolo del talvolta svalutato art. 2248 c.c. (48). Se letto in connessione con l'art. 2247 c.c., esso dispone che il «costo», non più solo della personalità giuridica, ma anche dell'autonomia patrimoniale, in termini di disapplicazione dell'art. 2740 c.c. per i creditori del gruppo e di disapplicazione dell'art. 2741 c.c. per i creditori particolari dei singoli membri – costo, in definitiva, consistente nella mancata applicazione del principio di uguaglianza – non possa sopportarsi quando i partecipanti si limitino al mero godimento (49).

In via generale ciò conferma l'inesistenza di ostacoli sia all'esercizio di attività economiche da parte di enti non societari (50), che, pure, quei «costi» esibiscono – ma non è un caso che si proponga di rimodellare la configurazione di tali enti ad immagine delle società di capitali (51) – sia all'esercizio, attraverso lo strumento societario, di attività non economiche, anche se rilevanti verso i terzi.

Per quanto riguarda direttamente l'oggetto di queste osservazioni, la c.d. società inattuata, la precedente lettura dell'art. 2248 c.c. non significa solo indirizzare l'interprete verso «le norme del titolo VII del libro III» del codice civile, piuttosto che sulla disciplina delle società, ivi compreso l'art. 2332, ma anche negare nella fattispecie l'utilità sociale ex art. 41 Cost. di tale disciplina.

6. - Con le considerazioni finora formulate è pienamente coerente un ulteriore rilievo: nelle vicende in esame, la preoccupazione per terzi, che, in realtà, o non risultano in concreto coinvolti dall'attività economica della società che si vuole «simulata» – né, d'altra parte lo potrebbero attesa l'inesistenza di tale attività –, ovvero sono compartecipi dello «statico» sfruttamento dei beni c.d. sociali, ha fatto velo sulla circostanza che in tali fattispecie esigenze – queste sì, effettive e concrete – di tutela dei terzi, nella persona dell'avente diritto alla prelazione, militano in senso opposto, nel senso di far valere il mancato espletamento dell'attività economica.

Anzi qui si affollano interessi di grande momento. La prelazione urbana ed agraria sono parte integrante di una disciplina in cui si compone un delicato bilanciamento tra proprietà fondiaria e impresa, tra rendita e processo produttivo, in vista di quella «funzione sociale» della proprietà predicata dagli art. 42 e 44 Cost., sì da costituire momento qualificante del sistema di relazioni sociali predisposto su precise indicazioni di rango costituzionale (52). Per tale via, il problema posto dalle immobiliari di comodo, lungi dall'esaurirsi sul piano fiscale (e già non sarebbe poco), interferisce sull'assetto economico sociale, sulle scelte socio-politiche del legislatore riguardo a determinati beni (53): di qui l'impossibilità di seguire la volontà delle parti, come autorevolmente si vorrebbe.

A questo punto, vincolo dell'utilità sociale nelle forme di svolgimento dell'iniziativa economica, funzione sociale della proprietà, lettura coordinata degli art. 2248 e 2332 c.c. ed elementari esigenze sostanziali dettate dall'assetto di interessi effettivamente realizzato dalle parti, depongono univocamente nel senso della riqualificazione della fattispecie in termini di comunione e di trasferimento del bene, piuttosto che in termini di trasferimento della partecipazione in una società, la quale esiste solo nei segni grafici riportati in un documento conservato in un cassetto.

GIOACCHINO LA ROCCA

--- Estremi documento ---

Archivio: [foro italiano](#)

Tipo documento: nota a sentenza

Vai a: sentenza, nota a sentenza

Voci e sottovoci Repertorio:

Società [6270]
 Comunione
 Simulazione
 Simulazione civile
 Trasformazione

Autore: Gioacchino La Rocca

Titolo: A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.

Giudicante: CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 23-07-1998, n. 7209

Magistrati: Pres. Corda, Est. Losavio, P.M. Buonajuto (concl. conf.)

Parti e avvocati: Soc. Nescar (Avv. Staffa, Sassi) c. Poletti e altri; Poletti e altri (Avv. D'Angelantonio, Piero) c. Soc. Nescar; Soc. Giardino De Sanctis e altri (Avv. Bruno, Pirovano) c. Soc. Nescar.

Giudizio precedente: Conferma App. Milano 9 settembre 1994.

Nella rivista: anno 1999, parte I, col. 3018

--- Note ---

(1) Conf. Cass. 20 marzo 1997, n. 2465, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Simulazione civile*, n. 5, e *Società*, 1997, 1137, con nota di CARDARELLI.

(2) Cass. 28 aprile 1997, n. 3666, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Società*, n. 790; 9 luglio 1994, n. 6515, *id.*, Rep. 1995, voce *Simulazione civile*, n. 20; 28 settembre 1994, n. 7899, *id.*, 1995, I, 1527, con osservazioni di ZUCCO.

(3) Trib. Verona 14 ottobre 1986, *Foro it.*, 1987, I, 1903, con nota di CALVOSA.

(4) V., recentemente, RORDORF, in *Società*, 1995, 344; G. PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 61; ANGELICI, *Note su interposizione fittizia e società di capitali*, *id.*, 1976, II, 683.

(5) MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984, spec. 567 ss.; DI CHIO, in *Società*, 1992, 1092; GIAMPAOLINO, *Note in tema di simulazione di società cooperativa*, in *Giur. comm.*, 1993, II, 471; per un quadro complessivo, v. PAGLIANI, *L'istituto della simulazione nelle società di persone e nelle società di capitali*, in *Società*, 1994, 764.

(6) MEMMO, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1611.

(7) D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte suprema*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1201; MARASÀ, *Comunione di mero godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 159.

(8) PELLICANÒ, in *Contratto e impr.*, 1989, 829.

(9) ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, XVI, 229 ss.; GRECO, *Le società «di comodo» ed il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 757 ss., 766 s.

Sulla preminenza dell'aspetto organizzativo rispetto alla simulazione (nella specie, si trattava di simulata intestazione di quote), v. Trib. Roma 15 novembre 1962, *Foro it.*, 1963, I, 602. Sull'incidenza della tutela dei terzi nella disciplina del contratto di società, v. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 97 ss., 131 ss.; COTTINO, *Considerazioni sulla validità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 273 ss.

(10) Cfr. Cass. 5 novembre 1997, n. 10848, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Simulazione civile*, n. 4.

(11) MARASÀ, *Le «società»*, cit., 614 ss.

(12) Cass. 10 maggio 1997, n. 4088, *Foro it.*, 1998, I, 2255, con note di DI CIOMMO e VINCENTI; TANZI, *Godimento del bene produttivo e impresa*, Milano, 1998, 347, 376 ss.

(13) ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, Roma, 1931, I, 23 ss., 48. Sul tema, v. ampiamente MARASÀ, *op. cit.*, 37 ss.; per le connessioni tra simulazione, negozio indiretto e frode alla legge, v. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, 26 ss.

La distinzione ascarelliana tra simulazione e negozio indiretto è stata seguita da Cass. 11 aprile 1975, n. 1365, *Foro it.*, 1976, I, 175, secondo cui «il contratto, con cui il commissionario di una vendita di frutta e verdura con posteggio nei locali del mercato ortofrutticolo generale di Palermo, per poter conseguire lo scopo, vietato dal

regolamento comunale, di cedere tale esercizio ad altro soggetto, si impegni a costituire con questo una società (la cui rappresentanza legale sarebbe stata affidata al secondo, con l'intesa che, cessata l'attività di commissionario da parte del primo, la società sarebbe stata sciolta per facilitare l'intervento del provvedimento amministrativo di concessione del posteggio al secondo in nome proprio) va qualificato (come la Cassazione può direttamente verificare) contratto preliminare di società, e non definitivo della cessione della concessione di posteggio, e bene è stato dal giudice di merito considerato negozio indiretto e non simulato».

(14) Cfr. Cass. 8 aprile 1936, n. 1233, *Foro it.*, 1936, I, 778, con osservazioni di ASCARELLI.

(15) Infatti, secondo un *tópos* della materia, «le parti vogliono effettivamente e seriamente costituire una persona giuridica per il compimento di atti commerciali»: v., ad es., SRAFFA BONFANTE, *Società anonime «in fraudem legis»?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649; ASCARELLI, *op. cit.*, 68; ID., *Prova della liberazione delle azioni di una società anonima*, in *Foro it.*, 1930, I, 225; FERRI, *Responsabilità dell'unico socio di un'anonima*, *id.*, 1932, I, 722 ss., spec. 724; GRECO, *op. cit.*, 786 s., 791; RORDORF, *op. cit.*; ed in giurisprudenza, v., tra le tante, Cass. 17 novembre 1927, *Foro it.*, 1928, I, 153; 8 aprile 1936, n. 1233, *cit.*; Trib. Firenze 20 marzo 1956, *id.*, Rep. 1956, voce *Società*, n. 247; Trib. Padova 25 luglio 1957, *id.*, 1958, I, 277; App. Milano 24 luglio 1959, *id.*, Rep. 1959, voce *cit.*, n. 119, e *Dir. fallim.*, 1959, II, 637; Trib. Bologna 29 ottobre 1962, *Foro it.*, 1963, I, 431; Cass. 9 dicembre 1970, n. 2602, *id.*, 1971, I, 65; Trib. Firenze 6 febbraio 1971, *id.*, Rep. 1971, voce *cit.*, n. 209; Cass. 28 settembre 1994, n. 7899, *cit.*

Contra, DOMINEDÒ, *La costituzione fittizia delle anonime*, in *Studi in onore di Vivante*, *cit.*, II, 659 ss., spec. 684 ss., che riprende i termini della polemica sul negozio giuridico, sul se, in definitiva, la sua «segreta essenza» dovesse individuarsi nella volontà effettiva (dal che, nella specie, sarebbe conseguita l'inesistenza di una volontà sociale dei soci fittizi e, dunque, l'inesistenza del contratto di società), ovvero nella dichiarazione, con conseguente conferma del suddetto *tópos* (per una rassegna dell'epoca delle varie teorie sul negozio, v. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, (1899, 1900), in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, I, 193 ss.; per la registrazione del definitivo tramonto della teoria della volontà, v. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, (1940), ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 63 ss.; BETTI, *Una teoria del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 137 ss.; per una rivalutazione della volontà privata alla stregua della recente legislazione, v. CALÒ, *Il ritorno della volontà*, Milano, 1999).

(16) G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1959, IV, 678 ss.; FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976; MARASÀ, *op. cit.*, 51 ss.

(17) ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, *passim*, spec. 89 ss., 366 ss.

(18) Cass. 6 agosto 1979, n. 4558, *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Società*, n. 133; BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, 313, 324 ss.; sul «requisito . . . dell'attività . . . essenziale per aversi sia società sia impresa» si insiste a proposito delle società occasionali – figure dalle quali alcune di quelle in esame differiscono per aver posto in essere due contratti e non uno solo – a prescindere dalle soluzioni in concreto accolte: es. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1999, 12; JAEGER-DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1997, 116; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994, III, 1, 247.

(19) ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, *cit.*, 41.

(20) Cfr. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 30.

(21) Sembrano ravvisare una comunione anche quando l'attività imprenditoriale sia venuta meno solo in un secondo momento, BRANCA, *Comunione - Condominio negli edifici*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 27; AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, 44; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996, 543; TANZI, *op. cit.*, 371, nota 264; *contra*, Cass. 7209/98, in epigrafe; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 25. Sul tema, v. Cass. 4 febbraio 1999, n. 959, *Foro it.*, Mass., 147.

(22) AMATUCCI, *op. cit.*, 40; GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in

Il codice civile. Commentario diretto da SCHLESINGER, Milano, 1996, 386 ss., che prospetta altresì la nullità del contratto di società in quanto in frode alla legge; a suo tempo propose una «riqualificazione» della «società etichetta», FERRARA jr., *Società etichetta e società operante*, in *Studi in onore di Messineo*, Milano, 1959, II, 243 ss., 253, che successivamente preferì risolvere il problema attraverso la simulazione: cfr. FERRARA jr.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, 262 s.

(23) BORGIOI, *op. cit.*, 360. E v. già FERRI, *op. cit.*, 682; COTTINO, *op. cit.*, 295.

(24) MARASÀ, nota cit.; L. SANTAMARIA, *Società e simulazione, società e comunione di godimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 205.

(25) GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., I, 498.

(26) Sono parole di TANZI, *op. cit.*, 268.

(27) Così un autorevole filone dottrinale: v., ad es. (pur, talora, con disparità di sfumature), GU. BONELLI, *I concetti di comunione e personalità nella teorica delle società personali*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 285, spec. 300 ss.; CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, *id.*, 1913, I, 86 ss., 91; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 176 s.; BRANCA, *op. cit.*, 18 ss.; VITALE, *Comunione e società*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 391 ss.; AMATUCCI, *op. cit.*, 166 ss.; FRAGALLI, *La comunione*, Milano, 1973, I, 300; TANZI, *op. cit.*, 378 ss.

(28) V. altresì Cass. 6 agosto 1979, n. 4558, *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Società*, n. 132; App. Torino 18 giugno 1958, *id.*, Rep. 1958, voce cit., n. 474 («estinguendosi senza liquidazione una s.n.c., il patrimonio di essa, liberato dal vincolo sociale, ricade nella disponibilità dei soci, che ne avevano sempre conservato la proprietà: riprende vigore, in tal modo, la figura della *communio*, mai sostanzialmente assorbita dal vincolo sociale»); Cass. 10 ottobre 1955, n. 2961, *id.*, 1956, I, 1842: «la comunione si trasforma in società quando allo scopo del godimento delle cose comuni si aggiunge l'esercizio volontario di un'attività commerciale da parte dei condomini».

(29) Di qui la diffusa constatazione che il termine proprietà non designa sempre la medesima situazione giuridica: v., ad es., con riferimento alla comunione, PUGLIATTI, *op. cit.*, 157; RESCIGNO, *op. cit.*, 540 ss.; PALAZZO, *Comunione*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1988, III, 158 ss., 168 s.; SCOZZAFAVA, *Comunione*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, VII, 5; e, per quanto riguarda le persone giuridiche, le società per azioni, D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, 174; HART, *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, (1953), ora in *Contributi all'analisi del diritto*, ed. it. a cura di FROSINI, Milano, 1964, 37 ss., 75 ss.

(30) GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 586, 607, che si riferisce espressamente alla proprietà delle persone giuridiche; ma v. significativi riscontri a proposito della comunione in PUGLIATTI, *op. cit.*, 168 ss.; SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 6.

(31) In questa prospettiva, se non vado errato, GAMBARO, *op. cit.*, 591 ss.

(32) Per recenti opinioni in senso contrario, v. PALAZZO, *op. cit.*, 160, secondo cui «l'acquisizione della personalità giuridica esclude la possibilità di assimilazione tra il fenomeno comunistico e gli enti che abbiano ottenuto il riconoscimento»; IOZZELLI, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 495 ss., 502.

(33) V., per tutti, DE GENNARO, *Le «società di comodo» e l'atto costitutivo*, in *Foro it.*, 1934, I, 483, spec. 490.

(34) V., infatti, quanto si dirà *infra* a proposito della irrilevanza a fini qualificatori dell'art. 2331 c.c.

(35) Cass. 17 novembre 1927, cit.; 20 marzo 1930, *Foro it.*, 1930, I, 562, e, recentemente, Trib. Milano 12 marzo 1992, *id.*, Rep. 1992, voce *Società*, n. 411, e *Società*, 1992, 1091.

(36) Cass. 2465/97, cit. Assegnano valore preminente alla volontà delle parti, DI SABATO, *op. cit.*; FERRARA jr.-CORSI, *op. cit.*, 247. Non lontano – se ho bene inteso – SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 208, laddove ritiene che, a far assumere alla «produzione di due fattispecie contrapposte», due contratti, una dimensione «metaindividuale», ossia esorbitante dagli schemi della comunione, sarebbe sufficiente il recepimento di tale produzione quale «risultato contrattualmente definito come termine di rappresentazioni omogenee», salvo a dubitare che la vicenda entri nel novero delle società a causa dell'inesistenza di

un'attività imprenditoriale: resta, a questo punto, irrisolto l'interrogativo sulla qualificazione da assegnare alla fattispecie posta in essere.

(37) SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151, 161 s.

Invano si cercherebbe un supporto a questa tesi nella nozione di causa quale requisito del contratto, significativa, in quanto tale, al momento della perfezione dell'atto e, pertanto, estranea alla fase esecutiva, cui, invece, perterrebbe l'attività sociale. In questa sede, infatti, la causa assume rilievo, non già nella sua accezione di elemento diretto a temperare in qualche misura l'efficacia vincolante del consenso, bensì quale strumento di controllo sull'assetto di interessi realizzato dalle parti, sulle modalità di impiego della ricchezza (sulle varie nozioni di causa, v. la sintesi di Di MAJO, *Causa del negozio giuridico*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, VI) onde verificare la compatibilità di tale assetto con l'ordinamento, assegnandogli, così, una disciplina coerente con tale valutazione.

In questa seconda prospettiva (che, poi, è quella ascarelliana, ancorata alla necessità di risolvere il problema alla stregua del «risultato pratico» perseguito dalle parti, così come apprezzato dall'ordinamento: v. *Il negozio indiretto*, cit., 52; GRECO, *op. cit.*, 784), l'attenzione dell'interprete va, dunque, rivolta non al momento costitutivo, ma al risultato complessivo, palese od occulto dell'operazione esaminata, con la conseguenza che – anche a non voler tener conto della rilevanza decisiva assunta dall'attività per la perfezione della fattispecie societaria – non può prescindersi dall'attuazione del contratto. Sul punto, v. anche MARASÀ, *Le «società»*, cit., 623 ss.

(38) V. DE GENNARO, *op. cit.*, anche per richiami. Argomento differente da quelli sviluppati nel testo, ma parimenti risalente, è quello per il quale, essendo contratto, omologazione e acquisto della personalità giuridica momenti distinti della fattispecie a formazione progressiva in cui consiste la s.p.a., omologazione e personalità giuridica non sono in grado di far venire meno i motivi di inefficacia del contratto (GRECO, *op. cit.*, 766; SCHERMI, *La simulazione nella costituzione delle società persone giuridiche*, in *Studi in memoria di Torrente*, Milano, 1968, 1065 ss.). Questo argomento, al pari di quelli respinti nel testo, postula la personalità giuridica quale attributo di un dato prenormativo reale o presunto.

(39) ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, cit., 262; ID., *La società nulla*, cit., 215 ss. Sul contenuto del giudizio di omologazione, v., anche per riferimenti, CAMPOBASSO, *I limiti del controllo giudiziario preventivo sugli atti societari fra teoria e prassi*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 601 ss.

(40) FALZEA, *Apparenza*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 113.

(41) ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, 74 ss.

(42) GALGANO, *Persona giuridica*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1995, XIII, 392 ss., 397; RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, in *Persona e comunità*, Padova, 1987, II, 103 ss., spec. 109. Per un riscontro giurisprudenziale in tal senso, v. Cass. 11 settembre 1997, n. 8963, *Foro it.*, 1998, I, 2532, secondo cui il riconoscimento della personalità giuridica non è decisivo ai fini della qualificazione del gruppo (v. spec. 2534).

(43) LA ROCCA, in *Foro it.*, 1998, I, 2617.

(44) ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, ora in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 233 ss., 245 ss., 261; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 180 ss.; JAEGER-DENOZZA, *op. cit.*, 135 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 226 ss.

In questa prospettiva – in cui è evidente l'ascendenza kelseniana del soggetto giuridico quale termine di riferimento di un insieme di norme, di una data disciplina volta a regolare determinati interessi, attribuendo, così, rilevanza giuridica al portatore di tali interessi – è possibile ricostruire il problema del riconoscimento giuridico del gruppo di società: cfr. LA ROCCA, *Impresa e società nel gruppo bancario*, Milano, 1995, 45 ss.

(45) Non da oggi: v. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, 125 ss.

(46) In questa sede non è possibile approfondire adeguatamente il concetto di

«godimento»: v. in proposito, da ultimo, TANZI, *op. cit.* La nozione, al pari di quella di «gestione», assume importanza al fine di risolvere specifici casi concreti: cfr. Trib. Udine, decr. 8 gennaio 1999, *Società*, 1999, 617.

(47) V. già ASCARELLI, in *Foro it.*, 1938, I, 104, spec. 105 s., ora in *Studi sulle società*, Milano, 1952, 377.

(48) Un riesame in TANZI, *op. cit.*, 268 ss., 374 ss.

(49) *Contra*, DI SABATO, *op. cit.*, 24, secondo cui la norma «non impedisce alle parti, in base al principio di autonomia negoziale, di optare per il regime sociale e di gestire in forma societaria la proprietà dei beni».

Nella prospettiva del testo, insomma, l'art. 2248 c.c. rappresenta un ostacolo di diritto positivo alla tesi – ormai, peraltro, generalmente rifiutata – che, muovendo dall'assegnazione alla comunione della titolarità di rapporti giuridici ed equiparando soggettività giuridica e personalità giuridica, conclude per il riconoscimento di quest'ultima alla comunione (cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*; DOSSETTO, *Teoria della comunione*, Padova, 1948; BRANCA, *op. cit.*, 5 ss.).

(50) *Contra*, Cass. 8963/97, *Foro it.*, 1998, I, 2532, secondo cui «lo scopo commerciale» – nella specie intravisto nell'intervento, da parte delle associazioni dei produttori ortofrutticoli, «nel processo economico mediante forme di azione comune volte a concentrare l'offerta e ad adeguare la produzione alle esigenze del mercato» – «costituisce un ostacolo insormontabile alla possibilità di inquadrare le suddette organizzazioni nella figura giuridica dell'associazione, che può essere costituita per vari scopi, culturali, sociali, ricreativi, ecc., ma esclude istituzionalmente tra i suoi fini l'esercizio di attività commerciale». Né – prosegue la sentenza – sarebbe rilevante a tal fine «l'assenza di intento lucrativo», con conseguente forzato inquadramento di dette organizzazioni tra i consorzi (v. col. 2534).

Nell'impossibilità di soffermarsi qui sulla sentenza, si osserva solo che dal quadro normativo risulta che lo scopo delle associazioni occupa la forbice esistente tra l'art. 18 Cost., da un lato, e gli art. 2247, 2248 e 2603 c.c. dall'altro; si può, dunque, dire che non «istituzionalmente», ma «tradizionalmente» alle associazioni è riservato uno scopo «ideale», ovvero che l'organizzazione consortile non possa configurarsi come associazione, ma è dubbio che «lo scopo commerciale», privo di «lucro soggettivo», sia necessariamente estraneo agli enti del I libro: sui travagliati confini tra enti del I e del V libro del codice civile, v. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, 128 ss.; PONZANELLI, in *Foro it.*, 1994, I, 3545; TANZI, *op. cit.*, 333 ss., 360 ss.

(51) Cfr. COSTI, *La riforma delle «fondazioni bancarie»*, in *Banca impr. società*, 1997, 507 ss. (v. infatti il d.leg. 17 maggio 1999 n. 153, sulle fondazioni bancarie).

(52) BARCELLONA, *op. cit.*, 290 ss.; GAMBARO, *op. cit.*, 746 ss.

(53) Ancora una volta si rivela esatta l'osservazione (ASCARELLI, *Personalità giuridica*, cit., 252), per la quale, dietro il concettualismo (qui nella veste della società di capitali munita di rilievo «reale», della persona giuridica ormai costituita e perciò intangibile) v'è una precisa presa di posizione a favore di interessi concreti, nella specie identificabili in quelli dei proprietari di beni tali per cui il legislatore ha ritenuto di limitare i meccanismi di mercato.