

Gli imprenditori e le società nel sistema economico

diretto da Maurizio Irrera

M.S. Catalano

M. Di Sarli

E. Fregonara

G. Garesio

M. Irrera

A. Monteverde

G.A. Policaro

I. Pollastro

L. Quattrocchio

B.M. Scarabelli



Giappichelli

AUTORI

MARCO SERGIO CATALANO, Dottore di ricerca in diritto processuale civile, Università di Milano.

MARIA DI SARLI, Associata di diritto commerciale, Università di Torino.

ELENA FREGONARA, Associata di diritto commerciale, Università del Piemonte Orientale.

GIULIA GAREGIO, Dottoressa di ricerca in diritto commerciale, Università di Torino.

MAURIZIO IRRERA, Ordinario di diritto commerciale, Università di Torino.

ALESSANDRO MONTEVERDE, Ricercatore di diritto commerciale, Università del Piemonte Orientale.

GIUSEPPE ANTONIO POLICARO, Associato di diritto commerciale, Università di Torino.

IRENE POLLASTRO, Ricercatrice a t.d. di diritto commerciale, Università di Torino.

LUCIANO QUATTROCCHIO, Ricercatore di diritto dell'economia, Università di Torino.

BIANCA MARIA SCARABELLI, Dottoranda di ricerca in diritto commerciale, Università Bocconi.

PREFAZIONE

Quando ci si appresta a dare alle stampe un nuovo (l'ennesimo?) *Manuale* si cerca sempre di fornire una ragione (una giustificazione?) sufficiente a rispondere adeguatamente alla domanda che sorge spontanea: ce ne era proprio bisogno?

Nel nostro caso, aldilà della garbata, ma pressante insistenza dell'Editore, che ha sollecitato l'ego del curatore, c'era e c'è il desiderio di creare un "prodotto" rivolto soprattutto, ma non solo, agli studenti di quella che una volta, per intendersi, era la vecchia Facoltà di Economia.

Tutti gli Autori, ad eccezione di uno, hanno una più o meno lunga esperienza didattica soprattutto, se non esclusivamente, nei corsi di laurea nelle classi di economia o di economia aziendale. In tali contesti il diritto commerciale, da un lato, rappresenta una delle più importanti (se non la più importante) materia giuridica; dall'altro, si trova spesso ad essere "compressa" dalle altre materie: quelle economiche, quantitative, economico-aziendali. Gli studenti sono intellettualmente curiosi ed aperti, ma inevitabilmente con un differente *background* culturale rispetto ai loro colleghi di giurisprudenza. Le questioni che pongono, gli interessi che manifestano, il mondo del lavoro a cui guardano è diverso.

L'obiettivo che questo *Manuale* si pone è quello di gettare uno sguardo, laddove possibile, alle numerose intersezioni che il diritto commerciale ha con molte altre scienze, per collocare la materia in modo più armonico tra tutte le altre.

Saranno gli studenti (oltre ai colleghi che lo vorranno adottare) a giudicare il risultato.

Un grazie sentito a tutti gli autori che hanno accettato la sfida e a cui sono legato da un lungo sodalizio scientifico, oltre che da amicizia e stima, e che hanno sopportato con pazienza le mie incursioni tese a dare, se possibile, uniformità al lavoro, pur nella pluralità delle voci.

Nel testo l'impiego dei rinvii è abbondante: l'intento è favorire lo studente nelle sue fatiche. Il Volume è accompagnato da un ampio apparato di *slides* (in formato elettronico) che ci auguriamo possano essere un efficace supporto didattico.

Un grazie particolare al mio Maestro, Oreste Cagnasso, che mi ha fatto l'onore della *Presentazione*, e, *last but not least*, ad Elena Fregonara e ad Irene Pollastro che mi hanno aiutato, non poco, nel lavoro di coordinamento.

Torino, luglio 2023

Maurizio Irrera

PRESENTAZIONE

Chi si accosta al diritto commerciale incontra subito alcune norme che contengono definizioni con un rilievo fondamentale all'interno di tale disciplina. Così l'art. 2082 c.c., relativo all'imprenditore; l'art. 2135 c.c., concernente l'imprenditore agricolo; l'art. 2195 c.c., quello commerciale; l'art. 2555 c.c., la nozione di azienda. Inoltrandosi nell'ambito del diritto commerciale, dopo il primo settore concernente l'imprenditore e l'impresa, ne incontra un ulteriore, dedicato alle società, che si apre appunto con la definizione, contenuta nell'art. 2247 c.c., del contratto di società.

Si tratta di termini utilizzati anche nel linguaggio comune; si tratta soprattutto di termini utilizzati dalle discipline economiche ed aziendalistiche. Ogni trattazione dedicata al diritto commerciale avverte il lettore che, a parte gli evidenti collegamenti, un conto è, ad esempio, la definizione di imprenditore nell'ambito delle scienze economiche, un conto è quella nel contesto delle scienze giuridiche e ciò non tanto e non solo per le differenze tra l'una e l'altra, ma soprattutto e principalmente per la loro diversa finalità: le definizioni utilizzate dalle scienze economiche hanno una funzione descrittiva della realtà; quelle introdotte dal legislatore (o almeno quelle ora richiamate) hanno lo scopo di delineare una fattispecie e cioè di definire l'ambito di applicazione di una certa disciplina. Non è compito del legislatore descrivere chi sia l'imprenditore, ma è compito del legislatore, costruita una certa disciplina, individuarne l'area di estensione. Così la nozione di imprenditore è rilevante per l'applicazione di un complesso di norme e, quando si tratti di imprenditore agricolo o di imprenditore commerciale, a tale complesso si aggiungono ulteriori disposizioni. E così la nozione di azienda assume rilievo per l'applicazione di una certa disciplina che concerne la sua circolazione. E così ancora la definizione della società e del contratto di società rileva ai fini dell'applicazione di un articolato insieme di regole che costituisce appunto il diritto delle società.

Nell'interpretare le norme che contengono le definizioni ora richiamate, un criterio guida fondamentale è costituito dalla coerenza nel ricostruirne la portata con la relativa disciplina. Le regole concernenti l'imprenditore, nelle loro varie componenti, si riferiscono al mercato e quindi necessariamente ha senso applicarle solo a quegli imprenditori che operano sul mercato o nella logica del mercato. Come illustra Giulia Garesio, non è imprenditore dal punto di vista giuridico, anche se svolge un'attività produttiva di beni o di servizi, chi opera per conto proprio e cioè utilizza i beni o i servizi prodotti solo per le esigenze sue personali o della sua famiglia e quindi senza mai offrirli sul mercato. Così ancora non è imprenditore, anche su tale profilo si sofferma Giulia Garesio, chi svolge un'attività economica al fine di erogare beni o servizi e quindi in via programmatica in perdita. Anche in questo caso si tratta di un operatore che si pone al di fuori della logica del mercato.

Se si accolgono queste riflessioni, l'impressione è che il discorso sia tutto all'interno del sistema giuridico. Infatti, si tratta di definizioni autonome di termini anche utilizzati dalle scienze economiche e di loro interpretazione alla luce delle norme che contengono la disciplina. Ma sarebbe un'impressione completamente errone. Infatti, le regole concernenti l'imprenditore e l'impresa, da un lato, e le società, dall'altro, sono strettamente collegate alla realtà economica. Il legislatore prende le mosse proprio da quest'ultima per dettare norme che, a seconda dei casi, la favoriscano, la regolino, la descrivano. Esiste una stretta necessaria correlazione tra diritto commerciale ed economia, tanto è vero che, a volte, tale disciplina è descritta con la formula diritto privato dell'economia.

In questa prospettiva è stato impostato e coordinato da Maurizio Irrera il *Manuale* che viene presentato e in questa prospettiva si sono mossi tutti gli Autori. Quest'ultima rappresenta, a mio avviso, la chiave fondamentale di lettura dell'Opera.

La dimostrazione di tale affermazione è facile da dare tenendo conto dell'attenzione che è stata dedicata a tutta una serie di temi e del modo con cui sono stati trattati. Si possono ricordare al proposito, per formulare qualche esemplificazione, le pagine dedicate da Maria Di Sarli all'azienda ed alle operazioni sul capitale e straordinarie, sempre attente ai risvolti economico-aziendali. Così l'attenzione, dedicata da Giuseppe A. Policaro, al valore economico dei marchi; ai sistemi di rendicontazione nelle società di persone, illustrati da Elena Fregonara; al bilancio di esercizio e consolidato nel capitolo scritto da Luciano Quattrocchio; ai temi relativi all'esercizio dell'attività economica e quindi alla gestione dell'impresa ed alla *governance* nelle società di capitali: Maurizio Irrera e Bianca Maria Scarabelli si occupano, infatti, con ampiezza degli amministratori; Luciano Quattrocchio del controllo; Alessandro Monteverde dei finanziamenti. Sono poi presenti trattazioni specificamente dedicate a profili economici, come, ad esempio, l'illustrazione delle ragioni economiche delle scelte degli operatori tra i vari tipi di società, che conclude il capitolo scritto da Elena Fregonara sulla nozione di società e la classificazione dei tipi sociali. Così ancora le pagine dedicate da Irene Pollastro, in apertura della sezione relativa alle società per azioni, che illustra la disciplina nella prospettiva dell'analisi economica del diritto.

Stretta correlazione tra diritto commerciale ed economia che comporta anche ovviamente non solo una particolare attenzione tra le due realtà, ma anche tra le due rispettive discipline in una prospettiva di multidisciplinarietà. Prospettiva che si riscontra anche in altri ambiti e rappresenta un carattere proprio dell'Opera.

Così l'attenzione dedicata al diritto tributario, si vedano al proposito il tema delle società immobiliari e il riscontro effettuato da Elena Fregonara ai profili tributari, che oggi diventano fondamentali per ricostruire l'istituto anche dal punto di vista del diritto commerciale.

Una novità molto rilevante ed interessante, soprattutto per gli studenti dei Dipartimenti nati dall'ex Facoltà di Economia, è la parte finale dell'Opera dedicata ad una sintetica, ma efficace, trattazione dei profili processuali. Marco Sergio Catalano si occupa in due distinti capitoli del processo ordinario e dell'arbitrato societario. Anche sotto questo profilo la multidisciplinarietà rappresenta un contributo rilevante e necessario al fine di comprendere tanti istituti fondamentali del diritto commerciale. Si pensi, come

esempi immediati, all'invalidità delle delibere assembleari, alle azioni di responsabilità, alla denuncia al Tribunale di gravi irregolarità. Ed oggi, è appena il caso di sottolinearlo, la procedura arbitrale assume, proprio in particolare nell'ambito del diritto commerciale, un'importanza sempre maggiore.

Nell'*Introduzione* Maurizio Irrera delinea una bellissima immagine che fa riferimento alle tracce luminose nella "volta celeste" del diritto commerciale ed al costante attraversamento di corpi con proprie traiettorie: a volte si spengono, a volte diventano più luminosi, altre volte si spengono poi si riaccendono, altre volte ancora percorrono orbite non rettilinee. Sicuramente è un'immagine molto efficace di un diritto in continua evoluzione proprio perché la realtà economica e sociale è in continua modificazione. L'augurio è che il cielo sia quanto più possibile sereno. La certezza è che sotto quel cielo non possono stare da soli gli studiosi di diritto commerciale.

Oreste Cagnasso

INTRODUZIONE

IL DIRITTO COMMERCIALE TRA CORPI CELESTI E SCIE LUMINOSE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La traiettoria dell'attività di intermediazione nello scambio di beni e servizi, dalla genesi del diritto commerciale ai giorni nostri. – 3. La parabola evolutiva delle fonti del diritto commerciale. Il paradigma della disciplina del bilancio. – 4. Attività produttiva e scopo di lucro nel panorama del diritto commerciale. – 5. Contrattualismo ed istituzionalismo: vecchie e nuove contrapposizioni. – 6. La *public company* e le sue trasformazioni nel tempo. – 7. Il passaggio dai mercati regolamentati ai fondi di investimento: nuove tendenze nel diritto societario. – 8. La responsabilità limitata, da privilegio a requisito indefettibile delle società di capitali. – 9. Funzioni vincolistica e organizzativa del capitale sociale. – 10. Dal principio "un'azione, un voto" al voto plurimo e al voto maggiorato. – 11. La pluralità di soci come requisito (non più) essenziale per la costituzione di società. – 12. Il passaggio della sovranità della società dall'assemblea all'organo di gestione. – 13. Profili di interdisciplinarietà del diritto commerciale.

1. Premessa.

Con una buona dose di fantasia, possiamo immaginare il diritto commerciale come una sfera celeste costantemente solcata da corpi luminosi, che seguono traiettorie talvolta non regolari e lasciano scie di intensità variabile, a seconda del tempo e del punto di osservazione; talora la loro luce si affievolisce sino quasi a scomparire, per poi tornare a brillare d'improvviso. Ed all'osservatore non resta che provare a comprendere le evoluzioni di tali astri, sia per delineare uno sguardo d'insieme del panorama odierno, sia per tentare di decodificare e anticipare i futuri mutamenti.

2. La traiettoria dell'attività di intermediazione nello scambio di beni e servizi, dalla genesi del diritto commerciale ai giorni nostri.

Il primo corpo luminoso ad attraversare la nostra immaginaria volta celeste è proprio quello che dà il nome alla nostra branca di studi, ossia il commercio, inteso come attività di intermediazione nello scambio di prodotti.

Come noto, tradizionalmente le origini del diritto commerciale si fanno risalire all'epoca dei Comuni, in parallelo con l'affermarsi del ceto mercantile quale classe egemone della vita sociale e politica del tempo. Sino ad allora, infatti, il mercante era colui che si spostava di luogo in luogo per vendere i beni; con lo sviluppo dei Comuni

– e, anzi, quale forza propulsiva di tale sviluppo – il mercante tende a divenire, per così dire, “stanziale”, collocando la propria attività all’interno di talune realtà comunali, ed in particolare di quelle ubicate in prossimità di luoghi strategici per gli scambi commerciali. Insieme alla stabilizzazione, va sostanzialmente di pari passo la costituzione di corporazioni mercantili che, nel tempo, assurgono a ruoli sempre più importanti nella guida politica dei singoli Comuni (l’esempio di Venezia, in questo senso, è eclatante). Al contempo, il panorama giuridico in cui si trovavano ad operare i mercanti era estremamente frammentario, essendo costituito, per un verso, da una molteplicità di soggetti muniti di giurisdizione e, per altro verso, da un nucleo di principi che affondavano le proprie radici nello *ius commune* – di matrice romanistica – e nello *ius canonicum* – dettato dalla Chiesa cattolica – su cui peraltro si innestavano usi, consuetudini e norme locali, fra loro differenti. Evidentemente, le ragioni di certezza e speditezza degli scambi commerciali mal sopportavano un sistema normativo tanto complicato. Si impose, quindi, una forma di diritto propria del ceto mercantile, la *lex mercatoria*, le cui caratteristiche salienti erano l’autonomia e l’universalità: essa, infatti, si applicava a tutti i rapporti, anche transnazionali, di cui fosse parte un componente del ceto mercantile, il quale ceto era altresì munito di propria ed autonoma giurisdizione.

È in questo periodo che rifulge maggiormente la luce della figura del commerciante, tant’è vero che – ancora oggi – la branca che riguarda la disciplina dell’organizzazione dell’attività produttiva e degli scambi di mercato viene denominata “diritto commerciale”.

Sin da principio, la *lex mercatoria* si è caratterizzata per un ampio grado di flessibilità, dovendo regolare un settore particolarmente dinamico e vivace come quello d’impresa.

Nei secoli successivi all’epoca Comunale, il diritto commerciale cessa di godere della propria autonomia e, con la nascita dei grandi stati nazionali, viene assorbito all’interno della giurisdizione statale, che vede nell’attività economica un importante strumento di espansione del proprio potere e della propria influenza. Gradatamente, esso smette di essere il diritto proprio del ceto mercantile, ma diviene la disciplina applicabile a chiunque compia atti di commercio.

Con il venir meno della specialità della figura del mercante, la cui luce inizia ad affievolirsi, il *focus* del diritto commerciale si sposta sul proprio oggetto, ossia lo svolgimento dell’attività economica. La Rivoluzione Industriale è emblematica di tale passaggio: il vero motore di sviluppo dell’economia è dato dal processo di realizzazione dei prodotti; il che porta alla ribalta le categorie degli industriali e dei banchieri, i primi in quanto forza trainante dello sviluppo economico, i secondi in quanto funzionali alla crescita dell’attività di impresa. La preminenza del settore della produzione di beni, peraltro, è rimasta sostanzialmente invariata sin quasi alla fine del secolo scorso. Nei primi anni Novanta, infatti, fra le dieci imprese maggiormente capitalizzate al mondo, la maggior parte era costituita da realtà manifatturiere.

Il quadro, tuttavia, è in rapido mutamento. Da un lato, la grande distribuzione organizzata (la cosiddetta GDO) si è diffusa a macchia d’olio riportando al centro del palcoscenico l’intermediazione di prodotti come all’origine, a danno sia di molte attività produttive costrette a sottostare ai *diktat* della GDO, sia del tradizionale mondo del commercio di prossimità. Dall’altro lato, i rapidi, e per certo versi imprevedibili, progressi che hanno connotato – e tuttora connotano – l’era digitale hanno ulteriormente restituito fulgore alla figura del commerciante, che oggi non è più rappresentato dal

mercante che si sposta di luogo in luogo per vendere la propria mercanzia, ma assume le sembianze dei grandi portali di *e-commerce* e, più in generale, dei servizi di intermediazione nello scambio, sia di merci (e qui il pensiero corre immediatamente a realtà come *Amazon* o *Alibaba*), sia di servizi: a riguardo, non si può sottacere il ruolo di impulso, a livello globale, che i portali di prenotazione di servizi alberghieri e di appartamenti privati (ad es. *Booking* e *AirBnB*) hanno avuto in relazione a realtà commerciali che – tolte le grandi catene alberghiere – in precedenza avevano sviluppo prevalentemente locale. Così come, passando ad altro settore di servizi, è sotto gli occhi di tutti il ruolo via via crescente assunto dai *broker* nel mondo assicurativo.

Non è dunque un caso che, oggi, fra le aziende più capitalizzate del mondo figurino *Amazon*, *Alphabet (Google)* e *Meta*; e che ai primi posti risiedano stabilmente due storiche imprese della *new economy* – ossia *Microsoft* e *Apple* – che, pur avendo un forte comparto produttivo, devono la propria ricchezza anche e soprattutto alle loro piattaforme di servizi.

3. La parabola evolutiva delle fonti del diritto commerciale. Il paradigma della disciplina del bilancio.

La parabola della figura del commerciante può essere impiegata per leggere, in controtuce, anche l'evoluzione delle fonti normative del diritto commerciale.

Si è veduto, infatti, che il nucleo fondante della *lex mercatoria* era costituito, per un verso, dalle prassi mercantili e, per altro verso, dalle norme organizzative delle singole corporazioni, le quali derogavano dai principi di diritto comune, dando luogo ad un sistema giuridico autonomo, le cui regole provenivano dagli stessi soggetti che le dovevano applicare.

Il quadro muta nel XVI-XVII secolo, con la nascita degli Stati nazionali e la conseguente statalizzazione del diritto commerciale, che – pur continuando a godere di uno *status* di specialità rispetto al diritto comune – cessa progressivamente di essere prodotto dalla classe mercantile, passando sotto la pressoché esclusiva regolamentazione statale. Con la costituzione e lo sviluppo delle principali organizzazioni internazionali, inoltre, la materia smette di essere disciplinata esclusivamente dallo Stato, per essere regolata a livello sovranazionale (si pensi, ad esempio, all'influenza crescente e determinante che i Regolamenti e le Direttive dell'Unione Europea esercitano sul diritto commerciale italiano).

La fonte primaria del diritto commerciale, in altri termini, diviene la legge, mentre alla consuetudine viene affidata una funzione meramente integrativa.

La luce dell'autonomia ordinamentale, che illuminava l'origine del diritto commerciale, è andata via via affievolendosi con l'assorbimento della potestà regolamentare da parte dello Stato e delle organizzazioni internazionali di cui esso fa parte. Ma non si è definitivamente spenta; anzi, negli ultimi anni l'importanza della *c.d. soft law* è tornata a brillare, complici le crescenti complessità e settorializzazioni del diritto commerciale.

E così, ad esempio, accanto alle norme legislative, che assumono il ruolo di cornice generale, la disciplina delle società, soprattutto delle *quoted*, è arricchita, in primo lu-

go, dalle norme e dagli orientamenti provenienti dall’Autorità di Vigilanza unionale (*European Securities and Market Authority*); e, in secondo luogo, da regole organizzative e comportamentali che, similmente alla *lex mercatoria*, provengono direttamente dai soggetti a cui sono destinate: si pensi, ad esempio, al Codice di *Corporate Governance* (già Codice di autodisciplina), o alle *Norme di comportamento del collegio sindacale* dettate dall’Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili.

Analogamente, nel settore bancario e finanziario, un ruolo sempre più determinante assumono gli orientamenti e le raccomandazioni delle Autorità di Vigilanza italiane ed europee, ossia Banca d’Italia ed *European Banking Authority*; o, ancora, gli indirizzi provenienti dalla Banca Centrale Europea e dalla Banca d’Italia.

Ma, più di tutte, è la disciplina del bilancio ad essere emblematica dell’oscillazione fra principi di *soft law* e norme di legge. Sino alla promulgazione del Codice civile, infatti, il legislatore si era pressoché disinteressato di regolare contenuto e forma del bilancio di esercizio, rinviando integralmente alla tecnica contabile. Ancora nel Codice di commercio del 1882 si prevedeva esclusivamente che lo statuto o l’atto costitutivo dovessero indicare le norme di redazione del bilancio, la cui concreta predisposizione era peraltro integralmente rimessa agli amministratori, sulla base dei principi contabili applicabili. Con l’emanazione del Codice civile vi è stata una netta inversione di tendenza: i criteri di redazione del bilancio, lungi dall’essere rimessi alla scelta degli amministratori, vengono dettati inderogabilmente dalla legge, mentre ai principi contabili resta solo il compito di chiarire le fonti legislative. Dunque, nel disegno legislativo originario era chiara la primazia delle norme legislative rispetto a quelle tecniche.

Sotto l’influenza dei Regolamenti e delle Direttive dell’Unione Europea, il quadro normativo è stato a più riprese modificato ed arricchito. Ma, proprio le disposizioni unionali hanno riaffermato la centralità dei principi contabili, che oggi rappresentano i criteri legali di redazione del bilancio consolidato delle società rivolte al mercato degli investitori e di quelle vigilate (e che peraltro applicabili facoltativamente anche alle altre tipologie di società). In altri termini, i principi contabili, lungi dall’aver la mera funzione integrativa prevista inizialmente dal Codice civile, hanno subito *in subiecta materia* un vero e proprio processo di “legificazione”, passando dall’essere mere regole tecniche contabili a disposizioni di rango primario.

4. Attività produttiva e scopo di lucro nel panorama del diritto commerciale.

Vi è un altro principio che, nato come “stella polare” dell’attività d’impresa, si sta lentamente consumando, sì da perdere parzialmente il proprio ruolo di guida per l’operatore: si tratta dello scopo di lucro che, da elemento tradizionalmente ritenuto coesenziale all’impresa è ora solo uno degli elementi – peraltro non sempre presente – che ne connotano l’esercizio.

È risaputo che, allorché si parla di “scopo di lucro” dell’impresa, ci si riferisce, in senso ampio, all’obiettivo di ottenere un guadagno – dato dalla differenza positiva fra i ricavi e i costi – attraverso l’esercizio di un’attività economica. Il che, come noto, rap-

presenta solo una faccia dello scopo di lucro – ossia il lucro oggettivo – che evidentemente resta centrale nell’attività di impresa, non potendosi concepire la conduzione di un’attività in condizioni di squilibrio economico. Ma, come chiarito per le società dall’art. 2247 c.c., vi è anche la componente soggettiva dello scopo di lucro, consistente nella finalità di dividere gli utili ricavati dall’esercizio dell’attività commerciale. Difatti, nell’impianto del codice la disciplina delle società prive di scopo di lucro è integralmente racchiusa nella fattispecie residuale della società semplice, mentre è stata prevista una regolamentazione *ad hoc* per quei tipi sociali, come le cooperative, in cui può essere assente il lucro oggettivo; o, ancora, come le società consortili, destinate a perseguire lo scopo consortile che, diversamente da quello lucrativo, non implica la realizzazione di attività economiche, ma postula la creazione di un’organizzazione comune per lo svolgimento dell’attività delle imprese socie.

Soprattutto negli ultimi anni, peraltro, le figure dell’impresa e delle società si sono arricchite di nuove sotto-categorie, le quali stanno minando la centralità dello scopo di lucro, rendendolo non più la componente essenziale dell’impresa, ma solo uno dei suoi elementi.

Un primo esempio è rappresentato dalle c.d. società *benefit*, introdotte in Italia – prima fra gli Stati europei – nel 2016, le quali, accanto allo scopo di lucro, devono perseguire una o più finalità di beneficio comune, operando in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti dei terzi e dell’ambiente.

Ancor più distanti dal tradizionale modello lucrativo sono, poi, le imprese sociali, oggi disciplinate dal Codice del terzo settore, che annovera sotto tale definizione tutti gli enti privati – ivi incluse le società costituite come società commerciali – che esercitano in via stabile e principale un’attività d’impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività.

Da ultimo, l’emergere prepotente delle tematiche legate alla sostenibilità dell’attività d’impresa fa sì che, necessariamente, anche per le imprese lucrative, il perseguimento del profitto non possa ormai essere disgiunto da una valutazione sull’impatto sociale ed ambientale dell’attività imprenditoriale.

Non si può sostenere – come pure era stato affermato tempo addietro da autorevole dottrina – che vi sia un “tramonto” dello scopo di lucro; è tuttavia certo che il modello imprenditoriale, e in particolare quello dell’impresa collettiva, oggi, non ha più esclusivamente tale finalità, ma deve essere considerato alla stregua di un modello organizzativo utilizzabile per il conseguimento di svariati obiettivi, anche disgiunti dal conseguimento di utili da distribuire.

Tra tali obiettivi è oggi ammesso, dopo lungo dibattito, anche il mero godimento di beni, senza lo svolgimento di attività economica. Come noto, si reputa tradizionalmente che l’attività economica debba consistere nella produzione di beni o servizi. Secondo un consolidato orientamento, da ciò conseguiva che non potesse rientrare nello schema societario la semplice attività di godimento di beni immobili non impiegati per lo svolgimento di attività produttive, che avrebbero dovuto essere regolate dalle norme sulla comunione. Tale regola peraltro è stata messa in discussione a seguito di alcune disposizioni di carattere tributario che hanno consentito la trasformazione di società com-

merciali in società semplici di mero godimento: si è, infatti, osservato che ammettere la sussistenza di tali società a seguito di trasformazione postulerebbe la possibilità di costituire *ab origine* società semplici di mero godimento, che pertanto oggi sono pacificamente ammesse.

5. Contrattualismo ed istituzionalismo: vecchie e nuove contrapposizioni.

La galassia del diritto societario è particolarmente ricca di corpi da osservare.

Il primo, orbitante intorno allo scopo lucrativo, è il pianeta del contrattualismo, il cui ecosistema – come vedremo – è stato influenzato dalle modificazioni che hanno interessato lo scopo di lucro, venandosi con alcune tracce di istituzionalismo.

Fuor di metafora, allorché si parla di “contrattualismo” e di “istituzionalismo”, si dibatte, come noto, intorno alla finalità che devono perseguire gli amministratori di società per azioni. Per la tesi contrattualista, la gestione della società deve essere improntata esclusivamente a massimizzare il profitto degli azionisti (*shareholderism*); per quella istituzionalista, gli organi gestori hanno il dovere di coniugare il profitto con il perseguimento di finalità sociali, a beneficio di tutti i soggetti, anche diversi dagli azionisti, che siano coinvolti dall’attività di impresa, come ad es. i lavoratori, ma anche i terzi costretti a subire le esternalità negative – quali le immissioni nocive – derivanti dall’esercizio dell’azienda (*stakeholderism*).

Si tratta, peraltro, di categorie che non possono essere nettamente contrapposte, giacché non è possibile escludere che, talora, la scelta di politiche sostenibili sia anche quella maggiormente profittevole; così come è pacificamente possibile, anche per i sostenitori del contrattualismo, che gli amministratori perseguano obiettivi di sostenibilità che, pur non garantendo nel breve termine il massimo profitto, siano idonei ad assicurarlo nel futuro (anche in considerazione del maggior credito goduto nei confronti dei consumatori proprio in forza dell’adozione di sistemi produttivi orientati alla sostenibilità).

Ad ogni buon conto, sino alla caduta del Muro di Berlino, l’adesione all’una o all’altra tesi era marcatamente influenzata dal dibattito ideologico fra sostenitori del capitalismo liberale, che aderivano alla corrente del contrattualismo, e fautori delle teorie dirigistiche, che invece propugnavano la tesi istituzionalista. Con la caduta del Muro e il definitivo affermarsi del modello economico capitalista, è divenuto predominante l’orientamento contrattualista, sino agli eccessi della Scuola di Chicago. Non vi era perciò nessuno – se non sparute voci dissonanti – a dubitare che l’obbligo degli amministratori fosse solo quello di assicurare il massimo profitto possibile agli azionisti. Tuttavia, in tempi relativamente recenti, l’imporsi in seno al dibattito pubblico delle tematiche di sostenibilità ambientale e sociale si è riverberato anche sulla gestione delle società, in coerenza con l’affievolirsi dello scopo di lucro quale unico criterio fondante dell’attività di impresa. D’improvviso, l’integrazione dei fattori ESG (*Environmental, Social and Governance*) nel processo organizzativo e decisionale della società è divenuta centrale, almeno nelle intenzioni.

Sul piano legislativo, infatti, non vi è stata una vera e propria spinta verso lo *stakeholderism*, bensì alcuni limitati interventi dal contenuto più programmatico-esortativo

che imperativo, se si eccettuano le norme che impongono il rispetto delle quote di genere nelle società quotate e vigilate.

In primo luogo, con il recepimento della c.d. Direttiva NFRD (Dir. 34/2013/UE), è stato imposto agli enti di interesse pubblico e alle società quotate con più di cinquecento dipendenti (e un bilancio consolidato con attivo patrimoniale superiore a ventimila euro o ricavi superiori a quarantamila euro) di integrare la documentazione di bilancio con la *Dichiarazione Non Finanziaria*, peraltro rilasciabile su base volontaria anche dalle società escluse dall'ambito applicativo della norma. Si tratta, in sintesi, di un documento atto a illustrare i risultati ottenuti dalla società per gestire in modo efficace le tematiche ambientali, sociali ed etiche connesse all'attività imprenditoriale.

La “nuova” Direttiva CSRD (Dir. 2464/2022/UE), in corso di recepimento, per un verso, ha sostituito la locuzione “*Dichiarazione Non Finanziaria*” con quella di “*Informazioni sulla Sostenibilità*”, precisando che tali informazioni debbano essere inserite nella relazione finanziaria annuale (e dimostrando così di ritenere che le tematiche ESG debbano riflettersi sotto il profilo finanziario dell'impresa); per altro verso, ha ampliato il novero delle società tenute a rilasciare le *Informazioni sulla Sostenibilità*.

Entrambi gli interventi, tuttavia, non hanno imposto alle imprese specifici doveri in materia di sostenibilità, che pertanto non potrà certo dirsi obbligata a perseguire finalità socio-ambientali nell'ambito dell'esercizio dell'impresa. Nondimeno, gli obblighi di trasparenza in merito alle politiche ESG (soprattutto in un contesto in cui nell'opinione pubblica è alta la sensibilità su tali tematiche) possono indurre le società ad attuare scelte sostenibili – ancorché nell'immediato meno profittevoli – al fine di guadagnare, anche nel lungo periodo, maggiore fiducia nella platea dei consumatori.

Qualche passo più deciso verso l'obbligo di attuazione di politiche sostenibili sembra essere stato compiuto dalla proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, adottata nel febbraio 2022 dalla Commissione Europea. Tale provvedimento prevede che le grandi società quelle ad alto impatto che appartengano o operino sul territorio dell'Unione Europea (si tratta di imprese che superino determinati limiti dimensionali e operino, ad esempio, nel settore tessile, agricolo, silvicolo, minerario, ecc.), siano obbligate a individuare i rischi ed evitare o contenere gli effetti negativi delle loro attività sui diritti umani e sull'ambiente.

Sul piano della disciplina interna, e per quanto nei limiti di una *soft law* applicabile su base volontaristica, il Codice di *Corporate Governance* detta una disciplina più incisiva per le società quotate, fissando e declinando il principio di successo sostenibile, il quale consiste nella creazione di valore a lungo termine, a beneficio degli azionisti, ma tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti nell'esercizio dell'impresa. Viene previsto, infatti, che l'organo amministrativo debba perseguire il successo sostenibile, e che i piani industriali e le politiche di remunerazione siano orientati anche a tal fine. Le modalità di perseguimento del successo sostenibile, peraltro, sono rimesse alla discrezionalità del *management*, il quale eventualmente potrà interpellare l'assemblea, come meglio si vedrà successivamente, al par. 12.