

*Contratto preliminare di società ed esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare il contratto di società di persone*

Tribunale di Roma, 3 novembre 2015. Giudice Guido Romano.

**Società di persone - Contratto preliminare di società - Ricorso allo strumento di cui all'articolo 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare il contratto di società di persone - Esclusione - Risarcimento del danno**

*Benché, in linea di principio, possa ammettersi la legittimità del contratto preliminare di società a condizione, che, al pari di ogni altro contratto preliminare, esso rechi l'indicazione degli elementi essenziali del futuro contratto di società, deve tuttavia escludersi la possibilità di ricorrere allo strumento offerto dall'art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare un contratto di società di persone. Infatti, come affermato da una parte della dottrina, al di fuori dei casi in cui ricorrono ragioni di ordine pubblico, l'ordinamento non conosce l'imposizione autoritaria di forme di sodalizio o di comunità, specie se si tratti di organismi che, come quelli sociali e, precisamente, di contratti con comunione di scopo in relazione all'attività da svolgere in comune, presuppongono spontanee predisposizioni psicologiche dei loro partecipanti. In questa prospettiva, nelle società di persone, la percorribilità del ricorso alla norma di cui all'art. 2932 c.c. deve essere necessariamente esclusa perché, presupponendo lo svolgimento dell'attività sociale la fattiva collaborazione della parte inadempiente, l'esecuzione dell'obbligo in forma specifica non offrirebbe alcuna garanzia in ordine al suo effettivo svolgimento e potrebbe determinare la paralisi della società prima che questa possa cominciare ad operare. In altre parole, il rimedio in argomento appare incompatibile con la struttura delle società di persone, caratterizzata dall'emersione dell'elemento personale. Al soggetto titolare del diritto alla costituzione del vincolo societario - parte di un contratto preliminare di società ovvero titolare del diritto di opzione sulla medesima costituzione - non resta, pertanto, altro rimedio che quello di richiedere il risarcimento del danno subito.*

*Civile 2251, 2932*

*(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)*

n. 52451/2015 r.g.

letti gli atti e le deduzioni delle parti,  
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 21 settembre 2015  
(con concessione alle parti del termine di giorni 10 per il deposito di note illustrative e di giorni 5 per repliche); il Giudice, dott. Guido Romano,

premessi che:

- con atto depositato in cancelleria in data 31 luglio 2015, il dott. E. T., in proprio e quale procuratore speciale del dott. R. M. T., ricorreva al Tribunale di Roma per sentire «ordinare alla dott.ssa A. T. di presentare e consegnare il conto economico finanziario e la situazione patrimoniale della farmacia sita in Roma, Piazza \*, con il relativo rendiconto per gli anni 2012-2013 e 2014 onde consentire al dott. E. T. di valutare la possibilità e opportunità di esercitare il previsto diritto di opzione e la costituzione di una società di persone o di capitale mediante conferimento, da parte dell'associante, dell'intera azienda farmaceutica e, da parte dell'associato, dell'intero credito vantato ai sensi del successivo art. 12 con la contestuale attribuzione alle parti del capitale sociale nella misura del 50% ciascuno alla costituzione di una società»;

- a fondamento della svolta domanda cautelare, il ricorrente rappresentava che:

(a) con atto a rogito del notaio dott. Franco del 22 giugno 2007, la dott.ssa M. R. S. donava alla figlia, dott.ssa A. T., la farmacia sita in Roma, piazza della Radio, n. 39;

(b) detta donazione era gravata da un onere modale ex art. 793 c.c. a carico della stessa, costituita da una rendita vitalizia di €. 70.000,00 annui a favore della stessa donante;

(c) con successivo atto del 22 giugno 2007, la donante, con il consenso della donataria, gravava la donazione di cui sopra di un secondo onere modale costituito dall'obbligo di riconoscere sino al 31 dicembre 2025 a favore dell'altro figlio, dott. R. M. T., una partecipazione agli utili ed alle perdite della farmacia donata, nella misura del 25% salvo successive intese tra i fratelli;

(d) con scrittura privata del 22 giugno 2007, la dott.ssa A. T. ed il fratello sottoscrivevano un contratto con il quale le parti costituivano una associazione in partecipazione per l'impresa di farmacia;

(e) con tale atto veniva stabilito, all'art. 6, che «la contabilità della farmacia dovrà essere tenuta dall'associante dott.ssa Alessandra T., in modo semplice e chiaro avvalendosi della collaborazione di un ufficio specializzato o di un professionista qualificato. Entro il 5 giugno dell'anno successivo a quello di riferimento, l'associante presenterà all'associato, unitamente al conto economico-finanziario e alla situazione patrimoniale della farmacia, apposito rendiconto, ove saranno esplicitati i conteggi formati in conformità alle disposizioni che precedono (...)»;

(o) al successivo art. 9, le parti concordemente stabilivano che: «la presente scrittura produrrà effetti a decorrere dalla data di efficacia del rogito di donazione di cui sub a) delle premesse ed avrà scadenza – tenuto conto di quanto previsto nell'art. 1 del rogito di cui sub b) delle premesse – al 31/12/2025, ma si intenderà tacitamente prorogata di triennio in triennio a meno che una delle parti non comunichi all'altra avviso contrario mediante raccomandata con ricevuta di ritorno consegnata alla Posta almeno dodici mesi prima della scadenza del primo periodo di durata o mesi sei dalla scadenza di uno dei successivi beneventani trienni di proroga. Tuttavia, per ulteriore patto espresso, l'associato, ove la normativa sul servizio farmaceutico a quel momento vigente lo consenta, avrà per tutta la durata del presente contratto, salvo il disposto del comma successivo, il diritto – da esercitare, peraltro soltanto a nome e per conto proprio o del proprio figlio E. T., con semplice comunicazione inviata all'associante mediante lettera raccomandata con avviso di

ricevimento consegnata alla Posta almeno sei mesi prima della data in cui egli intenda abbia effetto la facoltà esercitata – di pretendere dall'associante, che in tal senso concede all'associato un diritto di opzione ex art 1331 cod. civ., la costituzione di una società di persone o di capitale – il cui testo, ipotizzata la costituzione di una snc, è stato sin d'ora ad ogni buon fine (salvi gli ulteriori accordi che si riveleranno necessari per assicurarne l'assoluta conformità alla presente scrittura) convenuto e approvato dalle parti ed allegato sub A) alla presente scrittura – mediante conferimento, da parte dell'associante, dell'intera azienda farmaceutica e, da parte dell'associato, dell'intero credito vantato ai sensi del successivo art. 12, con la contestuale attribuzione alle parti del capitale sociale nella misura del 50% ciascuno»;

(g) il dott. R. M. T. manifestava la propria volontà di dare operatività a quanto previsto dall'art. 9 del contratto ai fini dell'esercizio del previsto diritto di opzione e della costituzione della società essendosi verificate le condizioni ivi previste e, in particolare, l'acquisita idoneità del figlio dott. E. T. alla titolarità di una farmacia;

(li) tale richiesta era sospensivamente condizionata all'esame completo della documentazione contabile dell'attività commerciale;

(i) nonostante i diversi solleciti, la dott.ssa A. T. non metteva a disposizione dell'odierno ricorrente la suddetta documentazione;

- sulla scorta di tali premesse e dedotto che l'odierno ricorrente si trova così nell'impossibilità di esercitare il diritto di opzione previsto per la costituzione della società, il E. T. concludeva come sopra riportato;

- si costituiva la dott.ssa A. T. la quale concludeva per il rigetto della domanda cautelare;

- all'udienza del 21 settembre 2015, le parti costituite procedevano alla discussione orale, all'esito della quale il Giudice riservava la decisione.

osserva quanto segue

1. Il ricorso presentato dal dott. E. T., in proprio e quale procuratore speciale del dott. R. M. T. non è fondato e va, conseguentemente, rigettato per le ragioni che seguono.

Preliminarmente deve osservarsi che, in punto di diritto, la concessione dell'invocato provvedimento d'urgenza presuppone la coesistenza dei due noti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, intesi, il primo, come dimostrazione della verosimile esistenza del diritto per cui si agisce, essendo infatti sufficiente, in base ad un giudizio necessariamente sommario, la probabile fondatezza della pretesa azionata e, il secondo, come il fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria, questo rimanga all'esito insoddisfatto in quanto minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Ciò posto, ai fini della valutazione del presupposto del *fumus boni iuris*, deve necessariamente esaminarsi la domanda di merito che il ricorrente intende proporre.

Ebbene, nel caso di specie, parte ricorrente ha dedotto che il contratto di associazione in partecipazione stipulato in data 22 giugno 2007 tra il Sig. R. M. T. (anche nell'interesse del figlio E.) e la dott.ssa A. T. prevedeva la concessione in favore del primo del diritto, da esercitare a nome e per conto proprio o del proprio figlio E. T., di pretendere dalla seconda «che in tal senso concede all'associato un diritto di opzione ex art 1331 cod. civ., la costituzione di una società di persone o di capitale (...) mediante conferimento, da parte dell'associante, dell'intera azienda farmaceutica e,

da parte dell'associato, dell'intero credito vantato ai sensi del successivo art. 12, con la contestuale attribuzione alle parti del capitale sociale nella misura del 50% ciascuno». In tale prospettiva le parti, ipotizzando la costituzione di una società in nome collettivo, predisponavano anche il testo dell'atto costitutivo che veniva allegato alla scrittura privata del 22 giugno 2007. Per quanto di interesse, al fine di porre in condizione il dott. R. M. T. di esercitare consapevolmente il diritto di opzione previsto, le parti pattuivano l'obbligo dell'associante di presentare annualmente all'associato il conto economico-finanziario, una situazione patrimoniale ed un apposito rendiconto della gestione della farmacia.

Così riepilogati i termini della vicenda, il Tribunale osserva come il ricorrente abbia dedotto l'inadempimento della dott.ssa A. T. all'obbligazione di mettere a disposizione del dott. T. la documentazione relativa alla gestione della farmacia e che ciò impedirebbe l'esercizio del diritto di opzione. Come sopra evidenziato, infatti, nelle stesse conclusioni del ricorso introduttivo si legge che la domanda cautelare è finalizzata a «consentire al dott. E. T. di valutare la possibilità e opportunità di esercitare il previsto diritto di opzione e la costituzione di una società di persone o di capitale».

Proprio il riferimento all'esercizio del diritto di opzione ed alla costituzione della società di persone (unico tipo di società utilizzabile per l'esercizio dell'attività di farmacia) rende evidente come l'azione di merito che la parte intende proporre, successivamente all'accoglimento della domanda cautelare, inerisce all'esercizio del diritto di opzione.

Come è noto, la causa del patto d'opzione consiste nel rendere ferma per il tempo pattuito la proposta relativamente alla conclusione di un ulteriore contratto, con correlativa attribuzione all'altra del diritto di decidere circa la conclusione di quel contratto entro quel medesimo tempo; l'opzione si inserisce, cioè, in una fattispecie a formazione progressiva della volontà contrattuale, inizialmente costituita da un accordo avente ad oggetto la irrevocabilità della proposta del promettente, e, in seguito, dalla eventuale accettazione del promissario, che – saldandosi immediatamente con la proposta irrevocabile precedente – perfeziona il negozio giuridico di trasferimento.

È altrettanto noto che, secondo l'impostazione maggioritaria, il beneficiario di un'opzione, che abbia manifestato la sua accettazione è legittimato ad esperire l'azione ex art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo.

Occorre, proprio in ragione della necessaria valutazione della probabile fondatezza dell'azione di merito - da individuare, per le ragioni suesposte, in una azione ex art. 2932 c.c. per l'esecuzione dell'obbligo di concludere il contratto - se il rimedio di cui al citato art. 2932 c.c. sia esperibile per la costituzione di una società e, in particolare, di una società di persone.

Ebbene, sia la dottrina che la giurisprudenza sono oggi orientate ad ammettere, in linea di principio, la legittimità del contratto preliminare di società a condizione, ovviamente, che, al pari di ogni altro contratto preliminare, esso rechi l'indicazione degli elementi essenziali del futuro contratto di società. È stato, così, affermato che 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., 6 gennaio 1981, n. 47, ma si vedano, altresì, Cass., 18 gennaio 1988, n. 321 nonché, da ultimo, Cass., 2 agosto 2012, n. 13904 che ha ribadito che 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 e Cass., 18 giugno 2008, n. 16597 secondo la quale 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).

Tuttavia, la questione che deve in questa sede esaminarsi consiste nella possibilità di ricorrere allo strumento offerto dall'art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di stipulare un contratto di società di persone (nel caso di società di capitali, infatti, il problema appare sostanzialmente differente).

Sebbene tale possibilità sia stata ammessa da un risalente arresto della giurisprudenza di legittimità (Cass., 3 gennaio 1970, n. 8) e da alcune isolate pronunce della giurisprudenza di merito (cfr., Trib. Cassino, 4 novembre 1995), il Tribunale ritiene di dovere affermare la soluzione negativa.

Infatti, come affermato da una parte della dottrina, al di fuori dei casi in cui ricorrono ragioni di ordine pubblico, l'ordinamento non conosce l'imposizione autoritaria di forme di sodalizio o di comunità, specie se si tratti di organismi che, come quelli sociali e, precisamente, di contratti con comunione di scopo in relazione all'attività da svolgere in comune, presuppongono spontanee predisposizioni psicologiche dei loro partecipanti. In questa prospettiva, nelle società di persone, la percorribilità del ricorso alla norma di cui all'art. 2932 c.c. deve essere necessariamente esclusa perché, presupponendo lo svolgimento dell'attività sociale la fattiva collaborazione della parte inadempiente, l'esecuzione dell'obbligo in forma specifica non offrirebbe alcuna garanzia in ordine al suo effettivo svolgimento e potrebbe determinare la paralisi della società prima che questa possa cominciare ad operare. In altre parole, il rimedio in argomento appare incompatibile con la struttura, caratterizzata dall'emersione dell'elemento personale, delle società di persone.

In questa prospettiva, al soggetto titolare del diritto alla costituzione del vincolo societario - parte di un contratto preliminare di società ovvero titolare del diritto di opzione sulla medesima costituzione - non resta altro rimedio che quello di richiedere il risarcimento del danno subito.

Ciò posto, alla luce delle precedenti considerazioni in diritto, il Tribunale osserva come il Sig. E. T. non potrebbe comunque esercitare il diritto di opzione conferitogli dalla scrittura privata del 22 giugno 2007 essendo inesistente il diritto alla costituzione coattiva della società ivi prevista.

Conseguentemente, deve ritenersi insussistente il presupposto della probabile fondatezza dell'azione di merito in vista della quale l'odierno ricorrente chiede la tutela cautelare, costituita dall'accesso alla documentazione contabile della farmacia.

Il ricorso proposto dal dott. E. T., in proprio e quale procuratore speciale del dott. R. M. T. deve essere, dunque, respinto.

L'esistenza di contrasti dottrinari e giurisprudenziali in ordine alla eseguibilità di un contratto preliminare di società di persone giustifica la compensazione integrale delle spese del presente giudizio cautelare.

p.q.m.

- rigetta il ricorso proposto dal dott. E. T., in proprio e quale procuratore speciale del dott. R. M. T.;

- compensa integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

Manda alla cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti. Roma, 3 novembre 2015

Il Giudice

(dott. Guido Romano)