

Luigi Farenga

Manuale di diritto commerciale



SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

Introduzione

IL DIRITTO COMMERCIALE NEL SISTEMA DEL DIRITTO ITALIANO. PROFILI STORICI E SISTEMATICI

SOMMARIO: 1. Il diritto commerciale: significato del termine. Il diritto commerciale come ordinamento settoriale. – 2. Profili storici. Dallo *ius mercatorum* alle codificazioni europee. Il codice di commercio del 1882. – 3. L'unificazione dei codici e la persistente autonomia del diritto commerciale. – 4. I caratteri del diritto commerciale: specialità e universalità. – 5. Le fonti del diritto commerciale ed i principi costituzionali e dell'Unione Europea. – 6. Il diritto commerciale come diritto multidisciplinare.

§ 1. *Il diritto commerciale: significato del termine. Il diritto commerciale come ordinamento settoriale*

Il termine «diritto commerciale» parrebbe indicare quell'insieme di norme che disciplinano il commercio, inteso come intermediazione nella circolazione dei beni e dei servizi. Se non che tale rappresentazione della materia è chiaramente riduttiva, in quanto trascura ciò che oggi può definirsi l'aspetto più importante delle attività di impresa: e cioè le attività industriali.

La spiegazione sta nella circostanza che il termine è estremamente risalente (vedi *infra* § 2), addirittura ad un'epoca in cui non esistevano le attività industriali – la cui nascita si deve alla c.d. «**rivoluzione industriale**» nella seconda metà del 1700 – mentre le attività commerciali erano il vero fulcro delle attività economiche. Si pensi alla importazione delle materie prime dalle Americhe o dall'Oriente, con i rischi della navigazione connessi (naufragi, atti di pirateria). L'allocatione dei prodotti presso le città ed i paesi erano appannaggio dei commercianti, mentre l'attività di produzione di beni era limitata alle attività artigianali.

È evidente che con il passare dei secoli la nascita, e poi lo sviluppo, delle attività industriali ha finito per prendere il sopravvento sulle attività commerciali in senso stretto, le quali hanno perduto sempre più di importanza. Basti pensare che oggi la distribuzione di una enorme massa di prodotti avviene tramite siti web.

Ciò nonostante il termine «diritto commerciale» è rimasto nel linguaggio giuridico ad identificare una materia che, al contrario, si è evoluta nel tempo per ab-

bracciare tutte le attività di produzione e distribuzione di beni e servizi – financo quelli finanziari – con un ampliamento ed una diversificazione della normativa imponente (vedi *infra* § 6).

Il diritto commerciale, pur rientrando concettualmente nell'ambito del diritto privato – trattandosi di disciplina di rapporti privatistici – poiché ampie parti della sua disciplina sono soggette alle norme generali del diritto privato (in special modo in tema di diritto delle obbligazioni e dei contratti), costituisce peraltro un settore del diritto privato, avente una normativa speciale che caratterizza atti e comportamenti che non possono ricondursi completamente nell'ambito del diritto privato.

Inoltre, molte sue branche disciplinano settori particolari del diritto (ad esempio: banche, assicurazioni, mercati finanziari) soggetti alla vigilanza da parte di autorità di controllo di natura pubblicistica (ad esempio: Banca d'Italia, IVASS, CONSOB, ecc.), costituendo a loro volta settori specialistici del diritto privato.

Ogniquale volta si verifica un fenomeno legislativo come quello appena descritto si viene a creare un «**ordinamento settoriale**», e cioè un corpo di norme speciali dettate in funzione della importanza del settore socio-economico regolato e della sua complessità tecnica. Che il diritto commerciale costituisse un ordinamento settoriale rispetto al diritto civile era affermazione condivisa vigente l'abrogato codice di commercio, stante la contrapposizione su piani paritari delle due fonti normative (vedi § 3). Con l'unificazione dei codici e l'inserimento di molte parti del diritto commerciale all'interno del codice civile la questione divenne dibattuta. Tuttavia, al di là della definizione del diritto commerciale come ordinamento settoriale, resta certo che si tratta di un complesso di norme che si pongono come speciali rispetto a quelle generali del diritto privato, in quanto disciplinanti un fenomeno che si caratterizza per elementi di specialità, appunto, rispetto ad atti e comportamenti strettamente privatistici.

Così, ad esempio, l'attività dell'imprenditore bancario o assicurativo è condizionata da un complesso di norme peculiari che disciplinano queste attività; norme che, pur restando per alcuni aspetti di natura privatistica (la conclusione dei contratti bancari e assicurativi), per altri aspetti impongono al soggetto comportamenti assolutamente peculiari (ad esempio: obblighi di informativa della clientela, divieto di conflitto di interessi, comunicazioni all'organo di vigilanza, ecc.), comportamenti che sono totalmente sconosciuti nella contrattualistica tra soggetti privati che non esercitano attività d'impresa.

§ 2. *Profili storici. Dallo ius mercatorum alle codificazioni europee. Il codice di commercio del 1882*

Il commercio è certamente antico come l'uomo. Tuttavia, sino all'alba di quello che è indicato come «Basso Medioevo», non esistevano vere e proprie raccolte

di leggi sul commercio. Nell'epoca del dominio di Roma erano sufficienti le norme, prevalentemente di carattere consuetudinario, costituenti lo *ius civile*. Con la caduta dell'Impero Romano di Occidente (476) inizia il Medioevo, caratterizzato da guerre, invasioni barbariche ed epidemie che relegano le attività mercantili in una fase di profonda recessione.

È intorno al 1200, con il rifiorire dei commerci, che si avverte la necessità di regole consolidate che possano rendere più sicuri, dal punto di vista giuridico, le transazioni commerciali.

In Italia, tramontata l'età feudale e costituitesi le città in Comuni – che spesso assumono l'organizzazione di veri e propri stati – le attività commerciali e finanziarie (con la creazione delle prime banche) assumono sempre maggiore rilievo. Artigiani e commercianti si associano in «**Corporazioni di Arti e Mestieri**», diversificate a seconda dell'attività esercitata dai propri aderenti. Corporazioni che, in un primo momento, sono regolate attraverso prassi consuetudinarie, ma che con il tempo divengono regole trasfuse nello **Statuto** della Corporazione, vero e proprio corpo di norme che disciplina, non solo i rapporti tra gli aderenti, ma anche i rapporti commerciali con i terzi e, financo, le regole che devono governare le controversie tra i mercanti e tra quest'ultimi e i terzi, risolte dai **Consoli**, giudici eletti all'interno della stessa Corporazione.

Nasce così lo «*ius mercatorum*», diritto commerciale di origine consuetudinaria, e di natura assolutamente speciale rispetto al **diritto comune** (*ius commune*), anch'esso di stampo consuetudinario di derivazione romana, che regolava i rapporti tra privati cittadini.

Lo *ius mercatorum* è un diritto speciale, perché le sue fonti sono differenti rispetto a quelle del diritto comune (la fonte sono le regole create in seno alle Corporazioni) e differenti sono gli organi della giustizia; ma anche diritto di classe, perché emanazione delle classi mercantili, che in quell'epoca assumono sempre maggiore importanza nella società, soppiantando in molti casi il potere nobiliare.

Tale diritto assume anche la caratteristica di espandere la sua operatività al di fuori dei confini comunali, divenendo strumento di regolazione dei traffici internazionali, acquisendo così un carattere di **universalità**.

Caratteristiche queste che sono rimaste immutate sino ad oggi (vedi *infra* § 4).

Tuttavia è con la rivoluzione francese che si diffonde l'idea di abbattere ogni forma di privilegio, sia esso nobiliare che mercantile, idea che influenzerà la prima codificazione, nata durante l'impero Napoleonico, e che darà avvio alla codificazione napoleonica. Al codice civile segue dopo pochi anni l'emanazione del codice penale, del codice di procedura civile, del codice di procedura penale e del codice di commercio.

La codificazione napoleonica soppianta così il diritto consuetudinario e, pertanto, modifica profondamente il sistema delle regole del commercio che divengono norme scritte, non più oggetto di interpretazione, talvolta arbitraria, da parte dei giudici, così come le corporazioni erano già scomparse con la rivoluzione francese.

I codici napoleonici si diffusero rapidamente in quasi tutta l'Europa continentale (anche in virtù delle conquiste da parte di Napoleone). In Italia, raggiunta l'unità, venne emanata, nel 1865, una codificazione sulla falsariga dei codici del Regno di Sardegna, tra cui il codice civile, che prese il nome di codice albertino, ed il codice di commercio.

Ma un vero e proprio codice di commercio nazionale si ha con la riforma del 1882, la quale risentiva ancora fortemente dell'influenza del codice di commercio francese.

Il principio ispiratore del codice di commercio del 1882 era basato sul concetto di «**atto di commercio**» (artt. 3-7), ed il commerciante era colui che poneva in essere «*atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali*» (art. 8). Si abbandonava pertanto una qualificazione soggettiva (il mercante, membro della corporazione) in favore di una visione oggettiva del sistema.

La qualifica di commerciante non discende dall'attività considerata nel suo complesso, bensì dagli atti posti in essere che, se qualificabili come atti di commercio, determinano la qualifica di commerciante con la conseguente sottoposizione alle norme del codice di commercio. Sino al 1888 permane anche un «tribunale di commercio», cui sono deferite le controversie con commercianti o tra commercianti.

I tribunali di commercio furono soppressi in Italia con la legge 25 gennaio 1888, n. 5147. Tuttavia in altri ordinamenti (ad esempio in Francia) ancora esistono. Va peraltro notato che con il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 in Italia sono state istituite, presso i tribunali ordinari, sezioni specializzate denominate «tribunale delle imprese», cui sono deferite molte materie tipicamente commerciali (ad esempio: marchi, brevetti, diritto d'autore, concorrenza sleale). Naturalmente non si tratta di tribunali speciali ma di sezioni specializzate in materia di impresa ove operano magistrati con particolari competenze nelle materie specifiche.

§ 3. *L'unificazione dei codici e la persistente autonomia del diritto commerciale*

La riforma dei codici del 1942, dopo un'accesa disputa tra coloro che sostenevano venisse mantenuta la distinzione tra codice civile e codice di commercio e coloro che invece propugnavano l'unificazione delle due materie in un unico codice civile, accolse quest'ultima impostazione. Scomparve così il codice di commercio, la cui disciplina in parte fece ingresso nell'ambito del codice civile (la materia dei contratti commerciali e delle società commerciali), in parte fu espunta in leggi speciali (il fallimento e le altre procedure concorsuali), in parte andò a costituire un codice a sé (il codice della navigazione marittima ed aerea).

Si aggiunse però una parte generale dedicata all'impresa, a sua volta distinta in due categorie: l'impresa commerciale e l'impresa agricola.

Secondo taluni autori, oltre all'impresa commerciale ed all'impresa agricola, potrebbe ipotizzarsi una terza figura: l'impresa civile. Sulla infondatezza della tesi ci soffermeremo più avanti (vedi *infra* Cap. I, § 1).

Pertanto alla figura del commerciante si sostituisce quella dell'imprenditore, mentre scompare l'atto di commercio – conseguenza della abrogazione del codice di commercio – figura la cui identificazione avviene sulla base dell'attività economica svolta (vedi art. 2082 c.c.). Ciò però non deve far pensare che si sia riproposta una visione soggettiva del sistema, mantenendo al contrario tutt'ora rilievo il tipo di attività svolta, attività che qualifica il soggetto come imprenditore.

Stante l'unificazione dei codici nel codice civile, assume la qualifica di imprenditore anche chi esercita attività agricola, con una disciplina esclusiva incentrata sui contratti agrari, con esclusione dell'applicazione della disciplina riservata all'impresa commerciale.

L'abrogazione del codice di commercio e l'inserimento di alcuni suoi istituti nel corpo del codice civile ha condotto taluni autori a sostenere la fine dell'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile. Non vi sarebbero più contratti commerciali, perché posti sullo stesso piano di quelli «civili», l'impresa, come visto, sarebbe attività esercitabile anche da chi non esercita l'industria o il commercio. Soprattutto non vi sarebbe più un corpo unitario di norme contrapposte al codice civile. L'autonomia del diritto commerciale residuerebbe solo sul piano didattico per motivi di opportunità, ma avrebbe perso quel carattere di specialità che lo contraddistingueva.

Tale tesi è però destituita di fondamento, perché, sebbene la materia sia stata allocata in diversi ambiti, ciò non toglie che l'imprenditore commerciale sia soggetto ad una disciplina assolutamente speciale cui non è soggetto chi imprenditore commerciale non è.

Così come i contratti commerciali restano tali per la decisiva considerazione che almeno una delle parti deve essere necessariamente un imprenditore commerciale (banchiere, assicuratore, vettore, spedizioniere, ecc.).

La realtà è che il cuore del codice di commercio ha trovato allocazione nel Libro V del codice civile, fatta eccezione per i contratti che, per motivi sistematici, sono stati inseriti nel Libro IV. La circostanza poi che gran parte della disciplina riguardante l'imprenditore commerciale trovi spazio al di fuori del codice civile (ad esempio la disciplina della banca, dell'impresa assicuratrice, della concorrenza e della proprietà intellettuale, delle procedure concorsuali, della cambiale e dell'assegno, ecc.) non costituisce certo ostacolo ad una rappresentazione unitaria del diritto commerciale, posto che, come ebbe a dire un illustra Maestro, a partire dagli anni successivi al secondo conflitto mondiale si è assistito ad un fenomeno di «erosione» del codice civile, una «decodificazione» in favore di leggi speciali, non essendo più in grado il codice di contenere l'enorme mole di norme che caratterizzano le vicende più complesse della società moderna.

Anzi, a parere di chi scrive, e non solo, non già di «privatizzazione» del diritto commerciale si può parlare, bensì una «commercializzazione» del diritto civile.

§ 4. *I caratteri del diritto commerciale: specialità e universalità*

La realtà è che il diritto commerciale disciplina fenomeni assolutamente diversi rispetto a quelli regolati dal diritto civile. Quest'ultimo è un diritto storicamente incentrato sulla proprietà privata, la cui disciplina occupa l'intero Libro III.

Il codice civile del 1865 era diviso in soli tre libri, di cui il primo era dedicato alle persone, gli altri due, rispettivamente: ai beni, alla proprietà e alle sue modificazioni (il secondo) ed ai modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose (il terzo). Quest'ultimo comprendeva in sé le successioni, le donazioni, le obbligazioni ed i contratti.

È evidente che la stessa disciplina delle successioni è un mezzo per regolare le sorti dei beni – e perciò del diritto di proprietà su di essi – dopo la morte del loro proprietario, così come, al limite, la disciplina della famiglia è funzionale rispetto a quella delle successioni. Infine i contratti tipicamente civilistici servono a regolare episodi saltuari se non eccezionali nella vita del cittadino (si pensi all'acquisto di una casa o di una autovettura o alla stipula di un mutuo o ad un investimento finanziario).

Si è di fronte, insomma, ad un diritto che fonda le sue radici su situazioni statiche, destinate a rimanere immutate per lunghi periodi, e la cui funzione è di garantire il pacifico esercizio della proprietà sui beni e la certezza della loro sorte alla morte del titolare.

Al contrario il diritto commerciale ha la funzione di disciplinare **fenomeni circolatori**, ove la produzione e lo scambio di merci e di servizi avvengono con la massima rapidità possibile, mentre altrettanto rapida è la circolazione dei crediti. È evidente che, mentre per il consumatore l'acquisto di una televisione o di una lavatrice è motivato dall'intenzione di conservarla il più a lungo possibile, per il produttore e il commerciante maggiore è la velocità con la quale i beni vengono venduti e maggiore è il profitto dell'operazione.

Così, mentre per un soggetto che non esercita attività economiche la cessione di un credito è un fatto assolutamente eccezionale, per l'imprenditore è operazione giornaliera che serve a rendere attuale moneta futura, quali sono appunto i crediti.

Non si fa qui riferimento ai soli titoli di credito, strumenti creati espressamente al fine di permettere una più agevole circolazione dei crediti, ma anche allo sconto bancario, alla delegazione, alla compensazione ed al conto corrente.

Un tale fenomeno necessita di regole differenti da quelle classiche privatistiche, regole che costituiscono un complesso unitario che va appunto sotto la denominazione di diritto commerciale.

Così, ad esempio, se la vendita è un contratto tipicamente civilistico con una disciplina coerente con tale modello, la vendita su documenti, tipica operazione tra imprenditori, necessita di regole proprie coerenti con la rapidità dell'operazione (i beni in questo caso vengono normalmente venduti quando sono ancora in viaggio e prima che vengano nella disponibilità del compratore – art. 1527 c.c.).

Caratteristica del diritto commerciale è costituita altresì dalla «universalità» di molte delle sue norme, universalità che permette di avere regole univoche tra imprenditori operanti in stati diversi.

La maggiore espressione di questo fenomeno si è avuta con la creazione della Comunità Economica Europea nel 1957, trattato internazionale sottoscritto dai primi sei paesi (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi) che decisero di darsi regole comuni in tema di circolazione di merci e servizi. Nato come trattato avente natura commerciale, perse, nella definizione, l'aggettivo «economica» allorquando, con il Trattato di Maastricht nel 1992, si decise di creare una comunità anche politica, con la nascita dell'Unione Europea. Di conseguenza, con il Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009, venne assorbito dall'Unione Europea. Infine nel 1999 nasce la Moneta Unica Europea – euro – la cui circolazione effettiva, in sostituzione delle monete tradizionali, si ha nel 2002.

Così, da un trattato internazionale di natura puramente commerciale, è nata una struttura politica sovranazionale con una moneta unica (adottata da 19 dei 27 stati facenti parte dell'Unione), fenomeno questo assolutamente unico nella storia del mondo.

Al di là del giudizio politico che può essere espresso sull'introduzione dell'euro in Italia, resta il fatto che si tratta della prima volta nella storia dell'uomo che una stessa moneta viene adottata per unanime consenso da più stati, quindi al di fuori di vicende belliche, e cioè dall'imposizione della moneta del vincitore al vinto.

§ 5. *Le fonti del diritto commerciale ed i principi costituzionali e dell'Unione Europea*

Come appare oramai chiaro le fonti del diritto commerciale sono numerose ed in molti casi oggetto di leggi speciali. La fonte principale resta il codice civile, il quale riporta la disciplina generale dell'impresa, dell'azienda, delle società, dei consorzi, alcune norme in tema di concorrenza e di opere dell'ingegno e invenzioni industriali. Inoltre la disciplina dei contratti commerciali e, in particolare, dei contratti bancari a di assicurazione e la disciplina dei titoli di credito.

Per quanto riguarda i provvedimenti legislativi regolanti particolari settori, senza alcuna pretesa di completezza, possono indicarsi:

La disciplina delle società quotate in borsa e, più in generale, dell'intermediazione finanziaria è contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modi-

ficazioni (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – più brevemente anche «TUF»); le disciplina delle banche è contenuta nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – più brevemente anche «TUB»); la disciplina delle imprese e degli intermediari assicurativi è contenuta nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private – più brevemente anche «c.a.»); la disciplina delle cambiali e degli assegni rispettivamente nel r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 (Modificazioni alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario – più brevemente anche «legge cambiaria») e r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 (Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia – più brevemente anche «legge assegni»). La disciplina delle procedure concorsuali è contenuta nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza – più brevemente anche «c.c.i.»). La disciplina dei brevetti, dei marchi e degli altri segni distintivi, dei disegni e modelli, delle invenzioni e dei modelli di utilità è contenuta nel d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale – più brevemente anche «c.p.i.»). Il diritto d'autore è invece disciplinato dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio – più brevemente anche «d.a.»). La disciplina della concorrenza e del mercato è contenuta nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato – più brevemente «legge antitrust»). La legge che ha introdotto la disciplina della risoluzione delle imprese bancarie e il *bail-in* è il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 (Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento). La disciplina dell'impresa sociale è contenuta nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (Revisione della disciplina in materia di impresa sociale).

A queste norme di carattere primario si aggiunge la notevole produzione di norme secondarie da parte di alcune autorità indipendenti, come la CONSOB, la Banca d'Italia e l'IVASS, attraverso l'emanazione di regolamenti.

A livello costituzionale va poi ricordato l'art. 41 Cost. il quale stabilisce che «*L'iniziativa economica privata è libera*» (comma 1).

«*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*» (comma 2).

«*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*» (comma 3).

Inoltre l'art. 43 stabilisce che «*A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*».

Dunque, al comma 1 dell'art. 41 Cost., che sancisce la libertà di iniziativa privata, fanno da contraltare i due commi seguenti i quali pongono limiti a tale libertà. In tal modo si realizzerebbe il concetto di «economia mista».

In realtà programmi e controlli posti dal legislatore al fine di indirizzare e coordinare a fini sociali le attività economiche attualmente non si riscontrano, ed anche l'intervento diretto dello stato nell'economia attraverso imprese statali (art. 43) è andato progressivamente riducendosi, sino quasi ad annullarsi a seguito delle leggi sulla privatizzazione delle imprese pubbliche dei primi anni '90 del secolo scorso.

La norma di cui all'art. 43 Cost. aveva un concreto significato in tempi passati, allorquando si avvertiva la necessità di raggiungere con servizi essenziali anche le più lontane e sperdute località del paese. Così l'energia elettrica o le telecomunicazioni o i trasporti ferroviari potevano essere assicurati, anche a costo di fornirli in perdita, da azienda statali in regime di monopolio.

Negli ultimi anni, la spinta alla liberalizzazione della concorrenza da parte dell'Unione Europea, e l'evoluzione della tecnica hanno fatto sì che lo stato arretrasse sempre di più la sua presenza diretta nell'economia.

Naturalmente il fenomeno delle società in mano pubblica non è scomparso, soprattutto con riguardo ad alcuni servizi gestiti da regioni e comuni.

Infine va sottolineata la produzione normativa da parte dell'Unione Europea, nelle due forme delle direttive e dei regolamenti.

I secondi di immediata applicazione negli ordinamenti statali, le prime necessitano invece di una legge interna di adeguamento. A livello interpretativo un ruolo non indifferente è rivestito poi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

§ 6. Il diritto commerciale come diritto multidisciplinare

Come già osservato il diritto commerciale, soprattutto nella seconda metà del secolo ventesimo, ha conosciuto un sempre maggiore ampliamento ed una diversificazione normativa eccezionale tale che oggi non potrebbe certamente racchiudersi in un ambito codicistico. La necessità di una regolamentazione sempre più capillare di molti settori ha fatto sì che branche tipiche del diritto commerciale acquistassero autonomia concettuale e scientifica.

Al diritto bancario ed al diritto delle assicurazioni, fortemente soggetti negli ultimi anni ad ampie rivisitazioni ed ampliamenti di disciplina, di origine spesso comunitaria, oltre alla continua emanazione di direttive regolamentari, si sono aggiunti il diritto dei mercati finanziari, il diritto dei consumi, il diritto *antitrust* ed il diritto della proprietà intellettuale, cui si somma il diritto della crisi e dell'insolvenza dell'imprenditore, oggetto di estrema attenzione da parte del legislatore in conseguenza della grave crisi economica che ha investito l'intero sistema economico ad iniziare dalla fine della prima decade del secolo ventunesimo.

Il diritto commerciale si presenta così come una enorme galassia normativa che abbraccia tutti i settori dell'agire economico da parte degli operatori professionali, siano essi imprese di produzione o di scambio di beni o di servizi; in altri termini un **diritto multidisciplinare** che, sotto il profilo didattico, deve essere limitato ai principi generali attinenti le varie branche di cui si compone.

PARTE PRIMA
L'IMPRESA COMMERCIALE

SOMMARIO: *Cap. I.* L'impresa e le sue categorie. – *Cap. II.* Il c.d. statuto dell'imprenditore commerciale. – *Cap. III.* I segni distintivi dell'imprenditore e dell'impresa. – *Cap. IV.* I diritti di proprietà industriale e intellettuale. – *Cap. V.* L'azienda. – *Cap. VI.* La disciplina della concorrenza e del mercato. – *Cap. VII.* I consorzi e le altre forme di collaborazione tra imprese.

Capitolo I

L'IMPRESA E LE SUE CATEGORIE

SOMMARIO: 1. L'impresa nel sistema del codice civile e la figura dell'imprenditore. Potere di gestione e rischio d'impresa. L'imprenditore occulto. La capacità all'esercizio dell'impresa. – 2. L'impresa come attività ed i suoi caratteri distintivi. In particolare l'economicità e l'organizzazione. L'inizio e la fine dell'impresa. – 3. L'impresa come attività ed i suoi caratteri distintivi. In particolare la professionalità. Le imprese senza scopo di lucro. L'impresa sociale. – 4. L'impresa come attività ed i suoi caratteri distintivi. In particolare il fine della produzione di beni e servizi. La destinazione al mercato. – 5. L'impresa agricola. Definizione della fattispecie. L'imprenditore agricolo professionale e la società agricola. – 6. La disciplina dell'impresa agricola. – 7. Il piccolo imprenditore. L'impresa familiare. L'azienda coniugale. I patti di famiglia. – 8. L'impresa commerciale.

§ 1. *L'impresa nel sistema del codice civile e la figura dell'imprenditore. Potere di gestione e rischio d'impresa. L'imprenditore occulto. La capacità all'esercizio dell'impresa*

Il codice civile del 1942, come osservato, a seguito della soppressione del codice di commercio, ha assunto il compito di dettare la disciplina generale del diritto commerciale, introducendo la figura dell'imprenditore e, conseguentemente di impresa, in luogo di quella di commerciante. La differenza sostanziale, sotto il profilo sistematico, è che l'impresa costituisce un genere nel cui ambito sono ricomprese due categorie: **l'impresa commerciale** e **l'impresa agricola**.

Non vi è invece spazio per una terza specie – la c.d. impresa civile – la cui configurabilità venne pure sostenuta da alcuni Autori in tempi passati, per la decisiva considerazione che non vi è alcuna norma che la prevede, né può individuarsi alcun caso concreto. Così non è impresa civile la società di revisione, né la società tra professionisti, trattandosi di casi eccezionali di società senza impresa in quanto l'attività esercitata è pura attività professionale.

La **definizione di imprenditore** è contenuta nell'art. 2082 c.c. il quale stabilisce che «è *imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*».

Si è affermato che la norma, pur avendo come riferimento l'imprenditore, individua l'impresa.

L'affermazione è esatta ma non deve lasciare intendere che sia errata la formulazione della norma. È evidente che la norma non definisce l'imprenditore, in quanto non può definire un soggetto (è come se la norma penale definisse il ladro e non il furto), bensì l'attività esercitata dal soggetto (la norma penale per imputare la pena al reo deve definire l'attività criminosa da questi compiuta). Però esattamente prende in considerazione l'imprenditore in quanto destinatario della disciplina che si rende applicabile a chi l'impresa gestisce. La norma disegna infatti la «**fattispecie**» **impresa**, il cui esercizio determina la qualifica di imprenditore che, in quanto tale, è tenuto ad osservare le norme contenute negli articoli applicabili a tale fattispecie.

La «fattispecie» è la descrizione astratta del fatto o dell'atto o del comportamento utilizzata dal legislatore per rendere applicabile a quel fatto o atto o comportamento una particolare disciplina (vedi ad esempio l'art. 1321 c.c. che disegna la fattispecie «contratto» cui si applica la disciplina seguente costituita dagli artt. da 1322 a 1469-bis). Talvolta però il legislatore disegna la disciplina senza fissare la fattispecie (è il caso ad esempio dei titoli di credito); in questo caso è compito degli interpreti individuare la fattispecie, con un'inversione del percorso interpretativo. Il complesso delle norme applicabili alla fattispecie è detto poi «istituto».

L'art. 2086 c.c., al comma 1, stabilisce che «*l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*». La norma, apparentemente ovvia – posto che tutti coloro che lavorano nell'impresa sono dipendenti dell'imprenditore e, perciò, gerarchicamente a lui sottoposti – fissa un principio che va combinato con quello generale di cui all'art. 2740 c.c. che dispone: «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*» (comma 1). Ed ancora, che «*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*» (comma 2).

In altri termini l'attività dell'imprenditore è caratterizzata dal **potere di gestione** dell'attività combinato con la **responsabilità patrimoniale** per gli atti e le obbligazioni che vengono assunte in funzione di tale gestione.

Tale paradigma si riscontra anche in altre forme di gestione dell'impresa e, in particolare, nel diritto delle società. Tipico è l'esempio delle società in accomandita semplice e per azioni (vedi *infra* Parte II Cap. 2, § 15 e Sez. II Cap. 1, § 1), ove il potere di gestione è riservato ai soci accomandatari ai quali soli però è imputata la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Ma tale paradigma è riscontrabile anche nel diritto della società per azioni e a responsabilità limitata, ove il potere di determinare la volontà assembleare è commisurato all'investimento di capitale: in altri termini chi più capitale sottoscrive, più voti avrà in assemblea (naturalmente fatte salve le deroghe contenute nell'atto costitutivo che può prevedere azioni a voto limitato o addirittura senza diritto di voto).

Insomma l'equazione potere di gestione-responsabilità patrimoniale costituisce un principio generale del diritto commerciale che – pur soggetto a deroghe – rappresenta una giusta correlazione tra possibilità di decidere le strategie imprenditoriali ed il rischio economico che per sua natura l'esercizio di un'attività d'impresa comporta.

Il rischio d'impresa è costituito dalla crisi nella quale l'imprenditore può venirsi a trovare per svariate ragioni: crisi del mercato ove l'imprenditore opera, una più vasta crisi economica generalizzata, scelte strategiche o investimenti sbagliati, imprese concorrenti che pongono in essere politiche industriali o commerciali più efficaci o aggressive, ecc. La crisi è rappresentata dalla difficoltà per l'imprenditore di fare fronte alle proprie obbligazioni, perché i costi superano i ricavi, le banche non sono più disposte a finanziarlo ed anzi chiedono il rientro dagli affidamenti. Tutto ciò determina un deficit di liquidità che può condurre ad una spirale viziosa sino allo stato di insolvenza e la conseguente liquidazione giudiziale.

Il principio secondo il quale l'imprenditore è a capo dell'impresa trova però un contemperamento nel comma due del medesimo art. 2086 c.c. il quale stabilisce che *«L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*.

Pertanto l'attività dell'imprenditore trova un limite nell'obbligo di tenere *«un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»* soprattutto al fine di prevenire situazioni di crisi che possano compromettere la continuità aziendale. La norma va coordinata con la disciplina del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che sostituisce la c.d. legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) a far data dal 15 luglio 2022. Il Codice in questione prevede infatti l'obbligo per l'imprenditore di assumere le iniziative necessarie non appena dovesse manifestarsi una situazione di crisi e di segnalarla all'organismo competente.

Dunque l'imprenditore ha il dovere di organizzare l'impresa – sia essa individuale che in forma societaria – anche attraverso l'assunzione di personale a ciò adibito, al fine di monitorare costantemente la situazione economico-finanziaria dell'impresa stessa.

Tornando alla equazione potere di gestione-responsabilità, è possibile che i due elementi siano apparentemente disgiunti.

È il caso dell'«**imprenditore occulto**», figura elaborata dagli interpreti sulla base di una casistica certamente infrequente ma non per questo irrilevante. Si tratta dell'ipotesi in cui un soggetto che non potendo (ad esempio perché dipendente

pubblico) o non volendo (perché non desidera mostrarsi) apparire come titolare dell'impresa, utilizza un prestanome – normalmente nullatenente – oppure una società a responsabilità limitata priva di patrimonio come «schermo» per la sua attività. Il prestanome ovvero l'amministratore della s.r.l. non hanno peraltro alcun potere di gestione né investono nell'attività, perché le direttive vengono impartite da colui che rimane «occulto», così come suoi sono i capitali impiegati nell'attività. Pertanto, se all'esterno il prestanome o la società appaiono come i soggetti che gestiscono l'impresa, in realtà si limitano ad eseguire le direttive del soggetto occulto.

Il tema, in ambito civile (in realtà più di frequente si è posto in ambito penale in relazione ai reati di bancarotta) si è posto eminentemente in sede fallimentare: chi fallisce? l'imprenditore «palese» o quello occulto?

La soluzione più congrua è che falliscano entrambi: il primo perché, in base al principio dell'apparenza, non può sottrarsi alle proprie responsabilità; il secondo perché è il vero imprenditore. Soluzione questa adottata dal legislatore all'art. 261 comma 5 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, peraltro in base alla ricostruzione della vicenda come società di fatto tra imprenditore palese ed imprenditore occulto (sulla società di fatto vedi *infra* Parte II Cap. 2, § 12).

La dottrina più accreditata individuava nel rapporto tra imprenditore occulto e imprenditore palese un contratto di mandato senza rappresentanza ove il primo è il mandante ed il secondo il mandatario. Su tale base si affermava la non fallibilità dell'imprenditore occulto in virtù del principio di cui all'art. 1707 c.c., il quale stabilisce che i creditori del mandatario non possono rivalersi sul mandante. Tale posizione deve però oggi considerarsi superata dall'introduzione, a seguito della riforma della legge fallimentare del 2006, del comma 5 dell'art. 147 legge fallimentare, oggi trasfuso nel comma 5 dell'art. 256 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Altra ipotesi di scissione tra potere di gestione e rischio d'impresa si ha qualora l'imprenditore sia una persona **incapace di agire**, perché interdetta o perché minore di età. In tali casi infatti la gestione è affidata al tutore, ma la responsabilità patrimoniale resta in capo all'incapace.

La legge prende in considerazione le due ipotesi con gli artt. 320 comma 5 c.c., quanto al secondo, e 424 c.c. con un rinvio alle norme sulla tutela dei minori, quanto al primo.

L'art. 320 comma 5 stabilisce che «*L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza*».

Pertanto il minore o l'interdetto possono unicamente *continuare* un'attività d'impresa (il minore in virtù di una successione ereditaria, l'interdetto perché già la esercitava prima dell'interdizione) ma non iniziarla *ex novo*. Ciò per la ovvia considerazione che l'attività d'impresa è, come detto, attività che comporta un rischio economico che non è opportuno addossare a chi non è in grado di assumere

decisioni, mentre la continuazione può essere opportuna – e ciò lo decide il tribunale (vedi art. 371 comma 1 n. 3 e comma 2 c.c.) – per evitare che venga dispersa un'attività produttiva sana.

In questi casi la gestione dell'impresa, come detto, è affidata al tutore (che, nel caso del minore, sono solitamente i genitori), il quale la esercita sino a quando permane la situazione di incapacità.

Non diversa è la situazione dell'inabilitato, il quale può solo continuare l'esercizio dell'impresa se autorizzato dal tribunale (art. 425 c.c.). In questo caso però l'inabilitato, con l'assistenza del curatore, può compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione – tra i quali rientra senza dubbio l'esercizio dell'impresa – e, in casi eccezionali, con l'autorizzazione del tribunale, anche senza l'assistenza del curatore.

Diverso è invece il caso del minore emancipato (l'emancipazione si acquista all'età di 16 anni – art. 84 c.c. – in virtù del matrimonio – art. 390 c.c.), il quale può essere autorizzato dal tribunale – sentito il giudice tutelare – anche ad iniziare un'impresa che può gestire senza l'assistenza del curatore (art. 397 c.c.).

Tutti i provvedimenti autorizzativi, così come la loro eventuale revoca, devono essere iscritti nel registro delle imprese (art. 2198 c.c.) (sul registro delle imprese vedi *infra* Cap. II, §§ 1-3).

§ 2. *L'impresa come attività ed i suoi caratteri distintivi. In particolare l'economicità e l'organizzazione. L'inizio e la fine dell'impresa*

Come detto, l'art. 2082 c.c. disegna la fattispecie impresa e ne imputa l'attività all'imprenditore.

Tuttavia va rilevato che quando si parla di imprenditore non ci si riferisce solamente alla persona fisica ma anche alle società e ad ogni altro tipo di ente in grado di gestirla (consorzio, associazione, fondazione). L'imputazione dell'attività – e degli atti che la compongono – non suppone necessariamente la «fisicità» del soggetto e la sua capacità di agire, ma anche la personalità giuridica o anche solo la soggettività giuridica, e cioè la capacità di acquistare diritti ed assumere obbligazioni, fenomeno questo che l'ordinamento riconosce anche agli enti provvisti o meno di personalità giuridica.

Pertanto quando si parlerà genericamente di «imprenditore» si farà riferimento ad ogni soggetto – persona od ente – avente la capacità di essere centro di imputazione dell'attività di impresa.

Abbiamo osservato che la definizione di imprenditore è contenuta nell'art. 2082 c.c. il quale stabilisce che «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

La formulazione della norma, di una sinteticità esemplare, è peraltro ricca di con-

tenuti il cui significato va attentamente valutato, anche perché la sua interpretazione influenza le fattispecie conseguenti di impresa commerciale e impresa agricola.

Innanzitutto è *imprenditore commerciale chi esercita professionalmente un'«attività» economica*.

Dunque l'impresa è in primo luogo un'**attività**. Giuridicamente costituisce un'attività una sequenza di atti funzionalmente collegati e finalizzati al raggiungimento di un preciso obiettivo rilevante per il diritto. La vita degli individui e degli enti è costituita da una moltitudine di attività, molte delle quali irrilevanti per il diritto (organizzare una partita di calcio costituisce un'attività, rappresentata da una serie di atti, ma del tutto irrilevante per il diritto), altre rilevanti perché costituite da contratti, promesse unilaterali, proposte contrattuali, ecc., che, se finalizzati al raggiungimento di un risultato lecito, trovano adeguata tutela giuridica (il risultato può essere anche illecito e per questo ugualmente rilevante per il diritto: ad esempio, organizzare una rapina ha rilievo per il diritto penale). È questo il caso dell'impresa: chi esercita un'impresa commerciale, ad esempio, ha il diritto di veder tutelata la propria attività nei confronti del concorrente che pone in essere atti di concorrenza sleale. Naturalmente ciò che interessa in questa sede, non è qualsiasi tipo di attività, bensì l'attività economica.

In secondo luogo, come visto, è *imprenditore commerciale chi esercita professionalmente un'attività «economica»*.

L'attività svolta dall'imprenditore è pertanto un'attività **economica**. Tuttavia il concetto di attività economica non deve essere confuso con quello di attività produttiva di un utile economico, e cioè di una plusvalenza su un capitale impiegato. Tali sono infatti le attività di puro godimento: ad esempio il guadagno ricavato dalla locazione di un bene immobile oppure da un investimento finanziario. Al contrario l'attività economica deve essere idonea a produrre «nuova ricchezza», nel senso di crescita economica generalizzata. Per tale motivo le imprese costituiscono il maggiore elemento di sviluppo di una nazione. Se le imprese sono floride, se ne avvantaggia l'intera collettività attraverso l'aumento dell'occupazione e dei salari che, a loro volta, incrementano i consumi, con un circolo virtuoso che determina anche maggiori introiti fiscali destinati al miglioramento dei servizi ai cittadini ed alle imprese (tutto questo naturalmente in un sistema perfetto).

Se il sistema imprenditoriale va in crisi, si innesca una spirale negativa con licenziamenti, contrazione dei consumi, fallimenti e minori entrate fiscali.

Taluno ha posto il tema dell'impresa illecita, e cioè di un'attività economica avente oggetto illecito, come il contrabbando di armi o la produzione e lo smercio di sostanze stupefacenti. In realtà si tratta, in questi casi, di attività che nulla hanno in comune con l'impresa anche se, senza dubbio, comportano l'utilizzazione di capitali e sfruttamento della forza lavoro. L'impresa infatti non può che costituire attività lecita e conseguentemente tutte le norme che ad essa si riferiscono hanno come presupposto la liceità dell'attività. In conclusione l'impresa illecita non esiste.

In terzo luogo è *imprenditore commerciale chi esercita professionalmente un'attività economica «organizzata»*.

La produzione di nuova ricchezza è basata principalmente sull'impiego dei capitali e della forza lavoro. È evidente che questi, e gli altri fattori coinvolti nel processo produttivo, non possono operare in modo disorganizzato, ma devono essere impiegati secondo uno schema organizzativo che riesca a realizzare la migliore combinazione diretta alla massima efficienza dell'impresa. E proprio questa è la funzione dell'imprenditore nell'impresa: l'**organizzazione** dei fattori della produzione. L'imprenditore può ben non sapere come si costruisce un'automobile o come si realizza un capo di abbigliamento, ma deve sapere come riuscire a produrre oppure a vendere vetture o vestiti. Deve saper procurare i capitali necessari ed organizzare il lavoro nella maniera più confacente alla produzione o alla distribuzione dei prodotti.

Il concetto di organizzazione così inteso serve a distinguere l'attività d'impresa dal lavoro autonomo e, come vedremo (vedi *infra* § 7), dalla piccola impresa. Il primo perché, soprattutto nel caso delle professioni intellettuali, pur potendo utilizzare mezzi e personale in misura rilevante, svolge un'attività cui la legge riserva una disciplina autonoma rispetto a quella dell'impresa (artt. 2222-2238 c.c.). Il secondo perché l'organizzazione – peraltro minima – è funzionale alla sua personale attività che consiste in una attività prevalentemente manuale.

Il concetto di organizzazione è funzionale anche a stabilire in quale momento può dirsi iniziata l'attività d'impresa – con la conseguente applicazione della relativa disciplina – e quando cessata – con la conseguenza che tale disciplina non è più applicabile.

Il tema non può essere risolto con il semplice riferimento all'iscrizione nel registro delle imprese, trattandosi di formalità che solo in alcuni casi produce effetti costitutivi. Si deve pertanto fare riferimento piuttosto **all'esercizio effettivo**.

A tal fine si distingue tra «**atti di organizzazione**» e «**atti dell'organizzazione**».

I primi sono gli atti preparatori all'effettiva attività d'impresa. Ad esempio: la stipula del contratto di locazione per il capannone ove verrà esercitata l'attività, la stipula di contratti di leasing per i macchinari, la stipula dei contratti di lavoro, gli ordinativi delle materie prime, o la stipula dei contratti di somministrazione, ecc.

I secondi sono invece gli atti che vengono posti in essere ad impresa avviata secondo quanto illustrato in precedenza.

Nonostante alcune voci discordi, è evidente che l'impresa può dirsi iniziata solo nel momento in cui la produzione o lo scambio dei beni o dei servizi è stata avviata e l'imprenditore ha fatto ingresso nel mercato. Dunque gli atti preparatori – cioè gli «atti di organizzazione» – non sono ancora idonei a far assumere al soggetto che li pone in essere la qualifica di imprenditore e, conseguentemente, non è sottoposto alla relativa disciplina. Il tema si pone con estrema gravità nel caso in cui l'insolvenza si manifesti già nella fase preparatoria, dovendosene convenire, per quanto appena detto, che il soggetto non può essere sottoposto a liquidazione giudiziale.