

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE

Il diritto delle società



Terza edizione

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE

Il diritto delle società

aulaweb



1. La nozione di società: contratto e organizzazione nella disciplina delle società

Con il contratto di società «due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili». L'art. 2247, nel definire la nozione di «contratto di società», chiarisce fin da subito che *il contratto di società non coincide con la società*. E ciò non solo perché, almeno per quanto riguarda la società per azioni e la società a responsabilità limitata, la società può essere costituita *per atto unilaterale*, ma anche e soprattutto perché la società è ben più che un contratto: è un'*organizzazione sociale*. Un'organizzazione sociale che, pur svolgendo un ruolo essenziale nelle economie di mercato, è spesso «minima» e, come tale, si compone di un limitato numero di persone i cui *interessi economici* sono a vario titolo coinvolti nell'esercizio dell'attività (si pensi, oltre ai soci, ai creditori sociali e ai lavoratori, categorie che è ormai consueto indicare come *stakeholders*), ma che altre volte raggiunge dimensioni tutt'altro che trascurabili e talora, come è il caso delle imprese multinazionali, compete o concorre con le maggiori organizzazioni politiche nazionali e sovranazionali nel governo complessivo dell'economia.

Il contratto di società

Inoltre la società, a dispetto del nome, non necessariamente costituisce un'organizzazione collettiva: infatti alcuni tipi di società (la s.p.a. e la s.r.l.) possono essere costituiti e svolgere la propria attività in forma unipersonale senza perdere il beneficio della responsabilità limitata che discende dall'adozione di tale modello organizzativo.

Società ed esercizio collettivo dell'impresa

L'essenza della società va dunque colta in qualcosa di più e di diverso rispetto al contratto (o all'atto) dal quale scaturisce. Essa dà vita, infatti, alla costituzione di un patrimonio autonomo rispetto a quello dei singoli soci, non (immediatamente) aggredibile dai loro creditori particolari e destinato in primo luogo a garantire la soddisfazione dei creditori sociali.

Inoltre, tale patrimonio è funzionalmente vincolato all'esercizio di un'attività economica che in genere (anche se non necessariamente, come

si vedrà) presenta i caratteri di un'attività d'impresa e dev'essere gestito secondo criteri volti a massimizzare la ricchezza inizialmente investita e a ripartirne i risultati tra i partecipanti all'iniziativa.

La società è dunque un'espressione figurata del linguaggio giuridico la quale designa uno *speciale regime giuridico della responsabilità del debitore* rispetto alla regola generale dell'art. 2740 e rappresenta uno *speciale modulo di gestione di un patrimonio destinato a uno scopo imprenditoriale* a finalità lucrativa, mutualistica o consortile.

Ciò non significa che la *base contrattuale* (o comunque negoziale) dell'organizzazione non sia anch'essa rilevante; al contrario, essa lo è sia nella fase genetica sia durante la vita della società. Da un lato, infatti, l'applicazione delle regole generali in materia di *contratti plurilaterali con comunione di scopo* offre, in talune situazioni patologiche inerenti alla costituzione della società, soluzioni a problemi che non sono espressamente affrontati e risolti dalla disciplina speciale del singolo «tipo» di società né, per solito, dalla ancora più incompleta regolamentazione contrattuale della fattispecie concreta da parte dei costituenti (si pensi ad esempio alla nullità del contratto di società di persone, che non è disciplinata da alcuna norma specifica e alla quale si ritiene applicabile, in via di supplenza, la disciplina generale in materia di contratti). Dall'altro lato, il richiamo alle norme contrattuali consente sia di *rapportare lo scopo dell'organizzazione all'interesse dei soci*, sia di *dare base normativa al principio di giustizia* nei rapporti interni all'organizzazione, attraverso l'estensione alle società del principio generale – pur non espressamente richiamato dalle disposizioni del libro V in materia di impresa e società – di «buona fede» e «correttezza» nell'esecuzione del contratto.

Ma la prospettiva negoziale coglie, come si è detto, solo una parte del fenomeno. In primo luogo, l'agire in società è un *fatto della realtà* che talora, seppur eccezionalmente, *prescinde dalla espressa volontà delle parti* e al quale, ciò non di meno, l'ordinamento ricollega la piena applicazione della disciplina societaria.

Ne è emblema la c.d. *società apparente* e cioè la società che appare all'esterno come tale pur senza che vi sia tra coloro che agiscono alcuna volontà di essere soci. Qui, malgrado manchi la volontà delle parti, la giurisprudenza riconosce talora l'esistenza di una società (applicando di conseguenza la relativa disciplina) giacché ritiene equo che, in presenza di circostanze idonee a creare colpevolmente un'apparenza di società, le conseguenze negative da essa generate ricadano sui soggetti agenti piuttosto che su coloro che, senza alcun ruolo causale, ne hanno risentito, in prima battuta, gli effetti pregiudizievoli.

Diversa dalla società apparente è invece la *società di fatto* (sulla quale v. XVIII.3). Perché si abbia società di fatto occorre infatti che i co-imprenditori, pur non avendo sottoscritto alcun contratto di società, si siano comunque inizialmente accordati, sia pure verbalmente e in modo anche molto sommario, circa lo svolgimento in comune dell'attività economica al fine di dividerne gli utili. In queste ipotesi l'ordinamento, pur in assenza di un contratto scritto, ricollega al *fatto* dell'esercizio in comune di un'attività economica la disciplina propria delle società in nome collettivo

(o della società semplice, qualora si sia avuto esercizio in fatto di impresa agricola), desumendo la volontà sociale dalla «natura dei fatti», ossia dal comportamento in concreto tenuto dalle parti. Ne segue che, nella normalità dei casi, la società di fatto non è sintomatica dell'assenza di una volontà sociale, ma piuttosto del fatto che può esservi società – almeno nei tipi meno «evoluiti», e cioè quelli a responsabilità illimitata – pur mancando un contratto scritto di società o un dettagliato regolamento negoziale convenuto tra le parti. L'ordinamento non prescrive insomma che il contratto di società, almeno nel caso delle società di persone, abbia forma scritta a pena di nullità e supplisce alle incompletezze contrattuali delle parti. Deve peraltro aggiungersi che allorché si procede alla ricerca della volontà sociale nelle ipotesi concrete di società di fatto, accade talora che la giurisprudenza si accontenti di una mera finzione di volontà, così rendendo nei fatti assai tenue la distinzione, che pur sarebbe teoricamente netta, tra società di fatto (voluta) e società apparente (non voluta).

In secondo luogo, anche a prescindere dalla questione della società apparente e dell'uso, talora non proprio «ortodosso», della categoria concettuale della società di fatto, la prospettiva negoziale non è idonea a rappresentare compiutamente il fenomeno societario, soprattutto perché la società, come forma tipica (seppur non esclusiva) di esercizio collettivo dell'impresa, «trascende» – in prospettiva economica – il contratto, che pur ne è la fonte originaria. Se infatti si guarda ad essa dalla prospettiva cui è pervenuta la più consolidata dottrina economica, si deve riconoscere che l'impresa (individuale e collettiva) trova la propria ragion d'essere proprio nella sostituzione (con un unico ed estremo atto di volontà) dell'organizzazione a quella serie ripetuta di contratti che costituisce invece il mercato. In altre parole l'impresa stabilizza al suo interno, mediante la creazione di un'*organizzazione gerarchica duratura* e soggetta al potere disciplinare di natura privatistica del «capo dell'impresa», una serie di relazioni con i fornitori di capitale e i dipendenti che dovrebbero diversamente essere oggetto di continua negoziazione sul mercato.

Anche la società, qui intesa come forma tipica dell'impresa collettiva, sostituendo il potere gerarchico dell'organizzazione (che pur ha fonte nel contratto costitutivo) al gioco ripetuto dei contratti (di mercato), assolve alla medesima funzione di abbassare sensibilmente i costi di transazione necessari per lo svolgimento dell'attività. Solo un'adeguata considerazione di questo profilo è in grado di spiegare perché parti importanti della disciplina societaria prescindano dalle consuete regole contrattuali e siano invece dirette ad assicurare il buon funzionamento e la conservazione dell'organizzazione. Sono un esempio di discipline del primo tipo quelle che, pur ai fini della modifica o dell'attuazione del contratto, prescindono dal consenso di tutti i soci e si fondano invece sul potere (della maggioranza). Si pensi all'attuazione dello scopo sociale, che è rimessa al potere degli organi sociali, i quali agiscono a loro volta secondo la regola della maggioranza (che è regola tipica di esercizio del potere anche nelle organizzazioni politiche) e non dell'unanimità. Si pensi ancora al fatto che, a differenza di quanto avviene per i contratti disciplinati dal libro IV del codice civile, le modifiche all'organizzazione – che pur assumono la forma della modifica

Il fondamen
economico
societario

Diritto delle
e costi di tra

al contratto sociale – non richiedono necessariamente (e addirittura non è consentito che richiedano, nelle società di capitali) il consenso di tutti i soci, bensì soltanto il consenso di coloro che esercitano il potere nella società, e cioè di coloro che rappresentano la maggioranza (calcolata in genere – nel contesto societario e a differenza di quanto avviene in altre organizzazioni a scopo non lucrativo – in base ai conferimenti e non al numero dei soci). Sono emblematico esempio di disciplina diretta alla conservazione dell'organizzazione, infine, le peculiari norme in tema di nullità del contratto costitutivo delle società di capitali.

2. Autonomia patrimoniale, diritti partecipativi del socio e loro fondamento economico

L'organizzazione societaria è usualmente descritta – come tutte le organizzazioni sociali – come un soggetto giuridico distinto dalle persone fisiche che l'hanno costituita o svolgono una funzione per essa. La contrapposizione linguistica tra persone fisiche che, mediante i loro conferimenti, costituiscono il patrimonio iniziale (che è normativamente descritto come «capitale sociale») e il soggetto che risulta titolare di quel patrimonio e ne è incaricato della gestione economica a fini lucrativi è utile al fine di chiarire nel modo più semplice possibile due importanti concetti che riflettono altrettanti aspetti della disciplina.

1. Innanzitutto, a seguito del conferimento, il socio perde ogni diritto di disposizione inerente ai beni conferiti in società, giacché con l'atto di conferimento egli trasferisce nella disponibilità dell'organizzazione (e ai suoi membri) il diritto di godere e di disporre (nei limiti eventualmente dettati dal contratto) del bene conferito fino allo scioglimento del rapporto sociale, in cambio dell'acquisto, sotto il profilo patrimoniale, di un diritto *pro quota* agli utili che possano prodursi dall'esercizio dell'attività economica.

2. In secondo luogo, il capitale sociale costituito dai conferimenti iniziali dei soci non costituisce che la base patrimoniale iniziale dell'attività economica; esso è destinato tuttavia – fin dal primo momento – ad essere fatto oggetto da parte dell'organizzazione di una gestione dinamica e a modificarsi in aumento e in diminuzione in funzione degli scambi di mercato effettuati dall'organizzazione a vantaggio e a rischio dei soci.

Questa proposizione aiuta a comprendere la fondamentale distinzione tra *società* e *comunione di godimento*. Essa chiarisce infatti che il particolare regime giuridico della società può trovare applicazione solo là dove si abbia un uso dinamico dei beni inizialmente costituenti il capitale sociale e successivamente il patrimonio sociale, cioè un uso degli stessi come fattori per la produzione di nuova ricchezza. Ove ciò non accada, e si abbia invece un uso (sia pure in comune) statico dei beni finalizzato al mero godimento delle utilità che da essi si possono trarre (sicché l'attività comune sia diretta «al solo scopo di godimento» dei beni stessi, come recita l'art. 2248), non si applicano le norme più favorevoli in materia di società, bensì le regole tradizionali in tema di comunione (artt. 1100 ss.).

È il caso della c.d. società di comodo e cioè quella società a cui vengono in genere conferiti beni immobili non perché essi costituiscano lo strumento di un'attività d'impresa, ma perché in tal modo i beni siano posti al riparo dalle pretese dei creditori personali dei soci e la società eserciti su di essi le sole tradizionali prerogative dominicali, limitandosi poi a trasferire il profitto derivante dal godimento dei beni ai soci.

L'utilizzo a fini imprenditoriali della ricchezza investita da parte dei consociati formula una regola di attribuzione dei risultati dell'attività esclusivamente a vantaggio di coloro che hanno conferito il capitale di rischio. Sono questi, infatti, a correre il rischio di impresa, sicché il legislatore ritiene non solo equo, ma anche economicamente efficiente, attribuire a costoro sia il diritto di appropriarsi di quanto residui dall'attività economica una volta pagati i debiti, sia il diritto di decidere in merito all'organizzazione sociale. È evidente che, almeno in linea teorica, le scelte gestionali più efficienti sono da attendersi da quelli tra gli *stakeholders* che rischiano di perdere di più da scelte errate e hanno la più alta aspettativa di guadagno in relazione a scelte che creano valore per il patrimonio investito. Questa scelta regolatoria realizza, naturalmente, anche un'importante aggiudicazione di interessi politici e sociali, giacché attraverso l'allocazione del potere di determinare l'organizzazione sociale si finisce con l'attribuire anche il potere sulla gestione della ricchezza investita e sull'impresa nel suo complesso ad una soltanto delle categorie sociali che contribuiscono all'esercizio dell'attività d'impresa. Si sancisce in altri termini l'egemonia dei «mercanti» – intesi come quella classe imprenditoriale che rischia una frazione del proprio patrimonio personale in iniziative imprenditoriali facendosi dapprima promotrice o comunque attiva organizzatrice dei fattori di produzione necessari per l'esercizio dell'attività e poi gestore dell'attività stessa – sui lavoratori e sugli altri fornitori di capitale «di credito» che pur contribuiscono non meno dei primi al successo dell'iniziativa, talora apportando alla società mezzi finanziari anche di gran lunga superiori a quelli costituenti il «capitale di rischio». Taluni teorici nordamericani giustificano questa egemonia, sempre in termini di efficienza gestionale, adducendo che mentre la categoria dei «mercanti» sarebbe tendenzialmente omogenea e idonea pertanto a definire scelte gestionali per l'organizzazione coerenti in quanto valutate rispetto ad un fascio di interessi omogeneo, le caratteristiche dei lavoratori e degli altri fornitori di capitale «di credito» sarebbero internamente troppo frammentate per poter definire linee gestionali non eccessivamente contraddittorie per l'organizzazione. Tutto ciò naturalmente non esclude affatto che anche queste due categorie sociali incidano sulle scelte imprenditoriali: ma ciò normalmente avviene dall'esterno dell'organizzazione, attraverso la contrattazione sindacale e attraverso le clausole protettive dei finanziamenti, che spesso contengono anche previsioni limitative della discrezionalità gestionale dell'organizzazione.

Le società di

Il fondamento economico di clausola lucre

3. Responsabilità, soggettività e personalità giuridica

I beni o servizi oggetto di conferimento, una volta destinati al patrimonio sociale, godono di un grado di autonomia rispetto al rimanente patrimonio dei soci che varia sensibilmente a seconda che si tratti di società di persone ovvero di società di capitali (sulla distinzione v. II.2).

Nel primo caso, infatti, i creditori particolari del socio possono, ai sensi dell'art. 2270, soddisfarsi su di essi solo qualora ottengano lo scioglimento della società previa dimostrazione «che gli altri beni del debitore non sono sufficienti a soddisfare le loro ragioni», mentre i creditori della società devono prioritariamente soddisfarsi sul patrimonio sociale, pur potendo tuttavia concorrere con i creditori particolari del socio sui beni personali di questi, quando le loro ragioni siano rimaste insoddisfatte da parte della società. L'autonomia patrimoniale delle società di persone è dunque «imperfetta» – giacché il patrimonio destinato non è del tutto impermeabile rispetto a pretese che non ineriscono all'attività sociale – e la responsabilità dei soci per i debiti contratti nell'esercizio dell'attività sociale non è limitata a quanto conferito. Questo, tuttavia, non esclude che i «co-imprenditori» soci di una società di persone siano considerati dall'ordinamento come un gruppo organizzato e che l'organizzazione collettiva e il patrimonio sociale non siano distinti dai singoli soci e dal loro patrimonio. Anche nel caso delle società di persone l'organizzazione costituisce infatti, in termini giuridici, un autonomo centro di imputazione di diritti.

La soggettività giuridica resta tuttavia distinta dalla personalità giuridica, che l'ordinamento riconosce solo alle organizzazioni collettive caratterizzate da *autonomia patrimoniale perfetta*. In queste i creditori personali del socio non hanno, infatti, alcun diritto di concorso con i creditori della società sul patrimonio destinato all'attività sociale (né hanno il diritto di chiedere che l'organizzazione sia sciolta al fine di distogliere quei beni dalla funzione specifica cui sono destinati) e la responsabilità del conferente è limitata esclusivamente al «capitale» conferito.

Storicamente, il fenomeno societario si è evoluto dai tipi sociali caratterizzati da autonomia patrimoniale solo imperfetta a quelli ad autonomia perfetta, nonché dai tipi a responsabilità illimitata a quelli a responsabilità limitata, passando attraverso il tipo «ibrido» della commenda (poi divenuta la nostra accomandita semplice), in cui convivono posizioni sociali caratterizzate da responsabilità illimitata (quelle degli accomandatari) con altre caratterizzate da responsabilità limitata (quelle degli accomandanti). Naturalmente il beneficio della responsabilità limitata – inizialmente circoscritto a poche iniziative imprenditoriali particolarmente rischiose alle quali esso veniva accordato con privilegio sovrano di diritto singolare – è stato via via utilizzato con larghezza crescente dai legislatori moderni, costituendo un potente incentivo all'utilizzo imprenditoriale della ricchezza da parte dei consociati, fino a divenire un beneficio generale, acquisibile da chiunque intenda destinare una parte del proprio patrimonio all'esercizio di un'attività economica accettando di sottoporsi all'applicazione del regime legale delle società di capitali. La società di capitali è così venuta

a costituire il più consueto fenomeno di emersione del principio della responsabilità limitata o della «segregazione» patrimoniale c.d. «protettiva» (fino ad offrire oggi il primo esempio di «segregazione di secondo grado», ossia di «segregazione nella segregazione» con la nuova disciplina dei patrimoni destinati delle s.p.a.) pur senza esserne, come si è detto, l'unico. Da un lato, infatti, anche altre organizzazioni collettive (come le associazioni riconosciute) sono caratterizzate dal medesimo «beneficio», e dall'altro l'effetto segregativo di parte del patrimonio è talora conseguito, con ancora maggior larghezza, per effetto di una semplice manifestazione di volontà, e anche in assenza di una destinazione a finalità imprenditoriali, attraverso un sempre più ampio utilizzo, anche da noi, dell'istituto di origine anglosassone del *trust*.

4. La disciplina delle società: regole imperative e regole dispositive

Proprio il riconoscimento dell'autonomia patrimoniale, sia pure imperfetta, e ancor più del beneficio della responsabilità limitata hanno in genere indotto i legislatori ad occuparsi delle società dettando norme dettagliate di funzionamento delle stesse. All'interno di questo complesso di norme sono in genere distinguibili (anche se, in qualche caso, può risultare non agevole dire a quale delle due categorie una singola norma appartenga) due distinte classi di disposizioni: una prima, costituita da quelle previsioni che sono dirette ad assicurare la tutela dei creditori sociali e dei terzi in genere rispetto alle esternalità negative generate dall'azione sociale; una seconda, costituita da quelle norme che attengono ai rapporti tra i soci. Tradizionalmente, e sia pure con un certo margine di approssimazione, si riconosce che le norme del primo tipo hanno carattere rigorosamente imperativo (sicché non possono essere derogate dalle parti), mentre le norme del secondo tipo possono avere carattere imperativo o dispositivo a seconda della valutazione di opportunità compiuta e delle finalità di politica legislativa perseguite. Le norme dispositive a loro volta possono svolgere la loro funzione facilitativa, ora nel senso di essere vere e proprie norme di *default* che si applicano in assenza di previsione contraria da parte dei titolari dell'interesse; ora viceversa proponendo alle parti diverse soluzioni possibili per l'assetto dei loro interessi, lasciando ad esse l'onere di richiamare espressamente la norma voluta nel caso concreto.

Per vero, da un punto di vista teorico, ancora si discute se il legislatore debba necessariamente occuparsi, come di altri fenomeni sociali, anche del fenomeno societario: si sostiene infatti che l'assetto di interessi definito dal legislatore normalmente potrebbe essere conseguito direttamente dalle parti mediante la contrattazione e che questo assetto «autoprodotta» sarebbe verosimilmente più efficiente dei generalizzati paradigmi di azione imposti dal legislatore. Ciò varrebbe ad esempio nella relazione con i creditori, i quali di volta in volta potrebbero negoziare *ex ante* con il debitore se e fino a che punto consentire, anche con riguardo al singolo debito o ad una categoria di debiti, limitazioni della responsabilità; ma ancor più varrebbe nei rapporti tra soci, i quali dovrebbero essere in

Gli interessi pi
dal diritto soci

condizione di valutare da soli meglio di quanto non possa fare in generale il legislatore la convenienza o meno di un certo assetto dei rapporti all'interno dell'organizzazione.

L'ordinamento degli Stati Uniti d'America riflette in certa misura questa concezione teorica. Molto infatti è lasciato, in quel sistema, alla libera contrattazione dei soci, le legislazioni statali ingaggiando tra loro una concorrenza regolatoria nell'offerta di «statuti» societari costituiti principalmente da norme di *default*. La disciplina societaria comunitaria, dei principali ordinamenti continentali e italiana, invece, è stata sin qui ispirata a una concezione opposta, per quanto siano visibili ovunque chiari segni di allentamento del regime imperativo a favore di un maggior potere di contrattazione rimesso alle parti. Ciò che, non a caso, costituisce uno dei tratti caratterizzanti anche la riforma del diritto italiano delle società di capitali.

Malgrado queste importanti aperture all'autonomia statutaria, le quali si riferiscono principalmente ai profili organizzativi dei rapporti tra i soci ciò non di meno, la disciplina italiana è tuttora in larga misura ispirata al principio della standardizzazione dei modelli, ovvero dei tipi di cui appresso si dirà.

5. La nozione generale di società e i tratti fisionomici della fattispecie

Venendo alla nozione di (contratto di) società dettata dall'art. 2247, ben si comprende come quella norma – per quanto destinata a essere ampiamente integrata e specificata dalla disciplina dettata per ciascun tipo sociale – abbia svolto una funzione storicamente importante nella definizione degli elementi minimali che caratterizzano la società lucrativa rispetto ad altre fattispecie contigue, ma con essa non confondibili. In questo senso l'art. 2247 è una norma definitoria cui va ascritto un importante contenuto precettivo, anche se il progressivo dilatarsi del fenomeno impone oggi di rivedere, e almeno in parte di ridurre, gli elementi che accomunano tutte le diverse ipotesi ad essa astrattamente riconducibili.

Intanto sarà dunque possibile qualificare una fattispecie concreta come società lucrativa, in quanto siano in essa riscontrabili tutti gli elementi costitutivi della fattispecie astratta.

1. La rilevanza pratica di questo principio può essere convenientemente apprezzata, innanzitutto, con riguardo all'*obbligo di eseguire i conferimenti in favore della società*. La nuova disciplina dei conferimenti in società di capitali prevede infatti, all'art. 2346, che si possano avere conferimenti non proporzionali alla partecipazione attribuita al socio, nel senso cioè che è consentito a un socio effettuare un conferimento maggiore di quello riflesso nella sua partecipazione in modo che della differenza si possa avvantaggiare – secondo lo schema del contratto a favore di terzo – altro socio designato come beneficiario dal socio conferente «in eccesso». E un analogo principio era già ricavabile dalla disciplina dettata per le società di persone. Orbene, se si guardasse alla fattispecie considerando isolatamente l'art. 2346, potrebbe pervenirsi alla (errata) conclusione che,

al limite, un solo socio potrebbe effettuare il conferimento anche a favore degli altri soci e che costoro – purché nel rispetto del limite sopra indicato – potrebbero acquisire la partecipazione pur in assenza integrale di un conferimento da parte loro. Ciò, viceversa, non sembra essere possibile, proprio perché l'art. 2247 richiede che un atto di destinazione di una parte del proprio patrimonio alla finalità societaria sia effettuato da tutti i soci. Il che a sua volta si spiega con la necessità che tutti i soci siano esposti al rischio di impresa (anche se non necessariamente in misura proporzionale al capitale investito). Potranno così concludersi accordi tra i soci circa la misura del conferimento di ciascuno rispetto alla partecipazione effettivamente acquisita, ma non circa l'effettuazione di un conferimento, seppur minimo, il quale dovrà in ogni caso essere effettuato, pena la violazione del divieto del patto leonino sancito dall'art. 2265. Ciò che del resto evita la sovrapposizione del tipo contrattuale della società con il tipo contrattuale della cointeressenza impropria di cui all'art. 2554.

2. L'organizzazione deve inoltre *esercitare un'attività economica*. Tipicamente si tratta, come si è detto, di attività di impresa, giacché l'attività presenta tutti i requisiti di cui all'art. 2082. Può tuttavia accadere che la società eserciti anche attività professionali (come riconosce ora espressamente il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 per le società tra avvocati, sulle quali v. XIX) ovvero che eserciti attività che, almeno a giudizio di alcuni, mancano del requisito di professionalità richiesto dall'art. 2082 e che di conseguenza non costituiscono attività di impresa. È questo il caso (peraltro alquanto discusso tra gli interpreti) delle c.d. «società occasionali», ossia di quelle società in cui due o più persone conferiscono beni o servizi per compiere un singolo affare in comune che in ipotesi non implichi lo svolgimento di un'attività così protratta nel tempo da potersi dire di impresa. Quale che sia l'opinione che si abbia in tema di società occasionali, non vi è tuttavia dubbio che non v'è società – giacché manca l'elemento dell'attività richiesto dall'art. 2247 – ove il singolo affare consista in un solo atto, come è il caso (frequentemente citato) dell'acquisto in borsa, una sola volta, da parte di più persone, di titoli a termine con l'intento di dividersi l'eventuale plusvalenza.

3. *L'esercizio in comune*, pure richiesto dall'art. 2247, è necessario solo ove l'organizzazione sia collettiva (e sia fondata cioè su un contratto) e non unipersonale (avendo fonte in un atto unilaterale). Ma ove essa sia – come normalmente è – collettiva, ciò significa che a ciascun socio spettano, sia pure con una graduazione diversa a seconda dei tipi sociali e della funzione che il socio concretamente intende o può svolgere, diritti partecipativi a contenuto amministrativo relativi all'organizzazione. La natura collettiva dell'organizzazione, ogniqualvolta siano coinvolti i beni di più di un solo conferente, e i diritti amministrativi spettanti a ciascuno di essi valgono a distinguere la società dal contratto tipico di associazione in partecipazione che – secondo l'opinione maggioritaria – non dà luogo a un esercizio collettivo dell'attività e consente di attribuire all'associato, a fronte del suo apporto, diritti di controllo sui beni apportati meno intensi di quelli societari. Peraltro, nulla esclude che un contratto di associazione in partecipazione si colleghi a un contratto di società e cioè che

L'esercizio di attività economica

Le società occasionali

Esercizio in comune e società unipersonali

ai beni destinati all'organizzazione dai soci si aggiungano beni apportati all'organizzazione, a fronte del riconoscimento di diritti agli associati in partecipazione compatibili con la previsione dell'art. 2549.

Lo scopo lucrativo

4. Lo scopo della divisione degli utili non solo distingue la fattispecie dalle associazioni e fondazioni, ma esprime anche un vincolo funzionale all'organizzazione. In sostanza, il perseguimento di un lucro oggettivo fa parte della missione inderogabile della società; in primo luogo non potranno aversi – salvo che il legislatore, con provvedimenti di diritto singolare, non lo consenta – società senza scopo di lucro; inoltre l'azione sociale dovrà essere necessariamente orientata alla creazione di valore. Formula questa (della «creazione di valore») che, pur nella sua genericità, appare probabilmente preferibile rispetto a quella, un tempo più frequentemente usata, della «massimizzazione dell'utile dei soci», in quanto la prima, a differenza della seconda, pur riconoscendo la centralità dell'interesse lucrativo dei soci, consente agli organi dell'organizzazione di compiere le scelte inerenti allo svolgimento dell'attività dando un qualche spazio anche alla ponderazione degli interessi di altri *stakeholders*, in modo da tener conto della responsabilità sociale dell'impresa. Dall'altro lato, deve pure necessariamente ricorrere il lucro soggettivo per ciascun socio, di modo che, come espressamente prevede l'art. 2265 dettando una regola generale (nota come divieto del patto leonino), è vietata l'esclusione di un socio dalla partecipazione agli utili e/o alle perdite.

1. Tipi di società e autonomia privata

Abbiamo visto nel precedente capitolo come – nel sistema delineato dal codice civile del 1942 – la nozione generale di società originariamente contenuta nell'art. 2247 servisse (e serve tuttora) a distinguere l'istituto in esame da altre fattispecie negoziali appartenenti al medesimo *genus* dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, evidenziando gli elementi che – in astratto – caratterizzano questo specifico sottoinsieme rispetto a figure ad esso contigue come l'associazione in partecipazione o la comunione a scopo di godimento.

Era peraltro ben chiaro sin d'allora come la realtà economica e il traffico giuridico non conoscano *la* società in generale, ma *le* società, ossia una pluralità di (sotto)tipi che, pur presentando una serie di connotati comuni, appaiono sensibilmente diversi tra loro quanto a origine storica, struttura e modalità di funzionamento. Sotto questo profilo, dunque, la nozione di (contratto di) società descritta dall'art. 2247 è frutto di un processo di elaborazione concettuale non troppo dissimile da quello che, in altra parte dello stesso codice, ha portato all'introduzione di una disciplina (anche se non a una definizione) generale dei titoli di credito (artt. 1992 ss.).

In effetti, il codice di commercio del 1882 non si occupava di definire *la* società in quanto tale, ma distingueva e regolava direttamente (artt. 76 ss.) tre (sotto)specie di società: 1) la società in nome collettivo, 2) la società in accomandita (anche nella variante «per azioni»), 3) la società anonima, ciascuna caratterizzata da un diverso regime di responsabilità dei soci. A questi tre modelli, che corrispondono ad altrettanti archetipi per l'esercizio in comune di un'attività di impresa e che risalgono alle origini del diritto commerciale moderno, il codice del 1942 ha aggiunto: 4) la società semplice, 5) la società a responsabilità limitata e, per le imprese con scopo mutualistico, 6) le società cooperative. Più di recente, l'elenco dei tipi di società si è ulteriormente arricchito con l'introduzione, nel nostro ordinamento, 7) della Società europea (SE) e 8) della società tra avvocati.