

## II.

### LE SOCIETÀ E LE ALTRE FORME DI ESERCIZIO COLLETTIVO DELL'IMPRESA

#### SEZIONE I - LE SOCIETÀ: NOZIONI INTRODUTTIVE

##### 1. Nozione e principio di tipicità.

L'attività di impresa può essere svolta anche in forma associata mediante l'adozione del modello societario. Si parla in tal caso di *impresa societaria*, quale *species* più ampio *genus* di *impresa collettiva*, nel cui ambito è possibile ricondurre le associazioni, le fondazioni o i consorzi con attività esterna che svolgono un'attività produttiva.

Le **società**, pertanto, possono definirsi come le **organizzazioni di persone e di mezzi** create dall'autonomia privata **per l'esercizio in comune di un'attività economica**.

Il codice civile contempla differenti tipi di società che le parti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla legge, possono liberamente scegliere per il perseguimento di uno scopo produttivo.

È importante sottolineare che le parti possono optare soltanto per uno dei modelli organizzativi previsti dal legislatore.

La materia, invero, è dominata dal **principio di tipicità** e l'art. 2249 c.c. stabilisce espressamente al riguardo che *«le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo Titolo. Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie d'impresa prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo»*.

Scelto un determinato tipo societario, però, si ritiene in dottrina che alle parti sia consentito di introdurre nell'atto costitutivo delle clausole contrattuali (c.d. **clausole atipiche**) che non siano incompatibili con la disciplina del tipo societario prescelto e che non siano in contrasto con norme imperative.

##### 2. Il contratto di società.

I differenti tipi societari previsti dall'ordinamento giuridico sono tutti riconducibili ad una nozione unitaria, rappresentata dalla **definizione legislativa del contratto di società** contenuta nell'art. 2247 c.c., secondo cui *«con il contratto di società due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili»*.

È opportuno precisare, però, che il contratto non rappresenta più l'unico strumento mediante il quale è possibile costituire una società. Il D.Lgs. 88/93 e il D.Lgs. 6/2003, invero, hanno espressamente previsto la possibilità di costituire rispettivamente una società a responsabilità limitata e una società per azioni per atto unilaterale.

Dal punto di vista strutturale **il contratto di società** si caratterizza per la presenza di **tre requisiti fondamentali**:

- **i conferimenti dei soci;**
- **l'esercizio in comune di un'attività economica** (c.d. *scopo-mezzo*);
- **lo scopo di divisione degli utili** (c.d. *scopo-fine*).

##### A) I conferimenti

I **conferimenti** sono le prestazioni che i soci si obbligano ad eseguire per dotare la società dei mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività d'impresa (c.d. **capitale di rischio iniziale**).

Si tratta di un **obbligo primario ed indefettibile per tutti i soci**, i quali, però, possono essere tenuti a soddisfarlo in misura e/o con modalità differenti in base a quanto stabilito dal contratto sociale. Se le parti non hanno stabilito nulla al riguardo, si applica la regola integrativa di cui all'art. 2253 c.c., secondo il quale *«...si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti uguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale»*.

Quanto all'**oggetto del conferimento**, l'art. 2247 c.c. si riferisce genericamente a beni e servizi. La dottrina dominante desume dalla norma il principio di carattere generale secondo cui può costituire oggetto di conferimento **ogni entità suscettibile di valutazione economica** idonea a favorire il

conseguimento dell'oggetto sociale.

### B) Lo scopo-mezzo

L'**esercizio in comune di un'attività economica** è il c.d. *scopo mezzo* mediante il quale le parti mirano al raggiungimento dello scopo sociale.

L'**oggetto sociale** rappresenta, più dettagliatamente, l'**attività economica che i soci si propongono di svolgere**. Deve trattarsi, in particolare, di un'attività produttiva, cioè condotta con metodo economico e finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi; in breve, di un'**attività di impresa**.

### C) Lo scopo fine

Il terzo ed ultimo elemento del contratto di società è lo **scopo della divisione degli utili** (c.d. *scopo-fine*). Si tratta senza dubbio del requisito più discusso in dottrina, stante la difficoltà di ricondurre nel suo alveo definitorio i diversi scopi che le parti possono perseguire in virtù del modello societario prescelto.

In particolare, è possibile distinguere tra:

- **società lucrative**. Sono le società di persone e di capitali che svolgono attività di impresa con terzi allo scopo di conseguire utili (**lucro oggettivo**), destinati ad essere successivamente divisi fra i soci (**lucro soggettivo**). Così inteso, lo scopo della divisione degli utili si traduce in **scopo di lucro o di profitto**;
- **società mutualistiche**. Sono le società cooperative in cui l'attività societaria è diretta a fornire direttamente ai soci beni, servizi od occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che i soci stessi otterrebbero sul mercato (c.d. *scopo mutualistico*);
- **società consortili**. Ai sensi dell'art 2615-ter c.c., tutte le società, ad eccezione della società semplice, «*possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati dall'art. 2602*», cioè gli scopi di un consorzio. Lo scopo economico dei soci si traduce, quindi, nella sopportazione di minori costi o realizzazione di maggiori guadagni nelle rispettive imprese (c.d. *scopo consortile*).

## 3. Il patrimonio sociale e il capitale sociale : differenze.

### A) Il patrimonio sociale

Il **patrimonio sociale** è il **complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi** che fanno capo alla società.

Inizialmente è costituito dai conferimenti eseguiti o promessi dai soci. In seguito subisce continue variazioni qualitative e quantitative in relazione alle vicende economiche (realizzazione di utili o di perdite) della società. La sua consistenza (attività e passività) viene periodicamente accertata attraverso la redazione annuale del bilancio di esercizio.

Esso **non va confuso con il patrimonio netto**, che indica la differenza positiva fra attività e passività.

### B) Il capitale sociale nominale

Il **capitale sociale nominale** esprime il valore in denaro dei conferimenti quale risulta dall'atto costitutivo della società. **Soltanto al momento della nascita della società**, pertanto, **patrimonio sociale e capitale sociale nominale coincidono**. Quest'ultimo, invero, a differenza del primo, rimane immutato nel corso della vita della società a meno che, con modifica dell'atto costitutivo, non si decida di aumentarlo o ridurlo.

Per tale motivo in dottrina (CAMPOBASSO) si afferma che il capitale sociale nominale assolve due funzioni essenziali:

- una **funzione vincolistica e di garanzia**, perché indica la quota ideale del patrimonio netto non distribuibile fra i soci e perciò assoggettata ad un vincolo di stabile destinazione all'attività sociale (c.d. **capitale reale**);
- una **funzione organizzativa**, perché opera come termine di riferimento per accertare periodicamente (tramite il bilancio di esercizio) se la società ha conseguito degli utili o subito delle perdite. Inoltre, il capitale sociale nominale opera anche come base di misurazione delle posizioni reciproche dei soci della società, sia di carattere amministrativo (es.: diritto di voto), sia di carattere patrimoniale (es.: diritto agli utili ed alla quota di liquidazione).

#### 4. Autonomia patrimoniale e personalità giuridica.

Il concetto di autonomia patrimoniale in ambito societario è di cruciale importanza per comprendere il regime della responsabilità della società e dei soci per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività sociale.

Secondo il tipo di società, la dottrina tradizionale distingue tra autonomia patrimoniale perfetta ed imperfetta.

Si parla di **autonomia patrimoniale perfetta** con riferimento alle **società di capitali**, nelle quali il patrimonio della società e quello dei singoli soci sono nettamente separati: **delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio**.

Ne consegue che i creditori sociali non possono soddisfarsi sul patrimonio personale dei soci, ma possono aggredire soltanto il patrimonio della società: i singoli soci rispondono delle obbligazioni sociali solo nei limiti della quota conferita.

D'altro lato sul patrimonio sociale non possono soddisfarsi i creditori personali del socio poiché si tratta di un patrimonio giuridicamente appartenente ad un altro soggetto (la società).

Tale regime discende direttamente dal riconoscimento esplicito da parte del legislatore della **personalità giuridica** (l'art. 2331, comma 1 c.c., in materia di società per azioni, stabilisce espressamente che «*Con l'iscrizione nel registro delle imprese la società acquista la personalità giuridica*»). **In quanto persone giuridiche, queste società sono trattate dall'ordinamento come soggetti di diritto formalmente distinti dalle persone dei soci.**

Le **società di persone**, invece, sono dotate di **autonomia patrimoniale imperfetta**, poiché i singoli soci rispondono personalmente degli obblighi assunti dalla società di cui fanno parte.

I creditori della società, però, non possono aggredire direttamente il patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili. Essi devono innanzitutto soddisfarsi sul patrimonio della società e, soltanto dopo aver infruttuosamente escusso il patrimonio sociale, potranno aggredire il patrimonio personale dei soci.

I creditori personali dei soci, invece, non possono aggredire il patrimonio della società per soddisfarsi.

Le società di persone non godono, dunque, per una precisa scelta del legislatore, della personalità giuridica.

Secondo parte della dottrina, invece, vi sono dei precisi indici normativi dai quali è possibile desumere che le società di persone sono **soggetti di diritto distinti dalle persone dei soci**.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 2266 c.c., il quale stabilisce che «*la società acquista diritti ed assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi*»; l'art. 2659 c.c., che in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari prevede che questa sia effettuata, anche per le società di persone, al nome della società; gli artt. 2292 e 2314 c.c., i quali stabiliscono che la società agisce sotto un proprio nome (ragione sociale).

Ne derivano una serie di **corollari** diametralmente opposti a quelli in precedenza descritti: i **beni sociali** non sono beni **in comproprietà** fra i soci ma beni della società; **le obbligazioni sociali non sono obbligazioni personali** ma obbligazioni della società; imprenditore è la società (BOLAFFI, CAMPOBASSO, DI SABATO, GRAZIANI, LA LUMIA).

#### 5. Società e comunione, differenze.

L'esercizio in comune di un'attività economica è l'elemento che ci consente di distinguere tra il concetto di società e quello di comunione.

In entrambi i casi, infatti, vi è una comunanza di interessi e un'organizzazione unica, ma i beni che sono oggetto di comunione non sono destinati all'esercizio di un'attività produttiva e possono essere liberamente utilizzati. Nella società, invece, i beni conferiti dai soci sono soggetti ad un vincolo di destinazione in quanto possono essere utilizzati soltanto per l'esercizio dell'attività rientrante nell'oggetto sociale.

Alla luce di tale premessa, ben si comprende il motivo per cui nel nostro ordinamento giuridico sono **vietate le società di mero godimento**, cioè le società costituite al solo scopo di consentire il godimento dei beni conferiti dai soci.

Il divieto trova puntuale conferma nell'art. 2248 c.c., ai sensi del quale «*La comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III*». La norma vuole chiaramente impedire che lo schema societario possa trasformarsi in una vera e propria ipotesi di abuso dell'istituto societario a danno dei creditori personali dei comproprietari.

Nella pratica si assiste spesso alla costituzione delle c.d. **società immobiliari di comodo** il cui patrimonio è costituito esclusivamente da immobili conferiti dai soci e la cui attività consiste nel concedere gli immobili in locazione a terzi o ai soci stessi, senza fornire alcun servizio aggiuntivo. Queste società, piuttosto diffuse nella prassi, sono costituite generalmente per fini di evasione fiscale o per nascondere ai creditori la proprietà di beni immobili.

Pur essendo pacifica in dottrina e giurisprudenza la sostanziale illegittimità di tali società, si registrano opinioni divergenti in merito alla disciplina in concreto applicabile. Alcuni autori, invero, ritengono che il contratto costitutivo sia nullo o inesistente per simulazione, mentre altri ne affermano l'invalidità perché in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

## 6. Classificazione delle società.

È possibile suddividere i differenti modelli societari in categorie omogenee sulla base di una classificazione unanimemente condivisa dalla copiosa dottrina in materia.

### A) Lo scopo perseguito

Un **primo criterio di classificazione**, già illustrato, è quello fondato sullo scopo istituzionale perseguito (c.d. *scopo fine*). Sotto tale profilo le **società mutualistiche** (società cooperative e mutue assicuratrici) si contrappongono a tutti gli altri tipi di società, definiti come **società lucrative**.

### B) La natura dell'attività svolta

Un **secondo criterio di classificazione** discende dalla **natura (commerciale o non commerciale) dell'attività esercitata**. Il modello organizzativo della società semplice è utilizzabile esclusivamente per l'esercizio di un'attività non commerciale (quindi solo per le attività agricole). Tutte le altre società lucrative e le società mutualistiche possono esercitare sia attività commerciale sia attività non commerciale.

### C) La personalità giuridica

Un **terzo criterio di classificazione** si basa sul riconoscimento o meno della **personalità giuridica**. Hanno personalità giuridica e sono pertanto dotate di autonomia patrimoniale perfetta le **società di capitali** (società per azioni, società in accomandita semplice e società a responsabilità limitata) e le **società cooperative**.

Ne sono invece prive le **società di persone** (società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice) e si parla in tal caso di autonomia patrimoniale imperfetta.

Le società di persone e di capitali si differenziano, inoltre, sotto il profilo organizzativo.

Le **società di persone** sono così definite poiché **prevale l'elemento personalistico** rispetto a quello capitalistico.

Sotto il profilo dell'ordinamento interno e dei rapporti con i terzi si caratterizzano per i seguenti elementi:

- l'**assenza di un'organizzazione di tipo corporativo** basata su una pluralità di organi;
- la necessità dell'**unanimità per le modificazioni dell'atto costitutivo**, salvo patto contrario;
- la **responsabilità illimitata** del socio investito del potere di amministrazione e rappresentanza della società.

Nelle **società di capitali**, invece, **prevale l'elemento capitalistico** su quello personalistico.

Sotto il profilo dell'ordinamento interno e dei rapporti con i terzi presentano le seguenti caratteristiche:

- la previsione di un'**organizzazione di tipo corporativo**, cioè basata sulla necessaria presenza di una pluralità di organi (assemblea, organo di gestione e organo di controllo);
- l'**operatività del principio maggioritario** per il funzionamento degli organi sociali;
- l'**assenza di un potere diretto** di amministrazione e di controllo in capo ai soci, salvo il diritto di

concorrere alle decisioni sociali in proporzione all'ammontare del capitale sociale sottoscritto.

#### D) Il regime di responsabilità per le obbligazioni sociali

Un quarto ed ultimo criterio di classificazione è quello basato sul **regime di responsabilità per le obbligazioni sociali**. Sotto tale profilo si distingue tra:

- società nelle quali per le obbligazioni sociali rispondono sia il patrimonio sociale sia i soci personalmente e illimitatamente responsabili (società semplice e società in nome collettivo);
- società, come la società in accomandita semplice e per azioni, nelle quali coesistono soci a responsabilità illimitata (gli accomandatari) e soci a responsabilità limitata (gli accomandanti);
- società, infine, nelle quali per le obbligazioni sociali risponde solo la società col proprio patrimonio (società per azioni, società a responsabilità limitata e società cooperative).

#### 7. Una particolare evoluzione dell'impresa societaria : la c.d. start up innovativa.

Con l'emanazione dell'art. 25 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, coordinato con la legge di conversione n. 221/12 recante "*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*", il legislatore ha introdotto una disciplina finalizzata a **favorire la creazione e lo sviluppo di nuove imprese innovative** (c.d. *start-up innovativa*).

La "*start-up innovativa*", in particolare, è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero la società europea residente in Italia, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione che ha quale **oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico**.

Il legislatore ha previsto, accanto alla *start-up innovativa*, anche un'ulteriore figura imprenditoriale denominata "*incubatore di start-up innovative certificato*".

L' "*incubatore di start-up innovative certificato*" è definita come la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero come la società europea residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che offre i servizi per sostenere la nascita e lo sviluppo di start-up innovative.

Venendo alla **disciplina** prevista per tali società, l'art. 26 del D.L. 179/12 prevede una serie di **disposizioni derogatorie** rispetto alle norme previste dalla normativa societaria.

Il D.L. 179/12, inoltre, introduce per tali società alcuni **benefici fiscali**.

Secondo quanto previsto, infine, dall'art. 31 la *start-up innovativa* **non può essere soggetta procedure concorsuali con l'eccezione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio** previsti dal Capo II della L. 3/2012.

#### 8. Le società fra professionisti.

La configurabilità di una **società fra professionisti** è una delle questioni più controverse e dibattute del diritto societario.

L'ammissibilità di una **società fra professionisti, ovvero la società costituita da due o più professionisti intellettuali per l'esercizio in comune dell'attività professionale**, era stata in passato esclusa dalla prevalente dottrina e dall'unanime giurisprudenza. Si riteneva, invero, che il modello societario per l'esercizio di una professione intellettuale fosse inconciliabile con il **principio di personalità della prestazione** desumibile dalla disciplina di cui agli artt. 2229 ss. c.c.). Al riguardo la legge 23 novembre 1939, n. 1815, ora abrogata, contemplava il divieto di costituire società per l'esercizio di professioni protette, a suo tempo introdotto per garantire un collegamento diretto tra la figura del professionista, obbligatoriamente iscritto agli ordini professionali, e l'esecuzione della prestazione. Si trattava, quindi, di una garanzia per il cliente, che entrava in rapporto esclusivamente con una determinata persona fisica, iscritta in un albo professionale in seguito a un rigoroso controllo della sua preparazione. L'unica forma associativa consentita ai professionisti era allora quella dello "**studio associato**", costituito solo tra soggetti regolarmente iscritti a un albo professionale, e comprendente nella denominazione il nome e il cognome di tutti gli associati (art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815). Anche in questo caso, però, l'incarico veniva (e viene tuttora) affidato dal cliente al singolo professionista, e non allo

studio, che non ha personalità giuridica e assume rilievo solo nei rapporti tra gli associati, al fine della divisione degli utili.

Giova tuttavia evidenziare che negli ultimi anni il divieto di costituire società per l'esercizio di professioni protette, è stato in alcuni casi derogato dal legislatore fino alla sua definitiva scomparsa con la emanazione della legge 12 novembre 2011, n. 183.

Una prima breccia nel divieto di esercizio dell'attività professionale in forma societaria era stata aperta, già da alcuni anni, dalla possibilità, ammessa prima dalla giurisprudenza e poi dalla stessa legge (art. 90 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), di costituire società per l'esercizio dell'attività di ingegneria, e in particolare per l'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale, nella forma di **"società di ingegneria"** (società di capitali o società cooperative a cui possono partecipare anche soggetti non professionisti, senza alcun limite specifico) oppure di **"società di professionisti"** (società di persone o di società cooperative, costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali). La deroga al divieto era stata giustificata con l'opportunità di consentire forme organizzate per l'esercizio dell'attività di progettazione di grandi opere pubbliche.

Norme specifiche erano state dettate anche per le **società tra farmacisti** (art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362) e per le **società tra avvocati** (decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96). Con D.L. 223/2006 era stata invece consentita la prestazione di servizi professionali interdisciplinari (ad esempio consulenza legale e assistenza fiscale) da parte di società di persone o associazioni di professionisti (c.d. **la società di servizi professionali interdisciplinari**).

Dopo tali primi e specifici riconoscimenti normativi, il legislatore con l'art. 10 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012), e il successivo decreto attuativo (decreto del Ministero della Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34) ha definitivamente **eliminato lo storico divieto di costituire società per l'esercizio di professioni protette consentendo, in via generalizzata, la costituzione di società tra professionisti per l'esercizio di professioni regolamentate in ordini professionali**.

Tre le attività professionali regolamentate in ordini professionali, le cosiddette "professioni protette", rientrano, per esempio, quella di dottore commercialista ed esperto contabile, le professioni tecniche (ingegnere, architetto, geometra) le professioni sanitarie (medico-chirurgo, veterinario, farmacista, infermiera professionale, levatrice, assistente sanitaria, fisioterapista e massoterapista) e la professione di psicologo.

È espressamente **escluso dall'ambito di applicazione della società tra professionisti l'esercizio delle professioni "non protette"**, cioè di quelle professioni non organizzate in ordini e collegi (esercitate ai sensi dell'art. 1, secondo comma, della legge 14 gennaio 2013, n. 4). Queste attività possono essere esercitate sia attraverso un contratto d'opera intellettuale, sia nell'ambito di un'attività imprenditoriale, in forma individuale o societaria, e anche prima della sua abrogazione non ricadevano nel divieto di costituire società per l'esercizio di attività professionali di cui all'art. 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, che riguardava esclusivamente le professioni organizzate in ordini e collegi.

La "società tra professionisti" non costituisce un tipo di società a sé stante. Essa è quindi disciplinata dalle norme del codice civile dettate per il tipo sociale prescelto dai soci, con la sola eccezione delle norme specificamente introdotte dalla legge in relazione al loro particolare oggetto sociale.

Per quanto concerne i profili relativi al **principio di personalità della prestazione**, secondo l'opinione prevalente, **il rapporto d'opera professionale si instaura tra il cliente e la società**, alla quale è conferito l'incarico professionale, anche se questo viene poi eseguito da uno o più soci professionisti. Da ciò deriverebbe che la responsabilità per la prestazione professionale ricada sulla società, e non sul singolo professionista. Nei tipi sociali caratterizzati dalla responsabilità illimitata dei soci (quali la società semplice, la s.n.c. e, per gli accomandatari, anche la s.a.s.), pertanto, ciascun socio si troverebbe a rispondere personalmente, con il proprio patrimonio, anche per le prestazioni professionali fornite dagli altri soci.

L'opinione secondo la quale il rapporto d'opera professionale si instaura tra il cliente e la società appare confermata dalla previsione dell'iscrizione della Stp all'ordine professionale, con conseguente assoggettamento al relativo regime disciplinare, dalla possibilità che sia la società a scegliere il

professionista che eseguirà la prestazione (in mancanza di una specifica designazione da parte del cliente), e soprattutto dall'obbligo, previsto dalla legge a carico della società, di stipulare una polizza assicurativa per la responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività professionale.

Secondo altra tesi, invece, rapporto d'opera professionale si instaura tra il cliente e il singolo professionista, poiché la legge prevede che l'attività professionale sia esercitata in via esclusiva da parte dei soci.

In ogni caso, la normativa ha introdotto una serie di disposizioni volte a preservare il carattere personale della prestazione, ad esempio, prevedendo che **l'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta**. Il socio professionista che deve eseguire la prestazione è scelto, inoltre, dal cliente, e in mancanza di scelta deve essere preventivamente comunicato per iscritto al cliente dalla società.

Nell'esecuzione dell'incarico ricevuto, il socio professionista può avvalersi, sotto la propria direzione e responsabilità, della collaborazione di ausiliari e, solo in relazione a particolari attività, caratterizzate da sopravvenute esigenze non prevedibili, può avvalersi di sostituti. In ogni caso i nominativi dei sostituti e degli ausiliari sono comunicati al cliente per iscritto. Il cliente può comunicare per iscritto il proprio dissenso, entro tre giorni dalla comunicazione ricevuta.

I professionisti soci sono tenuti all'osservanza del codice deontologico del proprio ordine, e la società è soggetta al regime disciplinare dell'ordine al quale è iscritta.

Il socio professionista può opporre agli altri soci il segreto concernente le attività professionali a lui affidate.

### 8.1. La società fra professionisti nel decreto liberalizzazioni.

Nel corso dell'esame del decreto liberalizzazioni (D.L. n. 1, del 24 gennaio 2012 convertito nella L. n. 27, del 24 marzo 2012), è stato approvato un emendamento volto a regolare la nuova società tra professionisti introdotta dall'art. 10 della legge di stabilità per il 2012 (L. 183/2011).

Quest'ultima ha previsto la possibilità, a partire dal 1° gennaio 2012, di costituire **società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di attività professionali** secondo i modelli societari già esistenti e regolati dai Titoli V e VI del Libro V del codice civile, ovvero quelli delle società di persone, delle società di capitali e delle società cooperative.

### 9. La società di fatto, la società occulta e la società apparente: questioni interpretative.

Occorre soffermarsi su ipotesi particolari di società. Si tratta della:

- **società di fatto;**
- **società occulta;**
- **società apparente.**

Ci si trova al cospetto di tre fattispecie eterogenee che pongono, quindi, diversi problemi, tanto in ordine alla loro configurabilità, quanto in ordine alla loro disciplina.

#### A) La società (e la c.d. "supersocietà") di fatto

**La società di fatto** è generalmente definita in dottrina come la società che **si costituisce** non in virtù di una formale ed espressa manifestazione di volontà delle parti, ma **a seguito di un comportamento concludente**.

**Le società di capitali**, date le formalità prescritte dal legislatore per l'atto costitutivo (atto pubblico e iscrizione nel registro delle imprese con funzione costitutiva), **non possono costituirsi per fatti concludenti**. La mancata osservanza dei requisiti di forma prescritti dalla legge per la costituzione di una società di capitali ne comporta la giuridica inesistenza e per le operazioni sociali compiute in nome della stessa prima dell'iscrizione sono responsabili solidalmente ed illimitatamente coloro che hanno agito.

**Le società di persone**, invece, in base al principio di libertà delle forme, **possono costituirsi mediante un comportamento concludente** consistente nell'esercizio in comune un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

Si applica la **disciplina della società semplice se l'attività esercitata non è commerciale**, mentre si applica la **disciplina della società in nome collettivo irregolare se l'attività è commerciale**, con

conseguente responsabilità personale ed illimitata di tutti i soci per le obbligazioni sociali.

In quest'ultimo caso la società, ancorché di fatto, è esposta al **fallimento** al pari di ogni imprenditore commerciale e la dichiarazione di fallimento si estende ai **soci palesi** (art. 147, comma 1, L. Fall.) ed ai **soci occulti** (art. 147, comma 4, L. Fall.).

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507), ha specificato che l'art. 147, comma 5, l.fall. trova applicazione non solo quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto tra il fallito ed uno o più soci occulti, ma, in virtù di sua interpretazione estensiva, anche laddove il socio già fallito sia una società, anche di capitali, che partecipi, con altre società o persone fisiche, ad una società di persone ai sensi dell'art. 2361 c.c. (cd. **supersocietà di fatto**) non assoggettata ad altrui direzione e coordinamento. La sussistenza di detta "supersocietà", però, postula la rigorosa dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che dev'essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci, dovendosi ritenere che la circostanza che le singole società perseguano, invece, l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo, anche solo di fatto, costituisca, piuttosto, una prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto.

### **B) La società occulta**

È la società costituita con l'espressa e concorde volontà dei soci di non rivelarne l'esistenza all'esterno e può essere anche una società di fatto se le parti non hanno formalizzato l'accordo in un atto scritto. Normalmente, però, la società occulta è il frutto di un atto scritto tenuto segreto dai soci e all'esterno agisce solo un socio o addirittura un terzo *per conto della società*, ma *in nome proprio* (secondo lo schema del mandato senza rappresentanza). In questo modo si persegue l'obiettivo di limitare la responsabilità nei confronti dei terzi al soggetto che agisce e si evita che la società occulta e gli altri soci rispondano delle obbligazioni assunte dal primo e siano esposti al fallimento.

Il problema principale consiste dunque nello stabilire se ed a quali condizioni la società occulta, pur in difetto di esteriorizzazione, possa rispondere delle obbligazioni sociali e, quindi, sottostare alla **disciplina del fallimento**.

La questione, a lungo dibattuta in passato, è stata risolta dal legislatore con la recente riforma del diritto fallimentare (D.Lgs. 5/06).

Il nuovo comma quinto dell'art. 147 L. Fall. dispone che *«qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile»*, si applica agli altri soci illimitatamente responsabili la regola del fallimento del socio occulto.

### **C) La società apparente**

Si parla di società apparente quando più soggetti, tra i quali non vi è alcun rapporto societario, si comportano in modo da ingenerare nei terzi la convinzione che essi agiscano in qualità di soci, inducendoli a fare affidamento sull'esistenza della società e sulla sua responsabilità solidale per le obbligazioni assunte.

In tale ipotesi si pone dunque il problema di stabilire se la società possa considerarsi realmente esistente e, quindi, soggetta alle norme in tema di responsabilità per le obbligazioni sociali ed alla disciplina del fallimento.

Parte della dottrina, in applicazione del **principio generale di tutela dell'affidamento incolpevole**, risponde positivamente al quesito e ritiene responsabili illimitatamente e solidalmente, per le obbligazioni assunte, i soci apparenti che colposamente hanno indotto i terzi in errore (ANGELICI, DENOZZA, GALGANO). Secondo una diversa impostazione ermeneutica il principio dell'apparenza può determinare la responsabilità dell'apparente socio nei confronti dei terzi di buona fede, ma non il fallimento della società apparente, dato che al fallimento partecipano tutti i creditori, anche quelli che con il presunto socio non hanno trattato e che perciò non possono aver fatto affidamento alcuno sulla sua responsabilità (BUONOCORE, DI SABATO, FERRI).