

Capitolo I

Le società in generale

A) *Che cos'è e a che serve una società?* – Si costituisce una società per imputare ad un'organizzazione di uomini e mezzi l'esercizio di un'attività economica, di norma allo scopo di ripartire il risultato tra i fondatori o i loro successori: le società vanno dunque viste, anzitutto, come soggetti, non naturali ma giuridici, cui è riferibile un'attività (1.1.). Le società esercitano attività economica nell'interesse comune – anche questo economico – dei propri soci o, quando ammesso, dell'unico socio. L'attività economica commessa alla società è nella gran parte dei casi un'attività d'impresa: tuttavia, ciò non implica necessariamente la produzione di nuova ricchezza (1.2.; 1.3.), o un'organizzazione duratura (1.4.), né è escluso che possano essere rese da una società prestazioni pur connotate da elementi personalistici dei soci, come nelle società artigiane e in quelle tra professionisti (1.5.).

B) *Quale società scegliere?* – Nell'ordinamento italiano esistono vari modelli, societari e non (ad es., associazioni, fondazioni, consorzi ecc.), che possono essere utilizzati affinché l'attività svolta non risulti imputata agli individui che li fondano o gestiscono. La scelta del modello è fatta dai fondatori in funzione dei loro interessi e dei limiti di sistema. Tale scelta dipende, anzitutto, dal proposito di esercitare attività commerciale o non commerciale (2.1.), ma ancora più a monte dipende dallo scopo associativo, vale a dire dalla ragione egoistica o altruistica (o meglio, ideale) che induce gli individui a creare una persona giuridica. Lo scopo egoistico è normalmente di tipo lucrativo, ma può essere anche mutualistico o consortile. Si costituisce una società per soddisfare scopi egoistici, lucrativi, mutualistici o consortili; al contrario, non può costituirsi una persona giuridica non societaria per soddisfare scopi lucrativi, pur potendo esercitare attività d'impresa (2.2.). Più recentemente sono state tuttavia ammesse anche società per l'esercizio di imprese sociali, e cioè senza scopo di lucro, e società benefit, che combinano scopo lucrativo e scopo ideale (2.3.). Definito lo scopo associativo, la scelta non è solo tra società e persone giuridiche non societarie: infatti, non esiste "una" società ma vari "tipi" di società e la scelta tra questi, che formano numero chiuso all'interno di "classi" omogenee, dipende da una serie di variabili: i conferimenti e il regime di responsabilità (2.4.), la possibilità di esprimere autonomia statutaria (2.5.), l'organizzazione interna e l'amministrazione della società (2.6.), la possibilità di ricorrere al mercato per reperire investimenti e finanziamenti (2.7.). In sostanza, non esiste un tipo societario *esatto*, ma tra i vari che possono essere prescelti può esservene uno *più adatto*. Oltre ai tipi, vi sono anche alcune varianti normative, molte delle quali oggetto di volontaria adesione (2.8.).

C) *Dove è meglio costituire la tua società?* – Se è vero che le società esistono in virtù della legislazione degli Stati che le disciplinano, il luogo di costituzione e l'ubicazione della sede sono evidentemente elementi di rilievo nella scelta dei fondatori. All'interno del territorio nazionale, la scelta del luogo di costituzione e di ubicazione della sede dipende da elementi di fatto, ma non è priva di conseguenze giuridiche, come ad es., il foro applicabile (e si parla così di *forum shopping* interno) (3.1.). Ma, nell'era della globalizzazione, nulla impedisce che società straniere operino in Italia e che fondato-

ri italiani prescelgano di costituire una società all'estero, onde aspirare all'applicazione di un diverso diritto societario, anche per operare in Italia (e si parla così di *forum shopping* internazionale). Queste scelte sono condizionate dal diritto internazionale privato che, ai fini del diritto societario applicabile, conosce sia il criterio del luogo di costituzione sia quello di ubicazione della sede (3.2.). Al riguardo, peraltro, influisce in modo determinante l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, non solo in relazione all'operatività transfrontaliera delle società italiane ed europee (3.3.), ma in quanto consente la creazione di modelli societari transnazionali.

SOMMARIO: 1. Che cos'è e a che serve una società? – 1.1. Le società come soggetti. – 1.2. L'esercizio in comune di una attività economica. A) Le società di mero godimento e di partecipazione. – 1.3. *Segue*. B) Le società di erogazione. – 1.4. *Segue*. C) Le società occasionali. – 1.5. *Segue*. D) Le società artigiane e tra artisti. – 1.6. *Segue*. E) Le società tra professionisti. – 2. Quale società scegliere? – 2.1. Il tipo di attività: società commerciali e non commerciali. – 2.2. Lo scopo associativo. Scopo egoistico: lucrativo, mutualistico e consortile. Scopo ideale o altruistico. – 2.3. *Segue*. Società senza scopo di lucro? – 2.4. Le classi di società: regimi di responsabilità e tipi di conferimenti. – 2.5. I tipi di società: numero chiuso, autonomia statutaria e riqualificazione. – 2.6. La *corporate governance*: l'organizzazione interna e l'amministrazione delle società. – 2.7. Il ricorso al mercato: le società aperte e chiuse. – 2.8. Tipi di società e varianti normative. – 3. Dove è meglio costituire la tua società? – 3.1. Il luogo di costituzione e l'ubicazione della sede. – 3.2. La nazionalità delle società e l'operatività transfrontaliera. – 3.3. I principi europei sulla libertà di stabilimento.

1. Che cos'è e a che serve una società?

Questo libro si occupa di società, in prospettiva giuridica. È una materia estremamente interessante, ma anche complessa e articolata. Per iniziare a studiarla occorre farsi alcune domande, e le prime sono: cosa è e a che serve una società? Per rispondere è opportuno disporre di una definizione di società, che in seguito preciseremo.

1. Nozione di società

Le società servono per svolgere attività economiche – mentre, per svolgere attività non economiche, come vedremo (I.3.2.), si impiegano normalmente le associazioni e le fondazioni – in nome non proprio dei soci-fondatori, bensì di un diverso soggetto giuridico: appunto, la società. In questo senso, le società sono soggetti dell'ordinamento giuridico, diversi dalle persone fisiche e non necessariamente sono persone giuridiche, perché capaci di acquistare diritti e assumere obblighi in proprio (I.2.1.). Ai soci compete programmare l'attività economica della società, gestirla, in proprio o per mezzo di soggetti dagli stessi designati, e dividerne i risultati.

L'attività economica svolta dalle società è normalmente *attività d'impresa*, e più specificamente *d'impresa commerciale*, ma non necessariamente. Non è vietato, infatti, costituire società che debbano solo consentire ai soci di godere delle utilità dei beni da questi apportati come conferimento: si parla così di società di mero godimento (I.2.2.). Si deve tuttavia trattare di una scelta volontaria ed espresa: altrimenti, la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del go-

dimento dei beni medesimi non dà corso alla formazione di una società [2248]. La costituzione (involontaria) di una società si ha solo quando oggetto della comunione siano beni produttivi (un'azienda), il cui godimento non può essere mero, ma implica esercizio in comune di un'impresa: in tal caso, l'azienda si imputa non ai singoli, ma a una società comune (che si dice *creata in fatto*).

L'attività economica delle società è normalmente *lucrativa*, ma non necessariamente. Le società svolgono di regola attività imprenditoriali, capaci di creare nuova ricchezza, e cioè utili divisibili tra i soci. Non è vietato, tuttavia, servirsi delle società anche al fine di produrre beni o erogare servizi in settori particolari, incapaci – obiettivamente o per volontà dei fondatori – di creare profitti, e alle volte persino di autosostenersi (coprendo con i ricavi i costi) (I.3.2.). In tal senso, anche le c.d. aziende di erogazione – tra cui molti enti pubblici economici – sono costituiti in forma societaria o sono stati “trasformati” in società. Benché non siano in grado di generare utili divisibili, tali società devono comunque svolgere le proprie attività secondo “criteri di imprenditorialità ed economicità”. E, poiché – di regola – non è possibile sostenere i costi con i proventi della vendita dei prodotti o della prestazione dei servizi, il pareggio di bilancio va perseguito attraverso una raccolta sistematica e programmata di ulteriori risorse (erogazioni, donazioni). L'applicazione delle regole societarie è in ciò d'ausilio a una gestione efficiente delle risorse date.

L'attività economica delle società è normalmente a *carattere abituale* o *professionale*, ma non necessariamente. Non è vietato, infatti, costituire società per il compimento di singoli atti o affari (si parla di società occasionali: I.2.4.), o per una durata anche molto breve (un anno, un mese, o un solo giorno). Anche in questo caso però si deve trattare di una scelta volontaria: infatti, come il singolo atto non complesso non qualifica chi lo pone in essere come imprenditore, così il compimento del medesimo da parte di una pluralità di soggetti, in comune tra loro, non dà luogo a (né richiede) la formazione di una società.

Infine, l'attività economica delle società è, come qualunque attività d'impresa, normalmente *attività organizzata* con un'azienda che compone i fattori produttivi: capitale e lavoro, proprio e altrui. Come l'impresa può caratterizzarsi per la prevalenza del lavoro proprio dell'imprenditore sul capitale e sul lavoro altrui (piccola impresa), così anche le società possono essere connotate dalla prevalenza del lavoro proprio dei soci sugli altri fattori produttivi: quando si tratta di lavoro manuale, si dà corso a una società tra artigiani, ammessa ormai da molto tempo e oggetto di una disciplina peculiare (I.2.5.). Non è vietato, peraltro, costituire società in cui l'organizzazione aziendale sia non solo non prevalente sul lavoro proprio, ma sia (o possa essere) del tutto irrilevante: società, cioè, in cui rileva soprattutto la prestazione personale dei soci. Si annoverano così, oltre alle società tra artisti, soprattutto le società tra professionisti intellettuali, anche esercenti professioni protette (I.2.6.). Queste ultime sono peraltro soggette a una peculiare e variegata disciplina (oltre alle società tra professionisti, o s.t.p., sono disciplinate quelle di ingegneria e quelle tra avvocati, o s.t.a.), esito di un lungo percorso di evoluzione normativa. La disciplina speciale sottolinea il rilievo della prestazione professionale personale dei soci, escludendo che gli effetti delle attività sociali si imputino esclusivamente in capo alla società.

1.1. Le società come soggetti.

2. Contratto di società

Il codice civile detta una definizione di *contratto di società*: «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili» [2247].

Il contratto è ordinariamente la *fonte negoziale* della società. Quando la legge lo permette (cioè, per le s.p.a. e le s.r.l.), fonte negoziale della società può essere anche un atto costitutivo unilaterale; le società che possono essere costituite per atto unilaterale possono permanere anche con un solo socio (società unipersonali). Con il contratto o atto costitutivo unilaterale (o, in alcuni casi, con fatti concludenti) si crea il soggetto giuridico che funge da strumento per l'esercizio dell'attività economica che soddisfa gli interessi dei suoi soci, anche se solo uno.

3. ... e atto costitutivo unilaterale

Non tutti gli elementi che connotano il contratto di società connotano anche l'atto costitutivo unilaterale. Per questo motivo, la rubrica dell'art. 2247 c.c., che un tempo indicava la *nozione di società*, è oggi intitolata al *contratto di società*. Il contratto di società si connota, rispetto all'atto costitutivo unilaterale, per la *plurilateralità* e, rispetto ad altri contratti tipici disciplinati nel codice civile, per la *comunione di scopo* tra i soci. Plurilateralità e comunione di scopo sono i tratti distintivi dei *contratti associativi* – di società, di associazione, di consorzio – rispetto ai contratti commutativi o di scambio, come la compravendita, la locazione o il mandato. A differenza di questi ultimi, in cui la prestazione di un obbligato soddisfa l'interesse negoziale dell'altro, i contratti associativi e, al pari l'atto costitutivo unilaterale, creano un'organizzazione che, svolgendo l'attività programmata, è idonea a soddisfare gli *interessi comuni*, non contrapposti, dei partecipanti o dell'unico partecipante. Ci occuperemo in seguito degli *scopi associativi*, e quindi della distinzione tra tipi societari e tra contratto di società e altri contratti associativi (I.2.2.).

4. Disciplina generale del contratto

Poiché la fonte negoziale delle società è un contratto o un atto costitutivo unilaterale [1324], alle società sono applicabili, oltre le disposizioni sulle obbligazioni in generale [1173-1320], anche quelle sul contratto in generale [1321-1469]. Già alcune disposizioni contenute nel capo sul contratto in generale prevedono tuttavia deroghe per i contratti plurilaterali con comunione di scopo: così, ad es., per la disciplina della nullità, della annullabilità e della risoluzione del contratto [1420; 1446; 1459; 1466]. Peraltro, la formazione di un'organizzazione, cioè di un soggetto distinto dalle persone dei soci e che con questi intrattiene rapporti, pur se di natura contrattuale, esige in molti casi l'applicazione di una disciplina diversa da quella comune: così, *a*) in materia di invalidità della fonte negoziale (atto unilaterale o contratto) [2332] (II.1.3.; III.1.3.), *b*) in materia di adempimento delle obbligazioni dei soci (conferimenti) [2286; 2344; 2466; 2531] (II.3.2.; III.2.2.), e *c*) di autonomia negoziale (tipicità) [2247; 2249] (I.2.2.). Di questi aspetti ci occuperemo nelle sedi opportune, per soffermarci al momento sulla rilevanza del soggetto che il contratto, l'atto unilaterale o i fatti concludenti creano.

5. Personalità e soggettività giuridica

Secondo il codice civile, acquistano la *personalità giuridica* con l'iscrizione nel registro delle imprese solo alcuni modelli societari: le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata (anche semplificate), dette so-

cietà di capitali, nonché le società cooperative e le mutue assicuratrici (incluse le società di mutuo soccorso). Hanno inoltre personalità giuridica le SE (*societas europaea*) e le SCE (*societas cooperativa europaea*), mentre, in Italia, non l'acquista il GEIE (gruppo europeo di interesse economico), come del resto non ne godono i consorzi [2602]; possono acquistare personalità giuridica le associazioni e devono acquistarla le fondazioni [14-35]. Viceversa, le società personali – società semplice, in nome collettivo e in accomandita semplice – non acquistano personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle imprese, ma alle stesse è riconosciuta *soggettività giuridica*, come del resto soggettività è riconosciuta anche ai consorzi con attività esterna (e al GEIE), alle associazioni non riconosciute e ai comitati [36-42bis].

La distinzione tra società dotata di personalità giuridica e società dotata di mera soggettività è ormai sostanzialmente priva di rilievo pratico – salvo che in materia tributaria – e la questione teorica, molto discussa a seguito dell'approvazione del codice civile, deve essere perciò opportunamente stemperata.

Basterà dunque ricordare che il codice civile disciplina nel Libro I le persone fisiche e le persone giuridiche, distinguendo tra persone giuridiche pubbliche [11], private [12] e *società* [13]. Alle persone giuridiche come a quelle fisiche e alle società è riconosciuta capacità giuridica.

Per *capacità giuridica* di un soggetto si intende l'idoneità ad essere centro di imputazione di effetti giuridici attivi e passivi, e di essere titolare di un patrimonio proprio, nonché la *capacità processuale* attiva e passiva. Tutti i modelli societari, inclusi quelli personali, come del resto le associazioni, anche se non riconosciute, le fondazioni e i consorzi con attività esterna sono soggetti aventi capacità giuridica e processuale, nel senso appena chiarito.

Il riconoscimento della capacità giuridica e processuale anche a soggetti diversi dalle persone fisiche pone tuttavia problemi dal rilevante profilo sia teorico che pratico. È infatti fortemente dibattuto (e probabilmente è questione insolubile in modo certo e definitivo) se le società (e in genere le persone giuridiche) siano veri e propri soggetti aventi capacità giuridica (c.d. *teoria della realtà*) o se siano solo creazioni del linguaggio giuridico per designare effetti di disciplina dell'ordinamento in cui sono creati e che li riconosce, nei limiti e alle condizioni che questo pone (c.d. *teoria della finzione*). La questione rileva soprattutto sul piano internazionalprivatistico, perché non è detto che una persona giuridica riconosciuta tale secondo il diritto italiano goda dei medesimi diritti e facoltà anche secondo il diritto straniero: di questa problematica ci occuperemo estesamente più avanti, a proposito del diritto di stabilimento delle società nell'Unione Europea e oltre i suoi confini (I.3.2.).

A livello del diritto interno, la questione di maggiore rilievo è se la capacità giuridica e processuale riconosciuta alla società possa essere disconosciuta in caso di abuso: si parla al riguardo di squarcio o sollevamento del velo della personalità giuridica (dall'espressione inglese: *piercing* o *lifting the corporate veil*). Una delle questioni di maggiore rilievo sarà affrontata nel prossimo paragrafo a proposito delle società di mero godimento o di partecipazione (di comodo).

6. Soggetto avente capacità giuridica e processuale

7. Teoria della realtà e teoria della finzione

8. Piercing the corporate veil?

1.2. L'esercizio in comune di una attività economica. A) Le società di mero godimento e di partecipazione.

Come già anticipato, il codice civile descrive il contratto di società come quello in cui i soci si propongono l'esercizio *in comune* di una *attività economica* come mezzo al fine della divisione degli utili [2247].

9. Esercizio in comune dell'attività economica

Esercizio *in comune* dell'attività economica non significa che tutti i soci debbano occuparsi insieme dell'amministrazione della società. Non si spiegherebbe altrimenti come possano concepirsi le società in accomandita semplice, nelle quali – per definizione – taluni soci, gli accomandanti, non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari [2320¹]. Né si spiegherebbe come possano aversi le società organizzate corporativamente, e specialmente le società per azioni, in cui non solo la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori [2380bis], non ai soci, ma l'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci [2380bis²], senza neanche necessità di una previsione statutaria [v. invece, in materia di s.r.l., 2475¹]. O, infine, come possano giustificarsi le società unipersonali.

10. Società, associazione in partecipazione e consorzio

Esercizio *in comune* dell'attività economica significa piuttosto programmazione di una attività (a contenuto economico) e compartecipazione al risultato di tale attività: a ciò risulta funzionale l'esercizio dei diritti, dei poteri e delle facoltà spettanti a ciascun socio nell'ambito dell'organizzazione societaria prescelta. L'esercizio *in comune* dell'attività economica spiega perciò la differenza tra società e *associazione in partecipazione*, dove la programmazione e la gestione dell'attività idonea a generare l'utile spetta solo all'associante [2549] e dove, salvo patto contrario, gli associati non possono partecipare alle perdite per misura eccedente il relativo apporto [2553]. Lo stesso spiega, tendenzialmente, la differenza tra società e *consorzio*, dove la programmazione e lo svolgimento dell'attività economica resta appannaggio dei singoli consorziati, i quali si limitano a istituire un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese [2602]: come vedremo (I.2.2.), peraltro, possono costituirsi società con scopo consortile, per le quali, infatti, è complesso stabilire quale sia l'interesse sociale [2615ter].

11. Attività economica e comunione a scopo di godimento

Il codice civile non chiarisce cosa si intenda per *attività economica*, ma precisa che la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle disposizioni dettate nell'ambito della disciplina della proprietà [2248]. Prima di poterci soffermare sul significato dell'espressione *attività economica* in positivo è necessario, perciò, comprendere: *a*) se questa norma impedisca di formare società, quando lo scopo dei soci sia quello di *godere direttamente o indirettamente dell'utilità* di una o più cose che attribuiscono alla società, ovvero *b*) se la stessa meramente intenda chiarire che non dà luogo ad una società la comunione su una o più cose con le quali non è esercitata *attività economica produttiva*, bensì di mero godimento.

12. Proprietà del patrimonio sociale

In quanto persone giuridiche o soggetti di diritto, le società sono titolari di un proprio patrimonio, il quale dunque non appartiene ai loro soci in comunione: ai soci appartengono le partecipazioni sociali che sono, secondo la giurisprudenza,

posizioni contrattuali obiettivate, suscettibili di essere considerate come bene immateriale, ovvero materiale se sono emessi titoli rappresentativi cartacei (titoli azionari). Di conseguenza: *a*) a differenza della comunione [1102], il socio non può servirsi, senza il consenso degli altri soci, delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei a quelli della società [2256]; e inoltre *b*) il patrimonio sociale, a differenza dei beni in comunione [1111], può essere diviso solo al termine di durata della società, oppure in caso di scioglimento volontario, ma non per la volontà del singolo socio o per iniziativa del suo creditore [2270; 2305] (e per il caso di insufficienza del patrimonio del socio, v. *ultra* II.2.5.).

Peculiare è in questo senso la figura della *società di armamento* tra comproprietari di una nave [artt. 278-282 c. nav.].

Una prima lettura della contrapposizione tra società e comunione potrebbe dunque proporsi nel senso che, presupposto affinché una società venga ad esistenza come persona giuridica o soggetto di diritto, e sia capace di stabilire un vincolo proprietario con il patrimonio di cui è dotata dai soci, è che questi ultimi si propongano come scopo *non solo* quello di godere delle utilità di tale patrimonio, ma che lo impieghino come strumento per l'esercizio di una attività economica produttiva di nuova ricchezza o, quanto meno, lo valorizzino.

In questo senso, si è più volte presentato in giurisprudenza il caso della *società immobiliare di comodo*, costituita affinché i soci godano direttamente dell'utilità di immobili a essa conferiti o dei frutti civili derivanti dalla relativa locazione, secondo le regole che stabiliscono nell'atto costitutivo della società e il regime tributario di cui la società gode, anziché secondo quello della cosa in proprietà indivisa. Analogamente frequente, sebbene non abbia dato luogo a pronunce giurisprudenziali, è la costituzione di *società di mera partecipazione*, con un patrimonio esclusivamente costituito da partecipazioni in altre società, che si limiti a esercitare i diritti di partecipazione nelle controllate in luogo dei soci.

Orbene, di fronte a questi fenomeni di società che non esercitano attività produttive di nuova ricchezza, la regola, secondo cui la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme sulla proprietà [2248], potrebbe interpretarsi nel senso che l'ordinamento riconosce l'esistenza della persona giuridica come soggetto autonomo di diritti, e cioè l'appartenenza ad essa del patrimonio, che invece si reputerà appartenere ai soci comproprietari: un'ipotesi, cioè, di squarcio del velo della personalità giuridica.

Approccio diverso nei confronti delle società immobiliari di comodo segue, tuttavia, ormai da un certo tempo, la legislazione tributaria, alla quale sembra non interessare se una società svolga o non svolga attività produttiva di nuova ricchezza, ma solo se vi sia elusione di regole dirette alla determinazione della base imponibile per l'applicazione delle imposte sul reddito delle persone fisiche. Perciò, onde favorire l'emersione di patrimoni intestati a società di capitali di comodo, ripetuti interventi, con finalità di contrasto dell'uso elusivo dello schermo societario (a partire da art. 29, l. 27-12-1997, n. 449), hanno previsto agevolazioni in favore delle società di mero godimento di beni che si fossero trasformate in società semplici, con ciò legittimando, almeno sotto il profilo tributario, l'esistenza di società semplici di mero godimento.

13. Società immobiliari di comodo e società di mera partecipazione

14. Squarcio del velo della personalità giuridica?

15. La legislazione tributaria sulle società immobiliari di comodo

16. *Validità tributaria e nullità civilistica?*

Nonostante questi interventi normativi, giurisprudenza e dottrina ancora di recente hanno rilevato il carattere eccezionale delle norme in questione e hanno mantenuto ferma la tesi secondo cui, nell'ipotesi di società avente quale oggetto sociale il mero godimento di beni, la stessa va dichiarata nulla per illiceità dell'oggetto sociale, visto il contrasto dello stesso con una norma, seppure ricavata in via sistematica, ritenuta di carattere imperativo. A medesime conclusioni dovrebbe giungersi – ma non si è mai giunti – anche per le società di partecipazioni che non esercitano altra attività che non sia l'esercizio dei diritti sociali attribuiti dalle partecipazioni.

17. *Critica*

Invero, sembrerebbe difficilmente giustificabile che l'ordinamento incoraggiasse la trasformazione in società semplici dichiaratamente aventi ad oggetto il mero godimento di beni, seppur con una norma speciale e transitoria, mentre continuasse a vietare o a rendere privo di effetti costituirle *ab origine*.

Non sembra, infatti, che – al di là della rilevanza tributaria – vi siano interessi generali che possano essere compromessi con la costituzione di società aventi tali finalità. Non a caso, le società di mero godimento non erano affatto vietate sotto il vigore del codice civile del 1865, che consentiva di mettere più cose in comunione per dividerne i guadagni, purché si trattasse di attività in sé lecite e sussistesse un interesse comune delle parti. E poiché potevano essere utilizzate per tali scopi, in luogo delle società civili, universali o particolari, anche le società per azioni [art. 229 c. comm. 1882], che godevano di personalità giuridica e che pertanto escludevano il regime di comunione sui beni conferiti, non può ritenersi che il legislatore del codice civile unificato abbia voluto vietare tali espressioni dell'autonomia privata, sol per avere indicato come oggetto delle società lo svolgimento di attività economiche: anche il godimento delle utilità di beni è, indubbiamente, un'attività economica rispetto alla quale il regime di proprietà sui beni risulta irrilevante.

Ne consegue che non può dichiararsi la *nullità* della società di capitali o di persone che ponga esplicitamente come oggetto sociale lo scopo di consentire ai propri soci il godimento dei beni conferiti, in quanto non si tratta di oggetto illecito. Né si può parlare di *simulazione* qualora, nonostante un oggetto sociale astrattamente volto alla produzione di nuova ricchezza, la società si limiti in concreto a consentire ai propri soci il godimento di quella esistente. Al riguardo, è pacifico in giurisprudenza che qualora la società non svolga attività economica, senza però dichiarare espressamente che lo scopo dei soci è godere direttamente o indirettamente dell'utilità del patrimonio sociale, o qualora la società cessi di svolgere ogni attività economica dedicandosi esclusivamente all'amministrazione del proprio patrimonio immobiliare, non è possibile sostenere il venir meno della società e la trasformazione dell'attività economica in una comunione a scopo di godimento, con la conseguente applicazione delle regole dettate per la comunione.

Riprendendo l'alternativa posta in apertura di paragrafo, si può quindi concludere nel senso che l'ordinamento *non impedisce* di costituire società per godere direttamente o indirettamente dell'utilità dei conferimenti, anche se con gli stessi non realizza un'attività economica produttiva di nuova ricchezza.

Altro problema si pone se, nel caso concreto, sia accertato che la vera ragione per la creazione di una società di comodo sia non quella di godere degli immobili o delle partecipazioni conferite, secondo le regole organizzative delle società, ma di sottrarre beni alla garanzia dei creditori o renderne più difficoltosa l'aggressione. Al riguardo, tuttavia, non sembra che lo squarcio del velo della personalità giuridica sia l'unica via per tutelare i creditori, né che sia quella maestra. Come vedremo nella sede opportuna (II.2.5.; III.1.3.2.), infatti, un conferimento realizzato con le caratteristiche dell'atto in frode ai creditori o dell'atto che viola la *par condicio creditorum* può essere revocato, senza con ciò doversi disconoscere l'esistenza della persona giuridica. D'altronde, quando è costituita una società semplice di mero godimento, al creditore che dimostri l'insufficienza del patrimonio del proprio debitore non può essere opposta la durata della società [2270]: e, dunque, nessun danno gli si può in concreto arrecare.

Resta allora da chiarire il significato della precisazione secondo cui la comunione costituita o mantenuta al *solo* scopo del godimento di una o più cose non attrae la disciplina delle società, bensì quella della proprietà in regime di comunione [2248].

Questa norma va letta in filigrana, intendendo chiarire che, invece, attrae la disciplina delle società la comunione che non si limiti al solo scopo del godimento dei beni, ma sia volta alla creazione di nuova ricchezza, e cioè abbia scopo di lucro. In questo senso, come è stato chiarito in giurisprudenza, l'azienda facente parte di un patrimonio ereditario forma oggetto di comunione solo se gli eredi si limitano a godere dei suoi frutti, magari affittandola a terzi; qualora invece l'azienda venga esercitata congiuntamente dagli eredi con finalità speculative, anche se solo temporaneamente, l'originaria comunione incidentale si trasforma in una società di fatto, con la conseguenza che i rapporti tra gli eredi sono regolati dalle norme dettate in materia di società. Lo stesso vale per la trasformazione della società in comunione di azienda, qualora la stessa venga in seguito esercitata in comune dai comproprietari.

Si deve, peraltro, notare che non vi è assoluta incompatibilità tra regime della comunione e società, posto che un bene in comunione potrebbe essere conferito in godimento a una società. Si pone allora il dubbio se l'esercizio di attività economica produttiva modifichi automaticamente il regime della comunione sul bene o sul complesso di beni imputandone la proprietà alla società di fatto, ovvero se si limiti ad attribuire a quest'ultima un diritto di godimento. L'alternativa non ha significativa rilevanza nei rapporti con i creditori sociali, i quali avranno la garanzia patrimoniale non solo dei beni che appartengono al patrimonio sociale, ma anche di quelli personali dei soci. È, invece, rilevante nei rapporti tra i soci e con i loro creditori particolari, giacché se il bene si imputa in proprietà alla società né il socio né il suo creditore particolare ne possono più chiedere la divisione, pur potendo ottenere in ogni tempo la liquidazione della quota.

Al riguardo si deve osservare che il conferimento si presume in proprietà, salvo che la natura del bene esiga la forma scritta a pena di nullità, nel qual caso alla società può essere riconosciuto solo un diritto di godimento. Il regime della comunione, in questi casi, potrà essere modificato solo con un conferimento in forma scritta alla società di fatto, se ritenuto ammissibile (e v. *ultra* II.1.2.), ov-

18. *Abuso dello schermo societario e tutela dei creditori*

19. *Comunione sul bene produttivo e società di fatto*

20. *... incompatibilità tra comunione e società?*

vero con una trasformazione eterogenea della comunione d'azienda in società di capitali [2500octies] (V.2.2.3.).

21. Azienda
coniugale
e società
di fatto

Le considerazioni che precedono possono valere anche per le aziende coniugali. Costituiscono oggetto della comunione tra coniugi, tra altro, le aziende costituite dopo il matrimonio e gestite da entrambi i coniugi [177¹, lett. d)], mentre quelle costituite anteriormente da uno di essi, sebbene gestite da entrambi, restano di proprietà del singolo, e la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi. Il regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi non è incompatibile con la formazione di una società di diritto o di fatto, limitandosi a escludere, in quest'ultimo caso, che l'azienda gestita da entrambi i coniugi si imputi in proprietà alla società di fatto che questi costituiscono.

1.3. Segue. B) Le società di erogazione.

Chiarito che l'esercizio in comune di attività economica dà luogo alla formazione di una società di fatto, modificando il regime della proprietà sui beni, mentre l'attribuzione di beni in proprietà a un soggetto di diritti non può essere riqualificata come comunione per difetto dell'esercizio, concreto o programmato, di attività economica produttiva di nuova ricchezza, possiamo tornare al punto di partenza e cercare di comprendere cosa si intende in positivo per *attività economica*.

22. Attività
economica
e attività
d'impresa

L'espressione *attività economica* è contenuta anche nella nozione di imprenditore [2082]. È parso dunque necessario chiedersi se oggetto delle società debba essere necessariamente un'impresa, agricola o commerciale, con esclusione di altre attività economiche non qualificabili come tali: tra queste, principalmente, le attività *occasional*i, connotate dall'assenza di professionalità (I.1.4.); il *lavoro autonomo*, connotato dall'assenza di organizzazione o dall'accessorietà di essa (attività artigianali e artistiche) (I.1.5.), e le *professioni intellettuali*, sottratte alla disciplina dell'impresa anche se esercitate in modo professionale e organizzato (I.1.6.); le *attività di erogazione*, ossia quelle che, in quanto strutturalmente non in grado di sostenere i costi con i ricavi, non sono idonee alla produzione di nuova ricchezza, ma solo alla consumazione di quella esistente.

Cominciamo dall'esame di queste ultime.

23. Aziende di
erogazione e
di produzione

In economia si distinguono le aziende di erogazione e quelle di produzione: alla prima categoria appartengono tradizionalmente le associazioni, le fondazioni e la pubblica amministrazione (nonché le famiglie); alla seconda categoria appartengono tutte le 'aziende' – che in diritto commerciale si denominano 'imprese' – che producono beni e servizi, sostenendo, almeno programmaticamente, i costi con i ricavi. Nelle aziende di erogazione, viceversa, il patrimonio viene progressivamente consumato per la produzione di beni o la prestazione di servizi, ed esaurite le risorse, o ne vengono immesse di nuove, o l'unità economica si estingue.

In linea di principio, dunque, le aziende di erogazione non potrebbero essere esercitate da società, difettando l'attività proposta del requisito di economicità. Come vedremo, tuttavia, l'esperienza delle privatizzazioni ha mostrato che, per valutare la compatibilità di un'attività con l'esercizio in forma societaria, occorre adoperare un diverso concetto di economicità.

Tradizionalmente, la pubblica amministrazione ha fornito i propri servizi alla collettività – ospedali, scuole, università, teatri, musei, trasporti – attraverso enti pubblici od organi dello Stato, finanziati integralmente con la fiscalità generale. Nel tempo, molti enti pubblici esercenti aziende di erogazione sono stati assoggettati al vincolo della gestione economica e imprenditoriale, divenendo enti pubblici economici. Nell'era delle privatizzazioni, molti di essi sono stati trasformati in società per azioni, mentre per alcuni è stata prevista la forma della fondazione, o una combinazione tra le due.

Servizi come quello postale, di trasporto ferroviario o di fornitura di energia elettrica sono oggi per lo più offerti da società per azioni in mano pubblica o a partecipazione pubblica (rispettivamente, da Poste Italiane s.p.a., Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., Enel s.p.a.), che dichiaratamente operano secondo criteri di economicità e imprenditorialità, sebbene siano vincolate a offrire una parte dei propri servizi a una tariffa imposta, inferiore al costo effettivo, per garantire il livello minimo di servizio ritenuto di pubblica utilità (tra cui il c.d. servizio universale).

In materia bancaria, la privatizzazione si è realizzata attraverso una combinazione tra fondazioni e società per azioni: le seconde esercitano l'attività bancaria, secondo principi di economicità e imprenditorialità e in regime di piena concorrenza, mentre le prime partecipano al capitale delle banche, oggi in posizione non maggioritaria, e assolvono alle funzioni di interesse generale previste dai rispettivi statuti mediante l'impiego degli utili che ne ricavano.

Altri servizi ancora, come quello sanitario nazionale, sono offerti da enti territoriali (le ASL-Aziende Sanitarie Locali) e autonomi (AO-Aziende Ospedaliere e IRCCS-Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico) che restano qualificati come articolazioni della pubblica amministrazione, ma che devono comunque agire nel rispetto dei principi di economicità e imprenditorialità, e che probabilmente si devono perciò qualificare come enti pubblici economici: per questi servizi, tuttavia, non è previsto un prezzo, ma un *ticket*, cioè una contribuzione diretta dei fruitori dei servizi per l'assistenza sanitaria pubblica, peraltro prevalentemente finanziata con la fiscalità generale.

In tutti gli esempi fatti, è evidente come per economicità e imprenditorialità non si intenda la capacità di fare fronte ai costi con i ricavi provenienti dalla erogazione dei servizi, mediante la fissazione di un prezzo adeguato. Al contrario, l'equilibrio economico tra costi e ricavi è assicurato solo dall'afflusso di risorse esterne, generalmente poste a carico della collettività. In questa diversa accezione, economica o imprenditoriale è quindi da considerarsi anche l'attività gestita in modo che i ricavi complessivi, provenienti anche da trasferimenti di risorse in regime di erogazione, possano coprire i costi che la società o l'ente incontra nell'organizzazione e offerta del servizio.

Ne deriva che, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi sulle prime, possono certamente essere costituite società per l'esercizio di attività economica incapaci di creare nuova ricchezza, in quanto destinate a non generare dalla vendita dei beni o servizi ricavi adeguati a sostenere i costi, purché lo sbilancio sia programmaticamente coperto con l'afflusso di altre risorse. Nulla osterebbe perciò, in questo senso, a che le aziende ospedaliere, le università o le scuole pubbliche fossero trasformate in società, come del resto già esistono cliniche, università e scuole private.

25. *Attività private di erogazione*

Data l'esperienza delle privatizzazioni, non può escludersi che anche i privati possano avere interesse a ricorrere alle società, anziché alle associazioni e alle fondazioni di cui al Libro I, per l'esercizio di attività sì economiche, ma incapaci di autosostenersi con i ricavi delle vendite dei prodotti o servizi offerti, e perciò da definirsi di erogazione. La questione presenta tuttavia proprie specificità, e dovrà essere sviluppata anche in seguito (I.2.2.), quando parleremo dello scopo associativo. Alcune premesse di questo discorso sono tuttavia utili sin d'ora.

Se è vero che le società hanno a oggetto l'esercizio in comune di un'attività economica, non vale tuttavia un divieto per associazioni e fondazioni di esercitare attività economiche (in comune, se si tratta di associazione), anche di impresa commerciale. In questo caso, associazioni e fondazioni sono sottoposte, come tali, allo statuto dell'imprenditore commerciale e, qualora divengano insolventi, possono essere sottoposte alle procedure concorsuali, applicandosi in quanto compatibili le previsioni in materia di società. Ne consegue che l'esercizio collettivo di un'attività economica non sempre dà luogo a una società, potendo dare corso ad un'associazione, anche di fatto. Vedremo in seguito (I.2.2.) qual è l'elemento che qualifica, come società o come associazione, l'esercizio collettivo di attività economiche. Ci chiederemo anche se l'esercizio di attività economiche da parte di associazioni e fondazioni debba necessariamente porsi in posizione di strumentalità rispetto al soddisfacimento di uno scopo ideale o altruistico e, per altro profilo, se una società possa proporsi lo svolgimento di attività economiche senza scopo di lucro.

26. *Società e prestazioni gratuite*

A prescindere da questi profili, si può sin d'ora affermare che è possibile valersi delle società anche per immettere prodotti o servizi sul mercato ad un prezzo inferiore ai costi di produzione, e anche gratuitamente. Una simile società, infatti, non difetta del requisito di economicità richiesto dalla legge.

Si pensi, in questo senso, non solo ad una mensa per poveri o ad un ricovero per senza tetto, servizi erogati gratuitamente per evidenti finalità altruistiche, ma a un servizio navetta gratuitamente offerto da una cordata di negozianti per invogliare gli avventori ad acquistare nei loro negozi, senza il fastidio di dovere cercare parcheggio o di dovere pagare un mezzo di trasporto. Pare evidente che l'impiego di una società in questi casi non può essere escluso per difetto di economicità, posto che si tratterà comunque di fare sistematicamente fronte a determinati costi con le risorse date, e che l'impiego della forma societaria può favorirne il miglior impiego. Non a caso nel nostro ordinamento possono aversi società consortili [2615ter], atte a favorire gli interessi dei consorziati senza perseguire finalità lucrative (proprie o dei soci) e financo esercitare attività economiche.

27. *Conclusione*

Al momento, possiamo concludere nel senso che le società possono servire anche allo svolgimento di *attività di erogazione* di beni o servizi, oltre che di attività economiche produttive di nuova ricchezza; infatti, per attività economica si può intendere anche la gestione delle risorse, trasferite da altri enti o acquisite mediante donazioni, secondo principi di economicità e imprenditorialità, e cioè in modo tale da coprire sistematicamente il fabbisogno programmato per la gestione del servizio in perdita.

1.4. Segue. C) Le società occasionali.

Tornando all'esame dell'espressione *attività economica* e al parallelo con quella adoperata per definire l'attività d'impresa [2082], occorre chiedersi se oggetto di una società possano essere singoli atti o singoli affari occasionali, anziché attività caratterizzate dalla professionalità che connota l'impresa.

28. Società occasionali

Benché la questione sia risultata controversa in passato, la stessa merita soluzione affermativa. Dato che le società possono essere costituite per qualunque durata, e per assurdo anche solo per un mese o per un giorno, non dovrebbe affatto dubitarsi che sia legittima la società costituita per l'esercizio di un singolo atto o affare, che dunque difetti – sotto il profilo imprenditoriale – del requisito dell'abitudine o professionalità. Quale sia in questi casi l'interesse concreto delle parti costituenti non è rilevante per l'ordinamento, che limita o impedisce solo le manifestazioni dell'autonomia privata contrarie agli interessi generali.

Si pensi, in questo senso, a due allevatori – perciò, imprenditori agricoli – che si rechino ad una fiera per vendere gli animali da ciascuno allevati e, prima della stessa, stipulino un contratto, espressamente denominato *di società*, con il quale mettono in comune tutti gli animali, ne organizzano il trasporto, disciplinano come decideranno in ordine ai prezzi ai quali vendere gli animali, e stabiliscono di dividere tra loro, secondo una proporzione determinata, il ricavato delle vendite, nonché gli animali rimasti invenduti, a nulla rilevando chi li abbia allevati. Un accordo del genere, qualificato dalle parti come società, merita di riceverne la disciplina, a nulla rilevando che nasca, si realizzi e si concluda in una o poche settimane.

Altra questione è se lo svolgimento di singoli atti o affari comuni dia luogo alla formazione di una società di fatto, anche in difetto di una volontà espressa delle parti. Per riprendere l'esempio: qualora i due allevatori non avessero espressamente denominato *di società* il contratto concluso o così qualificato il rapporto che andavano a costituire, si sarebbe comunque creata una società di fatto?

29. Società di fatto e svolgimento di singoli affari

La soluzione della giurisprudenza a questo quesito è che la formazione di una società non è esclusa dal fatto che il fine degli associati consista nel compimento di un'opera unica, purché di obiettiva complessità.

Similmente, si darà corso a una società di fatto quando il compimento di un unico affare anche non complesso non esaurisce l'interesse delle parti alla messa in comune dei mezzi, cioè alla creazione dell'organizzazione comune. Nell'esempio degli allevatori, per stabilire se abbiano costituito una società, sarà decisivo comprendere se gli stessi abbiano in qualche modo inteso ripetere il medesimo affare anche l'anno seguente: il che probabilmente risulterà escluso o confermato da ciò che avranno deciso di fare degli animali rimasti invenduti al termine della fiera. Se li avranno divisi, l'affare è stato portato a compimento e, se pure una società di fatto si è formata, questa è già stata sciolta e liquidata; se li hanno mantenuti "in comune", questo è probabilmente indice del fatto che si è concluso l'affare, ma non è terminata l'attività comune, e dunque una società è ancora esistente.

1.5. Segue. D) Le società artigiane e tra artisti.

Per completare la nozione di attività economica, occorre comprendere se possano essere esercitate da società le *attività di lavoro autonomo* che, pur avendo contenuto economico, non sempre configurano o possono configurare esercizio di attività d'impresa, per difetto del requisito dell'organizzazione.

30. Prestazione d'opera manuale e intellettuale come lavoro autonomo

Secondo il codice civile, le attività dei prestatori d'opera manuale (idraulici, elettricisti, imbianchini, falegnami, fotografi, restauratori, orafi, sarti e così via) o intellettuale (avvocati, notai, commercialisti, ingegneri, architetti, medici, farmacisti, traduttori, interpreti e così via), costituiscono prestazioni di *lavoro autonomo*, qualora siano rese senza vincolo di subordinazione e senza un'organizzazione di tipo imprenditoriale, seppure con professionalità: cioè, non occasionalmente. Sotto quest'ultimo profilo, si distingue il *contratto di appalto*, in cui l'obbligazione di eseguire l'opera o il servizio è assunta da un imprenditore, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio [1655], dal *contratto d'opera*, in cui il prestatore si obbliga a eseguire l'opera o il servizio con lavoro prevalentemente proprio [2222]. L'obbligazione del lavoratore autonomo è perciò *a carattere personale* e tendenzialmente infungibile: ad es., chi affida la realizzazione di un quadro a un pittore o la realizzazione di un *book* a un fotografo confida che sia questi personalmente a eseguire l'opera, pur eventualmente avvalendosi di collaboratori e di strumenti del mestiere.

31. Personalità della prestazione e organizzazione dell'attività

Nulla vieta che le attività che possono essere prestate come lavoro autonomo, sia manuale che intellettuale, possano essere organizzate anche con ricorso ai fattori capitale e lavoro. In questo caso, le attività si possono qualificare come imprenditoriali, pur potendosi conservare elementi di personalità della prestazione. Tipico è, in questo senso, l'esempio dei piccoli imprenditori, cioè di coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia [2083]. E, tra questi, assumono peculiare rilievo gli artigiani e i piccoli commercianti, poiché spesso sono portati ad associarsi tra loro, per dividere spese e guadagni. Si pensi a barbieri e parrucchieri, a ristoratori, restauratori, sarti e ciabattini: le loro botteghe, i negozi e gli esercizi commerciali sono spesso contraddistinti da insegne che portano i nomi di due o più persone, che dunque, verosimilmente, hanno costituito – di diritto o di fatto – una società in nome collettivo, adottando come ragione sociale [2292] e ditta commerciale [2563] il nome dei soci. Il dubbio che al riguardo si è posto, anche se è stato da tempo risolto, è se anche una società tra artigiani possa considerarsi a sua volta un'impresa artigiana, ai vari effetti che la legge fa conseguire a questa qualifica.

Ma andiamo con ordine.

32. L'impresa artigiana

La legge quadro sull'artigianato definisce *artigiana* «l'impresa che, esercitata dall'imprenditore artigiano nei limiti dimensionali di cui alla presente legge, abbia per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi», con alcune esclusioni. Correlativamente, si definisce *imprenditore artigiano* colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e ge-

stione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo» [artt. 2-3, l. 08-08-1985, n. 443].

Lo stesso discorso può valere per le attività artistiche: pittori, cantanti, musicisti, attori e così via.

33. ... e le attività artistiche

Si pensi, ad es., a Elton John, a Ed Sheeran o a Vasco Rossi che organizzano concerti avvalendosi di un'imponente struttura dagli stessi organizzata, che comprende, tra l'altro, strumenti musicali, attrezzature di luci e di suoni, alle volte TIR e aerei, collaboratori che organizzano gli eventi o che suonano, e così via. Questi artisti, o le società di cui si avvalgono, si qualificano certamente come imprenditori.

Personalità della prestazione e organizzazione imprenditoriale non sono concetti contrapposti, sicché l'opera anche infungibile di un determinato soggetto può essere perfettamente collocata nell'ambito di un'organizzazione e formare parte di un prodotto o servizio imprenditoriale.

Sebbene l'attività dei prestatori d'opera, manuale o intellettuale, sia certamente economica e sebbene, una volta organizzata con ricorso a capitali e lavoro anche altrui, possa qualificarsi come attività d'impresa, si è dubitato in passato che l'esercizio associato di arti e mestieri potesse dare luogo alla formazione di una società, vuoi perché si dubitava che le qualità dei soci (artigiano o artista) potessero conservarsi in capo alla società, vuoi perché la prestazione, resa dalla società, avrebbe perduto l'elemento di personalità che connota l'opera realizzata dalla persona fisica.

34. Esercizio associato di arti e mestieri

I nodi problematici sono stati col tempo superati e si può oggi affermare che, anche nel nostro ordinamento, sono ammesse sia le società artigiane sia quelle tra artisti. Ovviamente, sia le une sia le altre presentano peculiarità degne di attenzione.

Iniziamo dalle società tra artigiani, regolate anche per legge. Per l'art. 4, l. n. 443/1985 si qualifica come artigiana non solo l'impresa individuale ma anche quella che «è costituita ed esercitata in forma di società, anche cooperativa, escluse le società per azioni ed in accomandita per azioni, a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale». Mentre il legislatore aveva originariamente fatto riferimento alle sole s.n.c. e alle cooperative [l. 25-07-1956, n. 860], nel tempo è stato chiarito, dapprima dalla giurisprudenza poi dallo stesso legislatore, che nulla osta a che le imprese artigiane possano essere costituite in forma di società in accomandita semplice, purché a svolgere l'attività sia la totalità degli accomandatari [art. 1, l. 20-05-1997, n. 133] e di società a responsabilità limitata, sia unipersonale che pluripersonale, sempreché la maggioranza dei soci, ovvero almeno uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e detenga la maggioranza del capitale sociale e degli organi deliberanti della società [art. 13, l. 05-03-2001, n. 57].

35. Società artigiane

La qualificazione della società come artigiana consente l'iscrizione della stessa nell'albo delle imprese artigiane e comporta i medesimi benefici previsti per l'imprenditore artigiano persona fisica dalla legislazione regionale di sostegno (di natura creditizia, lavoristica e fiscale), nonché il privilegio generale sui

beni mobili per tutti i crediti derivanti dalla vendita di manufatti e dalla prestazione di servizi [2751bis]; analoghi benefici sono concessi anche alle società consortili tra artigiani. Le società artigiane sono per il resto assoggettate allo statuto dell'imprenditore commerciale non piccolo e – dovendosi ritenere superati i dubbi sorti prima del 2006 – sono esposte alle procedure concorsuali ordinarie se eccedono i requisiti dimensionali di cui all'art. 2¹, lett. d) c.c.i.

36. *Esercizio in comune di attività artistiche*

In linea di principio, così come può essere concepita la formazione di società artigiane, per l'esercizio associato di prestazioni d'opera manuale, nulla osta alla formazione di società per l'esercizio di attività artistiche, nonostante le prestazioni non possano essere rese altro che dai singoli artisti personalmente.

È possibile, ad es., che un gruppo musicale come i Red Hot Chili Pepper, i Coldplay o i Måneskin, o una compagnia teatrale di prosa o balletto, si costituiscano in forma societaria. La formazione di una società che organizza gli eventi e gestisce i diritti di autore potrà anche servire a stabilire la ripartizione degli utili, a disciplinare le procedure per la scelta delle tappe delle *tournées*, a regolare i casi di scioglimento del rapporto per esclusione o recesso e così via.

1.6. Segue. E) Le società tra professionisti.

37. *Professioni intellettuali e impresa*

Un discorso a parte va fatto per l'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali.

Per mera scelta dell'ordinamento, alcune professioni intellettuali, pur potendo assumere i connotati organizzativi dell'impresa, non si qualificano come attività imprenditoriali e non comportano applicazione di nessuna parte dello statuto dell'imprenditore commerciale: è questo il caso delle *professioni regolamentate nel sistema ordinistico*, in passato dette *professioni protette*, per le quali è prevista l'iscrizione dei professionisti in appositi albi o elenchi, come quello degli avvocati, dei commercialisti, degli architetti o degli ingegneri [2229]. L'esercizio della professione intellettuale può al più costituire *elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa*, e in questo caso si applicano anche le relative disposizioni [2238¹], come, ad es., al medico che gestisca anche una clinica; al farmacista titolare di una farmacia; all'ingegnere che diriga un'impresa edile; al notaio, all'avvocato o al magistrato che organizzino una scuola di formazione per le professioni legali, e così via.

38. *Esercizio associato di professioni intellettuali e divieto di costituire società*

Per un lunghissimo periodo di tempo, l'esercizio delle professioni intellettuali in forma societaria è stato espressamente vietato. L'art. 1, l. 23-11-1939, n. 1815 (abrogato nel 2011) prevedeva che le persone che, munite dei necessari titoli di abilitazione professionale si associano per l'esercizio delle professioni, debbono usare, nella denominazione del loro ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di «studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario», seguita dal nome e cognome, coi titoli professionali, dei singoli associati. Al contempo, l'art. 2, l. n. 1815/1939 (abrogato nel 1997) vietava di costituire, esercitare o dirigere società che avessero lo scopo di offrire prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria.

Nonostante l'abrogazione del citato art. 2, l. n. 1815/1939 nel 1997, il manifesto di una visione completamente rinnovata dell'esercizio delle professioni intellettuali venne espresso solo dall'art. 3⁵, d.l. 13-08-2011, n. 138 [conv. in l. 14-09-2011, n. 148], per il quale «fermo restando l'esame di Stato di cui all'art. 33 comma 5 della Costituzione per l'accesso alle professioni regolamentate, gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti».

In questo contesto, ha finalmente trovato attuazione la riforma organica delle società tra professionisti, cui la legislazione aveva mostrato in passato solo limitate aperture: nel 1994, per le società di ingegneria; e nel 2001, per le società tra avvocati che, peraltro, potevano già assumere la forma di GEIE (sin dal 1985).

39. Società tra professionisti

L'art. 10³, l. 12-11-2011, n. 183, afferma che «è consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile», e cioè in qualunque tipo societario, di persone, di capitali e cooperative. La normativa di attuazione della l. n. 183/2011 [d.p.r. 08-02-2013, n. 34] definisce *società tra professionisti* la società «avente ad oggetto l'esercizio di una o più attività professionali per le quali sia prevista l'iscrizione in appositi albi o elenchi regolamentati nel sistema ordinistico» e *società multidisciplinare* «la società tra professionisti costituita per l'esercizio di più attività professionali». Si deve aggiungere che con l'approvazione della l. 14-01-2013, n. 4, in materia di professioni non organizzate, tutte le professioni, una volta considerate non protette, sono ormai regolamentate e, dunque, assoggettate alla l. n. 183/2011.

40. ... e tipi societari

Possono assumere la qualifica di società tra professionisti – e questa deve risultare dalla ragione o denominazione sociale, anche con l'acronimo s.t.p. [art. 10⁵, l. n. 183/2011] – le società il cui atto costitutivo preveda una serie di requisiti. In particolare, possono partecipare a una s.t.p. professionisti iscritti a ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante, ovvero soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento. I soci-professionisti che partecipano ad una società tra professionisti non possono partecipare ad altra [art. 10⁶, l. n. 183/2011] ed è stato chiarito che il medesimo divieto vale anche nel caso di partecipazione ad una società multidisciplinare [art. 6¹, d.p.r. n. 34/2013]. Né la legge, né il regolamento attuativo chiariscono però se i soci partecipanti con finalità di investimento debbano risultare non prevalenti rispetto ai professionisti, mentre è chiaro che possono divenire amministratori e legali rappresentanti della s.t.p.; in ogni caso, devono possedere i requisiti di onorabilità dei soci-professionisti, di modo che, ad es., in caso di radiazione di un professionista da un albo non possa degradare a socio con finalità di investimento, così aggirando il divieto di esercizio della professione [art. 6³, d.p.r. n. 34/2013].

41. Ordinamento statutario

42. *Iscrizione all'albo e responsabilità disciplinare*

Anche la società tra professionisti deve essere iscritta in una sezione speciale degli albi o dei registri tenuti presso l'ordine o il collegio professionale di appartenenza dei soci professionisti. La società multidisciplinare è iscritta presso l'albo o il registro dell'ordine o collegio professionale relativo all'attività individuata come prevalente nello statuto o nell'atto costitutivo [art. 8, d.p.r. n. 34/2013].

Ferma la responsabilità disciplinare del socio professionista, che è soggetto alle regole deontologiche dell'ordine o collegio al quale è iscritto, anche la società professionale risponde disciplinarmente delle violazioni delle norme deontologiche dell'ordine al quale risulta iscritta. E se la violazione deontologica commessa dal socio professionista, anche iscritto a un ordine o collegio diverso da quello della società, è ricollegabile a direttive impartite dalla società, la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società.

43. *Modelli societari e associativi già vigenti*

La legge sulle società professionali ha espressamente abrogato le parti ancora vigenti della l. n. 1815/1939, che, come ricordato, disciplinava l'attività degli studi professionali iscritti agli ordini e vietava la formazione di società tra questi. La stessa ha, tuttavia, stabilito che restano salvi i diversi modelli societari e associativi *già vigenti* prima della riforma [art. 10⁹, l. n. 183/2011]. Il riferimento va a quelle società e associazioni professionali costituite in conformità a leggi non solo già vigenti, ma *ancora vigenti* alla data della riforma e cioè: le società di ingegneria, le società tra avvocati, e le associazioni tra notai. Si pone dunque il dubbio (e v. I.2.2.) se gli studi professionali costituiti alla luce della l. n. 1815/1939, ora definitivamente abrogata, possano continuare a rivestire la forma dell'associazione non riconosciuta [36-38], o se debbano riqualificarsi come società di fatto (società semplici). Non a caso, la successiva riforma dell'ordinamento forense ha espressamente dettato una nuova disciplina delle associazioni tra avvocati [art. 4, l. 31-12-2012, n. 247].

44. *La società tra avvocati*

A seguito del riordino della legge sull'esercizio dell'avvocatura in forma societaria [l. 04-08-2017, n. 124], anche le società tra avvocati, come le altre società tra professionisti, possono essere costituite nelle forme delle società di persone, di capitali o cooperative e ricevono integralmente la disciplina del codice civile: in ogni caso, la ragione o denominazione sociale deve contenere anche l'indicazione *società tra avvocati* o s.t.a. [art. 4bis^{6bis}, l. n. 247/2012]. Sebbene dal 2018 l'impiego della forma societaria abbia ricevuto crescente considerazione dalla prassi, è ancora prevalente l'esercizio associato dell'avvocatura in forma di associazioni (studi associati) [art. 4, l. n. 247/2012]: ad es., nel 2022, a Roma risultano iscritte 97 società tra avvocati, a fronte di 737 studi legali associati; a Milano risultano iscritte 101 società tra avvocati, a fronte di 998 studi legali associati. Sono nettamente più diffuse le s.t.a. in forma di s.r.l.

In tutte le società tra avvocati, di persone, di capitali e cooperative, i soci devono essere persone fisiche e, per almeno due terzi, si deve trattare di avvocati o di altri professionisti parimenti iscritti in un albo (commercialisti, psicologi forensi, medici legali e così via): è stato così riconosciuto l'esercizio multidisciplinare anche della professione di avvocato, consentito inoltre anche alle associazioni tra avvocati [art. 4, l. n. 247/2012] e alle s.t.p. Anche se permessa la partecipazione di altri professionisti, gli amministratori della s.t.a. devono essere in

maggioranza soci avvocati e, per la restante parte, devono essere soci. Gli incarichi professionali sono affidati alla società tra avvocati, che li esegue per tramite di un professionista in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente: ad es., un ricorso per cassazione può essere presentato solo da un avvocato cassazionista, mentre un ricorso a una commissione tributaria può essere presentato sia da un avvocato sia da un commercialista.

La società tra avvocati si iscrive all'albo degli avvocati in una sezione speciale, è tenuta al rispetto del codice deontologico forense ed è soggetta alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza [art. 4bis⁶, l. n. 247/2012]. A questa si affianca la responsabilità disciplinare del singolo socio-avvocato: la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo nel quale è iscritto costituisce causa di esclusione dalla società tra avvocati.

Sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, pur se è la società tra avvocati a rispondere dell'inadempimento e, quindi, del danno (in concorso con i soci illimitatamente responsabili, se ve ne sono), non è esclusa la responsabilità solidale del professionista, anche non socio, che ha eseguito la specifica prestazione [art. 4bis⁴, l. n. 247/2012]. In ogni caso, gli avvocati sono tenuti a stipulare una polizza di assicurazione della responsabilità professionale di tipo *claims made* che, nel caso delle società tra avvocati, è normalmente contratta da quest'ultima per conto proprio, dei soci e degli altri professionisti [d.m. Giustizia 22-09-2016].

A differenza della disciplina sulle associazioni tra avvocati, che espressamente affronta il punto [art. 4¹⁰, l. n. 247/2012], quella sulla società tra avvocati e tra professionisti in generale trascura di chiarire se le s.t.a. o s.t.p. si qualificano imprenditori commerciali, onde risultare sottoposte alle procedure concorsuali. La mancanza di una espressa esenzione, come quella prevista per le società agricole e per le associazioni tra avvocati, rende incerto se, quanto meno, le società tra professionisti o le società tra avvocati che integrino i requisiti dimensionali richiesti dalla legge [art. 2¹, lett. d) c.c.i.] possano essere sottoposte alle procedure concorsuali degli imprenditori commerciali.

45. Società tra professionisti, trattamento previdenziale e procedure concorsuali

2. Quale società scegliere?

Chiarito cosa sono e a che servono le società, resta ora da spiegare perché l'ordinamento ne proponga vari tipi e di varie classi: di persone (società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice), di capitali (società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, a responsabilità limitata semplificata), e mutualistiche (società cooperative, di mutua assicurazione, di mutuo soccorso).

La domanda cui tenteremo di dare risposta è dunque: quale società scegliere? Anche in questo caso è preferibile anticipare la risposta e, in seguito, dare ad essa compiuta spiegazione.

La scelta su quale società costituire dipende da molte valutazioni rimesse ai fondatori. Anzitutto, occorre verificare quale tipo di attività economica i fondatori intendano svolgere: se si tratta di attività non commerciale, può essere adot-

tato qualunque tipo societario, di persone, di capitali e cooperative; se si tratta di attività commerciale, non è consentito adottare il solo modello della società semplice (I.2.1.). Il secondo quesito che i fondatori debbono porsi è relativo allo scopo ultimo a loro comune (scopo associativo) per il quale hanno interesse alla costituzione di una società. Se tale scopo è lucrativo – i soci, cioè, mirano a dividersi gli utili che proverranno dall'esercizio dell'attività economica della società – può essere adottata qualunque forma societaria di persone o di capitali, ma non una forma di società mutualistica. Se lo scopo è mutualistico, può essere adottato solo il modello della cooperativa, e inoltre: quello della società di mutua assicurazione, se l'attività è assicurativa, o quello della società di mutuo soccorso, se l'attività rientra in quelle che questo tipo può svolgere (IV.5.4.). Se lo scopo è consortile, può essere adottato qualunque modello, di persone, di capitali e cooperative, a eccezione della società semplice. Si parla in tutti questi casi di scopi associativi egoistici (I.2.2.). Le società, infatti, tradizionalmente, non sono atte a soddisfare scopi ideali o altruistici, per i quali l'ordinamento prevede l'impiego di associazioni e fondazioni. È da tempo, tuttavia, che ci si chiede se le società possano essere impiegate anche per scopi non egoistici, e in particolare se i soci possano abdicare allo scopo lucrativo. La risposta è ormai affermativa: è stato infatti definitivamente consentito di adottare anche modelli societari – di persone, di capitali e cooperative – per l'esercizio di imprese sociali. Le società che esercitano imprese sociali, pur se per forma lucrative o mutualistiche, devono essere dichiarate per statuto prive dello scopo di lucro. Ancor più di recente, è stato ammesso di combinare scopo egoistico e scopo ideale, con prevalenza del primo, costituendo una società benefit (I.2.3.).

Definito il tipo di attività e lo scopo associativo, ai fondatori si presenta comunque una pluralità di opzioni, risultando disponibili una serie di tipi societari tutti astrattamente idonei a soddisfare il loro interesse. Per meglio orientarsi, gli stessi devono considerare ulteriori elementi di valutazione. Anzitutto, la *propensione al rischio dei soci*: alcuni modelli, pur comportando la responsabilità illimitata dei soci amministratori, consentono ai soci non amministratori di limitare la responsabilità al conferimento (società semplice, in accomandita semplice); altri modelli, pur se a fronte di alcuni maggiori costi e limitazioni, consentono la responsabilità limitata di tutti i soci (società per azioni, a responsabilità limitata, ordinaria e semplificata, cooperativa e di mutua assicurazione) (I.2.4.). In secondo luogo, *l'organizzazione dell'attività* (c.d. *corporate governance*): alcuni modelli consentono ai soci, in tale qualità, di amministrare la società (società di persone), altri modelli, a fronte di maggiori costi, prevedono invece un'organizzazione complessa (società di capitali e cooperative), con un riparto tra più organi: oltre all'assemblea, anche l'organo amministrativo e, alle volte, quello di controllo (I.2.5.). In terzo luogo, *l'apertura al mercato dei capitali*: tradizionalmente solo le società che emettono azioni possono ricorrere al mercato dei capitali, di rischio o di credito; più di recente, forme di apertura al mercato sono state permesse anche alle società a responsabilità limitata, specialmente se *start-up* innovative o PMI. Se si adotta un modello personalistico, invece, il ricorso al mercato dei capitali è precluso. Anche le società mutualistiche, pur se emittenti azioni, hanno limitato ricorso al mercato dei capitali (I.2.6.).