

Contratto preliminare

Contratto preliminare di trasformazione di una s.a.s. in s.r.l.

Cassazione, sez. I, 2 agosto 2012, n. 13904 - Pres. Plenteda - Est. Ceccherini - P.M. Fimiani

Il contratto preliminare intervenuto tra i soci per la trasformazione da una società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata non è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., atteso che la sentenza non può supplire al procedimento contemplato dagli artt. 2500 e 2500 *ter* c.c., non potendo il giudice surrogarsi alla decisione interna della società di trasformazione da un tipo all'altro e di determinazione del capitale.

Il contratto preliminare di trasformazione di una società in accomandita semplice in società a responsabilità limitata, stipulato tra i soci, è insuscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., in quanto esso preclude non ad un contratto definitivo, ma ad un atto unilaterale interno dell'organismo societario, e, pertanto, il Giudice sarebbe chiamato non già a decidere sul contrasto tra le parti, ma a sostituirsi alla stessa decisione interna societaria ed all'indefettibile procedimento di cui agli artt. 2500 e 2500 *ter* c.c.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Isolato con riferimento al preliminare di trasformazione
Difforme	Non esistono essendo un isolato

Svolgimento del processo

Il signor C.C. citò in giudizio, davanti al Tribunale di Pesaro, la signora C.F., e chiese che fosse accertato l'inadempimento della convenuta all'obbligo contrattualmente assunto, e discendente dall'art. 8 dello statuto della Franca finanziaria di Catervo Cangiotti & C. s.a.s. - del quale le parti detengono l'intero capitale sociale, l'attore quale accomandatario con la quota del sessanta per cento, e la convenuta quale accomandante con la quota del quaranta per cento - di deliberare in qualsiasi momento e a richiesta di qualsiasi socio la trasformazione della s.a.s. in società a responsabilità limitata; e che fosse emessa una sentenza che tenesse luogo della deliberazione non assunta. La convenuta resistette alla domanda. Il tribunale adito qualificò la clausola dello statuto come patto parasociale, respinse la domanda attrice in ragione della natura obbligatoria e non reale di essa, e respinse altresì quella di accertamento dell'inadempimento per difetto d'interesse.

La Corte d'appello di Ancona, con sentenza 20 settembre 2010, ha respinto l'appello dell'attore. La corte ha ritenuto che la clausola dovesse soggiacere alla disciplina propria dei patti parasociali, la cui natura meramente obbligatoria è imposta dall'impedimento che essi comportano per il socio stipulante di determinarsi autonomamente in assemblea, e dallo svilimento dell'organo

assembleare che ne consegue. La necessaria pienezza dell'autodeterminazione del socio è salvaguardata dall'efficacia meramente obbligatoria, che confina le conseguenze dell'inadempimento del patto ai rapporti interni tra gli stipulanti, senza coinvolgere la società, con esclusione pertanto della coercibilità in forma specifica e l'ammissibilità della sola sanzione risarcitoria. Questa disciplina, prosegue la sentenza di appello, non discende dalla diversità del piano in cui si pone l'accordo parasociale rispetto a quello sociale, e, comunque si ricostruisca la fattispecie genetica, la preclusione opera sul piano della tutela, essendo l'eventuale respinzione del socio riguardo alla convenienza sociale degli impegni assunti incompatibile con il rimedio dell'esecuzione in forma specifica.

Quanto poi al terzo motivo di appello, con il quale si censurava l'affermazione dell'inammissibilità della domanda di accertamento dell'inadempimento della convenuta anche in vista dell'interesse dell'appellante all'adempimento, la corte ha osservato che non è configurabile un accertamento incidentale rispetto a una materia che inerisce al fatto costitutivo del diritto dell'attore.

Per la cassazione di questa sentenza non notificata, ricorre il signor C.C. con atto notificato il 10 febbraio 2011, per tre motivi, illustrati anche con memoria.

La signora C.F. ha depositato controricorso.

Ragioni della decisione

Con il primo motivo di ricorso si censura per violazione dell'art. 2932 c.c. e falsa applicazione dell'art. 2341 bis c.c. l'impugnata sentenza, che ha qualificato la clausola contenuta nell'art. 8 dello statuto della s.a.s. come patto parasociale, ha richiamato il disfavore dell'ordinamento per le obbligazioni a tempo indeterminato e la necessità che sia garantita l'autodeterminazione del socio, per concludere che i patti parasociali, anche se contenuti nello statuto sociale, avrebbero efficacia meramente obbligatoria, incompatibile con l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Si deduce che:

- l'art. 8 dello statuto era stato modificato con atto pubblico intervenuto tra i due soci, che rappresentavano l'intero capitale sociale;
- nelle società di persone non v'è l'interposizione della struttura organizzativa societaria;
- il cosiddetto statuto sociale è qualificabile piuttosto come un patto sociale, che meglio evidenzia nominalmente la diversità tra la struttura corporativa delle società di capitale rispetto a quella contrattuale della società di persone;
- indipendentemente dalle espressioni utilizzate dalle parti nell'art. 8 dei patti sociali, si deve parlare di consenso, e non di voto o di delibera, perché il metodo collegiale è escluso laddove i partecipanti operano *uti singuli* e non *uti soci*, in un rapporto contrattuale del quale essi sono i diretti titolari;
- in tale situazione non sussiste quella terzietà soggettiva che impedirebbe alla sentenza pronunciata ex art. 2932 c.c. di trovare applicazione, tenuto conto della giurisprudenza, che ha ripetutamente affermato l'applicabilità della citata disposizione in tutti i casi di violazione di obblighi a contrarre che trovino fondamento nella legge o in un titolo negoziale anche diverso dal contratto preliminare;
- l'esponente non aveva rivendicato il mero adempimento dell'obbligazione a deliberare, come supposto dalla corte territoriale che aveva pertanto erroneamente assimilato il caso in esame a quello di un sindacato di voto, ma l'emanazione di una sentenza costitutiva che producesse gli stessi effetti del contratto concluso, cioè la trasformazione della società in accomandita semplice in società a responsabilità limitata.

Con il secondo motivo si censura la falsa applicazione dell'art. 2341 bis c.c. Si sostiene che la natura e il contenuto dell'accordo contenuto nell'atto pubblico di modifica dell'art. 8 dello statuto della Franca finanziaria di Cattervo Cangiotti & C. s.a.s. non erano in alcun modo riconducibili a un sindacato di voto, né a un patto parasociale, che si porrebbe a latere rispetto alle norme societarie vincolando soltanto i soci sottoscrittori, con efficacia per ciò stesso esclusivamente obbligatoria, ma un patto sociale stipulato dagli unici due soci della società in accomandita semplice, al quale la convenuta si era resa inadempiente.

I due motivi vertono sul punto comune della qualificazione del patto invocato a fondamento della domanda, e della sua efficacia reale.

Essi possono essere esaminati insieme.

Con riferimento alla qualificazione del patto per cui è causa, contenuto nell'art. 8 dello statuto della Franca finanziaria di Cattervo Cangiotti & C. s.a.s., modificato con atto pubblico intervenuto tra i due soci inserito, le censure del ricorrente sono in parte fondate, ancorché, come meglio si dirà in seguito, ciò non giustifichi la cassazione dell'impugnata sentenza, richiedendo soltanto una correzione della motivazione in punto di diritto, a norma dell'art. 384 c.p.c., u.c.

È da premettere che il contratto di società, pur essendo un contratto con comunione di scopo in relazione all'attività da svolgere in comune, è idoneo a far sorgere in capo ai soggetti che vi prendono parte reciproche obbligazioni, il cui inadempimento genera responsabilità. È inoltre indubbio che tali clausole obbligatorie possano essere contenute - come nel caso qui esaminato - nello statuto, che è parte integrante del contratto. Si deve poi ricordare che la validità del preliminare *de ineunda societate* è riconosciuta da una giurisprudenza risalente e consolidata che, con riferimento al caso della costituzione di società di persone, ha avuto altresì occasione di affermare l'ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica, se ciò sia possibile e non sia escluso dal titolo (Cass. 3 gennaio 1970, n. 8). La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha riconosciuto la validità del preliminare anche per la costituzione di una società di capitale (Cass. 2 agosto 1950, n. 2310, 5 ottobre 1953, n. 3177, 11 aprile 1975, n. 1365, 30 marzo 1982, n. 1990, 28 gennaio 1986, n. 550, 18 gennaio 1988, n. 321), ma non ha mai avuto occasione di pronunciarsi sulla possibilità di esecuzione del contratto in forma specifica.

In questo quadro, l'inserzione - in forza di atto pubblico stipulato tra gli unici due soci - del patto preliminare nello statuto della società da trasformare non giustificherebbe di per sé una soluzione che negasse l'ammissibilità del patto. Si deve anche convenire che nelle società di persona non v'è un organo sociale come l'assemblea, che è governata dal principio della maggioranza, e nella quale possa farsi questione - propriamente - di incoercibile libertà di voto del socio.

Occorre tuttavia, a giustificazione della soluzione alla quale la corte territoriale è pervenuta, considerare due punti decisivi.

Innanzitutto, la giurisprudenza di questa corte ha costantemente sottolineato che la validità del contratto *de ineunda societate* è condizionato alla predisposizione, nel preliminare, di tutti gli elementi essenziali del contratto da stipulare, non potendosi supplire alla carenza di tali elementi, riservati all'autonomia negoziale delle parti, con una determinazione giudiziale (per la più recente applicazione del principio, Cass. 18 giugno 2008, n. 16597). Trattandosi di trasformare la società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata, gli elementi essenziali richiesti dall'art. 2500 c.c., comma 1, sono quelli indicati nell'art. 2462 c.c. È sufficiente, a questo proposito, considerare la necessità di indicare nell'atto costitutivo il capitale della società, da determinare con le modalità indicate nell'art. 2500 *ter* c.c., per comprendere come la sentenza che prenda luogo del consenso dei soci alla trasformazione della società in accomandita semplice

in una società a responsabilità limitata non sia sufficiente ad realizzare direttamente lo scopo dei contraenti.

Ma è poi vero anche che il preliminare di costituzione di una società di capitale pone problemi assai diversi da quanto avviene nel caso della costituzione di società di persone, se solo si abbia riguardo alla verifica dei presupposti di legge per la stipulazione dell'atto e agli adempimenti successivi richiesti per l'attribuzione della personalità giuridica, e che questi problemi - sia pure per ragioni diverse da quelle, valorizzate dal giudice di merito, che sono state esaminate dalla giurisprudenza a proposito dei sindacati di voto - costituiscono delle controindicazioni all'applicabilità dell'art. 2932 c.c. Se si circoscrive l'esame al caso, oggetto della presente controversia, del patto avente ad oggetto la trasformazione di una società di persone in una società a responsabilità limitata, appare manifesto che l'art. 2500 *ter* c.c. postula - con una norma del tutto speciale rispetto alla disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo delle società di persone, che esigono l'unanimità - una decisione della maggioranza dei soci, che pur non essendo assunta in un'assemblea propriamente detta, esprime una volontà collegiale alla quale - perché tale e perché proveniente dalla maggioranza dei soci - la legge attribuisce eccezionalmente l'effetto di incidere sul diritto degli altri soci all'esecuzione del contratto sociale; sicché si è fuori del comune schema contrattuale contemplato nell'art. 2932 c.c., comma 1. Il risultato perseguito, della trasformazione della società, non scaturisce dallo scambio dei consensi tra parti diverse di un contratto, ma è l'esito di una manifestazione di volontà collettiva la cui definizione e la cui stessa formazione sono inconcepibili fuori della cornice di un preesistente organismo, che è terzo rispetto ai promittenti.

Sicché, sebbene non possa propriamente parlarsi di maggioranze assembleari, si può dire che il legislatore ha configurato la fase di passaggio da un tipo all'altro anticipando criteri e forme decisionali del tipo societario al quale il procedimento è preordinato, più che a quello di provenienza, per il quale soltanto varrebbero gli argomenti del ricorrente intesi a valorizzare l'aspetto contrattualistico delle società di persone.

In altre parole, il cosiddetto preliminare di trasformazione, stipulato tra i due unici soci della società in accomandita semplice, non prelude ad un contratto definitivo, ma ad un atto unilaterale interno all'organismo societario, sì che il giudice sarebbe chiamato non già a decidere sul contrasto tra la parte che chiede e quella che rifiuta l'adempimento, ma a surrogarsi nella decisione interna della stessa società, di trasformarsi da un tipo all'altro.

Sono queste le ragioni che dissuadono dal seguire l'odierno ricorrente nel tentativo di valorizzare la circostanza di mero fatto che, in questo caso, al preliminare avevano partecipato entrambi i soci i quali, insieme, detenevano l'intero capitale sociale; ciò che dovrebbe consentire di ricostituire la perfetta corrispondenza tra la volontà manifestata dai promittenti e il contenuto della sentenza pronunciata a norma dell'art. 2932 c.c. Del resto, proprio la specificità del caso in esame contraddice l'assunto: la circostanza che l'altra socia avesse manifestato la volontà di recedere dalla società, e di ottenere la liquidazione del-

la sua quota di minoranza (così esercitando, anche in relazione alla possibile successiva trasformazione, un diritto oggi consacrato dall'art. 2500 *ter* c.c., comma 1) ripropone, infatti, il tema della sentenza che, lungi dal dare attuazione alla comune volontà contrattuale delle parti, privilegia la volontà del socio che agisce per la trasformazione della società, rispetto a quella di recedere precedentemente manifestata dall'altro socio.

In conclusione, i due motivi di ricorso devono essere respinti in base al principio di diritto, che il contratto preliminare di trasformazione di una società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata, intervenuto tra i soci, è insuscettibile di esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c., non potendo supplire al procedimento previsto dagli artt. 2500 e 2500 *ter* c.c.

Con il terzo motivo si censura, per insufficienza di motivazione, l'affermazione del giudice d'appello, che non fosse consentito l'accertamento - espressamente richiesto anche in grado d'appello - dell'inadempimento della convenuta alla norma statutaria, risultante da verbale per atto pubblico depositato nel giudizio.

La censura dovrebbe appuntarsi sull'argomento di diritto con il quale la corte ha respinto la tesi dell'appellante richiamando la giurisprudenza di legittimità, che esclude l'accertamento incidentale rispetto ad una materia inerente al fatto costitutivo del diritto dell'attore. Trattandosi di motivazione in diritto, essa doveva essere censurata con il mezzo dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, contestando la validità del principio di diritto enunciato dalla corte d'appello, oppure la sua applicabilità al caso di specie. Rispetto alla motivazione che sorregge la decisione impugnata, come in genere in relazione alle questioni di diritto, la censura di vizio della motivazione è inammissibile.

In conclusione il ricorso deve essere respinto. Le spese del giudizio sono compensate, in ragione della mancanza di puntuali precedenti in termini.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di legittimità.

IL COMMENTO

di Giosuè Leocata

Il presente commento analizza nella prima parte, l'applicabilità del preliminare al contratto di costituzione della società, evidenziando come, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità hanno ribadito che, la validità del contratto *de ineunda societate* è condizionato alla predisposizione nel preliminare di tutti gli elementi essenziali del contratto da stipulare. Inoltre, nella seconda parte, ed è questa la novità della sentenza in commento, si analizzano le ragioni che hanno portato la suprema Corte a sostenere l'impossibilità di sottoporre ad esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., il contratto preliminare di trasformazione di una s.a.s. in una s.r.l., intervenuto tra i soci, non potendo la sentenza del giudice supplire all'ineffettibile procedimento previsto dagli artt. 2500 e 2500 *ter* c.c.

1. La fattispecie: il contratto preliminare di trasformazione da società in accomandita semplice a società a responsabilità limitata

La sentenza della Suprema Corte in epigrafe, è intervenuta nella materia dell'utilizzo del contratto preliminare in ambito societario, affrontando per la prima volta, il problema riguardante sia la legittimità (o meno) dell'applicazione dell'istituto del preliminare nell'ambito della trasformazione della società in accomandita semplice in società a responsabilità limitata, che l'applicazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. I giudici della Suprema Corte, pur affermando che la giurisprudenza, risalente ma consolidata, riconosce la validità del preliminare *de ineunda societate*, sia con riferimento al caso della costituzione di società di persone, che con riferimento alla costituzione della società di capitali (1) (affermando anche l'ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica, se ciò sia possibile e non sia escluso dal titolo (2)), hanno sostenuto che il contratto preliminare di trasformazione di una società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata, intervenuto tra i soci, è insuscettibile di esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c., non potendo la sentenza del giudice supplire al procedimento previsto dagli artt. 2500 e 2500 *ter* c.c.

L'accordo intervenuto fra i soci, ha sostenuto la Suprema Corte, non prelude ad un contratto definitivo vero e proprio, sicché il giudice sarebbe inammissibilmente chiamato a sostituirsi ai soci in una decisione tutta interna alla compagine.

Nella sentenza in epigrafe, si rammenta che la citata norma codicistica (cfr. art. 2932 c.c.) stabilisce che se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza.

Tuttavia, i giudici della Suprema Corte hanno sostenuto che "il risultato perseguito, della trasformazione della società, non scaturisce dallo scambio dei consensi tra parti diverse di un contratto, ma è l'esito di una manifestazione di volontà collettiva la cui definizione e la cui stessa formazione sono inconcepibili fuori della cornice di un preesistente organismo, che è terzo rispetto ai promittenti". Conseguentemente il giudice non può surrogarsi *nella decisione interna della stessa società, di trasformarsi da un tipo all'altro.*

Prima però di procedere all'analisi delle ragioni e delle motivazioni che hanno condotto la Suprema Corte a pronunciarsi nei termini *ut supra* illustrati, corre l'obbligo di analizzare, preliminarmente, le motivazioni e le giustificazioni che hanno condotto parte della dottrina, sostenuta da cospicua giurisprudenza di legittimità e di merito, ad affermare l'ammissibilità di un contratto preliminare di società personale (3) e di capitali.

2. Il contratto preliminare ed il rimedio in caso d'inadempimento

Il nome "contratto preliminare" (4) è recepito nel codice vigente accanto all'espressione "obbligo di concludere un contratto" (rubrica dell'art. 2932

Note:

(1) Cass. 2 agosto 1950, n. 2310; 5 ottobre 1953, n. 3177; Cass. 11 aprile 1975, n. 1365; Cass. sez. I, 30 marzo 1982, n. 1990; Cass. sez. I 28 gennaio 1986, n. 550; Cass. sez. I 18 gennaio 1988, n. 321.

(2) Cass. 3 gennaio 1970, n. 8, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1223.

(3) Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 80, 1959.

(4) La giurisprudenza fa uso di una definizione tratteggiata, parallela a quella enunziata nel testo, e modellata sull'ipotesi campione del preliminare di vendita traslativa: "il contratto preliminare fa dipendere il trasferimento della proprietà da una futura manifestazione di consenso, che i contraenti stessi si obbligano a prestare" Così, *ex multis*, Cass. 12 dicembre 1966, n. 2892 (in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1029).

c.c.). Per contratto preliminare si intende il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare, in futuro, un altro contratto, chiamato - per contrapposizione - definitivo.

Il contratto preliminare, così come descritto, deve essere tenuto distinto dal negozio con cui le parti vogliono fin d'ora gli effetti definitivi, ma si promettono reciprocamente di riprodurre il consenso (per lo più, in una forma diversa e più solenne) (5).

La distinzione è importante, perché nel caso del contratto preliminare lo stipulatore insoddisfatto ha diritto alla conclusione del contratto definitivo, e può ottenere una sentenza costitutiva che tiene luogo del consenso della controparte (art. 2932 c.c.).

La disputa sulla vera natura del contratto preliminare è stata tenuta aperta fino a questi tempi. Qualcuno ha pur pensato che se il contratto è un negozio, se il negozio è atto di autonomia, non c'è posto per due distinti contratti, di cui l'uno (il preliminare) sarebbe autonomo, e l'altro (il definitivo) sarebbe invece coatto. "Negozio ed autonomia sarebbero correlati, negozio e coazione si escluderebbero a vicenda. Il cosiddetto definitivo sarebbe una pura dichiarazione voluta, non negoziale; ovvero, alternativamente, il preliminare sarebbe una mera dichiarazione di trattativa. La correlazione fra contratto ed autonomia va di pari passo con la negazione della figura della obbligazione di contrarre.

Quest'ultimo risultato, una volta acquisito sul terreno del contratto preliminare, dovrebbe essere extrapolato nel campo degli obblighi legali di contrarre, con ulteriore menomazione del sistema legale" (6).

Il preliminare è dunque un contratto. La scissione del preliminare dal definito adempie dunque sicuramente a funzioni pratiche di primaria importanza. La scissione come tale ha una sua funzione, che tutt'uno con il motivo che guida le parti verso questa scelta. La funzione è pertanto il controllo che il contraente vuole esercitare sul bene o sulla prestazione e dal quale quest'ultimo ricava il vantaggio nascente dalla postergazione del definitivo rispetto alla consegna.

Il preliminare è quindi caratterizzato dal fatto di produrre, in piena conformità con ciò che le parti hanno voluto, l'impegno a concludere in futuro un contratto; e perciò non va confuso con quel consenso, il cui effetto dipende per legge dal verificarsi di un diverso evento, sia pure volontario, qual è la consegna (7).

Il noto contrasto teorico, tra chi attribuiva alla pronuncia giurisprudenziale (Cfr. art. 2932 c.c.) il carattere di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligazione (8) e chi vi intravedeva, viceversa, la costituzione *ope iudicis* di un diritto ossia del

contratto definitivo (9) non può considerarsi del tutto risolto a favore di quest'ultima tesi. L'orientamento, maggioritario, rimane propenso, sul piano strutturale, ad accogliere la classica impostazione chiovendiana ed annovera la sentenza di cui all'art. 2932 c.c., tra quelle costitutive (10). Non mancano, tuttavia, opinioni che muovono ad una riscoperta della natura *latu sensu* esecutiva del mezzo di tutela (11).

La disputa intorno alla natura della sentenza *ex art.* 2932 c.c. (12) ha finito col condizionare non poco l'ambito di applicazione del rimedio; neppure il diffuso convincimento in ordine alla centralità dell'obbligo a contrarre scaturente dal preliminare è riuscito ad attenuare il contrasto di opinioni, allorché si tratta di individuare i tipi di contratto preliminare che legittimano il ricorso alla tutela specifica.

Una prima divergenza si registra tra quanti ritengono, in conformità alla lettera della legge, la piena applicabilità dell'art. 2932 c.c. non solo ai preliminari di contratto ad effetti reali ma anche a quelli di contratto ad effetti obbligatori (13) e quanti reputano, viceversa, eseguibile in forma specifica solo l'obbligo di concludere un contratto ad effetti traslativi (14).

Note:

(5) Così Cass. 3 ottobre 1951, n. 2607; Cass. 23 giugno 1955, n. 1942 e più recentemente Cass. sez. I 22 febbraio 1996, n. 1351, in *Vita not.*, 1996, 1338; Cass. sez. I 24 luglio 1997, n. 6919 e Cass. sez. I 19 aprile 2000, n. 5132, in *Contratti*, 2000, con nota di Pirota, *Preliminare di compravendita immobiliare ad esecuzione anticipata o ad effetti anticipati*.

(6) Così R. Sacco, in *Trattato di Diritto Civile, Il Contratto*, II, 2004, Torino, 270.

(7) In particolare, non è un preliminare il consenso al mutuo: nei casi in cui non c'è mutuo valido senza dazione di cose, un siffatto consenso è improduttivo d'azione (e dunque non è un preliminare); nei casi in cui il mutuo opera senza dazione (mutuo oneroso), la convenzione (purché con essa le parti assumano già l'impegno di dare le cose, e quello di pagare gli interessi) non è un preliminare, perché è definitiva. Così Cass. 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, 1,1, 1913.

(8) P. Calamandrei, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, 213-240, Messina.

(9) G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in Chiovenda G., *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 101-119.

(10) Tra le più esplicite Cass. n. 1936 del 1962.

(11) S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Rescigno*, 20, *Tutela dei diritti*, II, Torino, 189.

(12) S. Mazzamuto, *op. ult. cit.*

(13) Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., in *Comm. cod. civ.*, VI, 4, (con la collaborazione di Ghirelli), Torino, 1980, 197-387 e Montesano, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

(14) Satta, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Vassalli*, XV, IV ed., Torino, 1963 e Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, I, 1961, 64.

La giurisprudenza, nelle poche decisioni al riguardo, si è espressa in linea di principio, fatto salvo quanto *infra* meglio precisato con riferimento all'ambito societario, per la tesi meno restrittiva ed ha anche ritenuto ammissibile l'esecuzione in forma specifica del preliminare di locazione o di società (15).

Sebbene sia a lungo prevalsa una tendenza a confinare l'operatività dell'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* entro il perimetro degli obblighi a contrarre di origine convenzionale o comunque anodati ad una fonte privata, la moderna dottrina, nel caso degli obblighi legali a contrarre, sembra orientata sempre più ad ammettere ora l'esistenza di pretese alla concreta fruizione del bene a servizio, immediatamente azionabili dal richiedente (16), ora anche la possibilità del ricorso alla produzione giudiziale degli effetti del contratto non concluso. L'ostacolo di maggior peso, ai fini della eseguibilità *ex art. 2932 c.c.*, è rappresentato dal problema dei criteri di determinazione del regolamento di interessi che si vuole riprodurre *ope iudicis*, dacché comunemente si reputa presupposto necessario della sentenza costitutiva un contenuto negoziale già definito nei suoi elementi essenziali; ed a siffatto ostacolo si ricollegano non a caso le frequenti oscillazioni della giurisprudenza (17).

3. (segue) la dottrina e la giurisprudenza con riferimento al contratto preliminare di società

La sentenza in commento, per diversi aspetti, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale che ha affrontato la questione in esame sostenendo a riguardo la legittimità del contratto preliminare di società, c.d. *pactum de ineunda societate*, purché dal negozio risulti l'obbligo di stipulare il contratto definitivo di società e in esso siano predeterminati gli elementi essenziali caratterizzanti il tipo di società prescelto anche se diretto a costituire una società irregolare (18).

L'esigenza dell'atto pubblico *ad substantiam*, per la costituzione di una società a responsabilità limitata (artt. 2332 e 2475 c. c.), comporta, in applicazione dell'art. 1351 c.c., la nullità del contratto preliminare, per la futura costituzione di detta società, che sia stato stipulato con scrittura privata, e tale nullità, ai sensi dell'art. 1421 c.c., è rilevabile anche d'ufficio, pure in grado d'appello ed in sede di legittimità (nei limiti in cui i relativi fatti siano già acquisiti), quando il diritto fatto valere in giudizio (nella specie, con domanda di risoluzione del preliminare) postuli la validità del contratto stesso (19).

Il contratto preliminare, come detto, è, tra i contratti, quello finalizzato alla conclusione di un (altro, futuro, successivo) definitivo contratto. Per inquadrare il discorso circa la compatibilità (meglio: l'ipotizzabilità) del contratto preliminare con riferimento ai contratti (definitivi) nominati, è necessario rimandare alle classificazioni usuali, al riguardo. Pertanto, occorre procedere con la distinzione tra contratti consensuali e contratti reali, classificazione che ha riguardo alle modalità di perfezionamento. Quest'ultima categoria, a differenza di quella dei contratti consensuali, si caratterizza per la circostanza che per il suo perfezionamento occorre oltre al consenso delle parti anche la consegna della cosa (*re perficitur obligatio*) ed inoltre sono un *numerus clausus*. Ne consegue che non è consentito, alle parti, pur nell'ambito dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), dare vita a contratti reali diversi da quelli espressamente previsti, come tali dalla legge (20).

È tuttora oggetto di notevoli contrasti in dottrina l'ammissibilità del preliminare di contratti reali

Note:

(15) Cass. 3 gennaio 1970, n. 8, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1223 e Cass. n. 4113 del 1975.

(16) M. Libertini, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, IV, Padova.

(17) S. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, 345

(18) L'accordo che impegni genericamente i contraenti a costituire una società per una certa attività in comune da svolgere in avvenire, senza l'indicazione - rinviata a successive determinazioni - del tipo della costituenda società, mancando del suo più essenziale elemento, può per ciò stesso dar luogo a mere trattative ma non ad un contratto preliminare, per cui l'oggetto non è determinato né suscettibile di determinazione (con le conseguenze di cui agli art. 1346, 1418 c.c.). "Il contratto 'de ineunda societate', ammissibile nel nostro ordinamento, richiede una fattispecie negoziale il cui contenuto minimo è dato dall'obbligo di stipulare il contratto definitivo di società e dalla predeterminazione degli elementi essenziali caratterizzanti il tipo di società prescelto, seppure questi siano integrabili alla stregua del principio ermeneutico per cui, in mancanza di precisi dati di identificazione del tipo di società, occorre fare riferimento all'organizzazione societaria più elementare e, quindi, ove l'oggetto sia commerciale, alla società in nome collettivo", così Cass., sez. I, 1 giugno 1985, n. 3389 e Cass., sez. I, 6 gennaio 1981, n. 47.

(19) Cass., sez. I, 28 gennaio 1986, n. 550.

(20) "Ove la legge preveda la consensualità come meccanismo regolatore per un certo assetto negoziale, le parti non possono ad esso derogare, creando un corrispondente modello reale atipico. Mentre è possibile, nelle ipotesi di previsione legale di un contratto consensuale atipico, è invece da escludere che, essendo dalla legge previsto, per un certo assetto negoziale, il meccanismo regolatore della consensualità, vera e propria "via maestra" nella produzione degli effetti giuridici, le parti possano ad esso derogare, creando un modello reale atipico". Così Cass., sez. I, 26 gennaio 1996 n. 661, in *Foro it.*, 1997, I, 1247.

(21), mentre, è indubbia l'applicabilità del preliminare ad ogni tipo di società.

Diversamente, si discute, come ricorre nella fattispecie in commento, sull'effetto della pattuizione, non essendo pacifico se, in caso d'inadempimento del preliminare, si possa chiedere ed ottenere nei confronti del contraente inadempiente, oltre al risarcimento del danno, una sentenza *ex art. 2932 c.c.* costitutiva della società.

Sul punto, parte della dottrina sostiene che *l'affectio societatis*, elemento costitutivo del contratto di società, non può essere sostituita dalla sentenza del giudice (22). Si aggiunge, poi, che il preliminare è eseguibile coattivamente soltanto nella ipotesi in cui risulta determinato alla conclusione di un contratto a prestazioni corrispettive.

Diversamente, altra parte della dottrina (23) e della giurisprudenza di legittimità (24) (seppur utilizzando criteri interpretativi talora non molto chiari) ritengono che l'assenza dell'*affectio societatis* nella sentenza del giudice non appare rilevante, poiché detto elemento riguarda la volontà che, per tutti i contratti (e non c'è ragione di escludere quello costitutivo di società), può essere sostituita dalla sentenza del giudice (25). Inoltre, criticando il secondo degli argomenti proposti dall'altro orientamento dottrinario, parte degli autori ritengono che non si possa limitare l'applicazione dell'*art. 2932 c.c.* ai soli contratti a prestazioni corrispettive in quanto la sentenza è inammissibile solo nel caso in cui vi sia una impossibilità oggettiva.

Di recente, sul punto, è intervenuta la Suprema Corte la quale ha ribadito come il contratto preliminare di società, che non identifichi il tipo di società da costituire, è nullo per indeterminatezza dell'oggetto, a nulla valendo che sia stato specificato trattarsi di società a base personale; a tale insufficiente specificazione, infatti, non potrebbe comunque sopperire il giudice *ex art. 2932 c.c.*, potendo tale pronuncia tenere luogo del contratto, ma non sostituirsi alle parti nella definizione del contenuto negoziale incompleto (26).

4. Le osservazioni della Suprema Corte

La fattispecie sollevata all'attenzione della Suprema Corte presenta dei contorni ben diversi da quelli prima d'ora analizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono, per di più, soffermati con riferimento all'ammissibilità del contratto preliminare costitutivo di una società. Infatti, il supremo Collegio ha affrontato il diverso problema riguardante la legittimità (o meno) dell'applicazione dell'istituto del preliminare nell'ambito della trasformazione

della società in accomandita semplice (già esistente e dotata di una sua soggettività giuridica) in società a responsabilità limitata.

La Suprema Corte ha per un verso chiarito che l'impegno a costituire una società deve contenere, sin dalla stipula del preliminare, "tutti gli elementi essenziali del contratto da stipulare, non potendosi supplire alla carenza di tali elementi, riservati all'autonomia negoziale delle parti, con una determinazione giudiziale" (27).

Mentre, per un altro verso, con riferimento alla ipotesi di trasformare una s.a.s. in una s.r.l., la Suprema Corte ha chiarito (28) e precisato, contrariamente a quanto argomentato dal ricorrente, come "l'*art. 2500 ter c.c.* postula - con una norma del tutto speciale rispetto alla disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo delle società di persone, che esigono l'unanimità - una decisione della maggioranza dei soci, che pur non essendo assunta in un'assemblea propriamente detta, esprime una volontà colle-

Note:

(21) La tesi negativa si basa, in particolare, sull'impossibilità di ottenere la sentenza costitutiva *ex art. 2932*, in considerazione del fatto che questa può supplire alla mancanza del consenso, ma non alla mancanza della consegna del bene. La Tesi positiva, diversamente, sostiene che anche non potendosi ottenere nei confronti dell'inadempiente la sentenza costitutiva. Questa sentenza ha il fine di produrre, da sola, gli effetti di un contratto non concluso e non anche quello di ottenere la consegna del bene. Inoltre, i sostenitori di detta tesi ritengono che il rimedio della sentenza costitutiva in caso d'inadempimento non costituisce un elemento indefettibile del contratto preliminare, come è confermato dal I comma dell'*art. 2932* che l'ammette solo "qualora sia possibile".

(22) R. Rascio, *Il contratto preliminare*, 1967; Di Sabato, *Manuale delle società*, II ed., Torino; Borgioli, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. Soc.*, 445-492; Greco, *La società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 89, 1959.

(23) G. Gabrielli - V. Franceschelli, voce *Contratto preliminare*, *I Diritto Civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Torino, 1988; L. Ragazzini, *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 61 ss.

(24) Cass. n. 2310 del 1950 e Cass. 3 gennaio 1970, n. 8, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1223.

(25) Così M. C. Diener, *Il contratto in generale*, 2008, 196, Milano.

(26) Cass. 18 giugno 2008, n. 16597 e giurisprudenza di merito: "È nullo il contratto preliminare di società in assenza della predeterminazione degli elementi essenziali caratterizzanti il tipo di società prescelto, tanto più ove manchi l'indicazione del tipo stesso della costituenda società" così recentemente la Corte di appello di Roma del 31 luglio 2001.

(27) Per la più recente applicazione del principio, Cass. sez. I, 18 giugno 2008, n. 16597.

(28) "Trattandosi di trasformare la società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata, gli elementi essenziali richiesti dall'*art. 2500 c.c.*, comma 1 sono quelli indicati nell'*art. 2462 c.c.*" (così la sentenza in commento).

giale alla quale - perché tale e perché proveniente dalla maggioranza dei soci - la legge attribuisce eccezionalmente l'effetto di incidere sul diritto degli altri soci all'esecuzione del contratto sociale; sicché si è fuori del comune schema contrattuale contemplato nell'art. 2932, comma 1, c.c. Il risultato perseguito, della trasformazione della società, non scaturisce dallo scambio dei consensi tra parti diverse di un contratto, ma è l'esito di una manifestazione di volontà collettiva la cui definizione e la cui stessa formazione sono inconcepibili fuori della cornice di un preesistente organismo, che è terzo rispetto ai promittenti".

In altre parole, la Suprema Corte ha sostenuto che "il cosiddetto preliminare di trasformazione, stipulato tra i due unici soci della società in accomandita semplice, non prelude ad un contratto definitivo, ma ad un atto unilaterale interno all'organismo societario, sì che il giudice sarebbe chiamato non già a decidere sul contrasto tra la parte che chiede e quella che rifiuta l'adempimento, ma a surrogarsi nella decisione interna della stessa società, di trasformarsi da un tipo all'altro".

I giudici della Suprema Corte hanno pertanto evidenziato come il preliminare di trasformazione, seppur stipulato tra i due unici soci della società in accomandita semplice, non muta la sua natura consistente nell'essere, in questa ipotesi, un atto prodromo ad un procedimento (volontaristico) endosocietario al quale il giudice non può surrogarsi.

Relativamente al procedimento deliberativo di trasformazione di una società di persone occorre, altresì, precisare come l'art. 2500 *ter* c.c. (come, nei rispettivi settori di applicazione, anche gli artt. 2502 e 2506 *ter* c.c.) abbia ribaltato il rapporto tra «regola» ed «eccezione» precedentemente riscontrabile nella disciplina posta dall'art. 2252 c.c. (29).

Quest'ultima norma, infatti, stabiliva in termini generali che nelle società di persone il contratto sociale dovesse essere modificato con il consenso di tutti i soci, se non fosse stato convenuto diversamente, mentre adesso, per quanto riguarda quella peculiare vicenda modificativa che è la trasformazione, è previsto che "salvo diversa disposizione del contratto sociale, la trasformazione di società di persone in società di capitali è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili".

Il legislatore delegato ha chiaramente inteso semplificare il passaggio dai tipi sociali a base personale a quelli a base capitalistica, esprimendo una netta preferenza per queste ultime forme di organizzazione dell'impresa in forma collettiva (30); mentre

con riferimento alle modalità di assunzione della decisione dalla lettera dell'art. 2500 *ter*, comma 1, c.c. è possibile ricavare degli indici testuali che depongono a favore della tesi che afferma la facoltatività del ricorso al metodo collegiale nell'adozione di modifiche statutarie nelle società di persone: la trasformazione è «decisa» (e non deliberata) con il «consenso» (e non con il voto) della maggioranza dei soci (31).

Note:

(29) Prima della riforma del diritto societario la dottrina largamente maggioritaria riteneva che le società di persone potessero trasformarsi con una decisione della maggioranza dei soci, purché ciò fosse anche genericamente previsto nel contratto sociale in relazione ad ogni sua possibile modificazione. Cfr. Ghidini, *Società personali*, Milano, 1972, 326, 935, 953 ss.; Silveti, voce *Trasformazione e fusione delle società*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 538; Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 368 ss., nt. 247; Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VIII, Padova, 1985, 204 s., 230 ss.; Cagnasso, *La trasformazione delle società*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, 105 ss., spec. 111 ss.; Cabras, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, VII, Torino, 1997, 135 ss.; De Angelis, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, 73 ss., 81 ss.; Ferrara jr., Corsi, *Gli imprenditori e le società* 11, Milano, 1999, 892 s.; Scardulla, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni, XXX, 2, Milano, 1989, 145 ss.; Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, II, Torino, 2002, 112 s. Un'ipotesi intermedia è stata sostenuta da Di Sabato, *La società semplice*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVI, 2, Torino, 1985, 53 ss., per cui le modifiche del patto sociale possono essere prese a maggioranza, ma occorre un'indicazione specifica degli ambiti soggetti a tale regime. *Contra* Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, 120 ss.; Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, II, in *Commentario del codice civile*, già a cura di Scialoja-Branca e ora di Galgano, Bologna-Roma, 1976, 105 ss., 145 ss.; G. Ferri sr., *Delle società*, III, in *Commentario del codice civile*, già a cura di Scialoja-Branca e ora di Galgano, Bologna-Roma, 1981, 120; Id., *Le società*, II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, X, 3, Torino, 1985, 147 ss.; Serra, *Unanimità e collegialità nelle società di persone*, Milano, 1980, 212 ss.; Id., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVII, 3, Torino, 1985, 318 ss., spec. 320, nt. 66, per ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, v. App. Ancona 20 febbraio 1969, in *Foro pad.*, 1970, 198; App. Torino 9 giugno 1982, decr., in *Riv. not.*, 1983, 523; Trib. Casale Monferrato 26 febbraio 1982, decr., *ivi*; Trib. Roma 2 gennaio 1987, decr., in *Società*, 1987, 430.

(30) In vista anche della realizzazione dell'«obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese» (art. 2, lett. a), L. n. 366 del 2001. Evidente testimonianza di ciò è rinvenibile nel § 14 della relazione al D.Lgs. n. 6 del 2003, e, prima ancora, nell'art. 7, lett. e), L. n. 366 del 2001.

(31) Sono così superate le obiezioni di carattere formalistico elaborate da una parte della dottrina, per cui v. Ghidini, *op. cit.*, 344 ss., 943 s.; Cabras, *op. cit.*, 134 s.; De Angelis, *op. cit.*, 82 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. L'orientamento dottrinario favorevole in generale all'adozione di decisioni modificative dei patti sociali nelle società di persone senza il ricorso al metodo collegiale è rinvenibile, tra gli altri, in Galgano, *Il principio di mag-*

(segue)

La formulazione letterale dell'art. 2500 ter comma 1 c.c. legittima e corrobora una lettura di esso per cui è sufficiente per l'assunzione della decisione di trasformazione che si raccolga intorno ad essa il numero di manifestazioni di volontà sufficiente per soddisfare il quorum stabilito, anche senza che la minoranza sia consultata, e ciò perché il processo decisionale informale già riscontrabile nell'ambito delle società personali è stato evidentemente giudicato idoneo a soddisfare l'obiettivo di semplificazione della legge delega (32).

Ed è proprio la qualificazione della decisione (volontà) dei soci di una società in accomandita di trasformarsi in una società a responsabilità limitata (33) in termini di atto endosocietario (contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, secondo cui, nella fattispecie in esame, "si deve parlare di consenso (negoziale), e non di voto o di delibera, perché il metodo collegiale è escluso laddove i partecipanti operano *uti singuli* e non *uti soci*, in un rapporto contrattuale del quale essi sono i diretti titolari"), in cui i titolari delle partecipazioni sociali manifestano *uti soci* la volontà della società trasformanda e non, di certo, una volontà negoziale *uti singuli*, che ha portato i giudici della Suprema Corte a sostenere, a ragione, l'impossibilità per il giudice adito di surrogarsi alla *decisione interna di trasformarsi da un tipo ad un altro*.

Il Supremo Collegio, nella sentenza in commento, ha aderito inoltre, alla tesi sostenuta dai giudici di prime cure, secondo cui la clausola dell'accordo intervenuto fra i soci per dare il via alla trasformazione ha natura meramente obbligatoria, quindi può far scattare per le parti, al massimo, un risarcimento e non una tutela reale.

Da qui, l'impossibilità di emettere una sentenza "che prenda luogo del consenso dei soci alla trasformazione della società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata", in quanto essa non sarebbe sufficiente a realizzare direttamente lo scopo dei contraenti.

La sostanza non cambia neanche se, come nel caso di specie, l'accomandatario e l'accomandante detengano insieme l'intero capitale sociale e il secondo, socio di minoranza, non sia d'accordo alla trasformazione, tanto da volere recedere, pretendendo la liquidazione della sua quota.

Un sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso non darebbe infatti attuazione alla comune volontà delle parti; al contrario, finirebbe per privilegiare uno solo dei soci, ossia quello che agisce per la trasformazione.

Note:

(continua nota 31)

gioranza nelle società personali, Padova, 1960, 223 ss.; Id., *Re-pliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 205 ss.; Id., *Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXVIII, Milano, 1972, 229 ss.; Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 290, nt. 23, 292; G. Ferri sr., *Delle società*, cit., 121; Tantini, *op. cit.*, 231 s.; Buonocore, *Società in nome collettivo. Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 104 ss.; Cagnasso, *La trasformazione*, cit., 103 s. L'opinione per cui l'applicazione della regola della collegialità dovrebbe invece essere estesa a qualsiasi contesto decisionale delle società di persone si fonda su differenti argomentazioni (riferibilità delle decisioni al gruppo, tutela dei soci deboli attraverso una maggiore ponderazione nel procedimento deliberativo) ed è stata propugnata da Venditti, *Collegialità*, cit., *passim*, spec. 91 ss.; Id., *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in *Dir. e giur.*, 1962, 385 ss.; Buttarò, *Diritto commerciale. Lezioni introduttive*, Bari, 1995, 57 ss., spec. 72. In giurisprudenza si rileva un orientamento costante che esclude in qualunque caso la necessità del ricorso al metodo collegiale nelle società di persone, salvo che questo sia stato previsto come obbligatorio dall'autonomia statutaria. Le più recenti manifestazioni di questa soluzione sono riscontrabili in Cass. n. 153 del 1998, in *Giur. comm.*, 1999, 624; Cass. n. 8276 del 2002, in *Società*, 2003, 35, con nota di Taurini.

(32) In senso analogo, G. Ferri jr., *op. cit.*, § 4.1. Più articolata la lettura di Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, relazione per il convegno «Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma», tenutosi a Taormina il 19-20 marzo 2003, disponibile sul sito www.notariato.it (studio n. 5620/I/2005), § 2.b), che sostengono la necessità almeno di un'informazione preventiva anche dei soci di minoranza per decisioni di una tale gravità argomentando analogicamente dalla norma dell'art. 2479 *ter*, comma 3, c.c., che commina la sanzione di nullità alle decisioni dei soci «prese in assenza assoluta di informazione»; così anche Presti, M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale. Società*, II, Bologna, 2005, 42; similmente, Tassinari, *op. cit.*, 91 ss., il quale si riferisce ad altra norma della disciplina delle s.r.l. (art. 2479, comma 4, c.c.) e ne sostiene un'applicazione analogica sulla scorta della considerazione che gli interessi sottostanti alla necessità per alcuni casi della delibera collegiale per il tipo capitalistico sarebbero comuni anche alle società di persone; cautamente l'A. propende comunque per un «intervento negoziale preventivo [...] attraverso l'introduzione di specifiche previsioni idonee [...] a costruire nella maniera il più possibile puntuale il relativo procedimento». Tutti questi Autori sembrano comunque trarre ispirazione dal convincimento già maturato prima del D.Lgs. n. 6 del 2003 da Mirone, *op. cit.*, 223 ss., il quale, sintetizzando i risultati raggiunti prima della conclusione della sua indagine, preferisce «considerare meramente facoltativo il rispetto del metodo assembleare, essendo possibile apprezzare il *referendum* [inteso come procedimento di raccolta del consenso tra tutti i legittimati al voto senza, però, la necessaria unitarietà temporale del metodo assembleare, *n.d.a.*] come adeguata tecnica di tutela dell'interesse al confronto, alla semplice condizione di fissare per via interpretativa un divieto di esecuzione delle decisioni maggioritarie prese all'insaputa della restante parte dei soci, lecitamente eliminabile per il solo settore *amministrativo*».

(33) Indipendentemente dal dubbio se la società, ai fini di assumere validamente la decisione, debba porre in essere un momento deliberativo formale e collegiale (così F. Tassinari, *La trasformazione c.d. omogenea*, 90), ovvero se la decisione resti affidata alle consuete modalità di formazione di una volontà collettiva nella società di persone in questione.