

SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALE

COLANA FONDATA DA TULLIO ASCARELLI

CONTINUATA DA GIUSEPPE FERRI

NUOVA SERIE A CURA DI AGOSTINO GAMBINO - BERARDINO LIBONATI

PAOLO FERRO-LUZZI

I CONTRATTI
ASSOCIATIVI

RISTAMPA



MILANO - DOT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2001

1. Dal contratto di società ai contratti associativi.

Come è stato esattamente osservato è tradizionale nella dottrina privatistica la constatazione del fatto che il contratto di società si distacca per tutta una serie di caratteri dai restanti contratti (1).

Distacco questo a ben vedere assai più netto di quello che contrappone ogni tipo di contratto, pel fatto solo di essere tale, agli altri; è in effetti la stessa applicazione alla società di principi e concetti propri della teoria generale del contratto a creare difficoltà.

Tale situazione è emersa ben presto, e con particolare evidenza, per quel che concerne ad esempio le categorie della corrispettività (2),

(1) Così ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 259-60, testo e nota 1.

(2) La confusione terminologica esistente in materia non consente traduzioni univoche. Nella dottrina tedesca la parte più accesa della disputa sembra essersi svolta nella prospettiva dei §§ 320-327 B.G.B. concernenti il « gegenseitigen Vertrag », e con riguardo ai rapporti fra questa disciplina e il § 723 ss. Più che la soluzione della controversia interessa qui il perché di essa, e cioè le singolarità del fenomeno societario che si venivano volta a volta puntualizzando.

Così la negazione del carattere di contratto a prestazioni corrispettive si fonda talora sul fatto che alla prestazione non corrisponde la controprestazione, ma la partecipazione sociale (GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, München u. Leipzig, 1917, § 209, p. 830; nonché sostanzialmente WILAND, *Handelsrecht*, I, München u. Leipzig, 1921, pp. 464-466); altre volte sul parallelismo delle prestazioni (EISENMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., I, Berlin, 1903, § 181, I, b, pp. 1134-5, nota 10) o sulla uguale direzione di tutte le prestazioni al patrimonio comune ed al perseguimento dello scopo comune (KONLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, I, Berlin, 1906, p. 726; TRITZ, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900, p. 309 s.).

L'affermazione invece del carattere di contratto a prestazioni corrispettive si basa sull'osservazione che comunque fra le prestazioni un rapporto di interdipendenza sussiste (LOBE, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4ª ed., II, 2, Berlin u. Leipzig, 1928, Vorb. II, 2, § 705, p. 1264 e *Vorb.* IV, § 705, p. 1267; KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft nach Bürgerlichem Recht*, Berlin, 1910, pp. 41-42; FENNECERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1950, § 176, III, 1, p. 686; DEMBURG, *Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, II, 2, Halle, 1901, § 357, III, p. 537; GEILER, *Das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Rechts*, in Düringer-Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch*, II, 1, 3ª ed., Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932, *Anm.* 40-53, p. 53-56).

La questione, si osserva, è ancora oggi del tutto aperta; vedi per l'af-

sinallagmaticità (3), bilateralità (4), onerosità (5), aleatorie-

formazione della corrispettività, da ultimo, ROSENTHAL-BONBERG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965, n. 2317, p. 769; per la negazione LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Berlin u. München, 1965, § 56, I, b, p. 227.

(3) La distinzione dai contratti a prestazioni corrispettive non è agevole ed in effetti nella dottrina tedesca si trova spesso l'equivalenza fra sinallagmaticità e corrispettività.

Alla sinallagmaticità come categoria propria accenna: SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, in *Jähring Jahrbücher*, vol. 24, seconda serie, dell'intera vol. 60, 1912, p. 188; HOENIGER, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim u. Leipzig, 1910, p. 210 ss. e 267 ss. Sinallagma sarebbe onerosità immediata, nella società invece l'onerosità è mediata: « beim Synallagma erhält jeder, was der andere leistet, bei der Societät geht die Leistung eines jeden nicht an die anderen, sondern an das Gesellschaftsvermögen » (SCHREIBER, p. 188). Vedi anche, per un'originale impostazione KUNTZE, *Der Gesamtwirk, ein neuer Rechtsbegriff*, in *Festsage der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller*, Leipzig, 1891, che distingue fra « synallagmatischer Vertrag » (scambio) e « synergetischer Vertrag » (società), p. 33.

Diversamente la dottrina francese, praticamente unanime nel senso della sinallagmaticità, e si osserva che la traduzione del B.G.B. pubblicata a Parigi, 1905, a cura del « Comité de législation étrangère » costituisce presso il Ministero di Giustizia traduce « *gegenseitig* » con « *synallagmaticque* »; già PORTNER, *Trautman del contratto di società*, vol. I, Milano, 1809, p. V; ma vedi anche BUDRYK, LACANTINIERE e WANI, *Trautman teorico pratico di diritto civile*, Della società, ecc., Milano, 1914, p. 2, s.; da ultimo, LAPARNEUR, *Société et association*, nel *Traité pratique de droit civil français* di PANNON-RUPERT, vol. IX, Parigi, 1954, p. 235. *Contro*: HAMEL, *L'affetto societatis*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1925, p. 761, che accentua le particolarità del contratto rispetto a quelli sinallagmatici più diffusi.

In Italia per la sinallagmaticità nella dottrina anteriore alla elaborazione dei contratti associativi per tutti cfr. BATTISTO, *Del contratto di società e del mandato*, ne *Il diritto civile italiano*, diretto da Fiore e Brugi, Napoli-Torino, 1925, p. 34.

(4) La confusione tra bilateralità e corrispettività è denunciata dal WILAND, *Handelsrecht* cit., p. 464, nota 33; un esempio in: BARON, *Pandekten*, Leipzig, 1885, § 215, p. 350. Ovviamente significato diverso, ma tutt'altro che chiaro, assumerà la bilateralità come contrapposta alla pluralità nella dottrina italiana.

(5) Le perplessità sembrano risalire al tentativo dell'FOENIGER, *Die gemischten Verträge* cit., p. 181 di identificare una « unentgeltlichen Gesellschaft » ancorchè lo stesso A. riconosca poi che tale figura è sconosciuta al B.G.B. (p. 204 s.), e al riguardo vedi le osservazioni dello SCHREIBER, *Gemischte Verträge* cit., p. 196-8 che precisa come ciò che può indurre a dubitare della

tà (6), nonché, parallelamente, in ordine ad istituti connessi con queste classificazioni, l'*exceptio non adimpleti contractus* (7) ad esempio,

onerosità è la circostanza che in detto contratto vi sono disposizioni « die tatsächlich gegen das Moment der Entgeltlichkeit unempfindlich sind, wie die über Geschäftsführung... », p. 187, col che il problema viene spostato su quella particolare natura del contratto di società per la quale cfr. note 16-17.

In argomento vedi anche OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912, pp. 6 e 80 ss. e le fini osservazioni del KUNTZE, *Der Gesamtkauf* cit., p. 31 (nel quadro di una netta distinzione fra società ed altri contratti).

Né va dimenticato come in Germania la società civile possa perseguire scopi ideali, e che un problema, sul piano amplissimo dei contratti associativi sussista lo dimostra oggi la polemica tra FERARA jr., in FERARA, *Le persone giuridiche*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1958, p. 414, nota 2 e RUMMO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 168 s., sulla gratuità o meno del contratto d'associazione come tale.

(6) Vedi, per la controversia estremamente sintomatica di un disagio della dottrina nei confronti del fenomeno: BATTISTA, *Del contratto di società* cit., p. 35, e ivi ulteriore dottrina, cui *adde*: BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1948, p. 292-293.

In Francia per lo stato della questione vedi oggi BLAISE, *L'apport en société*, Parigi, 1955, p. 78 ss.

(7) Le opinioni sono estremamente varie, e rispecchiano, ovviamente, gli orientamenti accennati a nota 2. Si oscilla così fra la negazione dell'applicabilità della disciplina del § 320 B.G.B., almeno in principio, e cfr.: KONIG, *Lehrbuch* cit., pp. 276-7; WIELAND, *Handelsrecht* cit., p. 466 (il quale osserva che l'applicazione dell'eccezione come tale è senza senso e fa capo piuttosto al diritto di uguale trattamento dei soci); GELLER-KESSELER, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1958, *Erl.* 10, § 705, p. 2121 ss.; e la sua affermazione: KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft* cit., p. 42-44; LOBE, in *Plank's Kommentar* cit., *Vorb.* IV, 1, a, b, § 705 (ma se più sono i soci l'eccezione è proponibile solo verso chi a sua volta non ha adempiuto); ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* cit., § 176, III, 1, p. 687 ss. (difficoltà sorgono quando i soci sono più, e più non avendo adempiuto, l'incarico dell'amministrazione si rivolge a uno solo).

Tale seconda posizione viene generalmente temperata — è l'orientamento dominante — e si accenna ad un'applicazione della disciplina in questione per quanto compatibile; varia però il dato che si considera per accertare la compatibilità.

Talora si accentua l'importanza del numero delle parti, ma la distinzione è criticata dal DEMANBURG, *Das Bürgerliche Recht* cit., *loco* cit.

Altre volte invece si dà rilievo al fatto se, con la prestazione mancata, è o non è più possibile raggiungere lo scopo comune: ENDEMANN, *Lehrbuch* cit., § 181, I, 3, p. 1134, nota 10; o si puntualizza come la natura di patrimonio comune a mano unita della comunione cui la società dà luogo renda rara la

e la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (8).

Singoli problemi questi sui quali si concentrò ad un certo punto l'attenzione della dottrina (9).

È chiaro, peraltro, che, in fondo, ciò che in tal modo veniva in discussione era l'essenza stessa del fenomeno, se pur vista sotto il profilo delle prestazioni dei soci e del rapporto che fra esse si in-

possibilità di applicare la normativa in esame: WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt, 1900, addizioni del KAPP al § 406, I, c, pp. 731-2.

In fine si precisa che anche quando l'eccezione è proponibile lo è solo se è mancata l'esecuzione di un conferimento, non contro l'inadempimento di doveri diversi (p. es. d'amministrazione) così GELLER, *Das Gesellschaftsrecht* cit., *Ann.* 56, p. 60.

(8) Si ripetono grosso modo le tendenze già accennate a nota 7. Emerge però la necessità di coordinare i §§ 323-4 con i §§ 723-4 e 726 B.G.B.: KONIGER, *Lehrbuch* cit., *loco* cit.; KISCH, *Die Wirkungen der nachträglich einretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1900, p. 57-59.

Maggior rilievo viene anche dato al fatto se la prestazione venuta a mancare impedisca o meno il raggiungimento dello scopo comune, cfr. TITZE, *Revisione a Kisch*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, terza serie, vol. 9, dell'intera vol. 45, 1904, p. 345 s.; LOBE, in *Plank's Kommentar* cit., *Vorb.* IV, § 705, p. 1267; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* cit., *loco* cit.

Si distingue poi a seconda che la società si trovi in fase costitutiva o questa sia già completata: GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III cit., § 209, p. 831, nota 7; GELLER-KESSELER, in *Staudingers Kommentar* cit., *Erl.* 18, § 705, p. 2123 s.

(9) Alla puntualizzazione della problematica cui si fa cenno nel testo non è certo estranea, per quel che concerne la dottrina tedesca, la codificazione che, dedicando il Titolo II, del Libro II, del B.G.B. al *gegenseitigem Vertrag* riservava a questa categoria una parte notevole della disciplina, in sé non molto ricca, com'è noto, del contratto.

Va tuttavia rilevato come perplessità precisassero, tant'è che nei lavori preparatori per il primo progetto del B.G.B.: *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, Leipzig, 1888, si precisa a proposito dell'*exceptio inadimpleti contractus* che v'è discussione, ma che « die Lösung der Frage ist der Wissenschaft und Praxis zu überlassen », p. 538.

Vedi però, per una significativa differenziazione di indirizzi la posizione del WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit., § 406, nota 1, a, p. 424, paragonata con quella del KAPP, addizione al § 406, I, c, pp. 731-2.

staura, elementi questi che presiedono non solo alla costruzione delle categorie appena ricordate, ma anche alla identificazione e classificazione dei vari tipi di contratto (10).

D'altro canto è anche vero che la sensazione della speciale posizione della società negli schemi contrattuali è assai più antica, ancorchè allo stato diffuso (11).

Un tentativo di spiegare perchè il contratto di società sollevasse tanti dubbi e tante perplessità è tuttavia mancato per lungo tem-

(10) Come riprova, a ben vedere, il fatto che si avverte costantemente l'esigenza per la società di distinguerla da altri contratti, in ordine a ciascuno dei quali, invece, analoghi problemi non sorgono.

Vedi, per i contratti parziari: CROME, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, Freiburg, 1897, p. 8 ss. in particolare p. 24; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III cit., § 209, p. 829, nota 3; STUBERSONDMITZ, *Beteiligung und Teilhaberschaft*, Halle, 1915, p. 124 ss.; DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht* cit., p. 532; LOBE, in *Planck's Kommentar* cit., *Vorb. 2*, § 705, p. 1266; e l'elemento su cui si fa leva è costantemente lo scopo comune.

In posizione autonoma WIELAND, *Handelsrecht* cit., che pone piuttosto l'accento sul diritto del socio all'esecuzione di tutte le prestazioni che devono servire allo scopo comune ed all'esecuzione della propria prestazione, p. 468.

Nella dottrina francese ed italiana della società civile invece l'esigenza di distinzione viene avvertita riguardo i più disparati contratti (mutuo, mandato, locazione, vendita) e il criterio discreto e spesso cercato nell'*affetto societatis*, del che dovrà darsi ragione. Cfr. BAUDRY-LACANTINIERE e WAHL, *Trattato teorico-pratico* cit., *Della società*, p. 23 ss.; HOVEN-BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, I, Parigi, 1935, pp. 71-74.

In Italia cfr. BARRISIR, *Del contratto di società* cit., p. 55-68.

(11) Vedi: JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1893: « Der prinzipielle Unterschied dieser beiden Grundformen des Verkehrslebens beruht auf dem Gegensatz der Verschiedenheit und Identität des Zwecks » (scambio e associazione), p. 124-5, nonché, per quest'ultima, p. 208 ss.; KUNTZE, *Der Gesamtkauf* cit., che puntualizza la differenza dai contratti di scambio parlando di « dualistische und pluralistische Verträge » (p. 32), ma già prima nel *Curus des römischen Rechts*, Leipzig, 1869, accenna ad una distinzione della società dai restanti contratti, § 692, p. 550; BAXON, *Pandekten* cit., ove si distingue fra « Austauschverträge » e « Gemeinschaftsverträge » rispetto ai quali ultimi si afferma che: « mehrere Parteien ihre Leistungen miteinander verbinden, um gemeinsam ein Ziel zu verfolgen », § 215, p. 350.

In particolare si veda poi: WINDA, *Autonomie*, nel *Rechtswörterbuch* del Weiske, I, Leipzig, 1839, p. 546, il quale afferma che nella società non vi sarebbe un semplice rapporto, ma creazione di una sfera ultra individuale: « in jeder Gesellschaft gibt der Mensch notwendig einen Theil seiner Individualität dahin ».

po (12), e la caratterizzazione dell'istituto, nella prospettiva delle singole particolarità che se ne venivano man mano ponendo in luce, è stata costantemente operata facendo capo ad elementi di cui è estremamente difficile precisare il significato e la portata sul piano sia della classificazione che della disciplina degli atti privati.

Nella dottrina tedesca, come naturale riflesso della definizione positiva dell'istituto, § 705 B.G.B., domina lo « scopo comune ».

Il ricorso a tale concetto, del tutto estraneo alla tipologia degli altri contratti, è in funzione della esigenza di inserire un dato ulteriore fra le prestazioni ed il loro rapporto, elementi quest'ultimi che appaiono in sé insufficienti ad identificare il fenomeno societario (13).

In effetti in principio nei contratti il rapporto fra le prestazioni è puntuale: scambio. Tale rapporto per un verso ha in sé la ragione del suo svolgersi, ragione che non è necessario, nè in fondo possibile oggettivare, per altro verso esaurisce l'identificazione del fenomeno che si concentra così sulle prestazioni e la loro natura.

Nella società invece, ove le prestazioni convergono, l'indicazione di un dato che, aggiungendosi alle prestazioni, determini il « perchè » della convergenza, assurge a momento centrale della stessa identificazione sul piano oggettivo del divisato assetto di interessi.

Malgrado tuttavia il continuo richiamo che allo scopo comune viene fatto sarebbe arduo determinare cosa debba intendersi per scopo comune (14), e soprattutto precisare come questo elemento in-

(12) Osserva WIELAND, *Handelsrecht* cit., « es fehlt an monographischen Bearbeitungen des Gesellschaftsvertrages als schuldrechtlichen Allgemeinbegriffs », p. 452, nota 3.

(13) Si ricordi il rilievo dato allo scopo comune nella soluzione dei problemi accennati a note 7 e 8.

Ma è allo scopo comune che si fa capo per spiegare la possibilità di più parti, l'irrilievanza qualitativa e quantitativa delle prestazioni, in definitiva, tutte le particolarità del fenomeno di cui dunque lo scopo comune appare veramente il nucleo centrale e caratterizzante.

(14) Vedi per le incertezze e le perplessità in argomento: GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III cit., § 209, p. 829, che parla di scopo unitario al quale i contraenti hanno lo stesso interesse; analogamente: KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft* cit., p. 12 ss.; HEDERMANN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1949, § 54, I, a, I, p. 303; e da ultimo GERBER-KESSELER, in *Staudingers Kommentar* cit., *Vorb. 26-27*, § 705, p. 1078, e *Erl. 6*, § 705,

cida sulla disciplina del momento iniziale e del successivo sviluppo del fenomeno societario.

Accanto allo scopo comune è frequente il ricorso ad un secondo elemento, di notevole interesse, che investe direttamente la collocazione della società nel sistema dei contratti.

Da un'osservazione del GIERKE, peraltro in quest'A. limitata alla ipotesi in cui la società desse luogo ad una comunione a mano unita, il principio: « *Des Gesellschaftsvertrag des B.G.B. ist... kein reiner Schuldvertrag, sondern zugleich personennrechtlicher Vertrag* » (15)

p. 2120, ove il richiamo a nozioni filosofiche e psicologiche sul valore dello scopo per l'agire umano.

Una qualche maggior precisazione in argomento viene offerta la ove si distingue scopo della società da scopo dei soci, riportando quest'ultimo ai motivi; vedi: GIERKE, *Das Gesellschaftsrecht* cit., *Ann.* 18, p. 29; e, con particolare insistenza: VELTMANN, *Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bonn, 1937, p. 13 ss. Sembra infatti che per tal via ci si avvicini a dare al *quid qualificato* « scopo comune » quel valore oggettivo che la qualifica stessa sovente ha nascosto.

In questo senso « oggettivo » sembra intendere lo scopo WEINAND, *Händlerrecht* cit., p. 452 ss.; in particolare 460, ove, distinta la comunione di scopo dagli interessi, che possono essere in conflitto, si puntualizza « Gesellschaftszweck ist der Vermittler der Leistungen zu bewirkende, als solcher vorgestellte Erfolg » onde « Essentielles Merkmal des Gesellschaftsvertrages ist nur, dass den versprochenen Beiträgen rechtlich die Bestimmung erteilt werde, zur Erzielung dieses Erfolges als Mittel eingesetzt zu werden, ohne dass auf das jene Vorstellung begleitende Wünschen und Fühlen etwas ankommt ».

Alla ambiguità del concetto occorre risalire per comprendere come talora — raramente — si sia ad esso negato rilievo. Così LEONHARD, *Das Schuldrecht des B.G.B.*, II, *Besonderes Schuldrecht des B.G.B.*, München u. Leipzig, 1931, § 140, p. 272, nonché SCHANNENUTTE, *Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1931, pp. 22-25; vedi inoltre HOENIGER, *Die gemischten Verträge* cit., p. 181 s. e SCHANNENUTTE, *Gemischte Verträge* cit., p. 188; ma, si osservi, la negazione è in questi due ultimi A.A. in funzione del profilo del contratto di società che interessa loro e in particolare del tentativo di ravvisarvi una onerosità medata (vedi *infra*, nota 3) con la quale appare in conflitto l'« Einheit der Zweckes ». Una rassegna delle varie opinioni da ultimo in BALLESTRAT, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften*, in *Juristische Schulung*, 1963, p. 253 ss.

(15) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III cit., § 209, p. 831; il carattere deriverebbe dalla natura di « personennrechtliche Gemeinschaft » della comunione a mani unite, sul che cfr. *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, § 79, p. 660 ss., in particolare 675 ss.; potendo però una tale forma di comunione

viene spesso dilatato fino a giungere alla sua applicazione alla società civile come tale (16).

Quello che così emerge sul piano della identificazione dell'istituto è la peculiarità che il contratto di società presenta in funzione della sua natura tipicamente organizzativa.

A ben vedere si tratta di un carattere da connettersi in via sistematica allo scopo comune nel tentativo di precisare il distacco della società dagli altri contratti.

Nella società in effetti, per l'accennata convergenza delle prestazioni, non solo si autonomizza, come s'è detto, il « perché » di queste, ma assume una fisionomia propria, rispetto alla disciplina delle prestazioni, altresì la disciplina delle modalità in cui lo scopo deve essere perseguito.

Tale autonomia si manifesta chiaramente nel fatto che la disciplina di dette modalità resiste ad un inquadramento negli schemi del rapporto debito-credito (e questo ci sembra il significato profondo della polemica contro l'assimilazione della società fra i contratti puramente obbligatori) non trattandosi nel caso di regolare l'acquisizione di una prestazione ad una sfera individuale, ma il perseguimento appunto dello scopo comune.

La dicotomia elemento c.d. « personale » o « associativo » o « organizzativo » ed elemento obbligatorio per quanto diffusa e consolidata (16-bis) è peraltro rimasta piuttosto oscura (17). Tale situazione mancare, senza che perciò sia esclusa la sussistenza di un fenomeno societario, sarebbe anche possibile una società meramente obbligatoria, romanistica nella terminologia dell'A., *ivi*, III cit., § 209, p. 834 s.

(16) Non richiedendo necessariamente la società civile comunione a mano unita il dato in tanto passa a caratterizzare l'intero istituto in quanto si neghi implicitamente od esplicitamente la sua connessione con la teoria della mano comune. Vedi specialmente SCHANNENUTTE, *Gemischte Verträge* cit., pp. 187-8; HOENIGER, *Zur Struktur des Gesellschaftsbegriffs*, in appendice all'opera dello SCHANNENUTTE, *Gesellschaftsbegriff* cit., p. 95 ss.; SCHANNENUTTE, *Gesellschaftsbegriff* cit., p. 27-37 (per il distacco dalla mano comune dell'elemento personale); GIERKE, *Das Gesellschaftsrecht* cit., *Ann.* 7-8, pp. 15-18; VELTMANN, *Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch* cit., pp. 41-66; ma a ben vedere un'anticipazione era già in WINDA, voce « Autonomie » cit., *loco cit.*

(16-bis) Vedi oggi, ad esempio, HAUPT, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 1939, § 4, p. 8 ss.; LEHMANN, *Gesellschaftsrecht*, Berlin u. Frankfurt, 1959, § 1, p. 4 s.; nonché: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II cit., § 56, I, 6,

viene poi notevolmente aggravata dalla confusione dei piani su cui talora si imposta il discorso; in particolare il piano della struttura e quello dell'efficacia. Sul primo la negazione del carattere obbligatorio di quel particolare aspetto del fenomeno che si cerca di porre in luce vuole indicare un modo di disporsi nella società dei rapporti e delle situazioni soggettive distinto da quello che ha il suo paradigma nel debito-credito.

Quanto all'efficacia però si ritiene talvolta che il momento organizzativo possa essere puramente interno, o riflettersi anche all'esterno; possa avere un'efficacia esclusivamente obbligatoria, limitata ai partecipanti, od anche un'efficacia reale (18).

p. 249; MOUTON, *Schuldrecht*, I, München u. Berlin, 1965, § 21, III, pp. 108-10; ESSEN, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960, § 173, 2, 710; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* cit., § 175, I, 1, p. 678 s.

(17) E oscura appare ancora oggi: HUECK, *Gesellschaftsrecht*, München u. Berlin, 1960, pp. 25-26; Id., *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin, 1964, pp. 36-37.

Si oscilla infatti fra una contrapposizione tra dato organizzativo e dato sostanziale: SCHNEIDER, *Gemischte Verträge* cit., *loco cit.*; ed una visione generale del fenomeno ove la negazione del carattere di *schuldrechtlicher Vertrag* è totale: è posizione dello SCHNEIDER e del VETTMANN, cit.

Un tentativo di conciliazione in: HOVING, *Zur Synchronie* cit., p. 98: «Es gibt als ein verbandstreu-schuldrechtliches Element, das bei jeder Gesellschaft 70. omitt. das Verpflichtensein den Mitgesellschaftern gegenüber zu gesellschaftsmässigem Verhalten...».

La tesi della c.d. «Doppelstruktur» del contratto però, per quanto dominante non precisa dal suo canto la distinzione dei termini: cfr. GELLER-KUSLER, in *Ständigers Kommentar* cit., *Vorb.* 203, § 705, pp. 2076-7.

Grava sul punto anche la difficoltà di distinguere i gradi di organizzazione una volta che un momento organizzativo si riconosca pure nella società civile: struttura corporativa (persona giuridica), società, mano comune, puro dato organizzativo.

Su queste gradazioni, anche per qualche incertezza nel pensiero del GIERKE, cfr. LAWENZ, *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, in *Jahrbuch*, vol. 47, seconda serie, dell'intera vol. 83, 1933, in particolare p. 147 ss.; ENGELHARD, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, terza serie, vol. 23, dell'intera vol. 59, 1930, pp. 250 ss. in particolare 254.

Per il riconoscimento di un momento organizzativo anche nella comunione per quote cfr. LOWE, *Gemeinschaft*, nell'*Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, a cura di STIER-SOMLO, II, Berlin u. Leipzig, 1927, p. 693.

(18) Per un cenno in tal senso GELLER, *Das Gesellschaftsrecht* cit., *Anm.* 14, p. 23. Contra però cfr. soprattutto SCHNEIDER, *Gesellschaftsbegriff* cit.,

L'affermazione comunque che il carattere di «*rechtlich organisierte Personengemeinschaft*» identifica la società e la stacca dai fenomeni esclusivamente obbligatori indipendentemente dalla circostanza che la società dia luogo ad una comunione di diritti reali, ed in particolare ad una comunione a mani unite (ove il dato organizzativo ha un rilievo anche esterno) sembra proprio conseguire all'osservazione che nella società vi è sempre un *quid* irrisolvibile nel rapporto debito-credito, quale che poi sia il rilievo e l'efficacia che si ritenga di riconoscere a questo dato (18-bis).

p. 30 ss.; tale A. pone assai bene in luce come, sia pure in linea storica per influsso del *Gesamthandprinzip*, ma ormai in linea logico-sistemata da esso indipendente, si sia affermato nel B.G.B. un concetto di *Gesellschaft* che trova il suo centro, il suo dato caratterizzante proprio nella natura «personale» od «organizzativa» del rapporto, «Was Gierke als die personrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter bezeichnet, knüpft daher nicht an das Gesamthandprinzip, sondern an den Gesellschaftsbegriff an» (p. 32); solo così del resto, solo «Durch die personrechtliche Verbundenheit werde die Rechtssubjektivität selbst in einen besonderen Zustand versetzt» (p. 31), evidente questa che l'A. trova connaturata al concetto di società, ed è evidente il parallelismo con la posizione del WINDA, *Op. cit.*, retro, nota 11.

Ciò conduce ovviamente l'A. non solo a negare che possa darsi società in senso tecnico là ove un fenomeno sia risolvibile in una trama di rapporti obbligatori, ma anche a negare che la società, una volta individuata, in tali termini l'elemento proprio e caratteristico, possa essere fenomeno ad efficacia meramente interna, obbligatoria, e cfr. p. 36 ss.

L'equivocità denunciata del termine «obbligatorio» può tuttavia spiegarlo perché l'affermazione del carattere di contratto obbligatorio della società si ritrova in Autori tutt'altro che insensibili alle peculiarità del fenomeno ed alla sua essenza organizzativa: cfr. WIELAND, *Handelsrecht* cit., p. 452, nota 3.

(18-bis) Più in generale può osservarsi come l'essenza di questa corrente, al di là delle incertezze che da sempre l'hanno accompagnata e l'accompagnano sia da ravvisare in un tentativo di identificare quella particolarità del rapporto associativo che, contrapponendolo allo scambio, permettesse delabore un sistema di principi ad esso propri.

L'impressione sembra confermata dalla circostanza che proprio al carattere in esame si fa appello per affermare che nei rapporti associativi il principio di buona fede assume una particolare incidenza: HUECK, *Der Vertrag*, *danke im Recht der offenen Handelsgesellschaft*, in *Festschrift für R. Hubner*, Jena, 1935, p. 72 ss.; Id., *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft* cit., p. 36-37; Id., *Ubbigo di fedeltà nel diritto privato moderno*, in *Nuova rivista del diritto commerciale* ecc., 1949, 65; JULLIUS v. GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlin, 1958, § 33, p. 195 (il quale peraltro più che di contratto parla di «sozialrechtliche Einigung» § 32, p. 188); LEHMANN, *Gesellschaftsrecht* cit., § 13, pp. 79-80; nonché: LAWENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*,

«Elementi» o «caratteri» i due cui si è accennato del fenomeno societario complessivamente considerato, cui si ricorre continuamente in occasione dello studio dell'atto iniziale, ma da cui non può certo dirsi però che emerga una precisa collocazione della società nel quadro della teoria del contratto, che anzi, su questo piano, la loro portata sembra essere prevalentemente descrittiva (19).

Saranno d'altro canto proprio la comunione di scopo e il momento organizzativo che metteranno in crisi la categoria contrattuale quando, soprattutto in Italia e per merito della dottrina commercialistica, il contratto di società verrà analizzato partendo dal presupposto della sua profonda eterogeneità sistematica nei confronti degli altri contratti.

Un interesse notevolmente minore in argomento presenta la dottrina francese, e l'italiana, che in una prima fase studiò l'atto costitutivo di società soprattutto a proposito della società civile, e seguì, così, le orme di quella francese, come del resto il codice civile del 1865 aveva riprodotto in tema di contratto di società il *Code Napoléon* (20).

In effetti sulla base di una nozione di società più ristretta e più tradizionale di quella del B.G.B. (21), l'identificazione del contratto

Il cit., § 56, II, a, p. 293; GLOOR, *Der Treugedanke im Recht der Handelsgesellschaften*, Aarau, 1943, p. 16, che parla di «Treuepflicht als Bindung an das gemeinsame Ziel» p. 18.

(19) L'irrelevanza qualitativa e la possibile diversità quantitativa delle prestazioni, la potenziale pluralità di parti sono tutti dati che si aggiungono a quelli indicati, ma hanno un carattere ancora più marcatamente descrittivo del fenomeno.

(20) Cfr. SALANDEA, *Società civile (Contratto di)*, in *Nuovo Digesto it.*, nn. 1-2, pp. 424-5; BARRISRA, *Del contratto di società* cit., pp. 20-30.

(21) Restringe il concetto di società la limitazione insita nella determinazione di un particolare scopo: «dividere il guadagno che ne potrà derivare». Sulla possibilità in Germania che la società perseguiva gli scopi più disparati cfr. all'indomani della codificazione KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft* cit., p. 15 ss.; l'opinione è consolidata, vedi nei *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches* cit., pp. 594-5 le ragioni di siffatta dilatazione dell'istituto.

La conformità alla tradizione romanistica, influente attraverso il POTNIER sul *Code Napoléon* (RODINO, *Società civile*, in *Nuovo Digesto it.*, n. 2, p. 418 ss.), rileva, invece, per quanto ora interessa, all'effetto di escludere qualunque rilievo esterno del momento organizzativo. Sulla differenza fra il concetto romanistico di società e quello accolto dal B.G.B. cfr. le osservazioni del GRABKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leip-

viene effettuata facendo leva prevalentemente sugli elementi della messa in comune di qualche cosa e dello scopo di comune guadagno (22).

È d'altro canto assai meno avvertita la sussistenza di un netto distacco del contratto di società dai restanti contratti (23), o, quando ciò accade, è frequente il ricorso per caratterizzarlo all'*affectio societatis*.

La teoria dell'*affectio societatis* — quale che fosse il valore che poteva avere in diritto romano (24) — assorbe in tale orientamento

zigg, 1889, p. 252 ss., che critica la commissione di elementi tradizionali — romanistici — e germanici, ma, in fondo (pp. 89-94), lo scarso rilievo dato a questi ultimi.

(22) In ordine a quest'ultimo si osservi come, pur tornando il ricorso all'elemento «scopo», il che prova la validità generale di quanto sopra affermato, l'attenzione gravita però più sullo specifico contenuto di questo scopo — ricerca di un guadagno da dividere — che sulla circostanza, in sé eccezionale, della precisazione di uno scopo comune come momento della identificazione dell'istituto.

Più in generale è da notarsi come dominii la tendenza a definire il contratto sulla base di una elencazione piuttosto meccanica dei c.d. elementi di questo, identificati seguendo lo stesso schema concettuale adottato per gli altri contratti. Da qui un appiattimento del rilievo proprio dell'istituto (sul che cfr. nota seguente); cfr. BAUDRY-LACANTIERRE e WAHN, *Trattato teorico pratico cit.*, *Della Società*, p. 2 ss.; COLIN-CAPIRANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Parigi, 1948, che enumera cinque tratti essenziali: «l'apporto, lo scopo di realizzare utili, la divisione di questi, la partecipazione di ciascuno agli utili ed ai benefici, la collaborazione paritetica fra i soci», p. 765; LAPARGNEUR, *Société et association*, nel *Traité pratique* cit., di PLANIOL-RIPIERT, p. 236; AUBRY-RAU-ESMEIN, *Droit civil français*, vol. VI, Parigi, 1951, pp. 8-17; HOURN-BOVIER, *Traité* cit., I, p. 68.

In Italia cfr. BARRISRA, *Del contratto di società* cit., pp. 36-50.

(23) Altrettanto, ovviamente, l'esigenza di distinguere la società dagli altri contratti, che sussiste, vivissima (cfr. retro, nota 10), altro la percezione del fatto che società ed altri contratti stanno su piani diversi, onde diversi devono essere gli elementi cui far capo per identificarli e quindi, di conseguenza, distinguerli. Diremmo anzi che proprio la mancata percezione di questo distacco fa sentire il problema, ma al tempo stesso pone nell'impossibilità di risolverlo, di distinguere la società dagli altri contratti.

(24) Cfr. ARNDT, *Il contratto di società*, Torino, 1938, pp. 19-35 ed ivi, a p. 31, l'affermazione che con l'*affectio societatis* si risolvono i casi dubbi «quando vi è incertezza sull'entità della figura giuridica di un dato negozio» e a pp. 34-5 la natura di elemento intenzionale di quest'*affectio*; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 63-70 ove interessa l'osservazione per cui, mentre è da accettarsi la tesi secondo la quale nella società

una parte della problematica che in Germania viene affrontata trattando dello « scopo comune ».

Una importante differenza tuttavia sussiste. In effetti facendosi capo ad un'« *affectio* », un'intenzione propria dei contraenti, anziché ad un dato che qualifica l'affare incidendo sul rapporto fra le prestazioni, ed assume così un valore almeno tendenzialmente oggettivo, diviene ancora più difficile di quanto non fosse per la dottrina tedesca fissare la portata e la funzione dell'elemento (24-bis), di cui s'avverte tutta l'ambiguità (24-ter).

è richiesto un consenso continuativo (e si fa il paragone col matrimonio e il possesso pp. 65-66), deve ritenersi invece che « il ricorso all'intenzione dei contraenti nei confronti di una situazione oggettiva, nota in tutti i suoi elementi per giudicare cioè se una convenzione di cui non si discute né l'esistenza né l'oggetto sia o non sia società, sembra riportarsi all'idea cerebrina che dell'*animus contrahentium* si ebbe in età giustiniana » p. 69; ASRUZZI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Parte generale, I, Milano, 1952, p. 42. « Il contratto di società non è solo fonte di obbligazioni reciproche attuali... ma è anche atto costitutivo di uno status permanente... finché continui in ciascuno dei soci quel particolare animus che le fonti qualificano *affectio societatis* ».

(24-bis) Sul punto: HAMER, *L'affectio societatis* cit., p. 761 s., che chiaramente percepisce il valore soggettivo dell'elemento (sistematicamente accostandolo allo « spirito di liberalità » che caratterizza la donazione, p. 791) ma ne afferma la necessità « dans une législation aussi individualiste que le droit français ».

Per il rilievo determinante dato all'« *affectio societatis* » cfr. HAMER-LACROIX, *Traité de droit commercial*, I, Parigi, 1954, pp. 492-5; ESCARBA-RAVET, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, I, Parigi, 1950, pp. 82-98; PIC-KRENN, *Des sociétés commerciales*, I, Parigi, 1940, pp. 81-102; HOUVIN-BOSVIEUX, *Traité*, I cit., p. 68, testo e nota 2, ove si parla di « volontà di collaborazione economica a fine interessato »; RIEPPEL-BOTLANGER, *Traité de droit civil*, III, Parigi, 1958, p. 713 (elemento essenziale del contratto sarebbe la « volontà d'action commune »); THALLER-PARCESOV, *Traité élémentaire de droit commercial*, I, 3ª ed., Parigi, 1931, che parla di « *affectio societatis* » come stima reciproca, dato da connettersi però col carattere che l'A. riconosce al contratto di creare fra le parti un « lien sympathique de toute autre nature que les conventions ordinaires », § 220, p. 176.

In Italia, su posizioni analoghe vedi: MANNA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, I, Torino, 1902, p. 6, e specialmente 321-329, nonché per la natura di tale elemento anche pp. 335-6.

(24-ter) Vedi: RIEPPEL, *Pré avec participation aux bénéfices et société en participation*, in *Ann. de Droit Commercial*, 1905, p. 61 ss.; perplesso appare LABARONNIER, *Société et association*, nel *Traité pratique* cit., di PLANTUO-RIEPPET, p. 237; e, sia pure nel quadro di un'analisi dell'istituto sostanzialmente tradizionale, BATTISTA, *Del contratto di società* cit., pp. 48-49.

Tanto all'indirizzo francese che a quello tedesco è però comune il modo di impostare lo studio del contratto di società civile, la cui problematica viene tendenzialmente inquadrata in quella propria di un singolo tipo contrattuale, al che ovviamente consegue che l'indagine è portata all'interno di una acquisita teoria generale del contratto (25).

Verissimo, e lo si è notato agli inizi, che era proprio nei confronti di alcuni punti di questa teoria che sorgevano difficoltà, né del resto sono mancate acute percezioni di un diverso rapporto sistematico intercorrente fra società ed altri contratti (26), ma a ciò in genere consegue unicamente la collocazione dell'istituto in una posizione di specialità (26-bis) nell'ambito di una teoria i cui lineamenti base non vengono in discussione.

Distinte dalle società civili le società commerciali (27); la distinzione si riflette sull'impostazione dell'atto costitutivo in maniera abbastanza singolare.

Quando infatti a proposito di quest'atto non vengano ripetute formulazioni comuni al contratto di società civile (28) e si cerchi una

(25) Tendenzia favorita, è ovvio, dalla stessa sistematica positiva, che elenca il contratto di società fra gli altri in modo del tutto meccanico. Così la società nel B.G.B. giace, § 705-740, fra il deposito (in albergo) e la comunione (per quote); nel *Code Napoleon*, artt. 1832-1872, fra la locazione e il prestito; nel codice italiano del 1865, artt. 1697-1736, fra la locazione e il mandato.

Tutt'altra situazione nella codificazione del 1942, ma le innovazioni da questa apportate alla materia sono rilevantissime.

(26) Vedi con grande chiarezza: KURTZE, *Der Gesamtvakt* cit., p. 32, il quale afferma che: « der Begriff der Gesellschaftsverträge eine ganz selbständige Kategorie von Verträgen neben den zweiseitigen Verträgen darstellend, welche ihrer Natur nach auf zwei Parteien zugeschnitten sind. Die Gesellschaftsverträge gehören nicht zu den zweiseitigen Verträgen, sondern bilden eine parallele Linie oder Serie »; si vedano inoltre gli AA. cit. retro a nota 11.

(26-bis) La tesi della specialità è quella che caratterizza le attuali posizioni tedesche; cfr.: GENER-KESSELER in *Stäubingers Kommentar* cit., Erl. 7-8, § 705, p. 2120 ss.; WÜRDINGER, *Gesellschaften*, I, *Personalgesellschaften*, Hamburg, 1937, § 8, p. 41.

(27) Non la distinzione ora interessa, ma il riflesso che essa ha sulla impostazione della problematica dell'atto costitutivo e al proposito cfr. WIERLAND, *Handelsrecht* cit., p. 452, nota 3, che pone in luce come la distinzione abbia impedito una piena presa di coscienza delle caratteristiche del contratto sociale.

(28) Impostazione tipica della dottrina francese ed italiana più antica,

sua autonoma problematica, l'attenzione della dottrina, in particolare modo tedesca (29), converge sulle società il cui sorgere dà luogo alla

vedi per questa: MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, I cit., pp. 17 in particolare, ma è tutta la trattazione che viene così impostata; VIDARI, *Le società e le associazioni commerciali*, Milano, 1889, pp. 32-37; MARONIERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, ne *Il codice di commercio commentato* a cura di BOLAFFIO e VIVANTE, Torino, 1929, pp. 3-5.

In Francia, oltre agli AA. citati a nota 24-bis vedi, in particolare, per le società anonime: RESTRAY, *Traité des sociétés anonymes*, I, Parigi, 1933, p. 17-18; COOPER-ROVER, *Traité des sociétés anonymes*, I, Parigi, 4^a ed., s.d., p. 122 ss. e ivi la curiosa gradazione: società anonime come contratto, come società, come società commerciali, che non vale però ad introdurre per queste ultime, sotto il profilo contrattuale, alcunché di particolare.

(29) Non era infatti possibile per la dottrina francese che sorgesse un problema di contrattualità o meno dell'atto costitutivo di talune società per il fatto in sé che sono dotate di personalità giuridica. La concezione della personalità ivi dominante è infatti tale (personalità equivalente a soggettività, a centro di imputazione di conseguenze giuridiche, nel significato chiarito da ultimo dal GALICANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 20 s.) che questa viene riconosciuta oggi anche alle società civili.

Il cambiamento dottrinale e giurisprudenziale sul punto sembra segnato dalla decisione Cass., Ch. de req., 23 febbraio 1891, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, a cura di CAPRYANT, Parigi, 1934, p. 137 e ivi breve nota. Sul valore e significato della personalità di queste società cfr.: COLIN-CAPRYANT, *Cours élémentaire* cit., pp. 775-6; FERRARA, *Indole giuridica della società civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 523, nota 2.

L'attenzione in Francia si puntualizza così sul dato organizzativo, e quando sembrerà che questo prenda il sopravvento sul dato contrattuale, momento indicato dalla possibilità di modificare a maggioranza gli statuti, allora, ma nel quadro di una visione generale istituzionalistica del fenomeno, si dubiterà della contrattualità; cfr. RUPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, I, Parigi, 1963, § 661-664, p. 329; Id., *Natura giuridica e struttura della società anonima*, in *Nuova rivista del diritto commerciale* ecc., 1952, I, 1 ss., ove non tanto la personalità giuridica in sé, nel significato rarefatto che assume per la società civile, ma la struttura dei tipi più complessi porta a negare la contrattualità, non però la natura di atto volontario plurisoggettivo dell'atto costitutivo; HAMET-LAGARD, *Traité de droit commercial* cit., pp. 468-471, ove si accentua la necessità di concludere, anche nelle società per azioni, la concezione istituzionale e quella contrattuale, mentre per altre società, è viene in particolare considerata quella in nome collettivo, « la règle du contrat conserve son empire ».

È del resto con riguardo alle anonime che è stato condotto con maggiore rigore il tentativo di sostituire alla visione contrattuale quella istituzionale; cfr. GAILLARD, *La société anonyme de demain*, 2^a ed., Parigi, s.d., pp. 15-21 (per la

nascita di una persona giuridica — di un organismo a struttura corporativa cioè — specie all'origine sulle società per azioni, e la questione che allora sorge è quella della comparibilità di tale effetto con l'effetto proprio dei contratti (30).

Non sempre ben distinto da questo problema quello dell'applicabilità o meno a tali atti della disciplina tipica dei contratti; della disciplina in particolare, questa volta, dei vizi del contratto e delle loro conseguenze: nullità ed annullabilità, in funzione della esigenza di tutela dei terzi (31).

teoria contrattuale), 22-23 (sul trapasso dalla teoria contrattuale a quella istituzionale), 34-56 (per i fondamenti della teoria istituzionale) ma si osservi che l'A. non nega la natura contrattuale dell'atto, e cfr. p. 37.

(30) Salvo quanto si dovrà precisare in seguito è questa in sostanza l'impostazione del GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, ristampa inalterata, Berlin, 1963, pp. 114-141 per la società per azioni, ma vedi, invece, per le società commerciali, in principio, pp. 468-477. Per l'antitesi che così si viene a creare fra società per azioni ed altre società cfr. Id., *Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, 1901, pp. 114-137.

(31) Le fasi sembrano essere: una commissione fra i due problemi in GIERKE, *Genossenschaftstheorie* cit., loco cit., in particolare p. 133, nota 2; FEINE, nell'*Handbuch des gesamten Handelsrechts* dell'EHRENBERG, III, 3, Leipzig, 1929, p. 160, nota 12 e p. 162; RUTTM, *Eintritt und Austritt von Mitgliedern*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, vol. 87, 1926, p. 480 ss., in particolare 485; Id., in *Juristische Wochenschrift*, vol. 62, 1933, p. 2222; Id., *Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Beitrittsklärung oder auf rechtzeitig erklärten Austritt*, ivi, vol. 63, 1934, pp. 2108-9.

L'osservazione come l'esigenza di una particolare disciplina dei vizi dell'atto si coordini con le particolarità di un organismo destinato all'attività commerciale con i terzi, e la decisiva influenza che sulla impostazione e soluzione del problema ha avuto la giurisprudenza, mentre irrilevante è la qualità dell'atto costitutivo: MÜLLER ENZACHEN, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1929, Cap. 51, pp. 255-6; v. ТУНН, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, § 34, pp. 479-480.

Logica l'estensione dei principi così elaborati a tutte le società commerciali e poi a tutte, in funzione soprattutto del rilievo esterno della struttura organizzativa a mani uniche; cfr.: JULIUS V. GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtrecht* cit., § 39, p. 190; LENHMAN, *Gesellschaftsrecht* cit., pp. 37-38; ma un cenno è già in O. v. GIERKE cit. retro a nota 8.

Ridimensionata la teoria della « faktische Gesellschaft », che si inserisce nel problema della natura dell'atto costitutivo di società con caratteri propri (LENHMAN, *Gesellschaftsrecht* cit., p. 38 ss.), la particolare disciplina di questi vizi non interferisce più con la contrattualità dell'atto costitutivo di società.

Quello che segna al massimo il distacco dalla trattazione del contratto di società civile è la circostanza che lo studio dell'atto costitutivo di società commerciali nella prospettiva dei due problemi indicati è stato, in pratica sin dall'origine inserito e poi a lungo condotto nel quadro di un vasto processo di revisione della categoria contrattuale (31-bis), processo in cui peraltro tale argomento occupava a ben vedere un posto abbastanza marginale.

In effetti detto processo, che traeva spunto da una reazione all'eccessiva dilatazione assunta dal concetto di contratto (32), doveva portare, come suo risultato di maggior rilievo, al distacco dalla tipologia degli atti privati, in cui si consoliderà il dominio del contratto, della tipologia degli atti di diritto internazionale (33) e pubblico (34).

Sino a che però questo risultato non è stato definitivamente acquisito si è venuta a creare una situazione in un certo qual modo inversa a quella che abbiamo visto caratterizzare l'indagine in tema di contratto di società civile, poiché la problematica specifica dell'atto costitutivo di società commerciale finiva per porsi tendenzialmente al di là della problematica contrattuale, come suo limite.

Problema di un tipo di contratto, dunque, per la società civile, mentre, per le società commerciali, ove la situazione non sia identica,

(31-bis) La possibilità ed utilità di far capo per risolvere gli accennati problemi a categorie di atti diverse da quella contrattuale si delinea invero non appena tale processo si sviluppa e si consolida; vedi infatti, per la sostanziale analogia con le posizioni francesi ed italiane della dottrina tedesca anteriore al sorgere di tale processo: PÖHLS, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Hamburg, 1842, p. 4; АУЕРВАХ, *Aktiengesellschaften*, Berlin, 1879, « Der Gesellschaftsvertrag bleibt nach dem Wortsin immer ein Vertrag », p. 105.

(32) Cfr. GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtslehren*, in *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften*, 1874, pp. 319, 322, 335, e ivi in particolare la critica al tentativo di voler costruire un sistema del diritto dello Stato sulla falsariga della sistemata pandettistica.

(33) Questo era già il senso di quello che è tradizionalmente considerato il primo attacco alla categoria del contratto, cfr. ВЕРОНОВЪ, *Staatsverträge und Gesetz als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1877, pp. 77-81.

(34) Su questo piano dovrà infatti consolidarsi il valore del *Gesamtakt* nella formulazione originaria del KUNZE, *Der Gesamtakt* cit., come fu del resto subito esattamente avvertito in Italia da BRONDI, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, pubblicato nella raccolta degli *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, ora in *Scritti minori*, Torino, 1934, in particolare pp. 24-50.

si passa talora, per talune ipotesi, alla negazione della contrattualità in funzione di esigenze ed effetti particolarissimi.

In questi termini estremi e fra loro antitetici è stato a lungo inquadrato l'argomento dell'atto costitutivo di società (35).

Ed era forse necessario che si verificasse l'incontro, tutto proprio dell'esperienza italiana (36), fra una dottrina particolarmente attenta alle posizioni della scienza germanica ed una codificazione in cui la disciplina degli atti privati è organizzata in un modo sensibilmente diverso dal B.G.B., perché l'impostazione del problema subisse una profonda modificazione.

Va in effetti considerato come il contratto assuma nella siste-

(35) Per le associazioni la situazione è sostanzialmente analoga.

In Germania ciò è di tutta evidenza in ordine alle associazioni riconosciute, che, anzi, dato il modo in cui viene intesa la distinzione fra *Gesellschaft* e *Verein*, è a quest'ultima e non alla società che avremmo dovuto riferire le osservazioni in precedenza fatte in tema di società commerciale dotata di personalità giuridica.

Per quanto riguarda invece le associazioni non riconosciute le posizioni della dottrina tedesca in tema di atto costitutivo direttamente risentono del modo in cui viene concepito l'istituto, e pertanto della oscillazione fra la sostanziale assimilazione alle associazioni riconosciute, forse prevalente in dottrina, e l'assimilazione alla società civile, che sembra suggerita dal B.G.B., (§ 54) (cfr. anche oltre, § 3, nota 39).

Vedi sul punto soprattutto GIERKE, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*, Berlin, 1902, p. 11 s. testo e nota 20; si vedano inoltre: NEURKER, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Leipzig, 1902, pp. 39-41; SCHWABE, *Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihre Verhältnis zur Gesellschaft*, Basel, 1904, pp. 29, 36.

In Francia ed in Italia invece, distinte le società dalle associazioni essenzialmente in funzione dello scopo, il parallelismo, sotto il profilo che ci interessa (modo di intendere l'atto costitutivo) fra i due istituti è perfetto.

Le perplessità sulla natura dell'atto costitutivo dell'associazione presenti in FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, ne *Il diritto civile italiano* diretto da Fiore e Brugi, Torino-Napoli, 1923, pp. 784-5, sono già invero un diretto riflesso della recezione di formulazioni tedesche.

Sui problemi che presenta invece l'associazione non riconosciuta, massime ove ne manchi una esplicita previsione positiva, cfr. GIOVENÈ, *Le associazioni di fatto nel diritto privato*, Milano, 1914, p. 3 ss. e, per l'atto costitutivo, p. 72 ss.

(36) Cfr. per il fenomeno e le conseguenze: NICCOLÒ, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 8, p. 918; GIOSEMANNI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, (estratto dall'*Enciclopedia del diritto*), n. 7, p. 34 ss.

matica positiva, nonché ovviamente scientifica tedesca, una duplice portata (37).

Per un verso la figura è strettamente ancorata alle vicende del rapporto obbligatorio, ed è nei riguardi di questa nozione di contratto (contratto obbligatorio, ove contratto vale sovente rapporto obbligatorio contrattuale) che si è svolta l'analisi della società civile (38).

Per altro verso contratto equivale a negozio giuridico bilaterale (39), e partecipa così dell'ampiezza della categoria negoziale, rispetto alla quale si presenta in posizione subordinata, come un particolare modo di essere, identificato esclusivamente in funzione della sua caratteristica strutturale: bilateralità. E qui il punto di partenza per la dilatazione della categoria al di là del diritto privato, ed è con riguardo a questa seconda nozione che a ben vedere si è svolta negli autori più consapevoli la discussione in tema di atto costitutivo di società commerciale dotata di personalità giuridica, cosa del resto confermata dall'inserimento di questo problema nel processo di cui s'è fatto cenno (40).

Assai diversa e sostanzialmente conforme al modello francese la situazione in Italia.

Quivi, anche in conseguenza del mancato accoglimento della figura del negozio il contratto rappresenta la più ampia e comprensiva categoria di atti che sia prevista. Il fatto è notissimo, ora occorre ricordare che per tale via l'intero schema generale della disciplina

(37) Una lucida esposizione della sistemática positiva della materia si vede oggi in: RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsteben*, 1860-1960, I, Karlsruhe, 1960, pp. 101-104.

(38) Cfr. §§ 305 ss. B.G.B. «Schuldverhältnisse aus Verträgen», il che spiega il rilievo che nella discussione sul contratto di società civile ha avuto il problema della applicabilità dei §§ 320 ss. e il tentativo di staccare il fenomeno societario dal campo puramente obbligatorio (cfr. *retro*, nota 17).

(39) Cfr. §§ 145-157 B.G.B.; per la determinazione dell'esatto valore del concetto di contratto che ne emerge cfr. oltre, § 3, nota 51.

(40) Onde il particolare valore che assume vuoi la negazione che l'affermazione della contrattualità dell'atto costitutivo di queste società, ove la negazione vale sovente negazione della negoziabilità, mentre l'affermazione non va in fondo al di là del riconoscimento della mera negoziabilità dell'atto, non significando invece sottoposizione alla disciplina, sostanziale, del rapporto obbligatorio contrattuale.

degli atti bi o plurilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale viene in Italia direttamente dettato come disciplina del contratto.

Tale disciplina ovviamente comprende vuoi l'accordarsi vuoi ciò su cui ci si accorda; ne risulta una nozione di contratto che indubbiamente presenta aspetti strutturali, accordo visto come combinazione di atti, e funzionali, produzione di una certa serie di effetti (costituzione, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico); si tratta però di componenti, separabili solo in sede di analisi, di un fenomeno essenzialmente unitario, il contratto.

La differenza che tutto ciò comporta rispetto alla sistemática tedesca può puntualizzarsi sotto due profili.

Non è più possibile distinguere due nozioni di contratto di diverso valore, una essenzialmente strutturale, combinazioni di atti, l'altra funzionale, contratto obbligatorio, e di conseguente diversa ampiezza quanto a sfera di applicazione. Il contratto si presenta invero nel nostro codice come la risultante della combinazione di due aspetti, strutturale e funzionale, avendo in conseguenza natura complessa ma dimensione unitaria (41).

Considerando questa dimensione, e si passa così all'esame del secondo dei due profili indicati, può dirsi che il contratto si collochi in Italia in una posizione mediana rispetto ai due estremi tedeschi, più ampio del contratto obbligatorio, assorbendo anche il momento traslativo della proprietà (42), più ristretto del negozio bilaterale, limitato come è a convenzioni atinenti a rapporti patrimoniali (43).

La recezione nel delimitato sistema di tutta la problematica che la dottrina tedesca era venuta elaborando in tema di contratto di

(41) Quello che ora interessa fissare sono esclusivamente le condizioni d'uso del termine contratto che non ci appaiono omogenee considerando il sistema tedesco ed italiano. In ordine al primo non c'è dubbio che ogni contratto (obbligatorio) sia anche contratto (negozio bilaterale) ma non è vero l'inverso per la diversa ampiezza della sfera di applicazione dei due concetti; quella del contratto come negozio bilaterale tende invero a coincidere con quella del negozio, risultando così assai più comprensiva di quella di contratto obbligatorio. Come si accenna nel testo non riteniamo prospettabile in Italia analoghe costruzioni.

(42) Per l'importanza di ciò cfr. soprattutto GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico* cit., n. 5, p. 21 ss.

(43) Su tale limitazione cfr. per tutti, OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto it.*, n. 4, p. 486.

società, determinava il concentrarsi dell'attenzione su questa complessa disciplina generale, che si presenta nella codificazione senza alternative, e senza categorie superiori; dalla quale occorre cioè sempre prendere le mosse qualunque soluzione si voglia dare al problema.

E l'avvio per un'organica impostazione della intera materia fu offerto dalla constatazione che la categoria contrattuale era bensì in principio idonea ad inquadrare anche la società, civile o commerciale che fosse, ma era stata elaborata in considerazione presso che esclusiva di fenomeni diversi da quello societario, lo scambio di beni (44).

Da questa osservazione scaturiva l'esigenza di procedere al riesame della c.d. teoria generale del contratto per determinare quanto in essa fosse, malgrado una apparente generalità, connesso a caratteri propri dell'affare di scambio, e quanto invece riferibile anche all'affare societario.

Portata però l'indagine su questo piano i termini nell'antitesi non potevano più essere rappresentati dalla categoria dei contratti di scambio e dal contratto di società.

Appare infatti chiaro che questo a sua volta altro non sia che un esempio di una intera categoria di atti che, dotati di comuni caratteristiche fondamentali, si presentano in blocco come contrapposti ai contratti di scambio.

Di questa categoria, dei c.d. contratti associativi cioè (45) in tutta

(44) Vedi ripetuti cenni in: ASCARELLI, *La licenza dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 268; *Id.*, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, 439 ss.; *Id.*, *Note preliminari sulle intese industriali*, in *Riv. in. scienze giur.*, 1933, 20 (estratto); *Id.*, *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 179; *Id.*, *Consorzi volontari fra imprenditori*, *Milano*, 1937, p. 37 ss.; *Id.*, *Appunti di diritto commerciale*, II, *Società ed associazioni commerciali*, Roma, 1936, p. 20 ss.

Le singole particolarità vennero poi coordinate e sistematizzate dall'A. ne *Il contratto plurilaterale* cit., e dall'AVULTELLA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, pp. 1-89.

(45) La terminologia adottata per identificare la particolare categoria dei contratti che la dottrina italiana veniva identificando è ancora oggi quanto mai varia: contratti con comunione di scopo: BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, p. 98; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 30 ss.; OSTI, *Contratto* cit., n. 26, p. 494; e da ultimo SENA, *Contratto di società e*

la sua ampiezza, occorre dunque cogliere i profili giuridicamente rilevanti.

Per duplice verso pertanto si abbandona l'analisi del contratto di società come tipo di contratto, sistematicamente accostato a tutti gli altri; perché è in sede di teoria generale che deve trovar posto la categoria del contratto associativo, e perché l'identificazione del con-

comunione di scopo, in *Riv. Società*, 1956, 730, in particolare, 733, testo e nota 8; AVULTELLA, *Associazioni riconosciute*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 5, p. 898; contratti plurilaterali: ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale* cit., p. 270 ss.; GASPARONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, p. 64 ss.; ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società*, *Tipi-Costituzione*, Milano, 1953, p. 300 ss. (di contratti plurilaterali come è noto parla anche il codice, nelle rubriche degli articoli 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.; la paternità dell'espressione è rivendicata da ARANGO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit., p. 74, testo e nota 1, richiama un primo uso del termine fatto nel *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Napoli, 1921, p. 240, nota 1, ma di « pluralistische Verträge » parlava già KUNZE, *Der Gesamtkauf* cit., p. 32); contratti di collaborazione: FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, p. 194; contratti di organizzazione: AVULTELLA, *Il contratto di società commerciale* cit., p. 36, testo e nota 5; ASQUINI, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, 202; contratti a prestazioni plurime convergenti: LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale, Parte generale*, Milano-Messina, s.d., p. 273.

Preferiamo parlare di contratti associativi, sulla scorta di autorevole indirizzo (FERRA, *Contratto plurilaterale*, in *Novissimo Digesto* *it.*, n. 4, p. 680; *Id.*, *La società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 612; e ora MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 9, p. 283, (dell'estratto), ma vedi anche: REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, p. 47, nonché CARLUCCI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 34 ss.) per puntualizzare la connessione fra gli atti che stanno studiando e il fenomeno associativo nel significato dell'espressione che l'indagine verrà man mano precisando.

Riteniamo in effetti che detta connessione permetta di costruire una classe di atti dotata di caratteristiche proprie abbastanza spiccate, tali da giustificare l'elaborazione di una categoria a sè stante nel vasto *genus* contrattuale. D'altro canto è anche vero che la corrente dottrinale di cui si parla nel testo pur abbracciando un insieme di atti forse non omogeneo, almeno nel l'ambito delimitato da alcuno dei suoi più illustri rappresentanti, ciò non di meno riconosce sempre nei contratti associativi, e in particolare nella società, il nucleo o prototipo della categoria. Il fatto è che sotto la pluralità di qualifiche si nasconde una diversità di criteri di costruzione della categoria (vedi sul punto la polemica tra ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale* cit., p. 261, nota 2, e OSTI, *Contratto* cit., n. 36, p. 494 sull'opportunità di far capo a criteri strutturali o economici per la costruzione delle varie categorie di contratti), dal che a sua volta dipende poi la diversa ampiezza a questa attribuita.

tratto di società, prototipo, ma solo prototipo, dei contratti associativi, può avvenire solo all'interno di questi ultimi, e con riguardo ad altri contratti realizzanti fenomeni associativi distinti.

Il condizionamento a fenomeni diversi da quello societario di una serie di disposizioni in tema di contratto — quali ad esempio tipicamente quelle sui contratti a prestazioni corrispettive — è avvertito anche dalla dottrina tedesca (46).

La costruzione come categoria appartenente alla teoria generale del contratto dei c.d. contratti associativi è invece maggiormente legata alla sistematica italiana, e di questa è infatti rimasta propria.

2. L'impostazione del problema dei contratti associativi nella dottrina italiana.

La nozione di contratto nella cui prospettiva la costruzione della categoria dei contratti associativi è stata in Italia avviata e si è interamente svolta sembra essere quella, del resto attualmente dominante, che postula come un *prins* la nozione di negozio giuridico. È essenzialmente come varietà strutturale di questo, negozio bilaterale, che viene oggi inteso l'istituto (1), salvo poi delimitarne ulte-

(46) E in effetti non è stitigito nella disputa sull'applicabilità alla società dei §§ 320 ss. B.G.B. che tali articoli sono stati dettati in considerazione specifica di fenomeni di scambio, diversi dal fenomeno societario.

Sulla distinzione fra *Austauschvertrag* e *Gesellschaftsvertrag* cf. WIELAND, *Handelsrecht* cit., p. 466; HUBER, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft* cit., pp. 38-39; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II cit., § 56, p. 286.

(1) Vedi in siffatto ordine di idee: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 310 ss.; STORZI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 42 s.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 212 ss.; CAROTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 161 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 129; ma già: COVELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Parte generale, Milano, 1929, pp. 319-20; STORZI N., *Diritto civile*, I, 2, *Il negozio giuridico e l'azione*, Torino, 1931, nn. 783-4, p. 624 s.

Vedi inoltre: BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, pp. 339 e 342 ss.; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, p. 165 s.

Della subordinazione del contratto al negozio risente anche la dottrina monografica; cf.: FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1950, e ivi esemplarmente puntualizzato il distacco fra le concezioni tradizionali del contratto

riormente il concetto in funzione della patrimonialità del rapporto che l'atto è destinato a regolare (2), nonché frequentemente della reciproca posizione dei soggetti precedenti all'atto, vista in termini di conflitto, contrasto o comunque contrapposizione dei rispettivi interessi (3).

Per identificare invece la particolare categoria di atti che intende elaborare, la dottrina italiana utilizza il concetto di comunione di interessi, e, più spesso, il concetto di comunione di scopo (4).

Il ricorso allo scopo comune, che sostituisce la considerazione del comune guadagno da dividere tra i soci dominante invece nella precedente dottrina civilistica e commercialistica in tema di società, dipende in parte dall'ampiezza della categoria studiata e in parte dall'infusso della dottrina tedesca, la quale, proprio in grazia della più comprensiva nozione di società accolta in quel sistema, pratica-

(proprie della dottrina francese e precedente italiana) e l'impostazione della materia in funzione della teoria del negozio e cf. rispettivamente pp. 6 ss. e 35 ss.; OSTI, *Contratto* cit., e ivi vedi al Cap. I, sez. II, § 2, l'introduzione del concetto di contratto come negozio bilaterale; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 14 s.; MRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del codice civile* dell'U.T.E.T., Torino, 1967, p. 1 ss., in particolare p. 10; MASSIMO, *Contratto (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 20, p. 36 s. (dell'estratto).

(2) Vedi per le ragioni e la portata di tale delimitazione, tipica della sistematica italiana, soprattutto OSTI, *Contratto* cit., n. 4, p. 486.

(3) Non tutta la teoria del contratto come negozio bilaterale fa capo invero al conflitto di interessi; non ad esempio STORZI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 42, testo e nota 2, nè SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., p. 15 s., nè in fondo CAROTA-FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 162, ss. e 179; tanto meno poi, e le ragioni risulteranno più chiare in seguito, identificava il contratto in funzione del conflitto di interessi la dottrina meno recente: cf. REBENTIN, *Dei contratti nella pratica commerciale* cit., p. 7; RACHONJI, *Dei contratti in generale*, nel *Diritto civile italiano*, parte II, vol. II, Padova, 1936, p. 9. È però proprio la dottrina che ha dovuto occuparsi dei contratti associativi che ha inspiegabilmente esasperato il requisito del conflitto di interessi nel contratto.

(4) Tale secondo elemento è penetrato oggi nella codificazione, e cf. artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.

Ad esso invero uno spiccato rilievo, quando anche l'identificazione della categoria venga affidata in via primaria ad elementi diversi, è dato praticamente da tutta la dottrina che si è occupata dell'argomento.