

Agostino Gambino
Daniele U. Santosuosso

I Impresa e società di persone

SESTA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA *

Il presente volume *Impresa e società di persone* è il primo redatto dalla scomparsa del caro Maestro, prof. Agostino Gambino, il quale ha voluto che al Suo nome si aggiungesse il mio. Immensamente grato del lascito morale e culturale, nel ricordo costante della Sua persona e del Suo insegnamento sempre volto, con spirito critico e logica stringente, alla luce del legislatore storico e in ossequio al dato testuale della norma, a indagare in profondità la *ratio* degli istituti nel sistema, ho quindi cercato di compiere un ulteriore passo in avanti nella redazione del volume, nella rivisitazione complessiva del testo oltre che nel suo aggiornamento, sia pur rispettoso degli originari criteri di esposizione.

Un particolare ringraziamento va a Emanuele Stabile, che ha partecipato all'aggiornamento delle bibliografie di ogni capitolo.

* Premessa alla edizione 2023.

PREMESSA *

Il volume *Impresa e società di persone* è il primo di opera composta da tre volumi sull'impresa e sulle società di persone, sulle società di capitali e sui contratti delle imprese. Ad essi sono stati correlati nella prima edizione del 2004 tre volumi di *Casi e materiali*, dedicati all'esposizione dei problemi posti dall'esperienza pratica e giurisprudenziale.

La tecnica adottata è caratterizzata, per i volumi di *Fondamenti*, dall'esposizione basata esclusivamente sul dato normativo e sul diritto vivente; per i volumi di *Casi e materiali*, dalla illustrazione, richiamata analiticamente nelle pagine dei *Fondamenti* [CM], dei casi giurisprudenziali rilevanti e dei materiali significativi, tratti dalla pratica commerciale anche contrattuale e statutaria, italiana e internazionale, nonché dagli indirizzi delle Autorità di vigilanza.

La bibliografia è stata redatta dalla dott.ssa Elena Maggio, che ha dato anche un contributo all'aggiornamento del testo, alla quale va un particolare ringraziamento esteso alle dott. Nicoletta Ciocca e Roberta Ranieri che hanno curato le precedenti edizioni delle note bibliografiche.

L'ulteriore aggiornamento del testo e della relativa bibliografia dal 2013 a oggi è stato redatto dal prof. Daniele U. Santosuosso al quale va il più vivo ringraziamento.

* Premessa alla edizione 2019.

CAPITOLO PRIMO

LINEAMENTI STORICI

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto commerciale nei codici di commercio. – 2. La specificità della materia. – 3. L'internazionalità del diritto commerciale. – 4. Contenuto, principi generali e fattispecie del codice di commercio. Obbligazioni e contratti. – 5. L'origine delle società. – 6. Il privilegio della responsabilità limitata e la persona giuridica. – 7. La progressiva rilevanza dell'interesse pubblico economico per le società. – 8. La rilevanza dell'interesse pubblico in altri specifici settori del diritto commerciale. – 9. La formazione del codice civile. – 10. Il contenuto del diritto commerciale nel codice civile. – 11. L'autonomia sostanziale del diritto commerciale. – *Bibliografia.*

1. *Le fonti del diritto commerciale nei codici di commercio.*

Dall'entrata in vigore del codice civile del 1942 il diritto commerciale italiano non è più caratterizzato da fonti normative autonome. Esso non può quindi essere qualificato come ramo autonomo del diritto in senso formale, come invece avveniva nel sistema dei codici di commercio, modellati sul codice di commercio napoleonico del 1807, nel quale erano stati introdotti i principi di libertà del commercio affermati dalla rivoluzione francese: per l'Italia, il codice di commercio albertino del 1842, poi il codice di commercio del 1865 e infine il codice di commercio del 1882, per il quale (art. 1): *“In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali.*

In mancanza si applica il diritto civile”.

il diritto commerciale

assenza di fonti normative autonome

nel codice di commercio invece era diritto autonomo per fonti normative

2. *La specificità della materia.*

La specificità del diritto commerciale nei codici di commercio non era rappresentata solo dall'autonomia delle fonti, ma derivava dal ca-

specificità della materia

e della disciplina espressa anche dalle consuetudini del commercio

rattere stesso della materia, che affondava le radici nella civiltà comunale ed era caratterizzata dall'*esigenza di flessibilità del diritto dei commerci*, sensibili da sempre al variare delle esigenze sociali, dei dati economici, dei costumi e delle tecniche: da ciò il costante richiamo, sin dagli albori della civiltà dei comuni e delle città marinare, alle consuetudini del commercio. Proprio tale esigenza di flessibilità, espressa dal riferimento costante agli usi mercantili nei secoli nei quali il processo di codificazione non si era ancora manifestato, ha condotto, nella codificazione napoleonica e malgrado l'aspirazione a rappresentare il nuovo principio della esclusiva statualità del diritto, al riconoscimento della specifica fonte normativa nel diritto commerciale, costituita dalle consuetudini, autonoma dal diritto statale e solo recepita da esso. La pienezza di autonomia della fonte rappresentata dagli usi mercantili veniva garantita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con l'affermazione che le norme consuetudinarie, affinché fossero applicabili nel modo più ampio a nuovi fenomeni e a nuove situazioni, erano suscettibili di analogia interna, prima di passare all'applicazione del diritto civile. Questo, nel sistema giuridico commerciale, aveva così portata residuale e sussidiaria.

nel codice civile non più disciplina generale espressa dagli usi normativi

La codificazione civile del 1942 ha invece relegato l'applicazione degli usi normativi alle sole materie non disciplinate da leggi e da regolamenti (art. 8 pre-leggi). È quindi venuto meno per il diritto commerciale ogni generale richiamo agli usi, disposto solo per particolari istituti o contratti e pertanto l'autonomia formale del diritto commerciale. Tuttavia non sono venuti meno il carattere proprio della materia e quindi la sua caratteristica qualificante di complesso di fattispecie, istituti (insieme di norme regolanti una fattispecie) e norme orientati da valori e principi propri della materia commerciale e tali da formare un sistema all'interno del diritto dei privati.

ma permanenza di valori e principi propri della materia commerciale

oggi sistema fondato sull'impresa e sul mercato

Tale sistema è oggi centrato sull'*impresa* e sul *mercato* e costituito non solo da fattispecie, istituti e norme *di diritto privato*, ma anche di *diritto pubblico del mercato*.

3. L'internazionalità del diritto commerciale.

in altri paesi europei

Il sistema del codice di commercio italiano era simile a quello vigente nei paesi influenzati dalla rivoluzione liberale e dai modelli dei codici napoleonici. Ancora oggi la codificazione commerciale è presente in Francia (codice di commercio napoleonico del 1807, profondamente innovato da ultimo nel 2000, poi ulteriormente modificato, applicato dai Tribunali di

commercio), in Germania (*Handelsgesetzbuch* [H.G.B.] del 1897, entrato in vigore nel 1900), in Spagna (codice di commercio del 1885 con importanti modifiche da ultimo nel 2007 e 2009), mentre nei Paesi Bassi il codice di commercio del 1838 è stato completamente rinnovato nel 1976 e nel 1992 e inserito nel nuovo codice civile olandese. Anche in Gran Bretagna, in un sistema di *common law* non codificato di formazione consuetudinaria e giurisprudenziale dal diritto romano comune, è operante tuttora la *Commercial Law*, ormai però accompagnata da una molteplicità di leggi speciali (tra cui i *Companies Acts*).

La presenza nei paesi europei di una materia del diritto commerciale, retta da norme derivate anche da consuetudini e quindi dalla creazione ad opera dell'autonomia dei privati, rappresenta chiara espressione della *naturale internazionalità dei rapporti commerciali* e della costante esigenza ad un tempo di evoluzione e di uniformità della disciplina, in risposta ai mutamenti del complessivo ambiente socio-economico nel quale l'iniziativa privata opera.

internazionalità
del diritto
commerciale

Tale uniformità, originariamente conseguente alla espansione delle consuetudini, dagli inizi del XX secolo è stata perseguita con le Convenzioni internazionali e, negli ultimi decenni, nell'ambito della Comunità Europea (oggi Unione Europea), con le Direttive comunitarie e con i Regolamenti.

4. *Contenuto, principi generali e fattispecie del codice di commercio. Obbligazioni e contratti.*

Il *codice di commercio del 1882* conteneva (libro I) la disciplina del commerciante (art. 8) e prima ancora degli atti di commercio (artt. 3, 4 e 5), costituiti dalle operazioni che, se esercitate abitualmente, qualificavano il soggetto come commerciante e che, abolite le corporazioni mercantili con la necessaria iscrizione del commerciante nella *matricula mercatorum* (in Francia con la legge *Le Chapelier* del 1791), chiunque poteva esercitare con conseguente applicazione della disciplina commerciale. Nel codice erano disciplinate inoltre le società commerciali (*ipso iure* commercianti per l'art. 8) e le associazioni commerciali (associazione in partecipazione, mutua di assicurazione); la cambiale e l'assegno bancario (regolati dal 1933, a seguito di convenzione internazionale, nell'attuale separata legge cambiaria); i contratti commerciali (vendita commerciale, riporto, conto corrente, mandato commerciale e commissione, trasporto, assicurazione, pegno e deposito nei magazzini generali); il commercio marittimo (regolato nel 1942 dal codice della naviga-

contenuto del
codice di
commercio
1882

zione) (libro II); il fallimento (regolato poi nel 1942 dalla legge fallimentare) (libro III); l'esercizio delle azioni commerciali e della prescrizione commerciale (libro IV).

principi giuridici propri rispetto al codice civile

codice civile, visione statica, proprietà

codice di commercio, visione dinamica, operazioni economiche

Codice civile (1865) e codice di commercio (1882) erano caratterizzati da prospettive e principi diversi e spesso contrapposti. Il *codice civile* era centrato, in una *visione statica*, sulla *tutela della proprietà* e, in particolare, della proprietà immobiliare; era quindi organizzato intorno all'istituto della proprietà, mentre successioni e contratti erano considerati e disciplinati come modi di acquisto o di trasmissione appunto della proprietà. Invece il *codice di commercio* si fondava sul commerciante e sulle *operazioni economiche* ("atti di commercio") da lui abitualmente realizzate (art. 8) a scopo speculativo (operazioni economiche che, nel codice del commercio del 1882, comprendevano anche quelle di natura industriale: art. 3), quindi sul *carattere dinamico* degli atti del commerciante; era pertanto centrato sul contratto come atto di autonomia privata anziché sulla proprietà di diritto romano; sul carattere speculativo dell'attività commerciale e quindi sulla naturale onerosità dei contratti commerciali anziché sui principi di gratuità propri dei rapporti tra le persone disciplinati dal diritto civile; sulla scioltezza di forme e sulla flessibilità richiesta dai traffici commerciali assicurate dalla libertà contrattuale e dal ricorso agli usi anziché sul rigore delle forme. Di qui la distinzione tra obbligazioni commerciali e contratti commerciali disciplinati nel codice di commercio del 1882 e obbligazioni e contratti disciplinati nel codice civile 1865.

libertà di commercio

volontà, consenso e affare giuridico (negozio giuridico)

Infatti, con la traduzione in norme dei valori ispiratori degli ideali liberali, che avevano condotto alla eliminazione sia del sistema economico mercantile (basato sul concetto che il commercio verso l'estero determini la potenza della nazione) che delle istituzioni corporative (fondate sulla ripartizione dei settori tra associazioni di mercanti), si era affermata la piena libertà di commercio, senza vincoli giuridici né intrinseci all'attività del mercante né esterni di mercato. In parallelo veniva riconosciuta la piena libertà di determinazione, fondata sulla volontà personale e sul libero consenso. Nella teoria generale del diritto civile, dovuta all'elaborazione sistematica germanica, si passava dall'affare (*Geschäft*) all'affare giuridico (*Juristisches Geschäft*), che, in lingua italiana, verrà espresso con il termine di negozio giuridico: questo, nella materia civile centrata sulla proprietà, accomunava contratto, atto unilaterale e testamento come modi di acquisto e di trasmissione della proprietà, e, nella materia commerciale, fondava questa sul contratto, per l'esercizio dell'attività speculativa sia attraverso rapporti con i terzi, sia da parte di più persone legate tra loro da contratti di società o di associazioni commerciali.

Nella materia commerciale la libertà di commercio e di attività speculativa trovavano peraltro temperamento, con un originale punto di equilibrio, nella tradizionale presenza – anche per garantire la fluidità e la sicurezza dei traffici commerciali – dei principi di tutela dell'affidamento dei terzi e di buona fede, vincolante tradizionalmente al più alto livello ambedue le parti nei contratti *uberrimae fidei*, come l'assicurazione, in cui ciascuna parte doveva fare esclusivo affidamento sul comportamento dell'altra.

tutela
dell'affidamento

Il principio di buona fede trovava altresì massimo rilievo giuridico nel XIX secolo nella tutela della circolazione della ricchezza, in particolare del credito cartolare nella cambiale (di lontana origine dalla civiltà longobarda con la lettera di cambio, originariamente di cambio moneta a distanza), di cui veniva garantito l'acquisto in buona fede anche se proveniente da chi non fosse creditore: prima attraverso la creazione dottrinale (Savigny) poi con l'Ordinanza cambiaria germanica del 1848.

principio di
buona fede
nella circola-
zione della
ricchezza:

nella cambiale

Occorrerà peraltro attendere il codice civile del 1942, che contiene una disciplina generale dei titoli di credito (artt. 1992-1994), per estendere in via generale il principio, dell'acquisto in buona fede dal non titolare che vale titolo e quindi proprietà, alla circolazione delle merci attraverso i documenti attestanti la loro consegna nei contratti di deposito e di trasporto (art. 1994), pur rappresentando il contratto di trasporto marittimo, insieme al contratto di assicurazione, uno dei primi esempi di contratti commerciali assistiti da documenti rappresentativi del rapporto (polizza di carico e polizza di assicurazione).

nei documenti
rappresentativi
dei contratti

5. L'origine delle società.

Nell'esercizio dell'attività commerciale la libertà di iniziativa economica significava anche assunzione in comune del *rischio economico da parte di più persone*, con incertezza del risultato e con responsabilità comune per gli obblighi assunti: nelle società collettive e in accomandita, sviluppatasi già con la rinascita dei traffici nella civiltà medioevale e comunale.

libertà di inizia-
tiva economica

assunzione di
rischio comune

società colletti-
ve e in accom-
mandita

Ma nel Rinascimento, a seguito della prima circumnavigazione dell'Africa, con l'esigenza di stimolare l'afflusso di ingenti capitali per attività commerciali verso le Indie Orientali, sottoposte ai gravi rischi inerenti al trasporto marittimo nell'Oceano Atlantico e alle spedizioni militari in territori lontani, non era più sufficiente l'istituto delle società collettive, caratterizzato dalla responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, ma occorreva evitare tale conseguenza giuridica a ca-

rico delle persone che, non svolgendo personalmente l'attività commerciale, erano disponibili ad offrire capitali purché il conferimento di questi in società non comportasse ulteriore responsabilità personale.

responsabilità
limitata dei
soci delle
Compagnie
delle Indie
Orientali

Tale istanza ha condotto i sovrani delle nazioni europee, dalle quali le nuove correnti di traffico muovevano, a sancire, con propri provvedimenti eccezionali dati caso per caso, la responsabilità limitata dei soci delle compagnie al patrimonio investito.

circolazione
delle quote
borse valori

Sono così nate in Inghilterra (1600) e in Olanda (1602) le Compagnie delle Indie Orientali, a favore delle quali il sovrano aveva attribuito il privilegio di commercio esclusivo oltremare (ma anche di esigere le tasse e battere moneta nei territori ove operavano con l'ausilio di eserciti privati) e nelle quali la responsabilità dei soci non esercitanti personalmente il commercio era limitata alle quote di patrimonio sottoscritte e versate, così ponendosi anche le basi della circolazione di quote (*shares*) appartenenti a un ampio numero di persone, nonché le basi per la nascita delle borse valori (dapprima a Bruges come borsa dei cambi, poi ad Anversa anche per la negoziazione di titoli pubblici, infine, nel medesimo secolo XVII, ad Amsterdam con la trattazione delle azioni delle compagnie).

società
anonime

società
per azioni

Queste società prenderanno quindi il nome di società *anonime* (anonime quanto ad appartenenza delle quote), che viene mantenuto ancor oggi in Francia (*société anonyme*) e in Italia sino al codice civile 1942, che lo ha sostituito, con terminologia di derivazione tedesca (*Aktiengesellschaft*), con la denominazione di società *per azioni*.

6. Il privilegio della responsabilità limitata e la persona giuridica.

autorizzazione
governativa

L'eccezionale privilegio della limitazione di responsabilità per i soci delle compagnie si conserverà ancora nel XIX secolo pur dopo l'avvento dei principi liberali. Le società anonime dovevano ottenere l'*autorizzazione governativa*, a seguito della quale veniva riconosciuta la limitazione di responsabilità dei soci al patrimonio investito.

eliminazione

Solo con il codice di commercio del 1882 si è realizzato il rovesciamento di prospettiva postulato dai principi della libertà di commercio e dall'esigenza di promuovere un ampio afflusso di capitali ai fini della prima industrializzazione del paese, caratterizzata, per primaria importanza, dalla creazione del nuovo sistema di trasporti terrestri nell'Italia appena unificata, rappresentato dalle ferrovie. È stata quindi eliminata la necessità di autorizzazione governativa per la costituzione delle società anonime. Per conseguenza, il libero esercizio dell'attività commer-

ziale da parte di più persone attraverso il contratto di società che godono della limitazione della responsabilità dei soci è divenuto principio generale delle società anonime, che si sono potute costituire liberamente, divenendo l'atto costitutivo soggetto solo a un controllo formale di legalità, affidato all'autorità giudiziaria con il procedimento di omologazione.

omologazione

La responsabilità limitata dei soci per le obbligazioni assunte per l'attività sociale non aveva così più carattere eccezionale in quanto conseguente a provvedimento specifico dell'autorità governativa, ma assumeva carattere proprio delle società anonime. Queste sono quindi venute configurandosi, sul piano della costruzione sistematica, con piena autonomia patrimoniale e per una organizzazione esistente in se stessa, che risponde delle obbligazioni assunte con il proprio patrimonio.

non più carattere eccezionale della responsabilità

In parallelo, ma con processo distinto, si giungeva alla nozione generale, anche legislativa, di *corpo morale*, distinto dalle persone fisiche e considerato come persona al fine di consentire l'unificazione e l'imputazione dei rapporti attivi e passivi. L'evoluzione attraversava sia il diritto pubblico, con la configurazione dello Stato e dei corpi morali legalmente riconosciuti come persone (art. 2 cod. civ. 1865) sia il diritto commerciale, con la qualificazione di tutte le società commerciali, anche se con la tradizionale responsabilità illimitata dei soci (società in nome collettivo e in accomandita), come «enti collettivi distinti dai soci» (art. 77 cod. comm. 1882) e quindi persone, non fisiche ma giuridiche.

corpo morale o persona giuridica (art. 2 cod. civ. 1865)

Solo con il codice civile del 1942 la nozione di persona giuridica verrà ristretta alle società di capitali, caratterizzate dalla responsabilità limitata al patrimonio sociale (art. 2331 cod. civ., richiamato per le altre società di capitali). La responsabilità limitata viene così considerata non solo principio proprio delle società di capitali, che ne caratterizza la *ratio*, ma connotato anche della nozione di persona giuridica. Nel codice civile del 1942 tale connotato non è peraltro coesistente alla persona giuridica, poiché viene previsto che nelle società di capitali le azioni o le quote possono concentrarsi in capo ad un unico socio ma che, in tal caso, questo risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società (vecchi artt. 2362 e 2497), che mantiene la personalità giuridica.

le sole società di capitali nel codice civile del 1942

responsabilità limitata peraltro non essenziale

unico azionista o quotista

Il processo si conclude con la riforma delle società di capitali del 2003 (d.lgs. n. 6/2003). Con essa la responsabilità limitata diviene carattere essenziale delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata, anche nel caso che queste vengano costituite con atto unilaterale o che in qualsiasi momento le quote si concentrino in capo a un unico socio, in ambedue i casi escludendosi la responsabilità illimitata per il fatto della presenza di un solo socio.

responsabilità limitata essenziale nella riforma delle società di capitali del 2003 anche se costituite con atto unilaterale o se unico socio

7. La progressiva rilevanza dell'interesse pubblico economico per le società.

rilevanza
dell'interesse
pubblico-
economico

nel fallimento

nei principi di
ordine pubbli-
co-economico
per le società
di capitali

a tutela dei
soci di mino-
ranza e dei
terzi

Nell'ambito del principio del libero esercizio dell'attività economica, dopo l'abolizione dell'autorizzazione governativa per le società anonime, la *tutela degli interessi generali* era rimasta circoscritta, secondo una tradizione secolare risalente anch'essa alla civiltà comunale, alla *disciplina del dissesto*: con la rottura traumatica dei rapporti commerciali fondati sull'affidamento dei terzi e con la dichiarazione del fallimento del commerciante (art. 684 cod. comm. 1882).

L'evoluzione nel senso di un'ulteriore incidenza dell'interesse pubblico nell'economia con principi volti a prevenire e sanzionare gli abusi della libertà di iniziativa economica si avvia nel primo decennio del XX secolo in materia societaria, non però con l'intervento del legislatore, ma con l'opera correttiva della giurisprudenza, attraverso la formazione giurisprudenziale di *principi di ordine pubblico-economico a tutela dei soci o dei terzi*.

A tutela dei soci di minoranza viene limitato il potere dei soci di determinare liberamente l'organizzazione delle decisioni comuni all'esterno dell'organo assembleare attraverso il quale si articola la persona giuridica societaria. Si afferma il principio di ordine pubblico economico che l'assemblea è la sede esclusiva per la discussione e l'assunzione delle decisioni e si dichiarano illeciti gli accordi di voto tra soci che preconstituiscano maggioranze esterne all'assemblea. A tutela non soltanto dei soci di minoranza ma anche dei terzi che, per le obbligazioni sociali, fanno affidamento solo sul patrimonio sociale, al fine di garantire la destinazione del patrimonio fissata nell'atto costitutivo e la sua integrità, si afferma il divieto per le società di capitali di partecipare a società collettive di persone, nelle quali la società di capitali assumerebbe una piena responsabilità per un patrimonio gestito liberamente da amministratori non mandatari dei soci della società di capitali.

8. La rilevanza dell'interesse pubblico in altri specifici settori del diritto commerciale.

intervento
dello Stato
nell'economia

nelle compa-
gnie di assicu-
razione

Dopo il primo conflitto mondiale 1915-1918, prima per lo sconvolgimento dell'economia provocato dalla guerra, poi, in rapida successione temporale, per la crisi americana del 1929 che scuote le deboli economie europee, il diritto pubblico dell'economia con il *progressivo intervento dello Stato* si innesta nel *diritto privato del commercio*.

Nel 1923, nel settore delle *assicurazioni sulla vita*, cui è connaturata la finalità previdenziale, la piena attuazione di questa viene sottoposta al

controllo pubblico con il meccanismo dell'obbligo per le società di assicurazione di cedere il 10% dei premi a un ente pubblico economico costituito per l'esercizio del ramo vita (I.N.A.). Nello stesso anno, per l'intero settore assicurativo viene introdotto con legge il controllo pubblico nell'esercizio dell'attività delle compagnie private.

Nel 1930 viene introdotta una *disciplina penale* delle comunicazioni sociali e dei bilanci delle società commerciali, che verrà inserita nel 1942 nel codice civile.

nella disciplina penale delle comunicazioni sociali e dei bilanci

Nel 1933, a seguito della *crisi delle grandi industrie*, viene creato l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.) cui vengono cedute le grandi imprese industriali in dissesto e le tre banche nazionali, sulle quali si era riversata la crisi industriale (Banca Commerciale, Banca di Roma e Credito Italiano). Nel 1936 viene riordinato l'intero sistema bancario sottoponendolo a stringente vigilanza della Banca d'Italia, che rappresentava l'istituto statale di emissione della moneta.

IRI

legge bancaria

Per le banche, per le assicurazioni e per gli enti pubblici economici viene anche esclusa l'applicazione della disciplina del fallimento sostituendola con una *disciplina amministrativa del dissesto* con la direzione e sorveglianza dell'autorità governativa e, per le banche, della Banca d'Italia: nasce, accanto al fallimento, la nuova procedura della liquidazione coatta amministrativa per categorie di imprese.

liquidazione coatta amministrativa

Sempre in materia fallimentare, già all'inizio del secolo (1903), a seguito dei dissesti conseguenti al primo processo di industrializzazione del paese, a fine '800 anche con la crisi delle imprese che avevano costruito la rete delle ferrovie, la concezione rigidamente sanzionatoria del fallimento, che avrebbe accresciuto i danni per i creditori, trovava attenuazione con la legge che istituiva la nuova procedura di concordato preventivo, che agevolava gli accordi tra l'insolvente e i creditori.

concordato preventivo

9. La formazione del codice civile.

Nel 1939 venivano istituite due Commissioni per la riforma rispettivamente del codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882. Per il primo si richiedeva che i principi dell'affidamento dei terzi, propri della materia commerciale, fossero introdotti anche nella disciplina civilistica e che si generalizzasse, sulla base dei nuovi principi, la disciplina dei contratti, non più distinti tra contratti civili e contratti commerciali. Per il secondo si postulava una generalizzazione della figura del commerciante all'esercizio di tutte le attività economico-produttive.

verso il codice civile 1942

principi di affidamento

disciplina dei contratti

figura del commerciante

Dopo un'ipotesi di redazione di un unico codice dell'economia, che peraltro sarebbe stata abnorme con riguardo alla disciplina della persona e delle successioni e all'inserimento del diritto pubblico dell'economia accanto al diritto dei privati, veniva deciso di unificare nel codice civile la materia contenuta nel codice di commercio.

materie commerciali escluse dal codice civile

Sono state però escluse dalla nuova codificazione parti tradizionali del diritto commerciale disciplinate nel codice di commercio: la disciplina del *commercio marittimo*, che è stata estesa alla navigazione aerea, con la creazione del codice della navigazione; la disciplina del *fallimento*, che è stata unificata con le procedure della liquidazione coatta amministrativa e del concordato preventivo, aggiungendo la nuova procedura dell'amministrazione controllata, costituita da una moratoria annuale (divenuta biennale dal 1978) nei casi di crisi meramente finanziaria e che è stata abolita con la riforma della legge fallimentare del 2006. La disciplina della *cambiale e dell'assegno* ha continuato ad essere retta dalla legge del 1933, mentre nel codice civile è stata introdotta la nuova figura generale dei titoli di credito, con una disciplina sostanzialmente riassuntiva dei principi propri della disciplina cambiaria e dei documenti rappresentativi di merce, nell'ambito della ripartizione dottrinale tra titoli astratti e titoli causali.

21 aprile 1942

L'unità della codificazione e delle leggi collegate ha avuto una manifestazione anche cronologica, in quanto il nuovo codice civile, la legge fallimentare e il codice della navigazione sono entrati in vigore lo stesso giorno del 21 aprile 1942 (il 21 aprile era data simbolica in quanto data tradizionale della nascita di Roma).

10. *Il contenuto del diritto commerciale nel codice civile.*

Il contenuto della materia commerciale, pur nella perdita dell'autonomia del codice di commercio, è restato, in ragione dell'evoluzione storica, quello tradizionale, anche se appunto "dispersa" a livello sistematico.

La disciplina dei contratti commerciali, unificata nella disciplina generale dei contratti, è entrata a far parte del libro IV del codice civile.

imprenditore e società nel libro V del Lavoro

La disciplina dell'attività dell'imprenditore e delle società (che in realtà sono imprenditori) ha formato il libro V del codice civile.

contratto di lavoro subordinato

In questo libro, intitolato al Lavoro, è stata inserita anche la nuova disciplina del *contratto di lavoro subordinato* (la tradizionale *locatio operarum* e cioè locazione di energie fisiche priva di disciplina inderogabile a tutela del lavoratore se non nell'ambito delle istituzioni corporative),

che peraltro ha immediatamente acquisito autonomia di valori e quindi scientifica con la contrapposizione democratica, dopo la seconda guerra mondiale, tra datori di lavoro e organizzazioni sindacali e con lo sviluppo quindi del diritto del lavoro come disciplina retta da propri principi.

La disciplina della cambiale e dell'assegno, posta dalla legge del 1933 a seguito di convenzioni internazionali, è restata estranea al codice civile. Nel libro IV del codice sono stati peraltro generalizzati i principi di questi documenti, caratterizzati dalla facoltà di esigere il diritto anche da parte di chi non ne fosse il titolare e dalla circolazione dei diritti attraverso la circolazione dello stesso documento, indipendentemente dal contenuto del contratto originario di emissione o delle obbligazioni successivamente assunte che non venga espresso nel testo scritto del documento. Veniva quindi creata, per derivazione scientifica germanica, la nuova categoria generale dei titoli di credito (legislativamente presente solo in Italia), nella quale i principi riguardavano anche i documenti nominativi, che si erano affiancati alla cambiale, all'assegno e ai documenti rappresentativi di merci trasportate o in deposito nei magazzini generali, frutto dell'elaborazione consuetudinaria dal commercio marittimo e dal trasporto di merci.

cambiale e
assegno nella
legge del 1933

titoli di credito
nel codice civile

11. *L'autonomia sostanziale del diritto commerciale.*

Malgrado l'inserimento di larga parte della materia commerciale nel codice civile con la scomparsa dell'autonomia formale delle fonti normative del diritto commerciale e malgrado nel libro IV delle obbligazioni e dei contratti siano state generalizzate norme del codice di commercio con la generale onerosità dei rapporti economici, con la tutela dell'affidamento dei terzi e con il rilievo del principio di buona fede, l'interpretazione del diritto commerciale contenuto nella codificazione del 1942 conduce a individuare una permanente autonomia sostanziale di principi, centrata intorno alle nuove *figure giuridiche dell'imprenditore e dell'impresa*, sulle quali è fondata la disciplina del libro V del Lavoro, insieme alla tradizionale disciplina contenuta nelle leggi collegate al codice civile.

autonomia
sostanziale dei
principi del
diritto com-
merciale

intorno a im-
prenditore e
impresa

La figura del commerciante è stata abbandonata con la creazione della nuova nozione di imprenditore (restata invece estranea agli altri paesi occidentali), estesa a ogni forma di esercizio dell'iniziativa economica: nel libro del lavoro infatti la nozione di commerciante, che nel codice di commercio 1882 già comprendeva il compimento delle operazioni di carattere industriale (art. 3), è stata generalizzata sino a com-

nozione gene-
rale di im-
prenditore e ab-
bandono della
figura generale
del commer-
ciante

prendere ogni forma di attività economico-produttiva. Nell'ambito della nuova figura generale dell'imprenditore (art. 2082) il commerciante è divenuto un tipo di imprenditore, quello commerciale (art. 2195); a questo si sono aggiunti l'imprenditore agricolo (art. 2135), il piccolo imprenditore (art. 2083), l'imprenditore pubblico e l'impresa pubblica senza imprenditore (per gli enti territoriali) (art. 2093). L'azienda è stata anch'essa generalizzata e qualificata come complesso dei beni organizzati dall'imprenditore (art. 2555).

azienda

Bibliografia.

Sui principi della materia:

- M. CIAN, *La scienza del diritto commerciale*, Torino, 2023.
 G. CABRAS, *Via dell'Impresa*, Torino, 2022.
 N. RONDINONE, *Lo spettro dell'organizzazione in forma d'impresa nel libro del lavoro*, Torino, 2022.
 G. MARASÀ, *L'imprenditore*, Milano, 2021.
 G. COTTINO-M. AIELLO-M. CALLEGARI-M. CAVANNA-S. CERRATO-E. DESANA-B. PETRAZZINI, *Lineamenti di diritto commerciale*, Bologna, 2020.
 F. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di U. Patroni Griffi, Milano, 2012.
 G. VISENTINI-E. TONELLI, *Principi di diritto commerciale: introduzione, imprenditore, società di persone, per azioni, a responsabilità limitata, cooperative bilancio e revisione*, Padova, 2006.
 G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. I, tomo 1, Torino, 2001.

Sull'evoluzione del diritto commerciale:

- M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2023.
 G. NUZZO, *Impresa e società nell'era digitale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, p. 417 ss.
 A. AMATUCCI, *La scuola del diritto commerciale di Alessandro Graziani e le situazioni soggettive dell'azionista di Enzo Buonocore*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 275 ss.
 P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 379 ss.
 G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2012, p. 251 ss.
 F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 2011, p. 379 ss.
 V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 551 ss.

- V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 5 ss.
- G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 649 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: IAS/IFRS e sistema delle fonti del diritto contabile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, n. 2, p. 235 ss.
- C. BISCARETTI DI RUFFIA-M.E. GURRADO, *La Società Europea: un nuovo strumento per investire nell'Europa allargata*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1 ss.
- P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte Generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2004.
- F. AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 689 ss.
- R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003.
- L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 421 ss.
- B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1 ss.
- A. SERRA, *Diritto commerciale ed evoluzione della disciplina delle società in Europa (dall'armonizzazione al diritto uniforme)*, in *Diritto romano comune*, 2002, p. 256 ss.
- G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra Antichità, Medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. I, Padova, 2001, p. 1 ss.
- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.
- A. MONTANARI, *Impresa e società. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990.
- T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.
- A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 633 ss.
- L. GOLDSCHIMDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913.

Per una storia delle fonti e della codificazione del diritto commerciale:

- M. LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023.
- V. BUONOCORE, *Le fonti del diritto commerciale*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, A. Bassi, Torino, 2020.
- S. CAMPANALE, *Introduzione alle fonti del diritto commerciale internazionale*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di U. Patroni Griffi, Milano, 2012, p. 1 ss.
- A. CAPRARA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi, G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 13 ss.
- M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.

- N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.
- S. RONCO, *Codificazione, decodificazione, ricodificazione nel diritto commerciale: spunti di riflessione fra tradizione e prospettive*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1998, vol. 73, fasc. 5, parte 1, p. 910 ss.
- A. PADOA-SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- AA.VV., *1892-1992. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984.
- A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 430 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1961, p. 83 ss.
- A. ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 511 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1961, p. 69 ss.
- C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 572 ss.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1922.

Per un'indagine sulle ragioni economiche attuali della responsabilità limitata secondo il metodo dell'analisi economica del diritto:

- F. ACCETTELLA-F. BRIOLINI-G.M. BUTA-G. SANTONI, *La società a responsabilità limitata*, Torino, 2022.
- V. BUONOCORE, *Impresa, società per azioni e mercato: contiguità tra economia e diritto e analisi economica del diritto*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole: scritti giuridici per Guido Rossi*, vol. I, Milano, 2002.
- F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996.

CAPITOLO SECONDO

L'IMPRESA

SOMMARIO: I. LA RILEVANZA. – 1. Centralità dell'impresa nel codice civile del 1942. – 2. Il sistema a seguito dell'abrogazione dell'ordinamento corporativo. – 3. Nuovo rilievo giuridico dell'impresa come attività organizzata economico-produttiva. – 4. L'impresa come sola attività. Nuovi orientamenti nel diritto comunitario e nel diritto concorsuale. – 5. Ancora l'impresa come organizzazione. – 6. L'impresa sociale. – II. LA DISCIPLINA. – 1. La disciplina della concorrenza nel mercato (*antitrust*). – 2. L'integrazione tra la disciplina italiana e la disciplina comunitaria. – 3. Divieto delle intese, dell'abuso di posizione dominante, dell'abuso di dipendenza economica e di concentrazioni. – *Bibliografia*.

I. LA RILEVANZA

1. *Centralità dell'impresa nel codice civile del 1942.*

Nella fisionomia originaria del codice civile del 1942, accanto alla figura soggettiva dell'imprenditore assumeva rilievo centrale la nuova nozione giuridica di impresa.

*centralità
dell'impresa
nel 1942*

Questa, nella visione ancora "corporativa" tipica del regime fascista ma pure recepita nel codice civile, rappresentava una *istituzione giuridica globale*, comprendente l'imprenditore, i lavoratori subordinati e il capitale e i beni investiti (Asquini). Il concetto di istituzione giuridica era giustificato dal fatto che imprenditori e lavoratori formavano una comunità di persone, in quanto vincolati a perseguire sia l'interesse comune dell'impresa che l'interesse superiore dell'economia, che limitava la libertà di perseguire il primo (artt. 2085, 2086 e 2088). La giurisdizione del lavoro garantiva l'osservanza del vincolo (artt. 2089-2092). Come ragione giustificativa (*ratio*) generale del diritto commerciale era posta quindi piuttosto la tutela dell'impresa complessivamente considerata che non la tutela delle singole componenti di essa: così anche nelle società e

*l'impresa come
istituzione nella
concezione
corporativa*

nei contratti di impresa disciplinati nel codice civile (come i contratti bancari, l'assicurazione, l'appalto).

La libera concorrenza tra gli imprenditori non rappresentava invece un valore in sé, in quanto si assumeva che l'economia non ancora matura non la consentisse pienamente, con conseguente legittimità sia di limitazioni legali e contrattuali della concorrenza (artt. 2595 e 2596) sia dei consorzi nella finalità originaria limitativa della concorrenza tra gli imprenditori consorziati (art. 2598 nel testo anteriore alla novella del 1976).

eliminazione
dell'ordinamento
corporativo

Nel 1944 venivano però eliminati, con due decreti luogotenenziali (d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 287; 23 novembre 1944, n. 369), tutti i principi giuridici e tutte le norme portanti dell'ordinamento corporativo. Cadevano il dovere di perseguire un interesse della comunità lavoratori-imprenditore e l'obbligo di perseguimento dell'interesse superiore dell'economia. Parallelamente si affermava l'opposto principio della libertà di associazione tra i lavoratori e la libertà di perseguire l'interesse dei lavoratori anche in contrapposizione agli imprenditori. La libertà di perseguimento degli interessi dei lavoratori attraverso associazioni create da questi (i sindacati) diveniva libertà costituzionalmente garantita nel 1948 (art. 39 Cost.) insieme alla affermazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). Cadeva la nozione giuridica di impresa, quale configurata nel codice civile 1942.

libertà di asso-
ciazione sinda-
cale

e di iniziativa
economica

2. Il sistema a seguito dell'abrogazione dell'ordinamento corporativo.

Alla luce dei nuovi principi costituzionali parte della dottrina osservava conseguentemente che l'impresa si *identifica con l'azienda*, come complesso – tecnico-economico organizzato produttivo – di beni (Minervini).

centralità
dell'imprenditore
e del fine
lucrativo

Altra parte della dottrina (Ascarelli) invece liberava la figura dell'imprenditore dall'impresa e faceva del primo il fulcro del sistema del diritto commerciale delineato nel libro V del codice civile, sul modello tradizionale del commerciante. Si configurava quindi essenziale il *fine lucrativo* del capitalista (*homo economicus*), come il fine speculativo era stato essenziale per il commerciante. Si tornava alla tradizione del codice di commercio, con la centralità del commerciante, divenuto imprenditore commerciale e con l'attività economico-produttiva da questo esercitata, comprendente, come categoria unitaria, tutti i ventiquattro tipi di operazioni commerciali (gli atti di commercio) descritti nell'art. 3 del codice di commercio 1882.

La *ratio* del diritto commerciale veniva così centrata sulla libertà di impresa che si esprime nella finalità lucrativa soggettiva dell'imprenditore e non sull'impresa, né sull'azienda, osservando peraltro che l'azienda potrebbe mancare nello speculatore professionale, organizzatore di soli mezzi finanziari (Ascarelli). Anche le società, come nel codice di commercio, avrebbero come fulcro non l'impresa, ma il contratto tra i soci.

impresa come attività

In questa concezione le società avrebbero come *ratio* della disciplina il contratto tra più persone che mettono del proprio e partecipano al rischio dell'iniziativa economica: il centro della disciplina societaria sono i "proprietari" ossia i soci e non gli amministratori che gestiscono l'azienda.

ratio delle società nel contratto tra i soci

Inoltre la libertà dell'imprenditore diviene libertà di ciascuno di competere con gli altri nel mercato: *libertà di concorrenza*, come espressione della libertà individuale, a garanzia dello sviluppo delle imprese e dell'economia.

libertà di concorrenza

Il Trattato di Roma istitutivo del mercato comune dà riconoscimento a tale prospettiva con riguardo al mercato europeo, con il divieto di *intese* tra imprenditori che limitino la concorrenza e il divieto dell'*abuso* di posizione dominante (artt. 85 e 86 Trattato della Comunità economica europea 25 marzo 1957; poi artt. 101 e 102 Trattato della Comunità europea dal 7 febbraio 1992; oggi artt. 101 e 102 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea); un successivo Regolamento (reg. (CE) n. 4064/1989, modificato dal reg. (CE) n. 1310/1997) ha vietato quelle *concentrazioni* tra imprese che per la loro consistenza possono creare pregiudizio all'efficienza del mercato.

Trattato di Roma istitutivo del mercato comune (1957)

Trattato della Comunità europea

e regolamenti

Per la rilevanza giuridica della libertà di concorrenza all'interno del mercato italiano occorre tuttavia attendere la legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha introdotto il divieto delle stesse fattispecie già vietate in sede comunitaria e ha istituito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

legge per la tutela della concorrenza e del mercato (1990)

3. Nuovo rilievo giuridico dell'impresa come attività organizzata economico-produttiva.

Lo spostamento del sistema sul fine lucrativo dell'imprenditore non corrisponde peraltro alla disciplina giuridica dell'imprenditore e dell'azienda.

fine lucrativo giuridicamente non essenziale all'imprenditore

Come vedremo, per l'imprenditore in generale, nel codice civile, il fine speculativo non è giuridicamente essenziale (art. 2082).

L'azienda è poi descritta come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555) e quindi appare

azienda

come *parte oggettiva coesistente* nella normalità dei casi alla figura dell'imprenditore. A conferma di ciò, nella rinnovata disciplina dei rapporti di lavoro, in caso di trasferimento di azienda l'assenza di fine lucrativo rappresenta espressamente possibile connotato dell'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (si da comprendere, a tutela dei lavoratori che conservano tutti i loro diritti, anche il *no-profit*) (art. 2112, co. 5).

continuità
dell'impresa e
tutela dei terzi

In questo quadro, segnatamente la disciplina dell'impresa-società tende non solo a tutelare l'imprenditore e il suo fine di *speculazione*, ma pure a garantire la *continuità* dell'impresa ed una corretta ed efficiente gestione dell'impresa a tutela dei lavoratori, dei terzi onesti e dell'economia, anche con norme di ordine pubblico economico.

nuovo rilievo
giuridico
dell'impresa
concezione
oggettiva

Il ritorno interpretativo alla centralità dell'impresa come organizzazione produttiva cui è connaturata l'azienda, e quindi ad una *concezione oggettiva* del diritto commerciale, si è avviato negli anni '70. Dopo la seconda guerra mondiale l'Italia aveva avuto, negli anni '50 e '60, uno sviluppo impetuoso e disuguale. Tra sette e otto milioni di persone (lavoratori in prevalenza agricoli e loro famiglie) si erano trasferiti dal sud alle periferie delle città industriali del nord, molti vivendo in condizioni precarie quanto ad alloggi e servizi essenziali, sradicati dall'ambiente e dalla cultura originari. Nasceva la protesta dal 1969 al 1976-77. La crisi sociale si intrecciava con la crisi economica causata, in un paese importatore delle materie prime, dall'improvvisa moltiplicazione del prezzo del petrolio e delle altre materie prime nel 1974 con la fine dell'aggancio della lira al dollaro (e quindi con la fine della esclusione per la moneta italiana di processi inflazionistici interni), con una pesante inflazione dal 1975. Diveniva drammatico il problema della garanzia del posto di lavoro nell'impresa.

leggi sul salvataggio delle imprese

L'impresa, con la sua componente del lavoro subordinato, è tornata così ad avere rilievo primario attraverso leggi esterne al codice civile, che tendevano al *salvataggio delle imprese* facendole acquisire da enti pubblici esistenti (come l'IRI) o creati *ad hoc* (come la Gepi, la Fime, la Rel). Veniva introdotta nell'ordinamento giuridico la nuova procedura dell'insolvenza delle grandi imprese (la c.d. legge Prodi del 1979). La disciplina verrà rinnovata con la legge 8 luglio 1999, n. 970 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, nonché, più recentemente, con le leggi 18 febbraio 2004, n. 39 e 27 ottobre 2008, n. 166.

favore per le
piccole e medie imprese

Un ulteriore slancio nella direzione della rilevanza dell'impresa si è poi avuto con gli interventi tesi a rilanciare l'economia attraverso il favore per le *piccole e medie imprese* che, nel senso comunitario di cui alla Racco-

mandazione della Commissione 2003/361/CE, del 6 maggio 2003 (meno di 250 occupati e il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro) rappresentano la quasi totalità delle imprese in Italia. Di qui una serie di misure contenute in leggi speciali, in Italia dal 2012, volte alla promozione prima delle start-up innovative PMI e poi di tutte le PMI.

Le esigenze dell'impresa tornano ad essere una guida interpretativa della disciplina del diritto commerciale come diritto dell'impresa.

4. *L'impresa come sola attività. Nuovi orientamenti nel diritto comunitario e nel diritto concorsuale.*

La rilevanza giuridica dell'impresa come organizzazione produttiva non è incompatibile con il fatto che il termine *impresa* sia stato largamente utilizzato nel codice civile anche nel senso, immediatamente desumibile dall'art. 2082, di *attività economico-produttiva esercitata dall'imprenditore e da questo organizzata*. Infatti la definizione normativa dell'imprenditore, contenuta nell'art. 2082 ("È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività ..."), si identifica linguisticamente con una formula che sostituisca il termine *attività* con *impresa* ("È imprenditore chi esercita professionalmente un'impresa ...").

impresa come attività economico-produttiva organizzata

Ma ciò non significa, come vuole l'indirizzo dottrinale ricordato, che l'impresa si esaurisce nel momento soggettivo *dell'attività* dell'imprenditore. Significa invece che *l'impresa è l'attività economico-produttiva organizzata* ed è quindi costituita dal complesso di operazioni economiche nelle quali si identifica l'attività – contratti, atti giuridici e fatti, non assunti peraltro per la loro qualificazione giuridica – tra loro organizzate al fine produttivo e di scambio di beni o servizi e il cui esercizio qualifica il soggetto come imprenditore (art. 2082).

In tal senso le operazioni economiche compiute dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa sono elemento costitutivo della nozione di impresa come attività; ma sono anche elemento costitutivo della nozione di azienda specificamente posta per la disciplina del rapporto di lavoro in caso di trasferimento, usufrutto e affitto di azienda dall'art. 2112, nel quale l'*azienda* è identificata nell'"*attività economica organizzata ... al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*". Si è così normativamente assimilata, ai fini della disciplina sul mantenimento dei rapporti di lavoro, la fattispecie dell'azienda alla nozione di impresa come attività individuata dall'art. 2082.

rapporto con l'azienda

Proprio sul terreno dell'impresa come attività va ricordato che il di-

ampliamento
della nozione di
impresa

professionisti
intellettuali

consumatori

battuto sulla nozione di impresa si è ulteriormente arricchito alla luce di alcuni orientamenti che sembrano averne ampliato i confini, concentrandone la qualificazione tipologica essenziale nella sola attività economica. Ciò è avvenuto sia nel diritto comunitario, che ha fatto rientrare nei confini (della disciplina) dell'impresa fattispecie tradizionalmente estranee ad essa come il professionista intellettuale che, per una certa giurisprudenza della Corte di Giustizia, subirebbe l'applicazione della disciplina dei segni distintivi, della concorrenza sleale, degli accordi restrittivi della concorrenza (come gli accordi sulle tariffe); sia nel diritto interno, con l'applicazione ai professionisti intellettuali e ai consumatori di alcune procedure concorsuali (si pensi alle procedure di sovraindebitamento, prima con la legge n. 3/2012 e poi con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e succ. modifiche correttive (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal d.l. 30 aprile 2022, n. 36), entrato in vigore nel 2022, che ha esteso tali procedure a "ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza" (art. 2, co. 1, lett. c) e quindi anche a persone fisiche non consumatori, associazioni, fondazioni. Si tratta tuttavia di tendenze che non hanno ancora la forza di sovvertire le tradizionali categorie sistematiche, anche se testimoniano di come la normativa della impresa sia, per alcuni limitati profili, appunto relativi all'attività, esportabile.

5. Ancora l'impresa come organizzazione.

rilevanza
dell'impresa
come organizza-
zione produttiva

nella ratio della
disciplina
dell'imprenditore
e delle società

continuità
dell'impresa

La rilevanza dell'impresa come organizzazione produttiva non è peraltro mai venuta meno ai fini della determinazione della *ratio* della disciplina: sia con riferimento alle norme in tema di imprenditore individuale che con riguardo alle società. Tale *ratio* infatti non si identifica nella sola tutela degli interessi dell'imprenditore individuale o dei soci nelle società, ma anche nella risposta positiva ad esigenze del complesso produttivo in tutte le componenti anche personali, secondo la *nozione economica* dell'impresa. La considerazione normativa, anche a livello eurounitario (così la direttiva (UE) 2019/1023 c.d. Insolvency) a favore della continuità dell'impresa rappresenta una guida essenziale per una corretta interpretazione ed applicazione delle norme in tema di impresa, società e procedure concorsuali.

La rilevanza giuridica dell'impresa nella sua accezione economica eco-

nomica si manifesta anche nei contratti c.d. di impresa, caratterizzati nella loro natura giuridica dal fatto che l'impresa rappresenta elemento essenziale della fattispecie contrattuale e quindi della tipica funzione economico-sociale (la causa) del contratto. Tale caratteristica è presente nei contratti di appalto, agenzia, banca, assicurazione e, più recentemente, nei nuovi contratti, creati dalla pratica commerciale, di leasing, di factoring, di distribuzione e di subfornitura. In essi la *ratio* della disciplina non è compiutamente comprensibile se non in funzione delle caratteristiche tecnico-economiche dell'impresa.

contratti di
impresa

Con riguardo a queste organizzazioni produttive l'impresa rappresenta spesso anche fattispecie per l'applicazione di *norme di diritto pubblico*, in dipendenza degli *interessi generali* coinvolti nell'esercizio dell'impresa, con discipline di settore regolate sia in direttive comunitarie sia in *Testi Unici* (come per le imprese bancarie e per le imprese finanziarie operanti sul mercato: testo unico in materia bancaria, il TUB, del 1993; il testo unico in materia finanziaria, il TUF, del 1998; il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il TUOEL, del 2000; il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, il TUSP, del 2016), sia nel *codice delle assicurazioni private* del 2005, con riguardo alla tutela del consumatore nel *codice del consumo* del 2005 e, con riguardo ai lavori, servizi e forniture nel *codice dei contratti pubblici* del 2006 sostituito nel 2023.

Testi Unici

codici:
assicurazioni,
consumo,
contratti pub-
blici

Inoltre agli enti pubblici territoriali (Stato, regioni, province) è applicabile la sola disciplina dell'impresa da essi direttamente gestita, mentre non è riferibile la qualifica di imprenditore (art. 2093, che usa la terminologia propria del sistema corporativo vigente nel 1992, fondato sull'inquadramento delle imprese nelle organizzazioni corporative). Non si applica quindi direttamente in capo a tali enti la disciplina dell'imprenditore: ad esempio, non è riferibile allo Stato, alle regioni o alle province la liquidazione giudiziale o altra procedura concorsuale, mentre l'impresa da essi direttamente gestita (c.d. azienda autonoma) può essere sottoposta a procedura concorsuale. Insomma, vi è una impresa senza imprenditore. E, come adesso vedremo, vi può essere impresa senza fine soggettivo di lucro: un esempio tipizzato di tale fattispecie è rappresentata dall'impresa sociale.

impresa senza
imprenditore:
enti pubblici
territoriali

6. L'impresa sociale.

Con d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (oggi sostituito dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112) è stata disciplinata la nuova fattispecie dell'*impresa sociale*, la cui qualifica può essere acquisita da tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile (società ed enti

impresa
sociale

pubblici economici), che esercitano in via *stabile e principale* un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, purché esse abbiano i requisiti dell'assenza dello scopo di lucro e dell'assenza di controllo ed esercizio di attività di direzione su di esse da parte di imprese private con finalità lucrative e di amministrazioni pubbliche (di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e sue successive modifiche ed integrazioni).

beni e servizi di
utilità sociale

Si considerano *beni e servizi di utilità sociale* quelli prodotti o scambiati in una serie di settori tassativamente elencati all'art. 1, co. 1 (a titolo esemplificativo e non esaustivo: assistenza sociale, sanitaria, socio-sanitaria, educazione istruzione e formazione, tutela dell'ambiente, patrimonio culturale, radiodiffusione sonora a carattere comunitario, turismo sociale, formazione universitaria e post-universitaria, servizi culturali, formazione extrascolastica e servizi strumentali). Possono inoltre acquisire la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitano attività di impresa al fine dell'inserimento lavorativo di lavoratori svantaggiati o disabili.

L'attività è principale quando i relativi ricavi sono superiori al 70% dei ricavi complessivi dell'impresa sociale. I lavoratori svantaggiati o disabili devono essere almeno il 30% dei lavoratori impiegati nell'impresa.

costituzione

L'impresa sociale deve essere costituita con atto pubblico e l'atto costitutivo e le sue modificazioni e gli altri fatti relativi all'impresa devono essere depositati presso l'ufficio del registro delle imprese.

distribuzione
degli utili

L'assenza dello scopo di lucro viene normativamente espressa con il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, degli utili e delle riserve a favore dei soci e dei partecipanti, nonché degli amministratori, collaboratori e lavoratori.

Al riguardo occorre tuttavia precisare che la riforma del 2017 ha in parte rivisto tale prospettiva. Infatti per quelle imprese costituite in forma societaria o consortile è contemplata la facoltà di destinare una parte degli utili onde rivalutare le partecipazioni dei soci al costo della vita. Le modalità operative in cui si concreta detta opzione coincidono con due diverse soluzioni: effettiva distribuzione degli utili o aumento gratuito di capitale.

denominazione

Nella *denominazione* è obbligatorio l'uso della locuzione "impresa sociale" e negli enti associativi la nomina della maggioranza dei componenti delle cariche sociali non può essere riservata a soggetti esterni all'impresa sociale, salve le norme legali e statutarie per specifici enti, né la nomina delle cariche sociali può avvenire da parte di imprese private con finalità lucrative e di amministrazioni pubbliche.

ammissione

Le *modalità di ammissione* ed esclusione dei soci, nonché la discipli-

na del rapporto sociale sono regolate secondo il principio di non discriminazione compatibilmente con la forma giuridica dell'impresa e l'atto costitutivo deve prevedere che sul diniego di ammissione o di esclusione possa essere investita l'assemblea dei soci.

L'impresa sociale deve *tenere il libro* giornale e il libro degli inventari prescritti per l'imprenditore commerciale e deve depositare presso il registro delle imprese il bilancio secondo le linee guida determinate dal Ministro del lavoro, al cui controllo l'impresa è soggetta. contabilità

Fatte salve disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita, è obbligatoria la nomina di uno o più *sindaci* che esercitano il controllo di legalità della gestione, che vigilano sia sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sia sull'osservanza delle finalità sociali dell'impresa. sindaci

Nel caso di *insolvenza* l'impresa sociale è soggetta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, con esclusione degli enti ecclesiastici e degli enti delle confessioni religiose. insolvenza

Nell'atto costitutivo devono essere previste forme di coinvolgimento dei collaboratori e dei destinatari delle attività, in modo che essi possano esercitare un'influenza sulle decisioni adottate, almeno per le questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e servizi prodotti o scambiati.

Il riconoscimento dell'organizzazione come impresa sociale è finalizzato all'attribuzione ad essa di agevolazioni tributarie o di altro tipo, secondo le previsioni normative vigenti.

Poiché l'impresa sociale è già per suo conto sussunta nella tipologia delle imprese del Terzo Settore, la disciplina ora richiamata dovrà essere integrata e coordinata anche con le previsioni normative relative a quest'ultimo ambito. Terzo Settore

II. LA DISCIPLINA

1. *La disciplina della concorrenza nel mercato (antitrust).*

disciplina
dell'impresa
nel mercato
dei beni e dei
servizi

L'impresa costituisce fattispecie giuridica nella disciplina generale concernente l'operare dell'impresa nel mercato dei beni e dei servizi, giunta all'attenzione del legislatore italiano solo alla fine degli anni '80 con la normativa *antitrust*, diretta a regolare la competizione tra le imprese, al fine di evitare che comportamenti dell'imprenditore producano effetti distorsivi della concorrenza nel mercato (legge 10 ottobre 1990, n. 287).

disciplina
comunitaria
antitrust

La disciplina italiana, essendo stata introdotta dopo oltre trenta anni dalla previsione di una disciplina comunitaria, disposta per le grandi imprese dal Trattato di Roma del 1957 con riferimento all'incidenza dei comportamenti dell'impresa in una parte rilevante del mercato comunitario (costituita, per quanto riguarda il mercato italiano, dallo stesso mercato italiano), ha preso come modello gli artt. 85 e 86 del Trattato (ora art. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, da qui in poi anche TFUE o solo Trattato).

disciplina
italiana antitrust

Sulla base di tale modello la disciplina della concorrenza sul mercato riguarda non solo le imprese e gli imprenditori, come qualificati nel codice civile italiano (art. 2082), ma tutti i soggetti che forniscono beni o servizi anche professionali ed enti o associazioni che ne determinino regole di comportamento sul mercato e che siano in grado, attraverso intese o abuso di posizione dominante sul mercato, di alterare le condizioni della concorrenza. In tale più ampia accezione la disciplina *antitrust* – comunitaria e italiana – determina la fattispecie giuridicamente rilevante dell'impresa e la sottopone al controllo rispettivamente della *Commissione* della CE per il mercato comunitario e dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* per il mercato italiano.

carattere uni-
versale

La disciplina della concorrenza nel mercato (antitrust) ha quindi tendenzialmente *carattere universale* perché si applica non soltanto a tutte le imprese come individuate nell'art. 2082 indistintamente (in questo senso ha carattere di pura universalità applicativa), ma anche, almeno in parte, alle attività che non rientrano strettamente nell'art. 2082 ma sono ad esse assimilate, cioè quelle che forniscono beni o servizi professionali. Siamo pertanto di fronte ad una *nozione ampia di impresa*, che esi-

ste indipendentemente dall'imprenditore e in presenza invece di altre figure come il professionista.

Inoltre, al fine di conseguire un'omogeneità di comportamenti delle imprese sul mercato europeo e su quello interno, è stato disposto che le norme contenute nella legge italiana devono essere interpretate in base ai principi dell'ordinamento della Comunità europea in materia di disciplina della concorrenza (art. 1, co. 4, legge n. 287/1990).

interpretazione delle norme italiane in base ai principi della Comunità europea

2. L'integrazione tra la disciplina italiana e la disciplina comunitaria.

L'integrazione tra la disciplina italiana e quella comunitaria per le regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato diviene piena con il reg. (CE) 16 dicembre 2002, n. 1/2003 applicabile direttamente in tutti i paesi della Comunità europea dal 1° maggio 2004 (art. 45). In base al nuovo sistema è attribuito *all'Autorità garante della concorrenza e del mercato* il potere – consistente nell'ordinare alle imprese la cessazione dei comportamenti illeciti – di applicare anche *il diritto comunitario* concernente le regole della concorrenza sul mercato comune (art. 5). Conseguentemente, la medesima competenza viene attribuita al giudice amministrativo in caso di impugnazione delle decisioni dell'Autorità garante e al giudice ordinario con riferimento alle richieste di risarcimento del danno da parte delle imprese danneggiate (art. 6; art. 33, legge 10 ottobre 1990, n. 287).

regolamento comunitario n. 1/2003

applicazione del diritto comunitario da parte dell'Autorità garante

Inoltre *il diritto comunitario* (artt. 101 e 102 del Trattato, Regolamenti comunitari sulla concorrenza e principi giurisprudenziali in materia elaborati dalla Corte di Giustizia CE) deve essere *applicato dall'Autorità garante e dalla giurisdizione italiana anche nell'applicazione della legge italiana* (in particolare, legge 10 ottobre 1990, n. 287), che si deve quindi conformare al diritto comunitario. È solo consentito che la legislazione nazionale ponga norme più severe sui comportamenti unilaterali delle imprese economicamente dipendenti da altra impresa ovvero ponga norme diverse se persegue prevalentemente un obiettivo diverso da quello della protezione della concorrenza sul mercato (art. 3).

e della giurisdizione italiana

anche nell'applicazione della legge italiana

La Commissione e le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri devono inoltre applicare le regole di concorrenza comunitaria in stretta cooperazione, costituendo una rete comunitaria di pubbliche Autorità (art. 11).