

Studi di Diritto dell'Impresa

EMANUELE CUSA

LA SOCIETÀ CONSORTILE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

La società consortile rappresenta l'ultima forma organizzativa autonoma del nostro diritto societario comune; la sua regolamentazione civilistica entrò infatti in vigore nel 1976.

Purtroppo, dopo quarantacinque anni, regna ancora l'incertezza non solo sulla gran parte della disciplina della società consortile, ma anche sugli stessi contorni della relativa fattispecie.

L'incertezza accomuna i teorici e i pratici: come gli studiosi prospettano le tesi più disparate nell'interpretare il diritto delle società consortili, così i notai rozano gli atti costitutivi di queste società (molti dei quali sono stati esaminati per redigere questo saggio) inserendovi significative incoerenze e ambiguità.

Tuttavia, gli operatori economici hanno un crescente bisogno della società consortile, poiché essa rappresenta lo strumento più sicuro (essendo la società l'organizzazione imprenditoriale con la migliore disciplina legale) e più flessibile (essendovi diverse forme societarie tra cui scegliere la più appropriata) per realizzare tra loro collaborazioni durevoli.

Il che è confermato dai dati ricavabili dai registri italiani delle imprese, dai quali emerge una flessione dei consorzi con attività esterna (5.998 nel 2013 e 4.784 nel 2020) e un deciso incremento delle società consortili (5.515 nel 2007 e 11.381 nel 2020), per lo più con personalità giuridica, stante il relativo beneficio della responsabilità limitata garantita ai soci.

Il ricorso alle società consortili potrà essere favorito da una maggior sinergia (facilitata da un miglior diritto dei contratti pubblici) tra le amministrazioni pubbliche – recentemente beneficiarie di ingenti risorse per rendere più moderno e più sostenibile il nostro Paese – e le piccole e medie imprese, di gran lunga prevalenti nel panorama imprenditoriale italiano; in effetti, tali imprese godranno di una probabilità superiore di lavorare per le stazioni appaltanti, se entreranno nella compagine sociale di società consortili.

Le società consortili potranno poi proficuamente essere utilizzate per ottimizzare il funzionamento sia dei distretti produttivi (tra cui quelli

legislativamente definiti come industriali, tecnologici, agroalimentari o rurali), sia delle più recenti filiere produttive (come quelle nei settori dell'agroalimentare, della meccanica e della moda).

L'attuale confusione sul diritto delle società consortili è costantemente alimentata da pratiche e da opinioni tratte, anche giurisprudenziali, spesso basate su preconcetti.

Ripensare alle società consortili è allora una sfida che costringe a interrogarsi su alcune delle nozioni fondamentali del diritto societario comune, quali lo scopo lucrativo, lo scopo mutualistico, l'economicità dell'attività, i tipi di società, la partecipazione sociale e la responsabilità dei soci.

Spero dunque che questa ricerca possa aiutare chi applicherà il diritto delle società consortili, contribuendo così a migliorare la stesura di provvedimenti giudiziari e di regolamenti negoziali attinenti al predetto diritto.

Se ciò accadrà, sarà a tutto vantaggio degli imprenditori italiani, specialmente quelli esercenti imprese non grandi, i quali, non di rado, rimangono sul mercato e/o vi crescono proprio grazie a stabili collaborazioni tra loro.

CAPITOLO PRIMO

LA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. La società consortile tra storia e quantità. – 1.1. Le tappe della disciplina civilistica. – 1.2. Una serie storica. – 2. La società consortile come intreccio di fattispecie. – 2.1. Il tipo contrattuale, i tipi societari e i tipi di società. – 2.2. Il presupposto strutturale del tipo contrattuale. – 3. L'oggetto sociale. – 3.1. L'esclusività eventuale. – 3.2. Il collegamento necessario tra attività consortile e attività economiche dei soci consorziati. – 3.3. L'attività consortile come fase del ciclo produttivo dei soci consorziati. – 3.3.1. La nozione di fase. – 3.3.2. L'attività di direzione e coordinamento. – 3.3.2.1. Il gruppo cooperativo paritetico. – 3.3.2.2. Il gruppo bancario cooperativo. – 3.3.3. L'attività di intermediazione. – 3.3.3.1. I consorzi ordinari e quelli stabili nel codice dei contratti pubblici. – 3.3.3.2. Il contratto di mandato e il rapporto tra società e soci consorziati. – 3.4. L'attività consortile e il diritto della concorrenza. – 3.5. L'attività consortile e l'impresa commerciale o agricola. – 3.6. La società tra professionisti come società consortile necessaria. – 3.7. La pluralità minima dei soci consorziati. – 3.8. Le conseguenze di un numero insufficiente di soci consorziati. – 3.8.1. La nullità della società. – 3.8.2. Lo scioglimento della società. – 4. I soci. – 4.1. I soci consorziati. – 4.1.1. Gli imprenditori. – 4.1.2. I professionisti intellettuali. – 4.1.3. Le amministrazioni pubbliche. – 4.2. I soci non consorziati. – 4.2.1. Nelle società in forma di società lucrativa. – 4.2.2. Nelle società in forma di società mutualistica. – 4.2.2.1. Nel codice civile. – 4.2.2.2. Nelle leggi speciali. – 4.2.2.2.1. I consorzi di società cooperative. – 4.2.2.2.2. I consorzi di cooperative sociali. – 4.2.2.2.3. I confidi di primo grado in forma di cooperativa. – 4.3. Il socio consorziato privo dei requisiti legali. – 5. Lo scopo consortile. – 5.1. L'assenza di una definizione espressa. – 5.2. Un sottoinsieme dello scopo mutualistico. – 5.3. L'interesse dei soci e la causa sociale. – 5.4. L'obbligo di instaurare gli scambi consortili. – 5.5. Gli scambi consortili. – 5.5.1. I luoghi della disciplina negoziale. – 5.5.2. L'inessenzialità del vantaggio consortile. – 5.5.3. L'economicità non dell'attività ma della società. – 5.5.4. La natura almeno economica dello scopo consortile. – 5.5.5. La salvaguardia negoziale dei soci consorziati. – 5.6. I destinatari delle attività consortili. – 5.7. Il perseguimento mancante. – 6. Lo scopo lucrativo. – 6.1. Le nozioni di utile e di avanzo di gestione. – 6.2. Il perseguimento eventuale. – 6.3. L'esclusione possibile. – 6.4. I modi di distribuzione dell'utile. – 7. Le fattispecie di società consortile. – 7.1. Gli elementi indefettibili. – 7.2. Il silenzio negoziale sullo scopo consortile. – 7.3. La qualificazione dell'atto costitutivo e l'autonomia statutaria.

1. La società consortile tra storia e quantità

1.1. Le tappe della disciplina civilistica

Il riferimento alle società consortili compare per la prima volta nel nostro diritto comune grazie all'allegato del r.d. 30 gennaio 1941, n. 17, con il quale si approvò il testo del libro del codice civile, denominato *Dell'impresa e del lavoro*, contenente l'art. 554¹. Questa disposizione è stata poi riprodotta nell'art. 2620 c.c.², il quale è stato introdotto nel nostro ordinamento con il r.d. 16 marzo 1942, n. 262, volto ad approvare l'intero testo del codice civile.

In effetti, l'art. 2620 c.c. – finora mai modificato – stabilisce che la vigilanza amministrativa sui contratti di consorzi (sia volontari, sia obbligatori) si applica «anche alle società che si costituiscono per raggiungere gli scopi indicati nell'art. 2602»; dunque, queste società includono certamente quelle con scopo consortile³ (finalizzate cioè, almeno fino al 1976, a disciplinare le attività economiche degli imprenditori consorziati, a condizione che tali attività fossero identiche o tra loro connesse⁴) e non soltanto quelle qualificabili come uffici esecutivi di contratti di consorzio con attività esterna⁵; detto altrimenti, già il legislatore del 1942 contemplò la possibile costituzione di società perseguenti – non solo indirettamente⁶, ma anche

¹ Il quale così recitava: «1. Le disposizioni di questa sezione si applicano anche alle società che si costituiscono per raggiungere gli scopi indicati nell'art. 536. 2. L'autorità governativa può sempre disporre lo scioglimento della società, quando la costituzione di questa non abbia avuto l'approvazione prevista nell'art. 552».

² Naturalmente, sostituendo i rimandi agli articoli contenuti nel citato art. 554 (artt. 536 e 552) con gli artt. 2602 e 2618 c.c., essendo nel frattempo stato accorpato il libro denominato *Dell'impresa e del lavoro* con gli altri libri che compongono il nostro vigente codice civile.

³ Denominate nella relazione ministeriale al codice civile del 1942, n. 1052, come «società-consorzi».

⁴ Quindi, l'art. 2620 c.c. presupponeva, come minimo, la legittimità delle società aventi una finalità corrispondente a quella perseguita con il consorzio di contingentamento (il prototipo dei consorzi contemplati nel 1942), volto a regolare la quantità di prodotto che più imprenditori concorrenti potevano produrre e/o vendere, al fine di non abbassarne il prezzo.

⁵ Come è chiarito dalla relazione ministeriale al codice civile del 1942, n. 1052; con l'art. 2620 c.c., infatti, «si è creduto opportuno prevedere anche le ipotesi in cui il consorzio stesso è costituito sotto forma di società o in cui accanto al contratto di consorzio viene costituita una società come ufficio esecutivo del consorzio».

⁶ Così sostiene la dottrina minoritaria, espressasi sia prima sia dopo il 1976, qui rappresentata dai seguenti tre autori: T. ASCARELLI, in *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pp. 347-352; M. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984, pp. 29-42; G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli*

direttamente⁷ – scopi consortili, ma non ne prevede un'esplicita disciplina.

Quindi, l'art. 2620 c.c. e il sopra citato art. 554, sebbene mai entrati in vigore (stante la persistente inattuazione dell'art. 111 disp. att. c.c.⁸)⁹, ebbero però il pregio di indicare espressamente la legittimità di società perseguenti lo scopo consortile di cui all'art. 2602 c.c.

Si dovette aspettare l'art. 4 l. 10 maggio 1976, n. 377 per avere all'interno del codice civile una disposizione (l'art. 2615-ter) che non solo contemplasse chiaramente (così dissipando i dubbi in materia¹⁰) la figura della società consortile (usando per la prima volta la relativa espressione), ma che anche avesse la forza di regolare (dal 22 giugno 1976) corrispondenti fattispecie concrete.

Se si dovette attendere il 1976 per avere un'espressa (ma scarna) disciplina civilistica delle società consortili, prima di tale anno la legislazione speciale offriva già importanti e plurime conferme della possibile presenza nel nostro ordinamento di società consortili.

Tra queste conferme rammento l'art. 5 l. 17 febbraio 1971, n. 127 (in vigore dal 5 giugno 1971), il quale sostituì l'art. 27 d.lgs.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (meglio noto come la legge Basevi, fondamentale per l'ordinamento delle società cooperative) con gli artt. 27, 27-bis, 27-ter e 27-*quater* dello stesso provvedimento; ebbene, il nuovo art. 27, comma 1°, d.lgs.C.p.S. n. 1577/1947, tuttora in vigore, così definì (per la prima volta

scambi. Art. 2602-2620, in *Commentario del Cod. Civ. Scialoja - Branca*, Bologna, 2017, pp. 216 e 217. Nella stessa direzione degli autori testé citati si muove Cass., 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1617.

⁷La suddetta lettura è propria della dottrina ampiamente maggioritaria, di cui ricordo R. FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi. Art. 2602-2620*³, in *Commentario del Cod. Civ. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1992, pp. 198-199 e, da ultimo, A. RUOTOLO, *Natura del contratto di società consortili*, in *Cooperative, consorzi e società consortili. Profili sostanziali, notari e fiscali*, Milano, 2019, II, p. 632.

⁸Sicché, ad esempio, se una società consortile fosse stata iscritta nel registro delle imprese senza la prescritta autorizzazione amministrativa (ai sensi degli artt. 2329, n. 3 e 2436, comma 2°, c.c.), la competente autorità amministrativa avrebbe potuto sì proporre la cancellazione di detta società dal registro *ex art. 223-*quater* disp. trans. c.c.*, ma non scioglierla direttamente *ex art. 2620, comma 2°, c.c.*

⁹Dello stesso avviso è, tra gli altri, G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, p. 11.

¹⁰Ciò è confermato dalla relazione al disegno di legge che diventò la l. n. 377/1976, ove – come riporta G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento*, cit., p. 217, nt. 38 – si chiarì che l'art. 2615-ter c.c. «è volto a legittimare l'impiego degli schemi societari in funzione consortile», posto che l'art. 2620 c.c. «non sembra sufficiente ad escludere il pericolo di rifiuto di omologazione di atti costitutivi di società consortili che, senza ricorrere ad infingimenti, volessero dichiarare l'esclusiva finalità consortile della società».

nell'ordinamento cooperativo comune¹¹) una specifica classe di società consortili (in forma di cooperativa): «le società cooperative legalmente costituite, comprese quelle tra pescatori lavoratori, che, mediante la costituzione di una struttura organizzativa comune, si propongono, per facilitare i loro scopi mutualistici, l'esercizio in comune di attività economiche, possono costituirsi in consorzio come società cooperative, ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del codice civile».

L'ultima tappa che ci ha portato all'odierna disciplina comune della società consortile è rappresentata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il quale introdusse nel codice civile gli artt. 2538, comma 4°, 2500-*septies*, 2500-*octies*

¹¹ In effetti, nell'ordinamento cooperativistico, come nel codice civile (in quest'ultimo caso, però, solo dal 1942), erano disciplinati unicamente i contratti di consorzi e non le società consortili.

La disciplina più importante avente a oggetto i consorzi tra cooperative – ancora in vigore, come può ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 27-*bis* d.lgs.C.p.S. n. 1577/1947 e 45, comma 2°, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – è contenuta nella l. 25 giugno 1909, n. 422, poi attuata mediante gli artt. 57-92 dell'allegato (corrispondente al famoso regolamento relativo alla concessione di appalti a società cooperative di produzione e lavoro e alla costituzione dei consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici, il quale costituisce una delle più compiute e meglio redatte discipline del fenomeno cooperativo presenti nel nostro ordinamento) al r.d. 12 febbraio 1911, n. 278 (sul punto, da ultimo, S. STICCHI DAMIANI-M. MONTEDURO, *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2018, pp. 1-19). Da segnalare che, contrariamente alla vigilanza amministrativa sui contratti di consorzio contemplata dagli artt. 2618-2620 c.c. (mai entrata in vigore per la loro inattuazione), quella sui consorzi di cooperative divenne efficace dal 27 aprile 1911 ed era di competenza del Ministero di agricoltura, industria e commercio. Oggi, invece, la stessa vigilanza è di competenza del Ministero dello sviluppo economico, come è stato da ultimo confermato dal d.m. 14 gennaio 2020. Leggendo con attenzione la disciplina del 1909 e del 1911 e contestualizzandola temporalmente, mi sono convinto – sulla base di alcuni significativi dati testuali (come, ad esempio, l'art. 65, comma 3°, r.d. n. 278/1911, il quale consente al consorzio di non ammettere nuovi consorziati dopo la sua costituzione) e, soprattutto, confrontando la regolazione di questi consorzi con quella delle società cooperative ammissibili agli appalti di cui agli artt. 1-56 r.d. n. 278/1911 – che i consorzi in parola siano qualificabili non già come società cooperative di diritto speciale (così, tra gli altri, A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, pp. 220-229 e M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, p. 552), bensì come consorzi con attività esterna di diritto speciale (così, chiaramente, lo scritto di G. OPPO del 1959, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, riportato in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1992, II, pp. 548-551), rientranti nella classe degli enti mutualistici non societari di cui all'art. 2517 c.c. La disciplina dei consorzi in parola, dunque, è composta, in primo luogo, dalla l. n. 422/1909 e dal r.d. n. 278/1911 e, in caso di lacuna e in quanto compatibile, dagli artt. 2612 ss. (non invece dagli artt. 2511 c.c., essendo essi inapplicabili al caso di specie, stante il disposto dell'art. 2517 c.c.). Tra le disposizioni più interessanti dal punto di vista organizzativo di questi consorzi non societari ne segnalo *due*: (i) essi devono essere formati solo da società cooperative (così, chiaramente, più disposizioni contenute nella loro disciplina); (ii) gli stessi devono eseguire gli appalti a loro assegnati, impiegando (salvo casi eccezionali) «esclusivamente operai che siano soci delle cooperative costituenti il consorzio» (art. 76 r.d. n. 278/1911).

e 2545-septies c.c.: la *prima* disposizione ammette la deroga al voto capita-rio nella cooperativa «in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attra-verso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse»; la *se-conda* disposizione consente (tra l'altro) la trasformazione eterogenea di una società lucrativa di capitali in una società consortile; la *terza* disposi-zione prevede la trasformazione di una società consortile in una società lu-crativa di capitali; la *quarta e ultima* disposizione presuppone che la dire-zione e il coordinamento delle imprese di più cooperative possa realizzarsi «anche in forma consortile».

1.2. Una serie storica

Sulla base delle informazioni provenienti dalla Società Consortile di In-formatica delle Camere di Commercio Italiane per azioni (di seguito Info-Camere) posso offrire la seguente serie storica relativa alle società consorti-li di diritto italiano iscritte nei registri delle imprese del nostro Paese¹²:

(i) il totale delle società consortili era 5.515 al 18 ottobre 2007, 6.288 al 1° giugno 2009, 7.294 all'11 giugno 2010, 11.733 al 31 dicembre 2013, 11.784 al 31 dicembre 2015, 11.634 al 31 dicembre 2017, 11.381 al 31 di-cembre 2020;

(ii) al 18 ottobre 2007, delle società consortili senza personalità giuridica 15 erano in forma di società accomandita semplice (s.a.s.) e 21 in forma di società in nome collettivo (s.n.c.), mentre delle società consortili con personalità giuridica 343 erano in forma di società per azioni (s.p.a.), 555

¹²Se i dati che saranno indicati nei numeri (i) (limitatamente a quelli anteriori al 2013), (ii), (iii) e (iv) sono stati elaborati (secondo le modalità descritte in E. CUSA, *Le società consortili con personalità giuridica: fattispecie e frammenti di disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 374, nt. 2) partendo dalle informazioni provenienti da InfoCamere, i dati contenuti nei numeri (v), (vi), (vii) e (viii) corrispondono a quelli direttamente fornitimi da InfoCamere. Circa i dati che si ri-feriscono a fine 2013, fine 2015, fine 2017 e fine 2020, i relativi totali delle società consortili non coincidono con le corrispondenti somme delle società suddivise per tipo di società, poiché ognun-o di questi totali include il numero di società inserite nel registro delle imprese con il codice CN, indicante le società consortili iscritte senza altra specificazione (dunque, un codice che andrebbe prossimamente eliminato dal Ministero dello sviluppo economico, quando aggiornerà l'elenco dei codici relativi alla natura giuridica degli iscritti nei registri delle imprese). Le società contrassegnate dal codice CN erano 201 nel 2013, 188 nel 2015, 174 nel 2017 e 156 nel 2020; molte delle 156 società appena indicate potrebbero essere cancellate presto dal conservatore del competente registro delle imprese, ai sensi dell'art. 40 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. A mio avviso, il numero reale di cooperative consortili dovrebbe essere più alto di quello indicato nel testo, poiché non poche cooperative consortili dovrebbero essere state iscritte nel registro delle imprese come cooperative non consortili.

in forma di cooperativa e 4.590 in forma di società a responsabilità limitata (s.r.l.);

(iii) al 1° giugno 2009, delle società consortili senza personalità giuridica 12 erano in forma di s.a.s. e 22 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 364 erano in forma di s.p.a., 528 in forma di cooperativa e 5.362 in forma di s.r.l.;

(iv) all'11 giugno 2010, delle società consortili senza personalità giuridica 14 erano in forma di s.a.s. e 25 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 393 erano in forma di s.p.a., 576 in forma di cooperativa e 6.281 in forma di s.r.l.

(v) al 31 dicembre 2013, delle società consortili senza personalità giuridica 151 erano in forma di s.a.s. e 92 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 462 erano in forma di s.p.a., 894 in forma di cooperativa e 9.933 in forma di s.r.l.;

(vi) al 31 dicembre 2015, delle società consortili senza personalità giuridica 144 erano in forma di s.a.s. e 84 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 434 erano in forma di s.p.a., 894 in forma di cooperativa e 10.040 in forma di s.r.l.;

(vii) al 31 dicembre 2017, delle società consortili senza personalità giuridica 136 erano in forma di s.a.s. e 77 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 397 erano in forma di s.p.a., 857 in forma di cooperativa e 9.993 in forma di s.r.l.;

(viii) al 31 dicembre 2020, delle società consortili senza personalità giuridica 127 erano in forma di s.a.s. e 66 in forma di s.n.c., mentre delle società consortili con personalità giuridica 357 erano in forma di s.p.a., 796 in forma di cooperativa e 9.879 in forma di s.r.l.

2. La società consortile come intreccio di fattispecie

2.1. Il tipo contrattuale, i tipi societari e i tipi di società

Non si può trattare la *disciplina* comune della società consortile senza farla precedere dalla determinazione della *fattispecie* comune di società consortile¹³, indicando la seconda l'ambito di applicazione della prima¹⁴.

¹³ Similmente G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 253, usa il sintagma «fattispecie società consortile».

¹⁴ In effetti, come insegna G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-

Tuttavia, la fattispecie che intendo studiare nel presente capitolo, mancando una corrispondente definizione legale, deve ricostruirsi partendo dalla relativa disciplina, contenuta nel codice civile e nella correlata legislazione di portata generale¹⁵.

2.1.1. *Normalmente*, l'applicazione della disciplina della società consortile presuppone che sia integrata una fattispecie astratta di società consortile, a sua volta composta da *due fattispecie*¹⁶.

La *prima* fattispecie – di seguito il *tipo contrattuale* di società consortile – corrisponde all'autonomo tipo di contratto nel significato di cui all'art. 1323 c.c., il quale è solo evocato nell'art. 2620, comma 1°, c.c., quando si riferisce alle «società che si costituiscono per raggiungere gli scopi indicati nell'art. 2602» c.c.¹⁷. La società consortile come tipo contrattuale delimita l'insieme civilistico delle organizzazioni imprenditoriali, ciascuna delle quali può essere contraddistinta dal sintagma *società consortile*. Questa fattispecie astratta è però incapace di qualificare corrispondenti fattispecie concrete¹⁸, con la conseguente impossibilità di determinare l'applicazione della relativa disciplina alla realtà societaria, fino a quando i suoi presupposti indefettibili non si combinino con quelli di una seconda fattispecie.

La *seconda* fattispecie corrisponde in realtà a *sette alternative fattispecie*, le quali coincidono con i cinque tipi societari regolati nei capi III e seguen-

Portale, 1, Assago, 2007, p. 63, «ogni disciplina presuppone una fattispecie, cioè uno o più elementi (fatti, atti, soggetti) la cui presenza è necessaria e sufficiente perché la disciplina si applichi».

¹⁵ Così già G. MARASÀ, voce *Società consortili*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, p. 1.

¹⁶ In modo simile (almeno parzialmente, come risulterà evidente al termine della lettura di questo paragrafo e del prossimo) ragiona G. MARASÀ, voce *Società consortili*, cit., p. 4, quando scrive che «la società consortile si configura come una *fattispecie mista* in cui si compenetrano la *struttura organizzativa* propria di uno dei tipi societari con la *causa* propria del tipo associativo consorzio».

¹⁷ La dottrina è divisa tra i pochi che ritengono la società consortile un tipo autonomo (tra gli altri, G. VOLPE PUTZOLU, *Forme di integrazione fra imprese*, in *Diritto commerciale*², a cura di L. De Angelis, Milano, 2020, p. 131) e i più che non lo ritengono (come, da ultimo, V. BUONOCORE-G. CAPO, *L'imprenditore società*, in *Manuale di diritto commerciale*¹⁴, ideato da V. Buonocore, Torino, 2020, p. 199 e M. STELLA RICHTER JR., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 TUSP*, in *Studi e Materiali*, 2017, pp. 552-552, il quale scrive che le società consortili «pacificamente non rappresentano un tipo» autonomo di società). Nel senso della dottrina maggioritaria anche la prassi notarile, qui rappresentata dalla massima n. 18 del Comitato Notarile della Regione Campania, ove si afferma che la società consortile non sarebbe un tipo autonomo, bensì «un particolare modello nell'ambito del tipo adottato».

¹⁸ Al pari della fattispecie astratta corrispondente al tipo contrattuale della società lucrativa, i cui presupposti sono tratteggiati nell'art. 2247 c.c.

ti del titolo V del libro V del codice civile e con i due tipi di società regolati nel titolo VI del libro V del codice civile¹⁹.

Nel precedente capoverso ho usato due diversi sintagmi includenti il termine tipo, poiché ritengo che essi rappresentino *due diversi concetti legali*: (i) il *tipo societario* indica un modello organizzativo autonomo, eventualmente con funzione definita in modo inderogabile²⁰, comunque incapace di rappresentare un'autosufficiente fattispecie astratta²¹; questo concetto è rappresentato dal termine «tipi» contenuto nell'art. 2249, commi 1° e 2°, c.c.; (ii) il *tipo di società* indica un modello organizzativo autonomo, necessariamente con funzione definita in modo inderogabile²² e capace di rappresentare un'autosufficiente fattispecie astratta; questo concetto è rappresentato, al plurale, dal sintagma «tipi di società» contenuto nella rubrica dell'art. 2249 c.c. e, abbreviato, dal termine «tipo» contenuto nell'art. 2249, comma 3°, c.c.²³.

La fusione della prima fattispecie con una delle ricordate sette alternative fattispecie utilizzabili per perseguire lo scopo consortile determina l'esistenza di *sette autosufficienti fattispecie astratte di società consortile* – di seguito (ognuna di esse) un *tipo di società consortile*²⁴ – che saranno così

¹⁹ Circa le suddette v. *infra*, §§ II.2.1 e II.2.2.

²⁰ Come certamente accade per la classe delle società di persone, stante l'art. 2265 c.c. contenuto nella disciplina della società semplice (ma direttamente applicabile anche alle s.n.c. e alle s.a.s. ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2293 e 2315 c.c.), dal quale discende il loro doveroso perseguimento dello scopo lucrativo. Per la dottrina maggioritaria (come ricorda I. CAPELLI, *sub art.* 2265, in S. Patriarca-I. Capelli, *Della società semplice*, in *Commentario del Cod. Civ. Scialoja - Branca*, Bologna, 2021, pp. 235-236) l'art. 2265 c.c. disciplina direttamente pure le società di capitali (perciò ritenendosi norma transtipica), ma in ragione del fatto che queste ultime devono innanzi tutto rispettare l'art. 2247 c.c.

Rispetto alla neutralità funzionale dei tipi societari è d'obbligo il richiamo a P. SPADA, sia in voce *Società: II) Tipi di società in generale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, pp. 1-2, sia in M. Sciuto-P. Spada, *Il tipo della società per azioni*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, p. 91. Sempre P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale*², Padova, 2009, pp. 100-119, denomina (al pari della dottrina maggioritaria) come tipo di società ciò che ho chiamato nel testo tipo societario e non considera (in disaccordo con la dottrina maggioritaria) come tipi di società la società semplice e la s.n.c.

²¹ Le società lucrative sono infatti coinvolte in un processo di «tipizzazione consecutiva», prima mediante l'art. 2247 e poi mediante i tipi societari: così, tra gli altri, P. SPADA, in M. Sciuto-P. Spada, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 10, nt. 15.

²² P. SPADA, in M. Sciuto-P. Spada, *Il tipo della società per azioni*, cit., pp. 93 e 97, non ha dubbi sul fatto che lo scopo consortile evocato nell'art. 2615-ter c.c. sia alternativo allo scopo lucrativo di cui all'art. 2247 c.c. e pertanto indica l'art. 2615-ter c.c. come «sicura divaricazione tra tipi di società e funzione societaria».

²³ Sul rapporto tra tipo di società, trasformazione e cambiamento del tipo v. *infra*, § II.8.1.

²⁴ Similmente, ogni tipo di società lucrativa è determinato dalla fusione del tipo contrattuale di società lucrativa con un tipo societario.

denominate: (i) s.n.c. consortile; (ii) s.a.s. consortile; (iii) s.p.a. consortile; (iv) s.r.l. consortile; (v) s.a.p.a. consortile; (vi) cooperativa consortile; (vii) mutua assicuratrice consortile²⁵.

L'insieme di queste sette fattispecie astratte costituisce la *classe delle società consortili*.

In ognuna delle sette fattispecie di società consortile possono essere sussunte le corrispondenti fattispecie concrete, a condizione che i soci cui si riferiscono queste ultime abbiano voluto (o non disvoluto) tutti i presupposti indefettibili sia del tipo contrattuale di società consortile, sia del tipo (societario o di società) da loro prescelto. Una volta sussunta la fattispecie concreta nella corrispondente fattispecie astratta, è possibile regolare la prima con la disciplina della seconda.

2.1.2. *Eccezionalmente*, il legislatore consente di integrare ognuno dei tipi di società consortile senza che siano voluti (o non disvolti) dai soci tutti gli elementi indefettibili previsti per il selezionato tipo (societario o di società) e per il tipo contrattuale di società consortile. Il che può accadere – come preciserò più avanti²⁶ – una volta che sia stato iscritto nel registro delle imprese l'atto costitutivo di una società con personalità giuridica, ovvero l'atto di trasformazione, di fusione o di scissione riguardante una società consortile, anche in forma di società di persone. In questi casi eccezionali, per sussumere una fattispecie concreta in una delle sette fattispecie astratte dianzi elencate, basta volere (o non disvolere) pochi (molto meno di quelli normali) presupposti indefettibili della fattispecie prescelta. Sicché, ad esempio, in tali situazioni si può eccezionalmente qualificare una fattispecie concreta come s.r.l. consortile (avendola sussunta nel tipo s.r.l. consortile), quand'anche i relativi soci non abbiano voluto tutti i presupposti indefettibili sia del tipo contrattuale di società consortile, sia del tipo (societario) s.r.l.

Nel prosieguo userò la parola *tipo* non già come sinonimo di modello societario²⁷ o di tipo socio-economico, bensì nel solo significato di tipo

²⁵ Se la fusione del tipo contrattuale di società consortile con un tipo societario determina un autonomo tipo di società, la fusione del predetto tipo contrattuale con uno dei due tipi di società mutualistica non determina un nuovo tipo di società diverso da questi due ultimi tipi; ciò mi porterà ad affermare (*infra*, § II.8.3) che il totale dei tipi di società contemplati nel codice civile non è quindici, ma tredici.

²⁶ Nel § I.7.1.

²⁷ Nel presente saggio userò il termine *sottotipo* (e non il termine *modello*) per indicare un'articolazione necessaria (e non eventuale, a seguito di scelte statutarie) di un tipo di società in presenza di determinati presupposti applicativi prescelti dal legislatore, a volte accompagnata da uno specifico *nomen iuris* (come ad esempio accade per la s.r.l. semplificata *ex art. 2463-bis*

*normativo*²⁸ (*rectius*, di tipo *legale*, derivando nel nostro caso dalla legge la sua normatività²⁹), cioè come fattispecie la cui integrazione (eventualmente combinata con quella di altre fattispecie legali) determina l'applicazione della corrispondente disciplina³⁰.

2.2. Il presupposto strutturale del tipo contrattuale

Gli artt. 2538, comma 4°, 2615-ter e 2620, comma 1°, c.c. sono le disposizioni da cui partire per ricostruire la fattispecie corrispondente al tipo contrattuale di società consortile.

Da queste disposizioni ricavo i seguenti due elementi indefettibili per gli enti appartenenti alla classe delle società consortili: (i) un'organizzazione comune qualificabile come società (*presupposto strutturale*); (ii) uno scopo societario qualificabile come consortile (*presupposto funzionale*).

In questo paragrafo analizzo il predetto presupposto strutturale, a sua volta scomponibile in più elementi³¹.

Il fatto che una società consortile debba essere una società significa che il relativo soggetto giuridico (similmente a qualsiasi consorzio in forma

c.c. o per la cooperativa sociale di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381). I presupposti applicativi caratterizzanti il sottotipo possono essere voluti dai paciscenti (si pensi alla scelta di adottare il modello ministeriale di cui all'art. 2463-bis, comma 2°, c.c. o di inserire nella denominazione sociale il sintagma «cooperativa sociale») o anche non necessariamente voluti dagli stessi (si pensi all'applicazione automatica della disciplina delle cooperative a mutualità non prevalente alle società che non riescano a documentare contabilmente i parametri indicati nell'art. 2513 c.c.). Sul fenomeno della sottotipizzazione nel diritto societario cfr., da ultimo, M. CIAN, *Il tipo s.r.l.?*, in *NLCC*, 2021, p. 305. I passaggi tra sottotipi dello stesso tipo di società non determinano una trasformazione in senso stretto, non cambiandosi il tipo; in questo senso, con riguardo ai passaggi tra i quattro sottotipi di società cooperativa, v. *infra*, § II.2.2, in nota.

²⁸ Sull'accezione di tipo normativo nel diritto societario cfr. G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario*, cit., *passim*, al quale rimando per un discorso più generale sulla perdurante (nonostante manchi un'espressa nozione di s.p.a., di s.r.l. e di s.a.p.a. dopo la sostituzione, nel 2003, dei previgenti artt. 2325, 2462 e 2472 c.c.) rilevanza del tipo nella vigente disciplina delle società.

²⁹ Circa il concetto filosofico di tipo normativo (di cui una specie è il tipo legale), opposto al tipo cognitivo, cfr. L. PASSERINI GLAZEL, *La forza normativa del tipo*, Macerata, 2005, pp. 163-172 e 183-186, il quale scrive in modo condivisibile (*ivi*, p. 186) che «il tipo normativo non rappresenta come la realtà *sia*; al contrario: esso stabilisce come la realtà *debba essere*: esso impone norme sulla realtà».

³⁰ L'utilità di chiarire in un saggio di diritto societario quale significato sia stato prescelto per la parola polisemica tipo è messa bene in evidenza, di recente, da A.D. SCANO, *Il "tipo"*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba-G. Marasà, I, Milano, 2020, pp. 32-42.

³¹ Il presupposto funzionale sarà invece trattato nei §§ I.5 ss.

contrattuale ai sensi dell'art. 2602, comma 1°, c.c.³²⁾ sia dotato di un'organizzazione comune regolata dalla disciplina del tipo prescelto dai consorziati³³.

Volendo qui ricostruire il presupposto strutturale di qualsiasi società consortile, non posso non partire dai tratti organizzativi indefettibili di qualsiasi società plurisoggettiva di diritto comune, così come sono tratteggiati dall'art. 2247 c.c.; questa disposizione, infatti, regola *direttamente* le società costituite secondo uno dei tipi societari del titolo V del libro V del codice civile e regola *analogicamente* le società costituite secondo uno dei tipi di società del titolo VI dello stesso libro³⁴.

La mia ricostruzione del presupposto strutturale di qualsiasi società consortile di diritto comune si articola in *cinque punti*.

Il *primo* punto. La società consortile nasce da una pluralità di atti volontari³⁵, eventualmente agevolati ma non imposti dal legislatore; conseguentemente, sono fuori dal perimetro della fattispecie in esame tutti gli enti, quand'anche denominati società consortili, la cui costituzione sia imposta dall'autorità pubblica. Dunque, nel caso di specie gli atti negoziali dei soci fondatori concorrono alla conclusione di un contratto.

Il *secondo* punto. L'organizzazione comune dei consorziati deve essere tale da essere qualificabile come una società, vale a dire deve osservare tutti gli elementi indefettibili del contratto di società prescelto dai consorziati tra i tipi utilizzabili per fondare una società consortile. Se invece detta organizzazione non integrasse la fattispecie societaria (nemmeno quella resi-

³²T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*³, Milano, 1960, p. 110, precisa che l'esistenza di un'organizzazione comune distingue il consorzio finalizzato a disciplinare le imprese dei consorziati dal patto che limita la concorrenza ex art. 2596 c.c.

³³Che la creazione di un'organizzazione a struttura soggettiva sia un tratto imprescindibile di qualsiasi ente denominato dal diritto comune come *società* è un approdo ormai certo per la dottrina, qui rappresentata dal chiaro pensiero di G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2015, pp. 14 ss.

³⁴Dall'art. 2247 c.c. si ricava «l'esistenza di un nucleo di elementi costanti per tutti i tipi di società ovvero, per essere più precisi, di elementi, la cui indefettibilità prescinde dal tipo scelto» (V. BUONOCORE-G. CAPO, *L'imprenditore società*, cit., p. 202). Sicché l'art. 2247 c.c. si applica analogicamente non solo alle società costituite (non già per contratto bensì) per atto unilaterale (così, circa la s.r.l. unipersonale, G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, Milano, 2010, p. 88, nt. 154), ma anche alle società perseguitanti (non già lo scopo di lucro, bensì) lo scopo mutualistico (così, circa le cooperative, E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, pp. 53, 114, 115, 312, 367 e 368).

³⁵V. *infra*, § I.3.2 sull'impossibilità giuridica di costituire una società consortile con un unico socio e i §§ I.4.1 ss. sulle qualifiche soggettive richieste ai soci delle società consortili.

duale della s.n.c. irregolare³⁶ che non sia stata costituita per fatti concludenti³⁷), ci si potrebbe domandare se sia comunque presente un contratto di consorzio, richiedendo quest'ultimo contratto un'organizzazione comune tra i consorziati.

Il terzo punto. L'esistenza di una società presuppone che vi sia un soggetto giuridico distinto dai soci della stessa società, avente un patrimonio giuridicamente separato da quelli dei predetti soci, esercente attività economiche mai imputabili direttamente ai soci³⁸. Il che deve costituire un punto fermo (non sempre condiviso, sia tra gli operatori, sia tra i giuristi, teorici e pratici) nell'affrontare, ad esempio, i seguenti *tre temi*: (i) quello della responsabilità dei soci consorziati per le obbligazioni assunte dalla società consortile (delle quali risponde la sola società consortile con personalità giuridica, salvo diversa disciplina speciale); (ii) quello della disciplina e della contabilizzazione dei rapporti giuridici tra soci e società che danno contenuto allo scopo consortile (stante l'autonoma soggettività della società consortile, questa non è costretta a ribaltare costi e ricavi alle consorziate)³⁹; (iii) quello della fonte del potere di rappresentanza della società con-

³⁶ Aderisco pertanto alla tesi di chi (come questi tre autori: A. BORGIOLI, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu - Messineo*, Milano, 1985, p. 155; M. SPOLIDORO, *Le società consortili*, cit., pp. 100-105; G. VOLPE PUTZOLU, *Responsabilità del consorzio e responsabilità dei consorziati*, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 184) ammette la possibilità di società consortili irregolari; in senso contrario, tuttavia., cfr. G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 109 (per il quale la società consortile non iscritta dovrebbe qualificarsi come associazione non riconosciuta) e P. SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, t. III, Milano, 2005, III, p. 3886.

³⁷ La dottrina è divisa sull'ammissibilità della società consortile di fatto: *a sfavore* cfr., tra gli altri, A. BORGIOLI, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 155, sulla base però di un'argomentazione non condivisibile (basata sull'art. 2603, comma 1°, c.c., sebbene questa disposizione impedisca l'esistenza di un contratto di consorzio di fatto, come giustamente opina la dottrina, qui rappresentata da G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento*, cit., p. 75); *a favore* è invece, da ultimo, S. LUCHENA, *La società consortile irregolare di fatto*, in *Cooperative, consorzi e società consortili. II. Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, a cura di F. Preite, Milano 2019, pp. 647-653, sulla base dell'assunto che la società consortile sarebbe soggetta al diritto del relativo tipo. Se si aderisse a quest'ultima tesi, la società consortile di fatto dovrebbe però esercitare attività commerciale (e pertanto essere qualificata come s.n.c. consortile irregolare), poiché l'art. 2615-ter c.c. impedisce l'esistenza della società semplice consortile.

Sul punto condivido comunque il ragionamento di G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 95, secondo il quale la società consortile di fatto è inammissibile, poiché una tale situazione impedirebbe di individuare inequivocabilmente l'esistenza dello scopo consortile.

³⁸ Quanto sopra precisato costituisce un «comune denominatore di tutte le società previste dal nostro ordinamento», come chiarisce G.C.M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, cit., p. 17.

³⁹ Come sarà spiegato nel § I.5.5.4.

sortile nel compiere negozi giuridici nell'interesse dei soci consorziati (tali negozi, infatti, sono di regola conclusi in ragione del contratto di società e non di un contratto di mandato dei soci alla società)⁴⁰.

Il *quarto* punto. Non può esservi società consortile senza l'apporto di una pluralità di beni e/o di servizi a titolo di conferimento (quand'anche il loro valore sia risibile, come oggi consente l'ordinamento giuridico), grazie ai quali una parte almeno del valore del patrimonio sociale corrisponda al capitale sociale.

Il *quinto e ultimo* punto. Le attività consortili incluse nell'oggetto sociale devono qualificarsi sia come produttive (cioè non di mero godimento, violandosi altrimenti l'art. 2248 c.c.)⁴¹, sia economiche⁴². Tener conto della necessaria economicità dell'attività sarà particolarmente rilevante, quando valuterò⁴³ se una società consortile possa contemplare nel proprio oggetto sociale solo la «disciplina di determinate fasi» delle imprese dei soci consorziati. Per ora mi limito a precisare che il vincolo desunto dall'art. 2247 c.c. comporta che, di regola, le attività consortili siano da qualificarsi come imprenditoriali. Nel prosieguo verificherò⁴⁴, inoltre, se una società consortile non eserciti un'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c. in ragione non tanto delle modalità di svolgimento delle attività consortili, quanto dell'oggetto di tali attività, soffermandomi, in particolare, sulla possibilità di costituire società consortili esercenti esclusivamente attività liberoprofessionali.

⁴⁰ Il suddetto tema sarà approfondito nel § I.3.3.3.2.

⁴¹ Se si seguisse l'orientamento maggioritario (qui rappresentato da S. PATRIARCA-P. BENAZZO, *Diritto delle società*², Bologna, 2018, pp. 7-8; *contra* A. STAGNO D'ALCONTRES-N. DE LUCA, *Manuale delle società*, Torino, 2020, pp. 7-8), sarebbero illegittime le società consortili esercenti mere attività di godimento, anche in ragione del fatto che tali società non possono costituirsi utilizzando il tipo societario corrispondente alla società semplice. Quest'ultima, invece, può limitarsi a svolgere un'attività di mero godimento, in contrasto con gli artt. 2247 e 2248 c.c., come ci ricorda, da ultimo, S. PATRIARCA, *sub* art. 2251, in S. Patriarca-I. Capelli, *Della società semplice*, in *Commentario del Cod. Civ. Scialoja - Branca*, Bologna, 2021, pp. 2-8.

⁴² Sul carattere economico dell'attività consortile nella società consortile v. *infra*, § I.5.5.3. Si discute se l'attività consortile nel contratto di consorzio con attività interna debba avere i caratteri per essere qualificata come impresa (di questo avviso è, da ultimo, P. MENTI, *Tipologie consortili e responsabilità d'impresa*, in *Cooperative, consorzi e società consortili. II. Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, a cura di F. Preite, Milano, 2019, p. 933, nt. 38) o se invece non possa mai qualificarsi come impresa (così, tra gli altri, G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento*, cit., pp. 56 e 245).

⁴³ Nel § I.3.3.1.

⁴⁴ Nel § I.3.6.