

Sergio Alagna

**Il diritto societario italiano tra legge scritta e
autonomia dei soci**

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

© Sergio Alagna
Università di Palermo
sergioalagna@libero.it

Data di pubblicazione: 29 maggio 2009.

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)

Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506

giureta@unipa.it

www.giureta.unipa.it

IL DIRITTO SOCIETARIO ITALIANO TRA LEGGE SCRITTA E AUTONOMIA DEI SOCI*

*Sergio Alagna***

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Tipicità delle società e previsioni legislative. - 3. La tipicità delle società a confronto con l'autonomia dei soci. - 4. Autonomia dei soci e variabilità dei tipi legali. - 5. Malleabilità degli schemi e globalizzazione. - 6. Conclusioni.-

1. – Il sistema giuridico dell'impresa italiana, secondo una tradizione risalente, comune all'intero ordinamento giuridico nazionale, nasce e si articola attorno al diritto scritto. Le regole e i principi che disciplinano la materia dell'impresa sono contenuti principalmente, ma non esclusivamente, nel codice civile. Infatti il quadro completo può aversi soltanto tenendo presenti pure una serie di altre fonti, tra cui vanno specificamente rammentate le norme fiscali, quelle penali, quelle su crisi d'impresa, procedure concorsuali e meccanismi di ristrutturazione dei debiti, quelle sulle società quotate, quelle che prevedono tipi particolari o dettano

* Relazione al Convegno su *Dimensione Italia: istituzioni, economia, impresa e lavoro in un'Europa che cambia* (Cracovia, 7-8 luglio 2008) organizzato dall'Istituto Italiano di Cultura di Cracovia, dall'Università economica di Cracovia, dall'Università di Messina.

Il tema trattato prosegue l'analisi delle problematiche del diritto dell'impresa italiana dinanzi alla globalizzazione, già esaminato da molteplici punti di vista in occasione dei frequenti convegni svoltisi a Cracovia, Kiev, Messina e Parigi nell'ambito di un gruppo di ricerca internazionale che da qualche anno si occupa, appunto, delle diverse tematiche della mondializzazione economica e giuridica. Il testo non è stato modificato e mantiene quindi l'originaria impostazione colloquiale e la finalità didascalica e illustrativa nei confronti di un pubblico internazionale e di diversa estrazione scientifica e culturale.

** Professore Straordinario di diritto commerciale nella Università di Messina.

regimi speciali in funzione dei soggetti che svolgono l'attività, ovvero dell'oggetto o dello scopo perseguito.

Come appare evidente già da questa rapida premessa, l'impianto giuridico italiano dell'impresa è quanto mai articolato e complesso, tanto da avere determinato, sul piano della ricerca e della didattica, la nascita di numerose materie specialistiche: dal diritto commerciale al diritto dell'impresa, dal diritto delle società al diritto della concorrenza, al diritto industriale, al diritto fallimentare, al diritto delle procedure concorsuali, al diritto bancario, al diritto delle assicurazioni, al diritto penale commerciale, etc..

2. – Nell'ambito del diritto dell'impresa commerciale, introdotto dall'art. 2135 del codice civile – dove si fa esplicito richiamo alle attività industriali; alle attività di intermediazione nella circolazione dei beni; alle attività di trasporto per terra, acqua e aria; all'attività bancaria e assicurativa; alle attività ausiliarie delle precedenti – si distingue, naturalmente, il settore delle società: cui è dedicata ampia parte della disciplina codicistica e di quella speciale.

La legge italiana, ad ulteriore conferma che il sistema è basato su regole scritte. detta, all'art. 2249 cod. civ., il principio per cui “le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi” disciplinati nell'ambito del codice civile ovvero delle leggi speciali in materia (commi I e III), mentre “le società che hanno per oggetto un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulle società

semplici”, tranne che i soci non abbiano preferito costituirle secondo uno degli altri tipi previsti (II comma).

Se ne deduce che il sistema è per così dire chiuso, ossia che non è possibile dar vita ad una società al di fuori di uno dei tipi disciplinati dalla legge. In altri termini, le società sono tipiche, dovendosi sempre e comunque costituire secondo uno dei meccanismi previsti dal codice e dalle leggi speciali.

La legge è, insomma, il criterio ispiratore in materia di società e sembrerebbe anche essere l'unica fonte di disciplina del regolamento giuridico dei tipi.

Lasciamo per un istante in sospeso questo assunto, su cui torneremo più avanti, per tracciare un quadro generale della situazione normativa.

Come ben sanno gli operatori e i tecnici italiani, il nostro sistema conosce, sostanzialmente due grandi categorie di società: da un lato quelle di persone, dall'altro quelle di capitali. Le prime, che annoverano al loro interno le società semplici, quelle in nome collettivo e quelle in accomandita semplice, sono contraddistinte dalla c.d. prevalenza dei profili personali della partecipazione sociale, cioè da una presenza per così dire dominante dei soci. Gli aspetti patrimoniali restano in secondo piano; e tutti i soci (tranne nel caso dell'accomandita) sono chiamati a condividere, in misura più o meno diretta, scelte e responsabilità dell'impresa.

Nelle società di capitali, nel cui ambito rientrano, le società a responsabilità limitata, le società per azioni e le società in accomandita per azioni, prevale invece l'aspetto patrimoniale e si crea una precisa distinzione tra società e soci, anche quando (come

nella società a responsabilità limitata) a questi ultimi viene di norma riservata l'amministrazione.

Un cenno a parte meritano infine le società cooperative, che si distinguono nettamente per la loro finalità mutualistica, ma che tuttavia si avvicinano molto alle società per azioni, dalle quali attingono gran parte della disciplina giuridica.

Per evidenti motivi di tempo non può indulgiarsi, in questa sede, sulle cc.dd. società speciali (ad esempio quelle tra avvocati, quelle di progettazione, quelle di revisione contabile, etc.), né sulle società quotate, sulle società bancarie, assicurative, pubbliche, etc., che vanno comunque costituite secondo uno dei tipi già noti ed elencati e che dunque si distinguono soprattutto per l'oggetto dell'attività e per le sue modalità di svolgimento; e proprio per la peculiarità dell'oggetto o dei fini perseguiti sono soggette a controlli particolarmente incisivi e talvolta richiedono peculiari requisiti soggettivi negli amministratori e/o nei soci.

3. – Interessa piuttosto, a questo punto, tornare su quel profilo rimasto in sospeso quando abbiamo ipotizzato che, alla luce delle astratte previsioni di legge, il sistema societario italiano poteva forse apparire eccessivamente rigido e destinato pertanto a vincolare parecchio gli operatori economici. Sembrerebbe infatti, a prima vista, che essi pur rimanendo liberi di scegliere quale dei tipi legali adottare per lo svolgimento di una determinata attività economica, siano destinati a recepire il modello definito dalla legge, e dunque le regole e i comportamenti dettati al suo interno:

quasi che la legge medesima possa e debba regolare con puntualità e obbligatorietà stringente la vita interna della società e le sue vicende.

Sennonché, un'analisi del dato legislativo, sia per ciò che attiene alle società di persone sia alle società di capitali, dimostra con evidenza oggettiva che questa impressione è priva di fondamento, e che, al contrario, una delle più evidenti scelte di fondo della normativa societaria sta proprio nel riconoscimento della notevole autonomia dei soci nel modificare ed integrare la disciplina data, sino quasi a dar loro la possibilità di creare sorta di regimi alternativi, di scegliere strade diverse rispetto a quelle segnate dalla legge, di scrivere per così dire un regolamento giuridico per ciascuna società, secondo le esigenze dei partecipanti e in vista degli obiettivi concretamente perseguiti anche sul piano della gestione e della responsabilità.

Tutto ciò è frutto, per la verità, non solo di una intelligente e vivifica attività del legislatore – che è periodicamente intervenuto ad aggiornare il testo normativo, specie in materia di società di capitali, anche a seguito delle ripetute sollecitazioni della Comunità Europea – ma pure e in qualche caso soprattutto della sapiente interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, donde è scaturito il diuturno adeguamento dei testi normativi alle istanze dell'impresa e dei suoi molti attori.

Così, pur salvaguardando l'integrità del quadro di riferimento, è stata promossa una sorta di ammodernamento costante, coerente coi tempi e in linea con le istanze sempre mutevoli dell'economia: in una rincorsa quotidiana che ha visto peraltro notevoli

accelerazioni anche a seguito dei processi di globalizzazione. Processi di globalizzazione ai quali tanta attenzione abbiamo riservato proprio nell'ambito dei rapporti bilaterali tra la Università di Messina e l'Università economica di Cracovia, con l'ulteriore frequente apporto dei colleghi dell'Università di Kiev e, da qualche tempo, pure dei colleghi di Paris 1 La Sorbonne.

Una nuova tappa di questa esperienza comune verrà vissuta peraltro da qui a qualche giorno in occasione della Summer-school che – dopo la Winter School svoltasi alla Sorbonne di Parigi lo scorso gennaio - si terrà presso l'Università di Messina, sotto l'egida della Comunità europea, della Presidenza italiana del Consiglio dei Ministri, del Consiglio di Stato italiano, del Ministero della Cultura francese, con l'impegno di docenti e studenti delle Università di Caen – Bassa Normandia, Cracovia, Messina e Parigi 1 - Pantheon.

4. – Torniamo allora al tema delle società per rimarcare come questo sia oggi il terreno in cui si misura con maggiore evidenza l'ampiezza dell'autonomia privata dei soci.

In un quadro sommario e preliminare, basta rammentare che i soci sono anzitutto in grado di scegliere tra numerosi tipi societari. Essi, dopo questa scelta preliminare, hanno inoltre la possibilità di modulare la disciplina interna del tipo, variarne il contenuto normativo, adattare al caso concreto le previsioni astratte contenute nella legge.

Per rendersi conto immediatamente di quanto si vuol dire è sufficiente sottolineare come – mentre in termini generali la legge dispone che nelle società di persone tutti i soci sono amministratori e tutti i soci rispondono (in modo diretto o indiretto) delle obbligazioni della società – con apposite clausole negoziali è possibile delegare l'amministrazione solo ad alcuni dei soci; ed è altresì possibile circoscrivere la responsabilità. Né meno incisiva appare la libertà dei soci di intervenire nella disciplina legale dell'appartenenza, dell'amministrazione e della responsabilità nelle società di capitali.

La conclusione – in questa sede forse affrettata, ma sicuramente confortata da un'ampia serie di studi davvero autorevoli– è che gli schemi societari sono divenuti, nel tempo, molto malleabili e assolutamente permeabili da parte della volontà dei soci. E perfino i più convinti sostenitori del dogma delle tipicità delle società sono oggi costretti ad ammettere che in certa misura ai nostri giorni si sta celebrando la morte dei tipi.

Non interessa certo approfondire qui i profili teorici di un discorso tanto complesso. Ci si può contentare pertanto di rilevare che, in ogni caso, gli schemi si sono dimostrati capaci di adeguamento, e saranno ancora in grado di adattarsi agli interessi in gioco: come essi si pongono, giorno per giorno, nel mondo degli affari.

Proprio per questo motivo già in altra occasione, durante uno dei numerosi incontri di studio con gli amici polacchi, si è potuto sottolineare che i meccanismi societari italiani sono del tutto adeguati anche alle aspettative degli operatori stranieri. Ed anzi il sistema societario italiano ambiva ed ambisce a rappresentare un

punto di riferimento obbligato nello *shopping giuridico* che contraddistingue il mercato europeo dell'industria e del commercio a far data dalla note sentenze emanate dalla Corte di Giustizia nei casi *Centros* del 1999 (Causa C-212/97, Sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 1999, *Centros Ltd* contro *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Giur comm.*, 2000. II, 553), *Überseering* del 2002 (Causa C-208/00, Sentenza della Corte di Giustizia 5 novembre 2002, *Überseering BV* contro *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, NCC*, in *G.U. Comunità Europee* 21.12.2002, c. 323/12) e *Inspire Art Ltd* del 2003 (Causa C-167/01, Sentenza della Corte 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* contro *Inspire Art*, in *G.U. Comunità Europee*, 15.11.2003, c. 275/10).

5. – A questo punto credo sia legittimo porsi un'altra domanda con l'intento di verificare se questa accentuata autonomia e questa variabilità e malleabilità di schemi societari possano o debbano considerarsi effetti naturali o necessari della globalizzazione. Ebbene, deve dirsi subito che così non è, poiché in realtà l'evoluzione legislativa ed interpretativa cui si è fatto riferimento indietro è esclusivamente frutto di un processo interno italiano. Altro è a dire, invece, riguardo alle conseguenze secondarie di tale evoluzione, che possono sicuramente misurarsi anche in termini di globalizzazione. Ne è seguito, infatti, un indubbio avvicinamento del sistema italiano a quello continentale: il che ha consentito

peraltro all'impresa italiana di restare in competizione con la concorrenza straniera.

Là dove l'internazionalizzazione e la globalizzazione hanno effettivamente agito in profondità ed ancor più agiranno probabilmente in futuro è nella possibilità ormai concessa agli imprenditori europei di scegliere il regime giuridico nazionale al quale sottoporsi, proprio a seguito delle richiamate sentenze della Corte europea.

A ciò si aggiunge, naturalmente, l'ulteriore libertà – oggi difficilmente contestabile, alla luce di una prassi internazionale davvero diffusa – riconosciuta agli operatori economici di autodeterminarsi in fase di regolamento giuridico dei loro rapporti reciproci sopranazionali, richiamandosi ai *principi unidroit* ovvero facendo ricorso a quel complesso di regole che per comodità di sintesi vengono riportate alla c.d. nuova *lex mercatoria*, con l'ulteriore effetto di sottrarre alla giurisdizione nazionale la risoluzione dei conflitti per rimetterli ad arbitri internazionali che superano, nei loro giudizi, i parametri dei diversi diritti nazionali.

Tutto ciò sta forse a significare che ci si sta avviando (inevitabilmente?) verso forme libere di diritto delle società, destinate a sostituirsi a quelle statali scritte? Certo, non può negarsi che esista una forte corrente teorico-pratica che spinge in questa direzione. Tuttavia appare prematuro non solo affermare che questa è per così dire la linea vincente, ma anche per potere solo sostenere che questa sia la via migliore.

Il diritto scritto continua a mantenere la sua indubbia utilità ed autorevolezza proprio per il fatto di essere scritto e di avere una

genesì pubblica, statale, secondo regole e canoni dettati in sede costituzionale a tutela di tutti i cittadini. Il che significa essere il risultato di una mediazione di interessi e valori compiuta a livello generale e con la garanzia del distacco dalle esigenze di singoli e di gruppi dominanti, come avviene, invece, allorché si parli di *lex mercatoria* e perfino di globalizzazione. Ma questo è un altro discorso che è stato già affrontato altrove e che merita ben altri approfondimenti e riflessioni da rinviarsi ad altra occasione.

6. – Nel coro di critiche che purtroppo oggi cominciano ad offuscare i tanti punti di eccellenza del nostro Paese nell'immagine che se ne riesce a dare all'Estero, deve levarsi insomma una voce chiara a difesa del primato del nostro sistema giuridico, e in particolare di quello dell'impresa e delle società.

Infatti il nostro apparato legislativo è moderno, adeguato ai tempi e in linea con gli altri ordinamenti. In particolare le società di capitali, dopo la recente riforma del 2003, sono state per così dire consegnate agli amministratori, creando un notevole distacco dalla proprietà sull'esempio delle esperienze straniere. Sono stati curati i meccanismi di accelerazione delle scelte operative e si è guardato all'efficacia delle azioni amministrative. E se le minoranze societarie hanno perduto in tutela reale, ne hanno guadagnato in tutela patrimoniale. Oggi si sta inoltre lavorando su un'altra fondamentale riforma, quella del fallimento e delle altre procedure concorsuali. Mentre continua a registrarsi un notevole fermento attorno alla problematica dei reati societari.

Nel diritto dell'impresa e delle società, al contrario di quanto è avvenuto in molti altri campi, l'alternarsi e la reciproca integrazione tra diritto scritto e autonomia negoziale hanno ravvivato la forza e la legittimazione del sistema di principi, regole, prassi operative. Sicché può ben dirsi che questa alternanza e questo connubio sono state le carte vincenti per mantenere l'attualità di un diritto che quotidianamente è chiamato a confrontarsi con la pratica e con gli interessi vitali di tutti i soggetti coinvolti nell'attività economica.

Ecco perché siamo dell'opinione che il diritto italiano dell'impresa e delle società, come ha fatto sinora, sia ancora in grado di rappresentare un punto di riferimento essenziale non solo all'interno del sistema europeo, ma anche nell'ambito del diritto globale.