

## INDICE DEGLI AUTORI

ANTONIO CETRA, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

MARCO CIAN, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Padova.

ALESSANDRA DACCÒ, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Milano - Bicocca.

MAURIZIO DE ACUTIS, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Padova.

ENRICO GINEVRA, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Bergamo.

AURELIO MIRONE, Professore ordinario di Diritto dell'economia, Università degli Studi di Catania.

LUCA PISANI, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

PIERPAOLO M. SANFILIPPO, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Catania.

RENATO SANTAGATA, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università "Parthenope" di Napoli.

DAVIDE SARTI, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Ferrara.

ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, Professore ordinario di Diritto dell'economia, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

MAURIZIO SCIUTO, Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Macerata.



## PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Questa nuova edizione del Manuale tiene conto delle più recenti novità legislative che hanno interessato la materia del Diritto commerciale, tra le quali vanno segnalate le nuove disposizioni sulla s.r.l. PMI (d.l. 50/2017), la riforma delle imprese sociali e del terzo settore (d.lgs. 112/2017 e 117/2017), la nuova disciplina delle società forensi (l. 124/2017), l'avvio della riforma delle procedure concorsuali (l. delega 155/2017), l'attuazione delle Direttive MiFID2 (d.lgs. 129/2017) e PSD2 (d.lgs. 218/2017).

Padova, aprile 2018

MARCO CIAN

## PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Questo *Manuale* nasce da un'opera maggiore che di qualche anno lo precede (*Diritto commerciale*, 2 voll., Giappichelli, 2013, 2014 rist. agg.) e dunque dall'esperienza che il suo curatore e gli autori avevano maturato nel concepirla e nell'elaborarne i contenuti.

Se quell'opera, per la sua estensione e per l'approfondimento dei molti problemi ermeneutici suscitati dalla materia, cui si accompagna il corredo di un non modesto apparato bibliografico e giurisprudenziale, si rivolge primariamente agli studenti dei corsi universitari magistrali e ai praticanti delle professioni legali, dall'un lato, e, dall'altro, ai professionisti e agli studiosi interessati a cercare orientamenti, spunti di riflessione e indicazioni utili per una più articolata ricerca, questo *Manuale* si rivolge invece principalmente agli studenti dei corsi di primo livello e ai neolaureati o a quanti vogliono accostarsi (o riaccostarsi) allo studio del diritto commerciale per mezzo di uno strumento agile, ma solido nell'esposizione e completo nelle tematiche trattate.

Esso offre una presentazione ragionata, sistematicamente ordinata e, si spera, quanto più possibile chiara, di una materia ormai vasta e multiforme, senza rinunciare a toccarne alcuna delle diverse aree tematiche che la compongono: il diritto dell'impresa in senso stretto, il diritto industriale, quello delle crisi d'impresa, il diritto delle società e quello dei sistemi finanziari.

Molto di ciò che qui è presentato è tratto, anche testualmente, dall'opera maggiore, di cui si è realizzata una sintesi e, dove necessario, una rielaborazione, funzionali alla migliore esplicazione degli argomenti di volta in volta trattati. Uno è stato, e va sottolineato sin d'ora, lo spirito che ha animato il curatore e gli autori: si è scelto di non proporre al lettore una semplice, asettica sequenza di definizioni e di regole e dunque una massa nozionistica di dati, che sarebbe stata di difficile lettura e di ancor più difficile comprensione; si è preferito, invece, selezionare per ciascun argomento, pur nel rispetto delle esigenze di completezza irrinunciabili in un'opera di questo genere, le informazioni giuridiche veramente essenziali per un apprendimento delle sue basi istituzionali, inserendole con accuratezza nella cornice sistematica di riferimento, dandone una adeguata illustrazione sia sotto il profilo tecnico che sotto quello delle motivazioni economiche sottostanti e corredandone la presentazione con un costante richiamo alle applicazioni concrete nel tessuto socio-economico attuale. Tutto questo con l'obiettivo di permettere al lettore, che per la prima volta si accosti allo studio del sistema giuscommercialistico, un suo apprendimento sin dall'inizio consapevole e maturo; e per consentire a chi invece già la materia conosca, e voglia tornarvi, una ricognizione sintetica e ragionata dei suoi istituti fondanti.

Affidando il *Manuale* al giudizio dei lettori, il curatore e gli autori non possono che esprimere la speranza di avere raggiunto, almeno in una piccola parte, gli obiettivi che hanno accompagnato il tempo e il lavoro della sua redazione.

Padova, dicembre 2015

MARCO CIAN

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AGCM	Autorità garante della concorrenza e del mercato
agg.	aggiornamento
arg.	argomentabile
art.	articolo
BCE	Banca centrale europea
BdI	Banca d'Italia
BRRD	<i>Bank Recovery and Resolution Directive</i> (dir. 2014/59/UE)
c.ass.	Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209)
c.c.	codice civile
c.cons.	codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)
c.d.	cosiddetto/a, -i/e
c.d.a.	consiglio di amministrazione
c.p.c.	codice procedura civile
c.p.i.	codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30)
CBE	convenzione sul brevetto europeo (convenzione 5 ottobre 1973, sottoscritta a Monaco di Baviera)
CDS	<i>Credit Default Swap</i>
CE	Comunità europea
CEBS	Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria
CEE	Comunità economica europea
CEIOPS	<i>Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors</i>
CERS	Comitato europeo per il rischio sistemico
CESR	<i>Committee of European Securities Regulators</i>
cfr.	confronta
CICR	Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio
co.	comma
Consob	Commissione nazionale per le società e la borsa
Cost.	Costituzione
COVIP	Commissione di vigilanza sui fondi pensione
cpv.	capoverso
CSD	Depositario centrale
CUP	Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale

del.	delibera
d.l.	decreto-legge
d.l.lgt.	decreto legislativo luogotenenziale
d.lgs.	decreto legislativo
d.m.	decreto ministeriale
d.o.p.	denominazione di origine protetta
d.p.r.	decreto del Presidente della Repubblica
DGS	direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi (dir. 2014/49/UE)
dir.	direttiva
disp.att.	disposizioni di attuazione
EBA	<i>European Banking Authority</i>
EIOPA	<i>European Insurance and Occupational Pensions Authority</i>
EIP	enti di interesse pubblico
es.	esempio
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i>
i.g.p.	indicazione geografica protetta
IAS	<i>International accounting standards</i>
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i>
IFSR	<i>International Financial Reporting Standards</i>
IMEL	istituti di moneta elettronica
IP	istituti di pagamento
IRS	<i>Interest Rate Swap</i>
Isvap	Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private
IVASS	Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni
l.	legge
l.at.	legge <i>antitrust</i>
l.c.a.	liquidazione coatta amministrativa
l.fall.	legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267)
lett.	lettera
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i> (dir. 2004/39/CE)
MTF	<i>Multilateral Trading Facilities</i>
n./nn.	numero/i
OICR	organismi di Investimento Collettivo del Risparmio
opa	offerta pubblica di acquisto
par.	paragrafo
PMI	piccole e medie imprese
PSD	<i>Payment service directive</i>
r.d.	regio decreto
r.d.l.	regio decreto legge
RDMC	regolamento sui disegni e modelli comunitari (reg. CE n. 6/2002)
reg.	regolamento
Reg. Emitt.	regolamento emittenti (adottato con delibera Consob n. 11971 del 14 maggio 1999)
Reg. Intermediari	regolamento intermediari (adottato con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018)
RMUE	regolamento sul marchio UE

s./ss.	seguito/seguiti
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
SEVIF	sistema europeo di vigilanza finanziaria
sez.	sezione
SGR	società di gestione del risparmio
SICAV	società di investimento a capitale variabile
SIM	società di intermediazione immobiliare
SRB	<i>Single Resolution Board</i>
SRF	<i>Single Resolution Fund</i>
SSM	<i>Single Supervisory Mechanism</i>
SSO	sistemi di scambi organizzati di strumenti finanziari
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
Tit.	Titolo
TU	testo unico
TUB	Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385)
TUF	Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)
TUIR	Testo Unico delle Imposte sui Redditi (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917)
UAMI	Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno
UE	Unione europea
UEB	Ufficio europeo dei brevetti
UIBM	Ufficio italiano Brevetti e Marchi
v.	vedi



INTRODUZIONE

**IL DIRITTO COMMERCIALE.  
NOZIONE, STORIA, FONTI**

**SOMMARIO:** I. La nascita e l'affermazione del diritto commerciale: cenni storici. – II. Il contenuto del diritto commerciale e le traiettorie del suo sviluppo nell'era moderna. – III. Le fonti.

Per diritto commerciale si intende **l'insieme delle norme di diritto privato che disciplinano specificamente le attività produttive e il loro esercizio.**

Al centro del fenomeno economico, motore della vita sociale di ogni comunità sviluppata, sta l'attività creatrice di nuova ricchezza, produttrice, cioè, di utilità capaci di soddisfare un bisogno umano ed a cui la comunità attribuisce valore economico: è attività che genera nuovi beni (anticamente solo materiali, dai prodotti agricoli a quelli tessili, oggi sempre più sofisticati e complessi, e persino immateriali e virtuali), che eroga servizi (dal trasporto, alla custodia di merci, dall'assicurazione ai servizi intellettuali del legale o del medico), che degli uni e degli altri promuove la circolazione (interponendosi tra produttore e utilizzatore finale).

A questo fenomeno consustanziale al vivere comunitario degli esseri umani, che nella civiltà moderna appare tanto imponente e di dimensioni ormai planetarie, che attraversa con le sue ramificazioni e la sua capillare presenza nel tessuto sociale la vita di ogni persona, è dedicato in ogni ordinamento un copioso complesso di norme giuridiche.

E non potrebbe essere diversamente. L'attività produttiva è una manifestazione dell'agire umano, socialmente rilevante, caratterizzata da una profonda complessità, che si snoda e si sviluppa nel tempo e nello spazio e che, attraverso l'intreccio dei rapporti sociali, dà vita a relazioni svariate, del contenuto e della natura più diversi, con ogni altro attore della comunità (relazioni con chi dispone del capitale finanziario, con chi fornisce gli strumenti e i mezzi di produzione, con chi presta la propria opera collaborativa, con chi acquista i beni o i servizi); è inoltre un'attività che, assai frequentemente, viene esercitata non da un individuo isolato, ma da organismi appositamente costituiti (le società), capaci di raccogliere finanziamenti cospicui e partecipate da gruppi più o meno numerosi di investitori.

Nelle proprie dinamiche, l'attività produttiva è un *fenomeno che si colloca fondamentalmente sul piano dei rapporti interprivatistici tra le persone*: sotto molti aspetti, tuttavia, il diritto civile, ossia il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti (libro IV del codice) e il diritto degli enti associativi (libro I), non è idoneo a mettere in campo una regolamentazione né adeguata, né sufficiente. L'esigenza di tutelare altri, specifici interessi anima l'intervento della legge in questa materia: l'interesse ad una

contesa sana e benigna tra i concorrenti, l'interesse alla trasparenza e alla correttezza nella gestione dell'attività, quello del risparmio diffuso e del credito alla solidità delle iniziative finanziate, per finire con l'interesse dei consumatori ad un rapporto equilibrato e leale con la propria controparte; e, per gli organismi produttivi, l'interesse a regolare i rapporti interni (tra i soci) ed esterni (tra costoro e i terzi) secondo logiche capitalistiche, del tutto diverse dalle logiche ideali che ispirano la disciplina delle associazioni e delle fondazioni nel diritto civile.

D'altro canto, l'attività produttiva interseca fatalmente anche momenti della vita sociale a rilevanza prettamente collettiva: e così del loro esercizio l'ordinamento si occupa pure sotto il profilo tributario (con la tassazione dei redditi d'impresa), sotto quello dei servizi pubblici fondamentali (con i regimi speciali per i soggetti operanti in questi settori – televisivo, dell'energia, ecc. –), della tutela dell'ambiente, e via dicendo. *Anche il diritto pubblico, dunque, in molte delle sue branche, si interessa delle attività economiche, con norme ed istituti più o meno complessi, ad esse specificamente dedicate.*

Nel *diritto commerciale*, tuttavia, confluiscono esclusivamente *gli istituti e le disposizioni privatistiche*. Si tratta di una delimitazione che riposa senza dubbio su ragioni storiche, ma che ha ancora oggi un importante significato non solo scientifico e didattico, ma anche nella ricostruzione sistematica, e quindi nell'interpretazione giuridica, degli istituti: **il diritto commerciale disciplina infatti l'azione imprenditoriale nel mercato** e gli istituti che lo compongono sono accomunati dalla tensione a regolare *le dinamiche dei rapporti che si svolgono nel mercato*. Esso dunque è, in primo luogo, un sistema normativo distinto dalle norme pubblicistiche, che, anche quando si rivolgono alle attività economiche, lo fanno secondo logiche proprie (la logica dell'intervento autoritativo, ad es., nella creazione delle autorità di vigilanza come Consob o Banca d'Italia) o perseguendo finalità diverse (di pubblico interesse e di garanzia di un adeguato soddisfacimento dei bisogni collettivi, come ad es. nella disciplina della concessione dei servizi essenziali). In secondo luogo, esso è, anche all'interno della macrofamiglia del diritto privato, un *ordinamento speciale*, ispirato e retto da principi autonomi, poggianti sulle specificità delle attività economiche, rispetto alle ordinarie relazioni privatistiche tra i componenti della comunità.

## I. *La nascita e l'affermazione del diritto commerciale: cenni storici*

Gli storici insegnano che il diritto commerciale è il frutto del genio italiano ed europeo dell'epoca tardomedievale. È in quest'epoca che l'Europa esce progressivamente dall'oscurità e dalla stagnazione che avevano caratterizzato i secoli successivi alla caduta dell'Impero romano d'occidente, e che l'economia perde il suo carattere eminentemente rurale e curtense, affrancandosi dal sistema feudale e sviluppando un vasto movimento di commerci, sempre più fiorente e di respiro internazionale. È, in Italia, l'**epoca dei Comuni**, all'interno dei quali una nuova classe sociale, quella dei *mercanti*, fa la sua comparsa nel gran teatro del mondo, acquisendo un'importanza sociale, un'influenza politica e ricchezze vieppiù crescenti. Siamo nei secoli XI-XIII: i centri urbani si risvegliano e si sviluppano, i traffici animano la vita comunitaria, la cultura rifiorisce e getta le fondamenta di quei monumenti che, nel campo dell'arte,

dalla letteratura alla pittura, illustreranno l'alba della nuova era ed eserciteranno un'influenza continua nei secoli a venire.

A propria difesa, per la protezione e la promozione delle proprie iniziative, i mercanti si riuniscono nelle **Corporazioni di arti e mestieri**, associazioni di categoria per la verità sempre esistite, ma che in quest'epoca assumono un'importanza mai prima di allora avuta (famoso e potente le Arti, a Firenze, ed in particolare quella dei lanaioli) e che in alcuni centri acquisiscono anche un ruolo politico e non solo economico fondamentale. È al loro interno che, secondo gli storici, si getta il seme del diritto commerciale. I mercanti hanno esigenze e interessi che il diritto comune (il *corpus iuris* romano, avente all'epoca valore universale, e i precetti del diritto canonico, che guidano la vita sociale non meno di quella spirituale) non è in condizione di soddisfare, a causa del formalismo che lo caratterizza e dell'estraneità dei suoi principi informatori alle dinamiche degli affari: è allora nella pratica del commercio che, attraverso la formazione progressiva di usi osservati dai mercanti nei loro rapporti, si crea un complesso di regole di portata e numero sempre crescenti, **consuetudini** inizialmente non scritte, che poi vengono raccolte e codificate negli **Statuti** delle Corporazioni, i quali disciplinano minuziosamente l'esercizio delle rispettive attività. A questi usi e a questa disciplina sono vincolati i mercanti iscritti alla Corporazione, i cui consoli ne garantiscono l'applicazione, esercitando nei confronti degli associati il *potere giudiziario*.

Il diritto commerciale nasce dunque come **diritto di classe**, *autonomo sia sul piano delle fonti, diritto creato dagli stessi mercanti nel proprio interesse, sia sotto il profilo dei destinatari e della potestà giurisdizionale*, in quanto destinato a regolare i rapporti tra i mercanti medesimi e ad essere applicato ed imposto da giudici speciali, di loro emanazione. La sua autonomia rispetto allo *ius civile* risalta nella **novità delle soluzioni giuridiche** e nella sua **vocazione ad essere un diritto di applicazione sovranazionale**, espressione dell'universalità delle esigenze mercantili e dell'estensione territoriale dei traffici.

In questa prima fase, al centro della scena economica sta l'**attività di intermediazione** nella circolazione delle merci. L'*attività di produzione* è svolta a livello ancora elementare, nelle botteghe, da numerosissimi, piccoli artigiani che si avvalgono dell'aiuto dei familiari o di pochi apprendisti; sono i mercanti, invece, ossia coloro che acquistano dagli artigiani per rivendere al minuto, i veri protagonisti della vita economica, la cui attività assume talvolta dimensioni comparabili con quelle delle strutture distributive moderne, che investono capitali ingenti in ardite operazioni e si arricchiscono esponenzialmente, che espandono la propria attività in territori sempre più vasti. La frammentaria galassia degli artigiani (alla produzione della lana e delle pelli che il mercante rivende contribuiscono tessitori, tintori, lavatori, conciatori, pettinatori, tiratori, filatori, ecc.) resta loro subalterna, economicamente, socialmente ed organizzativamente. È l'apogeo del commercio ed è per questo che il sistema normativo nascente si chiama "*diritto commerciale*" (*ius mercatorum*).

A partire dal **XVI-XVII secolo** lo scenario muta profondamente. Politicamente, il rafforzamento degli Stati nazionali fa emergere la tendenza all'accentramento del potere legislativo e all'attrazione delle iniziative mercantili sotto il controllo statale; socialmente, i centri propulsori dell'economia si spostano nel nord dell'Europa e le rotte dei traffici valicano i confini del Mediterraneo e dell'Europa cristianizzata per aprirsi ai territori d'oltremare, dove sono spagnoli e portoghesi, inglesi e olandesi a dominare.

Nel 1673 la Francia di Luigi XIV e di Colbert emana l'*Ordonnance du commerce* (il c.d. *Code Savary*), cui segue, dopo pochi anni, quella della marina. Il diritto commerciale resta un diritto speciale, destinato a regolare l'attività dei commercianti, ma non è più un diritto di fonte elitaria. È l'avvio dell'opera di codificazione, che culminerà nei secoli successivi e che ancora informa gli ordinamenti di *civil law*.

Il diciottesimo è il secolo della **rivoluzione industriale** e della **rivoluzione francese**. La prima muta per sempre lo scenario economico: la produzione assume le forme di una produzione di massa e l'industria soppianta il commercio come protagonista del mercato; si affermano nuove esigenze e si disvelano nuovi interessi, che guideranno la maturazione del sistema legislativo sino al nostro secolo. La rivoluzione francese agisce invece sulla concezione stessa del diritto commerciale come diritto di classe. L'abolizione di ogni forma di privilegio e di distinzione tra ceti sociali, l'affermazione incontrastata del principio di libertà – che è, rispetto alle attività produttive, libertà di iniziativa economica – portano ad un rovesciamento sostanziale del sistema commercialistico, il quale, da *corpus* normativo costruito su basi soggettive, cioè imperniato sulla figura e sulla disciplina di una determinata categoria di soggetti (gli industriali e i commercianti), diventa un **sistema a base oggettiva**, a cardine del quale è posto l'*atto di commercio*, fattispecie comportamentale, cui è riservata una disciplina speciale a prescindere dalla natura dei soggetti che la pongono in essere.

È il *Code de commerce* napoleonico (1807) a consacrare il passaggio al nuovo modello, cui nei decenni successivi si ispirerà l'opera di codificazione del giovane Stato unitario italiano. L'800 è infatti il **secolo delle grandi codificazioni**. La Germania e l'Italia vi giungeranno, a causa della frammentazione politica che contraddistingueva i loro territori, più tardi rispetto allo Stato francese, ma nella seconda metà del secolo il processo è compiuto anche in questi paesi.

Il primo **Codice di commercio** dell'Italia unita (che affianca il Codice civile) risale al 1865, ma fu presto sostituito da un secondo Codice, del 1882. Nel Novecento si pervenne all'**unificazione** della materia del commercio all'interno del nuovo **Codice civile** del 1942. Le ragioni dell'unificazione, in qualche modo repentina, sono state ricollegate all'ideologia politica fascista dell'epoca, la quale cercava, attraverso la riconduzione ad unità sotto il segno del *lavoro*, di comporre i conflitti di classe nel nome di una nuova pace sociale: anche l'imprenditore doveva essere visto come un lavoratore ed il suo profitto come la ricompensa dell'opera che egli prestava. È certo peraltro che anche ragioni sociali ed economiche più profonde influirono sull'esito del processo di riforma: la logica del dualismo normativo – un diritto per il vivere civile e per la proprietà fondiaria, un altro per il commercio – usciva compromessa dall'industrializzazione e dalla massificazione dei processi produttivi, che aveva portato ad una penetrazione capillare del sistema economico in quello sociale.

## II. *Il contenuto del diritto commerciale e le traiettorie del suo sviluppo nell'era moderna*

Il diritto commerciale, si è detto, è il diritto privato delle attività produttive, ossia quel complesso di istituti e di norme dedicati alla disciplina dei profili privatistici di queste attività.

Al centro del sistema sta il concetto di **impresa**. Questa è definita nell'art. 2082: è *l'attività economica organizzata svolta professionalmente, diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi*: dunque sia l'attività di chi crea nuovi beni per destinarli al mercato (il produttore), o offre servizi (di trasporto, custodia, ecc.), sia quella di chi media nella circolazione degli uni o degli altri (il rivenditore al dettaglio, l'agente di viaggi, ecc.).

Le **esigenze** che muovono il legislatore ad apprestare una disciplina specifica dedicata a questo aspetto della vita sociale sono state già evidenziate: la *tutela del credito*, la *stabilità dell'impresa*, la *sicurezza del traffico giuridico*, la *genuinità della competizione economica*, l'*equilibrio nei rapporti d'affari*; obiettivi, il cui perseguimento promuove lo sviluppo del benessere collettivo ed il progresso sociale, e riassumibili, in definitiva, in uno: la **tutela del mercato**, da tutte le sue angolature.

L'attività d'impresa è un complesso, distribuito e articolato nel tempo, di atti materiali e giuridici, ciascuno dei quali conserva naturalmente la propria individualità. Ma è proprio *il coordinamento e la finalizzazione di ognuno di essi entro la cornice dell'iniziativa economica globalmente considerata* a far affiorare quegli interessi cui il diritto privato non attende e a sollecitare dunque la sensibilità del legislatore verso una loro specifica tutela. **Il diritto dell'impresa non costituisce però una disciplina organica e completa dell'attività**: non esiste cioè un *corpus* normativo dedicato, che copra con regole speciali ogni profilo privatistico del suo esercizio.

L'*attività produttiva*, infatti, *si svolge per molti aspetti sotto l'egida del diritto privato e dei suoi principi comuni*. Per meglio dire, i singoli atti in cui l'attività è scomponibile sono tendenzialmente disciplinati dal diritto privato comune: il contratto di compravendita per mezzo del quale l'imprenditore acquista il furgone destinato al trasporto delle merci è soggetto alla disciplina generale dei contratti e alla disciplina generale della compravendita, contenute nel quarto libro del codice civile; il pagamento, da parte del cliente, del corrispettivo pattuito per il suo trasporto in ferrovia è soggetto alla disciplina generale delle obbligazioni, contenuta anch'essa nel medesimo libro del codice; e così via. *Uno* è invero oggi il diritto delle obbligazioni e dei contratti, diritto che presiede alla formazione, all'esecuzione, alle vicende dei rapporti giuridici tanto civili quanto commerciali; ogni singolo momento dell'esercizio dell'impresa è dunque retto essenzialmente dallo *ius civile*.

*Il diritto commerciale*, mosso dall'esigenza di proteggere i peculiari interessi che, come si è evidenziato, nascono quando i singoli atti non costituiscono accadimenti giuridici isolati, ma si intrecciano e vengono coordinati nel quadro di una iniziativa produttiva complessa e unitaria (si compenetrano, dunque, in una *attività*), *interviene (ad integrazione, ma talvolta anche in deroga, rispetto alla disciplina privatistica generale) per regolare quei profili dell'attività, in relazione ai quali più stringenti si fanno le esigenze di protezione e di promozione del mercato*. Si può dire che il diritto civile guarda all'atto giuridico e al rapporto in quanto tali, il diritto commerciale guarda invece all'attività (introducendo ad es. doveri comportamentali relativi ad essa, come l'obbligo di informazione al mercato o di tenuta delle scritture contabili), o all'atto in quanto elemento dell'attività (si pensi all'invalidità della clausole vessatorie per mezzo della quale è imposto, a tutela del consumatore, un equilibrio contrattuale non assicurato dalla disciplina generale dei contratti, e che si giustifica in ragione del fatto che il rapporto esprime, per l'altro contraente, le modalità di declinazione delle relazioni commerciali inerenti alla sua attività).

Si delinea così un **diritto dell'impresa** (o *statuto dell'imprenditore*), complesso di istituti e di disposizioni destinati a chiunque intraprenda un'iniziativa economica avente le caratteristiche definite nell'art. 2082. E si disciplinano essenzialmente: a) l'informazione al mercato; b) l'organizzazione dell'apparato produttivo; c) l'azione dell'impresa nel mercato; d) la crisi dell'impresa.

Al diritto dedicato a quest'ultima si affianca l'altro grande *corpus* che forma il diritto commerciale: la **disciplina delle società**. L'attività produttiva può essere esercitata in proprio da una singola persona fisica; numericamente, le imprese individuali sono ancora molto diffuse nel nostro Paese. Sempre più spesso, tuttavia, essa fa capo a strutture organizzative, più o meno complesse, che assurgono al rango di organismi di diritto privato, dotati di una propria sfera di autonomia giuridica e patrimoniale: le società. Qui il legislatore interviene in modo organico, disciplinando con un copioso corpo di disposizioni e di leggi la costituzione e le sorti di questi organismi, i meccanismi interni del loro funzionamento ed i rapporti con i terzi. Nuovamente, le esigenze di una regolazione speciale, che si discosti da quella degli organismi di diritto privato di cui si occupa il diritto delle persone (I libro del codice civile), nascono dal carattere speculativo e patrimoniale dell'interesse che muove gli operatori economici (diverso dunque dal movente ideale che caratterizza associazioni e fondazioni), un interesse che attiva dinamiche non suscettibili di essere adeguatamente regolate dal diritto delle persone.

Va posto in evidenza che lo statuto dell'impresa sopra illustrato è in realtà calibrato esclusivamente sull'**impresa commerciale medio-grande**, non sull'attività produttiva in generale. Al vertice dell'ordinamento, infatti, viene delineata una triplice partizione, che isola, tra le attività economiche, quelle commerciali di medio-grandi dimensioni e ad esse eminentemente destina il *corpus* normativo giuscommercialistico e in particolare il diritto dell'impresa (mentre le società sono in linea di principio aperte a tutte le attività produttive), separandovi: a) le professioni intellettuali; b) le imprese agricole; c) le piccole imprese.

Le ragioni di questa focalizzazione sono di carattere storico e affondano le loro radici nel contesto socio-economico nel quale il legislatore del 1942 era chiamato a calare la disciplina che andava coniano: le tre sottoclassi sostanzialmente sottratte al diritto commerciale rappresentavano infatti, all'epoca, attività che, per la loro natura o la loro dimensione, non sollecitavano le istanze di protezione del mercato (del mercato del credito, della concorrenza, ecc.) con la stessa intensità con cui queste venivano sollecitate dalle imprese commerciali medio-grandi; erano, in altre parole, iniziative economiche il cui svolgimento poteva restare adeguatamente soggetto, in linea di massima, alla disciplina civilistica comune.

I tempi tuttavia mutano repentinamente e i decenni seguiti all'emanazione del codice civile hanno inciso in profondità sullo scenario del 1942: l'agricoltura si è in certi casi affrancata dalla proprietà terriera (basta pensare alle coltivazioni in serra o agli allevamenti in batteria) e ha assunto dimensioni industriali, la professione intellettuale presenta talvolta una complessità notevole (vi sono studi con sedi delocalizzate in molte città, personale tecnico numerosissimo, una strumentazione raffinata e costosa). Insomma, le attività un tempo "minori" vanno accostandosi potenzialmente sempre più all'impresa commerciale, nelle dimensioni e nel modo del loro svolgimento, così da sollecitare le esigenze di tutela del mercato in misura equivalente ad essa: si

rivolgono al sistema creditizio e attingono a capitali esterni per finanziarsi, si pongono tra loro in una dialettica di forte concorrenzialità che muove interessi economici rilevanti (si pensi al valore che hanno certe denominazioni d'origine per i prodotti agricoli, come "Parmigiano"), si dotano di apparati produttivi considerevoli, instaurano con la clientela rapporti standardizzati e spersonalizzati, di tenore analogo a quelli tipici della contrattazione imprenditoriale di massa.

L'ordinamento non rimane insensibile al mutare del quadro socioeconomico. Si fa dunque strada sempre più significativamente una *tendenza all'allargamento dell'ambito di applicazione del diritto dell'impresa*, alla progressiva attrazione delle imprese agricole e delle professioni intellettuali sotto la disciplina dell'impresa commerciale, a causa di quella che si potrebbe definire la "*commercializzazione*", nei fatti, *di queste attività*. È una tendenza in divenire, beninteso, talvolta restia a tradursi in una piena equiparazione normativa, una tendenza che ad oggi presenta un grado non troppo elevato di concretizzazione, sia per la tradizionale, non immediata reattività del legislatore, sia per le resistenze politiche e corporative a rinunciare ai privilegi e all'identità del proprio ruolo professionale. Ma è uno dei *filis rouges* del moderno diritto commerciale, una prospettiva da cui non si può prescindere ormai di guardare al diritto dell'impresa.

Ecco allora che, almeno sotto alcuni profili, la riduzione ad unità delle attività commerciali e di quelle intellettuali si compie sotto la nozione unitaria di "attività economica" e di "professionista": così la disciplina a tutela della concorrenza viene costantemente applicata, dalle autorità nazionali e comunitarie, sia agli imprenditori che a chi svolge un'attività liberale; così tutti gli istituti a protezione dei consumatori operano nei rapporti con i "professionisti" genericamente intesi e non solo nei rapporti con gli imprenditori; e i modelli organizzativi societari sono accessibili anche per l'esercizio di attività intellettuali.

Nella medesima direzione va registrata l'estensione dei principi che presidiano l'informazione al mercato anche all'imprenditore agricolo, il quale è oggi tenuto ad iscriversi non meno di quello commerciale nel registro delle imprese, e con identiche conseguenze. Infine, anche l'ordinamento delle crisi d'impresa comincia ad allargare il proprio raggio d'azione, non ancora assoggettando al fallimento professionisti diversi dall'imprenditore commerciale, ma estendendo istituti tipici della gestione delle crisi anche a soggetti non fallibili, sintomo della percezione che le esigenze di protezione del mercato e del credito trascendono ormai i confini dell'impresa commerciale.

La **parte generale** della nostra materia è composta da disposizioni applicabili indipendentemente dal tipo di attività svolta. Una suddivisione classica ripartisce e riconduce i diversi istituti al *diritto dell'impresa* (con le sue aperture ai professionisti non imprenditori), al *diritto delle società*, al *diritto industriale* (con la disciplina della concorrenza e delle privative industriali), al *diritto della crisi d'impresa*.

Il moderno diritto commerciale si articola peraltro anche in un complesso sempre più ricco di **discipline speciali**, dedicate a singole attività, la cui rilevanza nel tessuto economico e sociale esige un intervento regolatore diretto e puntuale. La loro proliferazione è inarrestabile e moltissimi comparti ne sono coinvolti. Un'elencazione di queste discipline di settore, assolutamente eterogenee nelle dimensioni e nel contenuto, sarebbe del tutto inutile; ma almeno quelle dedicate all'**attività assicurativa** (con il Codice delle assicurazioni private: d.lgs. 209/2005) e **bancaria** (con il Testo unico

bancario) e ai **mercati finanziari** (con il Testo unico della finanza e i suoi regolamenti attuativi) vanno menzionate: discipline storicamente importanti e ormai ricchissime, che creano un vero e proprio *statuto speciale dell'attività* a cui sono rivolte.

### III. *Le fonti*

Sul piano delle fonti, la storia del diritto commerciale è segnata da epoche separate tra loro da profondi cambiamenti. Lo *ius mercatorum* nasce fondamentalmente su basi consuetudinarie, come si è visto, attraverso la formazione di usi osservati dai mercanti di ogni paese. La prima redazione scritta consistette nella raccolta di questi usi da parte delle Corporazioni mercantili medievali. Successivamente furono i nascenti Stati nazionali ad avocare a sé il compito di legiferare in materia; e l'Ottocento vide in tutta Europa l'elaborazione delle grandi codificazioni.

In Italia, il vigente **Codice civile** aveva, quando venne emanato, certamente un ruolo centrale nella disciplina delle attività produttive; un ruolo che tuttavia già allora era tutt'altro che esclusivo, se solo si pensa che, coeva ad esso e distinta, fu la legge regolatrice del fallimento e delle altre procedure concorsuali (r.d. 267/1942, ancora vigente e meglio noto come "legge fallimentare").

Lo scenario attuale è ancora più composito. Il codice conserva buona parte dello statuto dell'imprenditore (artt. 2082 ss.: qui si trovano i principi sull'informazione al mercato e sono regolate la circolazione dell'azienda, la concorrenza sleale, la cooperazione tra imprenditori) e la disciplina delle società (artt. 2247 ss.). Ma **leggi speciali** sempre più numerose e complesse vi si affiancano. La normativa *antitrust* sulle intese e le pratiche restrittive della concorrenza è contenuta nella l. 287/1990; la regolamentazione dei segni distintivi e delle invenzioni industriali è affidata al Codice della proprietà industriale (d.lgs. 30/2005); la tutela dei consumatori al Codice del consumo (d.lgs. 206/2005); l'attività bancaria è soggetta al Testo unico bancario (d.lgs. 385/1993), il settore finanziario al Testo unico della finanza (d.lgs. 58/1998); della legge fallimentare si è detto. E si tratta soltanto delle leggi speciali principali.

Il quadro è poi arricchito da una sempre più intensa **produzione normativa di rango secondario**, sia governativa, sia da parte delle diverse Autorità indipendenti create negli anni e dotate di un capillare potere legislativo, ad esse affidato in considerazione del tecnicismo che la disciplina di settore frequentemente presenta. Si tratta di provvedimenti tutt'altro che marginali, ché, anzi, nei relativi ambiti spesso la disciplina primaria si limita a porre i principi generali, devolvendo a quella secondaria il compito di darne attuazione. Questo schema piramidale è evidentissimo in alcuni comparti, come quello finanziario, in cui l'attività legiferante della Consob e della Banca d'Italia ha assunto una dimensione ed un peso fondamentali. Si è suggestivamente parlato, in proposito, di avvento di una sorta di *tecno-democrazia*, di preponderanza delle autorità tecnocratiche su quelle politiche, espressione della democrazia rappresentativa.

Non meno rilevante è oggi la **dimensione internazionale** del diritto commerciale.

La nostra materia è un ordinamento che nacque al di sopra dei confini politici che dividevano un tempo l'Europa e le sue regioni, ancor più di quanto la dividano oggi.

L'esigenza di una uniformazione legislativa tra gli Stati è particolarmente pressante nella vita economica e le sollecitazioni a procedere in questa direzione crescono proporzionalmente all'intensità degli scambi transfrontalieri e all'espansione delle attività produttive oltre i confini delle nazioni.

Ampi settori del diritto commerciale sono stati dunque e sono tuttora terreno di elezione per la stipulazione di **accordi internazionali**, diretti a rendere omogenee le discipline statali. Così, a partire dalla fine dell'Ottocento e lungo tutto l'arco del secolo successivo, svariate convenzioni, ratificate dall'Italia, hanno segnato l'evoluzione del diritto industriale, sia nella disciplina della concorrenza, sia nella tutela dei diritti di proprietà intellettuale e industriale.

È tuttavia soprattutto il diritto comunitario (meglio, oggi: **diritto dell'UE**) che ha impresso un'accelerazione decisiva all'armonizzazione degli ordinamenti europei. La normativa dell'Unione agisce, nei diversi settori che interessano l'economia, secondo due distinte linee d'azione.

a) In alcuni casi essa **regola direttamente la materia** e interviene con i propri organi per garantire l'osservanza delle sue norme, a volte affiancandosi e coordinandosi con le omologhe discipline nazionali, a volte avocando esclusivamente a sé il compito di legiferare sull'argomento. Il TFUE si occupa così direttamente, coesistendo con le discipline *antitrust* nazionali, dei comportamenti restrittivi della concorrenza che abbiano rilevanza comunitaria e un regolamento dell'Unione suddivide tra la Commissione e le autorità statali (l'AGCM, per l'Italia) le competenze a conoscere dei medesimi e ad irrogare le relative sanzioni. Accanto ai marchi nazionali, regolati dal diritto dei singoli paesi, sono disciplinati, da un apposito regolamento, i marchi dell'UE, che assicurano una protezione coestesa al territorio dell'Unione. Il coordinamento, in tutte queste ipotesi, è facilitato dalla piena simmetria e dalla sostanziale omogeneità tra i due livelli disciplinari. Viceversa, le indicazioni geografiche dei prodotti agricoli (d.o.p., i.g.p.), che muovono oggi valori economici elevatissimi, ricevono un trattamento unico, da parte di un regolamento comunitario.

b) In altri casi, l'Unione si limita a promuovere e favorire l'**armonizzazione** degli ordinamenti nazionali, attraverso l'emanazione di **direttive** la cui attuazione è affidata ai legislatori dei singoli paesi. Di particolare rilievo, in questa direzione, è l'opera svolta sul piano del diritto societario, ormai profondamente influenzato dal diritto europeo, il quale, peraltro, interviene talora in questo settore anche attraverso una normazione diretta (a due regolamenti comunitari si deve l'introduzione dei nuovi modelli della società europea e della società cooperativa europea). Ma non meno importanti sono le direttive che hanno generato l'intero apparato di norme a tutela dei consumatori e, sulla stessa lunghezza d'onda in quanto dirette a presidiare la trasparenza e l'equilibrio dei rapporti tra i contraenti, quelle dedicate al settore della prestazione dei servizi finanziari.

Non meno significativo, di conseguenza, è il ruolo giocato in moltissimi ambiti dalla *giurisprudenza UE*.





## SEZIONE PRIMA

# LA FATTISPECIE “IMPRESA”

**SOMMARIO:** § 1. La nozione d'impresa. – § 2. Le categorie di impresa. – § 3. L'impresa e le professioni intellettuali. – § 4. L'inizio e la fine dell'impresa. – § 5. L'imputazione dell'impresa.



## § 1. LA NOZIONE D'IMPRESA

**SOMMARIO:** I. *La relatività della nozione d'impresa.* – II. *L'impresa quale attività produttiva triplemente qualificata.* – 1. L'attività produttiva. – 2. La professionalità. – 3. L'organizzazione. – 4. L'economicità. – 5. La completezza della nozione di impresa.

Nell'iniziare un manuale universitario di diritto positivo, qual è senz'altro un manuale di diritto commerciale, sembra opportuno partire dall'individuazione della **fattispecie**, cioè del destinatario o referente dell'esperienza normativa (cioè, della disciplina) che ne rappresenta l'oggetto.

In quest'ottica, è evidente che la fattispecie dev'essere ricercata e/o inferita guardando al *corpo di norme* che quell'esperienza compongono. E accingendoci alla loro identificazione, giova subito constatare che nell'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri, tali norme – quanto meno per la parte più importante che sarà oggetto di trattazione in questa sede – sono contenute, non già in un *codice di commercio* (cioè, in una legge organica tematicamente uniforme), bensì nel **codice civile** (cioè, in una legge organica tematicamente molteplice) e, esattamente, nel libro V (intitolato *Del lavoro*). Più in particolare, la parte che interessa comincia dal titolo II (intitolato *Del lavoro nell'impresa*), che si apre con l'art. 2082 (rubricato *Imprenditore*), che recita: “**è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi**”.

Stando al tenore letterale dell'art. 2082, la conclusione che se ne dovrebbe trarre è di riconoscere il presupposto di vertice dell'esperienza normativa riguardata nella figura di un *soggetto*, ossia nell'**imprenditore**. Del resto, una siffatta conclusione apparirebbe pienamente in linea con la struttura del testo normativo che racchiude il diritto commerciale. Ed invero, tale testo, contenendo perlopiù la regolamentazione giuridica dei rapporti tra persone, presenta una struttura antropocentrica, atteso che

non può non essere un soggetto (l'uomo) *l'a priori* del sistema giuridico dei privati. Basti ricordare che il soggetto entra nel sistema giuridico-privatistico con due qualità fondamentali: la capacità giuridica e la capacità di agire. Ed è agevole constatare come il soggetto sia al centro di tutto il sistema di valori che informa il materiale normativo contenuto nei primi quattro libri del codice civile.

Tuttavia, è stato dimostrato ormai da tempo che la suddetta conclusione è senz'altro inesatta, atteso che non è un soggetto il punto dal quale muove e si sviluppa il diritto commerciale, in funzione delle sue caratteristiche e delle sue esigenze. Ed invero, l'art. 2082 definisce, più che l'imprenditore, il *fenomeno che l'imprenditore pone in essere*, in modo da isolarlo idealmente da esso. Cioè, descrive in termini oggettivi un suo *comportamento*, che si sostanzia in un'*attività*, qualificata come produttiva, a sua volta *triplicemente qualificata dai requisiti di organizzazione, professionalità ed economicità*, che prende il nome di **impresa**. Questo al fine di rendere l'impresa per il diritto commerciale ciò che è il soggetto per il diritto privato, ossia di collocare l'impresa al vertice del sistema del diritto commerciale ed assumere la stessa quale referente della disciplina corrispondente.

Infatti, come sarà agevole constatare, il dato normativo appronta la disciplina proprio *muovendo dall'impresa*, come *attività oggettivamente considerata*: disciplina che allora è la *disciplina dell'impresa*, dettata in funzione delle caratteristiche e delle peculiarità proprie di quest'ultima: in particolare, essa stabilisce le regole comportamentali alle quali occorre attenersi nel suo svolgimento, in modo da pervenire ad un giusto equilibrio o temperamento tra i *diversi interessi* che ne sono coinvolti, nel suo interno (titolare, soci) e nei rapporti esterni che da essa hanno origine (creditori e, per certi aspetti, lavoratori, destinatari della produzione), risolvendo, cioè, eventuali situazioni di conflitto.

Si coglie allora l'importanza di un esame particolarmente attento della definizione che il dato normativo dà dell'impresa, per comprendere qual è il fenomeno produttivo rilevante per il diritto. Infatti, la definizione di impresa costituisce il riferimento generale e astratto, capace di selezionare e individuare quali tra i fenomeni produttivi che hanno riscontro nella realtà hanno dignità giuridica di impresa e, di conseguenza, devono essere assoggettati alla disciplina pensata per questa.

## I. La relatività della nozione d'impresa

Conviene sin da subito precisare che la nozione di impresa oggetto di studio in questa sede *non rappresenta l'unica nozione di impresa* contemplata dall'ordinamento. Essa è soltanto *una* delle nozioni, in particolare la nozione che serve a determinare quali sono i fenomeni che devono essere assoggettati al corpo di norme che costituiscono lo *statuto codicistico delle imprese* e che rappresentano la componente storicamente tradizionale del *diritto commerciale*.

Una nozione diversa, o quanto meno parzialmente diversa, la si può riscontrare al vertice di altre esperienze normative.

Per rimanere nell'ambito del diritto commerciale, possiamo ricordare a titolo di esempio la nozione elaborata dalla giurisprudenza comunitaria (specialmente, dalla Corte di Giustizia), diretta ad individuare i fenomeni produttivi soggetti alla discipli-

na contenuta in particolare nel TFUE (artt. 101 ss., in materia di concorrenza), con riguardo ai quali i requisiti qualificativi richiesti dalla nozione codicistica o non sono necessari (la professionalità o l'organizzazione) o assumono un significato diverso (l'economicità). E uscendo dall'area del diritto commerciale, la nozione contenuta nell'art. 55 TUIR, finalizzata ad individuare i fenomeni produttivi idonei a produrre redditi da assoggettare al regime di imposizione dei redditi di impresa (artt. 56 ss. TUIR), con riguardo ai quali non sono necessari alcuni dei requisiti qualificativi richiesti dalla nozione codicistica (l'organizzazione).

Ci sono poi ulteriori nozioni, che rappresentano delle *specificazioni* della figura che viene in considerazione ai nostri fini: in tali nozioni vengono messi in rilievo, con un significativo grado di dettaglio, alcuni aspetti necessariamente trascurati dalla definizione generale dell'art. 2082. In particolare, il riferimento è alle nozioni di *impresa bancaria* (artt. 10 e 11 TUB) e di *impresa di investimento* (art. 1, co. 1, lett. *f-b*, TUF), poste al vertice della disciplina bancaria e finanziaria.

In definitiva, possiamo senz'altro affermare che quella di impresa è una nozione a geometria variabile, che cambia in funzione della disciplina che deve trovare applicazione e, quindi, delle esigenze e della tipologia di interessi sottostanti alla specifica disciplina.

## II. *L'impresa quale attività produttiva triplicemente qualificata*

### 1. *L'attività produttiva*

Passando all'esame della nozione di impresa che qui interessa, conviene muovere dal rilievo che l'art. 2082 descrive l'impresa in termini di *attività* e la qualifica, poi, come *produttiva*.

a) L'*attività* può essere immaginata come un **modello comportamentale** costituito da tanti singoli comportamenti, che rilevano sul piano normativo non in quanto tali (pur potendo presentare ognuno di essi attitudine ad essere regolato sul piano giuridico), bensì nel loro insieme (cioè, come accadimento considerato unitariamente). E ciò in ragione del fatto che essi rappresentano una *sequenza coordinata strutturalmente e funzionalmente*, ossia teleologicamente orientata rispetto al raggiungimento di un determinato scopo (o risultato programmato).

b) L'*attività* si presta ad essere qualificata a seconda della natura del suo **scopo** (o risultato che mira a raggiungere). Sicché, atteso che qui interessa l'*attività produttiva*, la relativa sequenza comportamentale dev'essere *orientata al perseguimento di un risultato socialmente riconoscibile come produttivo*. Ciò significa che tale sequenza dev'essere rivolta a *produrre un'utilità che prima non c'era*, quindi ad incrementare il livello di ricchezza complessiva rispetto allo *status quo ante*. E ciò attraverso la produzione e lo scambio di beni e servizi: in primo luogo, rendendo disponibile un bene o un servizio attraverso un procedimento di trasformazione fisico-tecnica di materie prime o trasferendo un bene in un luogo diverso da quello originario (o di produzione) o conservando un bene (magari custodendo il bene nel luogo di produzione) fino al momento in cui lo stesso formerà oggetto di richiesta sul mercato; in secondo luogo, collocando i beni e i servizi prodotti sul mercato.

Se allora soltanto i fenomeni che si presentano nella forma dell'attività produttiva interessano in questa sede, si può sin da subito individuare un primo gruppo di fenomeni estranei ai nostri interessi: quelli che si presentano nella forma dell'attività non produttiva, ossia l'**attività di godimento**. Essa può essere immaginata come una sequenza di comportamenti finalizzati a trarre le utilità d'uso o di scambio di qualcosa che già si ha, pertanto senza dar luogo ad alcun incremento di ricchezza preesistente. In altre parole, si tratta del modo attraverso il quale si concretizza essenzialmente l'esercizio del diritto soggettivo su un certo bene.

## 2. La professionalità

Un'attività produttiva, per poter essere qualificata come impresa, dev'essere svolta professionalmente, cioè deve soddisfare il primo requisito stabilito dall'art. 2082, quello della **professionalità**. Si tratta del requisito che connota l'attività sul piano della *frequenza relativa al suo svolgimento*, richiedendo che essa abbia luogo *in maniera abituale, stabile e reiterata*, in definitiva *non occasionale o sporadica*.

Peraltro, se è agevole e immediato definire a livello teorico quando l'attività può considerarsi esercitata professionalmente, lo stesso non può dirsi dal punto di vista pratico e concreto.

Al riguardo, può essere utile e opportuno ricordare alcune conclusioni che possono ritenersi ormai acquisite.

i) In primo luogo, si ritiene che professionalità *non sia sinonimo di esclusività*, sicché il requisito in esame è integrato anche nel caso in cui un'attività produttiva non costituisca l'unica attività svolta da parte di chi la pone in essere. A titolo d'esempio, s'immagini un soggetto che di giorno gestisce un punto di ristoro e poi di sera va ad insegnare aerobica in una palestra. Oppure, un soggetto che di giorno gestisce una tavola calda e di sera gestisce un pub. In termini più generali, è senz'altro possibile che un soggetto svolga un'attività produttiva qualificabile come impresa e un'attività produttiva di tipo differente; così come che un soggetto svolga due (o più) attività produttive entrambe qualificabili come imprese.

ii) In secondo luogo, si ritiene che professionalità *non sia sinonimo di continuità*, sicché il requisito in esame è integrato anche nel caso in cui l'attività produttiva sia svolta in modo non continuativo, cioè sia caratterizzata da interruzioni, in un lasso di tempo considerato. Tuttavia, si precisa che le interruzioni devono essere legate, non già all'arbitrio di chi svolge l'iniziativa, bensì alle *esigenze naturali del ciclo produttivo sottostante*, sicché l'attività interrotta ricomincia dopo un certo periodo, per poi interrompersi nuovamente, secondo un intervallo pressoché costante. Si pensi alle attività stagionali, come la gestione di un impianto sciistico o di uno stabilimento balneare.

iii) Infine, si ritiene che professionalità *non sia sinonimo di pluralità di risultati* prodotti, sicché il requisito in esame è integrato anche nel caso in cui l'attività sia finalizzata alla realizzazione di un **unico affare**. Infatti, non è detto che l'"occasionalità" dell'affare debba sottendere sempre l'occasionalità dell'attività. In particolare, ciò non accade quando l'affare si presenta complesso e si presta ad essere realizzato attraverso un'iniziativa che non può essere improvvisata, cioè non può essere posta in essere da chiunque, poiché richiede un minimo di retroterra e di apparato organizzativo: si pensi al caso in cui il risultato della produzione sia una grande struttura (un

ponete, una strada, ecc.). Invece, l'“occasionalità” dell'affare sottende l'occasionalità dell'attività quando si tratta di un affare semplice, che si presta ad essere attuato attraverso un'iniziativa che può essere anche improvvisata e, di conseguenza, posta in essere da chiunque: si pensi ad un soggetto che compra una partita di merce all'ingrosso, con l'intenzione di rivenderla al dettaglio e guadagnare la differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo di vendita.

### 3. L'organizzazione

Un'attività produttiva, per essere qualificata come impresa, dev'essere poi organizzata, cioè deve soddisfare il secondo requisito stabilito dall'art. 2082: l'**organizzazione**. Si tratta del requisito che connota l'attività *sul piano dei mezzi impiegati nel suo svolgimento*, richiedendo che essa sia esercitata, non solo (o non tanto) con la capacità lavorativa di chi la pone in essere, ma anche (o piuttosto) con l'ausilio di (altri) *fattori produttivi*.

I fattori produttivi impiegabili nel processo produttivo possono essere i più vari. Essi sono sostanzialmente riconducibili alle due categorie fondamentali, individuate dalla scienza economica: il *lavoro* e il *capitale*. Con il primo si allude alla forza lavoro acquisita sul mercato del lavoro, a prescindere dal titolo al quale l'acquisizione è avvenuta (rapporto di lavoro subordinato, coordinato e continuativo, occasionale, volontario, ecc.). Con il secondo si allude a qualunque entità materiale o immateriale, a prescindere dal titolo che ne consente di avere la disponibilità (proprietà, usufrutto, uso, locazione, *leasing*, ecc.).

Peraltro, non è necessario che le due tipologie di fattori produttivi ricorrano congiuntamente. Se è normale che le due categorie di fattori si combinino tra di loro, non è da escludere che determinati processi produttivi possano richiedere esclusivamente il fattore lavoro (processi produttivi c.d. *labour intensive*) o il fattore capitale (processi produttivi c.d. *capital intensive*).

Alla luce di quanto precede, dovrebbe essere evidente qual è il ruolo del titolare di un'attività produttiva organizzata. Il suo ruolo è quello, non tanto di partecipare attivamente nel processo produttivo, quanto piuttosto di svolgere un'**opera di organizzazione**: un'opera, cioè, che consiste nello stabilire un ordine funzionale e strutturale dei fattori produttivi ai quali fa ricorso, approntandoli all'impiego nel processo produttivo.

Una tale opera è comunque legata alla natura dei fattori utilizzati in concreto: essa, con riferimento al lavoro, consiste nello stabilire un ordine funzionale finalizzato a definire chi decide cosa e chi esegue ciò che altri hanno deciso; con riferimento al capitale, consiste nella preparazione degli elementi all'utilizzo nel processo produttivo.

Peraltro, va detto che l'opera di organizzazione *non deve necessariamente manifestarsi nella realizzazione di un apparato organizzativo tangibile*. Basti pensare alle attività di investimento nella loro configurazione più elementare, che si sostanziano nella raccolta di una certa quantità di denaro e nel successivo impiego in strumenti finanziari secondo opportuni criteri di ripartizione del rischio; oppure alle attività che si svolgono esclusivamente attraverso la rete *internet*, come le tante iniziative di mediazione virtuale, che ormai mettono in contatto venditori e compratori di qualunque tipo di bene, ivi compreso il denaro (raccolta di denaro da chi ne ha in eccesso e vuo-

le risparmiarlo in modo remunerativo e offerta di denaro a chi ne ha bisogno e chiede credito) e articolati servizi finanziari (*my-flower; 4-you*) e assicurativi (*direct line*).

D'altra parte, giova precisare che il ruolo del titolare nell'ambito della sua iniziativa dev'essere comunque almeno minimamente riconducibile ad un'attività di organizzazione. Se manca questo profilo (e, quindi, l'**eterorganizzazione**), se, cioè, il ruolo del titolare si esaurisce in un'attività meramente esecutiva (e, quindi, nell'*autorganizzazione*), rappresentando il suo lavoro personale l'unico fattore impiegato nel processo produttivo, allora l'iniziativa non è qualificabile come impresa bensì come **lavoro autonomo**.

#### 4. L'economicità

Un'attività produttiva, per essere qualificata come impresa, dev'essere, infine, economica, cioè deve soddisfare il terzo ed ultimo requisito stabilito dall'art. 2082: quello dell'**economicità**. Si tratta del requisito che connota l'attività sul piano del *metodo che dev'essere seguito nel suo svolgimento*.

Tale requisito, a differenza degli altri due precedentemente esaminati, è stato a lungo controverso, nel senso che è stata a lungo incerta (e, ad onor del vero, ancora non è del tutto pacifica) l'identificazione del metodo cui allude.

Secondo un primo orientamento, che soprattutto in passato riscuoteva grande seguito specialmente da parte di chi era dell'idea che l'economicità fosse un requisito “inautonomo” dalla (e fosse quindi solo un rafforzativo della) professionalità, il metodo da impiegare nello svolgimento dell'attività è il **metodo lucrativo**, cioè un metodo che tende a far conseguire un margine di profitto (o il maggior profitto possibile). Pertanto, secondo quest'orientamento, un fenomeno produttivo per potersi qualificare come impresa dev'essere un'attività nella quale i prezzi di cessione dell'oggetto della produzione (c.d. *prezzi-ricavo*) devono essere fissati *ex ante* (oltre che in funzione di quella che può essere la ragionevole capacità di assorbimento da parte del mercato) in modo non solo da consentire di recuperare i costi sostenuti nel corso del processo produttivo (c.d. *prezzi-costo*), ma anche di conseguire un **margine di profitto**, a prescindere, dalla *destinazione* poi impressa al profitto così ottenuto: se una destinazione interessata al titolare dell'iniziativa o, nel caso di impresa collettiva, ai suoi partecipanti (come i soci in una società) ovvero una destinazione disinteressata a soggetti differenti (come avviene normalmente in un'associazione o fondazione).

Secondo un diverso orientamento, che attualmente può considerarsi prevalente, anche in seguito alla acquisita consapevolezza che l'economicità sia un requisito autonomo (e, quindi, ulteriore) rispetto alla professionalità, il metodo da impiegare nello svolgimento dell'attività è il **metodo economico in senso stretto**, cioè un metodo che tende ad assicurare il *pareggio tra ricavi e costi*, essendo del tutto eventuale e, comunque, irrilevante il profitto. Pertanto, secondo quest'orientamento, un fenomeno produttivo si qualifica come impresa se è un'attività nella quale i prezzi di vendita vengono fissati *ex ante* (oltre che in funzione di quella che può essere la ragionevole capacità di assorbimento da parte del mercato) in modo da consentire almeno di recuperare attraverso i ricavi i costi di produzione sostenuti. In altre parole, affinché un fenomeno produttivo possa qualificarsi come impresa, è sufficiente che il titolare sia in grado di riprendere dal mercato – e sempre che il mercato risponda assorbendo la

produzione offerta – l'investimento di capitali risultato necessario per lo svolgimento del processo produttivo e che, di conseguenza, sia nelle condizioni di disporre di quanto occorre per rinnovare gli investimenti che sono richiesti, nell'ottica di una prosecuzione regolare dell'iniziativa, senza ulteriori interventi da parte di terze economie (cioè di economie ulteriori rispetto all'intervento iniziale o interventi normalmente imposti da esigenze di crescita dell'iniziativa). Deve trattarsi di un'iniziativa che sia dunque in grado di mantenersi in equilibrio economico e, quindi, in equilibrio finanziario, preservando, così, quanto meno nel lungo periodo, l'*autonomia da altre economie*.

Questa seconda interpretazione del requisito dell'economicità è senz'altro preferibile per un concorso di ragioni.

Al riguardo, giova muovere dal rilievo che, accedendo all'interpretazione che intende l'economicità come sinonimo di lucratività, il fenomeno normativamente rilevante (cioè, l'impresa) sarebbe più circoscritto rispetto a quello che risulterebbe accedendo all'interpretazione più letterale del criterio. Una simile restrizione non sembra tuttavia trovare giustificazione. Ciò in quanto essa avrebbe come conseguenza quella di rendere estranei alla fattispecie – e, quindi, di sottrarre alla disciplina che a quella fattispecie si riferisce (ossia, la disciplina dell'impresa) – una serie di fenomeni che sollecitano interessi, se non pienamente coincidenti, quantomeno non molto diversi rispetto a quelli sollecitati dai fenomeni che si realizzano secondo il metodo lucrativo.

Ed invero, occorre considerare che un qualsiasi fenomeno produttivo, a prescindere dal metodo che ne informa lo svolgimento, necessita *ex ante* degli investimenti per acquisire i fattori produttivi, investimenti che possono essere sostenuti nella misura in cui si disponga di sufficienti risorse finanziarie, suscettibili di essere acquisite o a titolo di *capitale proprio* (cioè, senza vincolo di restituzione) o a titolo di *capitale di credito* (cioè, con vincolo di restituzione). Ora, il fatto che il fenomeno produttivo si svolga secondo un metodo economico, a prescindere dalla sua esatta identificazione (se lucrativo o meramente economico), significa essenzialmente che tale fenomeno si prefigge di appagare le istanze di coloro che soddisfano le sue esigenze finanziarie, per il tramite della collocazione della propria produzione sul mercato, di recuperare cioè attraverso la vendita dei beni o servizi offerti le risorse necessarie per assecondare le pretese dei finanziatori. È perciò evidente che nel fenomeno produttivo in questione le pretese di coloro che lo finanziano sono esposte al rischio che l'iniziativa non riesca ad ottenere dal mercato le suddette risorse. Sono esposte cioè al *rischio di mercato* (che è la configurazione tipica del **rischio di impresa**): al rischio di non riuscire a soddisfare le proprie legittime aspettative originate dall'operazione finanziaria posta in essere, se il mercato non assorbe (quanto meno una parte del)la produzione offerta.

È allora evidente che in un fenomeno produttivo economico, a prescindere dal metodo che ne informa lo svolgimento, ricorre il presupposto che rende congruo l'assoggettamento al diritto dell'impresa: il fatto che *tali fenomeni si interfaccino con il mercato*, cioè cerchino di acquisire dal mercato le risorse necessarie per soddisfare le istanze di coloro che li finanziano e, quindi, sono esposti al rischio che il mercato non consenta la relativa acquisizione o, quanto meno, un'acquisizione sufficiente. Di conseguenza, devono essere governati dal diritto dell'impresa – devono, cioè, svilupparsi

nell’osservanza delle regole comportamentali imposte dall’ordinamento proprio con l’obiettivo di soddisfare quelle istanze – non solo i fenomeni che si svolgono con metodo lucrativo, ma anche quelli che si svolgono con metodo meramente economico.

Rimangono per contro estranee alla nozione di impresa quelle attività svolte senza neppure prefiggersi il pareggio dei costi con i ricavi (**attività erogative**): si pensi all’associazione benefica che distribuisca gratuitamente pasti ai non abbienti. Qui non vi è infatti alcuna relazione con il mercato, nei termini visti testé, che renda necessaria l’applicazione del diritto dell’impresa.

Resta semmai incerto se debba considerarsi imprenditoriale o erogativa quell’attività che viene svolta stabilendo un livello dei *prezzi-ricavo* senz’altro insufficiente a coprire i costi di produzione, ove tuttavia il differenziale negativo sia fissato in funzione dell’impegno alla sua copertura assunto *ex ante* da un terzo (attività svolta secondo una **logica di perdita programmata**).

Siffatte situazioni ricorrono nel mondo *non profit*, nel quale non sono rare le iniziative che producono servizi (generalmente alla persona), che vengono ceduti ad un utente, senza che lo stesso corrisponda l’intero prezzo, ma con la possibilità per il fornitore di accreditarsi per incassare la differenza tra il prezzo integrale del servizio e il minore importo (eventualmente) pagato dall’utente nei confronti di un terzo che si è impegnato *ex ante* in questo senso (generalmente un ente pubblico). Situazioni non diverse si riscontrano anche nelle iniziative mutualistico-consortili, specialmente in quelle che assumono la forma giuridica del consorzio, le quali producono servizi a favore degli imprenditori facenti parte del sodalizio, che inizialmente cedono sottocosto o gratuitamente, per poi recuperare attraverso i c.d. *contributi consortili* quanto necessario per coprire i costi di produzione.

Nel senso che siffatte attività possano ritenersi compatibili con un criterio di economicità (e siano dunque qualificabili come imprese) depone la circostanza che l’impegno a coprire il differenziale negativo per ogni unità di prodotto o servizio venduto è un elemento di cui si tiene conto nella fissazione del prezzo.

### 5. La completezza della nozione di impresa

L’esegesi appena conclusa dell’art. 2082 ha permesso di individuare quali siano i fenomeni produttivi che il dato normativo qualifica come impresa.

Il modello comportamentale descritto dalla norma è **esaustivo**: contiene gli elementi non solo necessari ma anche *sufficienti* che devono caratterizzare un certo “fatto” affinché esso possa considerarsi giuridicamente come “impresa”.

In quest’ottica, ci si può sbarazzare agevolmente di due (pseudo) questioni che affiorano tradizionalmente nel dibattito sulla fattispecie: se un fenomeno produttivo possa qualificarsi come impresa nel caso in cui la produzione non sia destinata ad essere collocata sul mercato (c.d. **impresa per conto proprio**: si pensi a chi costruisca in economia la propria villa, assumendo in proprio il personale e acquisendo i materiali necessari per l’erezione dell’immobile) o nel caso in cui si sia svolta senza osservare le condizioni richieste dalla legge per la sua iniziazione (c.d. **impresa illegale**) o persegua direttamente o indirettamente una finalità illecita (c.d. **impresa immorale** o **mafiosa**).

È agevole affermare che tanto nel primo quanto nel secondo caso la conclusione

dipende solo dal riscontro se il fenomeno in concreto posto in essere sia riconducibile o meno a quello astrattamente descritto dall'art. 2082, ossia sia un fenomeno produttivo che presenta le tre caratteristiche oggettive di professionalità, organizzazione ed economicità: in caso affermativo, si tratta di un'impresa; nel caso contrario, no. A nulla rilevano invece la destinazione impressa alla produzione ottenuta o l'osservanza di regole ulteriori o le finalità perseguite attraverso l'iniziativa.

## § 2. LE CATEGORIE DI IMPRESA

**SOMMARIO:** I. *L'impresa come fenomeno produttivo di portata generale e la sua rilevanza normativa.* – II. *L'impresa agricola.* – III. *La piccola impresa.* – 1. La nozione di piccola impresa nel codice civile. – 2. La piccola impresa nella legge fallimentare. – IV. *L'impresa commerciale.* – V. *Le implicazioni della natura dell'organizzazione dell'impresa sulla disciplina applicabile.* – 1. L'impresa pubblica. – 2. L'impresa privata.

Come si è già osservato, la disciplina dell'impresa intesa nella sua interezza quale disciplina organica dell'attività produttiva (c.d. **statuto dell'impresa**) non trova applicazione nei confronti dell'impresa non ulteriormente qualificata (cioè, nei confronti dell'impresa in quanto tale), rispetto alla quale operano semmai singoli istituti o singole norme o gruppi di norme. L'applicazione di tale statuto nel suo complesso risente infatti della circostanza che l'impresa abbia una certa *natura*, assuma una certa *dimensione*, e, eventualmente, rivesta una certa *forma giuridica*.

In quest'ottica, risulta necessario enucleare le diverse categorie d'impresa rilevanti sul piano normativo (individuate, appunto, in funzione della natura della produzione, della dimensione e della forma giuridica rivestita).

### I. *L'impresa come fenomeno produttivo di portata generale e la sua rilevanza normativa*

La nozione di impresa che si è appena esaminata ricomprende un qualsiasi fenomeno produttivo che presenti i tre requisiti di professionalità, organizzazione e economicità.

La ragione della presenza di questa definizione generale si coglie nel tentativo, perseguito dal legislatore storico del 1942, di assoggettare ogni iniziativa produttiva ad un nucleo di regole comuni (contenute negli artt. 2084-2093), regole perlopiù programmatiche che si limitano ad enunciare un principio e a rinviarne la relativa attuazione ad altra legge ordinaria e, soprattutto, alle c.d. **norme corporative**. Più precisamente, l'intento era essenzialmente quello di far sì che tutte le iniziative imprenditoriali informassero non solo l'indirizzo della produzione (cfr. art. 2085), ma anche il proprio concreto svolgimento (art. 2088), ai principi dell'**ordinamento corporativo** e restassero esposte, nel caso di inosservanza dei relativi obblighi, a severe sanzioni (artt. 2089 ss.).

Tale ragione è però venuta meno con la soppressione dell'ordinamento corporativo (r.d.l. 921/1943 e d.l.lgt. 287/1944), circostanza che ha fatto perdere agli artt. 2084-2093 gran parte della loro importanza e consistenza.

In seguito alla caducazione delle norme corporative, l'impresa, quale fenomeno

omnicomprensivo, sembra aver smarrito il suo *pendant* sul piano del diritto positivo, non risultando più *assoggettata ad un corpo organico di regole*.

In realtà, secondo l'opinione tradizionalmente consolidata, essa risulterebbe (ancora) destinataria di uno statuto, il c.d. *statuto generale dell'impresa*, costituito in particolare dagli istituti dell'azienda (artt. 2555-2562), della concorrenza e dei consorzi (artt. 2595-2620 e l. 287/1990) e dei segni distintivi (artt. 2563-2574 e c.p.i.).

Tuttavia, se si guarda con attenzione agli istituti appena menzionati ci si accorge, da un lato, che alcuni di essi (l'azienda) non sono integralmente applicabili all'impresa in quanto tale; dall'altro, che molti dei restanti (la concorrenza e i segni distintivi) si applicano anche a fenomeni produttivi diversi dall'impresa (le professioni intellettuali, il lavoro autonomo). Inoltre, all'impresa in quanto tale si applicano anche ulteriori disposizioni sparse, che si trovano qua e là nella sistematica del codice civile, tra le quali giova ricordare, ad es., l'art. 230-*bis* relativo alla c.d. *impresa familiare*, l'art. 1368, co. 2, relativo ai criteri di interpretazione del contratto, ecc.

Se ne deduce dunque che l'impresa, quale fenomeno omnicomprensivo, è destinataria più che altro di *singole disposizioni*, che nell'insieme costituiscono una disciplina poco organica e molto frammentaria, senz'altro non esaustiva dell'attuale portata del diritto commerciale, quale complesso organico di norme qualificabili a stregua di statuto.

D'altra parte lo stesso legislatore storico, se da un lato tratteggiava per le ragioni appena chiarite una nozione unitaria di impresa, dall'altro enucleava da tale nozione **due sottofattispecie** alle quali voleva applicabili (oltre alle norme corporative) le sole disposizioni appena passate in rassegna. E ciò sul presupposto che non tutti i fenomeni produttivi rientranti nella nozione generale di impresa dovessero essere assoggettati alla stessa disciplina e, segnatamente, che ve ne fossero alcuni rispetto ai quali l'applicazione di tutto il corpo organico di norme che costituisce il diritto commerciale fosse eccessivo e, comunque, inutile rispetto alle finalità precipuamente perseguite.

In particolare, i fenomeni imprenditoriali cui si attribuiva e si attribuisce questa più ristretta rilevanza normativa sono due e sono individuati:

- il primo, guardando alla *natura della produzione* e, in quest'ottica, enucleando dalla nozione generale di impresa l'**impresa agricola**;
- il secondo, guardando alla *dimensione dell'organizzazione* e, in quest'ottica, enucleando dalla nozione generale di impresa la **piccola impresa**.

La disciplina cui sin dall'origine non si volevano assoggettare queste due sottofattispecie è costituita da istituti precipuamente finalizzati alla tutela degli interessi di coloro che finanziano l'iniziativa imprenditoriale e, in particolare, ad assicurare un'adeguata composizione degli interessi di tali finanziatori rispetto al rischio di impresa. In altre parole, si tratta di regole (l'obbligo di tenuta delle scritture contabili, le procedure concorsuali, ecc.) dirette a tutelare il credito alla produzione, riservate perciò ai fenomeni imprenditoriali in cui questa forma di finanziamento ricorre in maniera più intensa: quelli rappresentati dalle imprese commerciali (non piccole).

Passiamo allora a individuare i tratti identificativi delle due categorie di impresa destinatarie solo in modo parziale e frammentario del diritto commerciale, per poi passare a individuare i tratti identificativi della categoria di impresa destinataria di tutto questo *corpus* normativo.

## II. L'impresa agricola

La nozione di impresa agricola si desume dall'art. 2135, il quale la descrive come **attività di coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse**: tradizionalmente, si suole qualificare le prime come *attività agricole essenziali* mentre le seconde come *attività agricole per connessione*.

Anzitutto, occorre soffermarsi sulla ragione della scelta di attribuire all'impresa agricola rilevanza normativa più ristretta, escludendola dal novero dei fenomeni imprenditoriali destinatari della parte di disciplina posta a tutela del credito alla produzione.

La ragione può cogliersi probabilmente considerando il fenomeno in questione nel momento in cui detta scelta è avvenuta. Tale fenomeno si caratterizzava per avere un processo produttivo incentrato essenzialmente sul *fondo*: si trattava di un'attività in cui il fattore produttivo principale era rappresentato dalla terra e il cui esercizio si compenetrava con l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo (l'imprenditore ne era infatti normalmente il proprietario). In particolare, l'impresa agricola si sostanziava nello sfruttamento del fondo attraverso la sua messa a coltura e/o la sua utilizzazione come luogo di allevamento del bestiame, attività alla quale poteva aggiungersene una accessoria di trasformazione e/o commercializzazione dei prodotti provenienti dalla prima. La definizione contenuta nell'originario art. 2135 fotografava esattamente questo fenomeno.

È allora ragionevole ritenere che il legislatore del 1942 (in perfetta continuità rispetto al legislatore precedente) si sia orientato nel senso di assoggettare l'impresa agricola ad una disciplina di portata più circoscritta, sul presupposto che essa non presentava particolari esigenze di investimento, poiché i fattori produttivi coincidevano in larga parte con il fondo, ossia con un bene che già si possedeva, in quanto bene di proprietà. Né investimenti significativi potevano essere richiesti dall'attività di trasformazione o di commercializzazione dei prodotti, dato il suo carattere tipicamente accessorio e secondario rispetto all'attività principale di coltivazione e/o di allevamento.

D'altra parte, non può essere trascurato che un eventuale finanziamento alla produzione veniva comunque acquisito di regola attraverso operazioni che consentivano al creditore di attivare forme di *autotutela*, cioè forme di tutela contemplate dal diritto privato classico per la salvaguardia del credito, rappresentate perlopiù dall'ottenimento di *garanzie (reali)*: da ipoteche sul fondo (tipicamente, nel credito fondiario) o da privilegio su bestiame, merci, scorte, materie prime, macchine, attrezzi e altri beni, comunque acquistati con il finanziamento concesso (tipicamente, nel credito agrario).

Sta di fatto che, nell'ambito di una più ampia riforma di modernizzazione del settore agricolo (d.lgs. 228/2001), la versione originaria dell'art. 2135 è stata integrata di due commi (il co. 2 e 3), che descrivono oggi, rispettivamente, che cosa siano le attività agricole essenziali (co. 2) e le attività agricole per connessione (co. 3).

Ai sensi dell'art. 2135, co. 2, per **attività essenziali** si intendono le *attività dirette alla cura dello e allo sviluppo di un ciclo biologico (o di una sua fase necessaria) di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque (dolci, salmastre o marine)*. Ai sensi dell'art. 2135, co. 3, per **attività connesse** si intendono le *attività di conservazione, manipolazione, trasformazione e commercializza-*

zione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalle attività agricole essenziali, nonché le attività dirette alla produzione e alla fornitura di beni o servizi ottenuti mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda agricola.

È allora di tutta evidenza che ne è uscita una nozione di impresa agricola decisamente più ampia di quella immaginata dal legislatore storico del '42.

a) Quanto alle **attività agricole essenziali**, invero, se nella costanza della versione originaria della norma in esame poteva ritenersi che vi rientrassero soltanto quelle di coltivazione e di allevamento di bestiame *che avevano luogo sul fondo* (non invece tutte quelle colture o allevamenti fuori fondo, come le coltivazioni artificiali o in laboratorio – ad es., l'ortoflorivivaismo; la funghicoltura – gli allevamenti in batteria o di animali da cortile – ad es., di pollame –), oggi questa conclusione non è più sostenibile, perché il dato normativo stabilisce espressamente che un'attività è di coltivazione o di allevamento se *utilizza o può utilizzare* il fondo. Con la conseguenza che il fondo è passato dall'essere fattore produttivo essenziale a *fattore produttivo eventuale* e, quindi, non più elemento costitutivo o caratterizzante della fattispecie.

Nella nuova nozione di impresa agricola l'elemento costitutivo o caratterizzante è rappresentato invece dalla **cura** e dallo **sviluppo di un ciclo** (o di una parte di un ciclo) **biologico** (animale o vegetale), sicché può essere qualificata come impresa agricola qualunque attività che si sostanzia in tale cura o tale sviluppo.

b) L'ampliamento della nozione si coglie anche e soprattutto sul versante delle **attività connesse**.

Ed invero, queste non si identificano più soltanto con le attività tipicamente poste in essere da un agricoltore o da un allevatore in un determinato momento storico o in una certa area geografica e subordinate sul piano economico alle attività essenziali. Il dato normativo stabilisce che sono *comunque connesse* le *attività trasformative alla sola condizione che utilizzino come **materia prima prevalente*** (e non esclusiva, una parte della quale potendo essere allora acquisita sul mercato) *i prodotti derivanti dall'attività di coltivazione e/o di allevamento di animali esercitata dal medesimo soggetto*, pertanto a prescindere dal fatto di restare subordinate rispetto all'attività essenziale dallo stesso svolta e di costituire qualcosa di normale nell'agricoltura (latamente intesa). Pertanto, oggi sono attività agricole per connessione tutte le **attività di manipolazione, trasformazione e commercializzazione** di prodotti che provengono prevalentemente dall'attività agricola essenziale, anche nel caso in cui per il tramite di queste attività si realizzi la parte principale se non proprio l'intero risultato economico dell'iniziativa. Ad es., esercita senz'altro attività agricola per connessione il produttore di uva che anziché vendere la stessa sul mercato ortofrutticolo la utilizza (in parte o in tutto, eventualmente aggiungendovene un'altra minor parte acquistata sul mercato) per trasformarla in vino e vendere il vino così ottenuto.

Inoltre, sono *comunque connesse* le *attività di produzione e di fornitura di beni e servizi ottenuti impiegando **principalmente le attrezzature o le risorse** che costituiscono l'azienda agricola dello stesso soggetto*, a prescindere, ancora una volta, dalla circostanza che tale attività resti subordinata all'attività essenziale e costituisca qualcosa di normale nell'agricoltura (latamente intesa). Il riferimento è principalmente alle attività di **agriturismo**, le quali sono qualificate come imprese agricole se le strutture di ricezione degli ospiti per offrire loro servizi di ristorazione o finanche alberghieri sono le strutture che compongono l'azienda agricola.

Ora, dovrebbe essere evidente che in seguito ad un siffatto ampliamento della nozione di impresa agricola, si apre la fattispecie ad una serie di fenomeni, in relazione ai quali non può riscontrarsi l'accennato presupposto che ne giustificava la rilevanza negativa sul piano normativo e la sottrazione dall'ambito di applicazione di buona parte del diritto dell'impresa.

Infatti, giova considerare che, se l'impresa agricola non è più connotata sul piano della fattispecie da un processo produttivo che si incentra sul fondo e dalla necessaria subordinazione economica delle eventuali attività diverse, non è raro che le iniziative corrispondenti, potendo realizzarsi in strutture molto sofisticate e costose nonché sostanziansi in attività produttive e commerciali che richiedono non trascurabili investimenti, presentino significative esigenze finanziarie, le quali vengono coperte attraverso un sempre più consistente ricorso al capitale di credito.

Sicché, desta non poche perplessità il risultato che ne deriva: consentire a qualche iniziativa imprenditoriale, che soddisfa le proprie esigenze finanziarie ricorrendo al credito alla produzione in maniera non marginale e anzi nella stessa misura di altre, di beneficiare di un trattamento normativo differente: con buona pace del contemperamento degli interessi in gioco! Né si può provare a giustificare questo risultato adducendo che esso costituisca un favor necessario verso il titolare delle iniziative imprenditoriali agricole, le quali, impuntandosi sulla cura e sullo sviluppo di un ciclo biologico, sono esposte ad un rischio ulteriore rispetto ad un'iniziativa imprenditoriale di diversa natura: non solo al rischio di impresa ma anche al rischio naturale insito al ciclo biologico. Al riguardo, è ragionevole ritenere che se il risultato produttivo e, di conseguenza, economico di un'iniziativa appare molto più incerto rispetto ai corrispondenti risultati di iniziative di diversa natura, occorrerebbe approntare meccanismi di tutela più efficaci e penetranti, non invece eliminarne addirittura la presenza.

Viceversa, all'ampliamento dell'impresa agricola sul piano della fattispecie non si è accompagnato un contestuale adeguato ampliamento della disciplina. Il fatto che nell'impresa agricola siano stati ricompresi fenomeni produttivi c.d. “industrializzati” avrebbe dovuto indurre a considerare ormai superata la sua originaria rilevanza normativa e applicabile il diritto dell'impresa nella sua interezza. Invece, gli interventi sul piano della disciplina sono stati parziali e senz'altro insufficienti, attenendo soltanto a profili di pubblicità di impresa e, in particolare, assoggettando le informazioni relative all'organizzazione dell'impresa per le quali è prescritto l'obbligo di pubblicità ad efficacia dichiarativa (v., *infra*, § 6.III).

### III. La piccola impresa

#### 1. La nozione di piccola impresa nel codice civile

La nozione di piccola impresa si desume dall'art. 2083, il quale la descrive come un'**attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro del titolare e dei componenti della sua famiglia** e la specifica poi nelle figure soggettive del *coltivatore diretto del fondo*, dell'*artigiano* e del *piccolo commerciante*.

La scelta di attribuire alla piccola impresa rilevanza normativa più ristretta può

cogliersi agevolmente nelle caratteristiche che connotano il relativo processo produttivo e, in particolare, nella circostanza che tale processo si incentra essenzialmente sul fattore produttivo rappresentato dal **lavoro** del titolare e **dei suoi familiari**: quindi, su un fattore produttivo di cui – non diversamente da quel che si verificava nell'impresa agricola con il fondo di proprietà – già si dispone, senza bisogno di doverlo acquisire da terzi.

In quest'ottica, appare evidente che la piccola impresa – esattamente come l'impresa agricola prefigurata dal legislatore storico del '42 – risulta come un fenomeno produttivo nel quale le esigenze di investimento attengono essenzialmente a fattori produttivi secondari: perciò si dovrebbero manifestare esigenze finanziarie non significative e, quindi, non significativo dovrebbe essere l'eventuale ricorso al credito alla produzione. Di conseguenza, nella piccola impresa – esattamente come nell'impresa agricola prefigurata dal legislatore storico del '42 – non è sembrato necessario l'assoggettamento delle corrispondenti iniziative al diritto dell'impresa nella sua interezza e, in particolare, alla parte corrispondente alle regole finalizzate a comporre adeguatamente i diversi interessi in gioco rispetto al rischio di impresa.

Si ritiene che la **prevalenza** vada accertata non tanto in senso quantitativo, cioè verificando che il lavoro del titolare e dei componenti della sua famiglia valga di più in termini economici rispetto agli altri fattori (lavoro altrui e/o capitale) impiegati nel processo produttivo; quanto piuttosto **in senso qualitativo**, cioè verificando che il lavoro del titolare e dei componenti della sua famiglia costituisca il *fattore essenziale, imprescindibile e centrale* nel processo produttivo sottostante.

Dovrebbe essere allora evidente la distinzione tra piccola impresa e impresa (non piccola o medio-grande). Si ha la prima tutte le volte che il titolare (e gli eventuali componenti della famiglia) è (sono) chiamato(i) a svolgere un ruolo esecutivo che caratterizza e connota il sottostante processo produttivo. Si ha la seconda tutte le volte che il titolare può non avere alcun ruolo esecutivo nell'iniziativa, in quanto pienamente surrogabile dall'organizzazione, e limitarsi a svolgere un ruolo, questo sì imprescindibile e indefettibile, di carattere organizzativo, approntando i diversi fattori produttivi secondo l'ordine funzionale e strutturale richiesto da un efficiente impiego nel processo produttivo.

Accedendo a quest'ultima accezione del concetto di prevalenza, resta dubbio se si tratti di un criterio impiegabile soltanto quando l'impresa fa capo ad una **persona fisica** o anche quando fa capo ad un soggetto di diversa natura, cioè un **ente collettivo** e, in particolare, una società.

Giova osservare che, sebbene il criterio appaia attagliato senz'altro alla persona fisica, non sembra potersi escludere per ciò stesso che possa trovare applicazione nelle imprese di altri soggetti e, in particolare, delle società. In questi ultimi contesti, il problema sarà semmai quello di applicare concretamente detto criterio e, anzitutto, di individuare *qual è il lavoro che deve prevalere sugli altri fattori produttivi*.

Quanto meno nelle società a ristretta compagine sociale si potrebbe ritenere che il lavoro che deve prevalere è il lavoro dei soci, con la conseguenza che si potrà parlare di piccola impresa (societaria) se esso prevale sul lavoro altrui e sul capitale. Più incerto è invece se nelle società ad ampia base sociale possa ancora farsi riferimento al lavoro dei soci, atteso che alla qualifica formale di piccola impresa che ne potrebbe derivare potrebbe non corrispondere una piccolezza oggettiva dell'attività esercitata,

tale da giustificare la non applicazione del diritto dell’impresa per mancanza di significative esigenze di tutela degli interessi coinvolti.

## 2. La piccola impresa nella legge fallimentare

Se il concetto di prevalenza deve intendersi nell’accezione che si è illustrata nel paragrafo precedente, è evidente che la valutazione del se la prevalenza ricorra in concreto non è sempre agevole e, quindi, non è sempre agevole tracciare una linea di confine tra le piccole imprese e le imprese (non piccole o medio-grandi).

Per questa ragione, al criterio di prevalenza ora esaminato si affianca un **criterio quantitativo**, quindi di più immediata e oggettiva applicazione, ove occorra individuare i fenomeni produttivi passibili di applicazione di un istituto affatto particolare che compone lo statuto predisposto all’indirizzo dell’impresa, vale a dire le **procedure concorsuali**. Ciò in quanto, allorché si tratti di decidere sull’apertura di una procedura concorsuale, non solo occorre ridurre il più possibile le incertezze in merito alla sussistenza del presupposto, anche in conseguenza degli effetti che dall’apertura della procedura possono derivare, ma occorre essere pure abbastanza tempestivi, per evitare che la gestione concorsuale cominci troppo tardi e non sia in grado di perseguire efficacemente l’intento compositivo degli interessi in gioco.

In particolare, l’art. 1, co. 2, l.fall. esclude l’apertura delle procedure concorsuali di fallimento e di concordato preventivo nei confronti (dei titolari) delle imprese che si attestino al di sotto di **tre parametri**: due di carattere patrimoniale (l’esposizione debitoria e l’attivo patrimoniale) e uno di carattere reddituale (i ricavi lordi).

Più in dettaglio i tre parametri sono i seguenti:

1. l’esposizione debitoria complessiva sussistente al momento di apertura della procedura concorsuale non superiore a 500 mila euro;
2. l’attivo patrimoniale nei tre esercizi precedenti non superiore per ogni esercizio a 300 mila euro;
3. i ricavi lordi nei tre esercizi precedenti non superiore per ogni esercizio a 200 mila euro.

Ebbene, la norma fallimentare sembra così stabilire una **presunzione di piccolezza**, nel senso che presume sia piccola impresa quella che si attesta al di sotto di tutti e tre i parametri ricordati. E se così è, ne consegue che la norma stabilisce implicitamente pure una **presunzione di grandezza**, nel senso che presume non sia piccola impresa quella che supera anche uno solo dei tre parametri ricordati. Resta da chiarire se le due presunzioni testé menzionate siano *assolute o relative*: incertezza, quest’ultima, riconducibile alla più generale incertezza che ruota attorno al rapporto che deve intercorrere tra i criteri di determinazione della dimensione dell’impresa contenuti nell’art. 1, co. 2, l.fall. e nell’art. 2083: si tratta di verificare se il rapporto si configura come alternativo oppure complementare.

Al riguardo, l’opinione pressoché unanime riconosce alla presunzione di piccolezza il carattere di presunzione assoluta, ritenendo che se l’impresa si attesta al di sotto dei tre parametri dimensionali ricordati essa è senz’altro un’impresa non fallibile (quindi, senz’altro piccola). Invece, non altrettanto pacifica è la conclusione che attribuisce alla presunzione di grandezza. L’opinione senz’altro prevalente è orientata a riconoscere anche ad essa il carattere di presunzione assoluta, muovendo dal presup-

posto che la norma fallimentare abbia approntato dei criteri di determinazione della dimensione dell'impresa del tutto autonomi e autosufficienti e, quindi, alternativi rispetto al criterio di prevalenza di cui all'art. 2083. Tuttavia, non mancano opinioni contrarie: vi è chi ritiene che la norma fallimentare stabilisca un criterio di determinazione della dimensione dell'impresa complementare al criterio individuato dall'art. 2083 e che il *trait d'union* tra le due norme (e i relativi criteri) sia rappresentato dall'art. 2221: il quale esclude espressamente i piccoli imprenditori (da individuarsi ai sensi dell'art. 2083) dalle procedure concorsuali di fallimento e di concordato preventivo. In quest'ottica, se anche una (o più) soglia(e) dimensionale(i) venisse(ro) superata(e), la conseguente presunzione di grandezza potrebbe venire rovesciata dimostrando attraverso il criterio della prevalenza che l'impresa in questione è una piccola impresa.

#### IV. *L'impresa commerciale*

La nozione generale di impresa depurata dell'impresa agricola e della piccola impresa dovrebbe residuare nella specie di impresa destinataria del diritto commerciale nella sua interezza e organicità. Questa categoria di impresa è l'**impresa commerciale** (non piccola, o medio grande).

A differenza delle due categorie appena studiate, con riferimento all'impresa commerciale non si rinviene una norma che contenga la relativa nozione. Infatti, la norma dalla quale si ritiene possa desumersi siffatta nozione, l'art. 2195, non è una norma definitoria, bensì una norma di disciplina, una norma, cioè, che contiene un primo precetto comportamentale (l'obbligo di pubblicità) all'indirizzo di chi pone in essere un comportamento che si sostanzia in una delle seguenti attività:

1. un'attività industriale diretta alla produzione di beni e servizi;
2. un'attività intermediaria nella circolazione di beni;
3. un'attività di trasporto per terra, per acqua e per aria;
4. un'attività bancaria o assicurativa;
5. un'attività ausiliaria alle precedenti.

Sono allora queste *le attività produttive che esemplificano l'impresa commerciale*, dalle quali occorre enucleare una nozione più generale.

Al riguardo, giova premettere che può ritenersi ormai ampiamente acquisito che siano le attività di cui ai punti *sub* 1 e 2 quelle che racchiudono la nozione di impresa commerciale, atteso che le altre attività enunciate nei successivi punti *sub* 3, 4 e 5 costituiscono solo delle specificazioni delle prime.

Ed invero, è di tutta evidenza che l'attività di trasporto sia un'attività di produzione di un servizio; così come l'attività assicurativa (infatti, l'assicuratore presta il servizio di accollarsi un rischio specifico cui è esposto l'assicurato: cfr. art. 1882); e lo stesso dicasi per le attività ausiliarie, ossia per le attività di supporto a quelle precedentemente elencate (ad es., l'attività di pubblicità o di mediazione). L'attività bancaria, infine, può essere considerata non solo come un'attività di produzione di un servizio (tipicamente, il servizio di trasformare il risparmio raccolto in moneta bancaria o il servizio di concessione di credito), ma anche come un'attività di circolazione di un bene, seppure un bene affatto particolare qual è il denaro, raccogliendo quest'ultimo

dal pubblico dei risparmiatori ed erogando lo stesso in forma di credito (cfr. art. 10, co. 1, TUB).

Pertanto, l'impresa commerciale è *un'attività di produzione di beni e di servizi che si qualifica come industriale e/o un'attività di circolazione di beni che si qualifica come intermediaria*. Cioè, un'attività di produzione di beni e servizi e/o di circolazione di beni che si distingue dalle produzioni di beni e servizi e/o circolazioni di beni ricomprese nella nozione generale di impresa per il fatto di essere, la prima (produzione di beni e servizi) industriale, la seconda (circolazione di beni) intermediaria. Se ne deduce che i tratti identificativi dell'impresa commerciale sono racchiusi nei requisiti di industrialità e di intermediarietà, sui quali allora occorre soffermarsi.

L'interpretazione di questi due requisiti è stata a lungo controversa e in particolare, al riguardo, sono state avanzate due differenti opzioni interpretative.

a) Secondo una prima interpretazione, i requisiti di industrialità e intermediarietà sono da intendersi in un'accezione strettamente letterale o, se si vuole, storica: l'industrialità alluderebbe al processo produttivo inaugurato con la rivoluzione industriale a cavallo tra il diciottesimo e diciannovesimo secolo; l'intermediarietà alluderebbe alle attività classicamente commerciali di acquisto (all'ingrosso) per la rivendita (al dettaglio). Sicché, l'attività sarebbe industriale solo se si tratti di attività automatizzata o che si sostanzia nella trasformazione fisico-tecnica della materia; l'attività sarebbe intermediaria solo se si tratti di attività originata da un acquisto di qualcosa per la rivendita di quel qualcosa.

Accedendo a questa interpretazione si perviene ad una nozione di impresa commerciale *in positivo*, non diversa da quelle già esaminate (artt. 2082, 2135, 2083). In particolare, essa si riferirebbe a tutti i fenomeni produttivi caratterizzati dal processo produttivo anzidetto (cioè, automatizzato o che dà luogo alla trasformazione fisico-tecnica della materia) o diretti alla circolazione dei beni attraverso un preventivo acquisto e una successiva rivendita (cioè, di intermediazione commerciale). Ne consegue che chi propone l'interpretazione appena illustrata non esclude che vi possano essere ulteriori fenomeni produttivi che, pur non avendo natura agricola, non avrebbero nemmeno natura commerciale. In quest'ottica, la nozione generale di impresa si articolerebbe, in base alla sua natura, non solo nell'impresa agricola, da un lato, e nell'impresa commerciale, dall'altro, ma a questa coppia di categorie se ne aggiungerebbe una terza che è invalso qualificare come **impresa civile**.

Sulla base di queste premesse i seguenti fenomeni imprenditoriali sono stati considerati imprese civili:

i) le *imprese artigiane*, sul presupposto che il sottostante processo produttivo non possa qualificarsi industriale, in quanto mai interamente automatizzato, neanche per le eventuali lavorazioni in serie (cfr. art. 4, co. 1, n. 2, l. 443/1985);

ii) le *imprese primarie* e le *imprese di pubblici spettacoli*, sempre sul presupposto che il sottostante processo produttivo non possa qualificarsi come industriale, in quanto non dà luogo ad una trasformazione fisico-tecnica della materia, ma si limita a sfruttare risorse che si trovano in natura (come le pietre estratte dalle cave; il gas estratto dai giacimenti; il calore solare sfruttato a fini energetici; il vento sfruttato a fini energetici; ecc.) o risorse che rientrano nelle abilità umane (la capacità di recitare);

iii) le *imprese finanziarie*, sul presupposto che facciano circolare il denaro non in modo intermediario, limitandosi a raccogliere risparmio da collocare in opportune

soluzioni di investimento o a concedere credito utilizzando denaro appartenente al patrimonio personale del titolare;

iv) le *agenzie* matrimoniali, le agenzie di collocamento o il mediatore di prodotti agricoli, sul presupposto che si tratti di attività ausiliarie ad iniziative che non rientrino nell'elenco di cui all'art. 2195, co. 1, nn. 1-4, o addirittura non imprenditoriali (il matrimonio; il lavoro).

L'interpretazione appena riferita è stata oggetto di numerose critiche, mosse anche da parte di chi ne ha sottolineato l'inappuntabilità sul piano dell'argomentazione che la sorregge. E la principale ragione di simili critiche è da ricondurre alle incertezze che caratterizzerebbero l'impresa civile con riferimento alla sua rilevanza normativa: il problema concerne l'individuazione della disciplina che ad essa sarebbe applicabile.

Al riguardo, prevale, tra chi ne ammette la configurabilità, l'idea che l'impresa civile abbia una rilevanza normativa non diversa da quella riconosciuta all'impresa agricola e alla piccola impresa. In quest'ottica, però, i fenomeni produttivi ricompresi nell'impresa civile sarebbero assoggettati al diritto commerciale in modo parziale e frammentario, pur mancando per questo valide ragioni, come sono invece quelle alla base della scelta di attribuire analoga, limitata rilevanza normativa all'impresa agricola e alla piccola impresa.

Sicché, appare poco congruo assoggettare i fenomeni che rientrano nell'impresa civile ad un trattamento normativo peggiore rispetto a quello riservato alle imprese commerciali, atteso che gli interessi in gioco nei primi e nelle seconde non giustificano una simile diversità. E ciò soprattutto laddove un tale risultato non sia inequivocabilmente stabilito dal dato normativo ma sia frutto di una scelta interpretativa sui requisiti di industrialità e di intermediarietà di cui all'art. 2195, co. 1, nn. 1 e 2.

b) Pertanto, proprio nella prospettiva di evitare il suddetto risultato, l'opinione prevalente è ormai orientata nel senso di interpretare in altro modo i due requisiti appena menzionati, in particolare attribuendo al primo (all'industrialità) il significato di *non agricolo* e al secondo (all'intermediarietà) il significato di *scambio*.

In quest'ottica, si perviene ad una nozione di impresa commerciale *residuale*, diversa, perciò, rispetto alle altre già esaminate (artt. 2082, 2135 e 2083), atteso che si configura nozione in grado di assorbire *tutti i fenomeni imprenditoriali che, in ragione della loro natura, non possono qualificarsi come agricoli*.

In altri termini, in base alla natura, *un fenomeno imprenditoriale è o un'impresa agricola o un'impresa commerciale*, non residuando invece alcuno spazio per l'ulteriore categoria dell'impresa civile.

## V. *Le implicazioni della natura dell'organizzazione dell'impresa sulla disciplina applicabile*

Acquisito che la categoria d'impresa destinataria del diritto commerciale nella sua interezza è rappresentata dall'impresa commerciale (non piccola), resta adesso da vedere se tale categoria debba essere ulteriormente articolata in sottocategorie, nel senso che la disciplina che ad essa si riferisce possa risentire di altri elementi e, in particolare, della **forma giuridica** rivestita.

In questa prospettiva, l'impresa commerciale può essere classificata nelle categorie dell'**impresa pubblica** e dell'**impresa privata**.

### 1. *L'impresa pubblica*

Cominciando dalla prima, conviene muovere dalla premessa che l'espressione impresa pubblica fa riferimento ad un *fenomeno produttivo imprenditoriale di natura commerciale esercitato da o riconducibile ad un **soggetto di diritto pubblico*** (un ente pubblico).

In particolare, un'attività commerciale può costituire oggetto esclusivo o principale di un ente pubblico, che allora si è soliti qualificare come *ente pubblico economico*; ma può essere anche un'iniziativa secondaria di un ente che allora si è soliti qualificare come *ente pubblico non economico*. Infine, è possibile che un ente pubblico detenga il controllo di una società (*società in mano pubblica*).

a) L'**ente pubblico economico** è un ente che si prefigge di perseguire il suo fine istituzionale (principalmente) attraverso un'attività commerciale (fine istituzionale che potrebbe coincidere con lo stesso esercizio dell'iniziativa).

Si tratta di una conformazione dell'impresa pubblica che in passato assumeva grande importanza, riscontrandosi nei principali settori dell'economia italiana (bancario, assicurativo, trasporti, energetici, telecomunicazioni, ecc.), ma che ormai assume una dimensione senz'altro più circoscritta, residuando perlopiù nei mercati in regime di monopolio legale (tabacchi, giochi e scommesse) e in qualche mercato a rilevanza locale.

La ragione di questo mutamento sta nel fatto che gran parte degli enti pubblici economici, specie quelli a rilevanza nazionale, sono stati interessati da un processo di privatizzazione, che ne ha comportato la “trasformazione” in società (di capitali). Se all'esito di tale processo l'impresa ha assunto la forma giuridica di un soggetto privato, l'interesse economico rimane di natura pubblica, atteso che le società risultanti dalla “trasformazione” sono società in mano pubblica, in quanto le relative partecipazioni sociali sono attribuite ad un ente pubblico (rappresentato dallo Stato o da altro ente pubblico territoriale). Ragion per cui si suole qualificare il descritto processo con l'espressione di *privatizzazione in senso formale*.

b) Le **società in mano pubblica** sono comuni società, caratterizzate dal fatto che la partecipazione di controllo è detenuta da un ente pubblico (si pensi ad una casa da gioco comunale). Tra queste vi sono società *a partecipazione interamente pubblica*, nelle quali tra l'ente-socio e la società intercorre una relazione talmente intensa da poter essere qualificata *interorganica* più che intersoggettiva (nel senso, secondo la giurisprudenza, che la gestione è per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dall'ente pubblico sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile): si parla in tal caso di “**società in house providing**”.

c) L'**ente pubblico non economico** è invece un ente che realizza i molteplici fini istituzionali attraverso un'azione dalla conformazione assai variegata, che si articola in numerose iniziative (anche produttive), le quali tipicamente non presentano i caratteri dell'impresa (soprattutto per difetto del requisito di economicità) ma che talvolta possono essere vere e proprie imprese (svolgendosi in regime di economicità).

L'esempio più importante è rappresentato senz'altro dagli enti pubblici locali (comuni e regioni), nei quali non è raro riscontrare, a fianco alle tipiche attività amministrative, anche una o più attività commerciali.

In una di queste tre forme, dunque, un ente pubblico può, direttamente o per il tramite di una società, esercitare un'attività economica. L'oggetto di questa può essere il più vario e può consistere anche nella fornitura di un servizio pubblico. I **servizi pubblici** che possono assumere le fattezze dell'attività commerciale si distinguono in servizi c.d. *a rilevanza economica* (che è possibile fornire con l'obiettivo di realizzare un margine di profitto e per i quali è perciò possibile immaginare un mercato concorrenziale di riferimento: tipicamente, i servizi nei settori energetici come il gas, la luce, l'acqua) e servizi c.d. *privi di rilevanza economica* (fornibili solo con l'obiettivo di copertura dei costi e per i quali non è perciò immaginabile un mercato concorrenziale di riferimento: tipicamente, i servizi sociali).

La gestione dei primi non può essere effettuata direttamente dall'ente pubblico ma dev'essere affidata necessariamente ad una società *in house*. La gestione dei servizi privi di rilevanza economica è invece lasciata alla discrezionalità dell'ente pubblico e può essere da quest'ultimo affidata o ad una società *in house* o ad un'autonomia funzionale con soggettività giuridica (l'**azienda speciale**, che si sostanzia in un vero e proprio ente pubblico economico) o priva di soggettività giuridica (in sostanza, l'attività è esercitata direttamente dall'ente pubblico non economico, o nella forma dell'**istituzione** ovvero **in economia**).

La gestione delle *altre iniziative imprenditoriali* rimane sempre nella discrezionalità dell'ente pubblico, che può orientarsi a favore o della società in mano pubblica o dell'autonomia funzionale con o priva di soggettività giuridica.

Pertanto, alla luce di quanto precede, l'impresa pubblica può presentarsi nella forma della società pubblica (*impresa-società*), dell'ente pubblico economico (*impresa-ente*) o all'interno del contesto organizzativo di un ente pubblico non economico (*impresa-organo*).

Ciò acquisito, possiamo allora a vedere quali siano le implicazioni sul piano della **disciplina applicabile**.

i) Nel caso in cui l'impresa assuma la *forma giuridica di diritto privato*, cioè la società, l'applicazione della disciplina dell'impresa dovrebbe avvenire in maniera non diversa da una qualsiasi altra società. Infatti, non sembra che l'eventuale rilevanza generale degli interessi serviti dall'iniziativa ovvero la natura pubblica del socio di controllo siano motivi sufficienti per giustificare un'applicazione differente e, in particolare, deteriore, cioè priva di uno o più istituti in cui si articola quella disciplina (come invece talvolta ritiene la giurisprudenza, soprattutto quando si tratti di decidere dell'apertura di una procedura concorsuale).

ii) Nel caso in cui l'impresa assuma la *forma giuridica di diritto pubblico*, cioè l'ente pubblico, occorre muovere dall'art. 2093, il quale dispone, nei riguardi degli enti inquadrati nelle associazioni professionali – gli attuali enti pubblici economici – l'applicazione delle disposizioni contenute nel libro V e, nei riguardi degli enti non inquadrati – gli attuali enti pubblici non economici –, l'applicazione delle disposizioni del libro V limitatamente alle imprese da essi esercitate.

Pertanto, ai sensi della norma appena menzionata, non sembra che la forma pubblica dell'impresa possa incidere significativamente sulla disciplina operante.

Sennonché, questa conclusione dev'essere ulteriormente valutata alla luce degli artt. 2201 e 2221, i quali, riferendosi specificamente agli enti pubblici che esercitano un'impresa, stabiliscono, il primo, che quelli aventi per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese; il secondo, che gli enti pubblici sono esclusi dalle procedure del fallimento e del concordato preventivo. Se ne deduce che solo gli enti pubblici economici e, quindi, non quelli non economici, devono adempiere all'obbligo di pubblicità; mentre qualunque ente pubblico, economico e non, è sottratto al fallimento ed al concordato preventivo.

La *ratio* delle disposizioni appena ricordate può cogliersi senz'altro nell'esigenza di adeguare le modalità di applicazione del diritto dell'impresa alla forma giuridica pubblica rivestita dalla stessa.

Esse sono da intendersi come eccezionali, dunque suscettibili di applicazione nei limiti tracciati dal loro tenore letterale. Dal che discende l'importante corollario che *nei confronti dell'impresa pubblica trova applicazione tutta la parte della disciplina dell'impresa per la quale non è stabilito diversamente.*

## 2. L'impresa privata

Passando all'impresa privata, conviene anzitutto precisare che con questa espressione si fa riferimento ad un fenomeno produttivo imprenditoriale, che assume la *forma giuridica di diritto privato*: vale a dire, la *persona fisica* (impresa individuale), la *società* (impresa societaria) o un altro *ente privato non societario* (gruppo europeo di interesse economico, consorzio tra imprenditori con attività esterna, rete d'impresa, associazione o fondazione del libro I).

a) Se l'impresa assume la **forma individuale**, sembra che non si verifichino particolari ripercussioni con riguardo alla disciplina applicabile, ulteriori, cioè, rispetto a quelle già viste studiando le categorie di impresa enucleate in ragione della natura e della dimensione.

b) Se l'impresa assume la **forma societaria**, sembra potersi replicare la medesima conclusione. Con la precisazione tuttavia che, se si tratta di società c.d. **di forma commerciale** (società in nome collettivo, in accomandita semplice, società a responsabilità limitata e società azionarie) e cooperative, la disciplina della forma giuridica implementa *sempre* alcune regole mutuata dalla disciplina dell'impresa commerciale: in particolare, l'obbligo di tenuta delle scritture contabili (artt. 2302, 2315, 2478, co. 1, 2421 e 2454, questi ultimi da intendersi richiamati per le cooperative dall'art. 2519) e l'obbligo di pubblicità (artt. 2296, co. 1, 2315, 2463, co. 3, 2330, co. 1, 2454 e 2523, co. 1). Con la conseguenza che se una società di forma commerciale o cooperativa viene impiegata, come è possibile, per un'attività agricola (o per una piccola impresa) troveranno comunque applicazione le suddette regole della disciplina dell'impresa commerciale (non invece – *ça va sans dire* – la parte restante di quella disciplina), in quanto *regole della forma giuridica*.

c) Se l'impresa assume la **forma di un ente privato non societario**, la conclusione è meno immediata. Ciò in quanto nella sistematica del codice civile manca qualsiasi riferimento in merito all'applicazione della disciplina dell'impresa nei confronti degli