

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Gli aspetti non gestori dell'esercizio in comune

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/2034771> since 2024-12-07T12:37:33Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Gli aspetti non gestori dell'esercizio in comune nelle società lucrative*

Gianni Mignone

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizioni dell'esercizio in comune nella seconda metà del Novecento. – 3. Definizioni dell'esercizio in comune negli anni Duemila. – 4. Gli aspetti non gestori dell'esercizio in comune. – 5. Le "operazioni sociali" dell'art. 2273 c.c. – 6. L'obiezione fondata sulla distinzione piano dell'impresa / piano delle società. Replica. – 7. Esercizio in comune ed obbligo di collaborazione. – 8. Conclusione.

1. Due passaggi di altrettanti scritti relativamente recenti, entrambi assai autorevoli, mi inducono a ritornare su un tema, quello dell'esercizio in comune nelle società lucrative, che avevo affrontato nel mio lavoro sull'associazione in partecipazione, con un contributo che tuttavia, disperso in un testo che risultò per forza di cose un po' ponderoso, non può certo dirsi di agevole disponibilità¹.

Nel primo scritto, trattandosi dell'esercizio in comune di un'attività economica, di cui all'art. 2247 c.c., si manifesta un certo scetticismo circa la sua permanente rilevanza².

Il secondo³ è invece maggiormente favorevole a rinvenire a tutt'oggi nell'esercizio in comune un elemento caratterizzante delle società lucrative.

Si cercherà qui di mostrare, sulla scia di questa seconda tendenza, che l'esercizio in comune è ancora un carattere importante del contratto di società, soprattutto se lo si intende non in un senso restrittivo, come sinonimo di "gestione", ma nel più ampio significato in cui esso merita di essere accolto.

Ci si propone, in particolare, di mostrare come l'"esercizio in comune" dell'attività economica, di cui all'art. 2247 c.c., non

* Lo scritto riproduce quello comparso negli *Studi in onore di Alberto Jorio*, con lievi adattamenti.

¹ Si allude al contenuto che qui è racchiuso nel par. 4, che tuttavia è stato interamente riscritto ed ampiamente integrato, anche nelle citazioni.

² G.C.M. Rivolta, *Diritto delle società. Profili generali*, in «Trattato di diritto commerciale» fond. da Buonocore e dir. da Costi, Torino, 2015, 6-7. Si tratta di un'opinione tutt'altro che minoritaria, anzi, di quella in apparenza più diffusa, stando almeno a quanto emerge dai testi che accedono alla pubblicazione. Ad esempio, la scomparsa dell'esercizio in comune nelle società di capitali (globalmente intese, sia come società contrattuali che non) è l'argomento che sottostà all'intero discorso svolto da P. Spada nel suo noto articolo *C'era una volta la società*, in «Riv. not.», 2004, I, 1 ss.

³ C. Angelici, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in «Riv. soc.», 2015, 237.

comprende solo atti di gestione, ma anche una serie di altri atti (“non gestori”, appunto), non meno importanti per l’impresa, anche se – normalmente ma non necessariamente – meno frequenti dei primi.

L’affermazione può trovarsi espressa, in modo implicito o *en passant* nel discorso di alcuni autori, come sarà indicato nel seguito, ma non è stata finora – a quanto sembra – sostenuta apertamente e comunque sufficientemente, con esempi, il che è appunto quanto qui si cercherà di fare.

La distinzione illustrata consente non solo di distinguere in sede qualificatoria s.a.s. e associazione in partecipazione, mostrando come gli accomandanti siano pienamente soci, partecipi dell’esercizio in comune, benché esclusi in linea di principio (con le eccezioni indicate nell’art. 2320, 1° e 2° comma) dalla gestione; essa permette altresì, e soprattutto, di riconoscere come sia ingeneroso porre la pietra tombale sull’esercizio in comune nel contratto di società.

2. Le definizioni dottrinali dell’esercizio in comune avanzate dopo l’emanazione del Codice civile del 1942 fanno leva, con sfumature diverse, sull’idea che esso consista nella partecipazione di tutti i soci alla conduzione dell’attività: per alcuni esso equivale a “collaborazione” fra i soci⁴; per altri implica che tutti i soci partecipino «alla gestione dell’affare», con la precisazione che tale partecipazione non significa che tutti devono essere presenti al compimento di ogni atto, ma che questo deve essere in qualche modo riconducibile alla volontà di tutti, nel senso che tutti concorrono a nominare – col meccanismo unanimistico oppure maggioritario – chi in concreto gestisce⁵; secondo altri ancora, esercizio in comune equivale a *comunanza dell’attività*, concetto che presenterebbe due risvolti, uno relativo al “momento esecutivo” (e di carattere, possiamo aggiungere, più formale), consistente nel fatto che l’atto compiuto viene imputato a tutti (“comunanza di risultato”), l’altro (più sostanziale) riguardante il “momento deliberativo” e concretantesi nel potere del socio «di determinare l’attività sociale» (“comunanza della volontà”); si precisa che a contare è la comunanza *effettiva* dell’attività, non

⁴ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale secondo i nuovi codici e la legislazione complementare*, 6ª ediz. riveduta e ampliata, ristampa, vol. I, Padova, 1943, 151.

⁵ F. Ferrara Jr., *Gli imprenditori e le società*, rist. della 2ª ediz. corretta e ampliata, Milano, 1946, 98 s.

quella manifestata all'esterno, sicché possono essere considerate società anche quelle occulte⁶.

Negli anni settanta, l'Autore di un noto volume dedicato alle società personali scrive che l'esercizio in comune significa che «tutti i soci concorrono nell'esercitare il potere dispositivo» e ciò avrebbe varie "manifestazioni", nel senso che ogni socio: *i*) può concorrere a modificare il contratto sociale; *ii*) può contribuire a nominare o revocare gli organi sociali; *iii*) ha il potere di amministrare, o direttamente, o (indirettamente) nominando chi in concreto amministra⁷. Si ritornerà in seguito su questa concezione, che è particolarmente significativa per il discorso che qui si svolge.

Contemporaneamente, un altro scrittore che stava acquisendo una fama ancor maggiore pubblica un volume di trattato intitolato alle società di persone, comprendente anche lo studio di quelle in generale. Egli disegna l'esercizio in comune in una prospettiva in parte nuova, ritenendo che una sua definizione generale possa solamente implicare il fatto che più persone assumono il *rischio* di un'attività economica e concorrono della sua *direzione*⁸; per il resto, ogni ulteriore specificazione andrebbe fatta in base al tipo sociale di cui si tratta, poiché l'esercizio in comune si manifesta con modalità diverse⁹. In particolare, l'elemento del rischio varia, poiché nelle società di persone è illimitato, mentre in quelle di capitali è limitato; la direzione, dal canto suo, è davvero "comune" nella società semplice e nella s.n.c., ma già nell'accomandita consiste, per gli accomandanti, in una "limitatissima" partecipazione alla gestione e alcuni altri poteri¹⁰, mentre nella s.p.a. «si converte (...) in controllo»¹¹, un controllo di carattere giuridico (non economico), come quello consistente nella possibilità di impugnare le delibere assembleari o denunciare gli amministratori al tribunale. Sulla ricchezza di spunti contenuti anche in questa tesi si tornerà più avanti.

⁶ G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 1^a ediz., Torino, 1950, 134.

⁷ M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, 38-39.

⁸ F. Galgano, *Le società di persone. Società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*, in «Trattato di diritto civile e commerciale», dir. da Cicu e Messineo, vol. XXVIII, Milano, (1^a ediz.,) 1972, 16.

⁹ Questa concezione è legata all'idea originale che l'Autore ha del sistema delle società lucrative, che sarebbe da valutare non in una prospettiva sincronica, come se esse fossero state "inventate" tutte insieme, ma in una diacronica, che tenga conto cioè di come si siano evolute storicamente in epoche diverse. Idea che a sua volta si riconnette alla sua nota impostazione storica dello studio del diritto commerciale.

¹⁰ *Ivi*, 374.

¹¹ *Ivi*, 100.

A cavallo della pubblicazione delle due ultime letture menzionate viene messa a punto, nelle distinte opere di due Autori, una descrizione dell'esercizio in comune che si distacca nettamente dai tentativi di cui si è fin qui riferito¹². La prima non si riferisce in prima battuta all'"esercizio in comune" ma, essendo elaborata nel quadro dello studio dei contratti associativi in generale, riguarda l'*attività* comune, concetto più ampio riferibile anche alle associazioni e alle fondazioni (v. ad es. gli artt. 15 e 26 c.c.)¹³.

Dunque, «il fenomeno associativo deve essere giuridicamente costruito come un'ipotesi particolare di attività», «attività che (...) è, nella sua caratteristica essenza, un'attività "comune" e "diretta ad un certo risultato"»¹⁴. E venendo più nello specifico a riferirsi alle società lucrative, in quelle prive di personalità giuridica «lo stato di cose che sta al fondo di tale sistemica, e la giustifica, va identificato nella circostanza veramente caratterizzante per noi la categoria delle società, della necessaria, istituzionale coincidenza tra i partecipanti al fenomeno e i termini di riferimento del risultato dell'attività, situazione questa che a sua volta affonda le sue radici nella particolare natura, produttiva, dell'attività che sta al centro del fenomeno, e nella, strettamente connessa alla natura dell'attività, particolare natura del risultato stesso»¹⁵; nelle società con personalità giuridica, «ai partecipanti al fenomeno, come tali e perché tali, spetta la partecipazione all'entità di produzione deliberativa [*i.e.*, può dirsi, l'assemblea], e ciò in funzione del carattere "comune" dell'azione»¹⁶, ferma restando, in questo caso, la distanza fra i due ruoli, quello rappresentato dalla "figura di produzione" assemblea e quello dell'altra figura, stavolta esecutiva, degli amministratori¹⁷. In una preziosa

¹² I due lavori cui si fa ora riferimento sono: P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

¹³ Tale concetto non è presentato come un semplice aspetto del discorso sui contratti associativi, ma come l'elemento centrale. In una prospettiva fortemente critica verso i concetti, ritenuti superati, di soggetto giuridico e di fattispecie, l'Autore in questione ritiene che il discorso debba ruotare intorno a quello di attività, intesa in senso oggettivo. In partenza si dovrebbe prendere in considerazione non tanto un soggetto, quanto una disciplina organizzativa, contenuto in un contratto o in un atto; da essa si può desumere quale sia la "figura di produzione" (banalizzando potrebbe dirsi "gli amministratori") deputata a svolgere l'attività in funzione di un determinato risultato, anch'esso preordinato dall'originario atto organizzativo; nelle società lucrative, questo risultato è un "risultato monetario" (noi diremmo: un lucro).

¹⁴ P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 242.

¹⁵ *Ivi*, 256-257.

¹⁶ *Ivi*, 273.

¹⁷ *Ivi*, 274. Alla questione di come si individui il soggetto che partecipi al "fenomeno" associativo, rispetto a colui che ne è estraneo, si può trovare questa rispo-

sintesi autografa di questa concezione, fornita in uno scritto non di molto successivo, può leggersi che «l'esercizio in comune non [va] inte[so] come partecipazione in comune all'esercizio dell'attività (...), ma [come] incidenza comune sui soci dei risultati positivi o negativi dell'attività svolta»¹⁸.

Prendendo dichiaratamente spunto da questa particolare costruzione teorica, il secondo degli Autori cui si fa riferimento costruisce il concetto di "esercizio in comune" ponendo maggiormente al centro il concetto di "funzione"; essa sarebbe «una particolare dimensione della produzione giuridica» e il concetto di attività comune ne dipenderebbe strettamente: «è (...) l'evidenziarsi di una posizione funzionale di chi produce i singoli atti in ordine ad una zona preconstituita di interessi di "gruppo" il connotato che attribuisce all'attività un carattere metaindividuale e nel contempo ne garantisce l'unitarietà»¹⁹. Anche per Spada è dal contratto che si desume quale sia l'interesse che la figura di produzione deve perseguire, e la "funzionalizzazione" dell'attività consisterebbe proprio in questo perseguimento di un interesse non proprio, ma altrui: «non la programmazione in comune delle operazioni sociali, ma la dimensione funzionale, in ordine ad una zona preconstituita d'interessi di gruppo, della produzione degli atti (che le realizzano) garantisce il carattere comune dell'attività»²⁰.

Anche in questo caso risulta preziosa una sintesi di poco successiva che l'Autore fa della sua concezione di esercizio in comune: «è mio convincimento che l'esposizione del socio al saldo passivo dell'attività sia un esito necessario del carattere *comune* di questa, carattere che è al centro dei fenomeni associativi e della società in particolare, se la comunanza si coglie – come ho di recente tentato di dimostrare che si deve – nella posizione funzionale, rispetto ad un interesse di gruppo contrattualmente preconstituito, delle figure organizzative deputate alla produzione dell'attività»²¹.

sta: «per noi tale termine [il termine di riferimento della partecipazione associativa] è il fatto, l'atto che sta a base del fenomeno, e la partecipazione in sé altro non è che un aspetto di tale fatto, l'esser parte, in senso sostanziale, dell'atto in cui l'attività prende le sue forme giuridiche di base» (ivi, 312 e v. anche la nota 18; corsivo aggiunto).

¹⁸ P. Ferro-Luzzi, *Le azioni di risparmio*, in AA.VV., *La riforma-stralcio della s.p.a. e la piccola riforma della borsa valori (Legge 7 giugno 1974, n. 216)*. Atti del seminario di Milano, 11-13 novembre 1974, Milano, 1975, 218.

¹⁹ P. Spada, *La tipicità delle società*, cit., 161 (corsivo originale).

²⁰ Ivi, 162.

²¹ P. Spada, *Le azioni di risparmio*, in *Primo commento alla legge 7 giugno 1974, n. 216*, in «Riv. dir. civ.», 1974, II, 595 (corsivo originale).

In altra sede si è chiamata questa descrizione “teoria dell’esercizio in comune come attività funzionalizzata” e se ne è tentata una critica²², basata sul fatto che essa ne fornisce, appunto, una descrizione in termini (per certi versi) affascinanti, ma non è utilizzabile operativamente, ad esempio in sede di qualificazione, per comprendere se un certo soggetto è o non è un socio (ovvero, nei suoi termini, un “partecipante al fenomeno”). Anche dalla sintesi, per forza di cose un po’ brutale, che qui si è fatta, emerge che nel momento in cui ci si pone una simile domanda, l’unica risposta che questa descrizione fornisce è che quel soggetto sarà colui sul quale “incide il risultato positivo o negativo dell’attività”, ovvero colui che è “esposto al saldo passivo” di essa. Risposta che non risolve il problema, poiché essere gravati dei risultati negativi dell’affare è l’effetto, non la premessa dell’essere considerato socio, mentre il prendere parte ai risultati positivi (come il partecipare agli utili) non è caratteristico soltanto del socio, ma anche, ad esempio, dell’associato in partecipazione o del mutuante parziario²³.

In un corposo manuale uscito poco dopo il libro di Spada e divenuto all’epoca (e tuttora) assai noto, l’esercizio in comune è descritto in termini molto vicini a quelli di Galgano (che viene infatti citato), come «direzione e rischio comuni», con la precisazione che essi sfumano nel passaggio dalle società di persone a quelle di capitali e l’ulteriore chiosa per cui differenze sono riscontrabili anche all’interno di uno stesso tipo sociale, a seconda del concreto atteggiarsi dei rapporti interni fra i soci²⁴.

Nella prima edizione di un altro manuale destinato ad avere un notevole successo, comparsa a metà degli anni ’80²⁵, il carattere comune dell’attività significherebbe che «essa deve (...) essere preordinata alla realizzazione di un programma comune, sicché i suoi risultati appaiano imputabili, sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello economico, prima che ai singoli parteci-

²² G. Mignone, *L’associazione in partecipazione*, ne «Il Codice civile. Commentario» fond. da Schlesinger e dir. da Busnelli, Milano, 2008, 159 ss.

²³ Ovvio che nei tre casi è diverso il titolo a cui si percepiscono gli utili, e sono diversi anche i momenti e le condizioni di maturazione di essi, nonché il criterio del loro calcolo, ma qui si è alla ricerca di un criterio di qualificazione di una fattispecie concreta, e dunque l’unica realtà cui l’osservatore neutrale esterno può trovarsi di fronte è l’apprensione pura e semplice di una parte dei guadagni.

²⁴ G. Cottino, *Diritto commerciale, I. Imprenditore, impresa e azienda, segni distintivi, concorrenza, brevetti, società di persone, di capitali, cooperative*, Cedam, Padova, 1976, 324 s.

²⁵ Non siamo ancora così distanti da aggiungere «dello scorso secolo».

panti, al gruppo dei soci in quanto tale»²⁶. E «in effetti l'imputazione al gruppo dei soci che caratterizza l'esercizio in comune dell'attività costituisce la trasposizione sul piano giuridico del concetto economico della sopportazione comune del rischio, cui fa riscontro il potere dei soci di disposizione e di direzione dell'attività stessa; sopportazione del rischio, che secondo il tipo di società, può coinvolgere la responsabilità personale dei soci, ovvero essere limitato ai soli conferimenti; potere di disposizione e di direzione, che sussiste non solo quando ai soci stessi è rimesso, congiuntamente o disgiuntamente, il compimento dei singoli atti, ma anche quando l'amministrazione della società è rimessa a terzi nell'ambito di una complessa struttura organizzativa»²⁷. Il discorso è tutto allusivo: l'unico elemento concreto è che l'esercizio in comune corrisponderebbe ad "imputazione comune" degli atti, evento che invece, nuovamente, dovrebbe essere l'effetto e non la premessa. Come si fa a "vedere" se l'attività è preordinata ad un programma comune? O che i suoi risultati "appaiono" imputabili all'uno o all'altro? Nell'inciso successivo compare il potere di direzione, ma come "riscontro" dell'imputazione al gruppo: sembra qui che i termini di qualificazione siano singolarmente invertiti; alla seconda farebbe riscontro il primo. È comunque una prima, significativa testimonianza dell'affermarsi della tesi formalistica dell'esercizio in comune come mera imputazione.

In una quasi coeva, autorevole esposizione trattatistica si critica la definizione "più diffusa" di esercizio in comune, secondo cui esso consisterebbe nella partecipazione – anche indiretta – di ogni socio alla gestione dell'attività²⁸: essa non terrebbe conto del fatto che la stessa legge prevede figure di soggetti che sono indubbiamente soci, pur essendo privi di poteri di gestione, quali gli accomandanti e i soci non amministratori di s.n.c.²⁹. Occorrerebbe perciò abbandonare la ricerca dell'esercizio in comune sul piano della programmazione degli affari sociali e cercarlo invece su quello della "produzione degli atti". Si perviene così ad una definizione dichiaratamente "non lontana" da quella di Spada, secondo cui l'esercizio in comune consiste-

²⁶ F. Di Sabato, *Manuale delle società*, 1^a ediz., Utet, Torino, 1984, 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ In questa posizione si unificano, con un inevitabile, quanto accettabile grado di approssimazione, le tesi di Ferrara jr., Ferri e Galgano.

²⁹ P. Abbadessa, *Le disposizioni generali sulle società*, in «Trattato di diritto privato», dir. da P. Rescigno, vol. 16. *Impresa e lavoro*, t. II, Torino, 1985, 21 s.

rebbe nel fatto che gli atti che compongono l'attività "comune" sono compiuti *per conto* di più soggetti; non varrebbe invece il criterio formale di imputazione, secondo cui l'attività è comune quando è compiuta *nel nome* di più persone, poiché in tal modo non si riuscirebbe a far rientrare nel concetto di società quella occulta³⁰. Si tratterebbe dunque di accogliere un criterio sostanziale, fondato sulla titolarità dell'interesse perseguito³¹.

Anche questa proposta interpretativa, tuttavia, è passibile di una critica analoga a quella valevole per la teoria cui si dichiara affine: come individuare in concreto, ad esempio in sede qualificatoria, chi è il soggetto *nel cui interesse* è svolta una certa attività? Lo si desumerà necessariamente dall'apprensione dei risultati e dunque vi è nuovamente uno scambio fra premesse e conclusioni.

Solo in parte simile all'impostazione appena riassunta è quella adottata da un manuale destinato ad avere una fortuna ancor maggiore di quelli poco prima segnalati, fino a diventare il più adottato ancor oggi in Italia. In base ad essa l'attività, per essere considerata comune, dovrebbe essere non solo compiuta nell'interesse comune e diretta realizzare un risultato comune, ma altresì *imputata al gruppo*. E tale imputazione dipenderebbe dalla *spendita del nome comune* da parte di chi agisce, sì che, in assenza di questa, non vi potrebbe essere imputazione³². Tale cri-

³⁰ *Ivi*, 22 s. All'epoca non vi era ancora il 5° comma dell'art. 147, l. fall., introdotto con la riforma della legge fallimentare del 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) e corrispondente all'attuale art. 256, 5° c., Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale chiama a rispondere il socio occulto di società occulta, dando così rilevanza giuridica a quest'ultima. Nella legge vi era soltanto il 2° comma dell'art. 147 (corrispondente a quello che nel 2006 sarebbe diventato il 4° ed oggi è il 4° c. dell'art. 256 CCI), che riguardava il socio occulto di società palese. Al primo caso, tuttavia, la prevalente dottrina e la giurisprudenza, sulla scorta della lezione bigiaviana, arrivavano per interpretazione analogica (sul punto v. per tutti la riepilogazione di A. Jorio, *Le crisi d'impresa, 1. Il fallimento*, in «Trattato di diritto privato», a cura di Judica e Zatti, Milano 2000, 159 ss.; dopo la riforma del 2006, A. Jorio, B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. I. *Introduzione generale. Il fallimento. Presupposti, processo, organi*, Milano, 2014, 190 ss.).

³¹ P. Abbadessa, *Le disposizioni generali*, cit., 25.

³² G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, (1ª ediz.,) Torino, 1988, 10 e 11 (corsivi originali): «perché un'attività economica possa definirsi comune a più soggetti è certamente necessario che essa sia preordinata alla realizzazione di un risultato unitario e comune. Di un risultato cioè *giuridicamente imputabile* al gruppo in quanto tale prima che ai singoli membri (...), in modo che tutti siano partecipi – anche se in misura eventualmente diversa – del risultato positivo o negativo della medesima attività». (...) «È quindi il *modo* di svolgimento dell'attività che consente di qualificare la stessa come comune a più soggetti e a tal fine non basta che l'attività venga svolta nell'interesse comune e per la realizzazione di un programma comune. È necessario ulteriormente che i singoli atti di

terio è presentato come riferentesi ad un “profilo oggettivo” dell’attività sociale, secondo una metodologia che l’Autore riconduce a Spada ed Abbadessa, in contrapposto a quello riferito ad un “profilo soggettivo” (per il quale si indicano come esponenti Galgano, Ferri e Ghidini), il quale, in quanto fondato sul potere dei soci di concorrere alla *gestione* dell’impresa comune, si scontrerebbe col fatto che tale potere si manifesta in modo diverso nei differenti tipi sociali³³.

Non sembra tuttavia che vi sia molta oggettività nel criterio definitorio che si propone: cosa vi è infatti di più soggettivo di un criterio basato sulla spendita del nome? Criterio che è inoltre proposto nella sua veste formale, per cui, se il nome di un soggetto non viene speso, costui non potrà mai essere considerato socio! Non a caso, in un paragrafo successivo, l’Autore rifiuta la rilevanza della società occulta³⁴. In ciò questa tesi si differenzia da quella di Abbadessa, il quale (come visto poc’anzi) respinge il criterio formale di imputazione (che escluderebbe appunto la società occulta), per dare rilievo ai soggetti *per conto* dei quali l’attività è svolta.

Il richiamarsi del Campobasso alla tesi di Spada non ha in realtà un collegamento necessario con quella che egli propone. Come visto in precedenza, la teoria dell’esercizio in comune come attività “funzionalizzata” non indica, al di là della declamazione, un criterio qualificatorio per individuare dall’esterno e in concreto quando l’attività sia o non sia comune. L’indicazione ultima sta nel fatto che il socio sia «esposto al saldo passivo» dell’attività (o, nei termini del Ferro-Luzzi, si abbia l’«incidenza co-

impresa siano prodotti secondo modalità giuridiche che ne consentano l’imputazione al gruppo unitariamente considerato. È necessario, in breve, che chi agisce nei rapporti esterni – sia esso un socio o un terzo – sia abilitato ad agire *per conto* del gruppo ed ulteriormente agisca *in nome* dello stesso, rendendo così palese tale sua posizione».

³³ *Ivi*, 10.

³⁴ *Ivi*, 60 ss. Anche dopo l’introduzione nel 2006 del 5° comma dell’art. 147 l. fall. (oggi confermato nel Codice della crisi come art. 256, 5° c.), l’Autore non ha abbandonato l’idea che la spendita del nome rimane il criterio centrale di imputazione nel nostro sistema; non potendo negare la chiara formula del comma ora citato, egli cerca in ogni modo di limitarne la portata, sostenendo che si tratta di norma eccezionale, valevole solo nel fallimento e non nel contenzioso ordinario, e che comunque l’attività d’impresa non è imputabile alla società occulta in tutti i suoi effetti attivi e passivi (v. da ultimo G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, 10^a ediz., Torino, 2020, 60 ss.). Su posizione analoga (anche se ormai nettamente minoritaria): M. Rescigno, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, ne *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Alberto Jorio e coord. da M. Fabiani, t. II (*Artt. 104-266 l. fall. Norme transitorie*), 2123 s.; A. Nigro, *Commento all’art. 147, ivi*, 2180 ss.

mune sui soci dei risultati positivi o negativi [di essa]»). Ma si è osservato più volte che questo non è un criterio identificativo, quanto la conseguenza di esso. Campobasso non è Autore che ami limitarsi alla pura retorica: anche quando si muove contro l'opinione dominante o addirittura *contra legem*, il suo pensiero è espresso in termini chiari e limpidi; è inoltre perfettamente consapevole di non poter indicare come premesse le conseguenze. Dunque il suo aggancio alla "teoria" della funzionalizzazione serve da mera premessa per porre quello che è *il suo criterio*, il quale avrebbe potuto essere indicato del tutto indipendentemente da essa. Con la sua padronanza del linguaggio, egli deforma e adatta quello perfettamente plasmabile della teoria in questione (che di mero linguaggio è fatta), in modo da far entrare nel discorso la parola "imputazione" e poterla indicare infine come il fulcro del problema. L'esito è che il socio (ovvero il partecipante all'esercizio in comune) è colui il cui nome è speso; si tratta dunque del semplice criterio formale di imputazione basato sulla spendita del nome. Tesi che risulta più sonora ove la si riguardi dal suo risvolto negativo: socio *non è mai* colui il cui nome *non è stato speso*.

A conclusione dell'esame della posizione del Campobasso, si ritiene ancora utile far notare, per il discorso qui svolto, che anch'egli, nell'indicare la tesi tradizionale (da lui rifiutata a causa delle sue ritenute difficoltà applicative), fa riferimento ad un potere (comune) dei soci di concorrere "alla *gestione*" dell'attività sociale.

In un'altra, più estesa trattazione dell'esercizio in comune comparsa pochi anni dopo si attesta che l'opinione "prevalente" è nel senso che «*esercizio in comune è sinonimo di potere di gestione comune*», con la precisazione per cui nelle società personali tale potere è esercitato direttamente, in quelle a base corporativa indirettamente, attraverso la partecipazione all'assemblea che nomina gli amministratori³⁵. Si ammette che tale definizione è opinabile, in particolare (sulla scorta di Abbadessa) osservando che nelle società personali vi sono chiaramente soci esclusi dalla gestione. Si menziona anche (in caratteri piccoli) la tesi di Spada, definita come dell'"attività funzionale", ma in sostanza non si prende posizione sul miglior significato da attribuire ad "esercizio in comune"; in conclusione, si aggiunge la precisazione per cui in ogni caso occorre considerare che l'attribuzione

³⁵ G. Marasà, *Le società*, 1. *Società in generale*, in «Trattato di diritto privato», a cura di Iudica e Zatti, (1ª ediz.) Milano, 1991, 23 s.

della responsabilità patrimoniale personale dei soci deve essere fatta a prescindere dal criterio formale della spendita del nome, in modo da ricomprendere anche l'ipotesi del socio occulto³⁶. Per quel che più strettamente riguarda il discorso che qui si svolge, si può ancora osservare che anche in questo caso la posizione detta "prevalente" (o "tradizionale") è presa in considerazione come riferentesi ad un esercizio in comune in quanto *gestione* comune.

3. Nel nuovo secolo³⁷, gli autori delle esposizioni manualistiche o trattatistiche precedentemente considerati (e che continuano a pubblicare) riprendono, nelle loro edizioni successive, le definizioni di esercizio in comune adottate in precedenza³⁸.

Le trattazioni dei primi anni Duemila sembrano propendere per una concezione "classica" dell'esercizio in comune: per alcuni esso avrebbe tre implicazioni o significati, *gestione* comune, rischio in comune e obbligo di collaborazione dei soci³⁹; per altri il «coinvolgimento nella gestione» è massimo per i soci di società in nome collettivo e nullo negli azionisti di risparmio, e tuttavia ai titolari di azioni ordinarie non manca il potere di nominare l'organo amministrativo⁴⁰; per altri ancora «l'attività comune va svolta in modo tale che l'imputazione dei suoi risultati sia riferi-

³⁶ *Ivi*, 25 ss. Singolare che l'ultima precisazione venga fatta citando la dottrina che più ha propugnato il tema del socio occulto (Bigiavi e Galgano) e la giurisprudenza che l'ha seguita, non invece il 2° c. dell'art. 147, l. fall. (nel testo allora vigente), quasi che il fallimento del socio occulto (all'epoca, soltanto di società *pa- lese*: v. la precedente nota 30) fosse questione di opinioni e non di legge.

³⁷ Si considera l'anno 2000 come compreso in questo arco, anche se a rigore il nuovo secolo è iniziato con il 1° gennaio 2001.

³⁸ F. Ferrara Jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, ediz. dalla 12^a (2001) alla 15^a (2011); G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale* a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, ediz. dall'11^a (2001) alla 15^a (2016); F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, 3^a ediz., in «Trattato di diritto civile e commerciale» già dir. da Cicu e Messineo e cont. da Schlesinger, vol. XXVIII, Milano, 2007, 20; G. Cottino, *Le società di persone* con la collaboraz. di G. Garesio, Bologna, 2019, 30 (ma con un'inattesa, brevissima chiusa a favore della tesi dell'imputazione); F. Di Sabato, *Società in generale. Società di persone*, in «Trattato di diritto civile» del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2004, 24 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino, ediz. dalla 5^a (2002) alla 10^a (2020) (a partire dalla 6^a: a cura di M. Campobasso); G. Marasà, *Le società*, 1. *Società in generale*, in «Trattato di diritto privato», a cura di Iudica e Zatti, 2^a ediz., Milano, 2000, 27 ss.

³⁹ V. Buonocore, *Le società. Disposizioni generali* (artt. 2247-2250), ne *Il Codice civile. Commentario* dir. da Schlesinger, Milano, 2000, 101 s. Può – provvisoriamente – chiosarsi che il rischio (ovvero la responsabilità) comune sarà attribuito come conseguenza di quanto accertato in base all'evidenza, mentre, per quanto riguarda l'obbligo di collaborazione, si v. *infra* il paragrafo ad esso intitolato.

⁴⁰ G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, parte I di Cottino, Sarale, Weigmann, *Società di persone e consorzi*, in «Trattato di diritto commerciale», dir. da Cottino, III, Padova, 2004, 19 s.

bile alla società» anziché ai soci»⁴¹. Sembrerebbe, quest'ultima, una posizione riconducibile allo schema Spada-Abbadessa, e tuttavia si osservi quanto si aggiunge: «genericamente la partecipazione del socio all'attività sociale si realizza nei modi, più o meno diretti, previsti nella disciplina degli assetti organizzativi dei singoli tipi di società e che sono compatibili anche con l'attribuzione ai soci, in quanto tali, di competenze assai limitate»⁴². E nel seguito, accennandosi al problema di qualificazione di una situazione di fatto, si dice che si risconterà esercizio in comune ove «si segu[a]no i modelli organizzativi dell'esercizio dell'attività fissati nei vari tipi di società»⁴³. Dunque questa posizione, che sembra all'esordio avvicinarsi a quella dell'imputazione, si aggan- cia poi significativamente a quella galganiana. Con un "di più", che pare di scorgere, che l'avvicina a quella qui nel seguito sostenuta: se il socio non deve necessariamente partecipare alla gestione, egli tuttavia prenderebbe parte a quella che gli Autori indicano come "attività sociale", diversa nei vari tipi (e che, quindi, aggiungiamo, non è "gestione", ma un qualcosa evidentemente di diverso e, per forza di cose, più ampio).

Agli Autori citati può aggiungersi la posizione che chi scrive ha assunto in un volume non dedicato all'argomento specifico e che oggi qui si riprende⁴⁴.

Parte tuttavia presto una reazione decisa per riaffermare la validità della tesi per cui l'esercizio in comune equivale ad "imputazione comune": «esercizio *in comune* dell'attività economica non significa che tutti i soci debbano occuparsi insieme dell'amministrazione della società (...), significa piuttosto programmazione di una attività (a contenuto economico) e compartecipazione al risultato di tale attività», con citazione in nota di Abbadessa, Campobasso e Di Sabato, i quali tutti sottolineerebbero «come l'espressione esercizio in comune attenga esclusivamente all'imputazione dell'attività e del suo risultato»⁴⁵. Ancora una volta la teoria tradizionale (rifiutata) è descritta nei termini di *amministrazione comune*.

Un altro Autore rinnova la critica alla già nota concezione secondo cui l'esercizio in comune corrisponderebbe a ciò che

⁴¹ G. Presti, M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, II. Società, (1^a ediz.) Zanichelli, Bologna, 2005, 6.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., 168 ss.

⁴⁵ A. Stagno d'Alcontres, N. de Luca, *Le società*, t. 1. *Le società in generale. Le società di persone*, Torino, 2015, 50, testo e nota 112 (corsivo originale).

viene indicato come “potere di decisione” (con citazione di Galgano) o “potere” *tout court*, che poi si chiarisce dalle parole successive essere il potere *di gestione*: si rileva come in molte posizioni contrattuali, indubbiamente sociali, tale potere manchi. Ciò che invece sarebbe idoneo a caratterizzare le società da con-tratti affini, rendendo comune l’attività dei soci, sarebbero le re- gole di imputazione di quest’ultima⁴⁶, imputazione che si rea- lizza attraverso la spendita del nome sociale⁴⁷. La descrizione coinciderebbe dunque con quella del Campobasso, se non per un dettaglio non proprio secondario: l’Autore si domanda se tale spendita sia «normale o coesenziale» al fenomeno societario e, pur non esplicitando alla fine la risposta, lascia intendere che essa sia nel primo senso, poiché conclude citando il 5° c. dell’art. 147 l. fall. e, in caratteri più piccoli, definendo la posizione di Campobasso, come visto riduzionistica rispetto al rilievo della società occulta, «forse non del tutto convincente»⁴⁸.

4. Dalla rassegna qui sopra svolta emerge come vi siano fonda- mentalmente due concezioni dell’esercizio in comune: quella “tradizionale”, che lo identifica nella partecipazione alla ge- stione, o “direzione” comune (talora con l’ammissione che essa è variamente graduata a seconda dei tipi sociali) e quella detta “dell’attività funzionale”, che critica la prima, imputandole il fatto che in vari casi i soci sono del tutto esclusi dalla gestione. Singolare il fatto che la prima teoria non è stata difesa criticando la seconda – cosa quest’ultima che in precedenza si è tentato di fare –, mentre ora si cercherà di difendere la teoria tradizionale, apportando ad essa un correttivo.

Si è posto in luce più volte il fatto che, sia nell’illustrare la prima teoria che nel criticarla, il riferimento sia quasi sempre alla *gestione o amministrazione*.

Vi è stato in realtà chi ha adombrato la diversa idea che l’esercizio in comune sia qualcosa di più di essa.

Si può in primo luogo osservare come Giuseppe Ferri, nella sua descrizione dell’esercizio in comune, non parla mai di “ge- stione”, ma di potere del socio “*di determinare l’attività sociale*”⁴⁹.

⁴⁶ M. Cian, *La nozione di società e i principi generali. L’organizzazione produt- tiva: elementi costitutivi*, in «Diritto commerciale», a cura di Cian, vol. III, *Diritto delle società*, (1^a ediz.), Torino, 2017, 32.

⁴⁷ *Ivi*, 36.

⁴⁸ *Ivi*, 38.

⁴⁹ *V. supra*, par. 2.

Si è poi visto che, parlando di esercizio in comune (con particolare riferimento alle società personali), Mario Ghidini non lo identifica tout court con la gestione, ma con un *potere dispositivo*, che spetterebbe a tutti i soci e si scinderebbe in più manifestazioni, e cioè: a) il potere di concorrere a modificare il contratto sociale; b) quello di concorrere alla nomina e revoca degli organi sociali; c) quello di provvedere all'amministrazione della società⁵⁰.

Francesco Galgano non si esprime a ben vedere nei termini di un potere "di gestione", ma di un concorso dei soci nella *direzione* dell'attività. Indicandone varie manifestazioni, diverse nei vari tipi sociali, egli individua alcuni atti che non sono affatto di gestione, eppure sono indubbiamente "di esercizio in comune"; li si vedrà indicati qui nel seguito tramite i riferimenti in nota.

Presti e Rescigno riconoscono che i soci, pur non partecipando sempre alla gestione, lo fanno invece rispetto ad una "attività sociale".

In altri casi lo spunto non è stato portato a compimento, per il carattere incidentale di tali rilievi, svolti nel quadro di discorsi diversamente centrati⁵¹.

È noto come il concetto di attività di "gestione", o "amministrazione", delle società comprenda, nella sua accezione più propria, l'insieme degli atti necessari o semplicemente utili al perseguimento dell'oggetto sociale⁵². Ciò è addirittura normativamente precisato per le società per azioni dall'art. 2380-*bis*, 1° comma, c.c., introdotto dalla Riforma del 2003, ove è sancito che gli amministratori «compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»⁵³.

⁵⁰ M. Ghidini, *Società personali*, cit., 39 s. (si è omissis il punto *d*), in quanto enunciato dall'Autore in senso negativo, ad indicare cioè un qualcosa che esercizio in comune non è, ossia lo svolgimento di attività rappresentativa, o "gestione esterna").

⁵¹ Ad esempio, F. Vassalli, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, 156 ss., distingue fra un "potere di direzione dell'impresa", spettante a tutti i soci indistintamente, e un "potere di amministrazione" che può essere attribuito solamente ad alcuni, con esclusione gli altri. Si veda anche quanto scrive P. Montalenti, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, 309: «gestione ed esercizio dell'attività non sono concetti coestensivi», precisando però poi che «la gestione dell'impresa, *rectius* l'amministrazione della società, è lo strumento che rende concretamente possibile l'esercizio in comune», ove è condivisibile la prima affermazione, meno la seconda. Altri spunti analoghi sono certamente presenti in letteratura.

⁵² Per tutti: F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 92 s.; un tempo si parlava anche di "attuazione" o "esecuzione del contratto sociale" (G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 182 s.).

⁵³ La versione originaria del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) prevedeva che tale specificazione venisse ripetuta in

Nel caso dell'impresa individuale la nozione non è diversa; semplicemente, data l'unicità del soggetto esercente l'attività, non è necessario distinguere da altri atti, come invece avviene nelle società (e in altri enti collettivi), onde affidarla, a seconda dei casi, ad un soggetto, una serie di soggetti o un organo specifico, quali l'amministratore, gli amministratori o il consiglio d'amministrazione.

Quando l'art. 2247 c.c., definendo il contratto di società lucrativa, afferma che i soci "esercitano in comune l'attività", non si riferisce ai soli atti di gestione, benché questi rappresentino la maggior parte degli atti utili alla "vita" della società (si consenta solo in questo punto tale immagine organicistica). Il fatto stesso che la legge ponga come protagonisti dell'esercizio in comune i soci mostra come non si tratti esclusivamente di attività gestoria, altrimenti ne avrebbe indicato come autori gli amministratori.

Ad esempio, quando i soci di una società di persone decidono sull'ingresso di un nuovo socio, o sull'esclusione di un vecchio, o sul mutamento dell'oggetto sociale o lo scioglimento anticipato della società, stanno svolgendo "esercizio in comune", quantunque non si tratti di gestione.

Più in generale, possiamo dire che la partecipazione di un socio alle *modifiche del contratto sociale* è un atto di esercizio in comune, benché non gestorio⁵⁴.

Trasferendo il discorso sul terreno delle società di capitali (e dando per scontati gli adattamenti necessari dei concetti in riferimento alla s.r.l.⁵⁵), possiamo affermare che le competenze dell'assemblea straordinaria corrispondono, dal punto di vista dei soci che ne sono protagonisti, ad altrettanti atti non gestori di esercizio in comune. Di conseguenza, possiamo dire che ad esempio i titolari di azioni privilegiate secondo il modello legale ante riforma del 2003, i quali potevano (come ancora possono) avere il voto limitato alla sola assemblea straordinaria (art. 2351, 2° comma, c.c. pre-riforma), non vedono per ciò limitata la loro

tutti gli articoli dedicati all'amministrazione dei rispettivi tipi sociali (artt. 2257 c.c. per le società di persone, 2475 c.c. per la s.r.l.). Il decreto correttivo del 26 ottobre 2020, n.147, ha eliminato questa ripetizione (non intendendo però certo smentirne il contenuto), assieme alla contestuale affermazione di esclusività della gestione in capo agli amministratori (non appropriata per i tipi poc'anzi indicati).

⁵⁴ Come si è visto (*supra*, par. 2) e ribadito poc'anzi, lo spunto è presente già in M. Ghidini, *Società personali*, cit., 39.

⁵⁵ E in particolare alla necessità di intendere "assemblea straordinaria" come "assemblea che decide con le maggioranze indicate dall'art. 2479-bis, 3° comma, ultima parte, c.c.".

qualità di soci, poiché continuano, sebbene in misura inferiore, a partecipare all'esercizio in comune.

Appartiene al novero di atti qui considerati la partecipazione alla decisione sull'*esclusione* facoltativa di un socio nelle società di persone e all'analogha decisione che può essere assunta nella s.r.l. in base all'art. 2473-*bis* c.c.⁵⁶. Nel caso delle società di persone, tale decisione manifesta una strana natura: se il verdetto è positivo, può essere considerata una modifica del contratto⁵⁷, nel senso che è già di per sé sufficiente a produrre l'effetto modificativo senza la necessità di ulteriori sanzioni; se negativa, non modifica in nulla la situazione e ci si può chiedere quale sia in tal caso la sua natura: essa è, per i soci che vi partecipano, un puro atto di esercizio in comune non-gestorio.

Ma gli atti di cui qui ci occupiamo non si esauriscono nelle modifiche contrattuali o statutarie.

Viene in luce in questo senso *la nomina degli amministratori*⁵⁸. Ci si può domandare se essa sia o meno un atto di gestione e si ritiene qui di aderire all'opinione secondo cui non lo è⁵⁹; nominando gli amministratori non si compra o vende nulla, non si affitta, non si produce né si assume o licenzia personale. Di certo, però, in questa competenza si sostanzia il vero potere di comando, il potere economico e giuridico sull'ente, e non sbaglia chi afferma che essa è il supremo atto di governo della società⁶⁰.

E non a caso, nella nozione di controllo dell'art. 2359 c.c., ai numeri 1) (controllo "di diritto") e n. 2) (controllo "di fatto"), si

⁵⁶ La norma non specifica le modalità di assunzione della decisione, ma la prevalente dottrina ritiene che debba essere presa dai soci e per di più in assemblea: G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, ne *Il Codice civile. Commentario* fond. da Schlesinger e dir. da Busnelli, t. I. Artt. 2462-2474, Milano, 2010, 869, testo e nota 48; C. Esposito, *L'esclusione del socio nelle società di capitali*, Milano, 2012, 152 (ma v. già Id., *L'esclusione come strumento generale di "exit" societario*, in «Riv. not.», 2004, 274 ss.); B. Petrazzini, *L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata*, 2ª ediz., Roma, 2015, 126 s.

⁵⁷ R. Weigmann, *Il procedimento di esclusione del socio nelle società di persone: profili di incostituzionalità*, in «Giur. comm.», 1996, I, 547 e in «Studi in onore di Gastone Cottino», I, Padova, 1997, 355.

⁵⁸ Indica espressamente tale atto fra i poteri di esercizio in comune spettanti ai soci accomandanti F. Galgano, *Le società di persone. Società in genere*, in «Trattato Cicu-Messineo», 1ª ediz., cit., 374. Vi è però da dire che l'Autore considera tale atto come rientrante fra quelli di gestione (Id., *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 90 ss.); in quest'ottica non lo si potrebbe dunque inquadrare quale atto "non gestorio" di esercizio in comune, come qui si fa.

⁵⁹ P. Schlesinger, *Recensione* a Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, in «Riv. soc.», 1962, 97; G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, cit., 436.

⁶⁰ F. Galgano, *Diritto commerciale*, 2. *Le società*, 18ª ediz., rist. aggiorn., Bologna, 2013, 271.

fa riferimento rispettivamente alla maggioranza dei voti esercitabili o a quelli sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, essendo proprio questa che nomina gli amministratori⁶¹.

La nomina degli amministratori non è atto di gestione, poiché non è perseguimento dell'oggetto sociale, se non in senso mediato: essa è approntamento di un apparato, o "organo", destinato a perseguire tale oggetto.

Discorso analogo vale per la revoca degli amministratori: il socio di s.p.a. che partecipa alla delibera di revoca ad nutum dell'amministratore sta compiendo un tipico atto imprenditoriale, ma non gestorio. Ogni socio di società di persone, compreso quindi il non-amministratore e l'accomandante di s.a.s., ha il potere di chiedere al giudice la revoca per giusta causa dell'amministratore (art. 2259, 3° c., c.c.).

Vi sono poi altri atti di esercizio in comune non gestori. Alorché i soci approvano il bilancio essi, secondo la tesi più accreditata, non stanno compiendo un atto di gestione⁶²; ma si tratta certamente di un atto di esercizio in comune. Lo stesso discorso può farsi per quanto riguarda la destinazione dell'utile e ciò vale sia per le società di persone (ove tale decisione è meramente eventuale) che per quelle di capitali.

Il potere dei soci accomandanti di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni, di cui all'art. 2320, 2° comma, c.c., potrebbe essere considerato un potere di gestione⁶³, ma se-

⁶¹ Tant'è che G. Presti, M. Rescigno [*Corso di diritto commerciale*, voll. I e II (vol. unico), 10ª ediz., Bologna, 2021, 669] ritengono che, data la possibilità di istituire categorie di azioni con diritti diversi, il diritto di voto dei soci potrebbe variare a seconda del tipo di delibera; di conseguenza la norma sul controllo andrebbe intesa come riferita alla maggioranza necessaria a nominare, revocare e sottoporre ad azione di responsabilità gli amministratori.

⁶² Come si desume dal fatto che sarebbero ammessi a compierlo anche i soci accomandanti di s.a.s. Il dibattito riguarda invece il quesito se tale approvazione debba essere fatta all'unanimità (F. Ferrara jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 15ª ediz., Milano, 2011, 228) o a maggioranza (A. Serra, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, 224 ss.; P. Schlesinger, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in «Riv. soc.», 1965, 814 ss.) o ancora, secondo un'altra opinione, a maggioranza dei soli soci non-amministratori (L. Benatti, *Il rendiconto delle società di persone*, Milano, 2006, 141). La tesi minoritaria per cui invece l'approvazione del bilancio sarebbe atto di gestione fa capo a G. Ferri, *Delle società*, in «Commentario del codice civile», a cura di Scialoja e Branca, *Libro quinto. Del lavoro* (artt. 2247-2324), 3ª ediz., Bologna-Roma, 1981, 494; F. Galgano, da ultimo in *Diritto commerciale*, 2. *Le società*, 18ª ediz., cit., 123.

⁶³ Tale infatti lo considera F. Galgano, *Le società di persone. Società in genere*, 1ª ediz., cit., 374, il quale comunque lo ricomprende fra gli atti "di esercizio in comune" che residuano in capo ai soci accomandanti nella s.a.s.

condo la prospettiva che qui si preferisce andrebbe considerato un potere di controllo sulla gestione, in questo senso atto di esercizio in comune non-gestorio. Di sicuro sono tali gli *atti di ispezione e sorveglianza* concessi agli stessi soci dal medesimo comma, ultima parte.

La *promozione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori* non è un atto gestorio, ma può considerarsi rientrante fra quelli di controllo sulla gestione. È atto di esercizio in comune nella misura in cui è svolta dal socio, o da una minoranza di soci, o partecipando all'assemblea dei soci, nell'interesse comune e allo scopo di reintegrare il patrimonio sociale ingiustamente danneggiato.

Come è noto, il Codice civile, all'art. 2256 (dettato per la società semplice, ma estensibile alle altre società di persone), stabilisce che il socio non può *usare per scopi personali i beni sociali*, salvo che ottenga il consenso «degli altri soci». Pacificamente si ritiene che *questa decisione* sia da prendersi all'unanimità⁶⁴.

Un'analoga autorizzazione è prevista dall'art. 2301 (dettato per la società in nome collettivo ed applicabile anche alla società in accomandita semplice), per il quale gli "altri soci" – e dunque sempre all'unanimità dei consensi – possono permettere al consocio di *esercitare un'attività concorrente* con quella della società.

Entrambe queste ipotesi rappresentano ulteriori esempi di atti di esercizio in comune, formalmente non gestori, in realtà chiaramente imprenditoriali.

Nelle società di persone con amministrazione disgiuntiva (situazione stabilita dal Codice come dispositiva, e quindi normale), i soci anche non amministratori prendono parte alla *decisione sull'opposizione all'atto di gestione* operata da un socio amministratore (art. 2257, 3° comma, c.c.). Il quorum qui richiesto per tale decisione è la maggioranza determinata in base alla partecipazione agli utili, ma in ogni caso il diritto a votare spetta a ciascun socio. Se dobbiamo ammettere, come si è fatto in dottrina⁶⁵, il carattere non gestorio di questo intervento, in quanto non autonomo, ma subordinato pur sempre all'iniziativa oppositoria di un socio amministratore, abbiamo trovato un ulteriore esempio del genere cercato.

⁶⁴ G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 10^a ediz., cit., 103; L. Pisani, *Le modifiche del contratto di società di persone tra vecchi e nuovi problemi*, in «Notariato», 2008, 684.

⁶⁵ F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., 185 s.

Atti non gestori, ma di esercizio in comune, possono altresì essere considerati *quelli di controllo*. Per quanto riguarda il controllo diretto, troviamo nelle società di persone i penetranti controlli concessi ai soci non amministratori dall'art. 2261, 1° comma, c.c.; nella società per azioni, gli assai meno estesi ma pur sempre esistenti diritti di ispezione dei libri sociali (libro dei soci e libro delle adunanze e deliberazioni delle assemblee) previsti a favore di ciascun socio dall'art. 2422, 1° comma, c.c.; nella s.r.l., i nuovamente intensi controlli istituiti a favore dei soci che non amministrano dall'art. 2476, 2° comma, c.c. Per quanto riguarda i controlli attuati attraverso appositi organi, è atto di esercizio in comune la partecipazione del socio di società di capitali alla *nomina dell'organo o degli organi di controllo*, ovviamente ove previsti (e compresa la nomina del revisore legale dei conti)⁶⁶.

Ulteriori atti del genere cui alludiamo sono *l'impugnazione di una delibera assembleare* di una società di capitali da parte dei soci e la *denuncia al tribunale*⁶⁷. Si tratta di atti non (nel primo caso "non più") rientranti nella disponibilità di qualunque socio, richiedendosi dei minimi di capitale per la legittimazione, ma ciò non inficia il discorso che qui si svolge, appartenendo comunque l'astratto potere ad ogni minoranza azionaria. La richiesta di quorum minimi dipende, come già notava Galgano cinquant'anni fa, da quella che egli chiamava una tendenza alla riduzione delle forme di partecipazione⁶⁸.

5. A suffragio del nostro discorso è possibile indicare una disposizione del Codice civile che pare particolarmente pertinente. L'art. 2273 prevede che la società (di persone) debba intendersi tacitamente prorogata se, decorso il suo termine di durata, «i soci continuano a compiere le operazioni sociali».

Non molti in dottrina si sono chiesti cosa debba intendersi in questa norma per "operazioni sociali"; coloro che lo hanno

⁶⁶ Si può osservare come F. Galgano, *op. ult. cit.*, 100, indicando in che cosa si sostanzia l'esercizio in comune nelle società di capitali, afferma che «per la minoranza la partecipazione alla direzione dell'impresa si converte (...) in controllo» (controllo inteso, precisa l'Autore, in senso giuridico e non economico).

⁶⁷ Indica espressamente tali atti come manifestazioni residue di esercizio in comune nelle società di capitali F. Galgano, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁸ *Ibidem*, in nota 56.

⁶⁹ P. Schlesinger, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, cit., 833 in nota 61; R. Vigo, *Proroga tacita e regimi di amministrazione nelle società personali*, in «Riv. dir. civ.», 1995, II, 296, testo e nota 20.

fatto hanno risposto in parte che l'espressione alluderebbe ad atti di gestione compiuti dagli amministratori⁶⁹, ma non è mancato chi ha ritenuto diversamente: «non sembra che [tali] operazioni (...) si esauriscano (..) negli atti inerenti all'amministrazione della società (...). Infatti, nulla esclude che la volontà intesa a proroga possa desumersi da decisioni aventi un diverso oggetto, assunte dai soci all'unanimità o a maggioranza: un esempio potrebbe essere l'ampliamento dell'oggetto sociale, deliberato dai soci pochi giorni prima della scadenza del termine di durata»⁷⁰.

È evidente che, se la legge ha volutamente fatto riferimento ai soci e non agli amministratori e alle operazioni sociali anziché agli atti di gestione, ha inteso dare rilevanza, ai fini dell'individuazione di una volontà implicita di proroga, a qualunque atto di vitalità dell'ente.

È chiaro, in altri termini, che qui la legge sta facendo riferimento ad *atti di esercizio in comune*, cioè a tutti quegli atti che i soci possono compiere, siano essi di gestione, in quanto amministratori, siano essi estranei ad essa, in quanto semplici soci.

Questa norma legittima l'affermazione che gli atti di esercizio in comune rappresentano un insieme più ampio di quello degli atti di gestione: ed è evidente che, sottraendo agli atti di esercizio quelli di gestione, lo spazio rimanente non può che essere occupato da atti non gestori.

6. Al discorso che si va facendo si possono opporre (almeno) due obiezioni, reperibili in discorsi svolti già prima che venisse presentato da chi scrive nel 2008.

In un'esposizione trattatistica, due Autori già precedentemente menzionati affrontano il tema dei poteri spettanti al socio accomandante. Esaminati i (limitatissimi) poteri di partecipazione alla gestione, così ne introducono una serie di altri: «dagli atti di amministrazione vanno tenuti distinti gli atti di organizzazione della società»⁷¹; e in questo novero includono i poteri di partecipare alle modifiche contrattuali, alla nomina e revoca di

⁷⁰ F. Briolini, *Commento all'art. 2273*, in «Commentario del Codice civile», dir. da E. Gabrielli, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, vol. I. Artt. 2247- 2378, Torino, 2015, 285 in nota 5. Anche Vigo (*op. loc. cit.*), dopo aver affermato che le "operazioni sociali" sono "operazioni amministrative", ammette che «atti diversi da quelli di ordine amministrativo» possano essere considerati idonei ad esprimere una volontà di proroga, ma evidentemente in una prospettiva di interpretazione estensiva e non diretta.

⁷¹ G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., 223.

amministratori con atto separato (in posizione di minor incidenza rispetto agli accomandatari) e quello di domandare al giudice tale revoca (si omette la citazione dei relativi articoli del Codice).

Si tratta, come si vede, di atti rientranti nel gruppo preso in considerazione nel paragrafo che precede.

Un altro Autore, trattando di associazione in partecipazione e cercando di individuare cosa possa intendersi per esercizio in comune, critica nel modo già più volte visto la tesi per cui esso corrisponderebbe alla “gestione comune” e contrasta altresì quella (sostenuta a suo tempo dal Bolaffi) per cui consisterebbe nell’opera prestata dai soci per il perseguimento dei fini che si sono prefissi; in quest’ultima, in particolare, sarebbe «palese l’inaccettabile confusione tra il livello della *società* e il livello dell’*impresa*»⁷².

Sarebbe facile replicare a queste (possibili) obiezioni ora che, da qualche anno, la compenetrazione fra diritto delle società e diritto dell’impresa è generalmente riconosciuta⁷³ e addirittura sancita legislativamente dalla riforma delle procedure concorsuali⁷⁴. Occorre considerare invece che, quando le “obiezioni” fu-

⁷² M. De Acutis, *L’associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 43 (corsivi originali).

⁷³ Con le debite approssimazioni, possiamo dire che ad aprire provocatoriamente questa stagione è stato il già citato scritto di Paolo Spada *C’era una volta la società ...*, in cui fra l’altro si mostra come sia stata proprio l’iperdilatazione del concetto di “società” portata dall’introduzione di quelle unipersonali a sancirne la disgregazione. A segnare definitivamente la svolta è stato poi il lavoro di C. Angelici, *Profili dell’impresa nel diritto delle società*, cit., 237 ss. Sia consentito rilevare che anche chi scrive, ad un livello assai più incidentale, aveva rimarcato l’appartenenza delle società alla categoria delle imprese [G. Mignone, *L’associazione in partecipazione*, cit., 172: «l’“esercizio” che nelle società i soci attuano in comune corrisponde (e non potrebbe essere altrimenti) all’“esercizio” che l’imprenditore individuale realizza nella propria impresa. “Esercizio in comune” significherebbe quindi che i soci, pur non essendo individualmente imprenditori (imprenditore, formalmente, è la società), eserciteranno collettivamente *quella stessa sfera o insieme di poteri* che l’imprenditore singolo esercita individualmente nella propria impresa»].

⁷⁴ La dottrina che commenta la riforma ha immediatamente colto la rivalutazione del “profilo” dell’impresa fatta dal Codice della crisi, il quale inserisce nell’art. 2086 c.c., posto nella disciplina di essa, la fondamentale prescrizione riguardante gli assetti organizzativi adeguati (non nelle imprese individuali, ma) nelle società e nelle (altre) imprese collettive; fra i molti: L. Calvosa, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in «Società», 2019, 799, 802; S. Ambrosini, *L’adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, reperibile su https://blog.ilcaso.it/news_825 (2019), 13, pubblicato poi, col titolo *Assetti adeguati e “ibridazione” del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato*, ne *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso* a cura di M. Irrera, Giappichelli, Torino, 2020, 433 ss.

rono scritte, ci si trovava nel pieno di una moda culturale ben diversa, in cui il diritto delle società era (considerato) predominante, sembrando quasi aver assorbito quello dell'impresa, relegato ad un ruolo ancillare.

Si cercherà perciò di replicare su un piano più sostanziale, come si sarebbe potuto fare anche se le sorti "ambientali" non fossero mutate.

Considerare l'attività non-gestoria svolta dai soci nella società come "atti di organizzazione" della società stessa ovvero, in prospettiva sostanzialmente analoga, atti del "livello delle società", pone un'indebita barriera fra società e impresa, che non sembra giustificata dal sistema.

Società e impresa non sono concetti omogenei e quindi contrapporli è improprio: la disciplina dell'impresa non riguarda la sola impresa individuale, ma è *comune* anche a quella sociale. Si può perciò se mai contrapporre o confrontare l'impresa sociale rispetto quella individuale.

E se, dunque, si prova a fare ciò, ci si accorge che nell'individuale non vi è distinzione fra atti di gestione, "modifiche del contratto" (*i.e.*: delle condizioni di base dell'impresa: oggetto, durata, sede ecc.), atti di organizzazione interna (ad es. degli uffici, della produzione ecc.). L'imprenditore individuale decide direttamente tutto quanto è per lui opportuno per l'esercizio dell'attività⁷⁵.

La distinzione fra gli atti di gestione e i rimanenti atti si è resa utile (non "necessaria", perché di scelta umana pur sempre si tratta) per distinguere, all'interno della società, le competenze di un organo da quelle di un altro. Ma ciò per meri fini pratici, non ontologici.

È il frutto di un'ipostatizzazione immaginare che la società "si organizza"; a fare tutto sono in realtà i soci, persone fisiche "nate da ventre di donna". Tutta l'attività che si svolge all'interno

⁷⁵ Solo in apparenza scontata è la riflessione di Jean-Marc Moulin: «... *sans collectivité point de vote; l'individu seul procède certes à des arbitrages intérieurs pour réaliser ses choix (ou ses non-choix au demeurant), mais n'a pas besoin d'organiser un vote pour arrêter sa position*» (*Propos introductifs sur le droit de vote de l'actionnaire*, in *Colloque. Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes (13 ottobre 2011)*, in «RTDF Revue Trimestrielle de Droit Financier», 2011, n. 4, 5).

⁷⁶ Intendendo questa espressione in senso lato. Trovo conforto in un'affermazione di F. d'Alessandro, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in «Giur. comm.», 2017, I, 494: «... ipotesi di sostituzione volontaria nell'attività giuridica, per tali intendendosi quelle nelle quali il sostituto funge da *longa manus* del sostituito e ha come unica missione quella di operare nell'interesse di quest'ultimo. Continuo a pensare che tale sia il caso degli amministratori».

della società è realizzata dai soci (o dai loro delegati⁷⁶), i quali compiono atti diversi, secondo schemi predisposti dalla legge per ragioni di ordine economico-giuridico, ma pur sempre riconducibili ad un'unica matrice: condurre l'attività prevista nell'oggetto in modo corrispondente a quello in cui l'imprenditore individuale lo fa senza attuare alcuna classificazione dei suoi atti.

La distinzione fra atti di gestione e rimanenti atti di conduzione dell'attività oggetto della società è dunque meramente convenzionale; ed elastica, come tutte le distinzioni.

Perché, ad esempio, una modifica contrattuale come il cambiamento dell'oggetto dovrebbe essere atto di "organizzazione sociale"? Essa incide profondamente sull'attività *d'impresa*.

L'emissione di obbligazioni, per una s.p.a., era fino al 2003 una competenza dell'assemblea straordinaria, ma da allora lo è invece del consiglio d'amministrazione, per cui è diventata atto "di gestione". In realtà, obiettivamente, avrebbe dovuto esserlo anche prima, poiché assumere un prestito è tipicamente atto gestorio⁷⁷. Perché allora in precedenza era affidato all'assemblea? La spiegazione è reperita nella tradizione del Codice di commercio 1882, che affidava la competenza all'assemblea straordinaria onde sottoporre al controllo omologatorio una decisione che avrebbe determinato un appello al pubblico risparmio⁷⁸. Dunque, l'atto gestorio può veder mutare la competenza a compierlo (e con essa la propria "natura") in virtù della sua particolare importanza o delicatezza⁷⁹.

Altri esempi si potrebbero fare.

In conclusione, ammessa per utilità la distinzione fra atti di gestione ed altri atti, non sembra che sia utile e fecondo stabilire una distinzione qualitativa fra atti dell'impresa e atti della società (o "di organizzazione" della società), semplicemente perché la società è un'impresa, dotata solo della variabile di essere collettiva (e pur non essendo l'unica di tal genere).

Sono sempre i soci (o i loro delegati, amministratori o, ove previsti, sindaci) a compiere gli atti di esercizio dell'impresa col-

⁷⁷ Auspicava perciò una modifica come quella poi realizzata G. Niccolini, *Il prestito obbligazionario delle società per azioni*, in «Riv. dir. comm.», 1988, I, 443.

⁷⁸ *Ivi*, 444. Quale residuo del precedente controllo, l'art. 2410, 2° comma, c.c. prevede oggi che «in ogni caso la deliberazione di emissione deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta a norma dell'articolo 2436».

⁷⁹ Si pensi ancora all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria richiesta per l'acquisto di azioni proprie (art. 2357, 2° comma, c.c.).

⁸⁰ Giuridicamente è la legge a compiere per tutti questa scelta convenzionale.

lettiva, e questi atti sono in parte “di gestione”, per una distribuzione convenzionale (in senso logico, non giuridico⁸⁰) di competenze fra gli organi sociali⁸¹ (anch’essi frutto di una scelta convenzionale volta alla razionalizzazione del lavoro), in parte “non-gestori”⁸².

7. L’interpretazione che qui si propone consente anche di dare una risposta al problema del cosiddetto “obbligo di collaborazione” dei soci⁸³. Coloro che ne ammettono l’esistenza, dando dell’esercizio in comune una lettura che lo fa coincidere con la gestione comune, sono costretti ad introdurre l’obbligo di collaborazione come un profilo ulteriore, la cui base normativa non è tuttavia ben chiarita⁸⁴. Considerando invece l’esercizio in comune come una varietà di atti non limitati alla gestione, si può inglobare l’obbligo di collaborazione nel concetto stesso di cui trattasi: non occorre cercare un fondamento normativo specifico dell’obbligo di collaborazione, poiché esso è già previsto, e quindi ricompreso, nell’obbligo di esercizio in comune dei soci.

Ma è l’esercizio in comune un obbligo?

L’art. 2247 c.c. si esprime in termini discorsivi: i soci conferiscono ... per l’esercizio in comune dell’attività ... allo scopo di dividerne gli utili. Il termine “per”, che introduce l’esercizio in comune, ha fatto pensare ad alcuni che quest’ultimo non sia un obbligo dei soci, ma uno scopo (“per” usato per introdurre un complemento di fine); uno scopo tuttavia non definitivo, poiché questo sarebbe chiaramente – essendo introdotto dalle parole “allo scopo di ...” – la divisione degli utili. Dunque, secondo tale

⁸¹ Nelle società di persone non vi sono “organi”, ma il discorso va riferito ai gruppi distinti dei soci-amministratori, dei non-amministratori, dei soci *tout court* (decidenti spesso all’unanimità, talora a maggioranza), ai quali la legge assegna poteri e diritti diversi.

⁸² Chiaramente oggi, con la generalizzazione degli “assetti organizzativi adeguati”, affidati in esclusiva agli amministratori, sostenere l’esistenza di un’organizzazione societaria contrapposta alla gestione (o all’impresa) è diventato assai arduo (e ciò pur nei vari significati che il termine “organizzazione” può assumere, anzi, forse proprio per questo). Ma si era avvertito che in questo paragrafo si sarebbe condotto il discorso a prescindere dalla recente riforma.

⁸³ Tale obbligo è ritenuto esistente da una parte significativa della dottrina: v. da ultimo G. Presti, M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, 10^a ediz., cit., 365 (il socio ha «il dovere di collaborare al proficuo svolgimento dell’attività sociale»), nonché la panoramica delle posizioni in V. Buonocore, *Le società. Disposizioni generali*, cit., 102 s., testo e note. Contrario invece G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, 10^a ediz., cit., 111.

⁸⁴ V. Buonocore, *op. cit.*, 101, il quale lo introduce come una terza “conseguenza” dell’esercizio in comune.

lettura, uno “scopo-mezzo”, che sarebbe solo intermedio rispetto al raggiungimento dello “scopo-fine” di cui sopra.

Questa terminologia, benché autorevolmente accolta, appare forzata: “scopo-mezzo” è una contraddizione in termini, poiché il mezzo si distingue per antonomasia dal fine; “scopo-fine” equivale a dire “fine-fine”, giacché fine e scopo sono sinonimi.

Il fatto è che la preposizione “per”, nella lingua italiana, non ha solo il significato finale, anzi, se si guarda il vocabolario Trec- cani tale significato è al nono posto, mentre prima di esso, al set- timo, vi è quello consistente nell'introdurre un complemento di mezzo (significato oltretutto più vicino alle origini latine della particella)⁸⁵.

L'esercizio in comune è un mezzo, che oltretutto non è eliminabile né surrogabile. Il legislatore del 1942 appartiene ancora a quell'epoca in cui si riusciva a contemperare, nel linguaggio normativo, la necessaria sinteticità con una scorrevolezza di tipo letterario; nell'art. 2247 c.c. egli detta: «i soci conferiscono» per dire “i soci devono conferire”. E dunque, i soci “devono confe- rire” e i soci “devono esercitare in comune l'attività”; questo è, in termini grezzi e ripetitivi, il significato della norma. Il fine, o scopo, arriva più esplicitamente di sèguito: “per ottenere gli utili e dividerli”, ove pure il momento dell'ottenimento dell'utile è criptato, ma implicito, nuovamente per esigenze discorsive di sintesi. Dal complesso delle disposizioni vicine, con riferimento in particolare a quella che segue (art. 2248), un ottenimento e di- visione degli utili attraverso qualcosa di diverso dallo svolgi- mento in comune di un'attività non sarebbe lecito. Perciò, come è obbligatorio il conferimento, così lo è anche lo svolgimento in comune dell'attività⁸⁶.

Dunque, il dovere di collaborazione dei soci è semplice- mente parte del *dovere* di esercizio in comune dell'attività: i soci sono tenuti per contratto a fare tutto quanto richiesto dall'esi- genza di svolgimento dell'attività da loro scelta, sia sotto il pro- filo della gestione (ovvero di quel tipo di atti che si è deciso di

⁸⁵ «*Mi fece sapere per la sua segretaria; spedire per posta, per lettera, per corriere, per fax, per e-mail; Ed ecco verso noi venir per nave Un vecchio (Dante)*» (sempre dal citato Vocabolario).

⁸⁶ Può leggersi in Jaeger che «l'adempimento dell'obbligo dei conferimenti crea le basi materiali senza le quali l'attività sociale non sarebbe possibile, ma è soltanto attraverso quell'attività che i soci possono conseguire i fini per raggiun- gere i quali essi hanno stipulato il contratto o vi hanno aderito» (P. G. Jaeger, *L'in- teresse sociale*, Milano, 1964, 188).

racchiudere in questo concetto), sia sotto tutti i rimanenti profili, che sono appunto quelli precedentemente enumerati (restando ovviamente la gestione di competenza degli “amministratori” e il gruppo residuale degli altri atti di competenza di tutti i soci, amministratori compresi, a meno che esigenze di conflitto d’interessi non richiedano talora un’astensione).

8. L’adozione di un concetto “allargato” di esercizio in comune consente di rinvenirlo in più occasioni rispetto al caso in cui lo si identifichi con la “gestione”. In tal modo si replica all’obiezione-base per cui in certi tipi o in determinate situazioni all’interno di un tipo “non tutti i soci partecipano alla gestione”. In pratica, con la tesi qui sostenuta, rimangono al di fuori dell’esercizio in comune solo le situazioni dell’azionista di risparmio, di quello di godimento (art. 2353 c.c.) e del titolare di azioni «senza diritto di voto» (art. 2351, 2° c., c.c.)⁸⁷; un numero di situazioni assai basso rispetto a quello rappresentato da tutte le altre posizioni sociali⁸⁸.

Si può così fare argine rispetto a quelle teorie che potremmo dire “pessimistiche”, o riduzioniste, circa la persistenza degli elementi costitutivi della definizione del contratto di società lucrativa e in base alle quali “non vi è più lo scopo lucrativo”, “non vi è più l’esercizio in comune” e dunque, portando il ragionamento alle sue conseguenze, non vi sarebbe più una base per distinguere l’impresa sociale da quella ... individuale.

Sembra, invece, che l’elemento dell’esercizio in comune, nella definizione del contratto di società, sia molto importante e rappresenti una peculiarità dell’ordinamento italiano che consente di ben distinguere tale contratto da altri affini. Non vi è qui lo spazio per giustificare adeguatamente tale affermazione, ma gli altri ordinamenti europei (e fuori d’Europa) hanno della società un concetto più vago e generico, che sottolinea ora il ri-

⁸⁷ Qualcuno aggiungerebbe le società unipersonali, ma equivocando, poiché queste ultime non rientrano nel dettato dell’art. 2247 e quindi nel discorso sull’esercizio in comune dell’attività. Escludendo dall’area dell’esercizio in comune le azioni di risparmio si rivede quanto scritto ne *Le azioni di risparmio nel nuovo diritto societario*, Napoli, 2013, 115 ss.; l’azionista di risparmio non è *del tutto* estraniato dall’esercizio in comune, ma ne “possiede” (se così si può dire) talmente poco da essere più vicino a chi ne è escluso che a chi vi partecipa.

⁸⁸ Nel discorso scientifico non si può non considerare l’elemento quantitativo in qualunque analisi. L’affermazione “nelle società non c’è più l’esercizio in comune” deve tenere in considerazione il fatto che eventualmente vi sia ancora nel 99% dei casi e manchi nell’1%.

schio comune, ora la divisione degli utili, ma, non contenendo l'attività comune, non riesce ad esempio a distinguere il contratto associativo da quello meramente partecipativo: in Francia e in Germania, quella che da noi è l'associazione in partecipazione (contratto di scambio dotato di una sua causa e collocato autonomamente nel Codice civile) risulta come un semplice sottotipo di società personale (*société en participation* e *Stille Gesellschaft* rispettivamente), con enormi problemi di sovrapposizione concettuale rispetto ad una società vera e propria⁸⁹.

Inoltre, la valorizzazione dell'elemento dell'attività comune consente in Italia di far prevalere il profilo sostanziale dell'attività d'impresa su quello formale dell'astratta imputazione; in tal modo si può attuare il principio di correlazione fra potere e rischio e rendere responsabili del loro operato il socio occulto di società palese (vecchio art. 147, 4° c., l. fall., trasposto ora nell'art. 256, 4° c. CCI) e i soci di una società occulta (vecchio art. 147, 5° c., l. fall., sostituito dall'art. 256, 5° c., CCI). Negli altri Paesi la partecipazione sociale occulta e la società occulta sono definite dagli scrittori, ma irrilevanti per il diritto, poiché si attua il principio di apparenza: se il nome dei soci occulti non viene speso, non vi è alcun affidamento dei terzi da tutelare e quindi la loro presenza rimane un fatto interno, che a costoro non deve interessare.

Nelle scienze una descrizione che consente di cogliere più differenze è istituzionalmente preferibile rispetto ad un'altra che consente di coglierne di meno (fermo restando il principio per cui queste differenze devono essere reali e non create ad arte, o "rasoio di Occam").

Ovvio che, ponendosi in una diversa prospettiva di politica legislativa rispetto al rapporto realtà/finzione, sostanza/forma, le valutazioni qui date risulterebbero capovolte: il nostro ordinamento "sbaglierebbe" e la situazione estera risulterebbe desiderabile.

⁸⁹ Sia consentito rinviare sul tema a G. Mignone, *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo. L'evoluzione del rapporto partecipativo*, Napoli, 2005, 193 ss. e spec. 204 (Francia); 208 ss. e spec. 217 (Spagna); 224 ss. e spec. 230 (Germania).