

Le società in generale

Lorenzo De Angelis
(Professore ordinario di Diritto commerciale,
Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract This paper investigates, in an evolutive perspective, the main characteristics of the companies in general – of any type – under the Italian Civil Code: among them a special attention is given to the requirement of performing an economic activity, but not necessarily a business one. Moreover, the Author examines whether, between commercial and agricultural businesses, the companies are still allowed to perform civil activities, drawing the conclusion that it will be possible, particularly in the light of the recent laws referring to the professionals' companies. In addition, the thesis according to which the target of making profits, although widely pursued, is not mandatory for the companies themselves is asserted.

Sommario 1. Il contratto di società. I soci. – 2. Gli elementi essenziali del contratto di società. L'attività economica costituente l'oggetto sociale e lo scopo di lucro. – 3. L'attività economica non è necessariamente attività d'impresa. – 4. Le società tra professionisti. La società tra avvocati. – 5. La qualificazione della cooperativa come società, non più come impresa. – 6. La disciplina applicabile alle società costituite per fini di godimento. – 7. I tipi societari. Le società irregolari. – 8. La società semplice può trovarsi ad esercitare un'attività commerciale. – 9. Le società commerciali possono esercitare attività non commerciali. – 10. Il rinvio alle leggi speciali. – 11. Oggetto sociale risultante dal contratto e oggetto sociale effettivo. – 12. Le attività accessorie. – 13. La forma. – 14. Società occulte o di fatto, palesi con soci occulti, apparenti, occasionali.

Keywords Companies. Memorandum of association. Economic activity. Profit.

1 Il contratto di società. I soci

«Con il contratto di società – stabilisce l'art. 2247 c.c. – due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

La rubrica originaria dell'articolo era «Nozione di società». Secondo il sistema del codice civile del 1942, invero, le società di ogni tipo dovevano costituirsi con una pluralità di soci. La mancanza della *pluralità dei soci* in sede di costituzione della società determinava la nullità della stessa.

Il presente scritto è destinato all'opera «*Diritto commerciale*» di prossima edizione per i tipi della Cedam e viene qui pubblicato per cortese concessione dell'Editore.

Il venir meno di questa pluralità *durante societate* produceva conseguenze gravi: nelle società personali la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi dal suo venir meno era - ed è rimasta - causa di scioglimento (art. 2272, n. 4); nelle società di capitali la *reductio ad unum* della compagine sociale determinava invece, in caso di insolvenza della società, l'assunzione da parte dell'unico socio di una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui fosse rimasto tale (art. 2362 prev.); e nelle società cooperative la riduzione della compagine sociale al disotto del numero minimo dei soci previsto dalla legge (nove o tre) nel termine di un anno dal suo venir meno era - ed è rimasta - parimenti causa di scioglimento (art. 2522, co. 3).

Queste disposizioni - che permangono per le società di persone e per la società in accomandita per azioni, nonché per le società cooperative - sono state ormai superate per le altre società di capitali: dapprima per le società a responsabilità limitata, in virtù del d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la XII direttiva comunitaria sulla s.r.l. unipersonale; e quindi per le società per azioni, in virtù del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dal quale è stata attuata la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative. Da tali norme - ed in conformità con quanto già avveniva in altri Stati membri della U.E. (ad es. in Francia e in Belgio) - è stato ammesso che le s.r.l. e le s.p.a. possano costituirsi anche per atto unilaterale; e che anche nel caso in cui le predette società restino con un solo socio continuino a rispondere per le obbligazioni sociali esclusivamente con il proprio patrimonio, e dunque che il loro *unico azionista od unico quotista mantenga la responsabilità limitata* alla propria quota di partecipazione, caratteristica dei soci delle società di questi due tipi capitalistici, alla condizione che la situazione di *unipersonalità* della società risulti *pubblicata nel registro delle imprese* e che il *capitale sociale* sottoscritto dal socio unico o del quale esso sia divenuto il solo titolare sia *interamente versato* (artt. 2325, co. 2, e 2462, co. 2). Soltanto in conseguenza del mancato rispetto di entrambe queste condizioni sopravvive per il socio unico il regime di responsabilità illimitata preesistente alla riforma del 2003 (art. 2325, co. 2).

I soci di tutte le società, qualunque ne sia il tipo (v. *infra*, § 7), *possono essere sia persone fisiche che altri soggetti di diritto*, con o senza personalità giuridica; in particolare possono esserne socie anche altre società. Anteriormente alla citata riforma, la giurisprudenza era giunta alla conclusione di negare che nelle società di persone (società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice) potessero assumere la qualità di socio soggetti diversi dalle persone fisiche, neppure come soci accomandanti di s.a.s. (così Cass. Ss.Uu., 17 ottobre 1988, n. 5636). Per superare questo orientamento che in dottrina veniva considerato manifestamente erroneo ha dovuto intervenire il legislatore il quale, nel novellato art. 2361, co. 2, ha dettato per le società per azioni la disposizione secon-

do cui: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime - quali tipicamente sono le società personali - deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio*», con ciò espressamente legittimando l'assunzione di partecipazioni nelle società di persone perfino da parte delle s.p.a.

2 Gli elementi essenziali del contratto di società. L'attività economica costituente l'oggetto sociale e lo scopo di lucro

La rubrica dell'art. 2247 è dunque diventata, a seguito della riforma anzidetta, «*Contratto di società*». Al pari di qualunque contratto, anche il contratto di società è connotato da taluni elementi essenziali: *a) i soggetti*, cioè i soci, inizialmente quelli costituenti e successivamente i loro aventi causa o quelli divenuti tali a seguito della sottoscrizione di aumenti di capitale a pagamento (di cui s'è detto al paragrafo precedente); *b) l'oggetto*, ossia i conferimenti, costituiti da denaro, da beni in natura, in proprietà o in godimento, da crediti e da prestazioni d'opera o di servizi che, a seconda dei vari tipi societari, possono essere apportati dai soci alla società per l'espletamento della propria attività - e, nelle società personali, dalla stessa assunzione di responsabilità patrimoniale personale - per i quali sono talora dettati dalla legge discipline speciali (cfr. gli artt. 2253 ss. per le società di persone, gli artt. 2342 ss. per le s.p.a. e gli artt. 2464 ss. per le s.r.l.); *c) la causa*, consistente nello svolgimento in comune di un'attività economica; *d) lo scopo*, che è quello della divisione degli utili tra i soci; *e) la forma*, laddove la legge richieda che il contratto sociale debba presentare determinati requisiti formali (v. *infra*, § 13).

L'oggetto sociale - da non confondersi con l'oggetto del contratto di società, dianzi menzionato - consiste nell'*attività*, che dev'essere *possibile e lecita*, che la società si prefigge di svolgere, quale determinata dalla volontà dei soci e risultante del contratto sociale.

Tale attività deve essere un'*attività economica*. L'attività economica al cui svolgimento la società è preordinata è quella stessa richiamata nella definizione di imprenditore dettata dall'art. 2082; con l'unica differenza - come si vedrà subito al paragrafo successivo - che mentre l'attività economica contemplata dall'art. 2082 è senz'altro attività d'impresa, quella menzionata dall'art. 2247 può essere tanto un'attività d'impresa quanto un'attività diversa da questa. Si tratta, in entrambi i casi, di un'attività *non necessariamente lucrativa*, caratterizzata dall'*economicità della gestione*, ossia dal *vincolo del pareggio del bilancio*, nel cui svolgimento è dunque sufficiente tendere all'obiettivo della copertura dei costi d'esercizio con i correlativi ricavi (o reintegri di costi). Sotto il profilo causale, attinente

all'esercizio in comune di un'attività economica, rientrano pertanto a pieno titolo nel novero delle società definite dalla norma testé citata – oltre alle *società ordinarie* – sia le *società cooperative* di cui agli artt. 2511 ss. sia le *società consortili* di cui all'art. 2615-ter, le quali non perseguono un intento lucrativo, ma al contrario si prefiggono uno scopo *lato sensu* mutualistico, sotteso non già a conseguire dalla gestione economica utili da distribuire ai propri soci sotto forma di dividendi (al contrario di moltissime società ordinarie, ancorché non di tutte), ma piuttosto ad arrecare ad essi dei vantaggi suscettibili di diretta ed immediata fruizione nelle rispettive sfere economiche e giuridiche individuali: vantaggi consistenti, nelle prime, nell'accesso ai servizi mutualistici apprestati e gestiti dalla cooperativa traducentisi, a seconda dei casi, nella creazione di occasioni di lavoro o più in generale nella promozione o nello sviluppo delle attività dei soci ovvero nel conseguimento, da parte di questi, di un risparmio di spesa; e, nelle seconde, parimenti in un risparmio di spesa o nell'opportunità di istituire un'organizzazione comune per la disciplina e il coordinamento o addirittura per lo svolgimento di una o più fasi delle imprese dei soci-consorzati, da cui i medesimi possano trarre vantaggi sul piano sia economico che strutturale o sinergie variamente configurabili, dalle quali conseguire utilità sotto molteplici profili: razionalizzazioni organizzative, accentramento e semplificazione di funzioni, ottimizzazione di profitti individuali, ecc.¹.

Non deve sviare, a questo proposito, l'enunciazione nella definizione contenuta nell'art. 2247 dello scopo della *divisione degli utili* tra i soci: enunciazione che non va interpretata nel senso di postulare l'indefettibilità dello scopo di lucro per le società in genere, e segnatamente per le società ordinarie, bensì nel senso che gli utili – se ed in quanto vi siano – appartengono ai soci e non alla società. In ciò si sostanzia, per vero, la scelta in senso liberale operata al riguardo dal legislatore del 1942, evocata con grande efficacia dal presidente della commissione riformatrice che varò il codice civile di quell'anno², il quale ha sagacemente delineato l'endemico conflitto fra i soci risparmiatori interessati alla massimizzazione del dividendo e i soci di controllo protesi invece al progressivo potenziamento della società mediante il reinvestimento degli utili: codice che, pur affondando le proprie radici culturali nell'*humus* della teoria istituzionalistica di promanazione germanica, ha tuttavia riconosciuto che, in presenza di eventuali utili, questi non dovessero essere destinati prioritariamente a rafforzare la struttura patrimoniale e finanziaria dell'ente sociale bensì, una volta accantonate le riserve previste dalla legge ed eventualmente dal contratto sociale (o dall'atto costitutivo o dallo statuto), dovessero essere destinati a remunerare l'investimento dei soci; e che solo per volontà dei soci, espressa

1 G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

2 A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.

a maggioranza, gli utili potessero non venire distribuiti, in tutto o in parte, ai medesimi ed essere quindi lasciati nella disponibilità della società.

Le previsioni normative degli artt. 2511 e 2615-ter, rispettivamente in tema di società cooperative e società consortili, dianzi riferite, non contemplano alcuna eccezione alla causa del contratto sociale, che anche per esse permane appunto quella dello svolgimento in comune di un'attività economica; ma tendono essenzialmente a significare che *le società possono perseguire, in alternativa ad uno scopo lucrativo, anche uno scopo mutualistico* - nella duplice accezione della mutualità cooperativa e della mutualità consortile - e *più in generale uno scopo non lucrativo*, senza per ciò rischiare di generare un vizio di nullità, come una corrente di pensiero ormai ampiamente superata aveva in passato cercato di sostenere.

Senza contare che *società prive dello scopo di lucro* non sono soltanto quelle che ispirano la loro attività al perseguimento di un fine mutualistico nel senso più lato, ma altre ne esistono senza essere necessariamente cooperative o consortili. Si pensi segnatamente alle *società pubbliche* - siano esse partecipate, quanto meno in posizione di controllo, e sovente anche di controllo totalitario, dallo Stato o da altri enti pubblici - alle quali non può certo ragionevolmente annettersi finalità lucrativa, ossia di tendere, non di rado in condizioni di estrema difficoltà operativa, al conseguimento di un profitto da assoggettare dapprima al prelievo fiscale talora a favore degli stessi soci (ad es. dello Stato quanto all'IRRES, delle Regioni quanto all'IRAP, delle Regioni e dei Comuni quanto alle varie addizionali dell'IRPEF trattenute alla fonte sui compensi di lavoro dipendente, e così via), per ripartire quindi gli utili netti fra i soci a remunerazione del loro investimento. Non è questo, ovviamente, il motivo per il quale gli enti pubblici decidono solitamente di curare la realizzazione di determinati scopi istituzionali loro propri attraverso la partecipazione a società, in genere strumentali, per lo più costituite secondo i tipi capitalistici della s.p.a. o della s.r.l. Tale motivo risiede, per contro, nel perseguimento di scopi ben diversi dal profitto in sé, che possono spaziare dall'attuazione di economie esterne ambientali consistenti nella creazione di insediamenti industriali in zone di cui si voglia promuovere lo sviluppo economico mediante la dotazione di infrastrutture non ancora esistenti (reti idriche ed elettriche, collegamenti stradali e ferroviari, porti ed aeroporti, aree retroportuali attrezzate, ecc.), suscettibili inoltre di attrarre nuovi investimenti privati, fino all'impegno dello Stato in settori produttivi considerati strategici o comunque particolarmente rilevanti per la sicurezza o la stabilità politica (fra cui l'industria aerospaziale, degli armamenti, dell'energia nucleare, delle telecomunicazioni, come pure in passato avveniva per l'industria siderurgica, elettrica, telefonica e cantieristica, per non citare che qualche esempio fra i più noti): scopi tutti che con il puro e semplice intento lucrativo hanno ben poco a che vedere.

Si pensi altresì alle *società sportive*, ed in particolare alle società calcistiche del settore professionistico al tempo in cui era in vigore la l. 23

marzo 1981, n. 91, alle quali, pur rivestendo la forma di società per azioni, era assolutamente precluso perseguire lo scopo di lucro in forza della c.d. "clausola non lucrativa" rappresentata dall'art. 13 della stessa legge e che non avrebbero neppure potuto ottenere il riconoscimento del CONI. ex art. 32 prev., d.p.r. 28 marzo 1986, n. 157, se avessero trasgredito a tale divieto; preclusione poi venuta meno, com'è noto, per consentire la quotazione nei mercati regolamentati delle azioni di quelle società che avessero inteso accedervi.

E si pensi, più recentemente, alle società *benefit* di promanazione statunitense, previste nel nostro ordinamento dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. legge di stabilità per il 2016), commi 376-382, che possono affiancare allo scopo lucrativo - o anche sostituirlo con - finalità di vantaggi collettivi per persone, o comunità, o enti associativi, o ambiti territoriali, o beni ed attività socio-culturali, o altri *stakeholders* quali «*lavoratori, clienti, fornitori, creditori, pubbliche amministrazioni e società civile*», ossia finalità ulteriori e diverse rispetto al profitto, le quali società si iscrivono nel solco delle imprese sociali contemplate dal d.lsg. 24 marzo 2006, n. 155, a cui è invece legislativamente preclusa la distribuzione diretta ed indiretta di utili, da destinarsi esclusivamente al perseguimento dei loro scopi istituzionali di carattere, appunto, socialmente rilevante.

In conclusione, sul punto, il nostro ordinamento ammette la presenza sul mercato di società aventi scopi intrinsecamente diversi tra loro, di cui *lo scopo di lucro è uno fra i vari possibili (e leciti), ma non può ritenersi coesenziale* alla nozione stessa di società - indipendentemente dalla composizione, unipersonale o plurisoggettiva, della compagine sociale - e dunque non può farsi rientrare nella definizione generale di questa figura giuridica³.

3 L'attività economica non è necessariamente attività d'impresa

Una volta assodato che l'attività economica delle società può essere tanto lucrativa quanto non lucrativa, si deve ancora considerare se tale attività debba necessariamente consistere, o non, nell'*esercizio di un'impresa*. Nonostante l'orientamento della corrente più tradizionale degli interpreti, che ciò afferma, la dottrina più moderna propende ormai per ritenere che *non appaia intrinseco al concetto di società*, e indispensabile per l'individuazione dell'esistenza di questa, *che l'oggetto sociale consista in un'attività imprenditoriale*⁴.

3 Così in particolare, G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109 ss.

4 *Ex multis* F. GALGANO, voce "Società (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 865 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 10 ss.; G. MARASÀ, *Le società*,

Si pongano alcuni esempi: se due coniugi sono soci di una società, di qualunque tipo, alla quale forniscono i mezzi per acquistare un appartamento per andarvi ad abitare, o una seconda casa per trascorrervi le vacanze, o un'imbarcazione per andar per mare, e beninteso per provvedere alla relativa gestione, questa società compie innegabilmente un'attività economica (acquista, paga, mantiene, ripara il bene o i beni di proprietà, talora per acquistarli accende un mutuo che rimborsa gradualmente e dei cui interessi si onera, sostiene le spese di amministrazione e di gestione; nel caso dell'imbarcazione ne contratta altresì, e ne paga, il ricovero in un porto e il rimessaggio, ecc.), ma non esercita alcuna impresa. Analogamente, svolge un'attività economica, ma non d'impresa, una società *holding* alla quale i soci abbiano fatto acquistare le loro partecipazioni in un'altra società con l'intento di dar corpo, attraverso questa, ad un patto di sindacato - a seconda dei casi, di voto o addirittura di controllo - senza peraltro esercitare alcuna influenza, né dominante né notevole, in seno alla società partecipata. Altri esempi altrettanto significativi possono trarsi - dopo la riforma societaria del 2003 - dall'esclusione dalla disciplina delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (ex art. 2325-bis, come integrato dalla delibera CONSOB n. 14372 del 23 dicembre 2003 e ss.mm.) di quelle società per azioni che, indipendentemente dal numero degli azionisti, dalle dimensioni patrimoniali, dall'entità del capitale e dagli eventuali prestiti obbligazionari emessi, siano contraddistinte da un oggetto sociale che preveda «*esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative, di servizi di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio*», fra le quali rientrano le società che effettuano la gestione di servizi sportivi, come campi da *golf*, impianti sciistici, natatori o tennistici e simili, a beneficio dei propri soci o di loro ospiti. Sono esempi semplici, e comuni, i quali dimostrano che non è necessario inventarsi a tutti i costi l'esistenza di un'impresa ogni qualvolta ci si trovi in presenza di una società.

In tutti questi casi si è, insomma, in presenza di società il cui oggetto sociale non consiste in un'attività d'impresa. Sono dunque - per usare una locuzione abitualmente invalsa nell'uso - "*società senza impresa*", fra cui rientrano appunto le società che perseguono scopi essenzialmente culturali, scientifici o sportivi, nonché le numerosissime società immobiliari impropriamente definite "di comodo", le altrettanto numerose società costituite dai soci al fine del godimento di determinati beni o diritti ed altre ancora che esistono ed operano da lunga pezza in Italia - e non solo - ove hanno ormai acquistato pieno diritto di cittadinanza, nonostante talune opinioni dissonanti, per lo più alquanto risalenti nel tempo. È all'uopo importante, sul piano esegetico, rilevare che l'attività economica di cui è

menzione nell'art. 2247 non necessita - com'è richiesto invece per quella menzionata dall'art. 2083 - di venire svolta «*al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*», cioè per il mercato: finalità che, nelle società, può pertanto anche difettare.

La tesi, talora avanzata dalla più rigida dottrina tradizionale dianzi richiamata, della nullità delle società costituite allo *scopo del godimento* di beni o diritti - il cui accoglimento varrebbe ad eliminare un amplissimo novero di società attualmente esistenti nel nostro Paese - è stata tuttavia contraddetta dalla giurisprudenza. Inoltre la prevalente dottrina, dopo avere illustrato i motivi per i quali non sussiste, nell'ordinamento italiano, la possibilità di dichiarare la nullità delle società anzidette, ha chiarito che la norma dell'art. 2248 - la quale dispone che «*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III*» del codice - va interpretata come una valvola di chiusura del sistema, non nel senso che la società non possa avere ad oggetto il mero godimento di beni, quanto in quello, assolutamente diverso, che la sottoposizione dei beni al regime societario sarebbe incompatibile con il regime della comunione. Tuttavia i soggetti interessati, nel rispetto della loro autonomia privata, possono decidere di optare per il regime societario e di gestire in forma societaria la proprietà dei beni. È quindi la volontà delle parti ad essere decisiva, e *non sembra esservi alcuna preclusione alla costituzione e all'esercizio di una società avente ad oggetto il godimento di beni*. D'altro canto, non si riuscirebbe a comprendere come possa sopravvivere la società che non opera più, ma gestisce solo il canone di affitto dell'azienda che non esercita direttamente, o i canoni di locazione di unità immobiliari costruite e rimaste invendute, e per ciò messe a reddito, e non sia invece possibile costituire *ab initio* una società che abbia per oggetto l'amministrazione dei propri beni. Un acuto studioso⁵ ha al riguardo evidenziato: «La soluzione ci sembra da segnalare soprattutto perché sembra di poter intravedere una volontà legislativa in tal senso. L'art. 3, n. 18, d.l. 19 dicembre 1984, n. 853, convertito nella l. 17 febbraio 1985, n. 17, pare ammettere la possibilità che vi siano società la cui attività sia costituita dalla mera gestione e dal mero godimento degli immobili». In questo senso militano norme di leggi ancor più recenti, quali l'art. 29 della legge n. 49/1997 e l'art. 1, co. 115, della legge n. 208/2015, che hanno accordato disposizioni agevolative sul piano fiscale «*alle società che hanno per oggetto esclusivo o principale la gestione dei predetti beni*» - immobili e mobili registrati ed anche, per la sola legge del 1997, partecipazioni - le quali entro una certa data (rispettivamente, 1° settembre 1998 o 30 settembre 2016) «*si trasformano in società semplici*».

5 S. DE VITIS, *L'invalidità delle società di persone*, in AA.Vv., *Disposizioni generali sulle società e le società di persone: prospettive di riforma*, Milano, 2001, p. 201 ss.

Contra, alcuni giudici hanno deciso per il carattere simulato di società costituite al solo scopo di dissimulare una mera comunione di godimento (ma nelle fattispecie esaminate la costituzione della società integrava un vero e proprio negozio in frode alla legge, preordinato ad es. all'ablazione del diritto di prelazione o di riscatto spettante *ex lege* al coltivatore diretto nel caso di alienazione di un fondo rustico da questo condotto in affitto).

Con riguardo alle “*società in fatto di comodo*” – ossia a quelle società costituite allo scopo del godimento di beni, ancorché con un oggetto sociale apparentemente preordinato al perseguimento di una diversa attività (ad es. di un'attività di impresa) quale quella di costruzione, acquisto, vendita ed amministrazione *medio tempore* degli immobili di proprietà, per “schermare” una semplice attività di gestione immobiliare – deve ritenersi che sia precluso fare riferimento tanto alla simulazione assoluta quanto a quella relativa totale, difettandone *in radice* i presupposti. La cosciente e volontaria indicazione di un oggetto sociale diverso da quello che i soci (od anche l'unico socio) intendano realmente perseguire potrebbe invece giustificare la percezione di un'ipotesi di simulazione parziale, legittimando la ricognizione dell'illiceità, ove sussistente, dell'oggetto sociale e comportando la conseguente declaratoria di nullità della società. Ciò, tuttavia, limitatamente alle sole società di persone, poiché per le società di capitali la tassatività delle cause di invalidità in generale, e di nullità in particolare, stabilite sia dall'art. 11, ult. co., della I direttiva comunitaria in materia societaria sia dall'art. 2332 *non consente di fondare la nullità della società sull'elemento della simulazione*, di nessun tipo. Inoltre, sempre per le società di capitali, la causa di nullità integrata dalla illiceità dell'oggetto sociale non potrebbe, nella fattispecie, venire invocata, dovendo a tal fine “guardarsi esclusivamente all'oggetto sociale statutario, anziché a quello effettivo”, come pure deciso nel 1990 dalla Corte di Giustizia della C.E. nel caso *Marleasing*.

Ciò senza contare che spesso il godimento di uno o più beni non consiste in una mera percezione statica dei frutti o dell'utilità di questi, qual'era configurata nel più risalente significato comunemente attribuito a questo concetto, ma integra una serie di atti ed operazioni economiche tra loro correlati e preordinati al perseguimento di uno scopo, cioè lo svolgimento di un'attività, e precisamente di un'attività economica quale quella enunciata dall'art. 2247. Il che sposta l'accento dal godimento “mero” ad una causa societaria tipica, già nota a partire dalla nozione della «*società particolare*» contemplata dall'art. 1705 del codice civile del 1865, definita come «*quella [società], la quale non ha per oggetto se non certe determinate cose, o il loro uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre*» (c.d. società esercente un'impresa civile, o *società civile tout court*, che in aggiunta – ai sensi del successivo art. 1706 – già poteva essere costituita «*per l'esercizio di qualche mestiere o professione*»: v. *infra*, § 4). Le società civili previste dal codice civile del 1865 e le società commerciali regolate

dal codice di commercio del 1882 sono state quindi “unificate” a seguito della grande riforma scaturita dall’emanazione del codice civile del 1942, la cui *Relazione ministeriale*, ai §§ 922 ss., così si è espressa al riguardo: «Come nel libro delle obbligazioni sono stati rifusi in un sistema unitario i contratti civili e commerciali, così nella nuova disciplina delle società risultano coordinate in un sistema unitario le diverse figure di società, eliminando quella soluzione di continuità che sino ad oggi esisteva tra società civili e società commerciali» (§ 922). Ed inoltre: «Nel sistema del nuovo codice la società è una forma di esercizio collettivo di un’attività economica produttiva e normalmente [dunque non esclusivamente: n.d.a.] di un’attività economica organizzata durevolmente ad impresa» (§ 923). La società semplice è «un tipo di società, riservato alle attività non commerciali, che non ha caratteristiche positive proprie e sostituisce la società civile del codice del 1865, come il tipo più elementare di società» (§ 927).

In conclusione, la società semplice – che è una delle società tipiche del vigente ordinamento societario – ha assorbito i caratteri della società civile, alla cui «disciplina sostanzialmente si adegua» (§ 933), ed ha conseguito la capacità di assumerne gli scopi, ferma la preconditione dell’esercizio di un’attività economica che è coesistente a tutte le società, qualunque tipo rivestano. Attività economica che – nelle società – può essere d’impresa o non d’impresa; se d’impresa, commerciale o non commerciale; lucrativa o non lucrativa; e può essere altresì preordinata a procurare ai soci il godimento dei beni sociali, fermo restando in questo caso l’obbligo di regolare i propri rapporti interni secondo le disposizioni in materia di comunione. Gli scopi diversi da quello dell’esercizio dell’impresa, e segnatamente dell’impresa commerciale, sono principalmente perseguiti dalla società semplice, anche e soprattutto quale “erede” della società civile del codice del 1865; ma non può escludersi – giusta la previsione dell’art. 2249, co. 2 (su cui v. *infra*, § 9) – che possano venire assunti anche dalle società commerciali, se i loro soci lo desiderino.

4 Le società tra professionisti. La società tra avvocati

Della legittima esistenza nel nostro ordinamento di “società senza impresa” trovasi ormai indiscutibile conferma anche sulla base di norme di diritto positivo. Da qualche tempo invero – e segnatamente dopo l’abrogazione del divieto di svolgere attività professionali in forma societaria, disposta dall’art. 24, co. 1, l. 7 agosto 1997, n. 266 – la legislazione italiana ha contemplato espressamente le società tra professionisti, su cui v. la l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 10, con riguardo alle c.d. professioni liberali (olim professioni protette), come completata dal relativo regolamento di attuazione approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34, e la l. 14 gennaio 2013, n. 4, con riguardo alle professioni non organizzate; e, fra le

suddette società tra professionisti, *in primis* le società tra avvocati (d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, art. 16 ss., emanato in attuazione della direttiva comunitaria 16 febbraio 1998, n. 98/5/CE, ed in esecuzione della legge delega 21 dicembre 1999, n. 526, come modificato dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247, la quale ha introdotto nuove regole per la disciplina delle aggregazioni professionali composte da avvocati).

La società tra avvocati contemplata dal citato decreto del 2001 aveva un oggetto sociale esclusivo, consistente nell'esercizio in comune della professione legale dei soci. A cagione di tale carattere di esclusività era stata correttamente posta in evidenza l'inammissibilità dell'adozione di questo modello societario per lo svolgimento di attività interdisciplinari in ambito professionale, cioè la sua inidoneità ad essere impiegato come "società interprofessionale", e perfino per l'assunzione di partecipazioni in altre società.

Si trattava dunque di un *oggetto sociale pacificamente non commerciale*, come lo stesso d.lgs. n. 96/2001, art. 16, co. 3, espressamente riconobbe allorché stabilì che tale società, in caso di dissesto, non fosse soggetta al fallimento (né, per implicito, alle altre procedure concorsuali); che dovesse essere iscritta nel registro delle imprese, ma nella sezione speciale relativa alle società tra professionisti, avendo tale iscrizione una mera funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità-notizia (*ivi*, co. 2); e che dovesse pure essere iscritta in una sezione speciale dell'albo degli avvocati, applicandosi ad essa le norme - legislative, professionali e deontologiche - disciplinanti la professione di avvocato (*ivi*, co. 4).

Taluno ritenne che l'individuazione dell'esercizio della predetta attività professionale quale oggetto sociale di questa particolare forma di società avrebbe attratto l'attività stessa nell'ambito dell'impresa⁶; secondo altro orientamento avrebbe invece dovuto farsi riferimento, nella fattispecie, ad una "combinazione" di prestazioni intellettuali con prestazioni tipicamente imprenditoriali⁷; e ciò sulla scorta della teoria secondo cui l'attività delle società, di qualunque tipo, non potrebbe che consistere in un'attività d'impresa⁸. Una matrice comune, quanto meno negli anni a noi più vicini, di questi indirizzi dottrinali sembra doversi rinvenire nel pensiero di Oppo⁹, ad avviso del quale la disciplina dell'imprenditore si rende pienamente applicabile all'esercizio della professione intellettuale quando "l'esercizio

6 *Ex multis* V. BUONOCORE, *Le società*, nel *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, p. 302.

7 Così A. PAVONE LA ROSA, *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 99.

8 Cfr., in luogo di molti, E. ZANELLI, *Il volo del calabrone su imprese e società vere e false. A proposito di società semplici, immobiliari, professionali e cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 744 ss.; e già ID., *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, p. 235 ss.

9 G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1987, spec. § 5.

della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa": ma il chiaro A. aveva piuttosto in mente i casi dell'insegnante che gestisce una scuola privata, del medico che gestisce una clinica, del farmacista e simili, piuttosto che quella dell'avvocato che esercita la sua professione ordinaria mettendosi semplicemente in società con altri avvocati che fanno altrettanto. Dall'intuizione concernente l'esistenza di società che esercitano attività né commerciali né agricole è stato tratto argomento per avvalorare la tesi intelligente e lungimirante – rimasta per lungo tempo sopita, ma ripropostasi negli ultimi anni, con rinnovato vigore, all'attenzione degli studiosi¹⁰ – a mente della quale tra l'impresa commerciale e l'impresa agricola esisterebbe un *tertium genus*, sempre però afferente alla sfera della non-commercialità, rappresentato dall'*impresa civile* la quale, secondo questo orientamento, consiste in attività di servizi non classificabili – a differenza, ad es., del servizio assicurativo – nel comparto industriale, bensì nel "terziario", quali segnatamente le attività di pulizie, giardinaggio, guardianaggio, ottenimento e rinnovo di documenti (passaporto, carta d'identità, patente, ecc.), scuola-guida; a cui potrebbero aggiungersi, in chiave più moderna, quelle di certificazione di qualità (Iso, ecc.), di agenzie di *rating* e simili. Impresa civile che tuttora esiste, ad es., in Francia ove sono esplicitamente previste dalla legge le *s.c.i. (sociétés civiles immobilières)* le quali sono presenti in gran numero nel tessuto economico di quel Paese.

Pur con tutto il rispetto dovuto all'autorevole corrente dottrinale che ha tentato di attrarre l'attività professionale organizzata e svolta in forma societaria nell'ambito dell'impresa, non sembra tuttavia che sia questa la chiave di lettura da annettersi alla normativa in esame. Deve ritenersi, di contro, che l'attività di avvocato, comunque esercitata, sia – e resti – un'attività libero-professionale; e che neppure una struttura più articolata, un insieme di mezzi più consistente ed un grado di organizzazione superiore rispetto a quelli che, almeno nel nostro Paese, tradizionalmente caratterizzano gli studi legali possano... cambiarle i connotati. Questo è altresì il concetto che – pur nella più angusta visione di allora – aveva espresso la stessa *Relazione ministeriale* al codice civile ad illustrazione dell'art. 2238, in cui si asseriva che «*Il Codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario*». Concetto che successivamente era stato confermato dal "progetto Mirone" recante la delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali (d.d.l. n. 5092 approvato dal Consiglio dei ministri il 3 luglio 1998) il quale – all'art. 2, n. 2, lett. e) – aveva ribadito «*la distinzione. delle attività professionali*

10 V. ex plurimis M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1974, pp. 110 ss. e pp. 165 ss.

dall'attività di impresa», la cui equiparazione, come esplicitava sul punto la *Relazione* accompagnatoria, per quanto sostenuta in sede comunitaria, «è in via di eccezione e a determinati fini e non anche in via sistematica». E l'attività libero-professionale non è un'attività d'impresa – così come il professionista non è un imprenditore (su cui *funditus* Trib. Milano, 27 maggio 1998 e 12 dicembre 1998) – ancorché la scelta di espletarla attraverso l'impiego del modello societario imponga determinate formalità, altrimenti non dovute, riguardanti ad es. il regime di pubblicità mediante l'iscrizione nel registro delle imprese, a cui peraltro non si riconnettono gli effetti della pubblicità legale, tipica delle imprese commerciali (ed ora anche delle imprese agricole: v. d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, art. 2), bensì semplicemente – come detto – quelli della pubblicità-notizia e della rilevazione statistica.

Restano cioè fermi, riguardo ad essa, i due postulati fondamentali che contraddistinguono qualunque professione liberale, consistenti nella *personalità della prestazione* e nella *responsabilità del professionista* nei confronti del cliente, che non a caso risultavano confermati, rispettivamente, dagli artt. 24 e 26 del cennato d.lgs. n. 96/2001, il quale riservava alla società tra avvocati la qualificazione di “professionista”, capace di ricevere l'affidamento di incarichi professionali (art. 24, co. 1) – sebbene per espletarli dovesse avvalersi dell'opera dei soci in possesso dei requisiti richiesti –, di avere clienti propri (*ivi*, co. 2 e 3) e di vantare come propri i crediti derivanti dalle prestazioni professionali rese dai soci a favore di questi (art. 25, co. 1). E restava soprattutto – come resta – ferma la *natura dell'obbligazione professionale, che è obbligazione di mezzi e non di risultato, quale è invece quella dell'imprenditore*, e che – fino a diversa disposizione della legge – non può essere mutata per il solo fatto che l'esercizio della professione venga posto in essere, anziché da un singolo professionista, da più professionisti in comune, in forma societaria per l'appunto.

Anche nel caso di specie si è quindi in presenza di *una società* – di tipo nuovo ed autonomo, costituente il *quarto tipo delle società di persone* – *che non solo non è commerciale, ma il cui oggetto sociale non consiste neppure in un'attività di impresa*: dunque, ancora e sicuramente, di “società senza impresa”¹¹.

La società tra avvocati – sulla cui causa societaria non sembrano certo potersi affacciare i dubbi e le perplessità avanzati con riguardo alle società che ammantano, in realtà, delle comunioni di godimento (v. *infra* § 6)¹², sebbene la struttura organizzativa societaria sia stata deliberatamen-

11 V. ancora G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1345 ss.

12 In giurisprudenza, v. Cass., 13 dicembre 1993, n. 12260, 27 marzo 1997, n. 2465, e 28 aprile 1997, n. 3666, con commento di M. CIAN, *Società di mero godimento tra azione di simulazione e Durchgriff*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 452 ss.

te prescelta e voluta dai costituenti - non fa dunque eccezione a questo principio, che è la legge stessa a fissare allorché descrive quale causa del contratto sociale l'esercizio «*di un'attività economica*» (art. 2247), senza peraltro richiedere necessariamente, come richiede invece la definizione di imprenditore dell'art. 2082, che tale attività economica debba essere preordinata alla produzione o allo scambio di beni o servizi. *Attività economica* il cui requisito essenziale è quello, innanzi riferito, dell'*economicità della gestione*, ossia consiste - come minimo - nell'intento della copertura dei costi con i ricavi (o con i reintegri dei costi) com'è normale nelle società cooperative e soprattutto consortili, che si traduce appunto, come obiettivo perseguito, nel postulato del *pareggio del bilancio*.

Si comprende allora la *ratio* della *duplice iscrizione* prevista per questa società: *nella sezione speciale del registro delle imprese* ad essa specificamente dedicata, da un lato, in considerazione della forma societaria rivestita, senza peraltro che ciò possa autorizzare alcuna presunzione di imprenditorialità della stessa, esattamente come dall'iscrizione di una società semplice nella (diversa) sezione speciale del registro non può in alcun modo inferirsi che l'attività da essa svolta sia necessariamente un'attività d'impresa, ed in particolare d'impresa commerciale; e *nell'albo degli avvocati*, dall'altro, in considerazione dell'attività esercitata, che deve essere esclusivamente quella professionale. Solo parzialmente condivisibile appare dunque l'affermazione - fondata peraltro sull'equivoco della supposta coincidenza fra società tra avvocati e società in nome collettivo - secondo cui la società tra avvocati contemplata dal d.lgs. n. 96/2001 sarebbe una società commerciale di forma, ma civile di oggetto, cioè di sostanza; mentre invece, nella prospettiva dianzi delineata, dovrebbe più propriamente concludersi che *tale società tra avvocati non fosse una società commerciale né di forma né di sostanza*; e che potesse sì qualificarsi come società civile, unicamente però nell'accezione che questa espressione aveva nel nostro ordinamento anteriormente all'emanazione del codice civile del 1942 - e che tuttora ha, ad es., nell'ordinamento francese - ma non in quella di impresa civile esercitata sotto la forma di società di tipo commerciale.

L'art. 10 della legge n. 183/2011, come s'è detto, ha introdotto nel nostro ordinamento le *società tra professionisti*: società non circoscritte alla professione di avvocato, ma aperte all'esercizio di tutte le «*attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico*». Tale norma è stata quindi integrata e completata con il già ricordato regolamento di attuazione approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34.

Senza poter scendere in questa sede nel dettaglio della cennata disciplina, ci si limita ad enunciare i profili salienti. Innanzi tutto *la società tra professionisti*, a differenza della società tra avvocati contemplata dal d.lgs. n. 96/2001, *non costituisce un tipo sociale a se stante*. A tal fine *possono essere utilizzati tutti i tipi sociali* previsti dall'ordinamento: quelli cioè della società semplice, delle società commerciali ordinarie e della

società cooperativa (in quest'ultimo caso i soci cooperatori non possono essere meno di tre).

Nella ragione o denominazione sociale, comunque formate, deve comparire la dicitura "società tra professionisti". Inoltre, le società in questione *devono essere iscritte nel registro delle imprese, nella sezione speciale* istituita dal d.lgs. n. 96/2001 originariamente per le società tra avvocati (art. 7 reg.), nonché in una sezione speciale degli albi o dei registri tenuti presso gli ordini o i collegi professionali di appartenenza dei soci professionisti.

Queste società hanno *per oggetto sociale l'esercizio esclusivo dell'attività professionale da parte dei soci*. È tuttavia possibile che esistano *società professionali multidisciplinari* - ossia società tra professionisti esercenti più attività professionali (ad es. tra ingegneri, architetti e geometri) - nel qual caso la società dovrà essere iscritta nell'albo o nel registro tenuto dall'ordine o dal collegio professionale relativo all'attività individuata come prevalente nell'atto costitutivo o nello statuto (art. 8 reg.) ovvero, per le società semplici, nel contratto sociale. *La partecipazione ad una società professionale è tuttavia incompatibile con quella ad altre società tra professionisti*. Il socio che sia stato cancellato dal proprio albo professionale con provvedimento definitivo è *escluso dalla società*.

Nelle società di cui trattasi - ed è questo uno dei motivi che hanno generato le maggiori perplessità circa la legge in esame - a fianco di soci professionisti tenuti ad esercitare in via esclusiva la loro attività professionale e regolarmente iscritti nei rispettivi ordini, albi e collegi, sono *ammessi a partecipare alla compagine sociale anche soci non professionisti*, soltanto però per prestazioni tecniche (ad es., gli incaricati dell'amministrazione di una società tra farmacisti) o per finalità di investimento. Ecco dunque l'ingresso nelle società tra professionisti di *soci capitalisti*, limitatamente, dovrebbe ritenersi, a quelle costituite secondo i tipi della s.p.a., della s.r.l. e delle società in accomandita, semplice e per azioni. In tal caso però *i soci professionisti dovranno avere una duplice maggioranza - per teste e per quote* di partecipazione al capitale sociale - che consenta loro di disporre *dei due terzi dei voti per l'assunzione delle deliberazioni assembleari o delle decisioni dei soci*; il venir meno di tale condizione, se non ripristinata nel termine perentorio di sei mesi, è *causa di scioglimento* della società.

L'incarico professionale può essere conferito alla società; peraltro *l'esecuzione di tale incarico compete soltanto ai soci professionisti* in possesso dei requisiti di legge: professionisti che devono essere quelli designati dai clienti o, in mancanza di designazione espressa, che devono essere indicati per iscritto ai clienti stessi da parte della società prima dell'inizio della prestazione, in modo che i clienti possano eventualmente esprimere la loro opzione a non essere seguiti da questi. La società ha altresì l'obbligo di informare i clienti di situazioni di *conflitto di interessi*, anche potenziale, con gli stessi che possano essere determinate non solo da questa e dai suoi soci professionisti, ma anche dalla presenza nella compagine sociale

dei soci finanziatori (art. 4 reg.). È disposto che i professionisti possano opporre agli altri soci – ed evidentemente, deve ritenersi, agli amministratori ed ai collaboratori tutti della società – il *segreto professionale* circa l'espletamento degli incarichi loro affidati.

Ferma la *responsabilità disciplinare* nella quale ogni singolo socio professionista può incorrere nell'esecuzione dell'incarico, anche sulla società professionale grava la responsabilità per eventuali violazioni delle norme deontologiche e può essere per queste sanzionata in via disciplinare. Ciò anche nel caso in cui le violazioni alle regole di deontologia dei soci professionisti dipendano da direttive loro impartite dalla società (art. 12 reg.).

La legge prevede infine l'obbligo delle società tra professionisti di *stipulare adeguate polizze assicurative* contro la responsabilità civile per i danni che i soci professionisti possano arrecare ai clienti o a terzi nell'esercizio dell'attività professionale.

Si segnala che la *Relazione* illustrativa del suddetto regolamento dell'8 febbraio 2013, n. 34, afferma che «*deve ritenersi che lo svolgimento di pubbliche funzioni, quale quella notarile, non può costituire oggetto di attività in forma societaria*».

Le disposizioni dell'art. 10 della legge n. 183/2011 concernono – come è stato anticipato – le società per l'esercizio delle attività regolamentate nel sistema ordinistico. Un'altra legge – la l. 14 gennaio 2013, n. 34 – è stata invece emanata per disciplinare, sulla base di principi sostanzialmente analoghi, le c.d. *professioni non organizzate*.

Dal momento che la società tra professionisti può rivestire qualunque forma societaria, emerge con ancor maggiore evidenza che *le società non devono considerarsi preordinate in via esclusiva all'esercizio dell'impresa*, potendo senza dubbio esercitare l'impresa, ma potendo altresì esercitare altre attività che d'impresa non sono, quali appunto le attività professionali.

A valle della legge n. 183/2011 è stata emanata la l. 31 dicembre 2012, n. 247, recante la *nuova disciplina* dell'ordinamento della professione forense, il cui art. 5 *ritorna sulle società tra avvocati*, disciplinandola in maggiore sintonia con le previsioni dell'art. 10 della riferita normativa sulle società tra professionisti. Si tratta, in realtà, di una legge di delegazione che ha impegnato il Governo ad adottare “entro sei mesi” dalla sua entrata in vigore – ossia entro il 2 agosto 2013 – un decreto delegato concernente l'esercizio della professione forense in forma societaria.

Le differenze di maggiore rilievo di queste società – che, in qualunque forma costituite, secondo i tipi cioè delle società di persone, di capitali, o cooperative, devono recare nella ragione o nella denominazione sociale le parole “società tra avvocati” – rispetto alle società tra professionisti in genere consistono nelle statuizioni a mente delle quali *i soci devono essere esclusivamente avvocati iscritti all'albo; che non possono farne parte soci tecnici né soci investitori; che non possono esserne soci i professio-*

nisti esercenti altre attività professionali diverse dall'avvocatura, ossia che non possono esistere società tra avvocati multidisciplinari; e che gli amministratori devono essere scelti tra i soci, quindi tra avvocati. Quanto al resto, molti sono i tratti comuni con le società tra professionisti: dal fatto che un avvocato non può far parte di più d'una di queste società; a quello che l'incarico professionale deve essere svolto nell'osservanza del postulato della *personalità della prestazione* e ferma restando la *responsabilità del professionista* che l'abbia eseguita; all'obbligo di tali società di venire iscritte nell'albo speciale dell'ordine degli avvocati territorialmente competente; al fatto, infine, che la cancellazione, la radiazione e perfino la sospensione (in ciò ravvisandosi un più accentuato rigore rispetto alla disciplina delle società tra professionisti in genere) di un socio dall'albo degli avvocati in cui sia iscritto costituisce causa di *esclusione* del medesimo dalla società a cui partecipi.

La prefata legge delega demanda poi al legislatore delegato di stabilire espressamente «*che l'esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività d'impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento*»; ed inoltre che i redditi prodotti da queste società sono «*redditi di lavoro autonomo anche ai fini previdenziali*». Restano ad esse applicabili, in quanto compatibili - *rectius*, in quanto non divenute incompatibili con la legge delega e con il decreto delegato da questa previsto - le disposizioni del d.lgs. n. 96/2001, richiamate dalla norma dell'art. 5 in esame.

Per completezza informativa occorre riferire che il decreto delegato anzidetto non è stato emanato entro il termine previsto dalla legge delega del 2 agosto 2013, ed anzi non consta esserlo stato neppure successivamente, comportando la *decadenza della delega* contenuta nella legge n. 247/2012 e creando con ciò un "vuoto legislativo" in materia di società tra avvocati che non pare possa essere colmato estendendo *sic et simpliciter* agli avvocati la disciplina delle società professionali in genere che, oltre al resto, colliderebbe sotto non pochi profili con la citata direttiva comunitaria n. 98/5/CE e con la susseguente l. 21 dicembre 1999, n. 526, art. 19.

Va però segnalato che il Consiglio dei ministri, nella seduta del 20 febbraio 2015, aveva licenziato un disegno di legge (c.d. "d.d.l. concorrenza") - che, per le società tra avvocati, proponeva l'eliminazione del vincolo di appartenenza dei soci ad una sola di tali società; l'ammissibilità di rendere le stesse multidisciplinari; e l'ingresso in esse anche di soci investitori, cioè di mero capitale: con ciò allineando ancor più la disciplina delle nuove società tra avvocati a quella delle società professionali configurate dalla legge n. 183/2011. Di tale disegno di legge - al momento in cui queste note vengono redatte - è ancora in corso l'*iter* parlamentare.

L'approfondimento di questo importante tema non può ovviamente avvenire in questa sede, nella quale - ove ancora ve ne fosse bisogno - si

tende soltanto a confermare, nel concreto, la legittima esistenza di “società senza impresa”.

5 La qualificazione della cooperativa come società, non più come impresa

Un indice significativo della *non coincidenza fra attività economica e attività d'impresa* con riguardo alle società può ulteriormente trarsi dalla disciplina delle cooperative novellata ai sensi del cennato d.lgs. n. 6/2003, a seguito del quale è stata espunta la dizione “*imprese cooperative*” – che in precedenza compariva nelle rubriche del titolo VI e del capo I del libro V del codice – ed è stata sostituita con «*società cooperative*». Si noti che Bonfante (uno dei massimi studiosi del diritto della cooperazione, autore del fondamentale studio *Imprese cooperative* pubblicato nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999) ha successivamente reintonolato *La nuova società cooperativa* l'edizione susseguente alla suddetta riforma¹³, senza più affidare al sostantivo “impresa” il carattere essenziale comune a tutte le “società” ricadenti entro l'alveo della mutualità cooperativa.

La *ratio* di questo cambiamento va ricercata nella presa d'atto del legislatore del 2003 che *non tutte le società cooperative sono preordinate all'esercizio di un'impresa*. Tali non sono, in effetti, le c.d. cooperative sociali, o quanto meno una parte di esse, in quanto caratterizzate dal perseguimento di finalità solidaristiche a sostegno di fasce meno fortunate della popolazione, quali le persone disagiate, gli immigrati, i soggetti diversamente abili e simili, a cui possono assimilarsi, in concreto, non poche delle stesse cooperative per il commercio equo e solidale contemplate – al pari delle cooperative sociali – dalla l. 8 novembre 1991, n. 381, le quali curano la vendita, effettuata anche con l'impiego di attività volontaria dei propri soci, di prodotti che esse o loro consorzi acquistano direttamente da produttori operanti in Paesi in via di sviluppo ovvero dalle stesse cooperative sociali, con garanzia del pagamento di un prezzo minimo indipendentemente dalle normali fluttuazioni delle condizioni di mercato (cfr. d.m. Attività produttive 30 dicembre 2005). Tali attività, per vero, ben difficilmente potrebbero essere inquadrate nell'attività d'impresa, e comunque, assai sovente anche sul piano pratico, non integrano neppure l'esercizio di un'attività economica, essendo piuttosto connotate da scopi filantropici, se non addirittura di pura erogazione di beni (denaro od altre utilità) o di servizi a favore delle categorie assistite.

In conclusione, sul punto, anche a proposito delle società cooperative – come già si è visto per quelle ordinarie – *non può dirsi essenziale*,

13 G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010.

cioè indefettibile e comune a tutte, *l'elemento dell'esercizio dell'impresa*; il che costituisce ulteriore conferma, per quanto occorrer possa, della presenza nel nostro tessuto economico di società che non sono imprese, a fianco beninteso di una moltitudine di esse che l'attività imprenditoriale effettivamente svolgono.

6 La disciplina applicabile alle società costituite per fini di godimento

Se, come s'è detto in precedenza al § 3, anche *l'attività di godimento* di beni può venire esercitata in forma di società, qual è il significato da anettere alla disposizione dell'art. 2248, a mente della quale «*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme*» sulla comunione?

La risposta che a buon diritto sembra potersi fornire è la seguente: *sotto il profilo organizzativo*, al funzionamento della società (e dei suoi organi, se essa sia di capitali, e, nel caso della s.r.l., sia dotata di un sistema di *governance* di stampo capitalistico) ed ai rapporti con i terzi - ivi compreso il regime della responsabilità patrimoniale dei soci - non potrà che presiedere *la disciplina del tipo sociale prescelto*; ma ove si tratti di regolare i *rapporti interni tra i soci* dovrà senz'altro applicarsi *la disciplina propria della comunione*, dettata dagli artt. 1100 ss., assumendo i soci, sotto questo profilo, la qualità sostanziale - e prevalente - di comunisti.

Questa conclusione risulta altresì corroborata da un'ulteriore considerazione. Al tempo dell'emanazione del codice civile del 1942 - e l'art. 2248 non è più stato modificato da allora - per la costituzione delle società, di qualunque tipo, era ancora richiesta la pluralità dei soci; dunque, i soci delle società costituite a fini di godimento di beni pacificamente dovevano - come tuttora devono - regolare i propri rapporti dominicali secondo le disposizioni in tema di comunione. Ma con l'avvento delle società per azioni e a responsabilità limitata unipersonali l'applicazione delle menzionate disposizioni a queste società non è oggettivamente possibile, giacché *l'unico socio tutto può essere tranne che un comunista*.

Di conseguenza, alla società unipersonale avente lo scopo del godimento del bene o dei beni in essa conferiti da parte dell'unico azionista o quotista (ovvero di cui questo sia rimasto il solo socio) e della quale non può eccepirsi la nullità non possono che applicarsi le regole integranti, nel loro complesso, la disciplina del tipo sociale da essa rivestito.

7 I tipi societari. Le società irregolari

È opportuno, a questo punto, chiarire la nozione di “tipo” delle società. Per “tipo” si intende la *struttura dell'interna organizzazione corporativa societaria*, quale disciplinata dalla legge, con le specificità da questa rimesse all'autonomia convenzionale dei soci.

Le società si sogliono distinguere – a seconda del tipo – in *società ordinarie* e *società cooperative*. Le società ordinarie sono a loro volta distinte in società *di persone* (società semplice, società tra avvocati, società in nome collettivo e società in accomandita semplice: di tipo non commerciale le prime due e commerciale la terza e la quarta) e in società *di capitali* (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, tutte di tipo commerciale).

La commercialità, a questo fine, deve intendersi in senso formale. Possono infatti esservi società di tipo commerciale che non esercitano, nella sostanza, un'attività commerciale; così come possono esservi società di tipo non commerciale – si intende fare riferimento segnatamente alle società semplici – le quali possono invece esercitare, nella sostanza, un'attività commerciale (su questa asserzione si rinvia ai successivi §§ 8 e 9).

Le *società commerciali* sono soggette all'*iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese*, con effetto di pubblicità legale. Per le società di capitali tale iscrizione ha *efficacia costitutiva*; più non possono esistere, dopo la riforma del 2003, società di capitali non iscritte nel registro delle imprese (o irregolari, come si sarebbe detto in precedenza), giacché le società di capitali – al pari delle società cooperative – vengono giuridicamente ad esistenza solo con l'iscrizione: mai prima. Così non è, invece, per le società di persone, le quali si definiscono *regolari* se abbiano ottemperato a tale obbligo di iscrizione; mentre si considerano *irregolari* se non vi abbiano ottemperato. Per queste ultime l'irregolarità si riflette, in senso deteriore, sul piano della responsabilità patrimoniale dei soci per le obbligazioni sociali (art. 2297, co. 1); ed inoltre su quello dell'attribuzione della rappresentanza sociale a ciascun socio che agisca per la società (art. 2297, co. 2).

Le *società semplici* e le *società tra avvocati* (ex art. 16 ss., d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 96) – in quanto tipi di società non commerciali – sono invece soggette all'iscrizione nelle *sezioni speciali* del medesimo registro delle imprese ad esse rispettivamente dedicato, con mero effetto di pubblicità-notizia e con finalità di rilevazione statistica (a meno che le prime esercitino l'impresa agricola, nel qual caso – giusta la previsione del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, art. 2 – l'iscrizione produce effetti di pubblicità legale). Analogo obbligo di iscrizione nella sezione speciale istituita per le società tra avvocati è ora dettata per tutte le società tra professionisti dall'art. 7 del regolamento di attuazione dell'art. 10, co. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183 (approvato con d.m. Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34).

Le *società cooperative* - venute meno, con la riforma del 2003, la possibilità di prevedere la responsabilità dei soci cooperatori illimitata o limitata ad un multiplo della quota - sono ormai *tutte del tipo "a responsabilità limitata"* ed ispirano i lineamenti della loro interna organizzazione corporativa, *mutatis mutandis*, al modello della s.p.a.; tuttavia, per quelle con meno di venti soci o con un attivo patrimoniale non superiore ad un milione di euro, l'atto costitutivo può fare riferimento alla disciplina di base prevista per le s.r.l. (art. 2519). In ragione della prevalenza, o meno, degli scambi mutualistici con i propri soci, tali società si distinguono in *cooperative a mutualità prevalente* (art. 2512) o *a mutualità non prevalente*.

Già si è visto che - muovendo dalla lucida intuizione di Santini¹⁴ - *i tipi sociali sono tendenzialmente neutri rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale* e dunque suscettibili di venire impiegati per il perseguimento di scopi fra loro diversi e per l'esercizio di molteplici attività. Così, il paradigma societario nella sua accezione più lata è permeabile agli intenti lucrativo e non lucrativo, segnatamente - ove non sia perseguito lo scopo di lucro - a quelli ispirati alla mutualità, sia cooperativa che consortile. La flessibilità dei tipi societari rispetto ai possibili scopi e, più in particolare, alle attività economiche potenzialmente esercitabili dagli enti sociali, inoltre, comporta che non necessariamente le società di tipo commerciale svolgano attività commerciali e quelle di tipo non commerciale - segnatamente le società semplici - svolgano attività non commerciali.

8 La società semplice può trovarsi ad esercitare un'attività commerciale

Se un'attività non commerciale (ad es. agricola) per il cui esercizio era stata in origine costituita una società semplice diventasse, con l'andar del tempo, commerciale - perché i prodotti manipolati, conservati, trasformati o commercializzati dalla stessa società non promanassero più, almeno in maggioranza, dai fondi coltivati da questa, ma venissero acquistati prevalentemente presso terzi (art. 2135, co. 3.) - *la società semplice* in questione, quand'anche mantenesse il proprio tipo non commerciale, si troverebbe, foss'anche all'insaputa dei suoi soci-amministratori, ad *esercitare un'attività commerciale*.

La conseguenza sarebbe che, ferme restando le regole del tipo, e fra queste soprattutto il regime della responsabilità incombente ai soci, tale società diverrebbe assoggettata allo statuto dell'imprenditore commerciale: pertanto, se essa dovesse diventare insolvente sarebbe passibile - al

14 G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

pari di ogni altro imprenditore commerciale – di venire *dichiarata fallita* (alla condizione, ovviamente, del superamento dei limiti dimensionali stabiliti dagli artt. 1, co. 2, e 15, ult. co., l.fall.).

Ciò non può, tuttavia, avvenire per quella particolare società non commerciale (e, ancor più, non imprenditoriale) che è la società tra avvocati – prima *species* del più ampio *genus* delle società tra professionisti ad avere ricevuto una disciplina positiva nel nostro ordinamento a norma degli artt. 16 ss., d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 – la quale può avere per oggetto sociale esclusivamente «*l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio*»; mentre il tipo della società semplice può ora senza dubbio ammantare anche l'attività – sicuramente non d'impresa, e quindi *a fortiori* non commerciale – delle società tra professionisti (l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 10, co. 3), la quale è parimenti insuscettibile di assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali.

9 Le società commerciali possono esercitare attività non commerciali

Per converso, due o più soggetti i quali intendano esercitare in comune un'attività non commerciale – ad es. un'impresa agricola – hanno la facoltà, in virtù dell'autonomia convenzionale riconosciuta loro dalla legge (art. 2249, co. 2), di costituire a tal uopo *anche una società di tipo commerciale* – ad es. una s.p.a. – se in questo modo essi ritengano di poter meglio disciplinare i loro rapporti, o di evitare di mettere a repentaglio l'intero loro patrimonio come avverrebbe nell'ipotesi di assunzione di una responsabilità personale illimitata e solidale conseguente alla partecipazione ad una società semplice, od ancora intendano dotarsi di uno strumento operativo in grado di consentire la raccolta di finanziamenti presso il pubblico – ad es., mediante l'emissione di titoli di debito – o in vista del perseguimento di altri obiettivi che renda per essi preferibile l'adozione del tipo sociale (commerciale) prescelto. Ciò è oggi esplicitamente ammesso dal citato art. 10, co. 3, l. 12 novembre 2011, n. 183, per le *società tra professionisti*, il quale consente che tali società, sicuramente non esercenti un'attività di impresa, e segnatamente di impresa commerciale, possano ormai costituirsi secondo qualsiasi tipo societario – di persone come di capitali, società semplice inclusa, nonché di società cooperativa – presentando dunque, ove venga scelta la forma di una società commerciale, *gli aspetti esteriori della commercialità, ma non certo quello sostanziale*: tipi societari che fungeranno in tal modo da “crisalide” per regolare l'assetto organizzativo interno dell'ente e il regime di responsabilità patrimoniale di questo e dei suoi soci, ma non potranno sostituirsi ai professionisti partecipanti né potranno con ciò superare il principio della *personalità della prestazione professionale* e quello secondo cui l'incarico professionale, anche se conferito alla so-

cietà, può essere espletato unicamente dai soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per la sua esecuzione. In tal caso, però, la società così costituita sarebbe *commerciale soltanto di forma, ma non anche di sostanza*: per cui, fermi restando gli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese (art. 2200, co. 1) e di tenuta delle scritture contabili (art. 2214), in caso di insolvenza essa non potrebbe venire assoggettata al fallimento o ad altre procedure concorsuali, non essendo, in ragione dell'attività concretamente esercitata, un imprenditore commerciale, bensì, a seconda appunto dell'attività esercitata, un imprenditore agricolo, o - per chi lo ammetta - un imprenditore civile, o addirittura neppure un imprenditore¹⁵.

Quindi, l'indirizzo impartito dal legislatore (art. 2249, co. 1) di adottare tipi di società commerciali per l'esercizio di attività commerciali è pacificamente derogabile qualora i soci preferiscano scegliere di esercitare un'attività che commerciale non sia mediante uno strumento societario tipicamente commerciale.

10 Il rinvio alle leggi speciali

Restano infine salve le disposizioni riguardanti, da un lato, le società cooperative, in considerazione dello scopo mutualistico da cui sono connotate; e, dall'altro, le *disposizioni recate da leggi speciali* allorché prevedano che determinate attività particolarmente rilevanti debbano - o non possano - venire esercitate in forma di società di tipi specifici: ad es. l'attività bancaria deve essere esercitata in forma di società per azioni, a meno che non sia contraddistinta da connotati di mutualità, nel qual caso potrà essere svolta sotto le vesti di banca popolare o di banca di credito cooperativo, disciplinate dal Testo unico bancario; le s.i.m. e le s.g.r. devono essere costituite secondo il tipo della società per azioni; l'attività assicurativa deve essere svolta nelle forme di s.p.a., di società cooperativa, di mutua assicuratrice, di società europea, oltretutto di ente pubblico economico; e, per converso, le società artigiane non possono assumere la forma di società per azioni.

Sempre alle leggi speciali occorre avere riguardo al fine di accertare se per l'esercizio di determinate attività, o addirittura per l'iscrizione delle società che intendano esercitarle, sia necessario l'ottenimento di *particolari autorizzazioni* da parte di Autorità amministrative: ad es. l'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia per l'esercizio dell'attività bancaria o dell'attività finanziaria nei confronti del pubblico; o quella, a seconda dei casi, della stessa Banca d'Italia o della CONSOB per l'esercizio dell'attività

15 Sul punto si rinvia all'insuperato insegnamento di G. OPPO, *Materia agricola e "forma commerciale"*, negli *Scritti in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 83 ss.; ID., *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 561 ss.

degli intermediari finanziari; od ancora quella dell'IVASS per l'esercizio dell'attività di assicurazione e riassicurazione; del Ministero dello Sviluppo economico per l'esercizio dell'attività fiduciaria; e così via (e per tutte le suddette attività sono prescritte forme societarie diverse da quelle delle società personali).

Ed ancora da norme speciali – che possono essere sia statuali sia regionali – può evincersi se sussistano *riserve di legge* per l'esercizio di determinate attività: ad es. in molte Regioni la gestione dei mercati generali e dei mercati regionali è sottratta all'iniziativa privata ed è riservata ad enti pubblici, quali i Comuni e i consorzi di Comuni. L'esercizio di particolari attività può poi essere condizionato al rilascio di determinate concessioni o autorizzazioni amministrative: è stata così dichiarata nulla per illiceità dell'oggetto sociale una società che operava in violazione di norme che disponevano limitazioni e controlli nella distribuzione di generi contingentati o sottoposti a vincoli; come pure una società che gestiva un'agenzia di recapiti espressi mediante una concessione ottenuta in frode alla legge; ed un'altra che esercitava un'attività di analisi cliniche di laboratorio in assenza delle prescritte autorizzazioni.

11 Oggetto sociale risultante dal contratto e oggetto sociale effettivo

A conclusione della disamina dell'oggetto sociale concernente qualsiasi tipo di società, non va sottaciuto che possono sussistere – e nella pratica non di rado sussistono – *discrasie fra quello risultante dal contratto sociale* (o dall'atto costitutivo) *e quello desumibile dall'attività concretamente esercitata* dalla società.

Talvolta il contratto sociale enuncia settori di attività in cui la società non opera né all'inizio della propria "vita" né successivamente: potrebbe non operarvi per lungo tempo, come potrebbe non operarvi mai; ma, all'opposto, potrebbe un giorno dedicarsi anche a quel genere di *business*, a fianco di quelli già esercitati od anche in sostituzione di questi. Per vero, non può escludersi che i soci costituenti già ipotizzino, al momento della costituzione della società, un programma di espansione dell'operatività della stessa anche ad altri campi in cui inizialmente sarebbe impossibile o inopportuno che essa intervenisse; ma, trovandosi già pervia la facoltà di iniziare *durante societate* ad operare in un determinato settore non coltivato in precedenza, potrebbe senz'altro estendere la propria attività anche a tale settore qualora gli amministratori – od anche un solo socio-amministratore, in caso di amministrazione disgiuntiva – ritenessero conveniente avventurarvisi (Cass., 27 aprile 1985, n. 2741).

Ed in effetti l'oggetto sociale non deve intendersi limitato ad un unico affare o ad una sola operazione, ovvero ad un unico settore di attività,

ben potendo comprendere - a discrezione dei soci ed alla luce della loro autonomia convenzionale, che in proposito è amplissima - lo svolgimento, attuale od anche meramente potenziale, di *attività in molteplici settori economici*. Molte sono le società, anche di dimensioni rilevanti, che agiscono direttamente - cioè non attraverso la partecipazione in altre società, per lo più controllate o collegate - in diversi campi operativi, quali quelle che, specialmente nella prassi anglo-americana, sono note con il nome di "*conglomerate*". L'importante è che *le attività contemplate nell'oggetto sociale siano* chiaramente ed esattamente *determinate o determinabili*; in altre parole, che la mancanza di chiarezza, pur ammantata da eleganti ma fumose formulazioni lessicali, non lasci intendere che una determinata società "possa fare di tutto", il che comporterebbe una sostanziale indeterminatezza dell'oggetto sociale suscettibile di provocarne la nullità e, con questa, di causare la nullità del contratto di società, del quale l'oggetto sociale è elemento essenziale¹⁶.

Può peraltro accadere che la società operi - saltuariamente o sistematicamente - in campi di attività non riguardati dal proprio oggetto sociale, quale risultante dal contratto sociale (o dall'atto costitutivo). In tal caso la società opererebbe *ultra vires*, ossia esorbitando dalla sfera di attività definita dalla volontà dei soci; e da ciò conseguirebbe la necessità di compiere un'attenta valutazione circa la delimitazione dei poteri dei suoi amministratori e la validità degli atti compiuti dai suoi rappresentanti con i terzi. Se la società fosse *una s.p.a. o una s.a.p.a., od anche una s.r.l.* avente una *governance* di stampo capitalistico, non vi sarebbe dubbio che *gli atti ultra vires impegnerebbero validamente la società nei confronti dei terzi* che non avessero agito intenzionalmente a danno della stessa; e ciò specialmente dopo l'introduzione dell'art. 2384-bis operata con la "novella" del 1969 - ossia con la legge di recepimento della I direttiva comunitaria in materia societaria (d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127) - e soprattutto dopo quella del nuovo art. 2384, co. 1, riformulato a seguito della riforma del 2003, che qualifica come «*generale*» *il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori* dallo statuto o dalla deliberazione di nomina (si noti che il legislatore della riforma ha qui impiegato, di certo non a caso, lo stesso aggettivo di cui è menzione nell'art. 2206, co. 2, in tema di poteri dell'istitutore la cui procura non sia stata iscritta, per qualunque motivo, nel registro delle imprese) e che sancisce la *non opponibilità ai terzi delle limitazioni ai medesimi poteri degli amministratori* risultanti dallo statuto o dalle decisioni degli organi competenti - ad es. dell'assemblea all'atto della nomina o del successivo conferimento di tali poteri, ovvero del consiglio d'amministrazione in sede di attribuzione di deleghe - «*anche se*

16 Diversamente nel diritto inglese, ove le c.d. "*unrestricted companies*" s'intendono avere non già un oggetto sociale indeterminato - e dunque nullo, come da noi - bensì illimitato, e come tale considerato lecito dalla *Sect. 31.1 del Companies Act 2006*.

pubblicate» (art. 2384, co. 2), con evidente eccezione al principio della presunzione assoluta di conoscenza degli atti iscritti nel registro delle imprese affermato dall'art. 2193, co. 2¹⁷.

Tuttavia *per le società commerciali personali queste norme non esistono*, ed anzi l'art. 2298, in tema di s.n.c. – a cui rinviano gli artt. 2315 e 2318 in tema di s.a.s. – prevede che gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere *tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale*, fatte salve le limitazioni risultanti dall'atto costitutivo o dalla procura, le quali – secondo la regola generale – sono opponibili alla generalità dei terzi se iscritte nel registro delle imprese, oppure, in difetto di iscrizione, lo sono soltanto nei confronti di quei determinati soggetti a cui siano state portate a conoscenza con mezzi idonei a venire provati. *Nulla autorizza dunque a ritenere che queste società siano rette da un regime analogo a quello stabilito per le società di capitali*, talché i loro rappresentanti possono legittimamente agire entro l'ambito dell'oggetto sociale, e non oltre (salva, beninteso, la facoltà delle suddette società personali di convalidare l'atto *ultra vires* mediante successiva ratifica del medesimo).

Analogamente l'art. 2266, co. 2, in tema di *società semplice*, prevede che «*in mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore e si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale*». Intanto non sembrerebbe doversi escludere *a priori* che l'autonomia convenzionale dei soci possa dilatarsi fino al punto di riconoscere efficacia nei confronti della società semplice anche agli atti esorbitanti dall'oggetto sociale compiuti dagli amministratori (ma quale sarebbe l'interesse per i soci di una simile pattuizione?), a condizione beninteso che la relativa previsione venga *portata a conoscenza* dei soggetti ai quali la si voglia rendere opponibile *con mezzi idonei*; altrimenti l'attività esterna della società semplice non potrebbe che rimanere circoscritta entro il perimetro del suo oggetto sociale contrattuale. In tal caso però anche l'oggetto sociale dovrebbe essere portato a conoscenza dei terzi – *rectius*, di determinati terzi – con mezzi idonei, giacché, quand'anche il contratto sociale che lo contenga fosse iscritto nella sezione speciale del registro delle imprese, non potrebbero certo invocarsi per esso le regole di pubblicità legale, quale segnatamente quella della presunzione assoluta di conoscenza degli atti iscritti da parte di qualunque soggetto, avendo tale iscrizione, come detto, un mero effetto di pubblicità-notizia e di rilevazione a scopi statistici (eccezion fatta per le società semplici esercenti un'impresa agricola, giacché per queste – giusta la disposizione dell'art. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 – l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle

17 Per l'opponibilità alle società di capitali degli atti esorbitanti l'oggetto sociale compiuti dagli amministratori, suscettibili dunque di impegnare validamente le società stesse, v. Cass., 3 febbraio 2014, n. 2320; e F. BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 924 ss., spec. p. 937 ss.

imprese ha la stessa efficacia di pubblicità legale che sussiste per le società commerciali, quanto meno di forma, iscritte nella sezione ordinaria).

Ciò, *a fortiori*, per le società semplici il cui contratto sociale non fosse formato per iscritto, e quindi non potesse materialmente venire registrato neppure nella sezione speciale del registro, nonché per le s.n.c. e le s.a.s. "irregolari" in quanto non iscritte nel registro delle imprese. Sulla situazione delle *società personali irregolari* al considerato riguardo la giurisprudenza ha stabilito che *un atto non espressamente contemplato nell'oggetto sociale* - ma che potrebbe implicitamente ricomprendersi - *sia fonte di obbligazione direttamente in capo alla rappresentata*, salvo che questa provi l'esorbitanza dell'operato dell'amministratore dai suoi compiti gestionali, ed altresì provi, alla stregua delle generali regole sulla tutela dell'affidamento incolpevole, recepite dagli artt. 2297, co. 2, e 2298, la conoscenza di detta esorbitanza da parte del creditore. In mancanza di una *disclosure* di tali società circa il loro oggetto sociale, come potrebbe pretendersi che i terzi siano in grado di apprezzarne l'estensione, così da discernere se i loro amministratori muniti di poteri di rappresentanza compiano atti rientranti nell'oggetto sociale o che esorbitino da esso? Pretesa impossibile, evidentemente, suscettibile dunque - in assenza di specifiche informazioni delle considerate società rivolte ad alcuni, ben individuati soggetti - di accreditare tutti gli atti compiuti dai loro amministratori con poteri di rappresentanza nei confronti di terzi, non cognitivi della consistenza dell'oggetto sociale, del requisito dell'inerenza all'oggetto sociale stesso.

Secondo una corrente di pensiero, al fine di esonerarsi dall'obbligazione nei confronti dei terzi per gli atti esorbitanti dal proprio oggetto sociale, *le società semplici non esercenti attività agricola* dovrebbero dimostrare non solo l'estraneità di tali atti rispetto al loro oggetto sociale - o comunque rispetto ai poteri dei loro rappresentanti che li abbiano posti in essere -, ma altresì che tale estraneità fosse riconoscibile dai terzi: ipotesi in pratica assai difficile. Peraltro l'appartenenza o l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale dovrebbe poter essere apprezzata dal terzo astrattamente, giacché se l'atto potesse essere considerato in astratto rientrante nell'oggetto sociale, ovvero come utile al suo svolgimento, allora sarebbe inattaccabile nei confronti del terzo. Ad avviso di Ferri¹⁸, l'oggetto sociale, nelle società personali, «costituisce il limite massimo del potere di rappresentanza degli organi sociali [*rectius: degli amministratori, non potendosi in questi tipi societari configurare la sussistenza di organi in senso tecnico: n.d.a.*] ... opponibile ai terzi a prescindere da qualsiasi pubblicità» (in senso conforme Cass., 3 giugno 1991, n. 6240; Cass., 10 aprile 1999, n. 3514).

Tuttavia, ad avviso di una perspicua corrente interpretativa, *nelle so-*

18 G. FERRI, *Delle società*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 405 s.

cietà di persone l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori-rappresentanti non sarebbe comunque causa di nullità (o, per altri, di inefficacia) dei medesimi in virtù di un "effetto di irraggiamento" delle regole contenute negli artt. 2384 e 2384-bis, al tempo vigenti, sull'intero sistema del diritto societario, atteso che – pur mantenendo senza dubbio vigore l'art. 2298 – «la diversità di disciplina tra società di capitali e di persone non si fonderebbe su effettive ragioni»¹⁹, da cui deriverebbe «che anche per le società di persone la tutela dell'affidamento dei terzi impo[rrebbe] una concezione più sfumata dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori derivanti dall'oggetto sociale» (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1817). In sostanza, secondo il riferito orientamento giurisprudenziale, il difetto di rappresentanza del socio-amministratore che agisca in nome di una società personale, derivante dall'estraneità all'oggetto sociale dell'atto compiuto, non sarebbe opponibile dalla società al terzo, salvo che la società provi che questo fosse a conoscenza dell'esorbitanza dell'atto stesso rispetto ai compiti gestionali di quel socio-amministratore. *La suddetta estraneità costituirebbe* invece unicamente *giusta causa di revoca degli amministratori che li abbiano posti in essere ovvero*, verificandosi il presupposto del danno da questi provocato alla società per depauperamento patrimoniale della stessa, *motivo di esperimento dell'azione di responsabilità* nei loro confronti. In definitiva, a tale riguardo, la capacità negoziale della società non potrebbe intendersi limitata a cagione di un oggetto sociale contrattuale più circoscritto di quello effettivo²⁰, ma sarebbe destinata a rimanere piena anche nell'eventualità che la società – e per essa il proprio amministratore – esorbitasse dall'ambito dell'attività assegnatole dal contratto e perfino allorché tradisse il proprio scopo²¹.

12 Le attività accessorie

Nella definizione dell'oggetto sociale indicato nel contratto sociale (o nell'atto costitutivo), *a fianco dell'attività o delle attività principali, possono figurare altre attività accessorie*. A titolo meramente esemplificativo, e senza pretesa di esaustività, è frequente rinvenire clausole del seguente tenore: «*Per il conseguimento dell'oggetto sociale, la società potrà com-*

19 Così Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, con commento di G. DI CHIO, *Opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri degli amministratori di società personali*, in *Società*, 1999, p. 1326 ss.

20 F. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 11 e 49 s.; G. CASELLI, *Oggetto sociale ed atti ultra vires*, Padova, 1970, p. 103.

21 V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo, nel Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 157 s.

riere ogni operazione mobiliare, immobiliare, commerciale e finanziaria, ivi segnatamente compresi il rilascio di garanzie reali e personali, anche a favore di terzi; l'assunzione, la dismissione e la gestione medio tempore di partecipazioni; l'acquisto, la vendita, la permuta e la gestione medio tempore di beni immobili; l'attuazione di operazioni di leasing finalizzate alla commercializzazione dei propri prodotti»; od ancora: «Al fine di sopperire alle proprie necessità finanziarie, la società potrà ricevere finanziamenti dai propri soci e, nel rispetto delle condizioni di legge, effettuarne la restituzione, senza peraltro compiere professionalmente servizi di investimento né operazioni od attività finanziarie nei confronti del pubblico contemplate dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U. delle leggi bancarie e creditizie), e dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U. dell'intermediazione finanziaria)»; e così via.

Clausole del genere di quelle testé riportate non valgono a consentire alla società il compimento di qualsiasi operazione tra quelle da esse previste, ma soltanto il compimento delle operazioni che possano ravvisarsi connesse - o, appunto, *accessorie* - alle attività rientranti nell'oggetto sociale. Così, nel caso della prima clausola, la società non potrà prestare garanzie a favore di terzi in assoluto, diventando di fatto una finanziaria, ma potrà farlo unicamente per agevolare la conclusione di un negozio giuridico rientrante nel proprio oggetto sociale, che in assenza di quella garanzia non potrebbe avvenire (Cass., 9 novembre 1979, n. 5770; Cass., 3 giugno 1991, n. 6240, cit.); oppure non potrà porre in essere qualsiasi operazione di locazione finanziaria, diventando di fatto una società di *leasing*, ma potrà compiere singole operazioni di *leasing* c.d. operativo per assistere un cliente che intenda acquistare un macchinario o un impianto o un qualsiasi altro bene strumentale prodotto dalla stessa (ad es. un automezzo, od anche un immobile ad uso industriale o commerciale o destinato ad accoglierne gli uffici), ma che non disponga della totalità dei mezzi finanziari occorrenti per perfezionarne l'acquisto con un pagamento immediato. Autorevole dottrina è tuttavia propensa ad ammettere che non tutte le attività accessorie debbano sempre e necessariamente essere indicate nell'oggetto sociale, quali ad es. le donazioni, considerate possibili se mirate al perseguimento dell'attività principale della società²².

Al di fuori di queste ipotesi di stretta correlazione dell'attività accessoria rispetto all'attività svolta in via principale, la società - e per essa i suoi amministratori - agirebbe esorbitando dal proprio oggetto sociale. Ed analogamente agirebbe ponendo in essere servizi di investimento o attività finanziarie lato sensu nei confronti del pubblico - anziché del ristretto novero dei propri soci - ossia per il mercato, che non solo comporterebbe

22 F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 50; e, con specifico riferimento alle società di capitali, E. GLIOZZI, *Atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, 1970, p. 113 ss.

l'agire in eccedenza dei limiti dell'oggetto sociale, ma (cosa ben più grave) ne determinerebbe altresì la violazione di disposizioni normative cogenti quale, nella specie, quella secondo cui per il compimento dei suddetti servizi o attività nei confronti del pubblico è necessario ricevere un'autorizzazione che potrà essere rilasciata dalle competenti Autorità soltanto a seguito di un procedimento di controllo preventivo sancito dalla legge.

È significativo in proposito ricordare la già riferita norma dell'art. 2361, co. 1 - per quanto dettata a proposito delle s.p.a. - a mente della quale: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto*». Non appare, invero, esservi dubbio che questa norma spieghi effetto non soltanto per le s.p.a. - per le quali, come si ripete, è stata dettata - ma anche per le s.r.l. e per le stesse società di persone, non sembrando lecito *modificarne surrettiziamente l'oggetto sociale* al di fuori dell'espressione della volontà dei soci, ossia *mediante la mera assunzione di una o più partecipazioni in altre imprese* esercenti attività diverse da quella o da quelle ricomprese nell'oggetto sociale, con ciò spostando, di fatto, il baricentro degli interessi economici (e della posizione di rischio) di una determinata società. Il che sta dunque a significare che anche l'assunzione di partecipazioni, allorché non rientri nell'oggetto sociale principale - che renderebbe quella società una *holding* - ma integri soltanto un'attività accessoria, intanto può essere legittimamente compiuta da una società (di ogni tipo) in quanto sia sottesa al perseguimento delle attività considerate "principali" dal proprio atto costitutivo o statuto, cioè caratterizzanti il proprio *core business*.

13 La forma

Come anticipato al precedente § 2, sovente la legge dispone che il contratto di società debba presentare determinati requisiti formali.

Ciò non solo per quanto attiene alle *società di capitali e cooperative*, per le quali la legge dispone che esso debba essere redatto in forma solenne, cioè per atto pubblico (art. 2328, co. 2, per le s.p.a., a cui rinvia l'art. 2454 per le s.a.p.a.; art. 2463-bis, co. 2, per le s.r.l.; e art. 2521, co. 1, per le società cooperative) a pena di nullità (art. 2332, co. 1, n. 1, a cui rinviano rispettivamente le disposizioni dettate per gli altri tipi sociali anzidetti); ma anche per quanto attiene alle *società personali commerciali*, per le quali è richiesta, come minimo, la forma della *scrittura privata a firme autenticate* (art. 2296, co. 1, per le s.n.c., a cui rinvia l'art. 2315 per le s.a.s.). Il requisito del deposito dell'atto costitutivo delle società personali commerciali con le sottoscrizioni dei contraenti autenticate da un notaio - ovvero, in alternativa, del deposito di copia autentica dell'atto - è condizione neces-

saria per la richiesta di iscrizione dell'atto stesso nella sezione ordinaria del registro delle imprese con efficacia di pubblicità legale giacché, in mancanza di questo requisito idoneo a certificare la partecipazione dei soci costituenti alla formazione dell'atto costitutivo e la loro incondizionata adesione alle clausole che vi sono contenute, il medesimo non potrebbe essere ricevuto dal conservatore del registro delle imprese territorialmente competente (d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, art. 11, co. 4).

Ovviamente nulla impedisce che anche le società personali commerciali - se i loro soci lo desiderino - possano venire costituite per atto pubblico (art. 2296, co. 1 e 3, per le s.n.c., implicitamente richiamato dal già ricordato art. 2315 per le s.a.s.).

Il contratto sociale delle società semplici, invece, *non è soggetto a forme speciali*, «salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti» (art. 2251). Ciò significa che se per il trasferimento di determinati beni - e il conferimento è un particolare modo di trasferimento di beni, il cui corrispettivo non è costituito da una somma di denaro, come ad es. nella compravendita, bensì da una quota di partecipazione alla società conferitaria) - siano previste forme speciali, queste devono essere rispettate anche nel caso in cui il trasferimento di detti beni venga operato a favore di una società semplice. Un esempio significativo è rappresentato dal conferimento di beni immobili e di diritti reali immobiliari, per il quale la legge prescrive l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, sotto pena di nullità (art. 1350, co. 1, nn. 1, 2 e 4).

Tuttavia, in caso di conferimenti - e, più in generale, di trasferimenti - immobiliari, la mera forma scritta è prescritta al fine della validità del contratto *inter partes*; ma non è sufficiente per rendere il contratto stesso opponibile ai terzi. Per questo è necessario che la scrittura privata comportante il trasferimento - anche mediante conferimento - di beni immobili o di diritti reali immobiliari riporti in calce le sottoscrizioni dei contraenti autenticate da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò legittimato, ovvero copia autentica della stessa se l'originale si trovi depositato negli atti di un notaio o in un pubblico archivio, poiché solo a questa condizione il trasferimento potrà essere accettato per *l'iscrizione in un pubblico registro* (nella specie, nel pubblico registro immobiliare). Ciò senza considerare che gli artt. 7 e 18, co. 4, del citato d.p.r. n. 581/1995 dispongono che anche le società semplici - qualsiasi siano i beni o i servizi ad esse conferiti, ed anche quando i conferimenti dei soci consistano, al limite, nella sola assunzione da parte loro della responsabilità patrimoniale illimitata per le obbligazioni sociali - debbano chiedere l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese con funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità-notizia (che per quelle esercenti attività agricola ha addirittura funzione di pubblicità legale *ex art. 1, co. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228*): iscrizione per la quale, come detto, il prefato art. 18, co. 7, del d.p.r. n. 581/1995, rinviando al precedente art. 11, dispone che la relativa richiesta

debba essere corredata da copia originale dell'atto con le sottoscrizioni autenticate - o da copia autentica del medesimo, se depositato negli atti di un notaio - ovvero, in caso di contratto verbale, che la domanda di iscrizione sia sottoscritta da tutti i soci (*ivi*, art. 18, co. 6). Di conseguenza, a prescindere dal disposto dell'art. 2251, ben si comprende perché anche i contratti di società semplice, indipendentemente dalla natura dei conferimenti, vengano usualmente perfezionati in forma di scrittura privata a firme autenticate; sebbene valga ripetere anche per le società di questo tipo quanto già riferito per le altre società di persone - quelle commerciali - e cioè che nulla osti alla loro costituzione addirittura in forma di atto pubblico, qualora i loro soci lo preferiscano.

Secondo le regole generali in tema di contratti, *le modifiche del contratto sociale* - altresì detto, per le società ad autonomia patrimoniale più evoluta di quella della società semplice, atto costitutivo - *devono essere apportate nella stessa forma* in cui sia stato formato il contratto originario.

14 Società occulte o di fatto, palesi con soci occulti, apparenti, occasionali

Possono inoltre sussistere società relativamente alle quali il contratto sociale non venga esteriorizzato: si tratta delle c.d. *società occulte o di fatto*, la dimostrazione della cui esistenza suole essere affidata alla concorrenza di tre fattori concomitanti quali: a) l'apporto, da parte dei soci, di capitali - pecuniari o in natura - o di altre utilità suscettibili di valutazione economica; b) la partecipazione ai profitti dell'attività svolta in comune; c) *l'affectio societatis*, consistente nel comportamento concludente dei soci di agire come tali - *uti socii*, appunto - cioè essenzialmente, in concreto, di partecipare al finanziamento dell'attività, all'assunzione delle decisioni imprenditoriali, all'attività gestoria nei confronti di clienti, fornitori, banche ed altri soggetti con cui occorra entrare in contatto per il compimento degli affari, mossi dall'intento della divisione degli utili o della fruizione di altri eventuali benefici derivanti da tale attività. Anche le società occulte o di fatto *condividono la medesima disciplina delle società irregolari* - da cui peraltro divergono - essenzialmente mutuata da quella della società semplice, segnatamente sotto il profilo della responsabilità patrimoniale dei soci, con l'unica eccezione, deteriore per costoro, di non poter mai rendere opponibili ai terzi eventuali patti limitativi della responsabilità di taluno di essi.

Una variazione sul tema della società occulta è rappresentata dalla *società palese con soci occulti*: società, dunque, di cui esiste un contratto in base al quale essa assume un determinato modello organizzativo (tipo), che può anche risultare regolarmente iscritta nel registro delle imprese, la cui effettiva compagine sociale è tuttavia più estesa di quella risultan-

te dal contratto stesso o da sue successive modificazioni. Si tratta cioè di società aventi, in aggiunta rispetto ai soci dichiarati, degli altri soci non esteriorizzati, la cui presenza è rilevabile mediante la ricognizione di quegli stessi tre elementi, testé riferiti, che concorrono ad individuare i soci della società occulta. Il *socio occulto* di società palese – qualunque ne sia il tipo – risponde sempre illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali; e resta esposto nei confronti dei suoi creditori particolari allo stesso modo di un socio di società semplice, con l'unica differenza *in peius* di non poter opporre ai terzi eventuali patti limitativi di responsabilità convenuti in proprio favore, neppure se portati a conoscenza dei terzi con mezzi idonei.

Diametralmente opposta è la figura della *società apparente*, attraverso la quale, nella massima parte dei casi, un imprenditore individuale – che tale resta nella sostanza – cerca di evitare di dover rispondere con tutto il suo patrimonio in caso di dissesto della sua impresa. Una volta che si dovesse riuscire a dimostrare che la società è un soggetto meramente apparente (in inglese *dummy company*, o società simulata, o società-schermo) mirato ad alleviare surrettiziamente il regime di responsabilità dell'effettivo soggetto economico dell'impresa – *ex art. 2740, co. 1* – il patrimonio sociale risponderebbe per le obbligazioni contratte nei confronti dei terzi secondo le regole del tipo (ovvero, qualora il contratto sociale non venga per qualsiasi motivo esteriorizzato o sottoposto a pubblicità legale, secondo la disciplina delle società irregolari o di fatto); mentre sia colui che ne è l'effettivo ed unico *dominus* sia coloro che hanno agito in modo da ingenerare nei terzi di buona fede il ragionevole affidamento di essere soci di una società, ancorché inesistente, verrebbero ad assumere nei confronti di quanti abbiano conseguito dei crediti nell'ambito dell'esercizio degli affari gestiti dall'ente (apparentemente) sociale una responsabilità illimitata e solidale con il patrimonio a questo imputabile e tra loro stessi. Peraltro questa figura, non infrequente in passato, è ora superata dal mantenimento della responsabilità limitata dell'unico socio delle società di capitali (s.p.a. e s.r.l.) unipersonali, tale divenuto fin dalla costituzione od anche successivamente, alla duplice condizione dell'ottemperanza al regime di pubblicità legale specificamente previsto e dell'integrale versamento del capitale sociale sottoscritto (artt. 2325, co. 2, e 2462, co. 2).

Come è stato in precedenza riferito, l'attività indicata nell'oggetto sociale può impingere in un unico settore merceologico (ad es. l'industria farmaceutica) o in più settori, come pure può consistere in un unico affare (ad es., la costruzione di una sola casa per la vendita degli appartamenti di cui consta): si sarà, in questo secondo caso, in presenza di una *societas unius negotii*, per la quale il compimento dell'affare comporterà il conseguimento dell'oggetto sociale, causa di scioglimento della società stessa.

Una corrente dottrinale²³ ha revocato in dubbio che possa riconoscersi la natura di società a quelle costituite per il compimento di un solo atto, dette anche *società occasionali*. Ciò tuttavia non può ravvisarsi con riguardo a quelle società mirate al compimento di un unico affare per il cui perseguimento occorra compiere una pluralità di atti, cioè appunto un'attività, che per la precisione deve essere "economica" nel senso dianzi precisato.

23 G. FERRI, ora nel *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2016, p. 178 s.