

SOCIETA' ED IMPRESA

di Vincenzo De Sensi

L'oggetto della mia relazione consiste nell'analisi della questione del rapporto intercorrente tra società ed impresa, al quale l'autore riserva articolate riflessioni ed argomentazioni volte a dimostrare la distinzione di queste due fattispecie.

Come è noto si tratta di un tema particolarmente dibattuto dalla dottrina e che ha trovato, invece, in sede giurisprudenziale un consolidato assestamento nel senso della coincidenza se non addirittura identità tra società ed impresa.

Il pensiero dell'autore si colloca quindi su uno sfondo particolarmente complesso, anche in considerazione del fatto che la nozione di impresa è sottesa ad altre figure istituzionali, ed in cui la sistemazione di queste due fattispecie assume rilevanza non tanto e non solo sul piano concettuale, quanto soprattutto su quello delle conseguenze pratiche che dall'accoglimento di una piuttosto che di un'altra prospettiva possono discendere.

Il primo impulso sarebbe quello di esporre subito il pensiero dell'autore e di illustrarne le argomentazioni; tuttavia, la complessità del tema e la necessità di una compiuta definizione dei termini in cui esso si articola, suggeriscono di prendere le mosse da un preliminare quanto sintetico approccio analitico del pensiero della dottrina e dell'orientamento della giurisprudenza.

La dottrina è divisa secondo due impostazioni.

In una prima prospettiva la società è assunta nel suo valore strumentale di tecnica o forma di esercizio della impresa. La società non è solo ed esclusivamente contratto, ma anche organizzazione di beni e di persone per il raggiungimento di uno scopo produttivo a

vantaggio dei soci, secondo quella che viene definita autodestinazione del risultato economico.

Più precisamente si ritiene che l'attività della società presenta, normalmente, tutti i caratteri dell'attività di impresa: attività produttiva, organizzata ed esercitata professionalmente.

Quindi la ricorrenza nella società di tutti gli elementi identificativi dell'imprenditore porta a ritenere che tra società ed impresa vi sia coincidenza necessaria ed istituzionale.

Da qui due corollari di rilevante interesse: l'uno di carattere teorico, l'altro di carattere pratico.

Innanzitutto, non è dato ravvisare nel nostro sistema di diritto commerciale dissociazione tra società ed impresa. Le fattispecie nelle quali sembra sussistere una tale dissociazione (società occasionali, società di professionisti, società holding pure) sono risolte nel senso della mancanza della impresa e quindi anche della società, o nel senso della individuazione di una impresa in senso mediato ed indiretto. Così ad esempio per le società occasionali costituite per il compimento di un'operazione isolata e non duratura, che non necessita della predisposizione di una organizzazione stabile, si sostiene che mancando l'impresa, quale attività le cui caratteristiche sono sottese alla figura dell'imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., mancherebbe anche la società.

In sostanza, si afferma che la mancanza del requisito della professionalità in questa fattispecie, espressamente previsto per l'imprenditore ed implicitamente assunto tra gli elementi della fattispecie societaria, depone nel senso della mancanza sia dell'impresa sia della società.

In riferimento alle società di professionisti la valutazione della dottrina è più complessa passando dalla distinzione tra professioni protette e non.

Per le prime si ritiene, salvo una prossima riforma normativa degli ordini professionali, che il connotato essenzialmente personale della prestazione esclude in radice l'esercizio dell'attività professionale in forma societaria; mentre per quelle non protette il conferimento dell'attività determinerebbe in capo al professionista la perdita di tale qualità, venendo essa assorbita dalla organizzazione imprenditoriale creata. Per cui, si conclude, se c'è società c'è anche impresa.

Infine, in riferimento alle holding pure si reputa che il carattere imprenditoriale della loro attività discende o dal fatto che esse svolgono in via mediata la stessa attività delle controllate o dalla riconducibilità delle stesse alla figura delle imprese ausiliarie.

Anche il corollario pratico di questa impostazione è di particolare interesse, attenendo alla individuazione dei momenti di inizio e cessazione dell'impresa collettiva.

Il primo si identifica con la stipula del contratto sociale: genesi della società commerciale e della impresa coincidono perfettamente. Se infatti la società è forma di esercizio della impresa il suo perfezionamento non può che coincidere con la nascita della impresa.

E comunque anche a volere inquadrare la costituzione della società tra gli atti di organizzazione, essa tuttavia assumerebbe una univoca significatività nel senso dell'esercizio della impresa: per cui anche in tale prospettiva non verrebbe meno la coincidenza tra società ed impresa.

Correlativamente, la cessazione della impresa si identificherebbe con l'estinzione della società; ma sotto questo profilo le opinioni divergono, ritenendosi da alcuni sufficiente l'esaurimento della

liquidazione formale della società, che culmina con la sua cancellazione dal registro delle imprese, ed affermandosi, invece, da altri la necessità della liquidazione sostanziale di tutti i rapporti attivi e passivi facenti capo alla società, prescindendo dunque dal dato formale e dichiarativo della cancellazione dal registro delle imprese.

Come ho rilevato in precedenza a questo orientamento si contrappone altra dottrina incline a distinguere il concetto di società da quello di impresa.

Anche qui va precisato che in effetti il parallelismo può essere colto solo tra società ed imprenditore, rimanendo il concetto di impresa confinato in una dimensione che è sottesa a queste due fattispecie ed a ben considerare sembrerebbe che questo indiscutibile dato trovi una sua collocazione più coerente in questa seconda prospettiva di pensiero. Infatti, l'assunto di fondo che si riscontra al riguardo è che mentre la società appartiene al contratto, fonte del soggetto e del rapporto, l'impresa appartiene alla dimensione dell'attività, anzi è essa stessa attività.

Con il corollario che lo svolgimento dell'attività non può che essere logicamente successivo alla nascita del soggetto.

Approfondendo l'analisi di questo orientamento si nota, inoltre, che esso si svolge secondo una puntuale impostazione ermeneutica del dato normativo di cui al combinato disposto degli artt. 2082 e 2247 c.c. Da essa si fa rilevare che il requisito della professionalità è previsto solo dal primo articolo, relativo alla figura dell'imprenditore, e non anche dal secondo, relativo alla società per concludere che tale requisito attiene all'attività e non al soggetto.

Se dunque la professionalità è elemento di caratterizzazione dell'attività di impresa, esso potrà essere assunto dalla società solo a seguito dello svolgimento effettivo dell'attività imprenditoriale.

Che questo sia un punto debole della dottrina prima esposta è evidente appena si consideri che essa, di fronte al dato incontestabile della mancanza di questo elemento nel contratto di società, è costretta a sostenere che esso è implicitamente assunto nella definizione normativa, secondo un articolato ragionamento che identifica la professionalità con la stabilità ed abitualità che può essere rilevata anche solo dai mezzi utilizzati per l'esercizio della impresa, tra i quali rientra appunto la società.

Inoltre, non può essere sottovalutato un ulteriore argomento sostanziale addotto dalla dottrina in parola.

Si fa notare, infatti, che se fosse vera la tesi secondo la quale il momento genetico della società e quello della impresa coincidono, essendo sufficiente perché la società acquisti la qualità di imprenditore commerciale la previsione statutaria di un oggetto commerciale, dovrebbe essere vero anche il contrario e cioè che la previsione di un oggetto non commerciale esclude la qualità di imprenditore commerciale.

Tuttavia, a questa conclusione la dottrina che sostiene la prima tesi, e cioè quella della coincidenza tra società ed impresa, non arriva mai, ritenendosi, al contrario, che in questo caso rilevarebbe l'attività che in concreto la società svolge. Per cui se essa ha ad oggetto l'attività agricola, ma in via di fatto svolge attività commerciale assume la qualità di imprenditore commerciale.

Si recupera quindi la rilevanza dell'esercizio effettivo dell'attività commerciale solo sul versante delle società ad oggetto non commerciale.

Questa mancanza di consequenzialità logica fa perdere di persuasività la tesi della coincidenza tra società ed impresa ed è abilmente rilevata dalla dottrina contraria.

Ponendo, quindi, come premessa quella della distinzione concettuale tra società ed impresa si conclude che l'inizio della impresa si identifica con lo svolgimento effettivo dell'attività commerciale da parte della società, mentre la sua cessazione si identifica con la cessazione dell'attività produttiva, con l'ulteriore problema se ritenere l'attività di liquidazione rientrante o meno nella gestione della impresa.

Nell'ambito di queste riflessioni dottrinali si affaccia peraltro un terzo orientamento, che potremmo definire intermedio, e che sembra impostare i termini della questione distinguendo tra società di persone e società di capitali. Si rileva infatti che in queste ultime la coincidenza tra società ed impresa sarebbe più certa, attesa la particolare significatività della tecnostruttura utilizzata nel senso dell'esercizio dell'attività di impresa.

Diversamente dalla molteplicità delle opinioni dottrinali, l'orientamento giurisprudenziale è assestato sulla tesi della coincidenza tra società ed impresa.

In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione secondo la quale per effetto della stipulazione dell'accordo sociale, la società acquista la qualità di imprenditore commerciale e contestualmente ha inizio l'attività di impresa, sebbene di fatto ciò non abbia luogo.

L'attività di impresa è dunque ricondotta alla nascita della società, secondo una prospettiva che dà esclusivo rilievo alla previsione statutaria dell'oggetto commerciale e che trova negli artt. 2308, 2448, 2540, ult. comma, c.c. un referente normativo, nella parte in cui

contemplano il fallimento come causa di scioglimento della società ad oggetto commerciale, nonché il fallimento delle società cooperative che hanno un oggetto commerciale.

A questi richiami normativi la giurisprudenza aggiunge l'art. 1 della legge fallimentare secondo il quale in nessun caso sono piccoli imprenditori le società commerciali.

Referenti normativi che, tuttavia, non sono stati ritenuti decisivi da parte di autorevole dottrina sul duplice rilievo che la coincidenza tra attività commerciale ed attività di impresa costituisce, nel citato orientamento giurisprudenziale, una petizione di principio, come tale non dimostrata e che l'art. 1 legge fallimentare contiene una definizione in negativo dalla quale non si può ricavare un concetto positivo; la norma infatti dispone che in nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali.

Enunciazione dalla quale non è dato logicamente ricavare che le società commerciali in quanto tali sono anche imprenditori commerciali.

Quello sin qui sinteticamente descritto è il quadro di riferimento in cui si iscrive il pensiero dell'autore che è possibile ora illustrare.

L'autore muove dalla individuazione di quella che egli definisce sistemazione basica delle società e che viene ricondotta nell'ambito del diritto delle obbligazioni.

La valutazione iniziale coglie, quindi, il rapporto tra gli artt. 1173 e 2247 c.c. per rilevare come il contratto di società si pone quale fonte da cui scaturisce il soggetto ed il rapporto societario.

Il passaggio immediatamente successivo conduce l'autore ad analizzare il contenuto della norma di cui all'art. 2247 c.c. ed a

distinguere nel suo contesto il momento genetico e quello funzionale del contratto di società.

Si tratta di due momenti distinti e separati, ma entrambi riconducibili alla volontà consegnata nel contratto sociale, intesa quale accordo dinamico da cui scaturiscono la regolamentazione della società e successivamente l'impresa.

Ed è proprio sotto questo profilo che viene rilevata la distinzione tra società ed impresa: mentre la prima è soggetto, la seconda è attività.

L'autore insiste, dunque, sull'analisi del tenore letterale dell'art. 2247 c.c. elaborando una esegesi che colloca il conferimento di beni o servizi e la divisione degli utili, quando prevista, nel momento costitutivo della società e l'esercizio dell'attività economica nel momento della impresa.

La dualità che è insita nella fattispecie societaria, per la contemporanea presenza dello strumento di attività e del soggetto o soggetti che lo utilizzano, è dall'autore sistemata secondo un preciso ordine concettuale che vede la società e l'impresa come due momenti distinti della stessa fattispecie.

Sembrerebbe, quindi, che l'autore non separa la società dalla impresa, ma sostiene e dimostra che pur essendo partecipi della medesima fattispecie contrattuale, tuttavia hanno momenti genetici diversi e distinti.

E qui riemerge la distinzione tra momento genetico e momento funzionale del contratto di società: il primo designa la nascita del soggetto, il secondo designa la nascita della impresa.

Conseguenza logica di questa impostazione è che la nascita del soggetto-società non implica necessariamente ed istituzionalmente la nascita dell'impresa, la quale, essendo attività dinamica, emerge nel momento funzionale del contratto di società.

La dimostrazione della distinzione tra società ed impresa non passa quindi nel pensiero dell'autore dalla tradizionale argomentazione della mancanza dell'elemento della professionalità nel contratto sociale, quale carattere distintivo dell'attività di impresa, ma dalla attenta osservazione della dinamica dei momenti genetico e funzionale del contratto sociale.

Bisogna, inoltre, precisare che la distinzione dei momenti di configurazione della società e dell'impresa non assume nell'opera un rilievo esclusivamente concettuale, ma direi anche sistematico.

In particolare si osserva che il contratto di società diviene contratto di organizzazione solo dopo che sia sorto il soggetto-società, altrimenti sarebbe dato per risolto positivamente il problema dell'identità e contestualità tra soggetto ed impresa.

Non solo ma questa tesi ha anche evidenti riflessi sulla problematica dell'inizio e della cessazione dell'impresa collettiva nell'ottica dell'applicazione delle procedure concorsuali e del fallimento in particolare.

Sotto il primo profilo l'autore prende le distanze dall'orientamento giurisprudenziale che, come rilevato, ai fini dell'assoggettamento a fallimento identifica la costituzione della società con l'inizio della impresa, la quale al contrario va ricondotta al momento funzionale dell'esercizio effettivo dell'attività commerciale.

Sotto il secondo profilo l'impostazione della questione è mediata dalla considerazione che nel nostro sistema di diritto commerciale, a differenza di quello esistente sotto la vigenza del codice di commercio, esiste una norma che ricollega la fine della liquidazione della società con la cancellazione dal registro delle imprese e che si rinviene nell'art. 2456 c.c. per le società di capitali e negli articoli 2312 e 2324 c.c per le società di persone.

La cancellazione dal registro delle imprese è dunque il limite massimo oltre il quale non è dato considerare esistente il soggetto società.

Sicché non essendo più ravvisabile il soggetto non è neppure ravvisabile l'impresa ad esso facente capo.

Se al contrario si ammettesse la sopravvivenza del soggetto alla cancellazione dal registro delle imprese ed artificiosamente anche della impresa nelle ipotesi di sopravvenienze passive, si darebbe luogo ad una duplice responsabilità dei soci e dei liquidatori da un lato e della società dall'altro, che è invece esclusa dalle norme citate.

Da esse infatti si desume il regime alternativo delle responsabilità, sorgendo quella dei liquidatori e dei soci solo ove sia cancellata e dunque estinta la società.

Questa ricostruzione trova oggi conferma nella sentenza della Corte Costituzionale, la n. 319 del 21 luglio 2000, la quale come è noto ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10 l.fall., nella parte in cui prevede che il termine di un anno dalla cessazione dell'impresa, entro il quale può intervenire la dichiarazione di fallimento, decorra per l'impresa collettiva dalla liquidazione effettiva di tutti i rapporti facenti capo alla società, anziché dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese.

Il che conferma che oltre la cancellazione non è più possibile concepire l'esistenza della impresa e dunque neppure quella del soggetto imprenditore.

Volendo sintetizzare potrei dire che nel pensiero dell'autore società ed impresa, pur facendo parte della medesima fattispecie, tuttavia si configurano come entità distinte e questa distinzione è assunta a criterio guida nella individuazione dei momenti di inizio e cessazione dell'attività di impresa.

Concludo quindi osservando che l'opera che oggi abbiamo il privilegio di presentare insegna come il diritto sia essenzialmente logica: è questa la imprescindibile consapevolezza che garantisce l'elaborazione di una scienza giuridica utile.

Vincenzo De Sensi
vdesensi@luiss.it